

Sociologie juridique, 1973-1974

Introduction

Section I – Idée générale de la sociologie juridique P 1°

I – Objet de la sociologie juridique P 2°

II – Histoire de la sociologie juridique P 3°

III – Méthodes de la sociologie juridique P 2

Section II P 4

I – Les frontières avec la sociologie générale P 4

II – Les rapports de la sociologie juridique avec le droit dogmatique P 7

III – Les rapports de la sociologie du droit avec d'autres disciplines que la
sociologie et le droit P 12

Partie générale P 15

Chapitre 1 – La sociologie judiciaire P 15

Section I – L'importance du fait judiciaire P 15

I - L'importance du fait judiciaire dans la sociologie P 15

II – L'importance du fait judiciaire dans la société P 19

Section II – Le juge et le jugement P 29

I – Typologie des jugements et des juges P 29

II – La décision judiciaire P 42

III – Le phénomène de la jurisprudence P 52

Section III – Le procès P 55

I – Le procès comme phénomène interpersonnel P 55

II – Le procès comme phénomène collectif P 64 bis

Chapitre II – Sociologie juridique et droit comparé P 71

Section I – La sociologie comparée des droits P 71

I – Utilité de la démarche P 71

II – Les difficultés de la démarche P 72

Section II – Le droit comparé comme phénomène sociologique	P 73
I – Les attitudes envers le droit étranger	P 73
II – Le phénomène du législateur étranger	P 74
Partie spéciale	P 75
Chapitre I – Les affaires	P 75
Section I - La vie des affaires	P 75
I – Le contrat	P 75
II – Le marché	P 78
II – Le crédit	P 80
Section II – L'échec des affaires	P 81
I – Les causalités du phénomène	P 81
II – Les effets du phénomène	P 84
Chapitre II – les sentiments	P 85
Section I – Le sentiment en tant que phénomène de psychologie juridique	P 85
I – Les phénomènes de psychologie juridique en général	P 85
II – Les sentiments comme phénomènes de psychologie juridique	P 86
III – L'attitude du droit envers les sentiments	P 87
Section II – L'amour	P 88
I – Difficultés de la recherche	P 88
II – L'amour en mariage	P 89
III – L'amour hors mariage	P 92
Section III – La mort	P 93
I – Actualité de la mort	P 93
II – La mort des autres	P 94
III – La mort de soi-même	P 95
Chapitre III – Les affaires et les sentiments	P 97
Section I – La mutation des sentiments en affaires	P 97

PARIS II

45859/2431

SOCIOLOGIE JURIDIQUE

D'après les notes prises au cours
et avec l'autorisation de

MONSIEUR JEAN CARBONNIER

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers
Professeur à l'Université de Droit, d'Economie
et de Sciences Sociales de Paris

1973 - 1974

ASSOCIATION CORPORATIVE DES ETUDIANTS

EN DROIT ET EN SCIENCES ECONOMIQUES DE PARIS



X

Nous tenons à exprimer nos remerciements à MONSIEUR le
DOYEN CARBONNIER qui a bien voulu autoriser la parution de ce polycopié
ainsi qu'à son assistant, MONSIEUR LE BRAS, qui nous a fourni les
notes, et qui a eu l'amabilité de relire et corriger les épreuves
de cet ouvrage.

INTRODUCTION

PRELABLES/

Qu'est ce que la sociologie juridique ?

I.- Une définition empirique.

La sociologie juridique, c'est, par rapport au droit, l'envers du décor. La sociologie juridique s'oppose ainsi au droit dogmatique qui a été enseigné en licence (ce mot dogmatique n'a ici aucun contenu péjoratif).

II.- Une définition plus scientifique:

Qu'est ce que la sociologie en général? La sociologie du droit apparaît comme une branche plus spécialisée de la sociologie en général.

Il n'est pas tellement facile de la définir. Voici quelques définitions courantes:

-La science de la société (L'expression de sociologie, formée par Auguste Comte, est mal construite: elle est formée d'un mot latin et d'un mot grec);

- "Science qui étudie les groupements sociaux";

- "Science qui étudie les phénomènes sociaux" (Mais qu'est-ce qu'un phénomène social? Les phénomènes économiques par exemple en sont-ils?);

La sociologie du droit repose sur la sociologie en général, si bien qu'il est difficile de la définir de façon sûre.

Voici quelques essais de définition:

-La science qui étudie le droit par des méthodes sociologiques" (cette définition renvoie à la sociologie en général. Le droit peut être étudié par une méthode dogmatique, et par une méthode fournie par la sociologie en général.)

- Cette branche de la sociologie en général qui étudie ces phénomènes sociaux que sont les phénomènes juridiques" (ici, on se tourne vers le droit: c'est à lui de nous dire ce qu'on doit entendre par phénomènes de droit. A côté des phénomènes juridiques il y a d'autres phénomènes qui sont non juridiques. Ces derniers phénomènes sont appelés phénomènes de mœurs. Les phénomènes juridiques sont caractérisés par la juridicité.) La recherche du critère de la juridicité est une des tâches de la sociologie juridique.

IDEE GENERALE DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

§ 1.- Objet de la sociologie juridique

§ 2.- Histoire de la sociologie juridique

§ 3.- Méthodes de la sociologie juridique

§ 4.- Résultats de la sociologie juridique

§ 1er.- Objet de la sociologie juridique

L'objet premier de la sociologie juridique, c'est le phénomène juridique.

La sociologie juridique reçoit son objet comme une simple apparence. Sans prendre parti sur sa réalité ontologique (dont dispute la philosophie du droit).

La sociologie juridique pulvérise le droit en une multiplicité de phénomènes hétérogènes. Néanmoins des classifications sont possibles:

1) - On oppose, en sociologie juridique, les phénomènes juridiques primaires et les phénomènes juridiques secondaires.

- Les phénomènes juridiques primaires sont ceux dont les autres dérivent. Le juriste dogmaticien dirait: ce sont les sources formelles du droit (mais la notion de source formelle du droit est plus étroite: le droit est plus grand que l'ensemble des sources formelles du droit)

Ce sont: - La loi, la coutume, la jurisprudence, la pratique extrajudiciaire

- Les jugements à l'état isolé qui créent réellement le droit, sans pour autant être appelés à se transformer en règles parce que la solution qu'ils donnent ne sera pas répétée. (L'ordre juridique n'est pas fait uniquement de règles mais aussi d'apaisement individuels)

- Les commandements individuels (la décision administrative par ex.) au même titre que les jugements particuliers, contribuent à former du droit; ce sont à côté de la règle des phénomènes juridiques primaires.

Tous ces phénomènes ont en commun une substance d'autorité, de pouvoir, phénomène d'où procèdent les phénomènes juridiques secondaires.

2) - On oppose les phénomènes-institutions et les phénomènes-cas. Par exemple le mariage est une institution, bloc de droit d'avance disponible pour être appliqué à toute la série des cas de même nature. Mais nous pouvons envisager un mariage particulier, une situation inter-individuelle.

Chaque mariage est une aventure inouïe, un événement unique. Et pourtant il

n'empêche qu'il y a une certaine identité entre les mariages qui permet de considérer qu'il y a un phénomène collectif: la nuptialité.

De cette ramification à l'intérieur des phénomènes-cas peut résulter en définitive un classement tripartite des phénomènes juridiques: les institutions, les cas individuels, les collectivités de cas.

L'intérêt de la distinction est un intérêt épistémologique: les phénomènes-institutions sont un terrain d'élection pour la méthode historico-comparative. Les collectivités de phénomènes appellent la statistique, le sondage, la quantification. Aux cas individuels, c'est l'étude des cas qui est le mode d'observation le plus approprié.

§2.- Histoire de la sociologie juridique

Comme toute science nouvelle, la sociologie juridique s'est cherchée.

Distinguons 3 périodes:

La période des précurseurs (A)

La période constitutive de la sociologie générale (B)

La 3ème période, une fois la sociologie générale est constituée (C)

A.- La sociologie juridique des précurseurs

Ici la sociologie juridique rassemble beaucoup à ce qu'on appelle la philosophie du droit (à l'origine la sociologie s'est donnée comme branche de la philosophie). Le prosopée des lois de Platon a pu être regardée comme un document de sociologie juridique. De même Aristote a écrit des passages célèbres où il oppose au droit de l'amitié, la philia, zone qui n'est pas absolument dépourvue de règles mais est régie par des règles non juridiques.

De même Montaigne, Pascal ont souligné la relativité des phénomènes juridiques. Il y a tout de même dans cette première période un auteur que l'on détache: c'est Montesquieu, avec l'Esprit des Lois.

Montesquieu est un précurseur parce qu'il applique à l'étude du droit une méthode empirique d'observation comparative destinée à saisir les corrélatifs des phénomènes par un mécanisme d'induction. (Mais les abus de la méthode déductive sont encore manifestes...)

Montesquieu est déterministe: les lois ne sont pas le produit de volontés humaines arbitraires, mais de facteurs extérieurs à la volonté humaine: facteurs physiques (la nature du terrain, du climat...); les facteurs sociaux (la forme du gouvernement, la religion, le commerce, les mœurs et les manières); les facteurs démographiques (le nombre d'habitants). Cette idée qu'un certain matérialisme est indispensable à l'explication du droit pourrait bien être la preuve du fait que Montesquieu est déjà un sociologue.

§2 la période constitutive de la sociologie

Auguste Comte, fondateur de la sociologie générale, ne paraît pas s'être beaucoup (il a même la réputation d'y avoir été allergique. Mais ce qu'il fit pour la sociologie en général devait nécessairement profiter à la sociologie juridique. Au vrai, l'attitude de Comte envers le droit est doublement sociologique:

1°) Par la méthode législative: Les lois doivent être tirées de l'expérience, non de concepts a priori;

2°) par le fond de la doctrine: il y a dans une oeuvre très vaste des éléments utilisables pour la sociologie du droit de la famille. La critique du code Civil, monument de l'individualisme révolutionnaire, destructeur de la famille et de la société en général se traduit par une conception organique de la famille.

Sous ~~ce aspect~~ Auguste Comte annonce Le Play.

Frédéric Le Play (1806-1882) Ses études sociologiques ont porté sur la famille et sur le régime successoral. Même si les résultats sont contestables sa méthode est sociologique : il a utilisé le procédé de l'enquête monographique. Dans cette ligne, il a consacré une monographie (un modèle du genre) à une famille du Béarn, la famille Mélouga.

Emile Durkheim (1858-1917) On discute entre sociologues pour savoir si la sociologie doit plus à Comte ou à Durkheim et quel fut en définitive le fondateur

Mais pour ce qui est de la sociologie juridique, il ne paraît pas douteux qu'elle a avec Durkheim des rapports plus directs qu'avec Auguste Comte.

Emile Durkheim s'est en effet plus directement intéressé au Droit. Il a même laissé des œuvres qu'on peut regarder comme des œuvres de sociologie juridique (du droit pénal plutôt que du droit civil) Il avait été inspiré par l'école positiviste italienne (Lombroso et Ferri) dont les tenants avaient utilisé la méthode statistique que Durkheim allait reprendre en¹ appliquant par ex. au suicide.

3e PERIODE - APRES CONSTITUTION DE LA SOCIOLOGIE EN GENERAL

Chez les juristes l'idée vient que les recherches de sociologie pourraient être transportées dans le domaine du droit. Après tout le droit pénal avait donné l'exemple.

Ceci a été fait en Allemagne surtout (En France il y avait eu quelques tentatives, quelques approches, mais ce n'était pas grand chose). Il faut citer 3 noms : Max WEBER, Th. GEISER et Eugène ERHLICH.

ERHLICH (1882-1923) est considéré comme un des fondateurs de la sociologie du droit. Dans son ouvrage "Grundlegung der Soziologie des Rechtes" il y a une réaction contre l'abus du conceptualisme dans les sciences juridiques. Il y a une préoccupation de retrouver, par delà les sources formelles, les sources factuelles du droit. Ce livre a été traduit en américain par Roscoe Pound.

Max WEBER est plus connu par son ouvrage "Economie et société" : il contient un chapitre (Ch. 7, 2e partie) qui constitue la sociologie du droit de M. WEBER (traduction et introduction de Jacques Grosclaude).

Sa méthode est historico-comparative. Son apport le plus important est peut être d'avoir attiré l'attention sur les acteurs du droit, sur "l'état major" du droit, c'est-à-dire sur les juristes : Selon M. WEBER le progrès du droit s'accomplit dans le sens d'une rationalisation et d'une bureaucratisation croissantes.

La bureaucratisation se caractérise par une importance de plus en plus grande des juristes. C'est le point de vue inverse d'ERHLICH pour lequel le droit se situerait dans les profondeurs de la société.

Enfin Théodore GEIGER moins connu en France a une grosse réputation dans la sociologie juridique allemande contemporaine. (1)

En France, il faut citer le nom de GURVITCH et sa théorie du pluralisme juridique : théorie selon laquelle il existe un nombre plural de normes à l'intérieur de la même société.

Il faut signaler encore la sociologie, des sondages, des enquêtes, les recherches de sociologie empirique qui se sont d'abord développées aux Etats Unis.

(1) - "Vorstudien Zu einer Soziologie des Rechts sur geigir :" Année sociologique 1968, "La Sociologie de T. Geiger" par Rohrer.

3 - LES METHODES DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Ces méthodes (il vaudrait mieux dire techniques) ne sont pas particulières à la sociologie juridique.

A - Les principes généraux de la méthode en sociologie juridique :

1 - La règle d'objectivité :

C'est une règle dégagée par Durkheim (p. 20 des Règles de la méthode sociologique de Durkheim) "Il faut considérer les faits sociaux comme des choses". "Est chose tout ce qui est donné, tout ce qui s'offre à l'observation".

Cette règle peut signifier qu'il faut appréhender les phénomènes sociaux sous leur aspect le plus matériel. Si le sociologue inclut dans son champ d'étude les phénomènes subjectifs, il s'efforcera de les appréhender par quelque côté où ils se matérialisent. Cela peut aussi signifier une certaine précellence pour toute technique qui tendra à quantifier les phénomènes, nous écartons par là la tentation de l'impressionnisme. Même si l'on dépasse l'introspection individuelle le risque est en effet de ne juger que par son petit horizon.

Et Durkheim pensait que le droit pourrait contribuer à mettre plus de matérialité dans les recherches de sociologie générale. Dans sa pensée, le droit, c'est -à-dire les règles de droit lui paraissait doté d'une objectivité, d'une absence de psychologisme constituant une garantie pour la recherche en sociologie générale.

Il y avait certainement une exagération dans ce crédit d'objectivité accordé au droit.

Dans cette règle d'objectivité, il y a aussi une exigence de neutralité. Il faut se garder d'avoir un préjugé (critique ou favorable)

Le sociologue doit ainsi aborder les phénomènes de "contre droit" d'anti-droit" avec la même impartialité que les phénomènes de droit.

2 - Un 2e principe, c'est le primat de la méthode comparative : en voici un exemple :

Nous pouvons suivre le taux d'illégitimité des naissances au cours du XIXe siècle :

1815 - 1830 = 6,96
1830 - 1850 = 7,03
1850 - 1870 = 7,47
1870 - 1900 = 8,7
Vers 1930 = 8,7

Nous pouvons apercevoir une progression.

Et mettre ce taux en relation avec d'autres phénomènes, avec des événements qui se sont produits au cours de cette période : l'industrialisation avec sa corollaire : l'urbanisation.

3 - Ceci nous amène à un autre primat : la primauté de l'induction sur la déduction : Dans les sciences physico-chimiques, la démarche inductive est essentielle. la création d'une sociologie scientifique a été marquée par un passage de la déduction à l'induction.

B - LES TECHNIQUES DE RECHERCHES

Les recherches sur documents : il s'agira de recherches sur statistiques à l'analyse de contenu, par exemple : une analyse de presse : l'image de la guerre dans la presse française, sur un fait divers).

L'enquête en milieu vivant : la technique de l'enquête par sondage est devenue la première.

Un sociologue comme Durkheim était limité dans ses moyens (le compte de l'administration de la justice criminelle et civile pour le "suicide"...).

Le sondage va donner des ailes à la recherche en sociologie. Il le peut en effet, être taillé sur mesure.

Toutes ces techniques de recherche relèvent de l'observation par opposition à l'expérimentation.

Dans les sciences humaines il n'y a pas d'expérimentation. Cette dernière néanmoins n'est pas exclue : des laboratoires se sont créés en psychologie comme en sociologie.

Il existe au moins ce qu'on appelle l'expérimentation législative. Au XVIII^e certains despotes d'Europe ont ainsi mis à l'épreuve l'impôt préconisé par les physiocrates sur une fraction de leur territoire. Nous assistons aujourd'hui à un retour de la législation expérimentale : Un exemple d'expérimentation législative nous est donné par le décret du 5 octobre 1965 qui a institué la procédure de la mise en état : elle a été introduite d'abord dans 5 ressorts de cours d'appel en attendant sa généralisation.

Quel est l'idéal que peut se proposer la sociologie du droit ?

1 - D'abord la description des phénomènes, saisis à une profondeur factuelle qui échappe au droit dogmatique.

2 - à un degré de plus, l'analyse causale qui consistera à établir des relations de cause à effet, entre les phénomènes. C'est un deuxième ordre de résultats dont voici quelques illustrations:

a) - l'ensemble des recherches menées par le Play au siècle dernier : Le partage égal, notamment de l'exploitation agricole, a été mise en rapport avec un phénomène démographique, la diminution du taux de natalité; les disciples de Play ont considéré qu'il y avait un lien de cause à effet entre le droit successoral du code civil et la dépopulation.

b) - en 1967 : une enquête a été menée sur les couples non mariés français; il est apparu que le concubinage était dû à une espèce de pesanteur juridico-sociologique, relative au divorce, à la difficulté de l'obtenir : pesanteur juridique (problème des torts) et sociologique (problème des moyens financiers et de ressort psychologique...) ainsi les concubins n'avaient pas choisi cet état : c'était un déterminisme qui s'exerçait sur eux.

c) - Les phénomènes de connaissance de la nouvelle, d'après un Scandinave (AUBERT) la connaissance de la loi acquise par le moyen de l'entourage a plus d'influence sur les comportements du citoyen que la connaissance acquise par les mass media.

Exista-t-il des lois causales en sociologie juridique ?

1 - Dans la diachronie (lois d'évolution) citons la Loi de Maine (auteur du "droit archaïque"), le statut précède le contrat : "le droit contraignant à précéder l'autonomie de la volonté".

Citons encore la loi de Max Weber : qui régit l'évolution des sociétés industrielles modernes : c'est la loi de bureaucratisation croissante des systèmes J : la part des techniciens du droit est de plus en plus prépondérante. Le droit se technicise et se dépopularise.

2 - Dans la synchronie (lois de structure) il existerait des corrélations nécessaires dans un système juridique : il y aurait des constellations d'institutions juridiques, des institutions qui vivraient nécessairement groupées.

MONTESQUIEU (Esprit des lois, livre 6, ch. 2) relève que certains gouvernements, CESAR, CROMWELL, ont exercé une action en vue de simplifier les lois pénales : selon MONTESQUIEU la simplicité des lois pénales est en corrélation avec le despotisme.

De même tutelle d'état : successions aux biens, les deux institutions iraient ensemble. De même il existerait une corrélation dans un système juridique entre la tutelle d'état (par opposition à la tutelle qui a son centre de gravité dans le Conseil de famille) et la succession aux biens : les 2 institutions iraient ensemble (le modèle serait le B G B).

SECTION II de l'INTRODUCTION

1 - FRONTIÈRES AVEC LA SOCIOLOGIE GÉNÉRALE

A - Rapports de la sociologie juridique avec la sociologie générale :

La différence avec la sociologie générale tient à l'objet : l'objet de la sociologie juridique c'est le droit, le phénomène juridique. Le phénomène juridique est un phénomène social, mais tous les phénomènes sociaux ne sont pas des phénomènes juridiques : la sociologie juridique est l'espèce d'un genre plus étendu.

Voyons comment la distinction se présente en théorie : Raisonnons comme si le droit n'était qu'un système de normes : (le droit n'est pas que cela : par exemple : le droit subjectif n'est pas une norme). Il y a d'autres systèmes de norme que le droit.

La sociologie juridique s'occupe des normes de droit et la sociologie générale d'autres systèmes de normes. Ainsi les normes du langage, les normes d'hygiène ne sont pas des normes juridiques, sauf exception (les vaccinations obligatoires par exemple) : ce sont des normes sociales.

Mais c'est avec les règles de mœurs, les règles de morale, les règles de religion que la distinction est plus difficile.

Quel est le critère de différence

C'est la juridicité qualité difficile à définir : il existe sur cette juridicité des débats inépuisables. Si nous voulons embrasser dans la recherche des systèmes de droit archaïque, nous serons beaucoup plus embarrassés pour définir le critère. Si nous nous en tenons à nos sociétés bureaucratiques, le problème de

la juridicité serait en effet aplani; dans ces sociétés. Le critère est formel (il suffit de consulter le J.O. ou le Bulletin des arrêts...)

Le critère tiré de la nature de la contrainte est le plus classique : la contrainte qui assortit la règle de droit est d'une nature particulière. La règle de droit est assortie en cas de violation, d'une coercition extérieure. C'est la définition plus que séculaire qui donnent AUBRY et RAU (certains disent "coercition physique", "coercition étatique" (1))

Quant il s'agit d'une règle de droit, la contrainte est organisée, consciente, volontaire.

Quand il s'agit d'une règle de mœurs, la contrainte est diffuse, inconsciente : C'est plus tôt une retombée de la violation de la règle qu'une sanction.

Ce critère a été en particulier utilisé par les sociologues de sociologie générale, et notamment par les sociologues de l'Ecole de Durkheim.

Chez des sociologues postérieurs (notamment anglo-saxons) on voit apparaître d'autres critères, c'est la justiciabilité qui constitue l'indicatif de la juridicité. C'est la thèse qu'a soutenue notamment HERMANN KANTORONICZ. On entend par là ce caractère tenant à ce que la violation de la règle peut donner lieu à un jugement (on retrouve l'esprit anglo-saxon). Lorsque la règle violée est une règle de mœurs, il pourra y avoir des sanctions efficaces : mais il n'y aura pas recours à ce personnage original qui est le juge. C'est la seule éventualité du jugement, l'éventus judiciaire qui est la justiciabilité non pas le jugement effectif.

Appliquons ces vues théoriques à un exemple classique consacré par les sociologues de sociologie générale, la règle d'après laquelle lorsqu'une jeune fille se trouve enceinte, le garçon est obligé de l'épouser. Il y a eu en 1969 un sondage d'opinion mené sur un échantillon de 2500 personnes mariées; parmi les questions posées, on relève celle-ci : "Dans le cas où une jeune fille se trouve enceinte, pensez-vous :

- . que le mariage est un devoir strict,
- . que le mariage est la solution qui convient le mieux,
- . que le mariage ne s'impose pas ?

Qu'il s'agisse d'un devoir strict ou d'une convenance, nous sentons la présence d'une règle : chez les hommes : 40 % des enquêtes considéraient qu'il y avait devoir strict, 31 % que c'était la solution convenable : 71 % des gens considéraient donc qu'il y avait un impératif ("population" n° spécial juin 1971 p.109). Nous sommes en présence d'une règle de mœurs parce que la violation de cette règle n'est pas sanctionnée par le droit : elle sera sanctionnée par une réprobation diffuse du milieu social de l'entourage; qui s'exprime par des allusions,

Cette sanction peut avoir une certaine efficacité (les statistiques le montrent) l'absence de sanctions juridiques n'est d'ailleurs pas absolument exacte : il y a l'action en recherche de paternité naturelle...).

(1) Pour KELSEN le concept d'état joue dans le droit le même rôle que la notion de force en physique, mais le concept d'état ne s'applique pas aux sociétés archaïques.

La distinction est souvent floue entre le système de normes constitué par les moeurs et celui constitué par le droit.

Ainsi la sociologie de la famille est le lieu d'interpénétration, et souvent de confusion, de la sociologie générale et de la sociologie juridique, constatation banale : les manuels de droit civil affirment que le droit n'est pas tout...

Pour certains marxistes le domaine propre du droit est le droit patrimonial, la famille échappe au droit.

Dans l'ouvrage de Mmr André MICHEL, le droit n'y tient pas une place bien considérable : l'auteur n'a traité que les moeurs (à l'inverse des ouvrages de droit dogmatique).

L'ouvrage de Mlle MARNIER sur l'adoption mêle le droit et les moeurs. La famille est un terrain de rencontre de la sociologie générale et de la sociologie juridique.

L'ouvrage de MEISTER "vers une sociologie des associations" paru cette année, refoule le point de vue du droit, si bien que son ouvrage est peut être unilatéral, partiel, ne saisit qu'une partie du phénomène de l'association.

Peut être faut-il ramener ce qui vient d'être dit à cette règle de conduite que la perspective doit être interdisciplinaire.

B - Les rapports de la sociologie juridique avec les autres sociologies spécialisées :

Nous retiendrons 3 exemples :

1 - la sociologie politique (ou sociologie de la politique-) dans les archives de psychologie du droit (1961) plusieurs articles ont été consacrés aux rapports de la politique et du droit (notamment "le droit investi par la politique").

Comment définir la sociologie de la politique ? en partant de la science politique, la science politique est la science des états, de la cité. Aujourd'hui on ne parle pas tant d'Etat que de pouvoir. La sociologie de la politique a pour objet les phénomènes de pouvoir : il y aura, dès lors, des rencontres avec la sociologie juridique. Ainsi la loi, le jugement, la décision administrative sont des phénomènes de pouvoir qui relèvent par là en même temps de la sociologie de la politique et de la sociologie juridique.

De même la sociologie de la décision est un aspect de la sociologie politique et de la sociologie juridique.

On a parfois tenté de tracer la ligne de partage après avoir essayé de distinguer le juridique et le politique : l'opposition entre décision répétitive (juridique) et décision ponctuelle, non répétitive (politique) telle serait la ligne de partage...

Mais sitôt que l'on quitte le terrain du droit privé, une certaine confusion est inévitable.

2 - La sociologie religieuse : Les religions, comme les droits, se présentent sous la forme de systèmes normatifs. Du même coup se pose un problème de distinction avec la sociologie juridique.

Les normes juridiques qui sont en même temps des normes religieuses peuvent entrer en concurrence avec les règles du droit étatique : nous avons ici un phénomène de pluralisme juridique. Dans certaines sociétés on constate une identité totale du système normatif étatique et du système normatif religieux (états musulmans à certaines époques), dans d'autres cas il peut y avoir coïncidence partielle (dans les derniers siècles de notre ancien régime...)

Le phénomène de laïcisation est un phénomène qu'étudie la sociologie juridique : le passage du "fas" au "jus" dans le droit romain, la laïcisation du droit dans le pays musulman qui n'a pas été sans retour.

Ce qui facilite la distinction des 2 sociologies, c'est que les normes ne constituent pas le seul domaine de la sociologie religieuse (étude des comportements religieux etc...) mais il faut conclure à une certaine difficulté de la distinction.

3 - La sociologie criminelle et la sociologie pénale :

La sociologie pénale est une sociologie des institutions pénales et même du droit pénal, ce n'est pas une subdivision de la sociologie son discriminant (la peine) a une grande originalité : ce qu'il y a de profondément caractéristique dans ce discriminant conduit à mettre à part une sociologie pénale, quant à la sociologie criminelle, qui a une tradition, elle a pour objet la criminalité. Est-ce un phénomène juridique ? Oui parce que la violation d'une règle de droit est le phénomène juridique. La sociologie juridique étudie "la déviance" autant que l'application de la règle de droit.

L'originalité de la peine qui avait servi à discriminer la sociologie juridique et la sociologie pénale va nous servir à distinguer la sociologie criminelle de la sociologie juridique, qui étudie d'autres types de déviances qui ne sont pas criminelles par exemple le divorce.

II - LES RAPPORTS DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE AVEC LE DROIT DOGMATIQUE :

Cherchons la différence dans les définitions : certaines définitions se présentent sur un mode impressionniste.

Ainsi on dira que la sociologie du droit a pour objet le droit vécu et non pas le droit livresque; il faut aller voir comment les choses se passent dans la réalité et non plus dans les livres, il existe ainsi en Allemagne une collection qui s'intitule "sociologie du droit et recherche des faits du droit" (Tatsachen).

Mais quel est le juriste qui s'est jamais contenté de regarder les livres ? Même à l'époque la plus séchement dogmatique, celle de l'école de l'exégèse, les juristes étaient préoccupés de pratique; l'enseignant était souvent un praticien...)

Tout de même la réalité dont parlait les juristes, c'était la réalité contentieuse, le réalisme d'avant. La sociologie du droit n'allait pas plus loin que l'analyse de la jurisprudence, le réalisme sociologique a dû conquérir d'autres zones (ex : la pratique contractuelle, le droit ineffectif, les relations de fait...).

La différence est quelquefois placée plus profond. Il y a dans la première hypothèse une différence de point de vue, d'angle de vision, le dogmatique est dans le système juridique.

Le sociologue du droit l'observe du dehors : on transpose

ici la règle d'objectivité posée par Durkheim, la sociologie juridique connaît la séparation entre l'observateur et la matière observée. Mais on peut battre en brèche le critère : la règle d'objectivité est récusée par certains qui préconisent l'enquête participante, l'enquête sympathique : pour observer le droit du travail, il faut se faire embaucher, l'ethnologue doit se faire "adopter" par l'ethnologue... il n'y a rien de tel que d'aimer son objet pour le comprendre.

De plus s'il y a des métiers juridiques où le juriste dogmatique a le devoir de participer au système juridique (le législateur, l'interprète, le juge), la position du théoricien du droit est assez différente : celui-là n'a-t-il pas le même recul que le sociologue du droit ?

On reporte alors le critère de la ligne de partage de l'angle de vision à la méthode : le théoricien, le philosophe du droit emploient des méthodes différentes.

Le sociologue du droit pratique la recherche empirique, emploie l'induction, le psychologue du droit pratique la recherche théorique, emploie la déduction.

Il ne faut d'ailleurs pas s'hypnotiser sur les critères, il est bon de faire vivre une discipline sans trop se préoccuper des frontières.

Voyons la différence dans les attitudes : certaines attitudes opposent les deux disciplines : elles sont naturelles, légitimes, mais chacune est caractéristique des 2 disciplines en présence.

La première opposition est celle du monisme et du pluralisme juridiques, les juristes dogmaticiens pratiquent le monisme juridique : le droit est un; il y a une seule source de droit, et un seul système juridique; dans le jeu des concepts modernes, l'état définit et impose l'unité du système juridique, pour certains même, le droit ne peut se concevoir qu'à l'état d'unité. Le droit est un dieu jaloux qui n'admet pas qu'il y ait d'autres dieux.

Sans doute le dogmaticien reconnaîtra des sources concurrentes : les collectivités locales, les corporations, une association, une société (en anglais on parlera de "by laws" - droit collatéral).

Mais le juriste dogmaticien invoquera un mécanisme de représentation par conséquent le monisme ne souffre pas d'échec. Les sociologues du droit admettent au contraire le pluralisme juridique, l'école pluraliste est rattachée à Gurvitch mais historiquement les thèses de pluralisme étaient chez Ehrlich.

GURVITCH est parti d'une critique historique de la position moniste : d'après lui le monisme est un produit contingent de l'histoire : il est né au XVIIe avec l'apparition des états modernes, c'est un moment dans l'évolution historique, non une donnée permanente.

Au XVIIIe le rationalisme a porté les esprits à voir le droit comme quelque chose d'unifié, le jacobinisme a renforcé le concept de droit unifié, les codifications napoléoniennes ont également tendu au monisme juridique. Mais au Moyen Age, longue période de pluralisme, un antagonisme de droits pouvait se rencontrer sur le même territoire. L'homme vivait dans une multiplicité de systèmes juridiques.

Selon GURVITCH le droit submerge l'état et dans les sociétés modernes, GURVITCH découvrait des phénomènes illustrant sa thèse : au dessus de l'état, mais surtout au dessous de l'état, il y avait place pour des foyers créateurs de droit de droit : syndicat, entreprise, services publics décentralisés etc...

Cette thèse s'est maintenue après GURVITCH par l'apport de certaines données mises en lumière postérieurement à GURVITCH : l'acculturation, la sous culture. l'acculturation est une greffe de culture sur une autre (par exemple celles des pays colonisateurs dans les pays colonisés).

Certains pays pour se moderniser ont reçu des ^{des} ~~trois~~ étrangers, la Turquie de Kemal Ataturk a ainsi adopté le code civil suisse. Dans le milieu récepteur va se produire une coexistence avec les modèles anciens. Il va s'opérer un phénomène de pluralisme juridique.

La sous-culture : il peut y avoir des cultures dissidentes encastrées dans la société dominante : ainsi une minorité ethnique peut continuer à pratiquer son propre système juridique.

Une classe sociale peut pratiquer un système de normes en contradiction avec celui de la société dominante, en voici quelques exemples :

Le droit international privé : voilà un mécanisme de pluralisme juridique ce sera du "pluralisme domestique".

Les conventions : les contractants dessinent un cercle à l'intérieur duquel ils vont vivre un certain droit, les contrats créent du droit dans un cercle interpersonnel (ce que GURVITCH n'avait pas assez vu), c'est encore du pluralisme "domestique" (1134 et 6 C civ.)

