

Jean Carbonnier, Sociologie juridique : le procès et le jugement, 1961-1962

Introduction	P 1
Section I – Objet de la sociologie juridique : le phénomène juridique	P 3
Paragraphe 1 – La notion de phénomène juridique	P 3
A – Distinction des phénomènes juridiques primaires et secondaires	P 4
B – Phénomènes particuliers et généraux	P 5
C – Troisième distinction : les phénomènes directement et indirectement juridiques	P 6
Paragraphe 2 – Distinction du phénomène juridique et du phénomène social	P 9
1° - Tous les phénomènes sociaux ne sont pas des phénomènes juridiques	P 9
2° - Tous les phénomènes juridiques ne sont pas des phénomènes sociaux	P 13
Section II - Rapports de la sociologie juridique avec d'autres disciplines	P 15
Paragraphe 1 – Rapports de la sociologie juridique avec la sociologie et avec le droit	P 15
A – Les différences	P 16
B – L'association	P 18
Paragraphe 2 – Rapports de la sociologie juridique avec d'autres disciplines auxiliaires du droit	P 19
1° - Il est une première catégorie de disciplines auxiliaires du droit....	P 20
2° - Des disciplines auxiliaires sont déjà constituées en sciences autonomes	P 20
Partie générale – Etat de la sociologie juridique	P 25
Chapitre 1 – Etat des doctrines	P 27
Section I – Les divisions politiques de la doctrine en sociologie juridique	P 28
Paragraphe 1 – Les orientations progressistes	P 29
A – Inventaire externe	P 29
B – Les instruments conceptuels	P 32

Paragraphe 2 – Les orientations conservatrices en sociologie juridique	P 34
A – La sociologie des corps intermédiaires	P 35
B – La sociologie des traditions	P 37
C – Sociologie de l’optimisme	P 39
Section II – Les divisions techniques de la doctrine en sociologie juridique	P 43
Paragraphe 1 – L’orientation théorique	P 44
A – Les traits généraux de cette orientation	P 44
B – Quels sont les représentants de cette orientation ?	P 45
Paragraphe 2 – L’orientation empirique	P 47
A – Développement	P 48
B - Réaction	P 49
Chapitre 2 – L’état des recherches	P 53
Section I – Les grandes hypothèses de la sociologie juridique théorique	P 53
Paragraphe 1 – Les hypothèses d’évolution	P 54
A – Les cosmogonies du droit	P 54
B – L’hypothèse transformiste	P 64
Signification générale de l’hypothèse	P 67
Signification particulière de l’hypothèse transformiste dans le droit contemporain	P 75
Paragraphe 2 – Hypothèses de structure	P 86
A – Hypothèse du pluralisme juridique	P 87
B – Les théorèmes fondamentaux de la sociologie juridique	P 91
Section II – Les travaux de la sociologie empirique	P 98
Paragraphe 1 – Les résultats	P 99
A – La famille	P 99
B – Les groupements particuliers	P 102
C – Le droit patrimonial	P 103

Paragraphe 2 – Les problèmes	P 104
Chapitre 3 – Etat des applications	P 109
Section I – Les applications de la sociologie juridique au niveau de la décision privée	P 112
Paragraphe 1 –L’aménagement	P 113
A – Un premier ordre d’applications est donné par la consultation psychologique en matière familiale	P 113
B – Une deuxième application est donnée par les public relations en matière contractuelle	P 115
C – La planification dans la constitution des groupements humains, la planification des collectivités	P 120
Paragraphe 2- La prévision	P 123
Section II – Des applications de la sociologie juridique au niveau de l’autorité publique	P 126
Paragraphe 1 – La sociologie juridique appliquée à la législation	P 126
A – La sociologie de la législation	P 127
B – La législation sociologique	P 131
Paragraphe 2 – La sociologie juridique appliquée à la juridiction	P 141
A – Interprétation sociologique par le contenu	P 142
B – L’interprétation sociologique par la méthode	P 146
Partie spéciale – Le procès et le jugement	P 150
Titre I – Le contentieux	P 153
Section préliminaire	P 153
Paragraphe 1 – Le contentieux et la justice privée	P 153
A – La justice privée dans les sociétés archaïques	P154
B – La justice privée dans les sociétés modernes et, spécialement, en droit français	P 158
Paragraphe 2 – Le contentieux et l’administration	P 160
Chapitre I – Différents types sociologiques de contentieux	P 167

Section I – Le type magique	P 169
Paragraphe 1 – Variations sur le type magique	P 170
Paragraphe 2 – Réflexions sur le type magique	P177
Section II – Le type charismatique	P 185
Paragraphe 1 – Notions générales du jugement charismatique	P 186
Paragraphe 2 – Les différents charismes du juge	P 196
Section III – Le type logique	P 211
Paragraphe 1 – Le type logique à l'état pur	P 212
Paragraphe 2 – Les premières formes du type logique	P 215
Chapitre II – Le mécanisme général du contentieux	P 221
Section I – Le procès	P 222
Paragraphe 1 – Recherches de nature	P 222
Paragraphe 2 – Recherches de causalité	P 234
Section II – Le jugement	P 246
Paragraphe 1 – L'élaboration du jugement	P 246
Paragraphe 2 – L'effectivité du jugement	P 258
Titre II – La jurisprudence	P 262
Chapitre I – La formation de la jurisprudence comme phénomène de sociologie juridique	P 263
Section I – L'élément matériel dans la formation de la jurisprudence	P 264
Section II – L'élément psychologique dans la formation de la jurisprudence	P 265
Section III – L'élément de publicité	P 266
Chapitre II – Les conséquences sociologiques du phénomène jurisprudentiel	P 267

ASSOCIATION CORPORATIVE DES ETUDIANTS EN DROIT

12, PLACE DU PANTHEON - PARIS Vème

1961 - 1962

SOCIOLOGIE JURIDIQUE

LE PROCES ET LE JUGEMENT

Rédigé d'après la sténotypie du cours et avec l'autorisation de

Mr J. CARBONNIER

PROFESSEUR A LA FACULTE DE DROIT DE PARIS

DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTE DE DROIT DE POITIERS

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

Qu'est-ce que la Sociologie juridique ?

On en donne des définitions dans les quelques ouvrages qui parlent de sociologie juridique.

Je vous donne tout d'abord la définition qu'en donne M. Georges Gurvitch dans son *Traité de Sociologie générale* au chapitre II plus particulièrement consacré à la Sociologie juridique ; elle est assez complexe :

"C'est l'étude de la plénitude de la réalité sociale du droit, qui met les genres, les ordonnancements et les systèmes du droit, ainsi que ses formes de constatation et d'expression en corrélation fonctionnelle avec les types de cadres sociaux appropriés.

"Elle recherche en même temps les variations de l'importance du droit, la fluctuation de ses techniques et de ses doctrines, le rôle diversifié des groupes de juristes, et enfin, les régularités tendanciennes de la genèse du droit et des facteurs de celle-ci à l'intérieur des structures sociales globales et partielles".

Cette définition a quelques points qui attirent l'attention. Nous noterons, au passage, les expressions de "mise en corrélation fonctionnelle" et de "régularité tendancielle". Elles évoquent cette idée que, pour l'auteur, la Sociologie juridique, pas plus d'ailleurs que la Sociologie générale, n'aboutira à l'établissement de véritables lois causales, rigoureusement déterminées comme celles que l'on rencontre dans les sciences physico-chimiques, mais simplement à l'établissement de corrélations fonctionnelles ou de régularités tendanciennes, ce qui, sans pour l'instant du moins entrer dans une explication approfondie, implique de la façon la plus apparente qu'il n'existe pas un parfait déterminisme dans les phénomènes dont s'occupe la Sociologie.

Nous relèverons encore, dans cette définition, l'expression évocatrice : "C'est l'étude de la plénitude de la réalité sociale du droit". L'auteur entend par là sans doute souligner ce que la démarche de la Sociologie juridique a d'essentiellement concret, réaliste, par opposition à la démarche du droit, du droit classique tel que nous l'enseignons dans les Facultés de droit, droit dogmatique pour

employer une expression qui reviendra bien souvent dans ce cours et qui, je m'empresse de le dire ici où je la rencontre pour la première fois, doit être dépouillée de toute signification péjorative. Droit dogmatique, cela signifie pour moi, tout simplement, par opposition à la Sociologie juridique, le droit tel qu'il est enseigné dans nos enseignements traditionnels.

De la définition qui vient d'être créée, si longue qu'elle soit, paraît se dégager cette idée fondamentale que la Sociologie juridique a une démarche plus concrète, plus réaliste que la science classique traditionnelle du droit. Néanmoins, il est perceptible que cette définition est très chargée... trop chargée, ce qui est un inconvénient pour une définition.

Il existe d'autres définitions plus brèves qui sont, du reste, d'origine étrangère (à l'étranger, la sociologie juridique a peut-être été étudiée plus qu'en France). Voici quelques traductions :

"La Sociologie juridique est l'application de la méthode sociologique au droit".

C'est très simple, mais il reste à donner une idée de ce qu'est la méthode sociologique. Nous pouvons penser, par exemple, à la méthode statistique, ou encore à la méthode de l'enquête par sondages, ou encore à l'étude des cas. Voici une série de méthodes sociologiques, car en réalité, il y a plusieurs méthodes sociologiques concevables. L'application de ces méthodes sociologiques au droit serait proprement la sociologie juridique.

On a dit également : "La Sociologie juridique est la science inductive de la vie juridique".

Science inductive, induction, par opposition au droit dogmatique, qui est, lui, une science déductive. Dans nos enseignements traditionnels du droit, par exemple en droit civil, on procède - je ne dis pas toujours mais principalement - par voie de déduction, notamment à partir de certains principes, expressément ou tacitement contenus dans les textes de loi. Notre démarche dans les enseignements dogmatiques est essentiellement déductive. En Sociologie juridique, ce sera au contraire, comme dans les sciences qui nous paraissent les mieux soumises au déterminisme, comme dans les sciences physico-chimiques, biologiques, ce sera une méthode d'induction.

Troisième définition plus détaillée, peut-être au fond plus parlante:

" La Sociologie juridique, c'est la science qui étudie le droit en tant que produit de facteurs sociaux".

C'est la science qui étudie les causes sociales du droit, ainsi que les effets que le droit produit dans la Société. Les causes sociales et les conséquences sociales du droit, voilà l'objet propre de la

Sociologie juridique et ce qui définit cette science.

Je proposerai, en conclusion, une définition assez brève, au moins à titre de définition provisoire ; ce sera celle-ci :

"La Sociologie juridique est cette branche de la Sociologie générale qui étudie les phénomènes sociaux que sont les phénomènes juridiques".

Cette définition ne résoud point toutes les difficultés soulevées par le concept même de Sociologie juridique. Elle nous renvoie, notamment, à définir ce qu'est le phénomène juridique, ce qui sera du reste le sujet d'une première section, dans cette introduction. En second lieu, nous aurons à nous poser des questions quant aux rapports que la science ainsi définie peut avoir à nouer avec d'autres disciplines apparemment voisines.

SECTION I

OBJET DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

LE PHENOMENE JURIDIQUE

Le droit dogmatique présente le droit comme un système cohérent, logique de règles.

La Sociologie juridique au contraire postule que le droit peut se résoudre en une série de phénomènes, les phénomènes juridiques. Il nous faut donc préciser cette notion de phénomène juridique, la préciser de l'intérieur, en quelque sorte, par son contenu, mais la préciser également de l'extérieur en opposant le phénomène juridique aux autres phénomènes sociaux.

La définition suppose que le phénomène juridique est un phénomène social. Mais quel rapport existe-t-il alors entre la notion de phénomène juridique et celle de phénomène social en général ?

§ 1 - LA NOTION DE PHENOMENE JURIDIQUE

Dans le langage philosophique, le mot de "phénomène" évoque quelque chose d'extérieur, une idée d'extériorité, d'apparence, perçue par les sens et c'est bien cela, en effet. La Sociologie juridique sera dominée dans sa méthode par une règle dite règle d'objectivité. Le chercheur doit appréhender le droit comme un objet, comme une chose.

C'est une des règles de la méthode sociologique qu'a posée au début de ce siècle Durkheim, la règle d'objectivité : il faut essayer de saisir le phénomène social (il raisonnait dans le plan de la Sociologie générale ; nous raisonnons dans le plan de la Sociologie juridique, mais la transposition est aisée), le phénomène juridique comme un objet, comme une chose.

Je sais bien que tout le monde n'en est pas convaincu, et il y a quelques années, un auteur, Jules Monnerot, publia un livre dont le titre très significatif était précisément : "Les faits sociaux ne sont pas des choses".

Dans ce livre, il y a une section intitulée : "Congé motivé donné aux Règles de la méthode sociologique" (de Durkheim).

Tout le monde n'en est pas convaincu, et je conçois fort bien qu'il en puisse être ainsi. Pourtant, si l'on veut faire de la Sociologie juridique, il faut jouer la règle du jeu, et il paraît difficile de faire une Sociologie juridique qui se tienne, qui ne soit pas purement et simplement de la poésie, si l'on ne part pas d'un principe d'objectivité, si l'on ne s'astreint pas à cette sorte d'ascèse intellectuelle qui consistera à traiter le droit comme une chose, les phénomènes juridiques comme des choses, à les observer de l'extérieur. Nous devons pratiquer à l'égard du droit - et c'est là le changement d'attitude radicale par rapport à l'attitude que nous avons eue dans l'enseignement du droit classique, et que nous y avons encore (et ce peut être une difficulté que cette dualité nécessaire d'habitudes), nous devons pratiquer, donc, une sorte d'agnosticisme - si je puis m'exprimer ainsi - à l'égard du droit, renoncer à connaître l'essence, la réalité ontologique du droit, prendre le droit par l'extérieur, prendre le droit comme une chose.

Ainsi, la Sociologie juridique nous apparaît comme un angle de vision. Le sociologue considère le droit du dehors comme une chose, tandis que le juriste dogmatique, le dogmaticien, le considère du dedans. Le vrai juriste est à l'intérieur du système.

Cependant, cette première idée une fois admise, tout n'est point clair dans la notion de phénomène juridique. Les phénomènes juridiques sont multiples ; ils ne sont peut-être pas tous de la même nature et pour éclairer la notion, nous allons nous efforcer d'y introduire un certain nombre de distinctions.

A - DISTINCTION DES PHENOMENES JURIDIQUES PRIMAIRES ET SECONDAIRES.

Il y a des phénomènes juridiques primaires ; ce sont les règles de droit et les jugements, mais aussi les décisions, les commandements individuels, particuliers qui, bien que n'étant ni des règles ni des jugements, n'en contribuent pas moins à constituer du droit.

Cette première catégorie de phénomènes juridiques primaires évoque invinciblement une catégorie du droit dogmatique : les sources du droit. Toutefois, ce n'est pas exactement la même chose. Les phénomènes juridiques primaires constituent une catégorie plus large que la catégorie dogmatique des sources du droit. Notamment, en ce que, selon la conception la plus traditionnelle, le jugement, tant qu'il n'est pas consolidé en jurisprudence, n'est pas considéré comme une source du droit. A plus forte raison, ne seraient pas des sources du droit les commandements individuels. La Sociologie juridique, au contraire, reconnaît à tous ces phénomènes juridiques un trait commun : le caractère créateur de droit. C'est de ces phénomènes juridiques primaires que découlent tous les autres phénomènes juridiques. Ce sont des phénomènes juridiques primaires qui mettent en place, si j'ose dire, le cadre à l'intérieur duquel vont se dérouler tous les autres phénomènes juridiques.

Tous les autres phénomènes juridiques sont des phénomènes secondaires, des phénomènes juridiques dérivés. Ainsi, l'institution du mariage est un phénomène juridique secondaire, et aussi un mariage en particulier. Le contrat, un contrat, la responsabilité, une faute causant à autrui un dommage, voilà encore autant de phénomènes juridiques secondaires.

B - PHENOMENES PARTICULIERS ET GENERAUX (phénomènes juridiques individuels et institutionnels).

J'ai parlé de mariage. Or, nous pouvons considérer deux sortes de phénomènes juridiques sous cette expression. Nous pouvons considérer le mariage en droit romain, par exemple, et le mariage de Gaius et de Gaïa. Le mariage institution, et le mariage cas. Le phénomène juridique institutionnel et le phénomène juridique individuel ou particulier.

Nous pouvons considérer la formation d'un couple concret, comme un phénomène juridique. Chaque mariage est un phénomène juridique en lui-même, et si l'on fait la statistique du mariage en France en l'an 1960, on dénombre les phénomènes juridiques individuels, les phénomènes-cas.