Les usages locaux (en matière de servitudes par exemple, d'obligations de voisinage).

Le droit canonique peut entrer en concurrence avec le droit laïque. Ce pluralisme avait retenu l'attention d'auteurs dogmatiques, GENY notamment.

En face de ces pluralismes intégrés, n'allons nous pas rencontrer de pluralisme plus résistants, plus "sauvages"? Beaucoup d'immigrants continuent à pratiquer en France, diverses règles qui sont en contradiction avec l'ordre public international.

Voici une loi abrogée : des sujets de la loi continuent à obéir à la loi ancienne : par exemple : le statut du fermage est venu substituer au partage par 1/2, le partage par tiercement (1/3 au bailleur, 2/3 aux metayers).

On a observé que dans certains cantons, la règle ancienne était toujours suivie, quoique la règle nouvelle fut d'ordre public.

Malgré l'abolition des droits féodaux, sous la restauration et la Monarchie de Juillet, il y avait des droits féodaux qui continuaient à être encaissés... On parle en sociologie criminelle de la "loi du milieu", les écoliers, les bandes ont un code (mais est ce que dans l'économie, et la loi du milieu et la loi de l'état nous devons voir un phénomène de pluralisme juridique ? ou est-ce du pluralisme simplement normatif ...

Seconde opposition dans les attitudes :

- les phénomènes d'ineffectivité, le droit est fait pour être appliqué; selon la doctrine, la loi n'a de sens qu'appliquée et appliquée comme le législateur a voulu qu'elle le fut. Pour le sociologue au contraire, l'ineffectivité est "naturelle" c'est un phénomène qu'il n'y a qu'à constater et étudier froidement. La loi peut produire des effets prévus par le législateur (effectivité fonctionnelle) ou imprévus (effectivité accidentelle)

Effectivité fonctionnelle : la causalité majeure doit être recherchée dans l'obéissance. Il y a des forces psychologiques qui travaillent dans le sens de l'effectivité : l'intérêt; nous trouvons ici le concept de droit de compromis = c'est parce qu'il y a compromis que tout le monde se soumette; la force de l'habitude (la loi donne l'estampille à des coutumes plus que séculaires) : l'ineffectivité il y a des lois facultatives "supplétives de volonté" : cette loi est effective par l'incidence des sujets.

Mais il y a aussi des phénomènes d'effectivité accidentelle : il existe dans la société des phénomènes d'incidence et d'influence qui tendent à déplacer l'effet de la loi.

Phénomènes d'incidence fiscale : celui qui paie l'impôt ne sera pas forcément celui qui en supportera la charge; autres exemples d'effets d'incidence :

La loi sur les accidents du travail a mis la réparation à la charge de l'employeur. Mais cette charge se dilue sur l'ensemble de la société (on pourrait faire la même remarque pour 1384).

Autre exemple d'incidence : la loi établit des formalités protectrices pour les incapables : ces formalités créent un aléa, celui qui contracte avec un incapable fait entrer dans le prix d'achat la considération de l'aléa résultant des formalités protectrices, le législateur ne voit que les effets immédiats, non les effets d'incidence.

A côté, la loi peut produire des effets d'influence : la loi est effective mais au delà de ce que le législateur avait prévu. L'incidence est quelque chose de mécanique, l'influence est plus diffuse. Le degré successible ab intestat a été limité par la loi de 1917. L'effet direct voulu par le législateur était d'augmenter les recettes fiscales (nous étions en 1917...)

Cet espoir a été déçu : à côté du phénomène direct, il y a eu un phénomène d'influence : le législateur fiscal a été en présence de successions testamentaires au lieu de successions ab intestat.

Autre phénomène d'influence avec la loi de partage égal entre tous les enfants du défunt : le Code civil supprime le droit d'aînesse. Les paysans français ont "fait" un aîné en s'abstenant d'avoir un second enfant. Le phénomène d'effectivité directe était l'égalité. Le phénomène d'influence, c'était la demortalité. Le législateur travaille sur une matière vivante dont les réactions sont imprévisibles.

L'ineffectivité : pour une sociologie du droit une loi même ineffective est une réalité sociologique au même titre que la loi effective. Seulement il existe des phénomènes variables d'ineffectivité :

1 - L'ineffectivité totale :

Ce sera l'impuissance des lois, titre du livre de J. CRUËT. Il y a de nombreux exemples d'articles du Code Civil restés inappliqués.

2 - L'ineffectivité statistique :

Beaucoup de lois sont partiellement ineffectives, comportent un pourcentage parfois considérable d'ineffectivité : le bulletin de paye de l'agriculture, la loi sur les comités d'entreprise, les lois sur la vaccination obligatoire (la 1/2 des vaccinables sont vaccinés contre la tuberculose).

3 - L'ineffectivité du point de vue diachronique :

Il y a une dynamique de l'ineffectivité; l'application est difficile dans les premiers temps et puis la loi va prendre son essor, puis vieillir, à force d'usure, elle entrerait en totale senescence.

Une observation plus poussée conduirait à admettre que les évolutions sont plus complexes : la coutume peut consolider une loi "en fait de meubles"... n'a pas vieilli.

Il ne faut donc pas raisonner sur un schéma abstrait. Au contraire une loi peut rester longtemps ineffectue puis trouver son utilité (par exemple 1895 code civil).

L'interprétation des phénomènes d'ineffectivité est difficile :

- les lois supplétives de volonté constituant une catégorie à part, et des ineffectivités normales, une ineffectivité est pathologique;
- pour les autres lois, il y a des ineffectivités pathologiques, si elle n'a pas été acceptée d'avance par le législateur, le plus clair de ces phénomènes est la résistance à l'acculturation juridique. Les organes chargés de l'exécution des lois sont dans beaucoup d'hypothèses hors d'état d'en assurer l'application : l'inertie des agents encourage la résistance. La résistance encourage l'inertie. Il y a là un jeu subtil de causes et d'effets, mais il existe des phénomènes d'ineffectivité normale. Le phénomène a été voulu par le législateur.

A quoi bon dès lors faire une loi ? C'est qu' il y a dans l'ineffectivité une finalité jugée supérieure à l'effectivité. Ainsi en va-t-il du principe de l'opportunité des poursuites.

Ce principe colore d'une virtualité d'ineffectivité nos lois pénales, une certaine dose d'ineffectivité entre dans les prévisions du législateur. Un tel principe traduit d'ailleurs la saturation de l'appareil répressif (cf article de Davidovitch et Bourdon, in Année Sociologique 1964, p.111).

Quelquefois, cela va plus loin avec le phénomène des "lois facades" "lois réclames", le législateur fait une loi, pose un principe et se désintéresse de l'application. Est-ce inutile ? Non car l'affirmation du principe est un symbole, et les symboles jouent un rôle : le symbolisme est un phénomène auquel les sociologues doivent être attentifs.

III - RAPPORTS DE LA SOCIOLOGIE DU DROIT AVEC D'AUTRES DISCIPLINES QUE LA SOCIOLOGIE ET LE DROIT

Nous en retiendrons 2 :

- l'informatique juridique
- la psychologie du droit

L'informatique est l'automatisation de l'information. Elle a été employée dans le domaine juridique. Quelles sont ses applications ?

Une application documentaire d'abord, mais à côté, l'informatique a trouvé un emploi opérationnel : il se produit une sorte de fascination devant le jugement qui serait l'oeuvre de la machine.

Certes il y a des jugements quantifiables : l'évaluation des Dommages-intérêts en cas d'accident corporel, également le quantum de la pension après divorce. Dans cette zone où la quantification est en cours, on conçoit l'usage d'ordinateurs et l'amélioration apportée au cours de la justice.

M. CATALA a un projet de recherche où à partir de notre droit de la nationalité, on pourrait élaborer un système de raisonnement logique qui conduirait à des tables de décision.

Mais quels sont les rapports avec la sociologie du droit ?

L'introduction de l'informatique constitue un phénomène de sociologie juridique. Le droit est conflictuel, l'apparition d'une personne en litige armée d'un ordinateur rompt l'équilibre : songeons à un procès entre un simple particulier et une grande compagnie d'assurances.

Mais plus directement on envisage une application de l'informatique à la sociologie du droit : il s'agit de dépouiller par les moyens de l'informatique des jurisprudences en termes de sociologie : on retiendra de l'arrêt, non pas des données de droit mais ses données de fait.

A Aix en Provence (IEJ) fonctionne un centre de sociologie judiciaire : par des moyens d'informatique, on a procédé à un dépouillement systématique de la jurisprudence dans un esprit sociologique, on recherche des données sociologiques qui ont pu influencer sur la décision. (cf. Edmond Bertrand. JCP 1968, I 2195 - E. Bertrand et P. Julian D 1972, chr. 123 et D. 73, chr.74).

Rapports avec la philosophie du droit :

La parenté avec la philosophie n'a rien d'insolite.

Quand il s'agit d'une sociologie générale qui utilise les techniques empiriques, la séparation se fait sans effort. Mais l'existence d'une sociologie théorique complique la distinction, et l'on voit les sociologues utiliser la méthode déductive, la spéculation.

Ainsi M. Raymond ARON est un sociologue mais aussi un philosophe. SOROKIN qui, de l'avis général, est un sociologue, critique dans "tendances et deboires de la sociologie américaine" l'emploi des techniques empiriques, et plaide pour une sociologie qui emploierait la méthode déductive plutôt que la méthode inductive.

De même GURVITCH est difficile à classer. Quant à Maurice HAURIOU (Annales de Fac. de Droit, Toulouse 1968, Lucien SIDRAT, la sociologie du Doyen M. HAURIOU) M. SIDRAT est obligé de concéder que le bilan est décevant : HAURIOU est plus philosophe que sociologue.

Une affirmation évolutionniste (le droit est sujet à changement) et une théorie de l'institution qui avait une tonalité organiciste (l'institution est considérée comme un organisme vivant) avaient pu susciter l'hésitation. Maurice HAURIOU a eu certes des tentations sociologiques; mais il était traditionaliste (1896, La Science sociale traditionnelle).

Un autre auteur difficile à classer est SCHELSKY (pour une théorie sociologique de l'Institution, 1970). SCHELSKY part des données de l'anthropologie moderne. Mais à partir de là, il va entrer dans des voies plus sublimes : on est plutôt dans une oeuvre de philosophie du droit.

PARTIE GENERALE

CHAPITRE I - LA SOCIOLOGIE JUDICIAIRE

La sociologie juridique n'est pas indivisible, seulement la division peut être opérée selon des critères différents. On pourrait distinguer par branches du droit (une sociologie du droit civil, commercial, pénal etc...) On pourrait même envisager de subdiviser (une sociologie de la famille, des sociétés etc...) Mais on peut aussi essayer de regrouper les questions sociologiques par centres d'intérêt : ainsi a-t-on procédé lorsqu'on a parlé de sociologie judiciaire, de sociologie législative.

La sociologie judiciaire se propose de jeter un regard sur le contentieux et le juge.

SECTION I - L'IMPORTANCE DU FAIT JUDICIAIRE

Il y a une montée du phénomène judiciaire dans la sociologie et dans la société. Nous saisissons cette montée dans ces 2 domaines :

I - L'importance du fait judiciaire dans la sociologie :

Cet intérêt est en soi un phénomène. Certes la sociologie est pour une grande part entre les mains des anglo-américain. Or le juge a dans ces pays un rôle dominant, mais les pays plus légalistes se sont eux aussi intéressés d'une façon croissante au phénomène.

C'est que nous assistons à une renaissance du phénomène judiciaire après l'effacement du XIXe siècle légaliste.

Retenons 2 manifestations de cette tendance :

A - L'identification du juridique au judiciaire :

Quel est le critère de la juridicité ?

Le critère tiré de la nature de la contrainte (critère Durkheimiens) est classique, mais un autre critère s'est formé, le critère tiré de la justiciabilité.

La règle juridique est la règle qui est susceptible de donner lieu à l'intervention d'un juge (l'eventus judicii).

Il convient de préciser cette notion de la justiciabilité :

1) - il ne faut pas confondre justiciabilité avec action en justice :

La règle de droit dit^{donc} est la règle dont la violation, peut donner lieu à une action en justice. Cette traduction de la règle de justiciabilité serait inexacte.

On ne trouve pas notre concept d'action en justice dans les droits orientaux et pourtant on y rencontre une activité judiciaire, mais cette justiciabilité ne se présente pas sous forme d'un droit de réclamer l'exécution d'un droit subjectif. Celui qui subit un tort peut se plaindre devant le juge - cadi : le cadi écoute des plaintes.....

2) - L'intervention du juge n'est pas nécessairement préalable à l'application d'une sanction :

Il suffit que le juge puisse intervenir, même après coup (songeons au privilège du préalable en droit public).

3) - Le juge n'est pas nécessairement le fonctionnaire d'état :

Ce peut être un jury populaire, un arbitre privé.

Ce sont des ethnologues anglo-américains qui ont élaboré cette théorie de la justiciabilité.

En première ligne, il faut citer KANTOROWICZ (The definition of law 1958) Pourquoi pas ethnologues ? C'est que le procès, à la différence de la loi, a une extériorité qui peut frapper l'ethnologue : il y a un cérémonial, un symbolique du procès.

GLUCKMAN ("Le procès judiciaire chez les Barotse" 1955, p.161 et s.) nous donne des indications suggestives sur la finalité de l'intervention du juge.

La finalité du judiciaire est de prévenir la rupture des relations multiples et complexes qui unissent les individus. Il s'agit de prévenir le malheur qu'entraînerait la rupture, de rétablir la paix, et pas tellement d'appliquer une norme, comme nous pourrions le penser, avec notre vision du droit romain. On voit comment on refoule la règle de droit, la loi au profit d'une activité qui a une grande spontanéité.

Les moeurs s'appliquent automatiquement : ce sont des automatismes psychologiques : l'intervention du juge est inutile. Il n'empêche que dans certains cas des conflits s'élèvent, les litigants vont aller devant le juge.

Et pour GLUCKMAN, les juges forment un jugement équitable, moral, mais détaché de toute règle préexistante. Le droit va se former à partir des jugements équitables, détachés du droit. Le juge apparaît ainsi comme un point de passage des moeurs au droit. Nous pourrions ainsi feindre que le code civil soit réduit aux bonnes moeurs, le juge aurait à régler le passage des moeurs au droit.....

Un autre ethnologue est venu apporter sa pierre à la construction, il s'agit de BOHANNAN ("Les différents royaumes du droit").

D'après cet auteur, les coutumes qui constituent une société sont toujours sujettes à être contestées. La contestation sera aplanie par le droit, mais le droit manifesté dans le jugement.

Grace à l'intervention du juge, les coutumes, les moeurs vont devenir du droit : il s'agit de "réinstitutionnaliser" la coutume.

Ces thèses ne sont pas restées sans conséquence sur la conception générale du droit. On voit en conclusion se dessiner une idée du droit qui est un peu à l'inverse de l'idée courante, ^{cette} idée du droit avait été développée par HOEBEL dans "Le droit de l'homme primitif" 1954.

Pour HOEBEL une règle qui n'a pas été mise en question ne peut être regardée comme juridique, une règle qui n'est jamais enfreinte peut n'être rien de plus qu'une règle de moeurs : le propre du droit c'est le judiciaire et le judiciaire suppose que la règle n'a pas été appliquée.

C'est l'intervention du juge qui fait que nous pouvons dire que la règle est règle de droit et non de moeurs.

Ainsi on n'est jamais mieux sûr que la règle est une règle juridique que lorsqu'elle a été violée.

DURKHEIM identifiait le droit à la règle.

Les anglo-saxons l'identifient à la justiciabilité et par delà à la mise en question, à la mise en doute.

B - Le développement des recherches psychosociologiques dans le domaine judiciaire :

On constate 2 pôles principaux d'attraction des recherches :

- 1) - Des recherches autour du phénomène psychosociologique ^{que constitue} la formation de la sentence,
- 2) - des recherches sur les corporations judiciaires.

1) - Formation du jugement :

Dans les pays anglo-américains, les juges font connaître leurs opinions, les auteurs américains ont ainsi beaucoup travaillé dans cette direction : l'analyse factorielle a été utilisée :

- SCHUBERT : Judicial decision making 1965
- en Langue française : année sociologique 1970 , p.397 et suivantes

Ce qui a facilité la recherche dans ces pays, c'est que le juge ne cache pas ses appartenances politiques confessionnelles, ses antécédents familiaux. Ainsi la sentence peut être mise en relation avec le back-ground.....

En France, on ne peut procéder qu'à des recherches de type impressionniste : ainsi jusqu'à l'arrêt Dangereux, les chambres civiles étaient défavorables à l'octroi d'indemnités à la concubine, contrairement à la cour d'appel de Paris. on pourrait découvrir des corrélations.

Autre exemple : les tribunaux saisis d'une demande en divorce conservent le droit de refuser. Il n'y a guère que 5 % de rejet mais le pourcentage n'est pas le même dans tous les ressorts judiciaires : dans l'ouest (Rennes, Poitiers)

le nombre des rejets est double du nombre des rejets que l'on peut observer à Paris, on peut mettre cela en corrélation avec certains facteurs qui agissent sur la formation du jugement. La psychologie régionale de l'ouest est plus conservatrice, on émettra l'hypothèse que le Tribunal réfracte l'opinion de son ressort judiciaire. Une dernière remarque sur les recherches de psychobiologie judiciaire : dans les pays socialistes, il existe un système de tribunaux populaires : les investigations des chercheurs ont visé à mesurer le degré de participation de l'élément populaire "laïque" au jugement. Voici la typologie construite en Pologne :

- Le président agit en juge unique (aucun rôle des assesseurs)
- le Président a un rôle prédominant mais il respecte les formes
- Le président invite les assesseurs à faire des propositions mais ils n'en font pas.
- il y a discussion véritable.

En Hongrie, un chercheur a opéré sur un échantillon de 1223 assesseurs. Sur ces 1223, 397 ont affirmé se trouver en désaccord rarement, 215 souvent.

A la question "est ce que le juge tient compte des opinions des assesseurs ?" les réponses des 397 assesseurs (rarement en désaccord avec le juge professionnel) se distribuaient comme suit :

- jamais écouté : 6 %
- rarement écouté : 82 %
- souvent écouté : 12 %

Celle des 215 assesseurs souvent en désaccord :

- jamais écouté : 2 %
- rarement écouté : 10 %
- souvent écouté : 88 %

On voit ainsi se dessiner 2 profils d'assesseurs : l'homme timide ne sera pas entendu, celui qu'on ne peut arrêter, qui parle sans arrêt, se fera au contraire écouter.

Pour la France il faut mentionner les recherches sur la critique du témoignage de François GORPHE : l'appréciation des preuves en justice : 1947) et sur "les décisions de justice" (1952)

2) - Les corporations judiciaires :

La relation inter-individuelle entre l'homme de loi et ses vis-à-vis a été particulièrement étudiée aux Etats Unis.

Ainsi les relations entre le magistrat et l'avocat; l'avocat et le client...

En France, c'est le groupe, la corporation dans sa globalité qui a été surtout étudiée. Néanmoins une étude a été réalisée sur les avocats, qui reflète l'orientation américaine signalée.

La recherche de la causalité des attitudes "conservatrices" a retenu l'attention des chercheurs : il y a des causes techniques (la loi du précédent). A ces causes techniques peuvent s'ajouter des causes personnelles : l'origine de classe de la magistrature. (le rôle psychosociologique des grands parents n'a pas été élucidé, pas plus que l'alliance (potentielle ou actuelle) dans l'origine de classe. Ces recherches ont été menées très tôt en Allemagne (Albert WAGNER, Le juge 1959), suivi de "pour la sociologie du juge en Allemagne Fédérale" (1956; ZWINGMANN).

Les recherches italiennes ont été développées dans d'autres secteurs par MORIONDO ("l'idéologie de la magistrature italienne") RENATO TREVES ("Justice et juge dans la société italienne"), et TOMED (Le juge dans l'écran : magistrature et police dans le cinéma italien).

En France, les recherches n'ont pas été aussi rigoureuses. Citons :

- ROUSSELET : Histoire de la magistrature française, 1957
- RAYNAL : histoire des institutions judiciaires 1964
- CASAMAYOR... LAROCHE FLAVIN ("La machine judiciaire")

Quelles sont les méthodes utilisées sur le continent pour analyser la magistrature :

- l'analyse factorielle bute sur le secret de délibéré et le quant-à-soi des magistrats,

- l'analyse de contenu (utilisée notamment par MORIONDU) menée sur la presse professionnelle de la magistrature.

- on peut également utiliser l'analyse sociologique de jurisprudence : la décision est un élément important pour saisir le comportement, les attitudes des juges, pour essayer de sonder sa propre idéologie.

- enfin l'enquête par sondage sur un échantillon de magistrats : objections : l'enquêteur va rencontrer un milieu rompu à l'enquête (on n'enquête pas les enquêteurs).

- d'autre part, le milieu est restreint (4.000 personnes).

L'effet psychologique de saturation du sondage risque de se produire (mentionnons un sondage sur l'origine sociale, le délibéré, les relations du magistrat, avec l'avocat de cette année, il semble que ce sondage passe bien.

II - L'IMPORTANCE DU FAIT JUDICIAIRE DANS LA SOCIETE :

La justice prend une faible part du budget de la nation (1 à 2 %).

Mais on peut supposer qu'il y a une fascination exercée par la justice sur le grand public (tout comme l'armée attire les regards...) C'est que la justice représente une fonction ancienne. Il existe une symbolique, une extériorité de la justice.

- On relèvera deux traces de cet impact :
- d'abord dans les consciences (dans la conscience collective) l'image de la justice dans le grand public (A)
- les phénomènes de justice non étatique (B)

Etudions ces 2 phénomènes à titre de symptômes.....

A - L'image de la justice dans le public :

Nous allons exposer les recherches de la sociologie contemporaine (1) les données de la tradition (2), les conclusions auxquelles il est possible de parvenir (3).

1) - Les recherches de la sociologie contemporaine :

La "dialectique" justice-opinion est un thème familier de la sociologie dans une enquête de l'IFOP apparaît l'insatisfaction de l'opinion. Un sondage de l'Institut HERRIS aux Etats Unis aboutit à la même conclusion.

Il s'agit de mesurer pour un certain nombre d'institutions le degré de confiance rencontré dans l'opinion publique : la profession médicale venait en tête (57 %) puis le ramassage des ordures (52 %), la police locale..... C'était le conf suprême avec 33 %, la presse 30 %, les firmes des juristes (24 %) qui recueillaient le moins de suffrages.

La préoccupation de l'image de la justice est très générale : notamment en Italie (Léonardi : le citoyen et la justice) et en Belgique (l'Université libre de Bruxelles a mené ou centralisé des recherches : "Sociologie du droit et de la justice" (1970). Citons également VERSELE "Justice pénale et opinion publique".

En bref toute une série de recherches, d'enquêtes sont menées un peu partout.

Nous ne retiendrons que 3 exemples français d'enquêtes :

- une enquête qualitative du CREDOC
- une enquête quantitative du Laboratoire de Sociologie Juridique de Paris II
- une enquête de Nîmes FAUGERON.

L'enquête du CREDOC a été menée à l'initiative du Ministère de la Justice sur le thème : les justiciables et la justice.

Il s'agissait de faire par voie d'entretien approfondi une enquête qualitative c'est à dire limitée à un petit nombre d'interviewés.

L'intérêt de l'enquête qualitative peut se situer : avant ou après l'enquête quantitative :

- avant : les questions vont surgir d'une manière imprévue de l'enquête qualitative ; il s'agit donc d'orienter l'enquête quantitative,

- après : on part sur le sondage, puis le sondage ayant fait apparaître des questions qui ne "passent pas bien" sur lesquelles les réponses des enquêtes

restent ambiguës, on reprend le problème par voie d'entretiens approfondis.

Il n'y a eu que 53 entretiens :

- 35 auprès des usagers de la justice
- 18 auprès des non usagers

("usager" devait s'entendre de personnes ayant eu un procès). "En ce qui concerne les "non usagers";

14 des non usagers avaient leur résidence dans la région parisienne
4 en province (à Chalons sur Marne)

Professions libérales :	4
Cadres supérieurs :	3
Cadres moyens :	4
Chef d'équipe	3
Ouvriers	2
Inactifs	2

La province était "sous représentée" dans la répartition socio-professionnelles ne figuraient pas les paysans.

En ce qui concerne les usagers : TGI / Versailles - TI et TGI : Chalons

Accidents de la circulation	10 cas
Affaires immobilières	6 cas
Voisinage	5 cas
Affaires de famille :	6 cas
Demandes en paiement de créance :	8 cas

Les contentieux commercial , prud'hommal , proprement Contractuel étaient absents.

Les entretiens eurent lieu en décembre 72 : or la justice y avait été mise en cause dans l'affaire Buffet et Bontems et dans l'affaire du suicide d'un jeune garçon à la suite de l'incarcération de sa mère pour une affaire de chèque sans provision.

En ce qui concerne les représentations, apparaît le faible niveau d'information, une bonne image du magistrat (mais lointain, inaccessible, mal informé) une représentation médiocre de la pratique judiciaire (lente, coûteuse, compliquée) des auxiliaires de justice (auxquels il est reproché de faire écran entre la justice et le justiciable) l'idée que le système judiciaire constituerait un système de classe.

Chez les usagers, la satisfaction à l'égard du système judiciaire se rencontre chez ceux qui ont gagné le procès, (il aurait été utile et facile de faire une enquête "croisée", double, auprès de la personne qui a gagné et de celle qui a perdu

En second lieu, le CREDOC se préoccupe des relations avec la justice : L'ambiguïté caractérise ces relations : un désir de fuite coexiste avec un désir de se rapprocher.

Un désir de fuite pour les justiciables enquêtés, la justice civile n'existe pas : même les juridictions civiles sont perçues comme des juridictions répressives, l'étrangeté du langage, du vêtement provoque un désir épandu de s'en aller...

Le défendeur qui est le plus souvent le perdant se sent coupable (une observation en marge : les matières retenues par le CREDOC n'étaient pas "neutres" les pensions après divorce, l'expulsion de locataire...) deuxième mouvement une aspiration à se rapprocher : les enquêtés souhaitent l'instauration d'une justice "intégrée, une meilleure communication, une justice préventive, le désir de voir l'institution s'attacher à réduire les inégalités sociales en général.

L'image qui résulte de l'enquête est assez uniforme.

2e exemple : l'enquête du laboratoire de sociologie juridique (1970) enquête menée sur un échantillon d'environ 2000 enquêtés. Parmi ces enquêtés se trouvait un lot important d'usagers de la justice (503 des 25000 enquêtés déclaraient avoir eu affaire à la justice dont 101 au pénal).

On rencontrait dans ce questionnaire des questions de connaissance du droit l'objectif était double : tester le degré de pénétration d'une règle mais aussi colorer, valider les questions d'opinion adjacentes (l'enquêté répond-il au hasard, à bon esclent, avec les seules lumières du bon sens ?).

Exemple : "avez-vous une idée de ce que fait l'avoué ?" : 30 répondaient exactement, 250 à peu près. Mais sur le rôle de l'huissier, 1000 enquêtés répondaient à peu près exactement. On rencontrait aussi des questions d'opinion.

Exemple : : La justice favorise-t-elle les riches ou les pauvres ?

1200 pensaient que c'était les riches, 41 les pauvres. On rencontrait enfin des questions tests : des questions destinées à "débusquer" le subconscient.

Exemple : "On dit souvent un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès, qu'en pensez-vous ?"

"Auriez-vous aimé avoir dans votre famille un homme de loi"

1600 auraient aimé cela...

"Pensez-vous que la balance est un bon symbole de la justice" ?

moins
En définitive, les réponses étaient beaucoup uniformes que dans l'enquête du CREDOC.

L'enquête de Mme Claude FAUGERON (analyse typologique des représentations de la justice criminelle en France).

Madame FAUGERON a procédé à une enquête par entretien non directif auprès d'un petit groupe et à une enquête par sondage auprès de 200 enquêtés. Les enquêtes seront regroupés, de façon à constituer des types (en vérifiant qu'à l'intérieur du groupe, la distance entre les individus est la plus petite possible).

Madame FAUGERON a pris comme axe la notion de conformisme à un certain nombre de valeurs, de normes.

A partir de cette notion, on va établir un certain nombre de patterns, de modèles. On obtient ainsi 5 types allant du +^{AU} - conformiste littéraire.

L'auteur insiste sur cette conclusion que toute étude de ce genre doit être une étude différentielle, qu'elle doit conduire à une typologie et donc ne pas considérer tous les individus comme interchangeables. Mais on note des nuances même dans chaque type, même à l'intérieur du groupe, il y a des majorités et des minorités, de même il n'y a pas toujours homogénéité dans les attitudes suivant que l'on considère une question ou une autre.

Ajoutons que les analyses typologiques ne conduisent pas à des conclusions pratiques utilisables par le législateur (il y a trop de nuances dans les personnalités des individus). La technique référendaire est préférable.

Nous devons nous demander s'il n'existe pas de précédents aux phénomènes d'insatisfaction de la justice.

2 - Les données de la tradition :

L'hypothèse historique est que le phénomène d'insatisfaction est un phénomène ancien (voire permanent).

En 1906, ROSCOE POUND fit un discours célèbre : "des causes du ressentiment populaire contre l'administration de la justice".

Et si nous considérons notre pays, nous avons le souvenir d'un courant littéraire abondant sur la justice : certes ce n'est que littérature, et la littérature n'est pas une photographie de la société. Il n'empêche que l'effet de grossissement littéraire permettra de faire apercevoir certains traits qu'autrement nous ne percevrions pas.

Dès le Moyen Age nous trouvons la farce de Maître Patelin, Rabelais au XVIe, les Plaideurs de Racine au XVIIe, (inspiré des "guêpes" d'Aristophane-Boileau, La Fontaine "les animaux malades de la peste", (La Fontaine parle comme les enquêtés de 1970 : la justice favorise les riches). Voltaire, Montesquieu (dans les lettres, persanes) Beaumarc hais, au XIXe, Jules Moineau, Georges Courteline...

L'histoire peut elle nous mettre sur la voie de causalités ?

On a pensé à des causalités conjoncturelles : ainsi Dickens dans Mr PICKWICK critique une procédure désuète. De même c'est la justice du XVIIe qui explique cette image de la justice au XVIIe : la vénalité, la pullulement des hommes de loi, l'abus des justices seigneuriales, (beaucoup de seigneurs utilisent leurs juges comme des collecteurs de ressources...)

Cet aspect objectivement peu satisfaisant de la justice n'a pas empêché une processivité intense, cette image de la justice ne décourageait pas les plaideurs.

Une autre explication se présente à l'esprit, si l'on songe qu'en général la satire n'est pas moins vive contre les médecins (chez Molière, par exemple).

La caricature du juge comme du médecin n'est-elle pas une manière de se rassurer contre le danger, contre la maladie, et contre le procès ?

Si nous cherchons une causalité de plus longue durée. On se demandera si l'insatisfaction n'est pas un éloignement, une hostilité plus profonde venant des enseignements du christianisme. Pour Gide, plus que le devoir d'amour, le refus du jugement ("Ne jugez point") était caractéristique du christianisme.

Néanmoins on peut faire une objection : il existe un modèle du magistrat janséniste, (Comat), de chrétiens pieux qui ont été juges.....

Que resta-t-il comme explication ? une explication structurelle, la justice émet des ondes d'insatisfaction : elle intervient sous une forme agonistique : elle met fin à un combat en donnant raison à l'un des combattants, par là elle s'attire l'inimitié de l'autre. Elle fait au moins une moitié de mécontents, c'est en définitive une institution qui exhale, qui émet l'insatisfaction. La justice a dans ses administrés des critiques nés.

3 - Conclusion générale :

Il faut nous interroger sur ce qu'est la fonction de la justice, et des institutions sociales en générale.

Il existe une théorie, le fonctionnalisme, qui met l'accent sur la fonction des institutions (le nom de R.K. MERTON est lié au fonctionnalisme...) la fonction manifeste doit être distinguée de la fonction latente. Mais on peut dans les voies du fonctionnalisme, arriver à un certain finalisme, à sacrifier au nom de l'utilité, tout ce qui existe dans la société).

4 - La fonction manifeste de la justice est de résoudre des conflits. Le passage de la dyade à la triade est la fonction manifeste de l'institution judiciaire.

La fonction latente ne serait-elle pas de dissuader les individus en conflit de recourir à elle, d'obliger les litigants à résoudre par leurs propres moyens leurs conflits (par transaction, pardon etc...) ?

Cela peut paraître paradoxal : songeons pourtant à une institution comme le divorce :

Le divorce est fait pour résoudre les conflits, mais s'il est trop accessible, les époux seront dissuadés de résoudre eux mêmes leurs conflits. Sans s'approprier le raisonnement, il faut constater qu'il est au centre des discussions sur le divorce.

De même à propos de l'autorité parentale : quel juge fallait-il choisir ? un juge "facile" (le juge des tutelles...) ? mais ne risquait-on pas alors d'encourager les parents à saisir un tel juge ?

Ainsi la société, tout en instituant des tribunaux s'efforcera d'empêcher les citoyens d'y recourir.

B - LES PHENOMENES DE TRIBUNAUX NON ETATIQUES

La société va "jouer" aux tribunaux.

Pour éclairer le phénomène, quelques notions préalables sont nécessaires (1) dans un 2e nous essaierons d'établir une typologie, pour entrer dans l'analyse (3).