Mais le phénomène juridique mariage peut également être envisagé comme une institution. Le mariage, en France, en 1960, c'est un ensemble de règles de droit régissant, gouvernant les mariages particuliers. Cet ensemble de règles de droit, que nous appelons dans le langage juridique traditionnel une institution, est aussi en soi un phénomène juridique. Et même, nous pouvons porter les choses à un plus haut niveau d'abstraction encore, et considérer non plus le mariage dans le droit français en 1960, mais le mariage en soi, le mariage à travers la série sociologique.

Ici, j'ouvre une parenthèse pour éclairer au passage cette notion de la série sociologique qui est commode pour désigner la totalité des systèmes juridiques (en termes de droit dogmatique, on dirait plutôt : la totalité des législations). La série sociologique, c'est la totalité des systèmes juridiques sans limitation de temps ni d'espace ; la série des systèmes juridiques vue à travers l'histoire, le droit comparé, l'ethnologie juridique.

Le mariage peut ainsi être envisagé à travers la série sociologique. C'est toujours un phénomène juridique, malgré le haut degré d'abstraction qu'un tel phénomène juridique représente.

L'institution tout autant que le cas, malgré sa plus grande abstraction est un objet possible de la sociologie juridique, et même (si tant est qu'il n'est, suivant la formule, de science que du général) a priori on pourrait trouver que l'institution a quelque chose de plus scientifique que le cas parce qu'elle présente un plus haut degré de généralité.

Cependant, c'est le phénomène juridique-cas que nous considérerons lorsque nous ferons de l'observation de masse. C'est le phénomène-cas qui se prête seul à l'observation de masse, à la statistique ou à l'enquête par sondages. Le phénomène juridique-institution ne se prête pas à cette sorte d'observation parce que les institutions ne se répètent pas avec une suffisante fréquence à travers l'histoire, le droit comparé et l'ethnologie juridique.

Seulement, si le phénomène juridique-institution ne se prête pas à l'observation de masse, il se prête tout de même à des méthodes sociologiques. Il se prête à la méthode comparative. Pour comparer le mariage en France en 1960, le mariage à Rome et le mariage dans une ethnie de quelque pays lointain, il faudra en quelque sorte réduire ces institutions relativement concrètes à un plus haut degré d'abstraction, il faudra les constituer en types idéaux, comme disait Max Weber, il faudra établir une typologie du droit. Un objet possible, une fin possible de la Sociologie juridique, c'est d'établir une typologie du droit, c'est-à-dire de ramener les institutions à quelques types bien définis.

3 - TROISIEME DISTINCTION : LES PHENOMENES DIRECTEMENT ET INDIRECTEMENT JURIDIQUES.

Il est des phénomènes juridiques directs - les exemples donnés jusqu'ici concernaient des phénomènes directement juridiques. Ces phénomènes juridiques directs ne soulèvent pas de difficultés. Les difficultés surgissent, au contraire, dès qu'on s'éloigne de cette première notion étroite du phénomène juridique et que l'on envisage des phénomènes qui ne sont plus qu'indirectement juridiques.

Qu'est-ce à dire ? Raisonnons sur un exemple. Une collision d'automobiles se produit dans une rue de Paris. Nous sommes en présence d'un complexe de faits, d'un complexe de phénomènes au sens large du terme, mais tous ces phénomènes sont-ils des phénomènes sociaux ? A plus forte raison, sont-ils des phénomènes juridiques ? Quels sont, parmi les faits qui vont se produire dans la rue, ceux qui méritent réellement la qualification de phénomènes juridiques ?

Dans une conception étroite, on dira : il y a des phénomènes juridiques qui sont ici mis en cause, mais en assez petit nombre. Ainsi, est en cause l'article 1382 du Code civil, phénomène juridique bien qu'il ne tombe pas sous le sens pour qui ne voit que l'accident d'automobile, l'article 1382 ou l'article 1384 alinéa 1er, et par delà, les faits qui, dans l'histoire soit très ancienne, soit très récente, ont fait apparaître ces règles de droit. Peut-être, certaines ordonnances du Préfet de police sont également en cause. Ce sont des phénomènes juridiques et ils sont présents dans l'évènement.

Egalement, même dans la conception étroite, on admettra que sont des phénomènes juridiques, le procès en responsabilité qui va naître, à la suite de la collision, la condamnation en dommages-intérêts qui interviendra, l'exécution de cette condamnation, Mais est-ce tout ?.. S'il y a une faute établie, à la charge de l'un des automobilistes, on admettra encore que cette faute est un phénomène juridique. Elle est la violation d'une règle de droit, et de même que la règle de droit est un phénomène juridique, sa violation, admet-on, est aussi un phénomène juridique. Si, au contraire, il s'agit d'une collision où ne puisse être prouvée aucune faute, une collision donnant lieu, par conséquent, à l'application double de l'article 1384, alinéa 1er, nous avons affaire, semble-t-il, à un évènement purement matériel, non pas à une conduite sociale qui puisse être déterminée par le droit. On ne pourrait donc voir dans la collision exempte de faute, un phénomène juridique.

Et pourtant, cette collision est bien un phénomène juridique, parce qu'elle aura des conséquences juridiques. Vous savez qu'en droit civil, on qualifie (dans une terminologie très répandue) un évènement de ce genre "fait juridique". Le fait juridique, c'est un fait, action de l'homme, mais aussi évènement purement matériel, qui produit des conséquences juridiques. Le fait juridique du droit dogmatique ne peut-il pas être un phénomène juridique aux yeux de la sociologie juridique ? Il semble que si. Nous sommes en présence d'un phénomène juridique parce que c'est un phénomène qui va déterminer l'application du droit.

Mais il y a plus. Il faut, en quelque sorte, étendre l'environnement juridique plus loin. Supposons que l'un des automobilistes puisse démontrer que sa conduite a été absolument conforme aux règles de droit applicables en la matière, par exemple, qu'il roulait à droite

et qu'il a, par conséquent, appliqué la règle du droit. Cette conduite conforme à la règle n'a-t-elle pas la nature d'un phénomène juridique ? Certains diront : Puisqu'il a appliqué la règle de droit, ce n'est pas un phénomène juridique. Si, tout de même, parce que cette conduite est une conduite sociale qui a été déterminée par la préexistence de la règle de droit. Imaginons encore que l'automobiliste ait freiné brusquement, cette conduite est une conduite où la société fait sentir son intervention. C'est parce que les normes de la responsabilité existaient que, pour essayer de ne pas encourir de responsabilité, il a fait ce mouvement brusque. Donc, ici, encore, la conduite n'est pas exempte de droit, nous sommes en présence du phénomène juridique.

Supposons qu'une querelle s'élève entre les deux automobilistes. Cette querelle est encore un phénomène juridique. Nous sommes toujours dans cet environnement, ce complexe de faits juridiques, ressortis à la compétence de la Sociologie juridique.

Prolongeons l'hypothèse : il y a eu, à la suite de cette collision, des tentatives d'accommodement entre les deux compagnies d'assurance, des lettres échangées, des pourparlers amiables. Beaucoup diront que ce n'est pas du droit. Si, ce sont encore des phénomènes juridiques, il faut prolonger la notion du juridique jusque là. Et même, le sentiment de remords, de culpabilité vague chez l'un des automobilistes - le sentiment, à l'inverse, qu'a la victime d'être frustrée - ce que certains ont appelé la sinistrose - tout cela, ce sont des phénomènes juridiques, puisqu'il s'agit d'états de conscience qui ont été déterminés par le droit. Bref, tous les agissements, tous les comportements, tous les sentiments où le droit fait sentir son influence peuvent être traités comme phénomènes juridiques.

Il est légitime que la Sociologie juridique fasse entrer dans son champ d'investigation, non seulement les phénomènes proprement juridiques, les phénomènes juridiques directs, mais tout l'environnement constitué par des phénomènes tels que ceux que je viens de décrire, ces phénomènes indirectement juridiques, ceux que l'on pourrait appeler, pour employer, en la transposant, une formule que les juristes aiment bien, des phénomènes juridiques en vertu de la théorie de l'accessoire.

Une autre extension s'impose : il est des phénomènes qui peuvent prétendre à être juridiques parce qu'ils sont l'envers et, pour ainsi dire, la négation de phénomènes juridiques. Ce sont des phénomènes juridiques par contraste. Ainsi, l'union libre.

Je sais bien que le droit dogmatique s'en occupe aujourd'hui, parce que notre législation, notre jurisprudence ont fini elles-mêmes par y attacher certaines conséquences juridiques. Mais je pense que la Sociologie juridique est également fondée à s'en occuper, même en faisant abstraction des quelques conséquences de droit que l'évolution récente a pu y attacher sporadiquement. Nous pouvons traiter

l'union libre en phénomène juridique, parce qu'elle est le contraire d'un phénomène juridique, le phénomène du mariage. Elle est juridique par contraste avec le mariage.

Il n'empêche que ces extensions nous font pressentir des chevauchements entre le champ de recherche de la Sociologie juridique et celui de la Sociologie générale. Il ne sera pas toujours facile de distinguer les phénomènes sociaux que sont les phénomènes juridiques et les autres phénomènes sociaux, ceux qui ne sont pas des phénomènes juridiques.

§ 2 - DISTINCTION DU PHENOMENE JURIDIQUE ET DU PHENOMENE SOCIAL.

La première idée de la distinction, c'est qu'elle se résout en un rapport de partie à totalité.

Les phénomènes juridiques constituent une partie des phénomènes sociaux. Cependant, il est également exact de remarquer que la notion de phénomène juridique, sous certains aspects, est plus étendue que celle de phénomène social. Si bien que nous avons deux propositions à formuler ici :

1°- Tous les phénomènes sociaux ne sont pas des phénomènes juridiques, mais

2°- tous les phénomènes juridiques ne sont pas des phénomènes sociaux.

1°- Tous les phénomènes sociaux ne sont pas des phénomènes juridiques.

Il y a là quelque chose de capital. A côté du domaine propre du droit, il existe un vaste domaine de relations sociales qui ne sont pas des relations juridiques.

Tout ce qui est social n'est pas juridique. Délimiter ces deux domaines, c'est du même coup délimiter les champs d'investigation de la Sociologie juridique et de la Sociologie générale.

Il est des cas où la différenciation se fait très aisément. Je voudrais en donner des exemples. Il est certain que, si un chercheur fait une étude sur la colombophilie chez les mineurs du Nord de la France, il fait de la Sociologie générale, non pas de la Sociologie juridique. Si l'on entreprend une recherche sur l'origine sociale des officiers de carrière, ce sera une recherche de Sociologie générale, non de Sociologie juridique.

Mais, d'autres hypothèses sont plus litigieuses, notamment tout le secteur de recherches (extrêmement exploré à l'heure

actuelle) constitué par la famille, les rapports de familles, plus concrètement, la condition de la femme dans la Société moderne, ou la condition de l'enfant. Ce sont là des recherches qui peuvent relever de la Sociologie générale et qui, en fait, sont poursuivies très couramment par des chercheurs de Sociologie générale (au Centre d'Etude sociologique et au Groupe d'Ethnologie sociale de M. Chombart de Lawe).

Si la Sociologie générale s'occupe légitimement de ces problèmes de la famille, c'est qu'il y a là des conduites sociales qui paraissent relever de la Sociologie générale avant que de relever du droit, et partant de la Sociologie juridique. Toutes les conduites sociales n'ont pas un caractère juridique. Toutes les règles de conduite sociale ne sont pas des règles de droit. La délimitation semblerait pouvoir se faire ainsi : à la Sociologie générale appartiendrait la règle de mœurs ; à la Sociologie juridique la règle de droit.

Seulement, la facilité de la distinction n'est qu'apparente, car il est très fréquent que la règle de droit recouvre une règle de mœurs. Précisément, la remarque en est banale chez les juristes eux-mêmes, le droit de la famille est à base de mœurs. Les rapports familiaux, nous l'enseignons volontiers, sont sous-tendus par des relations morales, des relations de mœurs au sens large du terme, si bien que des questions mixtes reparaissent à propos de ces secteurs du droit. Sans doute, il y a une superstructure qui est juridique, mais il y a une infrastructure qui appartient aux mœurs et du même coup, Sociologie juridique et Sociologie générale peuvent à l'envi revendiquer ce domaine de recherches.

D'autre part, si la présence d'une règle de droit est relativement facile à reconnaître dans les Sociétés modernes, parce que, dans ces Sociétés (ainsi, dans la Société française de notre époque), la règle de droit est le plus souvent légale, constituée par du droit écrit, du droit volontaire, du droit d'origine étatique et revêt par conséquent, d'une estampille officielle (la publication au Journal Officiel), il n'en est pas de même dans les Sociétés anciennes où le droit est coutumier. En l'absence de ce signe qui est constitué chez nous par l'écriture, par la promulgation, par la publication au Journal Officiel, il sera extrêmement malaisé, dans des Sociétés coutumières, de faire la séparation entre ce qui est mœurs, et ce qui est droit, entre ce qui par conséquent est phénomène social non juridique et phénomène proprement juridique.

Les sociologues ont imaginé des schémas pour essayer de faciliter, au niveau de la règle de conduite (qui est le niveau auquel se placent le plus volontiers les sociologues comme les juristes), la distinction entre le juridique et le social non

juridique. C'est ainsi que des sociologues italiens ont opposé ce qu'ils appellent "consuetudine" et "costume" - la première étant la règle juridique, et la seconde la règle de conduite non juridique. C'est une opposition entre le juridique et le social non juridique.

Récemment, un auteur italien, M. Ambrosetti a publié un ouvrage intitulé : "Contribution à une philosophie du "costume"... c'est à-dire de la règle de moeurs, d'usage, de convenance sociale. Il s'efforce de caractériser le "costume" par opposition à la règle de droit. Pour lui, la différence tiendrait, en somme, à l'absence de sanction ou plus exactement de rigidité qui serait le propre de la "costume", de la règle de moeurs. Ce qui caractériserait celle-ci, c'est qu'elle appartiendrait, en quelque sorte, au contingent, à l'opportun, tandis que le droit se caractériserait par des sanctions beaucoup plus rigides. Je ne suis pas persuadé que le critère soit vérifié par l'histoire et par l'ethnologie. Mais je me borne ici à vous décrire quelques-uns des schémas dont on s'est servi pour essayer de saisir la différence du juridique au social non juridique.

On pourrait faire remarquer également que le droit non plus n'ignore pas la spontanéité, la contingence, l'opportunité. Il n'est que de songer au contrat. Lorsqu'on parle du droit, il ne faudrait pas, comme le font trop souvent les sociologues (cela remonte à Durkheim), ne voir toujours que la règle de droit. Le droit contient aussi cet instrument de liberté, de spontanéité, d'individualisme qu'est le contrat.

Les Américains utilisent un schéma différent pour séparer le juridique du social non juridique. Ils distinguent trois étages de règles de conduite :

Folkways - Mores - Laws.

Pour les folkways, il n'y a pas de confusion possible. Ce sont des manières de vivre nationales, comme le nom l'indique, des habitudes, en quelque sorte, dans la vie de chaque jour. Ainsi, porter, lorsqu'on est marié, un anneau au doigt, cela relève de ces règles de conduite sociale non juridique que l'on appelle folkways, Manger les plats salés avant les plats sucrés, cela relève également des folkways. Quand on rédige une adresse, mettre la rue avant le nom de la ville, cela appartient aux folkways de certains pays (en particulier du nôtre), mais tous les pays n'observent pas cette règle. Ces règles de conduite sont obligatoires, bien que la sanction en soit une sanction extrêmement ténue, extrêmement diffuse. Si au restaurant nous commandons les plats sucrés avant les plats salés, nous ne risquons pas d'autres sanctions qu'un certain sourire de notre voisin ou du garçon. Sanction aussi l'étonnement du postier qui

verra une adresse rédigée d'une manière inhabituelle, mais tout cela ne va pas très loin. La sanction est extrêmement faible, diffuse.

Cette sorte de règle aurait encore une autre caractéristique, sur laquelle insistent les auteurs américains : la violation des folkways ne mettrait pas en péril les intérêts d'autrui. La formule n'est claire qu'en apparence, car la notion d'intérêt peut prêter à bien des controverses.

Les "mores" (les moeurs, mais les moeurs dans un sens un peu spécialisé) représentent un niveau supérieur. Il s'agit toujours du social non juridique, mais là sanction ici se fait plus prédisée, plus sévère aussi. D'autre part, les Américains disent que la violation des mores met en péril les intérêts d'autrui. C'est pourquoi on sort du domaine anodin des folkways. L'exemple que l'on trouve couramment chez les sociologues d'Outre-Atlantique, c'est la règle de conduite commune à nos Sociétés occidentales, qui oblige le séducteur à épouser la fille séduite. Ce n'est pas une règle de droit, c'est une règle de moeurs, qui est quand même plus contraignante que les folkways. Pourquoi plus ? Parce qu'une certaine coloration morale, peut-être, s'y ajoute. Les Américains disent : Parce que les intérêts d'autrui sont mis en péril.