1) - Notions préalables :

A côté du droit plaçons le sous-droit, le contre-droit. Si nous considérons que le droit est un phénomène de culture, nous ne seront pas étonné par le sous droit et le contre-droit, puisqu'il s'agit d'une transposition dans le droit de la notion de sous-culture.

Pour la sous-culture : Année Sociologique : Colette Petonnet : Reflexions au sujet de la ville... vue par en dessous. Voir également Richard HOGGART : la "culture des pauvres". 1970. Etude sur le style de vie des classes populaires en Angleterre.

En partant de sous droit, de contre droit, on veut mettre l'accent sur l'idée qu'il y a une imitation du droit, une analogie, une ressemblance.

Il ne manque qu'un trait, l'estampille, le sceau de l'état. Mais les 2 termes ne sont pas équivalents :

Le contre-droit évoque l'idée d'une rébellion, en s'emparant de l'appareil d'état le contre droit aspire à remplacer le droit.

Le sous droit n'est qu'un ancien droit étatique, refoulé à l'état de survivance. L'abrogation formelle n'a pas été suivie d'abrogation sociologique.

Voici quelques illustrations de ces phénomènes :

On étudie en sociologie juridique le folklore : l'abaissement du nombre des mariages en mai serait une ancienne interdiction juridique qui survit dans les moeurs.

Autre exemple : selon un dicton "il ne faut pas dépendre un pendu". C'est qu'il y a eu dans l'ancien droit, pour des motifs de police, des ordonnances qui interdisaient précisément un tel acte. Cet interdit survit ainsi dans le folklore

La coutume ouvrière a été étudiée par Maxime LEROY ("La coutume ouvrière").

Ainsi l'obligation de chômer le 1er mai, certaines règles en cas de grève, l'obligation de ne pas emporter du travail hors de l'atelier, de limiter le nombre des naissances constituent des phénomènes de contre droit.

Avec le phénomène des coutumes claustrales, on fait allusion à des milieux laïques soumis à claustration (casernes, prisons...). Spontanément, dans les milieux fermés, il se crée des règles qui cherchent à imiter le droit (ex le code d'honneur des détenus). cf. Edith FALQUE : Sortie de prison et LETTE : annales de criminologie 1971 : ecologie carcérale...).

Il y a là de l'infra ou du contre juridique (on peut hésiter sur la qualification).

2) - Typologie des phénomènes de justice non étatique :

Les tribunaux de substitution : il s'agit d'un tribunal non étatique que ses promoteurs cherchent à substituer à la justice étatique. L'hypothèse étant que celle-ci est défaillante, les juges de substitution défendent les mêmes valeurs, considérant que la juge étatique ne remplit pas sa mission sociale. C'est le modèle

le plus proche de la justice étatique : les sanctions physiques y sont applicables en particulier la peine de mort.

1) - Les tribunaux secrets :

Le tribunal de la Sainte Vehme s'observe en Westphalie à partir du XIIIe à l'origine c'est une justice étatique expéditive. Mais lorsque le pouvoir a traversé des périodes de crise, les tribunaux de la Sainte Vehme sont devenus non étatiques. De 1818 à 1822, se sont institués en Allemagne des tribunaux secrets d'organisation nationalistes. C'est du contre droit, un droit parallèle, sans assise territoriale, ce qui ne veut pas dire sans support.

Nous pouvons concevoir une répartition temporelle du pouvoir (le contre pouvoir régnera la nuit : ex : le vietnam). Ou encore un partage plus immatériel : à l'un ^{qui se} fait au grand jour, la publicité, au contre pouvoir la clandestinité, la zone du secret.

2) - Les tribunaux de lynch :

Pendant la guerre d'indépendance le fermier LYNCH aurait utilisé cette justice expéditive pour faire la chasse aux loyalistes, bandits, etc....

Dans la 2e moitié du XIXe siècle, la loi de Lynch a été appliquée aux noirs qui ont transgressé les règles de la ségrégation.

Il s'agit d'une justice de substitution, le pouvoir fédéral ne remplissant plus la mission telle que la concevait ^{en} les blancs du sud. Il s'agit d'une institution judiciaire intermittente (à la différence des tribunaux de la Sainte Vehme).

Ce qui serait important serait d'étudier l'imitation du modèle judiciaire (jusqu'à quel point la foule imite-t-elle la justice étatique ?) il semble qu'il y ait plusieurs types de lynchage : le lynchage désordonné (crime de foule) et le lynchage bourbonien ou lynchage des riches (KKK qui a été en même temps un tribunal secret et un tribunal de lynch.)

3) - L'exemple des tribunaux populaires :

C'est la mise en forme judiciaire d'un acte de guerre civile : les massacres de septembre, la justice populaire à la libération.....

- Les tribunaux de bandes :

- les tribunaux affirment leur schisme, leur séparation d'avec la société globale. Ils ne jugent pas au nom des valeurs étatiques. Mais ils disposent de sanctions physiques. Ici encore la diversité est très perceptible :

- . la mafia italienne avec son code d'honneur,
- . Pierre de l'Etoile dans son journal parle de la justice des "coupe-bourse et voleurs".
- . les pirates avaient leurs tribunaux (Daniel Defoe a laissé une histoire des pirates (1724) dans laquelle il rapporte des scènes de justice non étatique,
- . le phénomène français de la justice compagnonnique.

4) - Les tribunaux satiriques ("Mock trial")

Il s'agit de tribunaux dont les jugements sont dépourvus de toute sanction. Une sanction psychologique, une réprobation diffuse est la clef de l'activité de ces tribunaux. En même temps un certain aspect de jeu commence à se faire jour.

Il y a d'un côté les tribunaux folkloriques, de l'autre les tribunaux populaires (dans un sens modernisé).

- les tribunaux folkloriques ouvrent la marche : ce sont les plus anciens. Ceci nous met à nouveau en présence de la notion de folklore. Entendons par là une tradition populaire localisée, limitée à une ville ou à un canton. Cette tradition fournit la base rituelle, formelle...

Ainsi dans toute l'Europe on recueille des traditions de fête rituelle et ces "rites de passage" sont organisés en forme de procès.

Il y a des rites de procès entre Carnaval et Carême par exemple. On exécute un mannequin de paille. Mais assez souvent sur ces amusements se greffe une institution de censure des mœurs : à cette occasion la jeunesse mettait en accusation le "personnel municipal", les notables etc... les violations de la règle de mœurs relevait ainsi de la compétence de ces tribunaux satiriques. Ces tribunaux ont gardé plus longtemps leur vitalité dans les pays germaniques ("Narrengericht", "Krabengericht").

L'autorité publique connaît ces traditions et y est plutôt favorable : il y a là un exécutif et donc récupération de ces systèmes.

La "récupération" par l'appareil étatique vient tellement facilement à l'esprit que la création de ces tribunaux a été attribuée aux pouvoirs publics.

En 1968 à Zurich la jeunesse étudiante a érigé un tribunal populaire se reliant à la tradition des tribunaux satiriques que la jeunesse a retrouvée spontanément.

- Les tribunaux populaires sont des tribunaux privés qui veulent sanctionner un code moral, ils font appel à l'opinion publique pour agir sur l'état (le terme de "tribunal d'opinion" serait préférable). Ici il s'agit de faire respecter des règles particulières à une fraction de la population.

Ces règles morales ont un caractère politico-social, dans ces dernières années, à Bayonne les souscripteurs qui avaient traité avec un promoteur immobilier se réunissent en tribunal populaire et prononcent la condamnation par défaut de ce promoteur.

Un tribunal populaire en 1970 se réunit pour juger les houillères du Nord en 1971, à Grenoble, un tribunal populaire à majorité étudiante se réunit.

Mais il y a une série intellectuelle mieux connue :

Bertrand RUSSEL en 1966 a proposé de réunir à Paris un tribunal de notables intellectuels pour juger le Président Johnson (finalement le tribunal se réunit à Stockholm).

5) - 4e groupe qui sera qualifié de groupe des tribunaux pédagogiques :

Il s'agit de tribunaux dont les jugements sont dépourvus de toute sanction (dans le groupe précédent il y avait encore la réprobation publique).

Dans ce groupe, on notera d'abord les jeux d'enfants.

Il y a une allusion énigmatique dans le Gorgias, à ces tribunaux d'enfants. En France les enfants jouent au gendarme et au voleur mais pas aux tribunaux (héritage de l'Ancien Régime ?).

Une autre variété est celle des tribunaux d'apprentissage du métier de juge.

L'apprentissage dans les pays anglo-saxons se fait par les "moot-court". Si le mot est anglais la chose est de tous les pays.

C'est le dernier degré dans le dégradé des tribunaux non étatiques.

Quelle conclusion pouvons nous en tirer ?

3 - Analyse des phénomènes de justice non étatiques :

La sociologie juridique n'a d'abord vu que les règles de sous droit ou de contre droit (la coutume ouvrière etc...)

Mais le groupe informel à quoi correspond une sous-culture ou contre-culture peut émettre des jugements. Ainsi le jugement des "jeunes" en milieu ouvrier. Il y a des problèmes d'antériorité : est ce le tribunal qui a créé la règle ou la règle qui précède le tribunal ?

en L'étude des tribunaux de justice non étatique peut avoir un intérêt scientifique éclairant l'archéologie du droit : ce qui se voit sous nos yeux en "modèle réduit" n'est pas ce qui s'est passé à l'origine de nos sociétés ... ?

Quels sont les traits généraux qui se dégagent de la diversité de ces types, ces traits concernent aussi bien la forme que le fond.

La forme : la collégialité : le tribunal non étatique ne sera jamais un juge unique
Le jury est nombreux. Un développement du rituel, du formalisme (n'est ce pas une nécessité psychologique ?) un certain besoin de secret; tels sont quelques uns des traits généraux qui se dégagent.

Pour le fond : ces tribunaux sont rapides : c'est une justice de flagrant délit : dans le droit pénal archaïque, la flagrance est un élément du délit (ce qui explique certains traits : la répression du vol dans la Rome primitive : le fur nec manifestus n'encourait qu'une amende : il est probable qu'à l'origine seul le fur manifestus était sanctionné, le passé échappant à la justice).

Pourquoi la forme judiciaire est-elle employée ?

Selon certains le mécanisme psychologique est l'imitation, qui d'après TARDE est le moteur de la vie sociale.

D'autres disent que le groupe partiel retrouve spontanément, naturellement la forme judiciaire.

Enfin pourquoi doubler ainsi la justice d'état ?

Ce sera l'insatisfaction de la justice d'état, liée à une scission morale, politique, sociale, ou l'impossibilité pour la justice d'état d'agir dans certains cas (les tribunaux satiriques par exemple).

SECTION II - LE JUGE ET LE JUGEMENT

Le juge paraît être au centre du phénomène judiciaire mais le juge n'a de sens que par le jugement, et le jugement lui-même n'a de sens que par sa finalité qui est de mettre fin à un litige. Or les litiges peuvent se terminer par une transaction. Bien plus, le jugement n'est pas toujours l'œuvre du juge : ainsi dans le jugement de Dieu et dans la pratique moderne où le juge ne fait souvent que s'approprier les conclusions d'une des parties, le centre de gravité se déplace du juge aux parties.

L'importance du juge doit donc être relativisée.

- I - Typologie des jugements et des juges
- II - la décision judiciaire
- III - la jurisprudence.

I - TYPOLOGIE DES JUGEMENTS ET DES JUGES

Le terme de jugement et de juge sera pris dans une acception large, encore que le juge par excellence soit le juge professionnel.

A l'intérieur d'une notion ainsi entendue, on distingue le jugement logique, magique, charismatique.

Les juristes dogmaticiens raisonnent comme s'il n'y avait de jugement que logique et même syllogistique.

A l'opposé les sociologues de l'école Durkheimienne ont montré avec prédilection qu'il existait des jugements où la logique n'avait rien à faire (conformément à la mentalité primitive prélogique). Le juge est un magicien dans la société primitive, ce serait là le seul mode de juger.

Cependant il existe un autre type de jugement : le jugement charismatique, jugement par sensibilité et non plus par froide logique.

Il ne faut pas s'imaginer des cloisons étanches entre les 3 catégories, il y a des passages, des compénétrations, des formes atténuées.....

Quelle est la signification de cette typologie ? Est-ce que ce sont les comportements des juges, ou la perception, les sentiments, les attentes, des justiciables que nous classons sous cette trilogie ?

C'est le premier point de vue qui doit être retenu.

Mais la manière dont les justiciables perçoivent leur juge n'est pas indifférente : cette attente pourra avoir une action sur l'attitude du juge et réciproquement l'attente des "usagers" de la justice peut refléter leur expérience de la justice.

Ainsi nous trouvons dans le questionnaire de Madame FAUGERON précité des questions sur l'attente des justiciables :

"Pour être un bon juge, quelle qualité faudrait-il avoir ?

- 1 - des connaissances psychologiques
- 2 - foi en son métier
- 3 - beaucoup d'expérience
- 4 - Une connaissance parfaite des lois.
- 5 - le sens de l'humain.

(2 de ces réponses peuvent correspondre à l'activité d'un juge logicien, 4 et 3.

Au contraire les autres réponses nous entraînent vers une figure du juge plus charismatique que logicienne, un juge d'équité plus que de droit strict.

Or la question 4 ("une connaissance parfaite des lois") a recueilli le moins de suffrages.

Le sens de l'humain est réclamé avec le plus fort pourcentage par toutes les catégories.

Autre question : les enquêtés devaient donner leur sentiment sur l'affirmation suivante : "être juge cela devrait presque être un sacerdoce".

La réponse "tout à fait d'accord" était majoritaire dans les catégories conformistes et minoritaire dans les catégories non conformistes, mais fortement minoritaire. Ainsi l'attitude charismatique semble répondre à l'attente des justiciables.

A - Le jugement logique :

L'expression "jugement rationnel" serait préférable : elle couvrirait la logique formelle et cette rationalité empirique qui joue un si grand rôle dans le vocabulaire juridique anglais et qui n'est pas la logique syllogistique, scolastique à laquelle nous pensons davantage en France.

Il existe plusieurs figures "nationales" de ce type de juge et de jugement.

La conception française : c'est la logique pour la logique et il faut y voir un produit de l'esprit légaliste issu de notre révolution française et de la codification. Il semblait alors que la loi (et une application rigoureusement logique de la loi) fut la meilleure garantie de l'égalité.

Mais il faut nuancer cette interprétation courante. La révolution n'a pas répugné au développement de la conciliation et de l'arbitrage : la notion du juge de Paix, juge d'équité nous entraîne plutôt vers le juge charismatique que vers le type logique. Ce qui est exact c'est que le XIXe a exagéré la tendance logique. Rien ne vaut l'interprétation logique de la loi, et à l'état pur, le jugement c'est

le syllogisme judiciaire ; il y a une conception allemande du jury logique, un essai d'explication économique; si le juge est logicien, c'est en raison de la sécurité qui résulte de la logique; dans la conception française c'était la logique par cartésianisme exaspéré, dans la conception allemande, c'est la logique pour des finalités précises.

K. Marx montre comment la logique est nécessaire à la sécurité du commerce et répond au développement du capitalisme. On retrouve cette explication chez M. WEBER

Dans la conception anglo-américaine, c'est la raison par la mémoire, la mémoire dans cette conception est la fonction essentielle du juge. Le juge est quelqu'un qui mémorise, le juge sera le membre du groupe qui se souvient le plus clairement de la décision prise précédemment, ce sera un juge à mémoire jurisprudentielle.

A côté du juge on met un auxiliaire très important qui est sa mémoire de substitution, c'est le secrétaire, le scribe, le greffier, un homme qui place la mémoire écrite à côté de la mémoire purement psychologique.

La fonction du juge ainsi comprise postule l'esprit conservateur; pour que le rôle créateur du juge apparaisse, il faut supposer qu'il a une perte de mémoire.

Le rôle de la mémoire apparaît avec la création du fichier de la Cour de Cassation.

Il faudrait introduire certaines nuances aux portraits dégagés, l'observation des faits nous amène à réintroduire les parties, les plaideurs et les auxiliaires dans le processus de la logique judiciaire. Ainsi certaines sociétés nous font apparaître un type de procès qui laisse le juge en dehors de l'élaboration de la décision. Ce sont les joutes de jactance, chez les Eskimos celui qui a un grief défie son adversaire à un concours de chant d'outrages; ce sont les assistants qui décident qui doit être tenu pour vainqueur, d'après la force des arguments échangés, même si l'argument est présenté sous la forme d'outrages. On mesure certes les arguments, mais dans la force verbale qu'ils ont exprimée, traduite.

La disputatio est un échange d'arguments chargés de connotations affectives

Le juge arbitre un combat logique.

Dans les Iles de la Sonde, chaque fois que l'avocat mettait en avant un bon argument il fichait un javelot dans le sol : dans ce tournoi intellectuel de logique, celui qui avait fiché le plus de javelots en terre avait gagné.

De même au XVIIe le juge arbitrait un duel non plus judiciaire, mais de paroles : dans les plaidoyers les arguments sont assenés et le juge compte les points. Celui qui aura le dernier mot sera celui qui aura mis le plus d'arguments.

On retiendra le déplacement du juge vers le plaideur.

La logique ne se déroule pas de la psyché du juge, c'est une mécanique qui opère devant le juge, mais c'est en dehors de lui qu'elle se déroule-

Ainsi le modèle moderne du jugement logique s'est dégagé, par voie d'affinements successifs d'un modèle plus ancien où le juge n'était que l'arbitre, le témoin d'un combat, président à une sorte de match psychologique "entre litigants" se battant à coups d'invectives, et seulement à une époque relativement récente à coups d'arguments rationnels. Convaincre, c'était vaincre. C'était par l'épuisement d'un plaideur que la conviction du juge était conquise. Dans le paragraphe 100 de l'ouvrage de PERELMANN (Traité de l'argumentation et de la nouvelle rhétorique), les auteurs mettent en avant l'importance du nombre des arguments : il peut contribuer à l'épuisement de l'adversaire.

Qu'en est il aujourd'hui ?

Que le plus souvent le juge ne crée pas de droit : le juge s'approprie les conclusions d'une des parties. Le centre de la logique n'est pas tellement dans le juge, il est dans les parties. Ce qui rejoint une mise en garde : il faut relativiser dans une certaine mesure le rôle du juge dans le jugement: le centre de gravité de notre problème va se déplacer du juge vers les plaideurs.

B - Le type magique :

L'expression "magique" revient fréquemment dans le langage des sociologues pour peu qu'ils s'intéressent aux sociétés primitives. Ces sociétés sont en effet caractérisées par la prédominance de la magie : art prétendu de produire par certaines pratiques des effets contraires aux lois naturelles; il y a là l'idée d'une action menée pour contraindre des forces surnaturelles à obéir au magicien.

Certes lorsqu'on parle de type magique il ne s'agit pas de la magie noire : la société globale réproouve le sorcier mais intègre le magicien; dans la société primitive le magicien est un fonctionnaire social... (peut être conviendrait-il de dire le type religieux).

L'idée générale est celle d'un jugement obtenu par un appel à des forces surnaturelles.

Cette utilisation du surnaturel (du jugement du ou des dieux) est un mécanisme de psychologie sociale qui se retrouve dans un grand nombre de sociétés archaïques : il y a à la base, peut être un raisonnement au moins intuitif : il est difficile de discerner où est le droit. Si cela est difficile aux hommes, la divinité peut démêler le droit de l'injustice : il est donc plus simple de demander la réponse à la divinité; voilà sur quelles bases rationnelles (dans l'irrationnel) a pu se développer le type magique...

1) - Variations sur le type magique :

La constante est l'appel direct à la divinité. Mais ceci peut se présenter sous des formes différentes.

On a pu distinguer 3 variétés :

- . la divination
- . l'ordalie
- . le duel judiciaire..

La divination : la divinité va dire elle même le droit

Dans le droit hébraïque primitif, c'est la procédure mystérieuse des Urim et Tummim ("lumière et perfections"). Il s'agit d'objets de nature inconnue par lesquels le grand prêtre consultait la divinité dans des procès civils. C'était un appel à la divinité, on croit avoir retrouvé ces objets : de petites figurines mais pour certains il s'agirait d'une sorte de petite roue de loterie..

(Livre 1er de Samuel, chap. XV, v. 23

Livre des nombres , ch. 27, V. 21

Livre des Proverbes, ch. 18 ("le sort met fin au procès et décide entre les puissants" (écho de la technique antérieure).

Dans le droit romain archaïque, nous avons un autre exemple de cette procédure; parmi les actions de la loi : le sacramentum in rem (H. Levy Bruhl : recherche sur les actions de la loi 1960).

Il y a une sorte de combat fictif, chacun des litigants demande à l'autre "pourquoi as-tu agi ainsi etc...?"

Réponse : j'ai accompli mon droit en imposant la baguette" (la vindicta), chacun donnant cette réponse, il y a impasse : le droit romain recourt alors à la divination : chacun des 2 litigants se place sous l'oeil des divinités.

Pour savoir quel est celui dont le serment est valable, il y a renvoi à une décision religieuse. Ainsi la distinction du jus et du iudicium aurait correspondu à cette distinction du formalisme laïc et religieux, mais à l'origine il n'y avait pas examen des faits, c'était la divinité qui était chargée de donner la réponse.

Monsieur CHELHOD qui a étudié la justice chez les bedouins fait cette remarque qu'assez souvent le juge a été conçu comme une personne qui a le don de découvrir les choses cachées.

2e variété : l'ordalie : c'est une épreuve dont on se servait dans les systèmes juridiques primitifs. La croyance est que les causes des phénomènes sont des forces surnaturelles, la causalité, pour l'esprit prélogique est surnaturelle.

Ce sont les forces divines qui produisent les phénomènes, il est des situations de risque où l'homme tantôt échappe tantôt succombe au danger : s'il échappe au danger, la mentalité archaïque pensera que la divinité lui est favorable (et inversement...) d'où l'idée de l'ordalie : on mettra l'individu dans une situation de risque pour voir s'il a la faveur des puissances surnaturelles. L'ordalie est une provocation au miracle : on provoque la divinité au miracle pour sauver un innocent, c'est une preuve par le miracle. Concrètement il y a de nombreux types d'ordalles : par le poison (le brauvage est toxique sans être mortel) le fer rouge (on fait lécher un fer rouge par l'accusé...)

L'ordalie de l'eau froide : si l'accusé flotte, il est coupable, s'il coule c'est qu'il est innocent (la traduction ici n'est pas évidente : c'est l'interposition d'un symbolisme qui permet de comprendre la conclusion : l'eau accepte l'innocent...).

Le très ancien droit romain a-t-il connu l'ordalie ? C'est matière à discussion entre romanistes... quoi qu'il en soit, on ne trouve pas l'ordalie à Rome. On la trouve par contre dans l'ancien testament (la femme accusée d'adultère doit boire les eaux amères : livre des nombres ch. 5, V.11).

t l'ordalie.

L'ordalie se trouve également dans de nombreux systèmes juridiques de l'Afrique noire et dans les droits orientaux (chez les bedouins, l'ordalie du fer rouge).

La peine par hasard est une variante : c'est un mécanisme du droit pénal qu'on trouve dans de nombreux droits archaïques (et au Moyen Age).

Cette peine intervenant après condamnation, c'est un dernier délai donné à la divinité, on va jeter le condamné à mort à l'eau et s'il en réchappe, on ne le pendra pas; il en allait de même si le bourreau n'arrivait pas à trancher du premier coup la tête du condamné.

Le juge de l'ordalie nous apparaît bien comme un intermédiaire entre les hommes et la divinité.

3 - Le duel judiciaire :

Ce n'est pas le juge mais le sort d'un combat qui va trancher, le vainqueur prouvera son innocence (s'il était l'accusé) ou la culpabilité de l'adversaire (s'il était l'accusateur).

Certains y ont vu une régularisation et même un début d'humanisation de la justice privée : au lieu de laisser se déchaîner des guerres entre famille, on laisse combattre 2 membres de cette famille.

Le duel judiciaire peut être compris comme une variété de l'ordalie. Seulement dans le duel judiciaire, les 2 parties sont actives, tandis que l'ordalie est une épreuve à laquelle seule l'accusé est soumis.

Notre duel judiciaire du Moyen Age, comme l'ordalie, a été emprunté aux germains.

Il y aura une bataille devant le juge, qui n'a qu'un rôle de témoin. Il y avait d'ailleurs une possibilité de représentation par un champion : on voyait ainsi se juxtaposer une technique juridique élaborée avec une technique archaïque...

Quelques réflexions sur ce type magique :

- en ce qui concerne les destinées de ce type magique,
- en ce qui concerne l'interprétation sociologique du phénomène

1)- Les destinées du type magique dans les sociétés modernes :

Le processus de répulsion est perceptible dans notre Moyen Age. Dès le IXe siècle, l'évêque Agobard s'élève contre les ordalies et le duel judiciaire.

En 1258 Saint Louis défendit l'appel de faux jugements et interdit le duel judiciaire dans le domaine royal.

Mais l'ordalie et le duel judiciaire se retrouvent encore au XIVE siècle.

Tout cela à t il disparu ?

Il y a la divination qu'on peut rationaliser : le tirage au sort n'a pas disparu. Il existe au 2e degré sous la forme du tirage au sort du juge (Platon décrit dans "Les lois" qu'il n'y a pas de meilleur moyen ...)

Dans les procès les plus graves, nous tirons au sort les juges, bien sûr nous pouvons rationaliser cette pratique.

Mais nous tirons même au sort pour juger (certes au compte goutte !...)

On trouve dans le folklore des figures de juges tirant leur décision à la courte paille (Maitre Houlyer, personnage de réalité qui a sa place dans les contes de La Fontaine, procédait ainsi à Masle en Bas Poitou).

L'art. 834 du code civil prévoit le tirage au sort, bien sûr, là encore nous rationalisons : c'est le procédé qui donnera lieu au moins grand nombre de contestations, le procédé qui sera le mieux accepté. Mais on peut se demander si la rationalisation n'intervient pas après coup.

S'en tenir à la seule explication rationnelle n'est ce pas faire abstraction de l'histoire ?

(Le serment décisoire (1357, 1er et 1358 c.civil) est peut être une trace de l'ordalie. A défaut de toute autre preuve, il reste cette dernière ressource : je provoque l'adversaire à jurer et le place par là dans une situation de risque. Le serment décisoire est au fond une ordalie.

2 - L'interprétation sociologique du phénomène :

Sociologues et ethnologues se sont divisées sur cette interprétation. Nous avons retenu l'interprétation couramment admise de la croyance dans l'efficacité de la magie : il y aurait des mécanismes magiques destinés à provoquer l'intervention de la divinité.

Cette interprétation classique a été constituée par Durkheim et Lucien Levy Bruhl.

Cependant des interprétations différentes ont été proposées :

L'interprétation ludique, et l'interprétation rationaliste qui par un renversement diamétral de la position qui avait été celle de Levy Bruhl tend à réintroduire la mentalité rationnelle .

L'interprétation ludique a été vulgarisée par HUIZINGA ("homo ludens" essai sur la fonction sociale du jeu 1938) Le postulat de la thèse de HUIZINGA est que le jeu est un facteur fondamental de la vie humaine.

Le jeu peut se définir comme une action libre, fictive, située hors de la vie courante, mais qui est capable d'absorber totalement le joueur : elle est dénuée de tout intérêt matériel. Elle se déroule avec un ordre et selon des règles déterminées. Le hasard y joue toujours un rôle, même dans le jeu d'adresse.

Si nous retenons cette interprétation, l'intervention cherchée est celle du hasard (non de la divinité) avec une idée d'amusement : voyons dans le type magique de procès qu'un jeu de hasard. L'administration de la justice aurait ainsi commencé par être une sorte de jeu. (même s'il apparaît comme un jeu d'adresse...)

dans

Ainsi la mythologie scandinave les ase sont représentés comme jouant le sort des humains aux dés ; divinité ou hasard, cela n'est pas très éloigné...

On a évoqué des témoignages d'ordre étymologique.

En grec $\delta\iota\chi\eta$ vient d'une racine ($\delta\iota\chi\epsilon$ (✓) ou il y a l'idée de jeter les dés, les lots en français désigne aussi les gains de loterie...

Pour la divination, l'interprétation ludique convient parfaitement, moins pour le duel judiciaire.

Mais il y a dans la série ethnologique des duels judiciaires qui se présentent comme des jeux sportifs : ainsi dans certains systèmes archaïques, il y a un procédé de règlement des procès de bornage qui évoque tout à fait le jeu sportif : on fera comparaître les 2 litigants et c'est celui qui jette la hache le plus loin sur le terrain litigieux qui l'emportera dans le procès en *revidencatio*. Ce jet de hache est attesté dans les sources germaniques du Moyen Age.

Ce sont les ordales qui résistent le plus à l'interprétation ludique du Huizinga.

C'est peut être alors qu'elle tombera sous l'interprétation rationaliste, cette interprétation est en accord avec un retournement de tendances (Lucien Levy Bruhl lui même avait évolué au sujet de la mentalité primitive, après avoir eu une position catégorique dans la "mentalité primitive" Lucien Levy Bruhl avait dans ses carnets admis une position plus nuancée : c'est un dosage entre le rationnel et l'irrationnel qui aurait distingué les 2 mentalités.

Certains ethnologues vont plus loin aujourd'hui : la mentalité primitive est nécessairement pratique, utilitaire, donc rationnelle.

Comment le progrès aurait-il été possible si la mentalité avait été uniquement irrationnelle?

Ainsi ce jugement prétendu magique serait à base de rationalité.

Le thèse a été développée par GLUCKMAN :

Par l'étude des procédés judiciaires des Barotses du Nord, Gluckman est arrivé à la conviction que cette procédure est rationnelle en ce sens que le critère auquel se réfère le juge est celui de l'homme raisonnable : on sait quelle importance a la raisonabilité dans le droit anglo-saxon.

Essavons de voir comment les ethnologues de cette tendance accommodent les phénomènes à l'interprétation rationnelle :

- pour la divination, on peut faire cette remarque que c'est une vérité d'évidence que les héritiers par exemple acceptent plus facilement le jugement par le sort que le jugement humain. La rationalité se retrouve dans une sorte de constatation d'expérience (seulement n'est pas nous qui rationalisons après coup, qui cherchons à donner une explication satisfaisante....)

Le duel judiciaire : ici les ethnologues de la tendance considérée font valoir que les primitifs ont dû faire très tôt cette observation que celui des combattants qui se sent coupable est psychologiquement dans un état de moindre combativité. Il se sent vaincu d'avance. Cette explication semble encore intervenir un peu après coup, outre que pour admettre cette réalité psychologique (le coupable peut vaincre) il faut admettre la religiosité de sorte qu'on n'élimine pas la mentalité magique....

Il serait plus plausible de dire que dans une société guerrière le sort des armes fait partie des hasards du combat.....

L'ordalie (J. Poirier, Melanges H. Levy Bruhl, p.492, l'originalité des droits coutumiers de l'Afrique Noire

Se référant à la psycho somatique M. POIRIER pense que l'innocent est mieux armé qu'un coupable pour affronter l'ordalie : les sages, les prêtres, les chefs de sociétés primitives auraient fait cette observation psycho somatique (ainsi pour l'épreuve du poignard brulant sur la langue, l'idée des ethnologues est que les glandes salivaires de l'innocent donnent à plein et vont ainsi neutraliser l'action du feu....)

L'explication va très loin, et laisse parfois l'esprit du lecteur indécis :

L'épreuve serait aménagée de façon à sauver l'accusé. L'épreuve par l'eau (cf. supra) a donné lieu à cette explication : l'épreuve semble agencée pour donner à ceux qui y sont soumis des chances statistiques de s'en tirer. C'est le truquage in abstracto de l'épreuve, mais le truquage "in concreto" se rencontre aussi : si le présage n'était pas celui que l'on espérait, on répétait l'opération.....

Cette liberté paraît être utilisée par le droit pénal dans le sens de l'indulgence, de la non application de la peine : cet aspect de l'ordalie a retenu l'attention de Michalet dans "Les origines du droit français" (on y trouve pas mal d'informations de sociologies juridiques). L'ordalie, selon l'auteur, était employée pour sauver les faibles; dans la preuve judiciaire, l'important n'est pas que le juge soit convaincu mais que la société, l'opinion le soit. Sur le point précis de l'ordalie, M. Levy Bruhl observe que celui qui est soumis à l'ordalie est en général un individu condamné par l'opinion publique. Ce qui explique que l'ordalie consiste à laisser une chance, celle d'une grâce, M. Levy Bruhl rapproche ainsi le droit de grâce de l'ordalie....

C - LE JUGEMENT CHARISMATIQUE

Le type charismatique peut être distingué du type magique par la laïcisation.

Voyons d'abord la notion, ^{1} puis la place dans la série sociologique (2). et enfin les différents charismes du juge (paragraphe 3).

I - La notion de jugement charismatique

La grâce est présente dans les causalités et les effets : dans ce type le juge est essentiellement un inspiré : en même temps il répand la grâce sur les justiciables ; pourquoi parler de jugement charismatique ?

que

M. WEBER (1864-1920) a mis en honneur le type charismatique... (précisons les types idéaux ne se trouvent pas dans la réalité à l'état pur). M. WEBER a ainsi construit un type idéal du droit irrationnel; c'est la justice rendue par le tyran ou par le qadi : Ce qadi ne se réfère pas à des normes mais juge suivant son propre sentiment de la justice, suivant un sentiment intuitif, suivant sa sensibilité.

Le charisme est la qualité extraordinaire d'une personne qui, en vertu de ses attributs, ou surnaturels, ou divins ou surhumains est prise pour chef.

Le juge charismatique va ainsi se caractériser par une personnalité extraordinaire, il est un "inspiré", un prophète juridique, tels les druides dans la Gaule.

La catégorie Weberienne, à ce stade, semblerait réunir aussi bien le juge magique que le juge charismatique. Mais M. WEBER paraît admettre qu'il s'est opéré un mouvement de laïcisation, de sécularisation dans le développement des systèmes juridiques : les "diseurs de droit", sont à mi chemin entre le mage et le juriste moderne. Voilà où s'insère le type charismatique : il est intermédiaire entre le type magique et le type rationnel : ce sont des notabilités judiciaires, les "honorifiques" du droit; ils se détachent du type sacerdotal parce qu'ils ne font plus appel à la divinité, mais ils opèrent suivant la justice du cas, en équité.

Après le juge-greffier, le "juge mémoire" dont nous avons parlé à propos du juge logique, après le juge-prêtre, magicien; le juge charismatique est le juge "grand seigneur", il est patient, habitué à persuader, sensible, indulgent, d'un tempérament égal, il est plus un arbitre qu'un véritable juge. C'est le ministre du culte ou le notaire.....

Nos justices seigneuriales et nos justices de paix au XIXe siècle ont pu répondre à ce type (surtout les juges de paix suppléants...) et peut être encore les juges consulaires.

Mais après l'homme, comment analyser le type de jugement correspondant à ce type de juge ?

Le jugement charismatique est un jugement d'espèce, et un jugement d'intuition.

C'est un jugement d'espèce : il ne prétend pas à la généralité; il cherche une solution individuelle; il est essentiellement casuistique, affranchi des règles, et ne cherche pas à tirer à conséquence, à faire jurisprudence, c'est le jugement d'équité.

C'est aussi un jugement d'intuition : il peut sembler rationnel mais il est intuitif, sensible, affectif, le jugement est ici le produit de représentations à tonalité affective. Il est vrai qu'à cet endroit on peut faire une objection : est-ce ce qui paraît intuitif est réellement intuitif ? Le sentiment n'est-il pas un raisonnement inconscient ? N'y a-t-il pas, déposé dans la psyché du juge, un jugement ancestral cristallisé dans une sorte d'instinct juridique ?

2 - Place du phénomène dans la série sociologique :

Le jugement charismatique paraît coexister dans le système juridique, avec les 2 autres types : nous allons donc rencontrer le jugement charismatique dans les sociétés archaïques comme dans les sociétés modernes.

Les forces surnaturelles au lieu d'agir directement sur les plaideurs, pourquoi n'agiraient-elles pas sur le juge ? Le jugement des dieux va ainsi s'incarner dans l'esprit du juge.

Dans la série sociologique, nous trouvons de la magie judiciaire, qui au lieu de se manifester dans les parties, dans l'esprit des parties se manifestera dans l'esprit du juge.

Ainsi nous trouvons des phénomènes qui se traduisent par des influences magiques dans le lieu où l'on juge. ...

... l'arbre intervient dans beaucoup de systèmes juridiques primitifs, le juge se met sous un arbre parce que l'arbre est le canal de transmission d'un flux surnaturel. Il est un canal de magie. (cf. en droit chinois primitif); dans l'Ancien testament, la justice est rendue sous un chêne : livre d'Isaïe ch. 6 I V.3. et Salomon fit recouvrir le temple où la justice devait être rendue de poutres de chêne et de cèdre.

Le détachement va se faire, à une certaine époque, avec le juge magique.

Dans les systèmes juridiques, nous allons voir coexister l'équité et le droit strict.

Ainsi dans un texte publié ces dernières années, le préfet d'Egypte est qualifié de sauveur, il est fait appel à sa philanthropie, le préfet d'Egypte réunit en sa personne 2 ministères :

- fonctionnaire impérial, il est en même temps le successeur des Pharaons, à ce titre, il réunit ce double ministère d'être un juge logique et charismatique.

Dans notre droit, nous allons constater la même cohabitation. L'esprit de légalité se présentait comme tout le contraire du type charismatique : la révolution avait voulu réagir contre l'équité des parlements.

Et pourtant cette élimination n'a pas été aussi complète qu'on l'a dit. Il y a des points d'émergence de l'équité dans le code civil (art. 565, art. 1135, art. 1244 al 2) (le délai de grâce). Le juge de paix (jusqu'en 1958) : avait été conçu comme un juge d'équité et non pas comme un juge de droit strict. Contre les sentences du juge de paix, le pourvoi en cassation pour violation de la loi n'était pas possible, particularité qui a duré jusqu'à la loi du 22 décembre 1915.

Cette règle s'expliquait par le fait qu'on voulait que le juge de paix soit un juge charismatique, un juge d'équité.

Pourtant la cour de cassation accueillait sous le nom de pourvoi pour excès de pouvoir, ce qui était en réalité des violations de la loi; c'est dire que finalement la cour de cassation avait réussi à s'emparer du contrôle des juges de paix et à faire réintégrer aux jugements charismatiques le bercail de la logique dogmatique.

En 1915, le législateur a admis franchement cette possibilité. En 1958, on constate un nouveau progrès dans le sens de l'impérialisme logicien : le juge de paix devient un tribunal d'instance; l'unité logique s'est ainsi rétablie... C'est une confirmation de la loi de M. WEBER : l'évolution du droit se fait dans un sens de plus en plus rationalisant et dogmatique.

Néanmoins nous n'en avons pas terminé avec la coexistence : le type charismatique a pris des revanches dans d'autres secteurs : l'arbitrage. Les arbitres peuvent statuer en équité; les parties peuvent en effet donner aux arbitres le pouvoir de statuer comme amiables compositeurs (art. 1019 c.p.c.)

(Il y a 2 types d'arbitrages: l'arbitrage des grandes organisations et l'arbitrage du notable du voisin, du maire...)

Une évolution récente est importante, le décret du 9 septembre 1971 sur la procédure, dans son article 12 permet aux parties à un procès de donner pouvoir d'arbitre aux juges d'état. Du même coup on a permis aux parties de leur conférer les pouvoirs d'amiables compositeurs.

Le jury d'assises est un juge ouvertement charismatique. Il ne faut pas se laisser tromper par la réduction au syllogisme judiciaire : la loi, le fait donné par le jury, le jugement; cela aurait été vrai si le jury devait constater le fait uniquement avec son intelligence.

Mais la question posée au jury n'est pas "un tel a-t-il tué Y ou X ?" mais "un tel est-il coupable d'avoir donné la mort à Y ou X ?" on pose toujours les questions en termes de culpabilité. Tous les criminalistes admettent que dans cette notion de culpabilité entre un élément qui n'est pas un élément rationnel, d'où les verdicts "eberrants" dans les crimes passionnels.....

Au delà des institutions, on pourrait relever bien d'autres témoignages : l'appréciation des dommages inhérents : nous n'avons pas de tarifs... logiquement les D.I. doivent être adéquats au préjudice.

Tout le monde reconnaît que les juges ont tendance à tenir compte du plus ou moins grand degré de faute du responsable (il y avait ainsi un domaine, dès le XIXe siècle, où les juges avaient tendance à atténuer les D.I. : la communication d'incendie : (déjà dans l'ancien droit, l'adage "nec afflicto danda afflictio", usage qui revenait fréquemment chez les auteurs du XVIII et du XIXe siècles. Celui chez lequel l'incendie a pris devait réparer toutes les conséquences de sa faute. Pour modérer les D.I. on disait qu'il avait suffisamment de peine et qu'il ne fallait pas l'augmenter.)

De même le juge correctionnel prononce la peine qui lui paraît bonne eu égard au cas où à la personne (à l'audience même il n'a pas été question de logique... il y a eu un jugement purement charismatique...)

3 - Les différents charismes du juge :

-1) L'intime conviction est un jugement charismatique, le plus souvent ce mécanisme charismatique échappe à l'attention des sociologues, tel est le cas des jugements de moralité personnelle.

L'appel à des témoins de moralité est pour le droit dogmatique, irrationnel : qu'importe que le prévenu soit déclaré honnête homme par des personnes qui disent bien le connaître ...

Ainsi à Rome observe-t-on la pratique des laudatores, des témoins viennent attester la vertu de l'accusé mais non point que l'accusé n'a pas commis les faits dont il est accusé.

Plus tard, il y aura la pratique des advocati : ils sont "appelés" au procès pour assister l'accusé. Au haut Moyen Age, nous trouvons la pratique des cojurantes. Nous voyons ainsi comment des mécanismes de preuve, de systèmes archaïques viennent traverser notre société rationnelle, avec l'article 444 C.P.P. : "les témoins déposent ensuite séparément, soit sur les faits reprochés au prévenu, soit sur sa personnalité et sur sa moralité.

Bien sûr nous rationalisons cela : il y a des exigences d'individualisation de la peine... Mais c'est faire abstraction de l'histoire que de l'expliquer seulement par cette idée rationalisée.

Dans un texte d'Aulu-gelle l'auteur raconte un cas de conscience qu'il éprouva en tant que juge civil : un créancier demandait le remboursement d'un prêt qu'il alléguait. L'emprunteur prétendu qui niait sa dette était un homme déconsidéré. Ceux de ses amis juristes qu'il consulta lui répondirent qu'en droit le demandeur devait être débouté. Les amis philosophes préconisèrent la solution contraire (ils invoquèrent un plaidoyer de Caton en faveur du vir melior).

En fait Aulu-gelle considéra que les choses étaient peu claires et refusa de statuer.

L'hésitation atteste l'existence d'un système d'intime conviction qui avait dû fonctionner même en droit civil avant la rationalisation.

Dans notre droit civil, relevons l'article 1348 al.1 : la preuve des dépôts nécessaires étant difficile; la preuve testimoniale est admissible "suivant la qualité des personnes".

Dans l'action en recherche de paternité naturelle, il y a deux temps bien que dans la pratique et quelquefois dans la théorie on ne les distingue pas suffisamment : la preuve du cas d'ouverture et l'intime conviction du juge.

Dans l'institution du serment supplétoire (1367).serment déféré d'office par le juge pour compléter sa conviction (S. 1929, I, p.45), il y a encore un mécanisme de confiance, un charisme.

2) - Second charisme possible, celui de la charité :

Dans les sociétés archaïques c'est un ressort du système social que le charisme de la charité. Il y a un rôle plus important de la gratuité des gestes. Il y a une confiance faite au chef et, en retour, les sujets comptent que le chef sera généreux, ce qui est plus que la stricte justice. Voilà ce qu'on attend du chef, et du juge.

Dans l'Evangile de Mathieu, la parabole du maître de la vigne (ch.20; "vois tu d'un mauvais oeil que je sois bon") nous met en présence d'une justice supérieure par la générosité, d'une surabondance de grâce, qui relève de la justice charismatique. Il faut y voir comme une attestation de l'existence acceptée à une certaine époque du jugement charismatique; le phénomène Magnaud (Geny dans sa méthode d'interprétation... consacre quelques passages au "phénomène Magnaud) relève de ce type de charisme.

Ce Paul Magnaud est né à Bergerac en 1850 et fut fonctionnaire des Finances. Il entra dans la magistrature en 1881, et fut Président du Tribunal de Château-Thierry et c'est en tant que tel qu'il acquit sa célébrité : ce fut pendant quelques années le bon juge de Château Thierry, il serait resté un président de tribunal comme il y en a bien d'autres, s'il n'avait rendu en 1898 un jugement relatif à la fille Menard, accusée d'avoir volé un pain chez un boulanger : il relaxa, cela attira l'attention de la presse et des juristes. Il a publié 2 volumes de ses jugements (1900) et "Les nouveaux jugements du Président Magnaud (1904)" beaucoup de ses jugements sont des jugements charismatiques. (il y aurait dans une recherche sur le phénomène, à étudier le rôle des assesseurs et celui de la Cour d'appel d'Amiens : un certain nombre de ses jugements furent réformés).

Retenons quelques uns de ces jugements charismatiques : 7 novembre 1900 relatif à un accident du travail, la loi de 1898 n'est pas encore applicable ; dogmatiquement, l'action en réparation devait être rejetée. Malgré cela, le ju-

gement, en invoquant l'art. 1135, qui mentionne l'équité, admet cette action ("attendu que le mot d'équité se rencontre si rarement, dans le code... qu'il est du devoir du juge de ne pas le laisser échapper quand par hasard il en est fait mention...")

L'affaire Menard : (4 mars 1898), la fille-mère Ménard avait pris un pain dans la boutique d'un boulanger alors qu'elle était dans la misère. Le président relaxe la fille-mère Ménard avec les attendus suivants :

"Attendu qu'au moment où la prévenue a pris un pain chez le boulanger P... elle n'avait pas d'argent, et que les denrées qu'elle avait reçues étaient épuisées depuis 35 heures; que ni elle ni sa mère n'avaient mangé pendant ce laps de temps... qu'il est regrettable que dans une société bien organisée, un membre de cette société, surtout une mère de famille puisse manquer de pain autrement que par sa faute, que lorsqu'une pareille situation se présente.... le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi".

C.A. Amiens 5.1899 II,p.1 note Roux,

D.1899 II.p.329, note Josserand

(notes approbatives mais non pour des raisons charismatiques).

La cour confirme la relaxe mais avec d'autres motifs.

3) - Dernier type de charisme : celui de la transaction. Le code civil (art.2044) a envisagé la transaction comme une convention, mais on peut concevoir des jugements transactionnels. A ce stade le jugement apparaît comme ayant pour finalité de rétablir la paix. Au lieu de la paix chaque partie devra faire une concession sans que l'on ait égard à la valeur juridique des prétentions.

C'est absurde en droit : plutôt que de chercher la vérité objective, le juge accepte de se tromper partiellement, mais sociologiquement cette interprétation est superficielle. Ce jugement par partage de l'objet en litige. Cette équité salomonienne se retrouve un peu partout.

Ainsi au Moyen Age le *Judicium rusticorum* construit à partir des Institutes (livre 2, ch. 15, fragment 4 "in partem admittitur"); dans le doute le juge peut partager par moitié l'objet du litige. Notre droit positif lui même a dû se résoudre à un partage : l'abordage douteux en droit maritime (loi 7 juillet 1967, art.4). La jurisprudence sur les collisions de véhicules dont la cause reste inconnue, et on connaît la tendance des juges au partage des responsabilités (conséquence : les demandes de dommages intérêts sont systématiquement majorées, parce qu'on sait que les magistrats en rabattront). On voit à l'arrière plan cette recherche d'un partage : il n'y a pas une vérité absolue, d'un seul côté

II - LA DÉCISION JUDICIAIRE

La gravité sociologique de la décision judiciaire nous est apparue à travers l'analyse des différents types de jugements.

L'ordre juridique n'est pas constitué uniquement par des règles de droit, il peut être constitué par des décisions judiciaires, lors même que la décision judiciaire ne tire pas à conséquence.

En tout cas des problèmes sociologiques se posent aux 2 bouts de la chaîne : des problèmes de formation (A), et d'effectivité (B), de cause et d'effet (comme pour la loi).

A - LA FORMATION DE LA DECISION

La décision judiciaire se prend dans un certain lieu, dans tous les cas, il semble que le lieu soit un système clos, que le juge essaie de se retirer du monde. Mais il y a des influences extérieures. Ce sera un conseil demandé par le juge, la lecture de journaux, l'impression qu'il a de l'opinion publique : on parlera alors de juge sociologique, juge réel, opposé au juge apparent.

Il y a ainsi le processus interne de la décision judiciaire (2) et les actions extérieures (3). Mais replaçons auparavant la décision judiciaire dans la théorie des décisions.

1) - Place de la décision judiciaire dans la théorie générale des décisions :

Dans la sociologie générale se développe une théorie des décisions. Cet intérêt a été suscité par des besoins pratiques, opérationnels. Mais à partir de ce besoin pratique des théories se sont construites.

Les décisions stratégiques ont suscité beaucoup de recherches: de la décision militaire, on est passé à la décision économique, mais les décisions ayant une portée juridique, sont restées un peu à l'écart : il y a cependant des théories de la décision administrative. L'hypothèse qui domine ces recherches est celle d'une rationalité de la décision, voilà dans quelles directions se sont engagées ces recherches.

Quelles sont les théories explicatives que l'on présente ?

Il y a plusieurs types : la décision administrative, législative, judiciaire et il faudra voir si le passage à la décision judiciaire est facile.

La première explication est l'explication marxiste : c'est la maximisation du profit qui explique la décision.

De même on a parlé d'une théorie des organisations : les organismes administratifs ont une sorte d'autonomie psycho-sociologiques, l'organisation est un être vivant, par une sorte d'appel biologique, l'organisation administrative secréterait sa décision. Il y a des explications psychologiques qui mettent en avant l'individu. Il faudra chercher l'homme.

Il y a des théories qui combinent plusieurs éléments : ainsi la théorie marxo-weberienne ("sociologie de la décision" de Mr. JJAMOUS : Mr. Jamous a pris pour exemple la réforme des études médicales et des structures hospitalières : il y avait une combinaison de la situation historique (voilà pour Marx) et d'un médiateur (le docteur Debré-).

Enfin il y a une explication idéaliste; les idées ont une vie autonome. Le plan projet, schéma, va agir sur les hommes ^{qui} à partir d'un certain moment n'en sont plus maîtres.

Dans un livre de Mr. Lucien SFEZ ("critique de la décision") il y a une nouvelle théorie assez complexe qui fait appel à la sociologie et à la psychologie (théorie du surcode). Mr. SFEZ insiste plutôt sur les aspects irrationnels alors que dans la théorie classique, la décision est rationnelle, linéaire,

Il y a dans la décision judiciaire un particularisme, les agents de la décision sont définis d'avance, les formes, la procédure sont également définies la décision judiciaire s'articule sur une procédure. Il y a un rituel du délibéré. Nous trouvons un formalisme qui n'a pas son équivalent dans les autres décisions : il y a des règles de majorité ou d'unanimité des règles pour vider le partage des voix etc....

2 - Le processus interne de la décision judiciaire :

Les phénomènes de formation ne sont pas les mêmes suivant que le juge est unique ou que l'on a affaire à un collège de juges. Les études des sociologues de sociologie judiciaire ont porté de préférence sur les jugements collégiaux.

Il y a à cela plusieurs motifs : les auteurs ont été des anglo américains qui rencontraient la pratique des opinions dissidentes, ce qui est un aliment pour une recherche de psycho sociologie judiciaire (citons le nom de Schubert, sociologue américain de la décision judiciaire ("la formation de la décision judiciaire" 1963).

Autre motif : sur un tribunal collégial, le chercheur peut faire application de théories connues en psycho sociologie générale, sur les petits groupes restreints et sur les phénomènes de dynamique qui se déroulent à l'intérieur de tel groupe. (il y a des phénomènes d'autorité, d'influence qui se produisent à l'intérieur d'un petit groupe : nous pouvons postuler que de tels phénomènes s'observeront dans un tribunal collégial).

Mais y a t il quelque chose à chercher chez un juge unique ? La recherche est plus difficile mais a priori nous pouvons admettre qu'il y a des phénomènes psychologiques : les théoriciens de l'argumentation (tel Mr. PERELMAN : traité de l'argumentation) consacrent des développements à la délibération avec soi même.

Un arrêt de la ch. crim. du 8 juillet 1971, (JCP, II, 1971, 16.876, Pinard) est très curieux à ce point de vue : c'était un juge unique qui avait porté sur son jugement la mention "après en avoir délibéré conformément à la loi" la cour a rejeté le pourvoi : selon la Ch. Crim. "le verbe "délibérer" s'entend de l'action consistant à procéder à un examen conscient et réfléchi en soi même aussi bien qu'avec d'autres.

On peut penser qu'il vaut mieux d'un point de vue scientifique partir du juge unique. On retrouvera dans la décision collégiale, avec un multiplicateur, les phénomènes observés chez un juge unique.

Qu'est ce qui détermine le juge à statuer dans tel sens plutôt que dans tel autre ? Cette formation de la décision judiciaire obéit à des causes profondes à côté de causes occasionnelles.

La culture du juge peut être une de ces causes. C'est ainsi qu'au QUEBEC, Mr. Jean Louis BEAUDOIN a dirigé une recherche sur les décisions de la cour suprême fédérale du Canada (1896-1965). Il a essayé de déceler quelle a été l'influence

des juges d'origine québécoise, chez nous on ne peut songer à rien de comparable puisqu'il n'y a pas de publication des opinions dissidentes.

Néanmoins Jourdan qui au début du XIXe siècle publiait une revue dissidente "La thémis", en 1824, relevait qu'il y avait eu dans le premier temps consécutif à 1804 des interprétations divergentes dans les cours d'appel suivant la formation des juges. Les cours d'appel du midi avaient jugé suivant les règles du droit écrit, du droit romain.

En revanche, dans les pays de coutume, les juges avaient mis fin à toute citation de droit romain.

Il y a une autre cause profonde, c'est la génération ou l'âge du juge (cela peut être décelable par l'annuaire de la magistrature et son ancienneté dans la carrière).

L'hypothèse générale, diffuse chez les sociologues est que plus un juge est vieux, plus il est "conservateur". Mais ce conservatisme supposé est-il effet d'âge ou de génération ? Problème qui se pose dans bien des enquêtes d'opinion : est-ce que les diversités d'opinion sont des effets d'âge ou de génération ? Si c'est un effet d'âge seulement, on peut supposer qu'un jour ceux qui répondent d'une certaine manière répondront comme les personnes âgées, lorsqu'ils auront eux mêmes vieilli. Il y a des procédés pour faire le départ entre ces 2 solutions :

En tout cas il y a là une donnée saisissable :

Une autre cause est l'appartenance à la classe sociale. Il y a des types de tribunaux où la décision de chaque juge en particulier peut être le reflet d'une appartenance de classe : dans le conseil de prud'hommes il y a des éléments patronaux et salariés, on peut penser que chaque groupe va se déterminer en fonction de son appartenance de classe.

De même dans les tribunaux paritaires de baux ruraux, il y a 2 éléments différents : les bailleurs d'un côté, les fermiers ou métayers de l'autre.

On devinera le cliwage social, deux types de vote déterminés par l'appartenance sociale. Mais l'étude reste difficile.

A côté des causes profondes, je voudrais faire état de ce qu'on appelle les parvae causae, les petites causes. Il y a dans la production de tout événement des causes profondes et des petites causes qui ne peuvent être éliminées : l'admission du divorce en 1804, a tenu à une petite cause : la situation matrimoniale du 1er consul.

Dans une décision de justice il peut ainsi y avoir de petites causes, dans le roman de Dickens, l'avoué déclara à Mr. PICKWICK qu'il espère que le juge a fait un bon repas ! parmi les petites causes, on signalera le manque de temps, le délibéré écouté n'est pas nécessairement le délibéré prolongé.

La composition du tribunal peut avoir changé par suite de la maladie d'un juge. Il est arrivé au conseil d'état de décliner le compétence du juge administratif uniquement parce qu'il constatait que son rôle était trop chargé.

D'une façon plus générale, les problèmes de compétence mériteraient à eux seuls toute une étude :

Dans l'ancien droit l'intérêt pécuniaire entraînait les juges à étendre la compétence de la juridiction.

Sous l'ancien droit encore, c'était l'intérêt politique qui conduisait les juges à retenir la compétence (la lutte du Parlement contre la compétence des juridictions ecclésiastiques) et puis, il y a eu un besoin de prestige : au XIX^e siècle le conseil d'état essayait d'attirer le plus possible la compétence vers le droit public).

Cette théorie des petites causes met en évidence des phénomènes d'arbitraire, des phénomènes échappant à des déterminations rationnelles, elle met en outre en relief la part d'artificialisme du droit et jette un doute sur la prédiction judiciaire.

Le phénomène des dissidences : il n'est pas irrationnel que les juges aient des opinions différentes, au sein d'un tribunal puisque les parties elles mêmes ont des interprétations différentes. A l'intérieur de ce petit groupe des phénomènes psychologiques vont se produire : l'influence des personnalités fortes va s'exercer. Il y a des positions données d'avance, une hiérarchie : un président a, en règle générale, une position plus forte qu'un assesseur. Il y a la position statutaire du rapporteur, une tendance des groupes à suivre le rapporteur..... Dans un jury de Cour d'Assise, il y a des meneurs de jury.

La chose est prouvée par cette pratique qui consiste à faire siéger des personnes aptes à exercer une influence de meneur.

Le tirage au sort du jury recouvre une certaine direction du choix en faveur de personnes aptes à influencer : il y a une manière officieuse de procéder au tirage au sort assez probante à cet égard.

Ces phénomènes de dissidence et d'influence nous les soupçonnons, mais nous n'arrivons pas à les saisir scientifiquement, comme dans les pays de common law.

A la Cour suprême des Etats unis, les phénomènes d'unanimité entre les juges ont tendance à diminuer :

- avant 1937 : 100 %	}	pourcentages d'unanimité
- 1937 : 86%		
- 1949 : 79 %		
- 1972-73 : 26 %		

On note un decrescendo assez notable de l'unanimité. Elle est moins recherchée qu'autrefois. Dans le passé, il y avait un effort de persuasion réciproque de conciliation.

Pour le vote à la majorité (1972-73)

. de 8/1	13 %
. 7/2	15 %
. 6/3	26 %
. 5/4	20 %

Autre constatation : les 4 juges nommés par le Président Nixon votèrent ensemble dans 70 % des cas. De même les juges nommés par les administrations démocrates votèrent ensemble dans 70 % des cas également.

A côté de ce juge apparent, il y a un juge sociologique, invisible et qui juge par des actions qu'il exerce sur le juge dogmatique.

3 - Les actions extérieures : le Juge sociologique :

Il existe des groupes de pression autour du législateur. Les lobbies ont été étudiés aux Etats Unis et en Europe.

On admet aux Etats Unis qu'il existe une action des groupes de pression sur la cour fédérale (parce qu'elle participe à l'élaboration de la règle de droit). Ces lobbies ne sont pas nécessairement efficaces.....

Chez nous, existe-t-il des groupes de pression ?

Après des juridictions inférieures, des groupes de pression locaux seraient concevables, tout ceci peut être soupçonné, rien ne peut être démontré. Bien sûr si on faisait des séries jurisprudentielles, on pourrait essayer de rechercher si une catégorie socio professionnelle n'est pas systématiquement favorisée... Les juridictions favorisent elles (ou ont elles favorisé) les compagnies d'assurances, la sécurité sociale, tout ceci a été dit, mais n'a pas été prouvé.

Retenons des actions extérieures d'un autre type :

La pression de l'audience : le lieu où se rend la justice semble un détail insignifiant d'organisation matérielle. Néanmoins, il y a une importance considérable de cette donnée matérielle sur la décision judiciaire.

La décision administrative se prend dans le silence et l'hermétisme d'un cabinet, les décisions judiciaires obéissent à la règle de publicité (l'art. 8 CPC "(les juges des tribunaux d'instance pourront donner audience chez eux, en tenant les portes ouvertes)").

Cette règle de publicité est rattachée après coup aux garanties données aux plaideurs, en réaction contre les pratiques de l'ancien régime.

Mais il y a une autre conception plus profonde : l'idée d'un contrôle populaire, d'un risque, d'une pression acceptée du peuple sur la justice. Il y a une police de l'audience confiée au juge pour empêcher les manifestations d'opinion. Il faut les réprimer; mais sociologiquement elles sont le produit d'une donnée profonde.

A l'origine, le juge devait juger avec la pression du public : le public dans les systèmes archaïques, intervient comme un organe de médiation pour contrôler, voire contredire les organes officiels. On peut citer un passage d'Homère, la scène du bouclier d'Achille : dans l'Agora est décrite une dispute entre 2 hommes, la foule par ses acclamations va déterminer la décision.

Citons encore un texte recueilli dans la compilation de Justinian (Livre I, 40, 3), une constitution de Constantin adressée aux provinciaux

"Nous donnons à tous le pouvoir de louer les juges les plus justes et les plus vigilants par des acclamations publiques afin que nous puissions promouvoir leur avancement et nous confurons à tous le pouvoir d'accuser les juges injustes par des cris, afin que la vigueur de notre censure les fasse rentrer."

Il y a là comme l'établissement d'une chambre populaire de résonance.

Ce système répond tellement à une donnée sociologique, qu'elle ressurgit à notre époque dans certains pays : citons par exemple les tribunaux d'entreprise de la RFA (Ordonnance 4 oct. 1966, et L. sur les tribunaux sociaux).

Il résulte des textes que tous les présents à l'audience sont autorisés à présenter leur opinion sur les faits. Participant à la discussion, ils exercent une pression sur la décision bien qu'ils n'aient que voix consultative.

Il s'agira de conflits de disciplines, mais aussi de procès civils, familiaux et même de petits procès pénaux. Ainsi ces textes organisent une pression de l'audience, une participation des présents à la prise de décision dans l'exposé des motifs, nous trouvons une justification :

Cette pression sociale sera un instrument de dissuasion pour les ouvriers, elle aura une fonction d'éducation. Cette coopération aura enfin une vertu "psycho-analytique", "cathartique", quoi qu'il en soit, il s'agit de faire intervenir le public, de canaliser les pressions extérieures.

Nous trouverions des analogies dans les droits archaïques (et même dans notre ancien droit). Chacun des combattants amène à l'audience ses assistants et c'est pour un parent un véritable devoir du clan que de venir écouter, assister le plaideur. Le modèle se rencontre surtout dans les coutumes germaniques (le système des cojurements).

Nous en trouvons une trace dans les témoins de moralité, dans le procès pénal.

Ils sont consacrés aujourd'hui par l'article 414 et 331 CPP (O. 6 octobre 1960) seulement on a perdu de vue l'explication venue du tréfonds de la sociologie pour ne retenir que l'explication scientifique : il y a un dossier de personnalité, et les témoins de moralité interviennent dans une perspective scientifique, mais est-ce que les 2 courants ne sont pas en fait réunis ?

Sortons de la salle d'audience : au delà de la salle il y a la pression plus diffuse qui peut venir du monde extérieur. On constatera les effets. Il y a des pays où on séquestre les jurés.

Chez nous la loi de 1881 sur la presse (art. 38) essaie de protéger le juge contre la pression de l'imprimé

Mais les journaux, la radio suggérant une opinion, quel est l'effet de ces mass media sur la formation du jugement ? A la question il pourrait être répondu scientifiquement; on a mené des recherches pilotes aux Etats Unis (recueil de R.J. Simon "the sociology of law" p.617, les effets des journaux sur les verdicts de jurés potentiels". L'idée générale de cette recherche est la suivante : on constitue deux jurys simulés, on soumet à ces 2 jurys, 2 récits de crimes tels qu'on pourrait les rencontrer dans un journal : dans un cas ce sera la version d'un journal à sensation, dans l'autre celle d'un journal plus sérieux. Puis on soumet le jury à l'action de l'organisation judiciaire...

Citons les conclusions qui résultent de cette recherche, avec les réserves qu'impose la simulation.

Action des mass media avant insertion dans l'organisation judiciaire : les lecteurs du journal conservateur étaient enclins à trouver coupable l'accusé alors que les lecteurs du journal à sensation le déclarent coupable. ^{moins}

S'agissant d'un repris de justice :

- 67 % des jurés soumis au journal à sensation le déclarent coupable
- 21 % - - - - - innocent
- 37 % des jurés lecteurs du journal conservateur le déclarent coupable
- 39 % - - - - - innocent

Les jurés vont réagir contre leur première impression. Lorsqu'il seront plongés dans le bain de la machine judiciaire, les proportions seront :

- 25 % des jurés lecteurs du journal à sensation le déclarent coupable
- 73 % - - - - - innocent
- 22 % des jurés lecteurs du journal conservateur le déclarent coupable
- 78 % - - - - - innocent

Ainsi les jurés avaient pris au sérieux ce qu'avait dit le Président; grâce au bon fonctionnement de la machine judiciaire, nous avons un bon verdict.

B - L'EFFECTIVITE DE LA DECISION JUDICIAIRE

La sociologie juridique, attache une grande importance à l'effectivité ou l'ineffectivité du droit.

Les notions d'effectivité et d'ineffectivité peuvent trouver leur application au jugement, sans parler encore de la jurisprudence, multiplicateur des jugements. Il y a des jugements, des décisions judiciaires qui sont effectives d'autres ineffectives ; certes la sentence donne un ordre, mais qu'est ce qu'une formule ?

La formule exécutoire va t elle devenir véritable exécution ?

Les termes du problème ne sont pas identiques : il y a lieu de distinguer 2 sortes d'ineffectivité. L'une accidentelle (inexécution de la sentence) et l'autre naturelle, congénitale à la décision judiciaire (l'ineffectivité par les retards, les délais de la justices).

Nous allons donc envisager distinctement ces 2 types d'ineffectivité.

1 - L'ineffectivité par inexécution de la décision judiciaire :

Peut il y avoir ineffektivité partielle ? Certes la décision judiciaire est rendue à l'égard d'un individu et c'est seulement à l'égard d'un individu qu'il convient de se poser la question.

Mais la condamnation n'est pas toujours quelque chose d'indivisible; l'argent étant divisible, une condamnation pécuniaire est essentiellement divisible, et il se peut qu'il y ait ineffektivité partielle, parce qu'il y aura une déperdition dans le mécanisme des voies d'exécution.