Mais y a-t-il d'autres exemples ? Voici un autre exemple d'où la coloration morale est absente :

Dans beaucoup de sociétés, non seulement européennes mais africaines, une règle, qui traverse en quelque sorte les règles juridiques des régimes matrimoniaux, les prend en écharpe, veut que la basse-cour soit le domaine de la femme, quel que soit le régime matrimonial, la basse-cour et ses produits. Les oeufs sont vendus pour le compte de la femme, et le mari n'a rien à y voir. C'est une règle de mores. Ce n'est pas une règle de droit, c'est plus, sans doute, que des folkways, et les intérêts respectifs des époux pourraient, en effet, être considérés comme mis en cause par la violation de cette règle.

A ce niveau, on est très près du juridique, mais ce n'est pas encore, ou ce n'est plus le droit (car le problème pourrait être soulevé de savoir si ces règles moeurs sont des règles de droit virtuel, ou au contraire, plus vraisemblablement, des débris d'un régime juridique disparu).

Enfin, dernier étage, les lois. Ici, pas de difficulté, la sanction va prendre corps, ce sera une sanction proprement juridique. Toutes les règles de conduite sociale emportent une

sanction, mais tandis que dans le social non juridique, la sanction est une contrainte sociale diffuse, non organisée, dans le social juridique la sanction est une contrainte sociale organisée, spécialisée, fonctionnelle, organisée en vue d'un but.

Voilà l'opposition qui est couramment faite, et que je n'ai pas ici à critiquer en détail. Je dois simplement signaler que, lorsque l'on prétend appliquer le critère de la contrainte organisée dans toute la série sociologique, on s'aperçoit que cela "ne colle pas" toujours, et que la frontière entre ce que les Américains appellent Folkways, Mores et Laws, est extrêmement mouvante. Il est notoire que, dans les sociétés de l'Extrême-Orient, par exemple, des règles qui seraient chez nous règles de convenance, les règles de deuil par exemple, sont de véritables règles de droit. Dans beaucoup de sociétés primitives, il semble que le droit embrasse tout.

2°- Tous les phénomènes juridiques ne sont pas des phénomènes sociaux.

Tous les phénomènes juridiques ne sont pas des phénomènes sociaux et, par conséquent, ne relèvent pas de la Sociologie juridique.

Il en est, en effet, qui sont des phénomènes psychologiques et à ce titre, relèvent de la psychologie juridique. Toutefois, la séparation n'est pas toujours tranchée, pas plus que n'est en général absolue la séparation entre le psychologique et le sociologique. Il existe une psychologie sociale, dont l'ambiguïté est révélée par l'appellation même.

Recherchons de plus près en quoi consistent ces phénomènes psychologiques que nous trouvons dans le droit.

Il y a d'abord des phénomènes de psychologie collective qui, à la vérité, pourraient sembler relever, parce qu'ils sont de psychologie collective, de la Sociologie, donc de la Sociologie juridique.

Ainsi, le mythe joue un rôle, à l'origine de la coutume, ou bien à la base du mécanisme obligatoire de la loi, même dans les sociétés modernes. Car le mythe, c'est un phénomène de psychologie collective. Mais psychologie collective, cela évoque la Sociologie. On peut donc admettre que l'étude des mythes appartient à la Sociologie juridique.

Autre hypothèse : il se produit des manifestations de communion, ou à l'inverse, des manifestations de dissentiment, de discorde, à l'intérieur des groupes, de certains groupements particuliers. Ainsi, le droit des sociétés étudie l'affectio societatis, et à

l'inverse, la mésintelligence entre associés. Ce sont des phénomènes de psychologie des groupes, donc de psychologie collective, non pas, il est vrai, à l'intérieur de la Société globale, mais à l'intérieur de groupements particuliers. Parce que ce sont des phénomènes de groupe, quoi que ce soient des phénomènes psychologiques, nous pouvons admettre qu'ils entrent dans le champ d'investigation normale de la Sociologie juridique.

Un pas de plus, cependant, et nous allons trouver des phénomènes psychologiques, non plus collectifs, non plus de groupe, mais inter-individuels. Ainsi, le contrat donne lieu à des phénomènes psychologiques, qui ne sont pas des phénomènes de psychologie solitaire, mais des phénomènes de psychologie inter-individuelle. Semblablement, le mariage, ou le divorce, sont des phénomènes de psychologie inter-individuelle. On admettra que la Sociologie juridique puisse s'occuper de ces phénomènes bien que ce soient des phénomènes psychologiques.

Où le doute sera complet, c'est quand on aura affaire à des phénomènes de psychologie purement individuelle, de psychologie solitaire. Or, il y en a avec lesquels le droit a affaire. Les juristes ont à s'occuper de la psychologie du testateur, en application de l'article 901 du Code civil. C'est de la psychologie purement individuelle. Alors, est-ce que les phénomènes entrent bien toujours dans le champ d'investigation de la Sociologie juridique ? Autre exemple : il s'agit de rechercher comment se forme la décision dans l'esprit d'un juge, d'un juge unique (car s'il s'agissait d'un collège de juges, il se produirait des phénomènes de psychologie de groupe, ce qui pourrait nous ramener vers la Sociologie juridique). Comment se forme ce phénomène purement individuel ? La Sociologie juridique peut-elle se déclarer compétente ?

Il semble que, dans ces derniers cas (de phénomènes psychologiques purement individuels), nous ayons affaire à des phénomènes psychologiques qui ne sont plus des phénomènes sociaux.

Cependant, une réponse est possible à l'objection : c'est que de toutes manières, l'individu réagit ici au droit, et puisque le droit vient de la Société, la réaction de l'individu, quoique de psychologie individuelle, est une réaction de caractère social et constitue elle-même un phénomène social.

C'est là une raison théorique pour justifier une extension de compétence de la Sociologie juridique sur ces phénomènes psychologiques. Mais la raison théorique pourrait être discutée. Peut-être une raison pratique justifiera-t-elle mieux l'extension de compétence : c'est que dans l'organisation actuelle des enseignements, la psychologie juridique qui pourrait recueillir ces phénomènes psychologiques purement individuels, est encore une

discipline mal constituée. C'est, en tous cas, une discipline qui n'est pas enseignée. Le mot clôt la discussion. Il n'y a pas d'enseignement de psychologie juridique, par conséquent, la Sociologie juridique doit, provisoirement tout au moins, prendre en charge tous les phénomènes de psychologie juridique. Sinon, personne ne s'en occuperait.

Mais la réflexion nous amène aux frontières qui séparent la Sociologie juridique d'autres disciplines voisines en apparence.

SECTION II

RAPPORTS DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

AVEC D'AUTRES DISCIPLINES

Le terrain est, du reste, déblayé par les recherches précédentes concernant la spécificité du phénomène juridique. Cependant, ici, nous considérons non plus l'objet des sciences, mais les sciences elles-mêmes.

Le destin des sciences nouvelles, c'est qu'elles naissent sans frontières, et tout de même avec des querelles de frontières. La Sociologie juridique ne fait pas exception à cette règle. Elle perdrait beaucoup de temps si elle voulait vider toutes les querelles de voisinage qu'elle peut avoir à droite et à gauche. Elle fera mieux de ne pas s'apesantir là-dessus et d'aller son chemin, démontrant le mouvement en marche.

Néanmoins, quelques indications sont nécessaires pour ne pas trop s'égarer. Je voudrais vous les donner en recherchant successivement les rapports de la Sociologie juridique avec 1°) les deux grandes sciences éponymes, Sociologie et droit, 2°_ avec d'autres disciplines auxiliaires du droit.

§ 1 - RAPPORTS DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE AVEC LA SOCIOLOGIE ET AVEC LE DROIT.

On note ici des différences, mais, en même temps, une certaine association.

A- LES DIFFERENCES.

Avec la Sociologie générale, c'est une différence d'objet. Nous savons déjà que, dans le vaste champ d'étude de la Sociologie générale (auquel j'accorderai la rallonge de la psychologie sociale), la Sociologie juridique se découpe un domaine particulier en essayant de se servir du critère, si difficilement, de la juridicité. Il faut savoir ce qu'est la juridicité. C'est avec la juridicité qu'on arrive à tailler le champ d'investigation de la Sociologie juridique à l'intérieur du champ plus vaste de la Sociologie générale.

La Sociologie juridique est une branche de la Sociologie générale. La Sociologie a tendance à se spécialiser, et il existe d'autres branches de la Sociologie que la Sociologie juridique (exemples : Sociologie industrielle, Sociologie religieuse, Sociologie rurale, Sociologie économique).

Avec le droit (le droit dogmatique), la différence est de point de vue, d'angle de vision ; ce n'est pas une différence d'objet.

Sans doute, on a parfois voulu voir entre le droit dogmatique et la Sociologie juridique une différence d'objet : les juristes dogmatiques, a-t-on dit, étudient le droit comme un ensemble de faits normatifs, tandis que les sociologues étudient les phénomènes juridiques, en les dépouillant de tout caractère normatif.

Mais cette manière de présenter les choses est inexacte. Si l'on voulait dire que le sociologue considère les phénomènes juridiques comme dépouillés de normativité, de caractère obligatoire, à son égard, à lui, chercheur, on pourrait être d'accord : ce ne serait que la règle d'objectivité. Mais le sociologue ne doit pas considérer, pour autant, la règle juridique comme dépourvue de normativité à l'égard des autres, à l'égard de ces sujets naturels. Il la prend pour ce qu'elle est, c'est-à-dire pour une règle, pour une norme de conduite. Le caractère normatif obligatoire est une dimension inéfaçable du phénomène juridique, l'on ne peut pas observer ce phénomène sans le considérer comme normatif. C'est à peu près comme si un géographe voulait étudier un pays en faisant abstraction de son relief, ou plus précisément, comme si un philologue voulait étudier des phénomènes de syntaxe en faisant abstraction du caractère obligatoire que les règles de syntaxe ont pour ceux qui parlent l'idiome considéré. Du caractère obligatoire, normatif de la règle grammaticale, le philologue, quoiqu'il observe de dehors le phénomène, ne peut pas ne pas tenir compte. Et il y a plus qu'une analogie vague entre la Sociologie juridique et la science du langage. En réalité, c'est de cette sorte de science qu'il conviendrait de rapprocher la Sociologie juridique. Toutes deux étudient du dehors des phénomènes qui ont cette caractéristique d'être des phénomènes normatifs. Mais la normativité des phénomènes n'empêche pas qu'ils puissent être

observés du dehors. Bref, le droit dogmatique et la Sociologie juridique ont bien le même objet, la même matière d'observation.

Seulement, ce que le droit dogmatique étudie comme institution, la Sociologie juridique l'étudie comme phénomène, et du dehors. Le juriste dogmatique se place à l'intérieur d'un système juridique, de son système juridique national. Il peut légitimement prétendre l'influencer. Il en fait partie, puisqu'il est un élément composant de la doctrine (tout docteur est un élément de la doctrine). Il est non pas source du droit sans doute, mais autorité dans le droit. Il fait partie du système, il est dans le système. C'est le perroquet qui est là-haut dans les lianes et qui les remue, qui influence le système. Le Sociologue, lui, est en bas et en dehors ; il observe de loin, et son observation ne saurait influencer le système. En d'autres termes, on retrouve en Sociologie juridique la séparation radicale, propre aux sciences expérimentales, entre l'observateur et la matière observée.

La différence étant ainsi une différence de point de vue et non pas d'objet, on s'explique qu'il puisse exister autant de sociologies juridiques que de branches du droit. Il y a une sociologie du droit civil, mais il y a aussi une sociologie du droit international public, comme il y a une sociologie du droit fiscal (on peut noter précisément que l'une des rares études de sociologie juridique faisant application de la méthode des sondages que nous ayons en France, est une étude de sociologie fiscale : l'étude de M. Jean Dubergé sur la psychologie sociale de l'impôt, dans la France d'aujourd'hui, thèse Lettres Paris 1959 P.U.F.).

Ces diverses ramifications possibles de la Sociologie juridique, chaque rameau venant en quelque manière doubler un ensemble de droit dogmatique, appellent cependant des observations.

Par hypothèse, nous venons de voir qu'il existe une sociologie du droit criminel. Seulement, il existe aussi (et même depuis plus longtemps), la criminologie. Criminologie et sociologie criminelle ne coïncident pas exactement/ La Sociologie criminelle recherche uniquement les facteurs sociaux de la criminalité tandis que la criminologie a une vision plus générale, et recherche également les facteurs psychologiques, physiologiques, somatiques de la criminalité.

De même, il existe a priori une sociologie du droit public (du droit constitutionnel ou du droit administratif). Seulement, ce qui trouble un peu la classification, c'est qu'il existe aussi, et depuis plus longtemps, une science politique. Or, la science politique ressemble beaucoup à ce que pourrait être une sociologie du droit constitutionnel ou du droit administratif.

Ce que l'on peut dire pour essayer de faire la distinction, c'est que la science politique met davantage l'accent sur les applications, sur l'art plutôt que sur la science. Mais il faut reconnaître, cependant, que dans une classification rationnelle, la différence est très ténue entre science politique et sociologie du droit public. Et beaucoup d'études de science politique dont nous disposons d'ores et déjà, constituent en fait des études sociologiques et des modèles pour la Sociologie juridique.

Sociologie du droit criminel et sociologie du droit public se trouvent ainsi avoir été épaulées par des sciences plus anciennement constituées. Aussi sont-elles en avance sur les branches de la Sociologie juridique qui n'ont pas eu le même avantage.

Notamment sur la Sociologie du droit civil ou du droit commercial. La Sociologie du droit civil est probablement la plus en retard de toutes les branches de la Sociologie juridique. Cela se comprend aisément ; le droit civil a une telle perfection technique qu'il peut vivre, pour ainsi dire, en autarcie.

La différence ainsi marquée ne doit pas cependant nous faire oublier qu'il y a association entre la Sociologie juridique, d'une part, et d'autre part, le droit et la Sociologie.

B- L'ASSOCIATION

Elle se présente sous les espèces de ce que l'on nomme aujourd'hui une recherche interdisciplinaire.

Cette sorte de recherche, qui suppose un appel à des disciplines différentes, soulève des difficultés. Les difficultés de la recherche interdisciplinaire en tous domaines sont telles qu'une science est en train de se constituer pour les résoudre, que l'on a proposé d'appeler l'interdisciplinarité, et sous les auspices du Conseil International des Sciences sociales de l'UNESCO s'est tenu cet automne à Paris, un colloque, d'interdisciplinarité en vue d'essayer d'aplanir les obstacles.

Les obstacles tiennent pour partie au cloisonnement traditionnel de nos structures universitaires. On fait de la Sociologie à la Sorbonne, du droit à la Faculté de droit, et la Sociologie juridique reste un peu au milieu de la Rue Saint-Jacques... sans assiette bien fixe.

Mais il faut ajouter à cela des raisons de fond. C'est que les préoccupations des chercheurs, relevant de différentes disciplines, en l'occurrence des juristes et des sociologues, ne sont pas nécessairement identiques.

Pour faire une recherche interdisciplinaire fructueuse, il faut que tout le monde soit animé du même mouvement. Ce qui ne s'obtient pas par la contrainte. Il faut que juristes et sociologues tombent amoureux des mêmes problèmes. Or, nous constatons que les préoccupations des sociologues de la Sorbonne ou du Centre d'Etudes sociologiques (qui est un laboratoire du Centre National de la Recherche Scientifique) ne coïncident pas a priori avec celles des juristes. Ce qui paraît intéressant aux uns paraît parfois secondaire aux autres.

Prenons pour exemple le thème de la famille, qui est pourtant, dans sa généralité, le foyer d'une certaine convergence d'intérêt entre sociologues et juristes. Ce n'est pas, dans la famille, les mêmes aspects qui captivent les uns et les autres. Les sociologues sont intéressés par les aspects extrapatrimoniaux du droit familial (les relations personnelles entre mari et femme, entre parents et enfants). Les juristes voudraient que l'on s'occupât davantage des rapports patrimoniaux (exemple, droit des successions).

Une règle sage serait de proposer des thèmes de recherches aussi concrets que possible. L'expérience montre que, lorsqu'on réunit des chercheurs relevant de disciplines différentes sur un thème interdisciplinaire un peu vaste, les deux parties sont tellement intéressées par le problème général de l'interdisciplinarité que tous les débats versent vers les problèmes de méthodologie les plus abstraits.

S'il est difficile de donner à chaque chercheur une formation mixte de juriste et de sociologue, on pourrait se contenter de constituer des équipes mixtes de chercheurs, réunissant des juristes et des sociologues. Une collaboration, en tous cas, est nécessaire. Les questionnaires de sociologie de la famille qui servent de base aux enquêtes sociologiques gagneraient en général à être revus par des juristes.

Il existe également, à un niveau inférieur, un moyen pratique de réaliser l'interdisciplinarité, c'est la constitution de services communs. Il devrait y avoir, par exemple, des services communs de mécanographie. Les ressources de bibliothèque devraient être également mises en commun. Sur ce terrain, par des voies amiables et non pas organiques, une certaine interdisciplinarité est déjà établie. Il reste, néanmoins, beaucoup à faire.