Les attitudes des systèmes juridiques envers l'effectivité ou l'ineffectivité des jugements est variable : elle oscille entre 2 poles :

Dans beaucoup de droits archaïques, les sociologues ont constaté que la sentence, une fois rendue, aucune autorité publique, sociale, ne veille à l'exécution, de même qu'il y a des lois de façade, il y a des jugements de façade. Le prononcé de sentence peut rester symbolique (voir dans nos systèmes : le jury d'honneur).

A l'autre extrême, nous avons la conception legaliste, utilitaire, pragmatique : le jugement est fait pour être exécuté. Le combat pour le droit n'est pas terminé, le procès ne sera achevé que par l'exécution, entre ces 2 extrêmes, s'insèrent des attitudes de plus ou moins large tolérance à l'égard des jugements.

Il y a un phénomène qui a attiré l'attention du droit dogmatique : c'est le phénomène de l'inexécution des décisions de justice par suite d'un refus de l'autorité étatique de prêter main forte à l'exécution : le sursis administratif aux saisies, aux expulsions de locataires, et toute la jurisprudence coviteas du conseil d'état.

Le refus d'exécution de l'administration reflète une résistance de l'opinion. C'est donc bien un phénomène sociologique, mais il va de soi que l'ineffectivité a bien d'autres aspects que celui là : elle tient à des causes plus individuelles : l'insolvabilité aboutit à l'ineffectivité "les insolubles sont irresponsables" là où il n'y a rien le roi lui même perd ses droits.....

L'insolvabilité est parfois réelle, mais aussi parfois organisée :

Il y a, distincte de l'insolvabilité, la fuite, la disparition de celui qui devait exécuter la sentence; il y a d'ailleurs ^{un} domaine du droit civil où cet aspect a pris une tournure très accentuée, l'exécution des condamnations à pension alimentaire après divorce.

D'où les efforts du législateur (l. 2 janvier 1973, sur le paiement direct des pensions alimentaires : l'art. 7 est caractéristique. Dans l'article 7, il y a une sorte de renfort dans la formule exécutoire : le secret bancaire est levé, seul le secret statistique n'est pas levé.....

Mais il y a encore l'ineffectivité des décisions rendues contre l'administration (étude de Mr. BRAIBANT, EDCE 1962, p.57 et suivantes).

2 - L'ineffectivité moratoire :

La justice privée pourrait être instantanée : en cas de vol manifeste, je tue le voleur.

Mais dès que le procès s'est institué, une certaine épaisseur de temps s'interpose, ce sont les délais de la justice. Ils sont naturels, c'est à dire inhérents à la nature même du contentieux.

Plutarque a défendu dans un petit traité les délais de la justice divine... qui vont permettre le repentir du coupable.

Cette sorte de justification a eu sa transposition aux délais de la justice humaine, laisser "refroidir le procès" permettra peut être un retour au calme... Il y a ainsi une oscillation entre 2 idées : le retard de la justice est un mal d'état de justice, mais n'est peut être pas aussi sans présenter des avantages.

Dans les sociétés modernes, les sociologues américains ont particulièrement étudié les retards de la justice, dans un secteur particulier, .
Les sociologues ont recherché les causes de ces délais avec l'intention d'y remédier.

En France beaucoup de réformes ont pour but d'accélérer les procédures.

Comment mesurer les délais de la justice, apprécier si les juridictions sont lentes ou rapides ? on pourrait envisager une mesure objective : ce qu'il faut au juge pour rendre une sentence, mais le temps est aussi quelque chose de subjectif : il faudrait demander aux justiciables au sens large quel délai ils estiment nécessaire pour rendre une sentence.

Dans "l'image de la justice dans le grand public", étude précitée du laboratoire de sociologie de Paris II, nous trouvons cette question :

Combien faudrait-il de temps :	<u>dans une affaire</u> <u>de loyers</u>	<u>pour un</u> <u>divorce</u>
moins de 7 jours	6,4 %	3 %
7 à 15 jours	13,5 %	2,3 %
15 à 1 mois	25,4 %	9 %
1 mois à 2 mois	16 %	23,6 %
2 à 6 mois	26,3 %	25 %
6 mois à 1 an	4,4 %	20 %
1 an et +	1,2 %	8 %
Plus de 2 ans		3,6 %

(ici l'image n'est pas pure : l'hostilité au divorce va susciter des réactions dans tous les sens).

En résumé nous voyons dans le grand public une aspiration à une justice rapide.

Toutes les réformes tendent mais aucune ne semble avoir réussi. Mais si la justice devenait trop rapide, cela n'attirerait-il pas de nouvelles couches de plaideurs ? Les délais ont un rôle dissuasif : les chercheurs américains ont observé que d'après les statistiques des compagnies d'assurances, les juridictions qui jugent plus vite que les autres ont plus de "clients" que celles qui jugent lentement.

En France, on parle plutôt en termes de passion : les délais de justice permettent aux passions de se refroidir, le procès est plutôt un mal (ou le droit n'est peut être pas tellement un bien)

III - LE PHÉNOMÈNE DE LA JURISPRUDENCE

Le règle de droit peut être saisie à l'état naissant : à travers une jurisprudence naissante nous pourrions observer une source de droit in statu nascendi

Nous étudierons successivement :

A - la formation de la jurisprudence

B - les conséquences sociologiques du phénomène jurisprudentiel

A - La formation de la jurisprudence comme phénomène de sociologie :

La jurisprudence est un phénomène coutumier.

D'après les uns, le juge intervient pour déclarer une coutume préexistante : le juge va juger que les intéressés, le peuple a coutume d'agir déjà ainsi; il sacralise, consacre, donne l'estampille étatique à une coutume déjà constituée. Piantol soutenait que les coutumes s'étaient constituées grâce à la consécration du juge.

Aujourd'hui, selon la doctrine moderne, c'est le juge qui créerait la coutume. Il ne consacrerait pas une coutume préexistante; dans la doctrine moderne la plus répandue, c'est le juge qui fait le droit.

Il faudrait essayer de décomposer ce phénomène complexe et distinguer : un élément matériel, un élément psychologique et un élément de publicité.

Considérons le premier élément savoir : l'élément matériel. Nous allons y apercevoir la répétition (comme pour la coutume) mais quelque chose qui n'a pas d'équivalent dans la coutume : la hiérarchie. La répétition : est-ce que cet élément est nécessaire au phénomène jurisprudentiel ? dans la système de la common law le précédent même unique peut avoir une valeur contraignante. Ce serait pour les pays anglo américains la trace d'un système général pour l'Europe au Moyen Age (article de Sargens. Revue historique de droit, p.224 et 359, 1961)

Cette conception de la jurisprudence rejoint une conception qui est chez les psychologues assez courante de l'habitude. L'habitude individuelle ne tient pas tellement à la répétition; les psychologues disent que l'habitude est constituée dès le premier acte; l'individu est en position d'habitude dès le premier acte, avant même qu'il ait répété son acte.

Dans la mesure où la jurisprudence suppose la répétition il faut que la même difficulté de droit se répète avec une certaine constance chez les justiciables.

Le second élément, c'est la hiérarchie, phénomène d'autorité dans le système judiciaire français : il y a des tribunaux supérieurs aux autres :

Mais il y a d'autres aspects : l'autorité à l'égard de soi même; il y a des jurisprudences intérieures dans certaines juridictions : longtemps certaines cours d'appel, attachées à affirmer leur autonomie (dans le Midi notamment) ont eu des bulletins particuliers.

La hiérarchie a un autre aspect : la diversité diachronique. Dans le système de la common law, c'est la décision la plus ancienne qui doit l'emporter. Dans le système du précédent la décision postérieure, contraire à la première a été mal rendue puisqu'elle contredit la première. Dans le système français au contraire,

On transpose en quelque sorte les règles de conflits de lois dans le temps.

L'élément psychologique, nous pouvons le trouver aussi bien dans le jugement de départ (jugement a quo) que dans le jugement d'arrivée (jugement ad quem).

Du côté du jugement a quo, il doit y avoir une intention de constituer une jurisprudence, d'où un effort, dans cette décision de départ, de réserver l'avenir ("sans tirer à conséquence", sous l'ancien régime) lorsque le tribunal entend que la décision n'engage pas l'avenir.

La théorie des sources du droit distingue l'arrêt d'espèce des arrêts de principe.

Il existe un moyen qui a parfois été utilisé par la jurisprudence pour éviter que la décision soit imitée dans l'avenir : des efforts officiels ou officieux sont déployés pour que l'arrêt ne soit pas connu, inséré au bulletin. La juridiction refuse la publicité.

Du côté du jugement ad quem (celui qui reçoit les jugements antérieurs) il doit y avoir la conscience de suivre une jurisprudence, la conscience de ne pas rendre une décision nouvelle; dans l'analyse de la jurisprudence, on considère que les juges de la seconde décision doivent avoir conscience de suivre une espèce de coutume judiciaire obligatoire pour eux.

En est-il bien ainsi dans le système français ?

Le juge connaît la décision antérieure mais il reproduira ex nihilo les motivations de droit que les arrêts antérieurs avaient développées.

Certes les juges dans la première période du XIXe étaient en grande partie formés par les anciennes écoles de droit.

Ils étaient alors la jurisprudence comme si elle était une source du droit (Ch. Req. 9 mai 1821, S. Chronologique. Bourges 16 juin 1837, S. 1838 II, p. 201, "attendu qu'il est de jurisprudence constante")

Mais aujourd'hui il n'en est plus de même. La jurisprudence n'est plus une source de droit (par exemple C. Cass. 24 juillet 1967, JCP II, 1969, 15.339).

Les décisions antérieures apparaissent moins comme une norme de droit que comme un modèle qui va inspirer le juge.

3e élément : la publicité

La jurisprudence doit être véhiculée par des moyens de publicité.

Mais il faut bien voir que la nécessité de cette publicité est une limitation : à défaut de publicité, il n'y aura pas de jurisprudence ou il n'y aura qu'une jurisprudence intérieure... (et il arrive que la juridiction, parce qu'elle le veut, refuse la publicité).

Il y a d'autres obstacles : il faut encore que la publicité soit perçue, il y a des phénomènes de connaissance de ce qui est publié : or la connaissance du droit est un phénomène qui donne lieu à une pathologie.

Plus il y a de droit, plus il y a de risque que la connaissance du droit soit limitée, et la jurisprudence est du droit abondant, elle est par nature une abondance de règles de droit. Dès lors il y a une difficulté de perception de la jurisprudence.

Ajoutons qu'il est certain que la jurisprudence est plus difficile à diffuser : la jurisprudence s'exprime en effet dans des arrêts dont la rédaction est complexe.

Les moyens d'information, les mass media peuvent certes prendre les relais. Mais cela n'est valable que pour un petit nombre de décisions : et le risque de déformation est grand.

Considérons maintenant la jurisprudence une fois formée.

B - Les conséquences sociologiques du phénomène jurisprudentiel :

1 - les effets directs :

Il y a un préalable d'effectivité de la jurisprudence; nous avons déjà rencontré la notion d'ineffectivité du droit. Il n'y a pas simplement des phénomènes d'ineffectivité de la loi, de la décision judiciaire isolée, mais encore de la jurisprudence.

Bien sûr pour qu'il y ait jurisprudence, il faut qu'il y ait imitation de décisions antérieures.

Néanmoins l'existence du phénomène d'ineffectivité est évidente : il arrive que les juridictions inférieures résistent : Certes le pourvoi permet de briser cette résistance; mais le pourvoi est assez rare : en conséquence un nombre plus ou moins grand de jurisprudence peut rester ineffective.

Il y a aussi les revirements de jurisprudence....

Mais enfin, supposons la jurisprudence effective : le point de droit contesté, est remplacé par une règle de droit.

Dès lors il devient inutile, dangereux de plaider sur le point de droit : en ce sens la jurisprudence prévient le contentieux : à la limite, il ne devrait plus y avoir de jurisprudence; une jurisprudence établie devrait par hypothèse s'éteindre; il y aurait une autolimitation, une auto régulation du phénomène.

Mais la contestation va se reporter non plus sur le point de droit mais sur les limites, l'interprétation de la jurisprudence elle-même. Il en est de même, en Angleterre : il est connu que l'avocat consommé va déployer ses efforts pour montrer qu'il y avait dans le précédent des éléments particuliers qui ne se retrouvent pas dans l'espèce.

En sens contraire, il existe un effet dissuasif de la jurisprudence. C'est du procès lui-même que l'intéressé va être détourné. La jurisprudence en matière d'accident de la circulation, défavorable à la victime fautive, est agitée par les compagnies d'assurances pour obtenir une transaction.

2 - Effets indirects dans tout le système politico juridique :

La jurisprudence paraît conférer au juge un rôle quasi législatif : si l'on regarde d'un regard sociologique, comment les choses se passent en réalité, le gouvernement des juges n'est pas seulement le gouvernement des juges, il y a un gouvernement des hommes de lois.

Il faut constater les transformations que le développement de la jurisprudence apporte dans un système de droit : de 1804 à 1974, nous sommes passés d'un système de droit hostile à la jurisprudence, à un système où la jurisprudence a pris un rôle considérable, piéthorique.

Ce développement a transformé le droit français.

Le droit dogmatique a été très favorable à la jurisprudence. Le phénomène jurisprudentiel assouplit, atténue la rigidité des règles légales, il est un droit vivant.

Mais en face il y a le mal : le phénomène jurisprudentiel est un phénomène de multiplication de règles, il en résulte une certaine rigidité. Si tout était couvert par des règles de droit, il n'y aurait pas cette souplesse du jugement charismatique; la jurisprudence poussée à son extrême détruit le mouvement charismatique, élimine les jugements charismatiques; et puis, le droit jurisprudentiel est plus ésotérique, secret, moins populaire que le droit légal, le droit jurisprudentiel se présente comme un droit très complexe, dispersé...

SECTION III - LE PROCES

Le procès précède le jugement, mais il fallait bien définir d'abord le jugement : car c'est la possibilité d'un jugement qui caractérise le procès. Le procès est un phénomène interpersonnel.

On parlait autrefois de "contrat judiciaire" (comme Balzac a pu dire que le contrat était un procès secret...)

Mais il y a des phénomènes collectifs autour du procès : la processivité, l'antiprocessivité. Dans un paragraphe I nous verrons le procès comme phénomène interpersonnel, dans un II les attitudes collectives à l'égard du procès.

I - LE PROCES COMME PHENOMENE INTERPERSONNEL

On a proposé de distinguer le litige et le procès. Le litige est antérieur au procès (le bureau des litiges, dans les chemins de fer...-). Le procès, c'est le litige pour lequel une procédure de solution a été engagée par recours à ce personnage original dans le système social qu'est le juge.

Ainsi procès et litige peuvent ne pas se confondre. Mais on peut faire abstraction de ces distinctions dans le vocabulaire.

Nous allons essayer d'analyser le rapport interpersonnel dans un état statique (A la nature du procès) puis nous essaierons de faire apparaître la dynamique du procès, le mouvement qui est le procès (B dynamique de procès) nous rechercherons enfin les fonctions sociales du procès . (C)

A - La nature du procès :

I) La nature du procès général :

Il existe une théorie générale des conflits et le procès est une relation de conflits (1), mais c'est un conflit interpersonnel (2) et qui en outre a un caractère juridique (3).

1) - une relation de conflit :

Que le procès soit défini comme une relation de conflit, n'y a-t-il pas là une contradiction entre la notion de droit et la notion de procès ?

Mais le droit est un débat de contradictoires, des philosophes après Héraclite, (Kant notamment) ont reprise cette idée d'antagonisme, essentiel au droit.

Kant parlait de l'insociable socialité des hommes : l'homme a une propension à se détacher du groupe, si bien que la discorde est inhérente au droit. (voir sur ce point Meihufer : archives de philosophie du droit 1963, spécialement page 184).

La théorie des relations, des interactions s'est développée dans la sociologie américaine (surtout chez Edouard Ross : les fondements de la sociologie 1905). La sociologie américaine a ainsi procédé à un classement significatif des différents types de relations humaines : les relations de coopération (contrat, division du travail etc...) en face les relations d'opposition, avec une subdivision entre relations de compétition et relations de conflit ; dans les relations de compétition il y a rivalité pour avoir la supériorité (mais sans conflit).

Dans la relation de conflit, une personne doit annihiler l'autre, considérée comme ennemie, il y a une relation d'inimitié.

Eclairons cette trilogie par des comparaisons sportives; entre des joueurs d'une même équipe, il y a des relations de coopération; entre les coureurs cyclistes, il y a des relations de compétition (chacun cherche le but sans se préoccuper des autres) Dans le combat de boxe, il y a antagonisme (relations d'inimitié, pour gagner, il faut faire perdre l'autre).

Raisonnons sur le contrat de vente : au moment du débat contractuel, quelle est la nature de la relation qui se noue ? Une relation de compétition, d'autres diront que c'est un antagonisme. Lorsqu'il faudra livrer la marchandise, ce sera une relation de coopération, mais une fois la marchandise examinée, s'il y a des regrets, c'est une relation de conflit qui se nouera

2) - Mais second élément nous devons considérer le procès comme une relation inter subjective. Il y a une notion de conflit collectif qui ne peut convenir au procès (certes il y a des procès entre les personnes morales)

Les conflits collectifs ne sont pas des procès : le conflit international par exemple est un conflit entre collectivités sur des intérêts collectifs, ayant sa solution dans des moyens collectifs, (la guerre est la solution typique du conflit international)

Autre exemple : il y a des conflits collectifs du travail, à côté des conflits interindividuels : les conseils de prud'hommes n'ont pas compétence pour les conflits collectifs (et il existe pour ceux-ci des procédures en droit dogmatique, la médiation, l'arbitrage, et en sociologie, la grève, le lock out).

Nous avons donc affaire à un conflit intersubjectif.

3 - 3e élément : le caractère juridique :

Le conflit est posé selon le droit, et est susceptible d'être résolu selon le droit : il se situe dans la zone des relations qui constituent le droit. Une discussion parlementaire sur la politique du jour ne peut aboutir qu'à un vote, une conclusion politique.

Le dissentiment entre époux est un conflit selon les moeurs, il n'est pas un litige pouvant donner lieu à un procès. Si le dissentiment prend un caractère injurieux, le litige deviendra procès.

2 - typologie du procès :

On peut essayer de diversifier en utilisant un facteur juridico-sociologique : nos procéduriers parlaient de procès d'avoués (les parties devaient être nécessairement représentées par des avoués).

Aujourd'hui il n'y a plus d'avoués, mais le ministère d'un avocat, l'interposition d'un homme de loi entre le plaideur et le juge est obligatoire (mais non devant le juge d'exception).

L'intervention de l'homme de loi tend à se développer (exemple : les agrées devant la tribunal de commerce. Leur ministère n'est pas obligatoire, mais très souvent utilisé). Or cette intervention d'homme de loi tend à enlever au procès de son caractère de duel passionnel. La relation de conflits se trouve atténuée par l'interposition de ces avocats qui vont conduire le procès.

Les avocats ne sont plus le champion des litigants, ce sont des professionnels du droit et ils ne se regardent pas comme identiques au client.

Il faut bien voir la psychologie de l'avocat à l'égard de son client : le confrère adversaire est complémentaire de l'avocat, il n'est pas en compétition avec l'avocat de l'adversaire, S'il était en compétition, ce serait avec des avocats qui se préparent à défendre des thèses voisines des siennes. Delà, cette apreté superficielle que les avocats mettent dans la conduite d'un procès.

Un autre facteur peut servir à classer les types de procès : un facteur socio économique, tiré des antagonismes sociaux que l'on peut apercevoir sous le procès; le procès civil n'est qu'une projection, une coupe fragmentaire de la lutte des classes plus fondamentale.

Mais il y a des conflits extra patrimoniaux (familiaux notamment) qui per à cette approche marxiste.

Pour les conflits patrimoniaux au contraire, les conflits se présentent comme des aspects procéduriers de la lutte des classes (exemple : procès entre bailleurs et fermiers et métayers. Le caractère paritaire des juridictions soulignent le caractère de classe de ces conflits....)

Un certain nombre de procès entre bailleurs et locataires relève de cette analyse.

Mais on en a fait des applications abusives : ainsi à propos de la nature du prélèvement de la femme pour se remplir de ses reprises (elle pourra se payer en prélevant des biens sur la communauté, se payer en nature, mais en pareille hypothèse opère-t-elle ces prélèvements en tant que créancière, (elle subira le concours de créanciers) ou en tant que propriétaire ?

La cour de Cassation s'est livrée à des revirements de jurisprudence.

La cour avait d'abord décidé que la femme pouvait faire ses prélèvements en tant que propriétaire (elle n'était pas sujette à la loi de séparation) (ch. Civ. 28 n° 1849, S. 1849.I.p.353) Mais il y eut des résistances.

Avec l'arrêt Moinet (16 janvier 1858) (S. 1858, I.p.9), concl. Dupin. C'est la solution défavorable à la femme qui l'a emporté; dans ses conclusions. Le procureur général Dupin avait été amené à parler de l'arrêt de 1849.

Voici le raisonnement "marxiste" de Dupin : les féministes étaient actives, on était dans une période révolutionnaire, le conflit avait été tranché sous la pression de l'idéologie féministe. Aujourd'hui il ne faut pas juger de la même manière...

Voici les possibilités d'interprétation socio économique de certains procès.

On peut mettre en oeuvre des facteurs psycho sociologiques. Dans le sens de la loi de bureaucratisation croissante de M. WEBER, leur part est certainement en voie d'augmentation.

Ce sont des procès de bureaux, menés par des bureaux.

Or les bureaux ne sont pas des sièges de passions, du moins pas sous la même forme : il y a certes un traité des passions bureaucratiques possibles... Mais ce sont des passions d'un autre ordre, des passions de substitution éprouvées par les organes ou préposés du litigant.

(Il y a une loi du parapluie, pour des responsabilités), une certaine jalousie à l'égard d'autres bureaucraties, des querelles de prestige qui conduisent à des querelles entre personnes morales etc...)

Un autre aspect de la bureaucratisation des procès est la dépersonnalisation. Ce sont des procès entre gens qui ne se connaissent pas (à la différence des conflits de famille).

Et le procès prend parfois une allure kafkaïenne lorsqu'il met en présence l'administration et le particulier.

Voilà donc une nouvelle base à la distinction du procès traditionnel (de famille, entre particulier) et à côté, des procès bureaucratiques.

On a fait encore apparaître le procès d'ostentation, le procès comme jeu. Le procès peut être le signe d'une situation dominante, un individu affirme ainsi sa supériorité. Selon les ethnologues, les indiens du Mexique et du Pérou étaient toujours en train de préparer un procès, non par espoir du gain, mais par gloriole, par ostentation.

Dans nos sociétés, ce type de procès n'est pas complètement inconnu, songeons aux procès publicitaires des vedettes...

B LA DYNAMIQUE DU PROCÈS

Voyons la marche du procès (1), puis l'issue du procès (2).

1) - La marche du procès :

Nous retiendrons d'abord la théorie d'Eugène Dupréel : par une méthode déductive plutôt qu'inductive, il a étudié dans une partie de sa "sociologie générale" les conflits en les classant : depuis la brouille jusqu'à ce qu'il considèrerait comme le type violent du conflit, la rixe, le déroulement de ces conflits fait apparaître, un certain nombre d'états successifs, dans lesquels s'insère le procès. Cet auteur a présenté une série de théorèmes sur le conflit. Voici quelques exemples de ces schémas assez deductifs : "tout antagonisme tend à s'étendre aux tiers qui le développent en prenant partie".

Ainsi les conjurants nous montrant des tiers prenant partie, de même, les témoins dans la procédure contemporaine ont secrètement une préférence pour l'une des parties.

Les procès célèbres entraînent une division^{nt} de l'opinion (l'affaire Dreyfus.) autre théorème "quand 2 adversaires sont en contact avec un tiers, deux éventualités sont probables : ou que le tiers prenne parti pour l'un des 2 adversaires, ou s'il reste neutre que les 2 antagonistes le traitent ^{plus} ou ^{moins} en adversaire".

La première proposition décrit le mécanisme même du jugement : le juge prend partie pour l'un d'entre eux, mais il y a une seconde probabilité, et ici le juge qui veut être impartial risque de se faire des adversaires dans l'un et dans l'autre des plaideurs. Au palais, on dit que les meilleurs jugements sont ceux qui font 2 mécontents au lieu d'un. Les antagonistes auront tendance, dans ce cas à retourner leur ressentiment contre le juge.

(Parmi les recherches, citons un article d'un sociologue scandinave, Mr. ECKHOFF "Le médiateur et le juge" (in Aubert, p.171 et s.)

L'essentiel des recherches gravite autour des notions de dyade et de triade, qui se rencontrent en sociologie générale chez Moreno.

Moreno avait dans ses recherches de sociométrie appelé dyade le couple, la paire qui peut se former entre 2 individus.

Il y a des dyades sans conflits (le mariage, le contrat) mais le procès aussi peut être conçu comme une dyade : l'expression aurait l'avantage de suggérer qu'il s'établit un état d'équilibre antagoniste : mais il faut en sortir : quels sont les moyens ? il en existe à l'intérieur de la dyade : la solution du litige à l'intérieur de la dyade pourra être obtenue par les moyens violents (moyens violents, non institutionnalisés : l'emploi pur et simple de la force physique, moyen violents institutionnalisés : la guerre privée, ou le duel sous l'Ancien Régime). Et même au XIXe siècle, le duel était obligatoire dans certains cas entre militaires : l'autorité militaire hiérarchique pouvait contraindre un militaire à accepter un duel.

Le litige pourra être résolu pacifiquement par des moyens variés; la renonciation au litige et la désistement, l'acquiescement sont des moyens de faire cesser le litige; la société globale favorise cette issue :

C'est l'avènement de la bourgeoisie qui a poussé à cette attitude (c'est le plus intelligent qui cède...)

Il y a un second moyen pacifique plus raisonnable : la transaction, type de convention (2044 et s. C. Civ.) qui consiste à mettre fin à un litige par des concessions réciproques.

La transaction est vue, par certains côtés avec faveur par le droit, cependant il y a aussi une attitude de défaveur pour un contrat qui s'inspire d'une certaine méfiance pour la justice étatique.

L'attitude est donc ambivalente.

Ajoutons la constatation des abus que le litigant le plus fort peut commettre sous couvert de la transaction : les compagnies d'assurances obtiennent assez facilement à la suite de l'accident une transaction signée qui éteint toute action en responsabilité pour l'avenir alors que les suites de l'accident demeurent encore indéterminées.

Mêmes abus possibles dans les transactions entre employeurs et salariés (le reçu pour solde de tout compte).

Il y a un autre moyen de sortie de la dyade : c'est l'alliance entre les antagonistes par une sorte de reconversion morale : c'est de cette manière que l'on met souvent fin aux guerres.

Dans un plan de droit privé, il est arrivé que l'on mit fin aux querelles de voisinage par des mariages.

Ceci est attesté par l'examen des demandes de dispense d'âge pour le mariage au début du XIXe siècle; on a relevé assez souvent le motif que le mariage évitera le procès...

Mais qu'est ce donc que le procès ? C'est le passage de dyade à la triade : C'est l'intervention de la tierce personne qui constitue le spécifique de cette solution, l'intervention d'un tiers va substituer une inégalité à l'égalité impasse, le tiers va faire pencher la balance d'un côté...

Comment le tiers entre-t-il en scène ? Par l'appel de l'un des 2 litigants : mais il y a des cas où il est appelé à la demande des 2 parties : il y a dans le système judiciaire des procédures de conciliation à côté des procédures de jugement.

En réalité, il y a 2 grands modes d'un passage de la dyade à la triade : la conciliation et l'arbitrage.

Comment interpréter cette sorte de miracle? Il y a des interprétations en sociologie : les peuples archaïques pensent par opposition binaire mais leur mentalité appelle un tiers : l'être tiers, elle l'appelle parce qu'il est hors du commun (voir Genèse : dans l'opposition entre l'homme et la femme intervient le personnage extraordinaire qu'est le serpent). Mais le passage de la dyade à la triade ne s'explique peut-être pas par des considérations magiques mais pratiques .

Cela étant, reprenons les deux modes.

1) Le conflit aurait pu donner lieu à une transaction: le juge en conciliation va essayer de le faire parvenir à une transaction. Le conciliateur opère comme un intermédiaire en vue de la conclusion d'un contrat. Ce mode d'intervention du tiers, nous le connaissons en droit dogmatique : il y a eu primitivement une grande faveur pour la conciliation, mais au fil du XIX^e siècle l'institution est tombée en décadence; tout procès de droit commun devait faire l'objet d'une tentative de conciliation devant le juge de paix, intermédiaire pacifique. Ce préliminaire obligatoire de conciliation était en discorde, en contradiction avec la rationalisation croissante dans un système épris de gain du temps. Le préliminaire de conciliation apparaissait comme une perte de temps, parce que la conciliation réussissait peu.

Le législateur au lendemain de la deuxième guerre, a fait disparaître ce préliminaire pour tous les procès devant le Tribunal de Grande Instance. Mais les procès portés devant les tribunaux d'instance donnent lieu à un préliminaire de conciliation. Ainsi, sur 264 672 affaires appelées en conciliation en dehors de l'audience (Loi du 2 mai 1935) les litigants ne comparurent pas dans 134 164 affaires.

Sur le nombre des affaires où les deux litigants avaient comparu:

-dans 24 328 affaires il y a eu conciliation,

-dans 105 108 affaires il n'y a pas eu de conciliation, soit un pourcentage de 23% de conciliations. Ce n'est pas un pourcentage négligeable.

Mais sur le nombre total d'affaires cela représente un pourcentage de 9%. La conciliation qui n'a pas eu lieu dans le préliminaire spécial peut encore s'opérer à l'audience: on vient devant le juge d'instance, on s'explique, on plaide, mais le juge d'instance essaie encore d'arranger les parties, d'amener par persuasion une des parties à abandonner ses prétentions.

Il y eut ainsi 32 573 affaires terminées par arrangement à l'audience ou par abandon. (15% des affaires terminées)

La tentative de conciliation est obligatoire en matière de divorce. Sur 59 400 tentatives, il y eut 548 conciliations (moins de 1%)

2) - L'arbitrage

Le passage de la dyade à la triade peut se faire parfois sous la forme de la conciliation, mais ce mode de résolution du procès n'est pas le seul et le plus typique c'est la résolution du conflit par un mécanisme d'arbitrage.

Le mot arbitrage évoque un jugement qui s'exercerait directement sur des questions de fait ou de droit: c'est faire abstraction de l'existence du conflit antérieur.

L'arbitrage va se présenter comme l'adhésion du juge-arbitre à une des deux prétentions antagonistes. Ce choix est délimité par le conflit antérieur l'arbitre fait alliance avec l'un des litigants, il va faire pencher d'un côté le rapport de force, sortir de l'affrontement sans issue constitué par un équilibre des forces. Il pourra de cette alliance résulter un antagonisme avec le litigant avec lequel l'arbitre n'a pas fait alliance, un antagonisme encore plus fort.

IL faut supposer qu'il existait à la racine de l'antagonisme une divergence d'opinion sur le droit ou sur le fait, non une opposition d'intérêts: les intérêts sont divisibles, et il est alors possible de "couper la poire en deux"

Mais l'esprit de transaction est tellement dans la nature humaine, qu'on le voit se réintroduire dans l'arbitrage: le juge-arbitre essaie d'arriver à une solution qui satisfasse l'une et l'autre partie. Dans la réalité judiciaire conciliation et arbitrage se mêlent assez souvent: dans un litige, il peut se poser plusieurs questions de droit ou de fait. Si l'on analyse les arrêts, les décisions de jurisprudence, on constate que le juge a été amené à donner satisfaction à l'une et l'autre partie sur des points différents.

Si le juge arrive ainsi à traduire en termes d'intérêt ce qui est un débat sur le droit ou le fait. Exemple: le partage de responsabilité en matière d'accidents de la circulation.: si le juge parvient à découvrir une faute, il partagera la responsabilité. Lorsque la juridiction est collégiale, il arrive que, dans le délibéré, entre les membres du collège, se manifeste ce désir de conciliation: ici la conciliation se déroule entre les juges-arbitres et elle se projette sur le jugement comme une conciliation entre les parties.

§2 L'issue du procès envisagée en tant que tel

1) La conception traditionnelle

Il y a dans l'issue du procès un aléa. Et il est possible d'attribuer une valeur à cette chance ou ce risque; on peut procéder à une estimation de cette issue incertaine du procès, notamment à l'intérieur de la théorie du dommage éventuel: la perte de la chance que représentait le gain éventuel du procès peut être mise à la charge de celui qui est responsable de cette perte-(ainsi un auxiliaire de justice qui, par négligence, fait encourir une nullité à la partie dont il devait soigner les intérêts, un avocat qui n'a pas observé les délais des voies de recours, etc...) La jurisprudence s'est fixée au début de ce siècle (Req. 30 juin 1902, S. 1907 I p.433. 1^o sect. civ. 15 mars 1965 D.1965 p.425)

Cette jurisprudence fait apparaître comme un aléa l'issue du procès, et lorsque dans un procès est impliqué un intérêt considérable, il va en résulter une certaine projection sur les parties en cause. Ainsi, dans l'art.445 du code civil, c'est un motif de récusation du tuteur que, le fait qu'il a avec le pupille éventuel un procès dans lequel est engagée une partie importante du patrimoine du pupille. Il y a dans le procès, à cause de son incertitude, comme un ressort dramatique qui a été utilisé par la littérature (Tartuffe).