§ 2- RAPPORTS DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE AVEC D'AUTRES DISCIPLINES AUXILIAIRES DU DROIT.

On parle parfois aussi de disciplines collatérales au droit, ou encore de disciplines diagonales (qui traversent le droit et la sociologie). Certaines de ces disciplines paraissent avoir des rapports de voisinage avec la Sociologie juridique. Mais une distinction peut

être faite entre elles selon le degré d'avancement qu'elles présentent.

1°- Il est une première catégorie de disciplines auxiliaires du droit qui ne sont pas encore constituées réellement en sciences autonomes, qui en tout cas ne sont pas encore enseignées dans les Facultés de droit. Cette circonstance donne une solution au problème de voisinage : puisque personne ne les enseigne, provisoirement la Sociologie juridique est fondée à les prendre en charge. Ainsi, pour la psychologie juridique. Mais également pour d'autres sciences virtuelles, dont on reconnaît d'avance l'intérêt, quoiqu'elles ne soient encore ni enseignées ni même constituées. C'est le cas de ce que l'on pourrait appeler la biologie juridique. Le droit civil, dans ses tendances modernes, paraît s'intéresser beaucoup à la biologie juridique (par exemple pour la preuve de la filiation). Admettons que c'est la Sociologie juridique qui, provisoirement, aura la gestion de cette biologie juridique, encore en enfance.

Semblablement, il y aurait place pour une géographie juridique dans le droit des biens, et même dans celui des contrats (pour la compréhension des différentes sortes de tenure rurale). Admettons ici encore que la Sociologie juridique prendra provisoirement en mains ce service. Elle y a vocation pratique, à défaut de compétence théorique.

2°- Des disciplines auxiliaires sont déjà constituées en sciences autonomes.

Ce sont des disciplines auxiliaires du droit, déjà enseignées à ce titre depuis fort longtemps dans nos Facultés.

Je commence par mettre à part la démographie, qui, de toutes les sciences auxiliaires dont je parle ici, est sans doute celle qui a le plus de rapports avec la Sociologie juridique. Les rapports de la Sociologie et de la démographie sont si étroits que, dans notre organisation administrative de la Recherche scientifique, démographes et sociologues sont réunis pour former un même secteur de recherche. La démographie, telle qu'elle est enseignée dans les Facultés de droit (c'est-à-dire du côté de l'économie politique) est indispensable à une sociologie du droit de la famille.

Je m'arrêterai plus longtemps sur ces sciences auxiliaires du droit que sont l'histoire du droit, le Droit comparé et l'ethnologie juridique (l'histoire du droit englobant le droit romain).

Ces trois disciplines semblent avoir une unité de méthode avec la Sociologie juridique. Elles pratiquent les mêmes méthodes d'observation en les appliquant aux mêmes phénomènes juridiques, et dans le même esprit : le chercheur y observe du dehors des systèmes juridiques

dont il ne fait pas partie. On doit retrouver dans ces trois disciplines la même objectivité, la même neutralité.

Seulement, ces trois disciplines paraissent s'opposer à la Sociologie juridique en ce que toutes trois, à égal titre, supposent un mouvement de dépaysement, qui ne se retrouve pas pour la Sociologie juridique, au moins dans une certaine conception de celle-ci.

L'histoire du droit, le droit romain nous dépayse dans le temps, le droit comparé, qui nous introduit dans les droits étrangers, nous dépayse dans l'espace ; quant à l'ethnologie juridique, elle nous dépayse à la fois dans le temps et dans l'espace, puisqu'elle nous met en contact avec des droits archaïques qui représentent pour nous, suivant une formule imagée très parlante et au fond très utile, du passé vivant.

Par élimination, ce qui subsisterait comme champ d'étude pour la Sociologie juridique proprement dite, ce serait seulement la Société française contemporaine.

De fait, cette conception restrictive existe : il est des chercheurs de Sociologie générale qui considèrent que le seul champ de leur science est la société contemporaine, spécialement nationale.

Pour nous, cette conception restrictive peut se recommander d'une nécessité pratique de répartition des enseignements. Puisqu'il y a un enseignement d'ethnologie juridique, il est inutile, en principe, qu'un cours de Sociologie juridique s'occupe de la Sociologie juridique des sociétés archaïques.

Il n'empêche que cette conception est artificielle, et au fond scientifiquement mauvaise. Rationnellement, il existe, il faut qu'il existe, une unité de la série sociologique à travers le temps et l'espace. Tous les systèmes juridiques, du passé et du présent, s'offrent rationnellement à la Sociologie juridique qui a compétence pour y appliquer la même méthode comparative.

Cela est tellement vrai que M. Henry Lévy-Bruhl avait proposé de réunir l'histoire du droit et le droit romain d'une part, le droit comparé et l'ethnologie juridique, d'autre part, ainsi que la Sociologie juridique au sens strict, dans une science unique qui se serait opposée à toutes les sciences traditionnelles du droit, à toutes les sciences dogmatiques du droit, et qu'il proposait d'appeler "la juristique". Les "juristiciens" auraient été les chercheurs qui se seraient appliqués à cette sorte de recherches (caractérisée par l'unité de la méthode comparative).

Il faut convenir toutefois que l'unité de la méthode comparative ne concerne pas au même degré les trois disciplines. L'argument vaut à plein pour l'ethnologie juridique. Elle est véritablement une socio-

logie juridique : c'est la Sociologie juridique des Sociétés primitives au lieu d'être celle des sociétés modernes, mais c'est pleinement et exclusivement une sociologie juridique. Au contraire, dans l'histoire du droit et dans le droit comparé, tels qu'ils sont ordinairement compris chez nous, des aspects de droit dogmatique peuvent se mêler et se mêlent très légitimement aux aspects sociologiques.

Il est bien certain, par exemple, que notre enseignement du droit romain ne tend pas simplement à la connaissance sociologique des phénomènes juridiques qui se déroulaient dans la Société romaine. Ce système juridique du droit romain est pour nous, Français, et généralement pour les juristes occidentaux, un système juridique privilégié, parce qu'il est la clef d'une partie du système de notre droit positif.

A côté de l'histoire sociologique du droit romain, il y a donc place pour une histoire dogmatique, et même le plus souvent, c'est celle-ci qui a été prépondérante : les textes du droit romain ont été étudiés en vue d'une meilleure compréhension, d'une meilleure interprétation du droit français positif.

Semblablement, l'étude du droit comparé peut être menée avec des préoccupations de droit dogmatique très légitimes. Le droit comparé compare des textes et spécialement des textes de loi. La vieille expression qui n'est plus en usage mais est tout de même significative des origines de cette discipline, c'est législation comparée. Sans doute, le droit comparé ne se désintéresse pas de l'accueil que les textes de loi peuvent recevoir dans la Société, de leur application ; il n'empêche qu'il part généralement de la loi, tandis que la Sociologie juridique appliquée à des droits étrangers, part plutôt du corps social, de la Société étrangère considérée et recherche quel est, sous la loi, le comportement de cette société et de ses membres.

Il est un certain nombre de points de vue, propres à la Sociologie Juridique quand on la place en face des droits étrangers compris dans la série sociologique, un certain nombre de points de vue spécifiques qui ne se retrouvent pas dans le droit comparé.

Ce qui intéresse la Sociologie juridique en pareil cas, c'est de rechercher quelles corrélations il peut y avoir entre la règle de droit étrangère et l'état des moeurs dans la société étrangère considérée. Et aussi les corrélations de ces règles de droit avec la psychologie nationale. Il existe un aspect un peu particulier de la psychologie juridique, qui est l'étude des esprits juridiques nationaux, des traits dominants dans la psychologie juridique de telle ou telle nation ; c'est une recherche très conjecturale et que beaucoup de sociologues aujourd'hui considèrent comme peu scientifique. On disait autrefois, par exemple, que les peuples latins se caractérisaient par une conception rigide du contrat, de la fidélité contractuelle tandis que les germaniques acceptaient une certaine évolution,

un certain aménagement du contrat - la preuve en étant que le droit allemand admet la révision des contrats pour cause d'imprévision, tandis que le droit civil français ne l'admet pas. Ce genre de recherche appartient à la psycho-sociologie juridique, non pas au droit comparé.

De même, le sociologue en présence du texte étranger voudra savoir en premier lieu dans quelle mesure ce texte s'applique effectivement, quel en est le degré d'effectivité, parce qu'il voit, par-delà le texte, un phénomène social. L'étude des phénomènes d'ineffectivité de la loi étrangère est, au contraire, secondaire pour le juriste de droit comparé.

En outre, la finalité des deux recherches est largement différente. Il faut bien reconnaître que le droit comparé est né en France avec des préoccupations de perfectionnement législatif. On cherche dans les législations étrangères des modèles possibles pour une réforme du droit national. Cette finalité est étrangère au sociologue. Il n'y a là qu'une application de cette règle de neutralité dont je vous ai parlé : pas de jugement de valeur sur les règles de droit observées. La règle de droit étrangère est intéressante, même si elle est absurde, et même peut-être davantage si elle est absurde, si elle n'est pas un modèle concevable pour le droit français.

Cette différence de points de vue aboutit à une différence dans la délimitation pratique du champ d'investigation. Ce qui est intéressant pour le droit comparé, en raison même de cette finalité de perfectionnement législatif, qui est la sienne, ce sont les droits appartenant à la même famille que le droit national, des droits relativement voisins. Tandis que pour le sociologue, cette considération est secondaire, et même à certains égards, un droit très étranger peut être plus intéressant. Ici, nous retrouvons l'ethnologie; un droit très exotique, très différent, le plus différent possible sera beaucoup plus significatif au point de vue sociologique et pourra permettre de déceler des corrélations qu'une législation trop proche n'aurait pas révélées.

Tous les droits européens constituent pour l'oeil du sociologue une grisaille, d'où il lui sera difficile de tirer des causalités, tandis qu'un droit violemment exotique (un droit extrême-oriental ou africain) sera pour lui extrêmement révélateur.



" ETAT DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE "

Ce cours de Sociologie Juridique comportera une partie spéciale consacrée, cette année, au Procès et au Jugement. Mais étant donnée, notamment, l'absence de manuels de Sociologie Juridique, il n'est pas possible de laisser absolument de côté ce que l'on peut appeler la partie générale de cette discipline ; il faut qu'à tout le moins vous en ayez une notion. C'est pourquoi, avant la partie spéciale déjà annoncée, je consacrerai un certain nombre de cours à une partie générale, dans laquelle j'essaierai de vous présenter les notions les plus élémentaires de la Sociologie Juridique, sous forme de bilan, d'inventaire.

Cette partie générale aura pour titre : "Etat de la Sociologie Juridique", "état" au sens d'inventaire.

Il n'est pas facile, d'ailleurs, de dresser un état de la Sociologie Juridique et, encore moins, de la Sociologie Juridique appliquée au droit civil, car, au fond, cette Sociologie juridique n'existe pas ou n'existe guère, les éléments en sont extrêmement dispersés. Il y a, sans doute, des juristes qui ont fait quelques notations de portée sociologique ou qu'ils ont crues telles, et, à l'inverse, des sociologues qui ont traité de questions pouvant intéresser le droit, mais dans un esprit de sociologie générale, de sorte qu'entre les juristes peu sociologues et les sociologues peu juristes, la Sociologie Juridique reste en l'air.

C'est ce qu'il pourrait y avoir de décourageant dans l'enseignement de la Sociologie Juridique et, à mes débuts, j'ai eu l'impression d'avancer au milieu d'un désert. J'étais obligé de forcer les traits des quelques éléments que je rencontrais ça et là, pour leur donner figure de position cohérente ; j'étais obligé d'imaginer des théories et des adversaires à ces théories, afin d'animer le débat,

Cependant, peu à peu, les choses s'ordonnent. A force d'enseigner la Sociologie juridique, on finit par se persuader qu'elle existe et, certes, elle existe de plus en plus, au fur et à mesure qu'elle est enseignée.

Je diviserai cet état de la Sociologie juridique en trois chapitres ; ce seront respectivement :

- l'état des doctrines,
- l'état des recherches,
- l'état des applications.



————— C H A P I T R E I —————

E T A T D E S D O C T R I N E S

Aristote, Montesquieu, Charles de Savigny, pour citer quelques noms, ont fait de la sociologie à leur manière, mais c'était - l'expression est usuelle - de la sociologie juridique spontanée, inconsciente ; la sociologie juridique véritable, consciente, scientifique, n'est venue que plus tard.

On hésite, à la vérité, sur le point de départ, dans l'Histoire, de la sociologie juridique. On pourrait songer, c'est la coupe que l'on adopte volontiers en sociologie générale, à Auguste Comte, mais c'est un fait qu'Auguste Comte était très peu juriste ; il avait même une certaine incompréhension pour le droit. Aussi, du moins en France, place-t-on volontiers le point de départ de la sociologie juridique scientifique à Emile Durkheim dont la thèse de doctorat ès Lettres, "La division du travail social", suscita en 1893 un profond mouvement d'idées.

D'autres pays, sans doute, placeraient la coupure ailleurs, plus tôt ou plus tard, mais, en France, c'est volontiers ce nom d'Emile Durkheim qui est retenu.

Toutefois, je ne veux pas faire ici, sous couvert d'un état des doctrines de sociologie juridique, un historique de cette sociologie ; le point de vue historique n'est pas essentiel à notre étude. Ce que j'étudie, ce sont les courants actuels de pensée en sociologie juridique, du moins les principaux, et ce n'est que dans la mesure où l'Histoire peut être nécessaire à l'intelligence de ces courants actuels que je m'y référerai.

Comment présenter les doctrines en sociologie juridique ?... On peut songer à deux clivages pour les séparer, deux clivages différents et qui ne coïncideront que par hasard. Il y a des divisions politiques et des divisions techniques au sein de ces doctrines. Politique et technique, c'est une opposition à laquelle il faut, d'ailleurs, retirer la coloration trop politique qu'y mettrait le langage courant, pour la prendre dans le sens plus technique que lui donnent les juristes, depuis Gaston Jèze.

S E C T I O N I

LES DIVISIONS POLITIQUES DE LA DOCTRINE

EN SOCIOLOGIE JURIDIQUE

De prime abord, la sociologie du droit civil pourrait sembler plus éloignée que d'autres des préoccupations politiques. Tout le monde connaît la très grande technicité du droit civil. Que le droit public ou le droit pénal se prête à des considérations politiques, cela se conçoit, mais le droit civil ?... Et, cependant, vous n'avez qu'à songer à des institutions telles que la propriété ou l'héritage, ou bien encore l'autonomie de la volonté, voire la responsabilité, sans même parler de la famille, pour apercevoir le lien qui peut exister entre le droit civil et les positions politiques.

C'est un fait que la sociologie juridique, à peine née, a été mise au service des positions politiques que tel ou tel chercheur pouvait avoir et, réciproquement, que les positions politiques de tel ou tel chercheur ont pu infléchir ses vues de la sociologie juridique.

N'est-ce pas regrettable ?... Une science ne se devrait-elle pas d'être politiquement neutre ?... Sans doute. Mais cela montre que la sociologie juridique n'est pas une science exacte ; à tout le moins, cela montre que les sociologues restent des hommes. Il ne serait pas réaliste, en tout cas, de dissimuler cette réalité.

Sans doute, il sera malaisé de placer des étiquettes politiques précises sur telle ou telle doctrine de sociologie juridique. Néanmoins, il existe des tendances politiques générales en sociologie, et dans un examen des doctrines de sociologie juridique, on peut parler d'orientations progressistes et d'orientations conservatrices, étant bien spécifié qu'il ne faut pas relier ces termes à des partis politiques français.

Du reste, progressiste ou conservateur, mouvement ou résistance, cela ne se conçoit que par rapport à quelque chose qui existe. Dans une sociologie juridique du droit civil, le progressisme ou le conservatisme se mesurent par rapport à quelque chose qui existe en effet, qui a une valeur particulière, c'est l'ordre juridique libéral, individualiste et, aussi, capitaliste, tel qu'il a trouvé ou semble avoir trouvé son expression dans le Code Napoléon. Le Code Napoléon est le point par rapport auquel nous pouvons classer poli-

tiquement les doctrines de sociologie juridique.

§ 1 - LES ORIENTATIONS PROGRESSISTES.

Ce sont, probablement, les plus importantes en nombre de sociologues, en poids universitaire, en densité de production imprimée.

Je voudrais essayer de caractériser ces orientations en me plaçant de l'extérieur, d'abord, par un inventaire externe des doctrines. Puis, me plaçant à un point de vue interne, je voudrais faire apparaître les instruments conceptuels dont ces doctrines se sont servies.

A. Inventaire externe.

Nous sommes en présence de courants d'origine différente, mais dont les eaux, aujourd'hui, se mêlent souvent au point que, du moins en France, l'origine première est devenue souvent indiscernable.

Quels sont ces courants ?... J'en distinguerai trois :

- le Marxisme,
- l'Ecole durkheimienne,
- et ce que j'appellerai d'un terme dont je m'excuse : la tendance ouvriériste en sociologie juridique.

Je reprends l'examen de ces trois courants :

1er courant, le Marxisme. Il existe dans le marxisme une sociologie juridique qui peut se schématiser ainsi, en faisant abstraction de bien des nuances, ce dont je m'excuse : le droit dépend de l'infrastructure économique ; la création du droit est un reflet de la lutte des classes et, à un moment donné du devenir, les solutions du droit expriment une situation de classe déterminée. Voilà, en gros, comment on peut présenter la position marxiste en matière de sociologie juridique.

Il y a eu des variations sur ce thème, et il en est une dont il faut parler parce qu'elle intéresse plus directement le droit privé : c'est l'oeuvre d'un socialiste autrichien qui joua, d'ailleurs, un rôle politique important dans son pays, Karl Renner, auteur d'un ouvrage intitulé "Les institutions du droit privé et leur fonction sociale". L'ouvrage remonte à 1904 dans son édition allemande, mais il y a eu une édition anglaise, en 1929, - ce qui atteste que cet ouvrage eut un certain retentissement.

Renner se distingue des positions élémentaires du marxisme, telles que je viens de les schématiser, en ce qu'il y apporte quelques

nuances ; il critique même les vues courantes des marxistes sur les rapports du droit et de l'économie. Il fait remarquer qu'une transformation radicale de la société n'implique pas toujours une modification concomitante de sa structure juridique, de sorte que l'évolution économique n'a point toujours un effet direct sur le droit.

En d'autres termes, Karl Renner met l'accent sur un trait particulier du droit que le schéma marxiste ordinaire ne laisse pas apercevoir, savoir : que le droit a son rythme d'évolution propre et que, bien souvent, il reste en retard sur les autres facteurs de la vie sociale, si bien qu'il peut y avoir une discordance entre le point où la vie économique est arrivée dans un pays donné et le point où, au même moment, le droit se trouve.

Ainsi, - l'exemple est de Renner lui-même - le droit de propriété est resté (en 1904, mais cela n'a point été modifié dans l'édition de 1929) le droit de propriété est resté, juridiquement, un droit conçu de façon individualiste, alors que, économiquement, il y a déjà très largement socialisation, ou du moins collectivisation. D'un point de vue purement économique, le droit de propriété est devenu un pouvoir de domination au profit d'une association de capitalistes dominateurs sur la masse des salariés. Donc, il y a eu collectivisation de ce droit considéré dans son exercice, et, cependant, l'instrument juridique est resté le droit subjectif individualiste de propriété. Donc, il y a discordance entre l'évolution du droit et celle de l'infrastructure économique.

Cependant, cette doctrine de Renner est restée assez isolée. L'orthodoxie marxiste, en la matière, demeure liée à la thèse de l'infrastructure et, dans les pays de l'Est, c'est, assez généralement, le schéma marxiste tel que je l'ai indiqué dans ses grandes lignes, qui constitue ce que l'on appelle la sociologie juridique. La sociologie juridique, c'est le marxisme appliqué au droit.

Au reste, on pourrait noter peut-être, chez d'assez nombreux juristes des pays de l'Est, une certaine réserve à l'égard du principe même d'une sociologie juridique. Peut-être craignent-ils que la sociologie juridique - c'est un de ses aspects possibles, nous y reviendrons, c'est l'autre orientation concevable - ne serve à justifier l'immobilisme et les résistances à une légalité révolutionnaire.

Le second courant dans l'orientation progressiste que j'examine ici me paraît constitué par l'école durkheimienne. Durkheim a eu une énorme influence sur la sociologie française, influence due à certains traits de sa personnalité : sa probité intellectuelle, sa très grande rigueur morale.

Durkheim a constitué véritablement une école, l'Ecole française de Sociologie, pourrait-on dire. Il a eu des disciples dans les Facultés

de Lettres et dans les Facultés de Droit. Dans les Facultés de Lettres, je vous citerai les noms de Lucien Lévy-Bruhl et de Marcel Maus, dont les travaux sociologiques et ethnologiques intéressent souvent le droit. Dans les Facultés de Droit, des romanistes comme Huvelin ou M. Henri Lévy-Bruhl, un publiciste comme Léon Duguit, se sont ressentis très fortement de l'influence de Durkheim.

Or, sans qu'il y ait de connexion nécessaire, il faut relever une certaine affinité de l'Ecole Sociologique de Durkheim avec des tendances politiques qui furent très puissantes sous notre IIIème République : le radicalisme, le radical-socialisme et, surtout, le socialisme. Et même par-delà les appartenances politiques précises (on peut penser à Duguit qui, d'un point de vue strictement personnel, était tout le contraire d'un progressiste en politique), il est rare que l'influence de Durkheim ne se soit pas accompagnée de préoccupations sociales au sens large, ce qui permet de classer les auteurs dont il s'agit dans les orientations progressistes ici recensées.

J'en arrive à un troisième courant que j'ai nommé "la tendance ouvriériste". C'est une tendance qui est très perceptible, à l'heure actuelle, chez beaucoup de chercheurs pratiquant, professionnellement, la méthode de l'enquête, de l'enquête sur le terrain, cette méthode dont nous verrons la très grande importance. Ces chercheurs pratiquent la méthode de l'enquête de préférence en milieu ouvrier, en milieu prolétarien, pour diverses raisons dont la plus frappante est peut-être celle-ci : que c'est ce milieu-là qui est le plus perméable à l'enquête, où l'enquête est le plus facile.

Or, pratiquant leur enquête en milieu ouvrier, ces chercheurs, inconsciemment ou même consciemment, s'imprègnent des préoccupations et des sentiments propres au milieu qu'ils observent.

Je dis "consciemment ou inconsciemment". Consciemment, parfois, car il faut dire que, contre la vieille règle durkheimienne de l'objectivité du chercheur, on voit apparaître, dans la méthodologie actuelle de la sociologie, l'idée que l'enquête pourrait atteindre de meilleurs résultats en ne restant pas strictement objective, en devenant - c'est l'expression - une enquête participante, où l'enquêteur participe, en quelque sorte, au milieu enquêté, une enquête "sympathique" disent même quelques-uns, et l'expression est tout-à-fait significative : pour mieux trouver la vérité, il faut sympathiser avec le milieu enquêté et, si ce milieu est un milieu ouvrier, tout naturellement ce sont des tendances ouvriéristes (je m'excuse, une fois de plus, du terme) qui imprégneront le chercheur.

Cette sympathie pour l'ouvrier, pour le milieu ouvrier conduit, assez facilement, à imprimer à la sociologie générale (et, par contre-coup, je pense, à des thèmes comme ceux de la famille, qui intéressent, à

la fois, la sociologie générale et le droit civil) à la sociologie juridique aussi un esprit socialiste, socialisant, quand bien même il ne s'agirait pas d'un socialisme politiquement consistant.

B. Les instruments conceptuels.

Il est des concepts, des postulats sociologiques qui, entre les mains de ces sociologues, vont devenir des instruments révolutionnaires, lato sensu, des leviers pour ébranler l'ordre juridique existant. J'en retiendrai deux : le primat de la société et le concept de la relativité du droit.

a) Premier concept.- Le primat de la société.- Les durkheimiens principalement ont beaucoup insisté là-dessus. Au commencement était la société et de cette primauté dans le temps, la société tire une sorte de prééminence dans l'échelle des valeurs, prééminence qui, politiquement, presque par un jeu de mots, pourrait-on dire, va conduire à un certain socialisme. En voici des exemples :

Ainsi, pour une institution comme la famille, il y avait, avant Durkheim, un schéma assez traditionnel chez les juristes et qui flattait certaines thèses conservatrices, savoir que la société s'était constituée par agrégation de familles. A l'origine était la famille, et la société n'était qu'un produit dérivé de la famille.

Les durkheimiens ont renversé la séquence : à l'origine était la société ; plus précisément, le clan totémique ; c'est peu à peu qu'à l'intérieur du clan, par un processus de différenciation croissante, la famille s'est constituée, d'abord la grande famille, la famille étendue, puis la famille patriarcale, et, enfin, la famille conjugale, la famille nucléaire qu'est la famille d'aujourd'hui. La conclusion implicite est que l'institution de droit civil est dans la dépendance de la société.

Même raisonnement pour le contrat. Ici, on peut se reporter à un ouvrage classique dans la sociologie du contrat : la thèse de Lettres du Doyen Georges Davy, "La foi jurée", "étude sociologique du problème du contrat" (1922).

Quel est le schéma d'évolution sociologique, selon M. Davy ?...

A l'origine, le contrat se présente comme un contrat collectif. Ce n'est pas un accord de volonté entre deux individus, c'est une alliance, l'alliance du sang entre deux tribus. Ce sont deux tribus, deux collectivités qui contractent ensemble, car, à ce stade de l'évolution de l'humanité, l'individu n'est encore rien, est, juridiquement, inexistant.

Ainsi du potlatch, qui est une des formes primitives du contrat. C'est un échange de dons, et l'on y trouve une illustration d'un grand principe de sociologie juridique auquel Marcel Mauss devait donner une formule célèbre : "Le don est la forme primitive de l'échange" ; or, dans le potlatch, ce sont deux tribus qui échangent des cadeaux ; non pas deux individus. Ce contrat primitif est une opération entre deux collectivités. Ici encore, ce n'est que peu à peu, par un processus de différenciation croissante, que le contrat est devenu individuel.

Bref, à l'origine, c'est la société qui a fait le droit, et notre beau principe individualiste de l'autonomie de la volonté, de la liberté contractuelle, se trouve, par ce raisonnement sociologique, placé sous la dépendance de la société.

Même raisonnement, enfin, pour la responsabilité. Ici, c'est à la thèse d'un autre disciple de Durkheim qu'il faut se référer, la thèse de Lettres de Paul Fauconnet (1920). A l'origine, la responsabilité a été collective. C'est un caractère bien connu de la responsabilité primitive : elle est la responsabilité d'un groupe, et, ici encore, ce n'est que peu à peu, par un processus de différenciation croissante, qu'elle s'est individualisée. Notre conception moderne de la responsabilité, telle qu'elle s'exprime dans l'article 1382, n'a pas de valeur propre, c'est la société qui, peu à peu, a délégué aux individus ses droits et ses pouvoirs en matière de responsabilité.

Vous voyez le mode de raisonnement constant dans la sociologie durkheimienne : à l'origine du droit, était la société.

b) Le second concept est celui de la relativité du droit.-

Tous les courants sociologiques dont je viens de faire état dans ce paragraphe font apparaître la variabilité essentielle des institutions juridiques, soit dans le temps, soit dans l'espace. Tous les sociologues relevant de ces courants insisteront en faisant appel à l'histoire ou à l'ethnologie, sur la très grande diversité des solutions juridiques. Par là, la sociologie vient ruiner toute idée de droit naturel. Montaigne et Pascal, déjà, avaient dit :

"Plaisante justice qu'une rivière borne !...",
mais ils ne l'avaient pas dit avec un tel appareil scientifique, et voilà le grand changement du XXème siècle.

En outre, par là, la sociologie va suggérer le sentiment d'une fragilité, d'une précarité essentielle des institutions du droit positif. Les institutions du droit positif, nous ne devons jamais

les considérer comme éternelles, ainsi que le droit dogmatique, trop souvent, aurait tendance à le faire, puisque nous voyons dans l'ethnologie qu'elles ont eu un commencement ; elles sont sujettes à changer puisque le changement est inhérent, en quelque sorte, au phénomène juridique.

De cette utilisation du relativisme historique du droit, il est un exemple célèbre : c'est l'ouvrage du disciple de Karl Marx, Frédéric Engels, "Origines de la famille, de la propriété et de l'Etat". Le livre est de 1884 et le titre exprime assez quel est le but de la démonstration. La génétique des institutions juridiques est invoquée contre l'existence même des trois colonnes de l'ordre juridique bourgeois : la famille, la propriété et l'Etat. Engels nous montre quelles ont été les origines fangeuses de ces trois institutions pour nous inviter à croire qu'elles sont appelées à disparaître un jour.

C'est en quoi on peut dire que les auteurs relevant des tendances que je viens de décrire sont socialistes puisqu'ils posent le primat de la société ; progressistes, puisqu'ils croient à une évolution, et que (peut-être par un optimisme qui n'est pas donné dans le schéma, qui n'en est pas une conséquence nécessaire) cette évolution leur paraît être un progrès.

Peut-être y a-t-il, du reste, des contradictions au moins apparentes, dans la démonstration génétique. Est-ce que le progrès - puisque c'est le progrès que l'on cherche - n'a pas consisté, d'après la description qui en est donnée, dans un processus croissant de différenciation et d'individualisation, ce qui ferait de la socialisation une régression ?... D'autre part, toute priorité chronologique implique-t-elle nécessairement une primauté théorique ?... Ces objections ne sont probablement pas irréfutables. Il suffit de les signaler en passant. Nous n'avons pas, ici, à faire la critique des doctrines, mais seulement à les exposer.

§ 2 - LES ORIENTATIONS CONSERVATRICES EN SOCIOLOGIE JURIDIQUE.

Il y a plusieurs types de conservatisme sociologique, et plusieurs types qui ne se mêlent pas, qui restent, d'ordinaire, assez nettement distincts. J'en discernerai trois :

- la sociologie des corps intermédiaires,
- la sociologie des traditions,
- la sociologie de l'optimisme.

A. La sociologie des corps intermédiaires.

De celle-ci, ce n'est pas assez dire que de la dire conservatrice ; elle serait même réactionnaire par rapport au Code Napoléon. Elle reproche au Code Napoléon d'avoir été trop loin, d'avoir été révolutionnaire. Ici, nous saisissons un aspect politique du Code Napoléon, aspect politique qui est bien connu, son individualisme.

On a parlé bien souvent de l'atomisme de la Révolution de 1789, atomisme qui a inspiré le Code Napoléon. Il y a d'un côté l'Etat et, en face, il n'y a plus qu'une poussière d'individus. Abolition des corporations, anéantissement des provinces, affaiblissement des structures familiales... il y a là une série de reproches que l'on a faits à la Révolution, à travers le Code Napoléon.

Déjà, sous la Restauration, ce reproche avait été formulé par quelques auteurs, où l'on peut apercevoir des éléments sociologiques. Je pense à M. de Bonald et à Joseph de Maistre. Joseph de Maistre, en particulier, avait prôné la méthode expérimentale en législation, ce qui était, au fond, un point de vue sociologique, en réaction contre l'esprit rationaliste qu'il prêtait à la Révolution et au Code Civil, cet esprit qui aurait conduit les auteurs du Code Civil à légiférer à partir de postulats purement rationnels, sans tenir compte de l'expérience historique.

Joseph de Maistre préconisait une sorte de législation expérimentale. Seulement, l'idée restait encore très peu scientifique. Auguste Comte allait nourrir ces tendances de son positivisme. Il y a, dans Auguste Comte, un aspect réactionnaire, une hostilité à la philosophie du Code civil. C'est un sociologue polonais, de Kelles-Krauz, qui a eu cette formule :

"Auguste Comte a été l'exécuteur réactionnaire du testament catholique contre-révolutionnaire".

Le nom qui vient ici sur les lèvres est celui de Frédéric Le Play (1806-1888). Parmi les auteurs que l'on peut regarder comme des précurseurs de la sociologie juridique, il mérite considération, car, il a eu une influence durable. Il y a eu une école dite "Ecole de la réforme sociale", constituée par ses disciples. La preuve la plus certaine qu'il y avait une école, c'est qu'elle avait des dissidents (l' "Ecole de la Science Sociale", dont le protagoniste, Paul Bureau publia, en 1923, une "Introduction à la science sociologique"). Frédéric Le Play a laissé une série de monographies consacrées, notamment, aux ouvriers européens.

L'influence de Le Play - très forte en France, surtout en dehors de l'Université - a été double, intellectuelle et politique.

D'un point de vue purement intellectuel, purement sociologique, Le Play est le promoteur d'une méthode qui n'a pas complètement disparu, la méthode des monographies. Il a étudié sous cette forme les familles ouvrières, certaines familles paysannes, notamment une famille des Basses-Pyrénées, la famille Mélouga, pour montrer les méfaits du régime successoral de partage égal du Code Napoléon ; la destruction d'une famille, au XIXème siècle, par l'effet de la loi de partage égal instituée, - ou du moins que Le Play pensait avoir été instituée - par le Code Napoléon.

Ces monographies portent, non pas sur des individus, mais sur des familles. C'est bien caractéristique d'une sociologie des corps intermédiaires. La famille est étudiée par prédilection, parce qu'elle est la cellule sociale par excellence.