Le deus ex machina dans le TARTUFFE de MOLIÈRE est le pouvoir exécutif (mais le pouvoir exécutif, c'est le principe de la justice retenue...) en tout cas, dans le MISANTHROPE de MOLIÈRE, il y a un procès en coulisse qu'ALCESTE perdra (il n'a pas voulu visiter les juges...) et qui aggravera sa misanthropie (il se retirera dans le désert). Chez les auteurs, cet artifice a été fréquemment utilisé (les liaisons dangereuses, la peau de chagrin, Bleakhouse de DICKENS, KAFKA...)

Mais le procès peut être aussi un facteur économique.

Pour que l'aléa procédural se transforme en aléa économique, il faut supposer un procès entre géants financiers. Voici un exemple américain récent: le 17 septembre 1973, on apprend qu'un juge de l'état d'Oklahoma a rendu une décision dans un procès intenté à I B M par Telex corporation.

Cette petite société avait demandé une indemnisation à IBM: le juge avait accordé à la Telex une indemnisation de 352 millions de dollars. Dès que la sentence fut connue, il y eut une réaction à la bourse de NEW YORK: les actions d'IBM baissèrent, et celles de Telex corporation montèrent. Le 9 oct. 1973, le même juge reprend l'affaire et déclare qu'il s'est trompé, et qu'il y a lieu de débouter Telex corporation. Lorsqu'on apprit ceci, l'action IBM remonta.

nous voyons ici l'aléa inhérent au procès se traduire en termes de marché.

2) -L'autre conception de la dynamique processuelle

La conception que nous avons envisagée se liait à l'image traditionnelle de la justice (la balance): l'issue du procès apparaît comme un aléa, un peu un jeu de hasard.

Cette conception demeure présente dans nos sociétés modernes. Néanmoins, on devine une autre conception du phénomène judiciaire: elle est assez répandue dans les recherches que la justice est amenée à faire sur elle-même son avenir, sa prospective: c'est une autre conception qui est latente, conception où le procès est pensé en termes, non plus de conflit, mais de recours à une administration comme une autre, une administration de certains usagers, comme d'autres s'adressent à l'Education Nationale, aux Ponts et chaussées...

La justice est conçue non pas comme une fonction arbitrale, mais comme un service public destiné à donner satisfaction à des usagers. Mais en s'en tenant à la justice civile, la difficulté de cette notion est qu'il y a non pas un usager, mais 2 usagers dans un procès; le recours à la justice donnerait satisfaction à un usager, mais pas à l'autre.

Mais dans la pensée de tous ces organismes qui raisonnent sur cette conception, donner satisfaction à l'usager, c'est donner satisfaction à celui qui a recours à la justice.

L'usager, c'est le demandeur... de sorte que sous cette conception nouvelle apparaît une préférence systématique pour le demandeur dans le procès civil: cette préférence peut s'appuyer sur certains motifs: il est notoire que, numériquement, la plupart des procès civils se concluent en faveur du demandeur.

Nous rejoignons ici le paradoxe de BENTHAM, qui critiquait le système suivant lequel le fardeau de la preuve pèse sur le demandeur, puisque le demandeur a généralement raison.

Ce qui explique la conception dont je parle . c'est qu'un groupe statistiquement important de procès répond à cette analyse : prenons le procès en divorce : ce n'est pas un procès de type traditionnel : c'est un "démariage solennel" on va considérer que celui qui s'adresse à la justice pour obtenir le divorce s'adresse à un service public pour obtenir satisfaction (pourvu bien sûr qu'il n'y ait pas d'abus.....)

Ce n'est plus un procès, un conflit, mais un recours à l'administration de la justice.

Il y a un autre groupe qui répond à cette analyse : les demandes de créanciers en paiement.

La créance est certaine, mais il peut y avoir besoin de la liquider, de pourvoir l'acte sous seing privé de la formule exécutoire.

Mais dans cette hypothèse le juge n'a plus qu'un exécutoire à donner, le défendeur est écrasé d'avance. Là encore on s'éloigne d'un conflit ou les prétentions s'équilibreraient en droit et en fait.

Si nous défalquons ces catégories judiciaires de l'ensemble des procès, le procès traditionnel se raréfie.

"Le beau procès" aléatoire est rare et assez souvent la procédure judiciaire pourrait être remplacée par une procédure administrative.

Dans le droit pénal, l'amende de composition, c'est la procédure administrative substituée à la procédure judiciaire.

C - Les fonctions du procès :

Nous avons déjà eu affaire à la notion de fonction. Il y a toute une école du fonctionnalisme : chaque coutume, croyance, institution juridique, remplit une fonction. Aucune forme culturelle ne survivrait si elle ne constituait la réponse à un besoin : tout sert à quelque chose, ce qui a amené des critiques : on a reproché à cette école de verser dans un finalisme empreint d'une certaine naïveté ; des travaux de cette école nous retiendront la distinction entre les fonctions manifestes et les fonctions latentes. (avant Merton, Durkheim avait déjà présenté cette opposition...)

Et une autre distinction entre les bonnes et les mauvaises fonctions (fonctions et dysfonctions).

Retenons cette terminologie et interrogeons nous sur les fonctions soit manifestes, soit latentes du procès : la fonction manifeste apparaît clairement : le litige se présentant comme un conflit, le procès transporte le conflit dans le domaine du droit : c'est une sorte de canalisation de l'agressivité physique vers une agressivité qui ne sera plus qu'intellectuelle, verbale ; le développement du procès sera considéré comme un progrès. La substitution aux conflits physiques de ce conflit intellectuel est le procès. Raisonons sur le divorce : la femme adultère pouvait être abattue par le mari trompé ; avec le procès en divorce la société a substitué un conflit d'ordre intellectuel. Ainsi la fonction manifeste est claire. Mais les fonctions latentes doivent retenir davantage notre attention.

La vie sociale et les relations sociales, selon CAIRS sont fondamentalement incohérentes et désordonnées. Dans la vie sociale, l'ordre ne peut être créé qu'à partir du désordre, le désordre est inhérent à la vie sociale, le procès dès lors a une fonction d'intégration à la société. Selon CASER, le conflit peut avoir une fonction latente d'intégration en créant l'intérêt des parties pour le système social; à la base du conflit, il y a reconnaissance implicite des qualités de l'autre...

Les ethnologues voient en lui un mécanisme de socialisation qui se situerait dans le rituel du procès: le procès solennise la vie sociale, si le divorce n'était qu'un enregistrement d'état civil, le mariage perdrait sa valeur: un procès ritualisé est nécessaire. D'autres cherchent dans des voies différentes: le procès entretient en temps de paix le potentiel d'agressivité: nécessaire pour les temps de guerre: une société sans procès serait en proie à la veulerie, le procès est un devoir civique, un "combat pour le droit", il faut se défier d'une société non processive. ainsi la disparition des ^{dules} a entraîné une augmentation de la processivité.

De même on constate qu'il y a moins de procès depuis la 1^o guerre mondiale. L'explication devrait en être recherchée dans le développement du sport. Plus communément, on attribue aux procès une fonction préventive: le procès est un élément d'équilibre, la crainte du procès est le commencement de la sagesse.

Ainsi la crainte d'avoir des histoires fait que les fonctionnaires sont plus aimables avec les usagers.

Ce à quoi on oppose une dysfonction: le procès peut se transformer en un moyen de pression, de chantage.

Le "Rechtshaberei", le sentiment d'avoir un droit sanctionné par un procès possible peut conduire à beaucoup de perturbations, peut être même à un élément de confiance en soi mauvais, source d'imprudences et de troubles. Ainsi, selon les spécialistes du code de la route, il est peut être mauvaise d'enseigner aux enfants qu'ils ont des droits.

§II Le procès comme phénomène collectif

Nous pensons tout aussi bien à un phénomène subjectif qu'à un phénomène objectif.

D'un point de vue subjectif, la processivité est la tendance à intenter un procès, le penchant à soutenir un procès. Plus objectivement, c'est la fréquence constatée des procès (il y a eu plus de procès dans les 10 dernières années - dans le ressort de cour d'appel).

Ces deux conceptions sont ici retenues; la processivité subjective (propension à plaider) contribuera à grossir le phénomène objectif de la processivité.

Le phénomène objectif peut nous servir de mesure du phénomène subjectif.

Aussi bien n'est il pas inutile de distinguer les deux aspects de la processivité.

- A) La processivité subjective
- B) La processivité objective.

A) La processivité subjective

Le phénomène subjectif est à la vérité inséparable de son antithèse moins voyante, l'antiprocessivité, ou repugnance à soutenir un procès. Comment appréhender ces phénomènes de psychologie?

Il y a deux types d'approche: l'approche littéraire
et l'approche scientifique.

1) L'observation littéraire

Ici, on est conduit à faire de la sociologie judiciaire impressionniste.

Parmi ces sources, on retiendra la littérature, mais aussi les témoignages des historiens, le folklore.. Il a existé des temps et des lieux de haute processivité: elle prend du relief par des contrastes, des observations différencielles qui permettent de penser qu'en certains temps et lieux, on a plus plaidé.

Notre Ancien Régime a été plus porté à la chicane que nos sociétés modernes.

Ce sont les plaintes des contemporains sur le mal des procès, la satire contre la justice et les plaideurs (RACINE, BOILEAU, LA FONTAINE...) qui donnent l'impression qu'il devait y avoir une haute processivité. Certains historiens du droit^{la} mettent en rapport avec une sursaturation de la société par le personnel judiciaire..Le personnel judiciaire est la cause du procès(alors que le personnel judiciaire semble en être la conséquence; il y a en fait interaction entre ces deux variables)

On a tenté des essais quantitatifs "recherche sur le palais de justice de Poitiers au moyen âge" 1971

A l'occasion de grands jours en 1454, ont été réunis 40 "praticiens du droit" terme mal défini-. Ce sont 80 praticiens qui se réunissent en 1497.

Enfin en 1508, une réunion du même type rassembla 160 participants.

Cette progression est frappante, quoique la question de l'absentéisme, phénomène de sociologie juridique reste posée.

Le contraste, nous pouvons le chercher non plus dans le temps, mais dans l'espace : si nous nous retournons vers l'ancien droit, c'était dans le folklore monnaie courante que d'attribuer un goût particulier par la chicane aux habitants de certaines provinces et de certaines villes : les normands, les mançaux et au XIXe les habitants du Puy de Dome, (et spécialement ceux de Riom) mais ceci paraît extrêmement fragile.

Ce que nous pouvons tirer d'une manière plus sûre des sources littéraires c'est la constatation d'une attitude d'antiprocessivité, une réprobation morale assez courante sur les processifs.

Si l'on creuse cette attitude nous avons là une distorsion assez remarquable entre les mœurs et le droit : ceux qui font des procès ne font qu'user de leur droit, un droit public qui doit être garanti aux individus.

Mais les mœurs paraissent, au moins dans les sociétés européennes, porter un jugement défavorable sur le procès.

De ce phénomène nous relevons des témoignages nombreux dans la littérature : chez Boileau, Rabelais, dans l'éloge de la folie d'Erasmus, les critiques sont dirigées contre la notion même de procès. Boileau y consacre même une satire. ("Abbé n'entreprends point même un juste procès").

Relevons dans le journal de P. de l'Estoile au hasard : en 1592 on enterre un archidiacre : "on disait de ce bonhomme qu'il n'avait jamais eu de procès. Il ne s'était porté caution pour personne et il n'avait jamais été appelé en témoignage".

Au XVIIIe l'abbé de St Pierre rédige un "mémoire pour diminuer le nombre de procès".

L'universalité du phénomène est attestée par les proverbes.

Or notre stock de proverbe condamne les procès. Ainsi "un mauvais accommodement vaut mieux qu'un bon procès".

Il existe dans un recueil d'Anjou "Les actes de Jacques Bujault" (1)(1771.1842) tout un lot de proverbes sur les procès :

"Procès de voisins, procès de venin"
"Procès de parents, procès de méchant"
"Mieux vaut être piqué par un serpent qu'être mordu par un sergent"
"Procès de chemins, mange le train"
"Procès de passage, ruine le fou comme le sage"
"Procès et tranquillité ne sont de société"
" qui a procès a 6 boeufs à l'engrais "
etc....

Citons enfin à titre d'exemple, quelques thèmes au certificat d'études en 1900 : "La probité est la vertu du pauvre"., "Ne plaidez-jamais"...

Comment interpréter ce phénomène d'anti processivité ?

L'antiprocessivité appartiendrait à un fonds permanent de l'être humain.

Le fonds de sociabilité joue contre le procès; à quoi on objecte que l'agressivité est aussi dans la nature de l'être humain (cf. Lorenz). D'autres se rabattent sur l'expérience pratique : la considération pratique du coût du procès suffirait à expliquer cette attitude anti processive du milieu non technicien; d'autres font état d'une causalité historique : la répulsion pour le procès doit être mise en relation avec le christianisme. On invoque cette donnée que l'anti processivité paraît moins caractérisée dans les sources antérieures au christianisme que dans les sources postérieures. Il y a au contraire dans le droit romain une attitude globale favorable au procès (le droit est la mère des actions...)

Certains textes parlent du procès comme d'une gloire (livre de Job, ch. 21, verset 36, Le plaideur portait triomphalement l'assignation par laquelle il avait engagé le procès).

Par contre dans le nouveau testament, on trouve le "ne jugez pas". Et St Paul déclare (1^{ère} épître aux corinthiens, ch. 6, verset 6) "c'est déjà de votre part une faute que d'avoir des procès entre vous. Pourquoi n'endurez-vous pas plutôt une injustice ?"

Voilà ce qui va être l'aliment d'une pensée chrétienne qui aboutira à une attitude de réprobation envers le procès; on ajoute que dans le jansénisme la réprobation des procès a été une maxime bien vivante. Nicole a écrit un petit traité pour exprimer sa réprobation. Et DOMAT dans son traité des lois a la formule suivante : "les 3 sortes de troubles qui blessent l'ordre de la société sont les procès, les crimes, les guerres".

2 - La processivité, observation scientifique :

On peut penser à une approche quantitative, ce qui promettrait une observation plus dégagée des mythes, de l'inspiration, des hasards auxquels l'observateur est soumis.

Nous disposons d'une ou 2 questions insérées dans un sondage de l'IFOR. En 1968, sur les accidents de la circulation :

Question 31 : Dans certains cas, les accidents de la circulation donnent lieu à des procès, à combien au moins doit s'évaluer le montant des dommages et préjudices subis pour que cela vaille la peine d'un procès?"

Evaluation minimum des dommages et préjudices :

- moins de 2000 frs :	19 %
- 2.000 à 2.500	9 %
- 3000 à 3.500	6 %
- 4.000 à 4.500	2 %
- 5.000 à 9.000	14 %
- 10.000 et plus	2 %

La question 32 essayait de faire sortir l'enquête de sa neutralité

"Imaginons que vous ayez été victime d'un accident de la circulation et que vous ayez subi des dommages et préjudices s'élevant à 3 millions d'AF. La partie adverse conteste la cause de l'accident. Accepteriez-vous une transaction si l'assurance de votre adversaire vous proposait une certaine somme :

Accepterait de transiger si on leur proposait	Ventilation entre automobilistes piétons		
1 millions AF	7	4	10
1,5 millions AF	5	4	6
2 millions AF	20	17	21
2,5 millions AF	33	38	30
N'accepterait pas pour 2,5 millions d'AF :	29	33	25
Ne se prononcent pas	6	4	8

Bien entendu, il faut analyser les 2 tableaux dans un sens graduellement cumulatif.

Ainsi 65 % transigent pour 2,5 millions,
32 % transigent pour 2 millions

Les piétons sont plus portés à transiger / (l'automobile nourrit une certaine agressivité. Entre les hommes et les femmes, il y avait une ventilation opérée mais qui ne donnait pas de différences sensibles.

Mais la disposition à transiger est plus grande dans les âges élevés, un certain goût de ce combat qu'est le procès peut être plus vif dans la force de l'âge.

Voilà, à titre d'exemple, ce qu'on peut faire pour saisir plus scientifiquement la processivité.

B - La processivité objective :

Nous allons raisonner sur la justice civile.

Quelle est d'abord la problématique ? (1) quelles sont les recherches qui ont été menées dans ce domaine(2).

1)- la problématique :

Il faut tenter de construire un taux de processivité; ce taux nous sera donné, semble t il; par le nombre des procès connus à travers la statistique judiciaire française, et le nombre des personnes qui pourraient faire des procès.

C'est ainsi que ceux qui ont essayé de saisir ce phénomène mettent le nombre de procès au numérateur et au dénominateur le nombre des personnes qui pourraient faire un procès.

Le nombre de procès : on prend pour base l'unité _demande en justice. Mais ramener à l'unité tous les procès, est assez artificiel : le compte peut nous permettre des différenciations : il distingue suivant les juridictions :

Nous pouvons même différencier certains procès par leur objet (nous avons des statistiques distinctes de ce procès très particulier qu'est le procès en divorce, pour les actions en désaveu de paternité, de recherche en paternité...)

Aujourd'hui on fonctionnarise les greffes, on pourra donc demander davantage de renseignements statistiques.

Les statistiques sont en effet insuffisantes : au sommet, elles sont insuffisamment ventilées quant à la nature des procès : nous mélangeons les procès à objet patrimonial et à objet extra patrimonial, les grands et les petits procès...

On pourrait essayer de construire la taux en valeur pécuniaire : évaluer l'intérêt en jeu dans les procès et l'intérêt global représenté par la catégorie économique que le procès met en cause (mettre en rapport la valeur des immeubles qui font l'objet d'une revendication immobilière avec la valeur totale de la propriété immobilière).

2 personnes sont impliquées dans un procès : s'il s'agit de mesurer l'impact psychologique que la processivité crée dans la population française, l'unité plaideur, en multipliant par 2, peut nous permettre de mesurer cet impact.

Nombre de personnes pouvant faire un procès : on retient le nombre total de la population adulte (de plus de 20 ans), mais il y a des procès menés au nom de mineurs : les mécanismes de la tutelle, de la représentation légale, le permettent. (seulement cette formule est très théorique). Si nous essayons de ventiler, nous pouvons apercevoir le critère artificiel de cette démarche, par les procès relatif au bail d'immeuble, il faudrait retenir le nombre de personnes titulaires d'un bail : l'ensemble de la population n'est pas significatif dans l'hypothèse évoquée.

De même rapporter le nombre des procès portés devant les tribunaux de commerce à la population totale, c'est beaucoup moins exact que de le rapporter à la population commerciale.

Interrogeons nous sur les variables possibles que nous pouvons concevoir dans ce domaine.

Il y a des variables proprement juridiques, des variables extérieures au droit, des variables mixtes.

Il y a des variables proprement juridiques :

Une loi nouvelle peut déterminer une certaine vague de processivité. Il y a aussi les changements de jurisprudence : ils peuvent encourager (ou décourager-) les plaideurs.

Il y a des variables qui sont extérieures au droit :

Les variables économiques ont retenu l'attention des chercheurs : on a cherché les variations de processivité dans les différences de développement économique suivant les régions (les indicateurs du développement varieront selon les chercheurs : nombre d'étudiants, d'automobiles etc...).

Les variables mixtes :

(2e catégorie, sont à la fois économiques, juridiques, historiques : il y a des formes d'économie qui sont plus ou moins litigieuses : on peut conjecturer que la petite propriété immobilière est plus fertile en procès immobiliers que la grande propriété foncière. La petite propriété a proportionnellement plus de frontières que la grande. Il y a effectivement en France plus de procès dans les pays de vignoble que dans les terres de grande propriété.

Dans le même ordre, citons la proximité du tribunal : on plaide plus facilement lorsque le tribunal est à portée de la main, l'éloignement agit comme une force de dissuasion de la processivité : les compagnes dans cette mesure là sont défavorisées; dans cet ordre de variables mixtes, il y a la variable historico-culturelle : n'y a-t-il pas de régions qui ont une prédisposition historique à manier le droit contentieux ? (il faudrait examiner la processivité des "courriers juridiques").

2 - Essai de recherche :

Une recherche italienne (Tullio, Ascarelli) avait recommandé aux juristes les voies de l'analyse statistiques.

T. Ascarelli en avait fait application à la processivité.

L'étude d'Ascarelli (essai de droit commercial, 1955, p.121 et s.) mérite d'autant plus d'être signalés qu'elle n'a pas peu contribué à orienter la curiosité des juristes vers la sociologie du droit (cf. P. Durand O. 1956, ch.p. 73). Ascarelli s'était libéré à une étude différentielle de la statistique judiciaire italienne dans l'espace et dans le temps. Il avait mis en comparaison les taux de processivité dans les différents ressorts judiciaires des cours italiennes et avait parallèlement étudié l'évolution de la processivité entre 1901 et 1952.

Au terme de l'analyse, il avait cru pouvoir déceler une plus grande processivité dans le midi que dans le nord et une baisse de la processivité dans la période 1901 - 1957, plus précisément de la "petite processivité" (à l'échelle française, une processivité de justice de paix....)

Ascarelli formait l'hypothèse que la processivité est en raison inverse de l'industrialisation. De ce phénomène, il proposait des explications diverses: l'industrialisation détermine le recours à une économie de masse (notamment à des contrats de masse); puisqu'il y a identité entre les différents procès qui peuvent se présenter, à propos de ces contrats, il y aura extinction de la jurisprudence.

On pouvait également observer que les affaires les plus importantes (une augmentation de capital) susciteront moins de procès qu'une hypothèque. Enfin, il fallait selon Ascarelli faire entrer en compte le développement de l'arbitrage : la statistique officielle du même coup va se vider.

Pour la France, on peut faire cette observation sur la carte judiciaire que le Midi est plutôt "suréquipé" juridiquement par rapport aux anciens pays de coutume : 12 cours d'appel dans le Midi pour 16 cours d'appel dans le Nord; il y a ainsi dans le Midi une cour d'appel pour 1 million 70 000 habitants (1962) dans le nord, une cour pour 2 millions 60 000 habitants.

Cette implantation traduit une plus grande processivité du Midi, une sorte de tradition, d'attrait du milieu environnant pour la chose juridique (avec cette réserve, cependant que l'implantation n'est pas, à elle seule, significative: dans chaque cour, il y a un personnel variable. Ceci dit, avons nous en France des recherches comparables ?

Un certain nombre de recherches ont été menées, dans ces dernières années : par le CETEM sous la direction de Monsieur André PIATIER (1970). Mais Me. PIATIER avait pris pour thème les affaires de divorce qui présentent une originalité certaine à l'intérieur du contentieux.

Mais ^{1e} CETEM a mené une autre recherche sur l'immobilier (non publiée).

J.L. ROGUE (mémoire 1973 : recherches sur la décision des particuliers de recourir à la justice civile), a travaillé à partir du compte de la justice civile et sur les minutes de jugements du TGI et de TI de Dieppe.

Retenons quelques résultats :

L'auteur relève des variations dans le temps, quant à la processivité française, d'abord des creux à l'occasion des 2 guerres mondiales ; l'interprétation la plus évidente est l'interprétation par des causes mécaniques (mobilisation...) on peut imaginer aussi des causes psychologiques : l'agressivité se déplace d'une issue vers l'autre, captée par la guerre elle même.

L'auteur relève encore une évolution à long terme : une baisse de la processivité : nous rejoignons Ascarelli car la baisse résulte essentiellement des demandes portées devant les juges de paix : c'est la petite processivité qui aurait diminué ; au contraire l'activité des grands tribunaux n'aurait cessé de croître.

L'utilisation des voies de recours est plus fréquente ; la processivité qui a résisté au mouvement de décroissance est plus agressive, il s'agit peut être également d'une "processivité de luxe".

Dans les 3 dernières années, cette processivité ne se distribue pas uniformément : il y a des variations assez fortes que l'auteur met en rapport avec le développement économique.

L'auteur semble dire que le développement de la processivité est lié au développement économique : un simple coup d'oeil jeté sur la carte de la processivité éveille des doutes : la processivité (rapport entre la quantité de procès et la population) est forte en Alsace, dans le Midi, en Normandie, très faible en Bretagne... (la présence de l'Alaaca dans les pays de forte tradition juridique s'expliquerait par des raisons historico-culturelles).

CHAPITRE II - SOCIOLOGIE JURIDIQUE

ET DROIT COMPARE

Peut il y avoir une sociologie comparée des droits ? (section I), l'emploi du droit comparé n'est il pas un phénomène de sociologie du droit?(section II)

SECTION I - LA SOCIOLOGIE COMPAREE DES DROITS

Sous sa forme classique, on mettait simplement enparallèle les codes... On y a ajouté par la suite la comparaison des jurisprudences et à un stade ultérieur des pratiques notariales. Mais la sociologie comparée des droits demande davantage : il faut aller voir comment les choses se passent réellement dans les systèmes juridiques : une sociologie comparée implique une comparaison des enquêtes d'opinion, des statistiques etc... la démarche est utile mais elle est difficile.

I - Utilité de la démarche :

La sociologie comparée des droits peut être utile au droit dogmatique le juriste peut en attendre une plus grande exactitude. Si le droit comparé se préoccupe de trouver des conclusions législatives, il est certain que ces conclusions risquent d'être faussées dès lors qu'on ne compare au droit national que ce qui est dogmatique dans le droit étranger.

Par exemple nous avons toujours été assez attiré par le modèle de divorce allemand.

Seulement il n'est pas inopportun de voir quel est l'usage qui a été fait en Allemagne des différentes causes de divorce (cause objective, cause subjective). En 1951, on constata que 75 % des demandes en divorce reposait ^{en} sur l'allégation d'une faute, 7 % sur l'allégation d'un adultère, 13 % sur une cause objective. En 1969 : faute : 93 %, adultère : 1 %, cause objective : 4 %)

Il est clair, sur cette évolution qu'il y a une désaffection croissante pour la cause objective : pour quelle raison ? La cause objective n'est pas tellement maniable pour les époux. La faute peut se démontrer plus facilement. Et la comparaison des droits dogmatiques a d'autre part cet inconvénient qu'elle ne permet pas de saisir les creux : par exemple, la séparation de fait ou l'union libre, phénomènes de moeurs qui peuvent émerger...

Pour les saisir, et cela est indispensable pour donner toute sa signification au phénomène de contraste qui est le mariage, c'est à la sociologie du droit qu'il faut recourir..., elle permet de substituer à une vision statique une perspective dynamique.

On a fait cette remarque qu'il ne suffisait pas pour saisir l'exemple italien en matière de divorce de regarder les textes, voire les premières applications, mais qu'il fallait voir le mouvement : après un premier flux vers le divorce, il y a eu une chute du divorce... Mais la sociologie juridique elle-même peut-elle attendre quelque chose de cette dimension comparative ?

La sociologie comparée permet de mieux saisir dans l'étude des phénomènes le rôle des différentes variables.

Le sociologue peut ainsi étudier des droits dogmatiquement différents dans un milieu identique ou inversement; ainsi le code civil suisse a été rendu applicable en Turquie (plus généralement pour toutes les hypothèses de la réception d'un droit étranger, voir Papachristos : la réception des droits étrangers comme phénomène juridique, thèse 1973).

Inversement la Suisse et la Bavière ont 2 codes civils différents : est-ce que les phénomènes juridiques se présentent de la même manière dans les 2 pays ? Nous serons ainsi mis sur la trace de certaines variables.

W. Goode, spécialiste de la famille, a mené un parallèle entre la Chine et le Japon observés à la fin du XIXe siècle : il a essayé de tirer du système successoral des effets économiques et sociaux très différents. La Chine observant un système d'égalité entre les enfants, le Japon un droit d'ainesse, il va en résulter au Japon une accumulation du capital, tandis qu'en Chine, le système successoral va maintenir un régime économique de stagnation (la thèse de Goode est à rapprocher de celle de l'Ecole de la Play). Il en serait résulté également des différences dans la conception de l'Etat, dans le civisme comparatif.

En Chine, le régime d'égalité aurait contribué au renforcement de la famille au détriment de l'Etat. Au Japon le système successoral aurait développé un jeu de relations féodales renforçant l'Etat.

En Chine, la force de la famille aurait déterminé les phénomènes de nepotisme tandis qu'au Japon le droit d'ainesse aurait permis la sélection des talents (le chef de famille au Japon pouvait déshériter l'ainé au profit d'un jeune homme de talent).

L'intérêt mais aussi les difficultés d'une sociologie comparée sont grands.

2 - Les difficultés de la démarche :

Difficultés quant à l'analyse statistique, les bases d'établissement sont différentes : ainsi dans Population (1970), L. Roussel a étudié la divortialité en France, et procédé à une comparaison entre les taux de divortialité pour les pays les plus importants, seulement nous ne sommes pas éclairés sur la façon dont ces taux de divortialité sont établis, (la statistique des divorces peut venir des tribunaux ou de l'Etat civil).

Le remède serait l'unification des statistiques, ce dont les organisations internationales se préoccupent (ex : l'harmonisation des statistiques criminelles).

Difficultés quant à l'enquête menée sur le terrain :

Il faudrait pouvoir mener une comparaison sur les enquêtes : on a tout d'abord, contre la comparaison des enquêtes, une objection, une impossibilité de principe qui tiendrait à la conception moderne : l'enquêteur devrait s'analgémiser, au minimum, se faire adopter. Le sociologue enquêteur devrait participer, parfois même sympathiser avec le milieu enquêté.

N'y a t il pas là une impossibilité à ce qu'une enquête soit menée par un étranger ? on peut au moins retenir une difficulté, l'enquête de sociologie du droit faisant appel à tout un ensemble culturel acquis par un long processus d'éducation (on a proposé une expérience pour se rendre compte de la difficulté: analyser les études menées par des juristes ou sociologues du droit étrangers).

Il y a semblé t il une voie qui permet de contourner l'obstacle : faire mener l'enquête dans chaque pays, par des enquêteurs nationaux : mais alors se posera un problème de comparatibilité : pourra t on faire passer un même questionnaire dans différents pays ?

SECTION II - LE DROIT COMPARE COMME PHENOMENE SOCIOLOGIQUE

Au XIXe siècle, le droit comparé fait irruption dans les préoccupations des juristes : c'est la montée d'une nouvelle discipline. Quant à l'autorité attribuée au droit comparé, Edouard Lambert faisait au juge un devoir de s'inspirer, en cas de difficulté d'interprétation; du droit commun législatif (consensus des nations appartenant à la même culture).

D'autres comparatistes se contentent d'attribuer au droit comparé une autorité morale scientifique; au début du siècle, il y a eu la fascination du BGB germanique et du C. Civil suisse, plus tardivement on s'est intéressé au droit anglais, les droits socialistes ont eu également une audience.

Seulement cette autorité que nous décelons comme un phénomène de la classe juridique n'est concevable que si elle trouve un soubassement populaire.

Retenons 2 ordres de phénomène :

- I : les attitudes envers le droit étranger,
- II : le phénomène du législateur étranger.

I - Les attitudes envers le droit étranger :

Il y a des attitudes de réjet et à l'inverse d'ouverture; de disponibilité. Ces attitudes sont liées à des attitudes plus générales. On étudie l'ethnocentrisme (la fermeture, le nationalisme) et son antithèse, la xénophilie (le besoin de communication...)

Le besoin de communication est une attitude assez courante, citons un passage de Pierre de l'Estoile du 15 juin 1610 : sur la torture à appliquer à Ravallac, un certain nombre de magistrat proposent de recourir à des techniques étrangères et citent en exemple la "baratte de Genève", les plus anciens et par conséquent les plus sages approuverent la suggestion : mais certains soulignèrent que c'était des choses dont on était suffisamment garni chez nous..."

Cette dualité, ce balancement entre l'ethnocentrisme et la xénophilie paraît être un phénomène qui a ses sources assez haut dans le passé : dans le criton les lois s'adressent ainsi à Socrate : "tu n'as jamais fait aucun voyage... Nous les lois d'Athènes t'avons toujours suffi..." on voit apparaître à l'idée qu'il vaudrait mieux ne pas connaître la loi étrangère : ainsi au livre I, par. 634 des lois de Platon.

Au livre XII des "lois" Platon précise qu'il faut réglementer les voyages : du droit comparé mais par mission, par mission de spécialistes; s'ils font trop l'éloge des lois étrangères, il faudra leur appliquer une sanction.

Ce jeu de psychologie explique l'acculturation et en même temps ses limites, les difficultés de l'acculturation (Roger Bastide : l'acculturation juridique dans "le prochain et le lointain" 1970).

II - Le phénomène du législateur étranger :

L'appel à un législateur étranger est un phénomène que l'on retrouve avec des colorations différentes dans la série sociologique.

Le phénomène a des aspects rationnels et des aspects mystiques.

A - Les aspects rationnels du phénomène :

Boissonnade a contribué à l'élaboration du code civil japonais, Josserand, a mis la main au code des obligations du Liban et de la Syrie.

Locke avait rédigé un projet de constitution pour la Caroline, MacKaulay avait été appelé aux Indes pour élaborer un code pénal.

On peut s'interroger sur la signification du phénomène. Il y a un phénomène de colonisation sous-jacent : la colonie fait appel à un juriste du pays colonisateur; à notre époque des phénomènes de néo-colonialisme pourraient expliquer certains phénomènes...

Il y aurait aussi des phénomènes de division internationale du travail : la matière grise juridique est une matière exportable.

B - L'aspect mystique : il y a eu un mythe du législateur étranger : le législateur qui vient de loin et enveloppé d'une sorte de halo mystique : le mystérieux c'est le divin.

Dans l'Ancien Testament (Genèse) Joseph a soumis les égyptiens à un nouveau système fiscal; dans la Grèce archaïque, on trouve des légendes comparables (Aristote a recueilli quelques unes de ces légendes).

En droit romain, dans la légende des douze tables (Digeste, Livres I, titre I, Loi 2, par.4) on trouve la mention d'un émigré grec Hermodore, qui fut consulté sur l'élaboration; il y a Numa qu'on alla chercher à l'étranger...

Le phénomène a sommeillé pendant quelques siècles, pour refaire surface au siècle des lumières : avec Diderot, Kant, et surtout J.J. Rousseau : pour ce dernier, le rédacteur ne doit pas se confondre avec le pouvoir souverain : celui qui rédige les lois ne doit pas avoir de pouvoir : pour ce faire, le mieux est peut-être qu'il soit un étranger (et Rousseau avait la plus vive admiration pour Numa) Rousseau fut chargé de rédiger des lois pour la Pologne et pour la Corse (de 1762 à 1769) : ce que l'on retiendra de son expérience de législateur est qu'il l'a conçue de façon sociologique; il envoya un questionnaire très détaillé à ses correspondants en Corse, questionnaire ethnologique avant la lettre. Mais il se refusa à aller en Corse... Ne devait-il pas maintenir la distance géographique, garantie de la distance psychologique, sans laquelle le législateur perdrait son usage de mystère ?

Le législateur étranger mystérieux aujourd'hui, c'est bien souvent le droit comparé, ce que le gouvernement n'obtiendrait pas directement de ses "usagers", le législateur l'octroie "triangulairement" en soulignant que c'est la solution soviétique, suédoise, et la solution d'ailleurs...

PARTIE SPECIALE

Dans la partie spéciale, nous nous demanderons si les attitudes du droit reflètent cette opposition entre les affaires et le sentiment que nous suggère l'observation la plus immédiate.

Nous faisons dogmatiquement une coupure entre le droit patrimonial et le droit extra patrimonial : il y a une justification chez les marxistes. Le droit de la famille ne serait pas authentiquement du droit, il n'y a de véritable droit que patrimonial, ce qui met une cloison étanche entre les affaires et les sentiments.

La coupure proposée pourrait avoir une autre signification : elle définirait 2 types de juristes : pour une certaine catégorie de magistrats, les magistrats spécialisés dans le contentieux de la famille, il serait nécessaire de posséder une formation psycho sociologique. Pour les autres magistrats une formation économique, comptable.

L'opposition présentée va servir à constituer le plan de cette partie spéciale :

Chapitre I : les affaires

Chapitre II : les sentiments

Chapitre III : les affaires et les sentiments (la synthèse).

CHAPITRE I - LES AFFAIRES

L'étymologie est suggestive : le mot latin le négotium c'est le "Nec otium") l'absence de loisirs, de calme, de bonheur. Le terme est en antinomie avec ce que les sentiments évoqueraient pour nous.

Il y a une vie des affaires (1), un échec des affaires (2).

I - La vie des affaires :

Nous retiendrons 3 éléments : le contrat, le marché, le crédit. A travers ces 3 éléments nous essaierons de retrouver ce qu'il y a de plus dépersonnalisé, "objectivé", par conséquent de plus éloigné des sentiments. C'est l'objectivation des mécanismes juridiques et les limites à cette objectivation qui servira de fil conducteur.

1) - Le contrat :

Nous ne retiendrons du mécanisme contractuel que le moment de formation de contrat pour rechercher si et à quel moment il y a objectivation du contrat.

En droit civil classique, le contrat est présenté comme un phénomène subjectif, or l'hypothèse que nous suivons ici c'est que dans les systèmes modernes, l'aspect subjectif est plutôt en régression. Voyons les formes de l'objectivation :

Première forme : il s'agit de la socialisation du contrat, titre d'une thèse de Sorbonne (Daguilhien 1945).

Ceux qui parlent de la socialisation font état du rôle diminué de l'autonomie de la volonté, corrélativement du rôle accru de la société, dans la formation même du contrat : la montée de l'ordre public, les nouvelles techniques monétaires (qui font que l'Etat s'introduit en tiers par le jeu de l'action sur la monnaie) le formalisme (bureaucratique, conformément à la loi de M. Weber), tout ceci se résume dans un recul de l'individualisme contractuel. L'observation est devenue banale, et nous n'insisterons pas sur cette première forme.

Deuxième forme : la familialisation du contrat : les contrats sont collectifs dans leur formation, conclus par ce petit groupe qu'est le ménage, la famille, il y a un certain recul de l'individualisme contractuel. L'individu contracte pour le compte du groupe.

Ici, il s'agit de mesurer la part de la famille dans la décision du contrat. Les sociologues des études de marché reconnaissent que la famille conjugale joue un très grand rôle dans la conclusion de certains contrats.

L'influence se fait sentir par des canaux variables : conseils spontanés ou sollicités, cause du contrat (les motivations familiales).

Nous avons une notion évocatrice : celle de consommation des ménages, la décision familiale est à la racine du contrat passé pour la consommation familiale.

Mlle DELPHI ("au même pain et pot" cahiers internationaux de sociologie 1974) reprend cette idée de l'unité du ménage : elle constate que dans beaucoup de statistiques familiales nous faisons apparaître la notion d'unité familiale de consommation. Mais sous cette unité apparente se cachent des inégalités de consommation : à l'intérieur de la famille, c'est le mâle adulte qui prend les meilleurs morceaux... Cet article ne touche qu'à la répartition. ("le pouvoir des clefs", de la femme mariée laissait supposer que la femme était la grande distributrice).

Les sociologues de la publicité insistent beaucoup sur ces phénomènes psychologiques de la familialisation du contrat, notamment sur le rôle que les enfants peuvent jouer dans la décision contractuelle, rôle de conseiller secret (qui n'est pas sans limites...)

On peut retenir de cet ensemble de phénomènes, les uns traditionnels, les autres modernes, développés par la publicité, une objectivation du contrat.

Il en résulterait une interrogation pour le législateur : est ce que notre théorie des vices du consentement ne devrait pas s'appliquer aux consentements de l'ensemble de l'entourage familial ?

3e forme de ce phénomène : la dépersonnalisation du contrat. Il est évident que cette dépersonnalisation ne peut pas être juridique, il y a bien des personnes, mais psycho sociologiquement, il y a un effacement de la personnalité, voici des faits que nous pouvons citer en témoignage :

1) - L'intervention des personnes morales dans la conclusion des contrats .
ici se vérifie la loi de bureaucratisation du droit dans les sociétés industrielles :

Ici encore nous constatons l'inadaptation de notre théorie des vices du consentement.

Il y a une limite à l'objectivation : comment le contrat passé avec une personne morale est-il perçu par la personne physique ? Est-ce que le co-contractant voit cette entité juridique qu'est la personne morale?

En matière d'assurances, voit-il la compagnie, ou l'agent d'assurances ?

Il y a en droit pénal des affaires tout un contentieux né de cette confusion : il y a un glissement continu de l'homme en chair et en os vers l'entité et réciproquement...)

Un deuxième exemple sera trouvé dans les contrats de masse. Les juristes contemporains rêvent comme un phénomène de notre temps le développement des contrats d'adhésion.

Par la force des choses, l'entreprise opère sur un type de contrat uniforme, destiné à être souscrit en une multitude d'exemplaires.

Bien sûr il y a des conditions générales et particulières, mais dans bien des cas, il n'y a pas de possibilité de dérogation.

On a vu dans le développement de contrats de masse un mouvement irréversible : n'y a-t-il pas cependant des limites ?

La conception d'un produit moyen pour un consommateur moyen n'est-elle pas dépassée? Selon la théorie de la segmentation des marchés, même si l'adaptation est purement factice, il est bon de laisser à chaque catégorie de contractant, sinon à chaque contractant, l'impression qu'elle est une catégorie à part.

Le problème s'est retrouvé sous une forme concrète à travers le débat entre les grandes surfaces et le petit commerce : contre la grande surface on a fait valoir le caractère désincarné des relations contractuelles mais la question est discutée (voilà dans le dossier une étude de Gabriel Le Blanc : "Psycho sociologie de la vente" qui contient beaucoup d'observations intéressantes : l'auteur s'élève contre l'idée trop courante qu'il y a une dépersonnalisation dans les grands magasins.

3e exemple : la réification du contrat : le contrat est passé avec une chose.

Nous en avons plusieurs sortes : bien sûr dogmatiquement, il y a toujours une personne, mais psychologiquement, dans le fond de la psyché, c'est avec une chose que l'on contracte : l'appareil à sous dans le contrat de jeu, le distributeur de tickets dans le contrat de transport.....

La défaillance éventuelle va maintenir un aspect humain, l'inexécution révèle le contractant, c'est la pathologie du droit qui révèle le droit.

De même dans les magasins de libre service, il y a un temps d'illusion où on semble avoir contracté avec la marchandise.

Lorsqu'il s'agit d'un produit de marque, on a contracté avec la marque, plutôt qu'avec celui qui est humainement présent.

On contracte avec un lieu (on entre dans un hôtel, un grand magasin).

Il y a un type de contrat intermédiaire; le contrat passé avec un chauffeur de taxi : il y a une réification du chauffeur de taxi : il n'a pas de clientèle à visée, dans sa relation contractuelle avec celui qu'il a chargé, il est là "comme s'il n'était pas là".

(Cf. Fred. DAVIS : "le conducteur de taxi et son client", American Journal of Sociology 1953,60, vol.65, p.158. pour son enquête l'auteur a travaillé 6 mois comme chauffeur de taxi à Chicago).

2 - LE MARCHÉ collectivise le contrat

Du même coup nous pouvons former la conjecture qu'il le dépersonnalise. Nous sommes en présence d'une collectivité de marchandises achetées et vendues.

Le marché appartient au langage usuel et au langage économique. Dans le langage usuel c'est le lieu où se rencontrent acheteurs et vendeurs. Mais au sens de la science économique, c'est un espace économique défini par l'ensemble des demandes, ou offres qui concernent un bien ou un service.

Je retiendrai tour à tour les 2 aspects du marché :

A - Le marché au sens usuel (géographiquement isolé)

C'est un isolat, le marché n'est pas la foire. Il a une périodicité plus grande et plus intense et il rassemble des marchands et des non marchands. Le marché ainsi entendu est un phénomène assez archaïque, assez répandu.

Il retient l'attention de la sociologie juridique en raison de son ambivalence : dans le marché nous pouvons voir en effet un instrument de contrôle social et un instrument de communication.

Les contrats vont se concentrer en un seul lieu surveillé par l'autorité publique, si bien que le marché réalise une socialisation du contrat, de l'emptio venditio : acte d'acheter, vendre. Cet acte cesse d'être une relation purement interpersonnelle pour devenir un contrat contrôlé par la société.

Le marché est un lieu public où tous vont avoir accès, ce qui peut créer un élément de contrôle mutuel, de contrôle social. Les annonces publiques, les piloris vont se faire au marché ...

Il y a eu dans tous les systèmes juridiques une police des marchés (songeons par exemple à l'importance de la police des Curules à Rome dans la garantie des vices cachés).

Par là existaient déjà au XIXe siècle, des restrictions à la liberté de la volonté, or l'évacuation de cet aspect de contrat, par les civilistes a fait qu'ils ont exagéré l'importance du dogme de l'autonomie de la volonté.

La taxation des prix et denrées a été régulière au XIXe siècle. De même, notre législation sur les fraudes ^{n'a} pas subi un coup en 1905 : il y avait un précédent dans la police des marchés et aussi dans celle des poids et mesures, les pas dans le dirigisme appliqué au contrat de vente (d'autant que dans les sociétés primitives, il n'y a pas de variations de prix : le prix a une sorte de caractère sacré, mais on donne plus ou moins de marchandises suivant les fluctuations du marché pour le même prix)

A l'inverse le marché est un instrument de communication, c'est au marché qu'on apprend les nouvelles, noue les contacts avec son prochain. Mode de propagation des nouveautés, il brasse le village, les familles.

Du même coup c'est un lieu de liberté, ce n'est plus le contrôle de la société; c'est une sorte d'affranchissement : sur le terrain de la sociologie de la famille, la femme conquiert loin des hommes, retenus aux champs, une liberté temporaire : soit vendeuse, soit acheteuse, ^{elle} est libre. Notre mandat domestique trouvait dans le marché une application particulière.

Il est notoire que dans les régions de socialisation de la propriété agricole, les marchés sont restés des lieux de liberté particulière (étude de KERBLAY : les marchés paysans en URSS 1968);

B - Le marché au sens économique :

Le marché au sens d'espace économique intéresse la sociologie ^{juridique} ~~juridique~~ de recherches, il pourrait être aussi un instrument de recherches.

Comme objet de recherches : l'offre du produit est une offre de contracter qui est adressée au public sous cette forme que nous qualifions de publicité. Il y a par conséquent une collectivisation dans l'offre de contracter, qui devait poser des problèmes en droit dogmatique. La publicité apparaît comme la forme moderne des vices du consentement, mais notre action individualiste ne répond pas à la nécessité d'une lutte contre ce vice du consentement collectif que constitue la publicité.

En regard de l'offre nous mettons la demande : les économistes parlent de besoin solvable. Il faudrait relever une dépersonnalisation dans la solvabilité. La société collectivise la solvabilité des acheteurs potentiels : l'assurance de solvabilité collectivise le contrat. Enfin le prix : la monnaie est un mécanisme d'état qui fait apparaître la société à l'intérieur du contrat individuel; mais il y a un second intérêt dans le marché. Les mouvements du marché devraient servir d'indicateurs pour certains phénomènes du droit patrimonial.

Le marché est l'expression d'opinion ^{de} de la part des contractants : le marché ressemble à ce point de vue à une enquête d'opinion avec un avantage scientifique.

Les opinions qui s'expriment dans les sondages constituent des avis mais qui n'engagent pas, alors que dans le marché économique, il y a des opinions appuyées par des engagements, des opinions responsables. Il y a une manifestation non plus de sentiments, mais de volonté : la personnalité y est impliquée de façon profonde.

Ainsi l'analyse du marché est une analyse d'opinion responsable.

Par exemple, il existe à Paris un marché libre de l'or.

Le Napoléon fait une prime sur liégot ou la barre; cela traduit la supériorité du prix de détail sur le prix de gros : mais on peut l'imputer à un pari que les acheteurs font sur l'avenir juridique du marché lui-même : si le commerce de l'or redevenait un marché clandestin, il serait plus facile de liquider des napoléons... Les acheteurs qui paient un supplément de prix font un pari sur l'avenir du marché de l'or.....

Voilà une opinion sur l'avenir d'une institution juridique relevant du droit commercial.

3 - LE CREDIT

La notion de crédit évoque celle de terme ^{un} qui est phénomène juridique.

Le crédit c'est la confiance faite au débiteur sous la forme d'un terme : il s'agit d'une créance de somme d'argent affecté d'un terme. Autour de ce phénomène, nous allons constater un certain nombre de phénomènes d'objectivation.

La créance ou la dette disait-on au XIXe siècle s'objectivent tout comme le patrimoine : GARY émet en effet l'hypothèse qu'une théorie objective du patrimoine serait mieux fondée que la théorie classique d'Aubry et Rau : le patrimoine est une masse de biens et non pas l'expression de la personnalité. Du même coup on considère la créance comme un jus ad rem, un assignat sur certains biens à extraire du patrimoine (ceci entraînait dans la pratique du crédit une supériorité reconnue aux suretés réelles sur les suretés personnelles, teintées d'archaïsme, et à plus forte raison sur le crédit chirographaire).

Mais depuis lors un retour de faveur s'est produit pour les suretés personnelles (engouement de notre époque pour le cautionnement solidaire).

Une seconde signification de l'objectivation c'est la socialisation du crédit.

On peut entendre d'abord par là le contrôle du crédit par l'Etat, ^{d'un droit économique} cela relève d'un droit public, mais on peut entendre par socialisation quelque chose de plus général : c'est la présence de la société toute entière dans le rapport de crédit : le rapport de crédit est en réalité triangulaire : le risque d'insolvabilité existe bien toujours, c'était au siècle dernier le seul risque en période de stabilité. Aujourd'hui le risque d'insolvabilité a perdu une grande partie de sa signification : l'argent est ce qui manque le moins au débiteur. Le problème de la dépréciation monétaire est passé au premier plan.

Le créancier fait crédit au souverain monétaire et à son débiteur... Faire crédit c'est faire crédit à l'Etat.

Une 3e signification de l'objectivation : c'est l'effacement de la personne dans la formation du contrat : le crédit consenti par des personnes physiques tend à devenir rare, les organismes de crédit jouant un rôle croissant dans la distribution du crédit : ce sont des personnes morales qui ne peuvent être siège de sentiments...

Le mouvement de dépersonnalisation avait commencé lorsqu'on créa le crédit foncier de France (1852).

Le Crédit Foncier a obtenu que ses propres instruments de crédit soient reconnus par le législateur, depuis lors le mouvement s'est accentué, l'aspect personnel du crédit a tendu à s'estomper.

SECTION II - L'ECHEC DES AFFAIRES

Le droit français connaît des catégories : pour un non commerçant on parle de déconfiture (qui n'est pas une institution bien définie), la faillite des commerçants est devenue depuis une loi du 13 juillet 1967 : la liquidation des biens.

Nous avons des statistiques de la faillite

1840 = 2.600 faillites

1931 = 10.000 faillites

Mais le nombre de commerçants avait beaucoup crû...

Dans la compte de la justice civile 1970 :

4.271 réglemets judiciaires

6.665 liquidations des biens(ex faillites)

855 conversions de réglemets judiciaires en liquidations des biens

Mais ici la faillite du petit commerçant est confondu avec celle de la grosse société.

D'autre part les saisies, expulsions de locataires devraient être ajoutées : ce sont des échecs patrimoniaux.

Distinguons les causalités et les effets.

1)- Les causalités du phénomène :

La recherche des causalités a un intérêt pratique en même temps que scientifique : en découvrant les causalités on peut espérer agir sur les causes.

Si pour les économistes, la faillite permet d'éliminer des entreprises devenues malsaines... les spécialistes des affaires sociales, eux considèrent qu'il y a trop de faillites.....

A l'exposé classique : dans cette recherche des causalités il y a un exposé courant : c'est une recherche de 1931 résumée dans l'anthologie de J.R. SIMON (The sociology of law, p.94 et s.).

Il s'agit d'une enquête auprès d'un échantillon de faillis, la questionnaire va s'efforcer de débusquer les causalités :

Elles sont de deux ordres : il y a des facteurs économiques et des facteurs personnels.

Facteurs économiques : les faillites sont dans un rapport avec les cycles économiques ; lorsqu'il y a récession, le nombre des faillites augmente.

Se mêlant aux facteurs économiques, nous trouvons des facteurs personnels. L'entratien avec les faillis pourra les faire apparaître : les qualités intellectuelles, de caractère interviennent bien sûr, ce qui est intéressant, ce sont les signes retenus comme indicateurs :

"Avez vous contracté une assurance sur la vie"...
 (l'hypothèse est que le fait de s'assurer traduit une prudence qu'il faudra mettre en relation avec les mauvais résultats.

"Quels établissements d'éducation avez-vous fréquenté".

"Tenez vous des comptes" etc...

Voilà comment on peut concevoir un modèle psycho sociologique sur les facteurs de l'échec.

Mais nous devons essayer d'apporter un perfectionnement à ce modèle.

Le perfectionnement du modèle :

L'objection que l'on peut faire à ce modèle c'est qu'il ne suppose pas dans la faillite un phénomène vraiment juridique. Or le mécanisme de la faillite fait intervenir des variables juridiques : elle met en présence le débiteur, les créanciers dont certains se détacheront pour demander la déclaration de faillite, et enfin l'autorité publique incarnée dans le tribunal de commerce et dans un 2e temps dans le gouvernement.

Reprenons les différentes pièces de cette combinaison :

Le débiteur peut prendre l'initiative de la faillite, il dépose son bilan : ce dépôt de bilan est un acte facultatif, mais qui joue un rôle qui est à lui seul un phénomène de psycho sociologie juridique.

Le dépôt de bilan c'est un aveu d'échec

En 1845, 59 % des faillites étaient déclarées sur dépôt de bilan seulement
 En 1961 +62 : 35 %

En face, il faut mettre les réformes législatives : en 1845, l'initiative du débiteur était stimulée par le fait qu'il se mettait ainsi à l'abri de la contrainte par corps.

Cette dernière était un moyen de pression, le postulat étant que le débiteur devait avoir des ressources cachées ou une famille, des amis... c'était un appel à la solidarité familiale...)

Mais la contrainte par corps fut supprimée en matière civile, au moins, en 1867 et alors se produisit une chute vertigineuse des dépôts de bilan.

1881 : 36 % seulement des faillites déclarées sur dépôt de bilan

1890 : 28 % - - - - -

mais en 1880, notre législateur par pitié pour les commerçants malchanceux introduit une procédure adoucie: la liquidation judiciaire qui est devenu le règlement judiciaire. Elle fut réservée aux débiteurs qui déposeraient le bilan. D'où une remontée

En 1901, 47 % de faillites étaient ouvertes par dépôt de bilan. Mais de nouveau le dépôt de bilan devient un phénomène minoritaire : il y a un aspect psychologique.

Le débiteur espère toujours un rétablissement de situation, la croyance au miracle individuel a aujourd'hui fait place au miracle collectif (l'inflation).

En effet dans un climat d'inflation, les commerçants sont encouragés à remettre au lendemain le dépôt de bilan, à la procrastination.

Ajoutez à cela^{que} la faillite d'une entreprise importante intéresse la collectivité entière : si bien que le débiteur se sent encouragé par la pression du public à maintenir son entreprise, à ne pas déposer son bilan. C'est un frein d'autant plus efficace au dépôt du bilan qu'il se colore de sentiments sociaux.

Plaçons nous maintenant du côté des créanciers, aujourd'hui les créanciers sont hésitants : un rapport de l'inspection des finances le note.

Certes 55 % des faillites sont demandées par des créanciers, mais elles sont demandées tardivement et aux dires des inspecteurs des Finances, trop tard.

Pourquoi hésitent-ils ? Cette tardiveté vient d'abord de motifs humanitaires, tout le monde est aujourd'hui sensible même les créanciers commerciaux ; pourquoi cette humanité ? Le rapport de l'inspection des finances : si les affaires vont, on est facilement généreux, si les affaires ne vont pas un autre sentiment prend le relais : une sorte de solidarité diffuse avec le débiteur commercial : on se ligue non pas contre le débiteur, mais contre l'institution de la faillite

Mais il n'y a pas que les sentiments : notre époque affectionne les privilèges (on les appelle priorités) et la liste des créanciers privilégiés s'est allongée.

Ainsi l'Etat, sous sa face fiscale, et parafiscale (Sécurité sociale) est privilégié, il en résulte une tendance à dormir sur les 2 oreilles.

Et d'autres créanciers qui ne sont pas privilégiés, redoutent tellement la faillite avec ses lenteurs, la loi du dividende, qu'ils essaient de maintenir leur débiteur à la surface quelque temps, même en continuant à contracter quelques temps avec lui, chaque contrat apportant un bénéfice.

Le 3e acteur : c'est le tribunal de commerce : il déclare la faillite lorsqu'il est saisi, mais il peut se saisir d'office...

En 1961-62, 10 % des faillites ont été déclarées d'office par le tribunal de commerce. On peut trouver que c'est déjà beaucoup.

Mais les inspecteurs des finances pensent que c'est^{peu} les tribunaux de commerce manifestant par là une certaine répugnance pour la faillite.

Les juges des tribunaux de commerce sont des commerçants : ils se sentent solidaires (ils pourraient se sentir concurrents)

Enfin il y a le dernier acteur qui est le gouvernement (le préfet sur place, en haut les ministres).

Ils poussent aux attermolements (d'autant que les intérêts de l'état sont préoccupés par les privilèges). : il faut avant tout éviter de créer du

chocage. Ici nous voyons se dessiner le phénomène capital : le rapport d'obligation est devenu triangulaire, il ne met plus face à face : créanciers et débiteurs. Intervient un tiers, l'état, la société, ce qui met une note d'arbitrage.

Ici on note encore une dépersonnalisation.

2 - Les effets du phénomène :

La faillite va aboutir assez souvent à ce que le créancier ne sera pas payé.

Cet effet ne nous intéresse pas; ce que nous examinons ici, ce sont les effets de la déclaration de faillite : les effets en particulier sur le débiteur .

Dans les recherches qui ont été assez fréquentes au lendemain de la grande dépression de 1929, on relève que l'échec n'atteint pas seulement celui qui en a la responsabilité, mais la famille dans son ensemble, l'échec crée un risque de désagrégation familiale, la perte de prestige du chef de famille va entraîner une certaine dislocation.

Dans un certain nombre de divorces, on retrouverait l'échec patrimonial.

Il y aurait une étude à faire sur la séparation de biens en tant que phénomène d'échec patrimonial... Il y a eu 2 grandes catégories de séparations de biens (1) la femme est complice du mari à l'encontre de créanciers du mari. : la femme agissant comme recelaise sous le couvert de la séparation de biens, (2) mais il y a encore la séparation de biens qui dresse la femme contre le mari.

Une recherche menée sur les effets de l'échec patrimonial nous conduirait dans la littérature : on cite Balzac (César Birotteau 1837....)

Citons également le roman d'Henri Raczymov : la saisie 1973. Roman qui rend assez bien compte du sentiment d'angoisse que l'attente de la saisie peut créer, puis la sensation de vide que le débiteur peut éprouver après le passage de l'huisier..... ("ils ont tout effacé"... "c'est liquidé").

La saisie est hypostasiée comme un monstre... Effets sur le débiteur, sa famille effets aussi sur les ayants cause du débiteur : la faillite va les mettre en situation de conflit : la masse des créanciers est une personne morale et néanmoins, ce sont des ennemis.....

Il y aurait une typologie des créanciers à établir : au delà de la déclaration de faillite, certains créanciers continuent à maintenir une confiance aveugle à leur débiteur.

Mais les ayants cause, aujourd'hui, c'est encore le personnel de l'entreprise (c'est l'affaire Lip qu'il faudrait verser au dossier...)

LES SENTIMENTS

Il s'agit de la sensibilité par antithèse de la raison. Il est utile de procéder à une présentation générale de ce qu'est le sentiment.

Puis nous étudierons 2 variétés particulières de sentiment (eros et thanatos : c'est à dire l'amour et la mort (sections II et III.

SECTION I: LE SENTIMENT EN TANT QUE PHENOMENE DE PSYCHOLOGIE JURIDIQUE

Dans une classification des sciences, il est logique qu'existe une psychologie du droit. La psychologie juridique est plus récente que la sociologie juridique. Il n'est peut être pas sans intérêt de présenter les phénomènes de psychologie juridique en général (Par.I) avant d'étudier les sentiments comme phénomènes de psychologie juridique (II).

I - Les phénomènes de psychologie juridique en général

La notion générale n'est pas sans réceler quelques difficultés : il doit s'agir de phénomènes de psychologie auxquels le droit attache des effets juridiques. L'acte juridique est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, mais une manifestation de volonté est un phénomène de psychologie. Le rapport d'expert est une opération intellectuelle : de ce phénomène psychologique des effets de droit vont découler.

Dans l'analyse de la possession, on distingue le corpus et l'animus : mais l'animus est un état d'âme, une volonté, un état de conscience d'où des effets de droit vont découler. Dans le contrat de société il faut l'affection sociétatis : voilà un élément qui n'est plus tout à fait la volonté, qui évoque quelque chose de plus sentimental.

Mais le phénomène de psychologie juridique est il un phénomène de psychologie individuelle ou sociale ? Il y a difficulté : parce que la psychologie sociale s'est constituée en discipline distincte, on peut se demander, si dès lors que ces phénomènes sont des phénomènes de psychologie juridique la société n'est pas nécessairement présente dans ces phénomènes : est ce que, dès que le droit est présent, la société peut être absente ?

Raisonnons sur le testament : il semble que le testateur soit seul, et pourtant ce solitaire en appelle nécessairement à la société : il compte sur la société pour faire respecter sa volonté et dès lors ce phénomène de psychologie semble être un phénomène de psychologie sociale. La psychologie juridique, en d'autres termes, ne serait jamais une psychologie pure.

Ayant admis l'existence d'une telle psychologie, examinons l'existence des sentiments comme phénomènes de psychologie juridique.

II - Les sentiments comme phénomènes de psychologie juridique

Les auteurs se sont tournés vers la sensibilité, la vie affective :

CARDAHI 1951, sentiment et droit : nos sentiments et nos passions devant la justice et la loi.

GERARD CORNU : du sentiment en droit civil - annales de la Faculté de Droit de Liège 1964, p.184-et suivantes

F. MECHRI : la signification juridique du sentiment d'affection dans le droit des rapports familiaux.

Les auteurs ont inévitablement opéré par recensement, à l'intérieur du droit, des points d'émergence de la notion juridique considérée.

Il y a toutefois une question plus fondamentale : à supposer qu'il existe des manifestations de sentiment auxquelles le droit positif attache des effets, doivent-elles être soumises aux même régime juridique que les manifestations de volonté ?

Ainsi, le régime des vices du consentement a été conçu pour les manifestations de volonté, convient-il de transposer ce régime aux manifestations de sentiments ? Question qui intéresse les juristes dogmatiques. Nous étudierons l'irruption des sentiments dans le droit (A), puis l'attitude du droit envers les sentiments (B).

A - L'irruption des sentiments dans le droit :

Il s'agit de faire un inventaire, qui ne sera pas exhaustif, nous pouvons opposer les phénomènes génériques et les phénomènes spécifiques : opposer le sentiment juridique (le sentiment du droit) et les sentiments juridiques.

Le sentiment du droit a retenu à notre époque, l'attention des philosophes. C'est peut être chez les auteurs socialistes que l'on trouve les analyses les plus détaillées sur ce que pourrait être le sentiment du droit.

(K.KULCSAR : rapport dans l'année sociologique 1967, p.429 et s. "La connaissance du droit en Hongrie", et SZADO : les fondements de la théorie du droit 1973. IIIe partie consacrée à la conscience juridique). Il y a lieu de distinguer 3 catégories :

- la connaissance du droit, des milliers de ^{concrètes} normes est un phénomène de psychologie juridique.

La conscience du droit : ce n'est pas un phénomène de droit naturel : c'est une conscience du droit positif : ce n'est pas la conscience d'un droit qui serait extérieur, supérieur au droit positif : c'est une conscience générale, globale qui retient l'esprit général du droit positif, sans entrer dans une connaissance détaillée, des des mille et une normes juridiques.

Le sentiment du droit, enfin est une conscience instinctive et émotionnelle. Ce sentiment du droit serait une sorte d'instinct humain de base (voir l'ouvrage d'Ehrenzweig - 1971 - théorie psychanalytique du droit).

CAHN auteur américain, a étudié le sens de l'injustice ("the sense of injustice" 1949, réédité 1964).

C'est ce sentiment de révolte qui lui avait paru le plus significatif, phénomène peut être plus palpable que le sens positif de la justice.

En face de ce phénomène générique, plaçons les phénomènes concrets : spécifiques, on pourrait faire un partage en portant un jugement de valeur.

L'article 2.232 nous parle des actes de simple tolérance, de patience entre voisins, ce sont de bons sentiments que le code civil encourage.

A l'opposé la colère est un mauvais sentiment, aussi nos tribunaux annulent le testament fait dans un sentiment de colère ou de haine; les tribunaux re trouvent ainsi l'action ab irato de l'ancien régime.

On peut aussi distinguer règle de fond et règle de preuve.

Règle de fond : l'affectio societatis, l'animus donandi (l'intention libérale ce n'est pas seulement de la volonté...) la réconciliation comme fin de non recevoir à l'action en divorce : il y a toute une jurisprudence sur la notion de réconciliation. LABBE avait consacré une note (S. 1885 IIe partie, p.49) à l'analyse psychologique de la réconciliation, il en parle comme d'un "état des âmes et des volontés". Mais le sentiment peut avoir cette vertu juridique de trahir l'individu, ce qui explique que l'on trouve des modes de preuve dans lesquels le sentiment intervient : la notion casuistique que notre jurisprudence a élaborée sous l'article 340 : l'aveu n'est pas simplement une manifestation de volonté, c'est un sentiment qui a trahi le père.....

Dans le tractatus, élément de la possession d'état, apparaissent des éléments affectifs : ce n'est pas seulement un traitement matériel : il faut se préoccuper des sentiments qui ont animé l'individu en cause.

3 - L'attitude du droit envers les sentiments

Notre droit est libéral, individualiste, et du même coup volontariste. Cette attitude semble lui interdire de reconnaître, trop franchement un rôle juridique au sentiment; mais il existe aussi des raisons pratiques pour être réservé à l'égard des sentiments : la difficulté de preuve, le respect de la sphère d'intimité de l'individu.

L'attitude du droit envers les sentiments est une attitude de refoulement d'évacuation. Aristote parlait de la (philia) monde de relations qui n'est pas régi par le droit mais par l'amitié, et c'est dans cette région du non juridique que le sentiment bien souvent est refoulé.