Cette méthode des monographies a été critiquée ; notre siècle préfère l'observation de masse, c'est-à-dire la statistique et l'enquête par sondages. On a reproché à la méthode des monographies de n'opérer que sur des cas particuliers, ce qui peut, a priori, paraître anti-scientifique, car il n'est de science que du général (le singulier n'est pas, a-t-on dit, un objet de science).

Cependant, l'objection n'est pas absolument sans réplique ; on peut, en tout cas, atténuer les inconvénients de la méthode monographique en multipliant les monographies, et, effectivement, notre époque pratique la monographie sous forme d'enquête. Il est, parfois, très difficile de distinguer l'enquête par sondages et la monographie multipliée.

En revanche, la monographie a quelque chose de plus vivant que l'enquête par sondages ; elle permet de saisir le devenir de l'objet observé à travers le temps. Par exemple, dans le cas des enquêtes monographiques de Le Play, la méthode lui permettait de saisir les transformations d'une famille à travers le XIXème siècle, ce qu'une enquête de masse ne lui aurait pas permis de saisir.

La preuve que la méthode n'est pas tellement mauvaise, c'est qu'elle n'a pas complètement cessé d'être pratiquée, et les Américains eux-mêmes, si férus qu'ils soient de l'observation de masse, connaissent le "case-study", l'étude de cas, qui n'est, au fond, sous une forme anglaise et avec le perfectionnement technique, que la transposition de la méthode de Le Play.

Le Play a eu, d'autre part, une influence sur la politique française.

A la vérité, l'évolution politique de la France sous la IIIème République parut longtemps se faire dans la ligne de l'individualisme révolutionnaire, donc au rebours du familialisme de Le Play. Cependant, ce familialisme devait servir sa mémoire, lui créer des fidèles. Tout un secteur de l'opinion conservatrice, en France, s'est

réclamé, se réclame encore des idées de Le Play. Et même, chose plus rare chez les sociologues, ces idées ont fini par aboutir à des conséquences normatives. Il n'y a pas tellement de doctrines sociologiques qui puissent se vanter d'être passées en forme de loi : c'est arrivé à Le Play, avec la réforme successorale de 1938, dont l'importance idéologique est considérable, lors même que son importance pratique n'a pas été à la même hauteur. La réforme successorale de 1938 représente la première tentative de contre-révolution, si l'on peut dire, sur le terrain successoral, la première tentative pour revenir sur le système de partage égal en nature qu'avait instauré le Code Civil, après la Révolution. Or, cette réforme successorale découle, par une filiation que l'on pourrait reconstituer à travers les propositions parlementaires qui l'ont précédée, des doctrines de Le Play.

Les projets de réforme étaient venus de ce côté-là et ils ont finalement abouti à la faveur des circonstances : c'était à la veille de la guerre, et la psychose de guerre peut favoriser des réformes dans le sens familialiste.

Plus lointainement, on peut retrouver encore quelque chose de l'influence de Le Play dans la récente loi du 19 Décembre 1961, qui n'a point sans doute - comme on l'avait dit d'abord - restauré le droit d'aînesse, mais qui a tout de même fait brèche un peu plus largement encore dans le système de l'égalité successorale en nature, tel que l'avait institué le Code Civil.

B. La sociologie des traditions.

Les doctrines auxquelles je pense ici attachent une importance en soi à l'ancienneté des institutions juridiques, des coutumes. C'est plutôt une attitude qu'une doctrine véritablement mise en système. Il n'empêche que cette attitude aboutit à une sociologie juridique conservatrice, passéiste, pourrait-on dire, tournée vers le passé.

Cette valeur, attachée, par certains sociologues, aux coutumes, en raison même de leur ancienneté, de leur enracinement dans le passé, ne se fonde pas sur les considérations qui déterminent, d'ordinaire, les juristes dans le même sens. Certes, les juristes, aussi, sont volontiers d'accord que le temps est une dimension nécessaire du droit, mais c'est pour des raisons que nous connaissons bien, parce que - selon la formule qu'avait employée Portalis - "les lois ne se font bien qu'avec le temps", plus pratiquement parce que l'ancienneté d'une règle facilite sa connaissance et, partant, son application; enfin, parce que la continuité du droit à travers le temps empêche des ruptures entre générations.

Une continuité du droit nous paraît, à nous juristes, aussi nécessaire qu'une continuité du langage ; sans doute, le langage évolue, il est bon qu'une langue ne soit pas figée, mais il n'est pas bon non plus qu'une langue évolue trop vite, sinon les pères ne comprendraient plus leurs enfants. Il faut un certain rythme, un certain tempo dans l'évolution d'une langue, semblablement dans l'évolution d'un droit, sinon les générations ne se comprendront plus.

Le droit, comme la langue, est un instrument de communication entre les hommes à travers l'espace aussi bien qu'à travers le temps, et c'est pourquoi il faut une certaine stabilité au droit, - cette stabilité que nous appelons, nous juristes, sécurité.

Si les sociologues dont je parle ont attaché une valeur propre à l'ancienneté des coutumes, à l'ancienneté du droit, c'est pour des considérations toutes différentes. J'en écarte une, que l'on a, parfois, évoquée pour leur en faire, précisément, grief. On a insinué, en effet, que des sociologues - surtout des ethnologues - ayant pour métier de s'occuper des coutumes du passé, seraient fort marris si ces coutumes venaient à disparaître. Ce sont un peu des muséographes que les ethnographes ; si un législateur révolutionnaire abolit toutes les coutumes primitives, que deviendront-ils ?...

Je pense qu'ils trouveraient toujours à s'employer et que ce n'est pas cette considération-là qui les guide, mais bien des considérations plus sérieuses, des considérations que l'on pourrait qualifier de psychiatriques, de psycho-thérapeutiques : il s'agit d'épargner à des populations et, partant, aux individus composant ces populations, tout traumatisme psychique.

L'idéal du droit, selon les conceptions modernes, c'est la parfaite adaptation de la règle au sujet ; il faut que la règle, autant que possible, ne blesse pas le sujet ; la règle n'est plus conçue comme un joug, comme un bât. Il faut éviter l'effort, la douleur, le traumatisme. Si la règle est appliquée depuis déjà longtemps, on peut admettre que la population y est adaptée. La changer, c'est infliger à ses sujets une souffrance qui paraît gratuite.

Il y a là une conception du droit qui est typique de notre époque, et se retrouve en pédagogie : tout traumatisme est un mal, l'adaptation est le souverain bien. Cette considération-là guide beaucoup de sociologues contemporains dans des voies conservatrices à l'égard des coutumes déjà existantes, et ils trouveront assez facilement, sur cette voie, le renfort des administrateurs, des politiques, au sens général du terme, très désireux d'éviter, dans le secteur de population qu'ils ont à régir, des troubles à la paix publique (des histoires, diront certains).

Cette conception amène les sociologues de cette tendance à dénier tout un aspect du droit, car le droit, à côté de ce rôle stabilisa-

teur, fixateur, que les juristes eux-mêmes sont disposés à lui reconnaître, comporte un autre aspect : le droit est le royaume de la volonté. La volonté est un instrument capital dans la formation du droit. Or, l'idée que la règle peut être un acte volontaire finit par être complètement absente d'une certaine sociologie. Il y a eu des révolutions, mais il n'y en a plus ou, du moins, il vaut mieux qu'il n'y en ait plus, car elles sont douloureuses. Cette vue sociologique s'est traduite dans les faits, au plan de la législation et de l'administration.

Notez qu'en France même, le respect des traditions existantes, avec le principe de base qu'il convient d'éviter tout traumatisme aux populations, et de maintenir la paix publique, nous a conduits, dans la Métropole, à abandonner le système révolutionnaire de l'unité du droit... Nous avons conservé, maintenu partiellement dans les départements d'Alsace et de Lorraine une partie de la législation allemande, pourquoi ?... parce qu'il y avait des traditions et qu'il ne fallait pas troubler les populations. Voilà bien un genre de considération qui n'aurait point arrêté le législateur du Code Civil.

Mais c'est surtout outre-mer que le problème se pose avec une vaste portée. Il se pose aux jeunes Etats d'Afrique noire : doivent-ils maintenir leurs coutumes propres ou, à l'inverse, adopter des codes civils d'inspiration européenne ? Il est beaucoup de sociologues, d'ethnologues, pour appuyer le premier point de vue, en partant de cette idée qu'il convient de ne pas infliger aux populations des ruptures d'équilibre par des réformes prématurées. Il faut conserver les coutumes. Au contraire, bien souvent, les hommes d'Etat autochtones souhaiteraient l'adoption (parfois, il est vrai, avec des adaptations) d'un code civil d'inspiration européenne. La sociologie peut conduire ici à appuyer les solutions les plus conservatrices.

C. Sociologie de l'optimisme.

L'idée générale est que tout s'arrange, tout s'arrange dans les cadres juridiques préexistants. Donc, nul besoin de réforme de structure et, encore moins, de révolution.

C'est aux Etats-Unis d'Amérique que cet optimisme est né. Il est notoire que la science politique américaine est optimiste, mais la même remarque vaut pour la sociologie juridique américaine : elle est optimiste, et elle pratique un certain conservatisme par optimisme. Cela tient à des raisons de méthode, mais aussi à des raisons de fond.

A des raisons de méthode d'abord. Nous verrons, lorsque nous étudierons les méthodes de la sociologie juridique, que la sociologie américaine a une prédilection pour la technique de l'enquête ; elle accumule les faits. Or, cette accumulation des faits a pour résultat

de repousser à l'infini l'heure des conclusions, donc l'heure des réformes. Certains adversaires de la sociologie américaine ont même fini par s'écrier que toutes ces enquêtes n'étaient que des diversions, qu'elles étaient encouragées par des puissances plus ou moins mystérieuses, à condition de ne porter que sur des sujets politiquement anodins. Les sociologues américains feront volontiers des enquêtes sur les rapports des beaux-parents avec les jeunes couples ; ou bien se sera l'enquête du docteur Kinsey sur le comportement sexuel de l'Américain ou de l'Américaine. Politiquement, ce ne sont pas des sujets compromettants, et ils font diversion.

On objectera, cependant, qu'il y a eu beaucoup d'enquêtes sur un point où d'ailleurs la sociologie, en raison des implications législatives qu'elle peut avoir, est une sociologie juridique ; savoir, sur les problèmes soulevés par la ségrégation dans les États du Sud. Seulement, à cela, on peut répliquer que ces enquêtes servaient les desseins de la politique fédérale, de telle sorte que l'exception ne fait que confirmer la règle.

En revanche, relèvera-t-on chez les adversaires de la sociologie américaine et même, plus largement, de toute sociologie inspirée des méthodes américaines, il n'y a point d'enquête sur la police, ni aux États-Unis, ni en France. Là, le sujet serait brûlant, mais, précisément, le silence se fait.

On peut objecter encore, il est vrai, que les groupes de pression ont fait l'objet de très larges études dans la sociologie américaine (les groupes de pression qui fonctionnent auprès du Congrès, comme il y en a, du reste, autour de notre Parlement). Mais, ici encore, peut-être, l'exception confirme la règle : les groupes de pression qui ont été étudiés, en fait, sont ceux qui sont, économiquement, assez forts pour être cyniques et pour ne pas craindre les divulgations sociologiques. En revanche, les groupes de pression les plus redoutables sont peut-être ceux sur lesquels il n'y a point d'enquête (on pourrait songer, pour la France, aux groupes de pression médicaux ou vaccinateurs).

Ce sont, en second lieu, des raisons de fond qui expliquent le conservatisme optimiste des sociologues ou plutôt des psychosociologues américains (car leur sociologie est très psychologique, ce que les Durkheimiens de chez nous lui reprochent). La psychologie sociale prédominante aux États-Unis pose comme naturels les rapports sociaux existants, pose comme normale l'intégration de l'individu dans ces rapports sociaux tels qu'ils sont. Si cette intégration suscite des difficultés à l'individu, on les expliquera par des défaillances de l'individu lui-même, par sa pathologie individuelle. Si tout ne va pas bien dans l'adaptation de l'individu au droit, ces défauts sont imputables non pas au droit, mais à l'individu lui-même, plus exactement à son corps et à sa psyche, et tout pourra

rentrer dans l'ordre par des moyens individuels, par des consultations psychologiques, psychanalytiques ; par ces procédés-là, tout pourra s'arranger. Ou bien encore par les procédés du psycho-drame, et du socio-drame, dont la Sociométrie de Moreno a montré toute l'importance. Ce sont là, en quelque sorte, des procédés de purgation des individus : l'individu va éliminer tous ses complexes juridiques, tous les complexes que le droit a pu lui donner. De la sorte, une fois de plus, tout s'arrangera.

La sociologie américaine est donc optimiste quant au fond. Certains de ses concepts sont révélateurs de cet optimisme. J'en citerai deux :

- Le concept du contrôle social (Social Control), qui est très important dans la sociologie générale et, aussi, dans la sociologie juridique américaine. La théorie du Social Control a été faite par un sociologue américain, Ross, dès 1901. Il est remarquable de voir ce que les Américains font entrer dans le contenu du Social Control, par opposition à ce que les Durkheimiens faisaient entrer dans le contenu de la notion parallèle de la contrainte sociale.

Chez les Durkheimiens, la contrainte sociale est quelque chose de dur, comme le nom même le suggère. Elle se caractérise par des sanctions, notamment, des sanctions pénales.

Le Social Control est quelque chose de beaucoup plus large, de beaucoup plus souple. Dans le Social Control, les Américains font entrer une combinaison de sentiments : la sociabilité que le sujet peut éprouver, la sympathie qu'il peut ressentir, son sens de la justice, tous les moyens de persuasion qui peuvent lui être appliqués (la musique y comprise). Tout cela, c'est du Social Control.

Ainsi, cette conception, si rigide chez les Durkheimiens, s'amollit dans la sociologie américaine, selon la pente d'un optimisme naturel.

- Et puis, il y a la notion du droit de compromis, de la loi de compromis, "law of compromise".

Tandis que la sociologie durkheimienne présente la règle de droit comme imposée par une société transcendante, la sociologie américaine la présente volontiers comme un compromis, une transaction entre deux groupes, rivaux sans doute, mais d'une rivalité qui n'a rien de tragique.

Ici, la sociologie américaine exprime la pratique des groupes de pression, telle qu'elle se déroule autour du Congrès. Il n'est pas rare que deux groupes de pression s'emploient en sens contraire. Au lieu de livrer une bataille où il y aurait, nécessairement, un vainqueur et un vaincu, pourquoi ne pas faire un accord, un compromis ? Pourquoi la loi ne serait-elle pas un compromis entre les deux

forces rivales ?... Tout s'arrange ainsi à l'intérieur du système juridique.

Vous voyez ce qu'il y a d'optimisme dans la sociologie américaine, et un optimisme qui conduit, invinciblement, à ne rien changer, un optimisme du type conservateur et non plus, comme précédemment, du type progressiste.

Ayant ainsi présenté les deux tendances, l'orientation progressiste et l'orientation conservatrice, que conclure ?... Existe-t-il, sur le terrain de la sociologie juridique, un réel antagonisme entre les deux courants ?... Il y a antagonisme, mais l'antagonisme, cela suppose qu'il y a quelque chose de commun entre les deux antagonistes. Les deux groupes de doctrines ont quelque chose de commun, se placent sur le même terrain, parlent le même langage, jouent le même jeu. Ce qu'il y a de commun entre eux, c'est qu'ils croient également au droit, admettent également le postulat de la signifiante, de l'importance du droit.

Ces doctrines veulent, les unes transformer la société, les autres la conserver telle qu'elle existe, mais c'est toujours par le droit qu'elles veulent agir, et même, plus précisément, par la règle de droit. Les deux groupes croient à la règle de droit.

Les juristes soviétiques insistent sur l'idée que la légalité socialiste est une conception très différente, certes, de la légalité bourgeoise, mais l'opposition n'existe qu'à l'intérieur d'un même concept de légalité. Les juristes soviétiques croient, eux aussi, au concept de légalité, croient à la règle de droit, croient à l'importance du droit.

Semblablement, Le Play - pour prendre un autre exemple - faisait appel au droit pour réformer le Code Napoléon. Il critiquait le Code Napoléon, et voulait réagir contre lui, mais réagir par le droit et, même, par la loi. Sa réforme sociale était une réforme par la loi.

La négation du droit n'est représentée ni d'un côté ni de l'autre. Le refus de jouer le jeu juridique supposerait un esprit révolutionnaire plus profond que celui que nous trouvons de l'un et de l'autre côté. Cet esprit anti-juridique ne s'est rencontré que très exceptionnellement dans l'Histoire : vous le trouveriez dans certaines jacqueries médiévales ; vous le trouveriez également dans les premiers temps de la Réforme, sous les espèces de certaines - je ne dis pas de toutes -, de certaines révoltes anabaptistes du XVIème siècle. A cette époque-là, on a remis en question l'existence même du droit, la nécessité d'un droit. Mais, ceci, c'est la révolution

poussée à son extrême. Dans la sociologie juridique, que ce soit sur l'un ou sur l'autre bord, nous ne trouvons pas représenté ce point de vue-là.