Certes : le juge des tutelles peut pour constituer le conseil de famille faire appel aux amis (art. 409.C.Civ) mais cela est exceptionnel : l'amitié chesse le droit : DOMAT a consacré un chapitre à la nature des amitiés et il remarque que l'amitié n'est pas régie par les lois civiles. Citons un exemple jurisprudentiel : un propriétaire avait donné congé à son locataire en intentant contre lui une action en déchéance pour sous location irrégulière : Mais y avait il en l'espèce sous location ou convention d'hébergement ?

La cour de cassation (sect. soc. 8 juillet 1965, Revue des Loyers 1966, p.21) relève que les 2 contractants étaient des amis : l'amitié fait présumer l'hébergement plutôt que la sous location. Le droit dans une première attitude essaie de se débarrasser du sentiment. Mais quand il ne peut se débarrasser du sentiment, il tend à ramener le sentiment au modèle volontariste qui est

le plus usuel) : par exemple le consentement contractuel est traité comme une manifestation de volonté et très logiquement la jurisprudence décide que cette volonté doit se retrouver sur chacune des clauses du contrat. Le contrat ne doit pas être analysé en termes de fidélité globale, mais en termes de volonté ponctuelle.

Dans les contrats de bienfaisance (le dépôt, commodat, mandat) nous avons à l'origine des services d'amis, or il semble que la jurisprudence ait toujours tendu à ramener le régime des manifestations de sentiment aux régimes classiques des manifestations de volonté.

SECTION II - L'AMOUR

C'est l'affection, l'attachement, l'amitié, la tendresse, le penchant dicté par les lois^{de} la nature, enfin le sentiment passionné pour la personne de l'autre sexe : c'est cette relation psychologique d'un sexe par l'autre que nous allons retenir : c'est l'Eros, sentiment dont le droit a à s'occuper, encore qu'il est difficile de le saisir.

Il serait aventureux de penser que l'émergence juridique de ce sentiment va se rencontrer dans le mariage : le mariage n'est pas une institutionnalisation juridique de l'amour, et l'amour peut se rencontrer dans le mariage et hors du mariage.

Nous aurons donc à nous préoccuper de la place juridique de l'amour dans le mariage (II- et hors du mariage (III).

Auparavant nous soulignerons les difficultés de la recherche (I)/

I - Difficultés de la recherche

Les difficultés tiennent à l'abondance des matières et à l'imprécision de la notion.

Abondance des matières : à nous en tenir aux sciences, la bibliographie est immense : nous rencontrons des œuvres qui appartiennent à l'histoire, à la philosophie et même à la philosophie historique : Denis de Rougemont (l'amour et l'occident) tenait que l'amour est une création de l'occident : c'est au Moyen Age seulement que ce sentiment se serait créé, épuré.

Mais les sociologues se sont également préoccupés de l'amour. W.GOODER a publié en 1959, dans l'*American Sociological Review* (1959 vol. 24) un article intitulé "l'importance théorique de l'amour" et de fait, chez NERTON, PARSONS, LINTEN, beaucoup d'études ont été consacrées à la place de l'amour dans la problématique entre les sexes; recherches qui débouchent sur le problème du choix du conjoint : est-ce l'identité, la complémentarité qui est recherchée ? il y a là matière à recherches quantitatives qui ont eu leur heure de gloire.

En France, citons l'ouvrage d'Alain GIRARD sur le choix du conjoint, recherche parue en 1964, La psychologie, la psychanalyse, s'en est mêlée.

Bref il y a toute une série de travaux consacrés à l'amour.

Le droit dogmatique n'est pas resté étranger à ces recherches. L'amour fait irruption dans la littérature dogmatique un peu avant la 2e guerre mondiale (1937, R. SVAÏFFER : le droit, l'amour, la liberté).

Mme HOLLSTEIN BRUNSVICK : le droit et l'amour.

Mais est ce que la sociologie juridique a quelque chose à dire sur l'amour ? Dans l'analyse de ce sentiment qu'est l'amour, l'accent est mis tantôt sur l'aspect psychologique, tantôt sur l'aspect physiologique : tantôt sur l'affectivité (affectivité ? ce n'est peut être pas épuiser le contenu sociologique de l'amour, car il y a la part volonté de l'amour : désirer c'est vouloir...) tantôt sur la sexualité.

L'affectus maritalis selon le droit romain, et ce terme évoque l'affectivité, était essentiel pour définir le mariage, le distinguer d'autres unions sexuelles. Le droit canonique a peut être mis davantage l'accent sur l'aspect volontariste avec son analyse contractualiste du mariage, mais si l'aspect de contrat a été mis en évidence par le droit canonique, par d'autres côtés il a mis en avant la sexualité, la copula carnalis; le code civil n'ignorait pas cette diversité mais dans sa définition implicite du mariage, il n'a point fait état de la copula carnalis.

Il n'en a même pas fait un devoir du mariage : il n'a pas nommé l'union sexuelle comme un devoir des époux, à l'article 212. Il y a tout au plus une allusion vague à l'article 214 (la "cohabitation" est entendue comme ^{Communauté} de logement et par derrière comme l'union sexuelle).

Le Code civil a considéré comme essentiel l'aspect psychologique : l'article 146 a un relief particulier : "il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement".

On a mis cet article en rapport avec l'atmosphère de la fin du XVIIIe siècle et sa sensibilité montante : consentement a été traduit par réciprocité de l'amour : mais le consentement est la rencontre des volontés et il est probable qu'il faut entendre " lorsqu'il n'y a point de volonté", c'est dans cette optique que dans un arrêt du 2 fev. 1972 (D.1972, p.295)

La cour a décidé que la loi impose la fidélité mais non pas le sentiment entre les époux.

II - L'amour en mariage :

D'un côté l'amour est conçu en un trait de temps : c'est le coup de foudre, et le mariage c'est la durée, l'état répétitif n'y a t il pas une contradiction entre l'amour et le mariage ? On y insiste aujourd'hui en faisant état de l'allongement de la durée de la vie.

Dans ce continuum, l'amour est le mariage, il n'est pas inutile de détacher 3 temps respectifs. Il y a le commencement, le milieu qui est très long, la fin.

Premier temps : le commencement : il s'agit de la formation de ce contrat, disent les dogmatiques, que constitue le mariage : il existe une critique qui s'est beaucoup répandue dans la sociologie de la famille le mariage est une institution qui tend à reproduire la société telle qu'elle est avec les distinctions des classes, les injustices inhérentes.

Le mariage, dans la société capitaliste, ne doit donc pas faire de place à l'amour : l'amour n'est pas une condition de validité comme l'a souligné la cour de cassation.

En renfort, on invoque la théorie des vices de consentement telle qu'elle a été comprise par notre doctrine (et qui ne retient pas la dot) cette théorie prend très peu en compte les sentiments des époux : la réponse à cette attaque, c'est que ce sont des considérations réalistes qui ont conduit les droits positifs à restreindre la place du sentiment; il ne faut pas ébrander le mariage en raturant le vice de sentiment par opposition au vice de volonté: ne pas violer non plus la sphère d'intimité. Mais on ajoute que l'amour est étouffé par des considérations patrimoniales.

Ce serait le lieu de verser "le contrat de mariage" de Balzac au dossier et tout le courant de littérature qui fait état des coureurs de dot. Mais même au XIX^e siècle, il est probable que ce type de mariage, mélangé de droit patrimonial n'a concerné qu'une classe sociale, et on pourrait soutenir que l'institution d'un régime matrimonial de droit commun, que l'on qualifie de contrat de mariage tacite, avait pour objet de débarrasser l'amour des entraves que lui aurait apporté un débat d'intérêts. Mais il y a une réplique : même lorsqu'il n'y a pas de contrat de mariage, toute arrière pensée patrimoniale n'est pas absente : le mariage est imprégné de considérations patrimoniales. On fait état des stratagèmes matrimoniaux élaborés par les familles : il y a un certain nombre de recherches en cours sur ces stratégies matrimoniales (successorales) à l'arrière qui portent sur la mariage même lorsqu'il n'y a pas de contrat.

Dans les thèses qui attaquent le mariage comme entaché d'intérêts patrimoniaux, on conclut, conclusion plus ouverte chez Engels que chez K. Marx, que l'amour est ignoré, réoussé par l'institution du mariage telle que l'a conçue la classe capitaliste, sauf à admettre qu'il y a pu y avoir de belles exceptions.

Si nous essayons d'appliquer, par delà ces controverses idéologiques, une vision sociologique, que pouvons nous conclure ? Il est permis de penser que c'est par des mesures négatives que le droit s'est préoccupé de l'amour dans le mariage : c'est en essayant de protéger la liberté des époux contre des pressions extérieures que notre droit semble s'inquiéter de l'amour : il s'agit de protéger l'amour contre la pression parentale, type de conflit que l'on rencontre un peu partout. Dans notre histoire, il est notoire que le droit canonique avait plutôt pris parti en faveur de la liberté nuptiale : adopté plutôt la position des jeunes que des parents plus tard, par une réaction tant les causalités sont mal élucidées, le pouvoir royal tendit à donner plus de force à l'autorité parentale. Le mariage de raison va marquer des points dans cette période correspondant aux 3 derniers siècles de l'ancien Régime.

La position du C. Civil a été ici comme ailleurs, une position de compromis, ce compromis fut trouvé par la fixation d'une majorité matrimoniale : le droit des parents de s'opposer au mariage, ne sera pas éternel, mais la majorité matrimoniale ne coïncidera pas avec la majorité de droit commun (25 ans pour les hommes) et au delà, il y aura la formalité des "actes respectueux" ; à partir du XX^e siècle, dans la 2^e phase de la 3^e république, nous assistons à une sorte de retour vers le droit canonique, la majorité matrimoniale est ramenée à la majorité de droit commun : et l'enfant pourra même se marier avec le consentement d'un seul de ses 2 parents. (le consentement maternel malgré la volonté du père, mais il semble que de tels mariages soient rares).

Il faut distinguer la majorité dogmatique et la majorité sociologique. L'ouvrage de Gérard conclut que bien qu'en droit l'accord de la famille ne soit plus nécessaire au delà de la majorité de droit commun, il subsiste en premier une pression qui fait que la plupart des mariages sont orientés dans une direction qui peut sembler être ce qu'est l'intérêt, la tendance profonde des familles.

Mais les mesures négatives du droit positif, ce sont aussi les mesures destinées à débarrasser les mariages de l'interdit des mésalliances (c'est à dire les inégalités de rang, de race, de religion) : le Code Civil de 1804 a fait disparaître ces interdits : l'égalité des personnes qui est une des données les plus révolutionnaires du Code Civil a entraîné la disparition des interdits de mariage, mais il y a des interdits de moeurs : il faut distinguer une fois de plus le dogmatique et le sociologique, il y a des mariages homogames et des mariages hétérogames ; Mr. Alain GIRARD a dans son ouvrage précité, constaté qu'en fait dans notre société française, la plupart des mariages sont homogames (dans tous les sens du terme). Dans une enquête reproduite dans Population (numéro spécial juin 1971, tableaux 111, 112), on constate la résistance de l'opinion publique aux mariages hétérogames ; des recherches faites sur le divorce semblent démontrer que de tels mariages sont plus sensibles au divorce, plus fragiles : les mariages hétérogames seraient plus féconds en dissentiments, produisant plus de motifs de mésintelligence... Mais l'explication serait plus subtile : le mariage hétérogame a été désapprouvé par l'entourage, et du même coup lorsque des dissentiments se produisent entre époux, pour des causes extérieures à l'hétérogamie, la pression du milieu ne s'exerce pas dans le sens de la conciliation (comme à l'ordinaire) mais dans le sens de la rupture définitive : c'était le mariage qui était implicitement le désordre et le divorce est conçu comme un retour à la raison. Voyons le 2e temps : la longue durée :

Pendant le mariage qu'advient il de l'amour ?

La courbe de la divortialité serait l'envers de la courbe de l'amour... Les démographes ont réparti les divorces suivant la durée du mariage (Louis ROUSSEL "Les divorces de 1956 à 1967", rev. pop. 1970, p.283

- Moins de deux ans de mariage :	3 %
- de 2 à 4 ans	15 %
- de 5 à 9 ans	31 %
- de 10 à 14 ans :	2 %
- de 15 à 19 ans	12 %
- + de 20 ans	19 %

La durée moyenne serait de 12,1 ans.

La durée modale (catégorie de plus grande fréquence-) serait de 5 ans. Mais ce n'est pas cette donnée brute qu'il faut retenir car il faudrait défalquer la durée de la procédure de divorce (1 an en général).

On ne peut tirer de la courbe de la divortialité des conclusions, sur la courbe du sentiment : la divortialité passée un certain cap, s'abaisse, sauf à remonter pour les mariages de plus de 20 ans : phénomène qui correspond à une sorte de contrat, dont on connaît l'existence : il n'est pas rare que les époux qui sont en état de mésintelligence s'accordent pour maintenir le mariage, comme une façade, jusqu'à ce que les enfants soient élevés; il y aurait lieu de rechercher sous les causes de divorce ce que devient le sentiment sur la longue durée du mariage.

3e temps : la dissolution par la mort de l'un des époux (laissons de côté le divorce), le mariage est une union pour le meilleur et la mort.

or, le phénomène important est le testament, la donation à cause de mort en faveur de l'époux survivant, l'assurance sur la vie contractée par l'un des époux au bénéfice de l'autre, c'est une constatation usuelle que cette prérogative affectueuse du conjoint prédécédé en faveur du survivant (statistiquement la femme).

Le phénomène est-il moderne ? On peut en discuter; en faveur de cette opinion, on fait état de la montée du conjoint survivant dans la hiérarchie successorale depuis 1917. Il est probable que ce mouvement réformateur n'a pas atteint son terme : le conjugalisme de l'opinion publique apparaît dans les enquêtes : le conjoint est même mis avant les enfants.

Mais dans la sociologie du XIXe, le conjoint venait avant les collatéraux au 12e degré : d'abord par le jeu de la communauté : le système de la communauté était comme un système successoral implicite, de plus il y avait toute une pratique des libéralités.

Si on a éprouvé la nécessité de donner un rang meilleur à la femme, c'est que souvent la volonté n'avait pu s'exercer pour des raisons extrinsèques. Mais ce conjugalisme post mortem est une donnée essentielle de notre société : ainsi chez Marcelle nous trouvons des formulaires qui témoignent de cet amour survivant au mariage, qui paraît être une constante de l'union conjugale...

III - L'amour hors mariage :

Dans le langage courant il n'est pas rare que l'on parle d'amour libre : l'expression n'est pas très heureuse, elle entretient une équivoque avec l'expression d'union libre, l'union libre est synonyme de concubinage avec une coloration péjorative.

Il existe une dialectique entre l'amour et le mariage, retenons 3 situations : l'adultère, les relations pré-nuptiales, les relations sans mariage .

Quelques mots sur l'adultère : c'est un phénomène juridique de concurrence au mariage : sous l'adultère, il y a de l'amour et aussi de la jalousie; il existe des typologies de l'adultère : on discerne ainsi l'adultère sexuel et l'adultère sentimental : l'adultère sexuel est le seul qui visent nos causes péremptoires de divorce.

Mais la jurisprudence des 27 a dégagé un concept d'adultère sentimental : dans un arrêt de la chambre requêtes du 6 juin 1939 (D.1939,p.421), nous voyons des visites qu'un mari accomplissait trop fréquemment chez une voisine, retenues comme cause de divorce; selon les us, c'est l'adultère moral, qui est la cause de divorce, c'est déjà par la pensée que l'on commet l'adultère (St Mathieu, ch.5,V.28).

D'autres disent : c'est une règle de preuve utilitaire, l'adultère peut être présumé à partir d'un certain comportement qui n'est pas l'adultère.

Selon d'autres enfin, c'est l'injure elle-même qui est la cause du divorce : ces imprudences ridiculisent l'époux comme s'il y avait adultère.

Une autre distinction est faite entre l'adultère formel et l'adultère réel.

L'adultère peut se définir comme une concurrence faite au mariage : or sociologiquement l'adultère intervient souvent après une séparation de fait : c'est l'adultère sur mort mariage, par opposition à l'adultère concurrence, l'adultère sur vif mariage.

Il faudrait rechercher quelles sont les attitudes de la collectivité, les attitudes de moeurs: les moeurs continuent à faire une distinction entre le mari et la femme.

Cette sanction qu'est le ridicule, n'atteint pas la femme trompée, mais elle atteint l'homme trompé. Mais il y aurait matière à des enquêtes.

2e phénomène : Les relations pré-nuptiales : le phénomène se définit par rapport au mariage : le phénomène a été étudié à notre époque à partir des conceptions pré-nuptiales, des naissances qui se situent dans les premiers mois du mariage : il y a eu des enquêtes (pop.N° spécial juin 1971, tableau p. 109). Y a t il obligation de se marier lorsqu'un homme a rendu grosse une femme ? Cette obligation existe, obligation selon les moeurs.

Il semble que le nombre des conceptions pré-nuptiales soit en hausse.

Mais ce qu'il conviendrait de tirer au clair, c'est le part respective que jouent 2 phénomènes historiquement distincts : il y a un phénomène traditionnel qui a son siège de prédilection dans les régions rurales : il est lié à une forme traditionnelle du mariage, divisé en deux ^{temps} /Premier temps d'épreuve (de la fécondité), et le contrat : le mariage n'est achevé que par la démonstration de la fécondité de la femme. (influence du droit germanique) (et il y a le modèle libertaire.

Le mariage après conception pré-nuptiale est souvent qualifié de forcé : mais il peut l'être à l'égard des garçons mais aussi des parents : la libération envisagée sous cet angle est une libération à l'égard de la pression parentale : le conflit est un conflit entre l'amour des enfants et la volonté des parents qui trouve sa conclusion dans le mariage.

Le 3e phénomène est celui des relations sans mariage : c'est surtout lorsqu'il y a cohabitation que l'on parle de vie maritale. Nous avons une information sociologique sur ce phénomène : d'abord la recherche statistique menée à partir du recensement de 1954 (cf. l'étude de Théry R.T. 1960, p.33 et s.) le recensement de 1954 avait fait apparaître 280 000 couples non mariés, mais un certain nombre de couples non mariés, avaient certainement dissimulé leur état.

On trouvera également dans le compte de la justice civile de 1968, des tableaux relatifs à une enquête menée par l'IFOP (R.p.91,113)

SECTION III - LA MORT

C'est un évènement générateur de sentiments, la peur, l'horreur, la pitié, le respect, la douleur... beaucoup de ces sentiments ont été ritualisés par le droit : leur étude relève de la psycho-sociologie juridique.

Nous étudierons les attitudes collectives devant la mort des autres ⁽²⁾ et devant la mort de soi même (3), après avoir présenté l'actualité de la mort (1)

1 - Actualité de la mort :

Le sujet a beaucoup remué la sociologie contemporaine : la mort est même devenue une science à part, un objet de discipline : il y a des thanatologues.

La mortalité est un phénomène collectif que les démographes étudient au même titre que la nuptialité, et c'est ici qu'il faut introduire l'allongement de la vie humaine : on y voit un phénomène auquel la sociologie du droit devrait prêter un vif intérêt : l'allongement fait que le mariage n'en finit pas : l'entraîné du divorce de tendrait ainsi plus vif, de même l'allongement de la vie humaine recule l'ouverture des successions : mais l'allongement de la durée moyenne a été obtenu par l'abaissement de la mortalité des enfants du premier âge.

Et il faudrait avoir égard à cette considération que pour la population adulte, l'allongement a été surtout marqué dans les classes sociales les plus pauvres. Or ces classes n'étaient pas celles qui étaient le plus impliquées dans le phénomène successoral :

Sur la corrélation entre les phénomènes démographiques et les phénomènes juridiques, il y aurait des recherches à mener.

Sur la phénomène de la mort, nous avons des études abondantes de sociologie générale : il s'agit de rechercher la place que le phénomène de la mort tient dans la société : citons dans la lignée de la sociologie historique l'article d'Ariss (Rev de Soc. 1973, p.125 et s.) qui donne un résumé des recherches sur la place de la mort dans nos civilisations : les sociétés modernes tendent à refouler la mort hors du champ des vivants : dans notre moyen âge, le cimetière était au milieu du village, aujourd'hui nous refoulons les cimetières loin des vivants : le tabou de la mort tend à remplacer le tabou du sexe ; ceci 'est le revers de notre passion obsessionnelle de la jeunesse. Peut être y a t il des nécessités pratiques : la difficulté des soins et des mourir à domicile (l'urbanisation appelle les hôpitaux, et on meurt à l'hôpital...)

Le refoulement de la peine de mort est parfois présentée comme une manifestation de cette tendance; à l'inverse le droit dogmatique construit tout un système propre autour de la mort, on refoule la mort mais on lui reconnaît des droits : cf. Mannes "Les derniers droits" : l'auteur s'efforce de construire la mort comme un droit subjectif, ce qui nous amène au problème de l'euthanasie active et passive (droit d'exiger que l'on ne prolonge pas la vie artificiellement)

2 - La mort des autres :

La mort des autres peut évoquer des sentiments contradictoires : la *votum mortis* et le *tempus lugandi* : le droit combat la *votum mortis* (l'indignité successorale art.727 ler) dans la loi du 13 juillet 1930; nous relevons des dispositions préventives du *votum mortis* (l'interdiction de faire des contrats d'assurance vie sur la tête des enfants, art. 79, de la loi de 1930).

Insistons davantage sur le deuil, le *tempus lugandi*, il s'agit de l'attitude des survivants après la mort de l'un de leurs proches.

Il y a un temps de deuil imposé aux proches (ainsi dans les droits orientaux); dans nos sociétés occidentales le deuil ne dépend plus que du système de mœurs.

Le phénomène de deuil est intéressant pour la sociologie du droit; si la mort est regardée comme une amélioration de la condition chez certaines ethnies et est l'occasion de réjouissances, en général les sociétés ont ressenti la mort des autres comme une perte pour les vivants, le deuil est une institutionnalisation des sentiments de chagrin : les manifestations peuvent être plus ou moins durables plus ou moins longues (suivant la proximité de la parenté,) plus ou moins vives

(dans certains pays, le deuil entraîne jeûne, mutilation suicide...) par quelle analyse expliquer cette obligation d'institutionnaliser les sentiments ? Les sentiments expliquent-ils les rites ou les rites ont-ils déterminé les sentiments. Pour certains sociologues durkheimiens: ce sont les prescriptions, le deuil rituel, qui ont fait naître les sentiments.

D'autres soutiennent que le chagrin devant la mort est une réaction de séparation qui se traduit ensuite par des rites, d'autres (l'école de Levi Strauss) disent que les rites de deuil ont une finalité plus complexe: ils sont destinés à "reconvertir" transmuter les morts en ancêtres, il y a une utilité sociale des rites de deuil.

Les rapports du deuil avec le droit successoral intéressent la sociologie du droit.

L'héritage doit-il aller uniquement là où il y a du chagrin ? Le droit de succession est-il la compensation du chagrin résultant de la mort des autres ? Nous aurions là une explication sociologique du droit d'héritage: il faut divertir les héritiers non pas simplement par les joies que procure la propriété mais par les soucis que cette propriété va leur causer: en termes de fonctionnalisme, des sociologues diront que la société distrait les survivants par les devoirs d'héritier, qu'elle leur impose: l'obligation aux dettes est un divertissement au sens pascalien.

3 - La mort de soi-même

Un certain nombre de sociologues voient dans la mort la forme ultime de la socialisation de l'individu.

Le testament olographe n'est pas un acte de psychologie individuelle le testateur fait appel à la volonté de la société.

La causa mortis l'oblige à faire appel à la société: en cesens la mort est la forme ultime de socialisation.

Le testament n'est pas tellement usuel dans la société française, il constitue même un acte exceptionnel: la plupart des successions sont des successions ab intestat: il y a toute une série de variables qui interviennent pour déterminer la propension testamentaire: il y a des peuples des milieux, des âges qui font un testament plus facilement que les autres

Comment étudier la propension testamentaire ? Lorsqu'aura été mis en place un système d'inscription des testaments (il y a une convention internationale en ce sens du conseil de l'Europe que la France a ratifié le 6 juin 1973).

Lorsque nous aurons ce mécanisme statistique, nous pourrons avoir une vue plus rigoureuse de la propension testamentaire. Pour l'heure l'IFOP a mené une enquête en 1965 (sondages 1970, n°4, p.87 et s.)

11 % des enquêtés avaient déjà fait un testament,
50 % avaient intention d'en faire un
37 % n'avaient pas l'intention d'en faire un.

mêlant tous les âges, la réponse n'avait pas la même portée suivant les classes d'âge

Ainsi les 50 % d'enquêtés ^{qui} avaient l'intention de faire un testament se répartissaient ainsi :

2 %	20 à 34 ans
8 %	36 à 49 ans
15 %	50 à 64 ans
25 %	au delà de 65 ans

La propension testamentaire est déterminée par la présence ou l'absence de conjoint, et par la présence ou l'absence d'enfants.

Mais il y a d'autres données : la situation économique-sociale agit-elle sur la propension testamentaire ?

Les ouvriers avaient une propension beaucoup plus faible que les cadres supérieurs et les industriels, mais les exploitants agricoles n'avaient pas la propension testamentaire qu'on pouvait supposer; y a-t-il enfin des variables historico-culturelles.

La réponse est affirmative : ainsi dans 3 départements de la basse Bretagne ce soit 19 % des enquêtés qui déclarent avoir déjà fait un testament.

S'agissant de la propension testamentaire abstraite, il peut apparaître par une observation impressionniste qu'elle dépend d'une certaine attitude devant la mort : la peur, le tabou de la mort peut nous détourner de faire un testament.

Il ne semble pas que cette propension négative ait existé dans l'antiquité, on sait qu'elle a été la place importante du testament dans le droit romain. Le testament a été l'immortalité du citoyen romain; au contraire nous trouvons cette repulsion dans la société française, nous avons le témoignage des textes littéraires : citons un passage d'une comédie de Regnard (1655-1709) : "Le légataire universel" parodie feutrée des "plaigneurs" de Racine.

La scène suppose qu'il s'élève un débat entre le testateur et le notaire qui va recevoir le testament authentique, le "de cujus"

"cette cérémonie jamais d'un testateur n'a raccourci la vie. Au contraire, Monsieur, la consolation d'avoir fait de ses biens la distribution répand au fond du cœur un repos sympathique"

Or dans l'enquête de l'IFOP précitée, nous trouvons cette attitude de certains enquêtés qui veulent fuir le problème: selon eux "le testament est inutile", "je n'aimerais pas en faire", "cela peut porter malheur..." Utilisons la méthode historico-comparative pour l'appliquer à la propension testamentaire concrète: la propension testamentaire appliquée aux legs pieux, bref, la partie religieuse dans le testament, a été étudiée par M. VOVELLE (Piété baroque et déchristianisation en Provence au XVIII^e siècle: les attitudes devant la mort d'après les clauses des testaments). L'auteur a procédé par analyse des formulaires notariaux, et a essayé de saisir le mouvement de cette partie spirituelle des testaments de l'Ancien Régime. L'auteur a rapporté la propension testamentaire concrète à l'évolution des phénomènes religieux.

Voici les conclusions:

Avant 1730 la piété baroque (des enterrements réalisés à grand spectacle) est dominante; mais à partir de 1730 la sobriété devient de mise dans les testaments: le jansénisme s'est répandu en Provence jusque vers 1750; à partir de 1750 le retour à un certain goût du spectacle se reflète dans les testaments.

Mais à partir de 1770 l'indifférence a gagné la Provence (au moins dans la classe riche, celle qui peut organiser son enterrement). Il n'y a plus de partie spirituelle dans les testaments.

Autre exemple de méthode historico-comparative: si le testateur entend faire des legs à des membres de sa famille, comment va-t-il procéder à son oeuvre de justice distributive?

Voici un exemple extrait de GOURVILLE (XVII^e siècle). Célibataire endurci, GOURVILLE avait 93 neveux. Comment allait-il faire usage de sa fortune? Suivant le critère de la condition de ceux qu'il allait gratifier: il se croit tenu de distribuer sa fortune entre la masse de ses neveux eu égard à la condition dans laquelle ils sont nés; le testateur cristallise l'inégalité dans laquelle se trouvent ses neveux et nièces; la vie leur a conféré des positions différentes. GOURVILLE ne cherche pas à corriger, mais à calquer l'inégalité.

Est-ce ainsi que l'on conçoit aujourd'hui la justice distributive? Les critères de GOURVILLE qui devaient être courants au XVII^e siècle sont-ils aujourd'hui retenus? Dans le sondage de l'IFOP apparaît au contraire, l'idée moderne de compensation: la justice consiste à compenser les inégalités résultant de la vie; à la question: "quel est l'enfant que les père et mère cherchent à avantager à votre connaissance?", les enquêtés répondaient: "l'infirmes, le malade, l'enfant qui a soutenu ses parents dans la vieillesse.. "Il y a là une recherche qu'il faudrait pousser plus loin...

CHAPITRE III LES AFFAIRES ET LES SENTIMENTS

Les chapitres un et deux nous ont suggéré l'idée qu'il existe deux univers séparés, antithétiques. Le contrat semble tuer l'amitié, et inversement l'amitié chasse le droit. Songeons à l'article 1348 alinéa 3: l'impossibilité de se procurer un écrit ouvre la preuve testimoniale; la jurisprudence a assimilé à l'impossibilité physique, l'impossibilité morale; mais l'impossibilité morale se trouve précisément là où il y a des liens d'affection, par exemple entre frère et soeur (Civ. 17 mars 1958 D. 1958 Som. p.78; C.A. Grenoble 17 avril 1967 D.57 p.396).

Dans ce dernier chapitre nous voudrions montrer qu'il existe des passages des sentiments aux affaires, et des affaires aux sentiments.

I La mutation des sentiments en affaires

Le phénomène de POTLACH sera particulièrement étudié; mais il y a d'autres cas: il y a mutation des sentiments en affaires lorsque les sentiments sont monnayés: c'est tout le problème du pretium dolcris, le phénomène de la publicité affective, etc....

Décrivons le potlach (cf Thèse de G. Davy, 1923 "La foi jurée" et M. Mauss in "Sociologie et anthropologie: essai sur le don, formes et raisons de l'échange dans les sociétés archaïques")

L'échange a sa racine dans le don: dans la tribu KWIAKIUTL, on voyait des indiens apporter des lots de couvertures pour des Indiens d'une autre tribu. Quelque temps plus tard, on voyait les Indiens qui avaient reçu le don revenir et apporter un contre don. C'est cette succession de dons et de contre dons qui nous donne l'échange puis la vente.

De cette conception du phénomène, MAUSS tirait cette formule: le don est la formule primitive de l'échange.

Cette forme primitive de l'échange par dons et contre dons survit dans les sociétés modernes: il y a un domaine où l'échange ne serait pas admissible, où les sentiments doivent rester rois: si l'on donne un dîner en ville, l'on s'attend à ce que ceux qui ont été invités invitent à leur tour. Nous avons un domaine régi par les moeurs où l'on retrouve le vieux phénomène du potlach.

Dans l'ethnologie, sous l'influence du structuralisme, on voit se dégager la notion plus générale de réciprocité: nous avons l'exemple de l'échange des femmes dans l'exogamie. Sous l'exogamie, comme sous le potlach, nous avons la réciprocité, clé de la nature humaine.

Comment expliquer le potlach?

La potentialité magique, le mana qui est à l'intérieur de la chose donnée doit être neutralisé, et il ne peut l'être que par un don en sens contraire: c'est l'explication par la magie. Dans le langage germanique, le don est le même mot que le poison (gift). Et "venum dare", en latin, ressemble à "venenum dare".

Certains confortent cette explication par le rationnel: il y a besoin de symétrie dans la nature humaine qui aurait fini par créer le besoin de justice.

Voilà des explications possibles, contestées, bien souvent. ON trouvera une critique assez poussée dans: Pierre BÉSSAIGNET: principes d'ethnologie économique 1956.

II La mutation des affaires en sentiments...

Bornons nous à poser le § 1°, consacré à ces phénomènes.

§ 1° Le phénomène des amitiés d'affaires.

Cf thèse de ROGIVUE 1935 Lausanne "l'amitié d'affaires, essai de sociologie économique". Selon ROGIVUE, il faut entre deux hommes d'affaires une communauté normative qui va les conduire à une réciprocité d'égards...

Les amitiés d'affaires ont des conséquences pour le droit. Les contrats entre amis d'affaires restent des contrats à titre onéreux. Une vente à prix d'ami n'est pas une libéralité. Mais les amitiés d'affaires mettent les amis dans un certain état que l'on peut saisir à travers la jurisprudence: des conséquences défavorables y seront attachées (puisque ils étaient en relations d'affaires, les cocontractants savaient à quoi s'en tenir...). Mais à l'inverse, conséquence favorable, ils sont excusables parce que amis d'affaires, de s'être relâchés de la vigilance juridique: nous allons rencontrer cette dispense de la preuve écrite pour impossibilité morale: Crim. 4 avr. 1944 G.P. 1944 I p. 359 (des bijoux avaient été remis à un courtier. La dispense d'écrit a été admise en raison de l'amitié d'affaires) Pour d'autres aspects: enquête de steward MACKAULAY "relations non contractuelles en affaires", reproduit dans le reader d'Aubert p. 194