S E C T I O N I I

LES DIVISIONS TECHNIQUES DE LA DOCTRINE

EN SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Il y a deux grandes orientations sur le terrain de la technique sociologique ; certains sont portés vers la théorie sociologique, d'autres vers la pratique ou, comme on dit, l'empirisme sociologique. Il y a des orientations théoriques et des orientations empiriques. On parle, en sociologie générale et en sociologie juridique, de recherches théoriques et de recherches empiriques. Cette dernière expression est consacrée et c'est pourquoi je l'emploie, bien qu'elle soit un peu équivoque. En effet, dans le langage usuel, on oppose ce qui est empirique à ce qui est scientifique. Or, les techniques dont il s'agit se veulent scientifiques ; par exemple, l'exploitation des statistiques ou la technique de l'enquête ont la prétention d'être scientifiques, néanmoins il est usuel de parler à leur sujet de recherches empiriques. Ayons donc toujours présent à l'esprit qu'il s'agit de mieux que de l'empirisme au sens courant du terme (certains ont dit : C'est de l'empirisme "motorisé").

Juste à la veille de la seconde guerre mondiale, on constatait chez nous la prédominance du premier courant, la sociologie était, je ne dis pas exclusivement, mais principalement une sociologie théorique. Depuis la seconde guerre mondiale, un afflux d'idées américaines s'est fait sentir chez nous, et l'engouement pour la recherche empirique s'est marqué dans les divers secteurs de la sociologie, sociologie générale mais aussi sociologie juridique.

Ce renversement a amené une réaction de défense de la part des théoriciens de la sociologie (générale ou juridique), si bien qu'à l'heure actuelle les tensions sont parfois vives entre les partisans de la sociologie juridique théorique et ceux de la sociologie juridique empirique.

§ 1 - L'ORIENTATION THEORIQUE.

A. Décrivons, d'abord, les traits généraux de cette orientation. Pour la comprendre, il faut se rappeler que les premiers sociologues, un peu partout, mais, notamment, en France, ont été, universitaire-ment, des philosophes ; c'étaient des professeurs de philosophie, qui, dans les Facultés de Lettres, enseignaient la sociologie, - tel était le cas de Durkheim - ce qui explique que, tout naturellement, leurs oeuvres de sociologues, bien qu'ils eussent conscience de la différence entre sociologie et philosophie, furent colorées fortement de théorie, voire de philosophie.

Extérieurement, ce qui pourrait sembler caractériser cette première orientation, c'est que le sociologue théoricien ne travaille pas sur le terrain, comme on dit aujourd'hui, ne travaille pas en plein air, il travaille dans son cabinet, sur des documents. Les faits concrets dont il nourrit sa méditation de théoricien, il ne les appréhende pas directement, mais par l'intermédiaire d'autrui, par l'intermédiaire de sources documentaires, surtout imprimées. Et, d'autre part, sa recherche des faits ne prétend pas être systématique ni exhaustive : il prend les faits au hasard de ses lectures.

Voilà comment, bien souvent, ont travaillé les sociologues de la première époque, sur des documents qui leur livraient des faits rapportés par des observateurs (ethnographes, mais aussi missionnaires, voyageurs). Ils réfléchissaient sur ces faits, ils les repensaient, les critiquaient, ils les mettaient, finalement, en théorie.

Cette première caractéristique, savoir que le chercheur, dans la sociologie théorique, travaille surtout sur des sources documentaires, n'est pas, il est vrai, absolument essentielle. A l'heure actuelle, il est des théoriciens de la sociologie qui sont, en même temps, des praticiens. Je vous citerai, par exemple, le nom de Freud, dans la mesure où il intéresse la sociologie : il fut médecin, clinicien en même temps que théoricien. Je citerai le nom de M. Claude Lévi-Strauss, qui a été ethnologue sur le terrain, explorant lui-même en même temps qu'il faisait la théorie des faits ainsi collectés.

La caractéristique fondamentale de la sociologie théorique, c'est qu'elle cherche à rendre les faits immédiatement intelligibles ; il ne lui suffit pas de l'observation, de la collecte des faits, il lui faut la compréhension des faits. Aussi, cette sociologie s'efforcera-t-elle d'établir un cadre de concepts, de définitions, de formules, d'établir des théories qui puissent rendre compte des faits observés. Rendre raison des faits, voilà le but primordial d'une sociologie juridique théorique et, par là, cette sociologie théorique n'est, parfois, séparée que par une ligne de démarcation assez

ténu de la philosophie du droit. Entre une philosophie du droit qui consent à prendre en considération la nature des choses, par conséquent une certaine dose de faits, d'une part, et, d'autre part, une sociologie théorique telle que je viens de la décrire, la distinction est parfois extrêmement difficile.

B. Quels sont les représentants de cette orientation ?

On en trouve parmi les représentants de la sociologie générale, comme parmi ceux de la sociologie proprement juridique. Cela fait deux catégories d'oeuvres.

1ère catégorie.- Il y a, d'abord, des éléments de sociologie juridique théorique qui se rencontrent dans des oeuvres de sociologie générale. L'exemple classique est la thèse de Durkheim que je vous citais tout à l'heure, "La division du Travail Social". Dans cette thèse, Durkheim fait apparaître qu'il y aurait, selon lui, (il part des faits, mais les met rapidement en théorie) deux sortes de solidarité entre les hommes : une solidarité mécanique, qui est la solidarité par similitude, et une solidarité organique, supérieure dans l'échelle des valeurs, qui est la solidarité due à la division du travail social.

De cette théorie de sociologie générale, Léon Duguit s'est emparé. Il connaissait personnellement Durkheim (tous deux enseignaient alors à Bordeaux, l'un à la Faculté des Lettres, l'autre à la Faculté de Droit). Il y avait, entre les deux hommes, des rapports personnels assez étroits, ce qui explique l'influence que Durkheim a eue sur Duguit et, par l'intermédiaire de Duguit, sur bien d'autres juristes, spécialement de droit public.

Duguit s'est emparé de ces concepts durkheimiens et en a fait une base de sa théorie du droit, dans le Tome 1er de son Traité de Droit Constitutionnel. Une théorie de sociologie juridique a pu ainsi naître d'une théorie de sociologie générale.

Autre exemple : Lucien Lévy-Bruhl a attaché son nom à un concept de sociologie qui a été d'ailleurs discuté : l'hypothèse de la mentalité primitive (on dit plus volontiers aujourd'hui "mentalité archaïque"). Lucien Lévy-Bruhl avait exposé cette thèse, - qu'il devait reprendre à travers des livres successifs en la nuancant considérablement - d'une manière assez catégorique, dès 1910, dans un ouvrage intitulé "Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures". Lucien Lévy-Bruhl partait des faits, de certaines données ethnologiques, qu'il n'avait pas recueillies lui-même sans doute, mais qu'il avait soumises à une critique assez étroite et, sur ces faits, il avait bâti une théorie de sociologie générale. Cette théorie de sociologie générale a influencé certains juristes. Un

romaniste comme Huvelin a adapté au très ancien droit romain, - et M. Henri Lévy-Bruhl devait opérer de même - ce concept de la mentalité primitive sous un de ses aspects, la mentalité mystique, magique. Ici encore, une théorie de sociologie générale est devenue théorie de sociologie juridique.

Freud est également un théoricien : or, il a eu une influence sur la conception théorique du droit de la famille. M. Claude Lévi-Strauss est un théoricien : or, sa théorie sur "Les structures élémentaires de la parenté", ouvrage publié en 1949, concerne le droit, car il s'y agit du tabou de l'inceste, où la règle de moeurs recouvre une règle de droit.

Autant d'exemples de sociologie juridique théorique qui se trouvent, en quelque sorte, encastrés dans des théories de sociologie générale.

Avons-nous des oeuvres de sociologie théorique proprement juridique? Il y en a quelques-unes. Les premiers théoriciens de la sociologie juridique ont été accaparés par une préoccupation, qui était, en effet, inévitable, indispensable à l'origine de cette science : ils se sont préoccupés de combattre pour faire reconnaître la possibilité même d'une sociologie juridique, - ce qui explique que les premiers ouvrages de sociologie juridique théorique que nous rencontrons sont ce que l'on pourrait appeler des ouvrages d'épistémologie, des ouvrages de justification de la science. Il s'agit de démontrer, contre le droit classique, dogmatique, la possibilité d'une sociologie juridique, de démontrer qu'il existe quelque chose en dehors des sources formelles du droit, une réalité du droit plus large que celle qui était, jusqu'alors, traduite par les concepts du droit dogmatique.

Pour prendre un exemple français, pendant tout le XIXème siècle, on avait identifié le droit avec la loi ; c'était le règle de l'Ecole de l'Exégèse. Puis, vint Gény qui montra qu'il y avait autre chose que la loi dans le droit, qui y ajouta la coutume et la jurisprudence, mais cela restait encore sur le terrain des sources formelles du droit, il y avait un pas de plus à franchir : il fallait montrer qu'il y avait du droit au-delà des sources formelles sur lesquelles raisonnaient les juristes, et ce fut l'effort des premiers tenants de la sociologie juridique que de faire cette démonstration.

Les premières théories de sociologie juridique, ce sont des démonstrations de l'existence de la sociologie juridique elle-même. Plusieurs ouvrages se sont consacrés à cette tâche ; je ne les citerai pas tous, ce sont, généralement, des ouvrages germaniques, et qui plus est - c'est un malheur pour la sociologie juridique - ces auteurs n'ont pas toujours été clairs. Un seul nom mérite, à mon sens, d'être retenu de cette première période, celui d'Eugène Ehrlich, un Autrichien, dont l'ouvrage fondamental porte le titre de "Fondement

de la Sociologie du droit". L'ouvrage parut en 1913. On pourrait dater la sociologie juridique de cet ouvrage-là, car, jusqu'alors, c'étaient des sociologues de sociologie générale qui avaient - tel Durkheim - porté le drapeau de la sociologie juridique. Avec Eugène Ehrlich, la sociologie juridique revendique son autonomie, non seulement à l'égard du droit dogmatique, mais aussi à l'égard de la sociologie générale. Maintenant, on peut admettre que la sociologie juridique est fondée et qu'il n'est plus besoin d'écrire des ouvrages pour démontrer sa possibilité, son utilité, sa nécessité.

Cependant, comme il était assez concevable, au Colloque de Strasbourg, qui eut lieu en 1956, - et qui coïncida avec l'introduction de la sociologie juridique dans l'enseignement des Facultés de Droit - dans ce Colloque, dont les travaux ont été publiés sous le titre : "Méthode sociologique et droit", c'est surtout d'épistémologie qu'il a encore été question. Peut-être est-ce suffisant maintenant. Il serait temps que la sociologie juridique théorique fît autre chose que de se fonder elle-même.

Avons-nous des ouvrages abordant les questions de fond ?... Je citerai ceux de M. Georges Gurvitch. Un des plus caractéristiques est intitulé "L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit". L'ouvrage est de 1935. Le titre est significatif : "Expérience juridique", c'est un sociologue qui parle, mais, tout de même "philosophie pluraliste du droit". On aperçoit les connexions toutes naturelles de la sociologie théorique avec la philosophie du droit. C'est le pluralisme juridique qui caractérise, de ce point de vue, l'oeuvre de M. Gurvitch. C'est une théorie - nous aurons l'occasion d'y revenir - certainement féconde, qui a apporté quelque chose dont les juristes dogmatiques n'avaient pas conscience auparavant... Elle constitue un exemple très marquant de sociologie juridique théorique.

D'autres ouvrages, que l'on peut dire de sociologie juridique, sont orientés vers la théorie évolutionniste du droit. Il faut entendre par là une description de l'évolution du droit. Cet évolutionnisme juridique, ce sentiment, - car, parfois, il semble que ce soit un sentiment plus qu'une démonstration - ce sentiment que le droit change, bouge, a inspiré un certain nombre d'oeuvres, depuis le début du siècle : en Italie, l'oeuvre de Robert Ardigo ; aux Etats-Unis, avec une nuance, sans doute, l'oeuvre de Roscoe Pound.

§ 2 - L'ORIENTATION EMPIRIQUE.

Cette orientation s'est beaucoup développée à notre époque, tellement qu'un choc en retour s'est produit.

A. Développement.

Sans doute, la recherche empirique avait été pratiquée dès que la sociologie était apparue, mais par des procédés qui ne déconcertaient pas trop les théoriciens, parce qu'ils avaient encore quelque chose d'un peu individualiste.

Ainsi, la méthode des monographies (mentionnée précédemment) constitue de la recherche empirique, mais à l'échelle individuelle ; ou, encore, la méthode historico-comparative, dans laquelle le chercheur cherche ses faits à travers l'Histoire (par exemple, celle du droit romain ou de l'ancien droit français). Enfin et surtout, sans doute, la méthode ethnographique.

Ces méthodes-là, qui étaient des méthodes de recherche empirique, ont été pratiquées dès avant l'apparition des courants américains. Seulement, les sociologues théoriciens s'en accommodaient.

Les difficultés ne sont venues qu'avec l'apparition de l'observation de masse : c'est-à-dire la statistique et l'exploitation systématique des statistiques ; plus encore, l'enquête par sondage, parce que celle-ci donne au chercheur qui la pratique un instrument qui multiplie sa puissance. Faire des statistiques, en effet, n'est pas à la libre disposition des chercheurs ; c'est un monopole d'Etat. Aussi les statistiques sont-elles en nombre limité, tandis qu'avec la technique des sondages, des chercheurs vont acquérir le moyen de créer leurs statistiques à volonté (statistiques en réduction, sans doute, mais les techniques de sondage prétendent, par un calcul de probabilité, arriver à des résultats aussi certains que ceux d'une statistique).

Cette technique des sondages s'est développée aux Etats-Unis entre les deux guerres, mais, jusqu'à la veille de la seconde guerre mondiale, elle était encore assez peu connue en France. Ce sont les thèses de doctorat de M. Stoetzel qui l'ont fait connaître chez nous en 1943 : "Théorie des opinions" et "Etude expérimentale des opinions". Le succès en a été considérable. Succès institutionnalisé : il existe, à l'heure actuelle, des instituts de sondages, des organismes de sondage d'opinion publique, les uns semi-publics, les autres établis sur des bases purement commerciales.

L'engouement pour cette méthode a été, chez nous, extraordinaire. Il a été, d'ailleurs, facilité par une circonstance de notre organisation universitaire. C'est un fait que la sociologie, même la sociologie générale, était, jusqu'à ces dernières années, à la portion congrue dans les Facultés de Lettres, y disposant de très peu d'enseignements. Si bien que la sociologie générale, en France, a été obligée de se frayer un chemin par des voies collatérales à l'Université, par le Centre National de la Recherche Scientifique. Elle a été

ainsi amenée tout naturellement à épouser la forme des recherches empiriques, en l'occurrence, la technique des enquêtes par sondages.

Or, quel est le sens général de ce mouvement ?... C'est la substitution du quantitatif au qualitatif. C'est, encore, sur un plan plus pratique, comme une enquête par sondages ne peut être efficacement conduite que par une équipe de chercheurs, un chercheur isolé étant rapidement noyé par l'immensité de la tâche, c'est encore la substitution du travail d'équipe à la méditation individuelle.

Ces deux traits caractéristiques du mouvement expliquent la réaction qu'il a pu susciter. Il est des esprits qui ne sont pas doués pour les mathématiques : cette sociologie quantitative ne leur dit rien qui vaille. Et il est des esprits - ce sont souvent les mêmes - profondément individualistes, qui répugnent à tout travail d'équipe; la méthode leur déplaçant, ils l'ont combattue sur le terrain scientifique, et c'est ce qui explique la vivacité des tensions que provoquent, à l'heure actuelle, ces méthodes nouvelles.

B. Réaction.

La réaction s'est fait sentir, depuis un certain temps, même aux Etats-Unis. Les Américains eux-mêmes ont commencé à s'interroger sur la valeur de cette méthode qui était née chez eux. Un sociologue américain, Sorokin, a écrit un ouvrage virulent, "Tendances et déboires de la Sociologie américaine", contre les tendances empiriques de la sociologie de chez lui. Ce livre a été traduit en français en 1959, avec une préface de M. Gurvitch, - qui y dénonce, d'ailleurs, la contamination des méthodes américaines en France même. M. Gurvitch, théoricien de la sociologie juridique, est peu favorable à la recherche empirique, telle qu'on la pratique dans la sociologie américaine.

Quels reproches fait-on, du côté des théoriciens, à cette sociologie juridique empirique ?... Il y a, d'abord, les critiques de l'homme de la rue. Mais faut-il s'y arrêter ?... Bien souvent, le bon sens, disent les savants, n'est pas scientifique. Tout de même, parlons un peu des critiques de l'homme de la rue.

Sorokin s'en fait le porte-parole quand il dénonce dans la sociologie dominante outre Atlantique, une technocratie, une bureaucratie, - car les chercheurs se groupent en centres de recherches et constituent une sorte de féodalité.

Plus paisiblement, on peut, du côté de l'homme de la rue, s'étonner d'une certaine stérilité des recherches empiriques : les enquêtes sont longues, coûteuses, il faut facilement plusieurs millions pour avoir, sur un échantillon réduit, la réponse à un petit nombre de

questions. Les enquêtes sont extrêmement dispendieuses et les résultats, quand on les prend, semblent tenir dans le creux de la main. Et l'homme de la rue de se dire : "Si j'avais un peu sérieusement réfléchi à la question, le soir, au coin du feu, en une soirée je serais arrivé à peu près aux mêmes résultats que ces équipes de chercheurs".

On expose de grands frais, on met en route de vastes équipes pour arriver, par exemple, à démontrer - en sociologie juridique - que l'enfant naturel, dans son éducation, souffre de son état d'enfant naturel. Demolombe le savait déjà sans enquête. Mais il est permis de répliquer, après tout, que ce n'est pas un mince résultat que de savoir, scientifiquement, ce que l'on devinait intuitivement. L'intuition peut nous tromper, et nous ne sommes jamais sûrs qu'elle ne nous trompe pas. Comment en être sûr, si ce n'est par des méthodes quantitatives.

Mais plaçons-nous sur un terrain plus scientifique : quelles sont les critiques que les théoriciens de la sociologie juridique adressent aux méthodes empiriques ?...

La première critique est la prédominance du factualisme (l'expression est consacrée). La sociologie empirique procède à la collecte des faits, mais l'expérience américaine en révèle le danger : la collecte des faits peut être poursuivie à l'infini, sans que la synthèse soit jamais faite. On rassemble les faits, et il y en a toujours davantage à rassembler. Jamais l'ensemble n'est considéré. La synthèse n'est pas faite et même, ce qui est plus grave, elle est impossible, parce que le volume des faits dépasse la capacité psychique des hommes.

On peut arriver à avoir tellement de faits que même des équipes de chercheurs n'arriveront pas à en faire la synthèse, et, même si cette synthèse était possible, elle se présenterait sous une forme tellement copieuse que la mémoire de l'homme ne pourrait l'embrasser.

C'est, du reste, un problème général de la connaissance dans nos sociétés modernes : les résultats de la Science tendent, par l'accroissement même de leur volume, à devenir inutilisables ; ils s'entasseront dans des bibliothèques, des archives, sans que personne puisse les utiliser.

Le second reproche que les théoriciens adressent aux empiriques porte sur la prédominance de la microsociologie.

Les enquêtes portent, en général, sur de petits groupes, non pas sur la société globale, mais est-il possible de conclure des petits groupes à la société globale ?... Les résultats de ces enquêtes microsociologiques ne sont pas transposables, objecte-t-on, à la macrosociologie, à l'ensemble de la société.

Le reproche est donc plus spécial ; il pourrait être atténué, si les enquêtes portaient sur des échantillonnages plus larges que ceux dont on se sert habituellement.

Le troisième reproche porte sur la prédominance de la psychologie sociale, sur le psychologisme de la sociologie américaine. La sociologie américaine est à très forte orientation psychologique ; ce qui l'intéresse avant tout, ce sont les opinions, les sentiments.

Ce psychologisme apparaît à beaucoup de sociologues, spécialement, chez nous, aux durkheimiens, comme favorisant des déviations par rapport à la règle d'objectivité. En tout cas, il aurait pour effet de masquer les conséquences de certaines variables historiques, historico-sociologiques. La recherche devient, si je puis dire, beaucoup plus inconsistante, beaucoup plus molle, et voilà encore un des reproches que l'on fait à la sociologie américaine.

Ainsi, deux tendances s'opposent assez vivement dans la sociologie juridique contemporaine.

Que conclure ?... Conclusion très scolaire : les deux tendances sont nécessaires. Les faits sont, sans doute, indispensables, mais ils ont besoin du ciment de la théorie, et la théorie est, certes, indispensable, mais elle a besoin du contrôle des faits.

La recherche théorique et la recherche empirique, loin de s'opposer, doivent s'épauler mutuellement. Il faut de l'imagination, de l'imagination théorique, pour lancer les hypothèses de travail qui, seules, seront fécondes, mais il ne faut pas uniquement de l'imagination en sociologie juridique, il faut aussi le contrôle des faits.

Au reste, on peut faire la réflexion que le danger qui a été dénoncé par Sorokin aux Etats-Unis, est bien moindre chez nous que là-bas et bien moindre, en tout cas, pour la sociologie juridique que pour la sociologie générale. En effet, l'expérience montre que le reproche de "factualisme", adressé à la recherche empirique américaine, ne vaut guère pour la recherche empirique française. Les chercheurs accumuleraient les faits pendant toute leur vie sans jamais déboucher sur la synthèse? Pas de danger en France !... Dès qu'il y a quelques faits, non seulement on fait la synthèse, mais on en tire des conclusions. Le danger, en France, est plutôt inverse : les conclusions théoriques prématurées.

D'autre part, le volume des études faites en sociologie juridique reste, en toute hypothèse, assez modeste pour qu'on en soit encore à en souhaiter davantage ; nous ne sommes pas encore parvenus à la saturation. S'il ne s'agit que de la sociologie juridique - en sociologie générale, c'est autre chose - et, spécialement, en sociologie du droit civil, nous manquons plutôt de faits. Au contraire,

qu'on nous apporte des recherches empiriques, elles seront bienvenues. Ce n'est certes point d'un excès de recherches empiriques que pâtit, en général, la sociologie du droit civil dans notre pays.

En tout cas, ce qui est indispensable, c'est que les deux méthodes qui doivent être employées cumulativement, soient employées avec, de part et d'autre, l'égale conviction qu'elles sont faillibles. Il faut éviter à tout prix que de cette querelle entre théoriciens et empiriques, résulte un préjugé en faveur de l'infailibilité, soit de l'une, soit de l'autre méthode. Aucune des deux méthodes n'est infailible ; elles doivent conjuguer leurs efforts, mais, même en conjuguant leurs efforts, elles auront beaucoup à faire pour atteindre la vérité, la vérité du droit.

————— C H A P I T R E I I —————

L'É T A T D E S R E C H E R C H E S

"Etat des recherches", cela pourrait signifier "état de ce qui a été trouvé", mais, en matière scientifique, on ne trouve pas toujours et, l'état des recherches, c'est plutôt l'état de ce que l'on est en train de chercher, même si l'on n'a rien découvert.

On trouve plus facilement dans la recherche fondamentale, dans ce que j'ai appelé la "Sociologie Théorique", mais qu'y trouve-t-on ?... On y trouve des hypothèses, de grandes hypothèses. On trouve moins facilement en sociologie empirique, parce que l'on est, alors, sous le contrôle des faits. En Sociologie empirique, nous observons l'existence de travaux qui n'aboutissent pas toujours très rapidement mais qui doivent aboutir, qui aboutiront à des faits, à des constatations - ce qui est déjà plus que des hypothèses - peut-être même à l'établissement de lois causales, de lois scientifiques.

Je voudrais ainsi, dans ce chapitre, utiliser quelque chose de la distinction méthodologique que nous avons déjà rencontrée au chapitre précédent entre sociologie théorique et sociologie empirique, en examinant successivement les grandes hypothèses de la Sociologie théorique, puis les travaux de la Sociologie empirique.

S E C T I O N I

LES GRANDES HYPOTHESES DE LA SOCIOLOGIE

JURIDIQUE THEORIQUE

Observons, préalablement, que, dans toute recherche de sociologie juridique, même limitée, même de sociologie concrète, empirique, dans toute recherche une hypothèse de travail est utile, voire nécessaire, pour guider le chercheur. Henri Poincaré, dans "La Science et l'Hypothèse", a mis en lumière cette importance de l'hypothèse dans

toute science. Mais l'hypothèse de travail est alors une hypothèse de portée limitée. La sociologie théorique nous apporte de grandes hypothèses, c'est-à-dire des hypothèses explicatives qui prétendent rendre raison d'un grand nombre de phénomènes juridiques, peut-être même de la totalité des phénomènes juridiques.

Tous les phénomènes juridiques pourraient se ramener à l'unité sous une hypothèse, une grande hypothèse directrice. C'est vous dire qu'avec ces grandes hypothèses de la sociologie théorique, on est, une fois de plus, très près de la philosophie du droit, d'une sorte de philosophie de la sociologie juridique.

Néanmoins, ces grandes hypothèses formulées par la sociologie théorique n'ont pas un intérêt purement spéculatif. Elles peuvent servir à dessiner un cadre de concepts où se situeront les recherches ultérieures de la sociologie empirique.

Même pour des recherches concrètes, il est important de disposer d'un certain cadre général de concepts, et les grandes hypothèses élaborées par la Sociologie théorique peuvent le fournir.

Comment essaierons-nous de classer ces grandes hypothèses de la sociologie théorique ?... Les unes se situent dans le temps, elles essaient de saisir le droit dans son mouvement historique, - "historique" au sens large du terme, qui peut comprendre aussi bien la pré-histoire du droit : il s'agit de rendre compte de l'évolution du droit. Ce sont des hypothèses d'évolution.

D'autres hypothèses considèrent le droit dans sa situation présente, au repos, à l'état statique, pour essayer d'en saisir la structure, sinon l'essence. Ce sont des hypothèses de structure.

1 - LES HYPOTHESES D'EVOLUTION.

Une série d'hypothèses est relative à l'origine du droit, à ce que l'on pourrait appeler la "cosmogonie du droit". C'est même une sorte de genre littéraire que les cosmogonies du droit.

Il y a, d'autre part, une hypothèse générale qui est sous-jacente à toutes les études de sociologie juridique, une hypothèse générale tendant à relativiser le droit ; c'est ce que nous appellerons "l'hypothèse transformiste".

A. Les cosmogonies du droit. - Comment le droit a-t-il commencé ?... L'homme éprouve une curiosité mêlée d'angoisse devant le problème des origines, que ce soit l'origine de l'univers, ou celle de l'humanité, que ce soit l'origine de tel ou tel élément de sa culture, par exemple du langage ou de l'écriture.

Comment le droit a-t-il commencé ?... C'est une question cosmogonique, ou, si l'on préfère, nomogonique.

Ce genre de question est-il bien sérieux ?... Une société de linguistique avait voté, au siècle dernier, une motion par laquelle elle s'était interdit d'écouter des communications qui porteraient sur l'origine du langage ; elle en était saturée. Mais, au bout d'un certain temps, elle fut obligée d'être infidèle à sa propre motion. C'était sans doute plus fort qu'elle.

La curiosité est un peu la même pour les origines du droit. On se dit bien, quand on est sérieux, que jamais on ne pourra élucider la chose, qu'il est vain de cultiver cette littérature cosmogonique. Il n'empêche que, malgré soi, on se reprend toujours à écouter les conjectures qui sont proposées.

Ce n'est pas sérieux. En effet, comment pourrait-on vérifier l'hypothèse ?... Comment pourrait-on connaître, objectivement, la manière dont le droit est apparu dans une humanité très primitive, qui doit se situer à plusieurs dizaines de milliers d'années en arrière ?...

On pourrait, il est vrai, - dans les nomogonies, c'est ce genre de preuve que l'on invoque - on pourrait songer à avancer des preuves tirées de l'ethnologie juridique. Celle-ci nous fait connaître les droits primitifs. Du droit primitif, l'esprit passe assez facilement à l'idée des premiers pas du droit. Les droits primitifs que nous pouvons saisir à travers les ethnies décrites par les ethnologues ne nous présentent-ils pas une image de ce qu'a dû être le droit à l'origine de l'humanité ?...

A la vérité, il existe plusieurs niveaux de primitifs, et même à prendre le niveau le plus bas, représenté par certaines ethnies sur lesquelles ont argumenté le plus volontiers les sociologues, savoir les peuplades de l'Australie, telles qu'elles étaient au début du siècle, ou encore les peuplades de certaines îles de Mélanésie, il n'est pas sûr que même ce niveau de primitivité nous donne, au XXème siècle, une image de ce que fut l'origine de l'humanité.

La préhistoire juridique est un genre fort conjectural. Je signale, cependant, au passage, que quelques-uns, parmi les historiens du droit, s'y sont essayés, et c'est ainsi que vous pourrez lire, à titre d'échantillon, dans un recueil de "Mélanges" offert en hommage à M. Henry Lévy-Bruhl, une étude de M. Deauvillier, sur "Le droit paléolithique".

Sur quels faits les préhistoriens peuvent-ils bien s'appuyer pour soutenir qu'il y a eu du droit dans une période aussi reculée que celle du paléolithique ?... Voici quelques faits :

Il arrive que l'on trouve, dans des stations paléolithiques, des objets qui semblent être marqués. N'est-ce pas l'indice d'un certain droit de propriété sur des choses mobilières ?...

On a trouvé, dans une grotte d'Espagne, une peinture murale de l'époque paléolithique représentant une dizaine de guerriers armés de flèches et d'arcs. Rien, jusque là, de très juridique. Mais ces guerriers sont peints de face, tandis que, sur la droite, un homme, de profil, semble les commander. Voici le chef qui apparaît, le pouvoir qui se profile et, avec ces phénomènes de pouvoir et d'autorité, il semble que le droit fasse irruption dans la vie de l'humanité. Mieux encore, à quelques pas, un homme est désarmé, percé de flèches et étendu sur le dos. Ce ne serait pas, selon les commentateurs, une scène de guerre, on serait en présence d'un véritable peloton d'exécution. Est-il meilleure preuve que le droit avait déjà fait son entrée dans l'humanité ?...

Ainsi, il y aurait quelques indices objectifs sur lesquels on pourrait asseoir la conjecture d'un prédroit, d'un droit préhistorique. Si l'on en savait davantage sur la consistance de ce prédroit, on pourrait émettre des hypothèses sur la manière dont le droit s'est formé à l'aube de l'humanité.

Il y a un second procédé de recherche : c'est l'observation des groupes d'enfants. C'est un terrain d'investigations qui est très important pour la sociologie générale, et d'une importance certaine, encore que ce terrain n'ait pas été suffisamment exploité, pour la sociologie juridique.

A l'intérieur des groupes d'enfants, en effet, des phénomènes de groupe, phénomènes sociaux, dans une certaine mesure, et, partant, peut-être, phénomènes juridiques, vont apparaître. Or, il existe en la matière une sorte de postulat que l'on appelle, en embryologie, la loi de Haeckel, du nom d'un Allemand de la fin du siècle dernier et qui se formule ainsi :

"L'ontogénèse répète ou résume la phylogénèse".

La phylogénèse est la genèse de la tribu ; l'ontogénèse, le développement de l'individu. Le développement de l'individu résume le développement de la tribu, du groupe. L'individu passe, dans les différentes phases de sa vie, y comprise sa vie embryonnaire, par les différentes phases où l'espèce est passée avant lui. Il répète, il résume en lui les différents stades de développement de l'espèce.

En transportant cette hypothèse de la biologie à la sociologie, on en arrive à dire que l'enfant reproduit en lui les différentes phases par lesquelles est passée la société globale, l'humanité au cours de son développement. Certains sociologues ont fait la transposition. C'est ce que l'on appelle la loi socio-génétique de Moreno,

car elle a été formulée par un psycho-sociologue américain contemporain, Moreno, créateur d'une théorie sociologique appelée sociométrie. C'est par la Sociométrie que Moreno est surtout connu en Europe.

La loi de Moreno se formule dans les termes suivants :

"L'organisation spontanée des groupes d'enfants ou d'adolescents se développe d'année en année, en passant successivement par des stades d'intégration analogues à ceux des sociétés ancestrales au cours de leur développement historique".

Ainsi, à supposer que l'on pût observer, dans un groupe de jeunes enfants, l'apparition de phénomènes de relations interindividuelles comparables aux phénomènes juridiques, on serait en droit d'en tirer l'induction qu'à l'origine de l'humanité, les phénomènes juridiques ont dû apparaître de la même manière.

Voilà comment l'observation des groupes d'enfants peut venir servir de banc d'épreuve pour des hypothèses émises quant à l'origine du droit dans l'humanité. C'est un procédé de vérification qui s'ajoute au procédé tiré de l'ethnologie juridique, sans apporter, du reste, de certitude mieux établie. Au point de vue méthodologique, il est assez difficile d'isoler, à l'intérieur des groupes d'enfants, des phénomènes que l'on pourrait dire juridiques, ou à tout le moins comparer à ce que sont les phénomènes juridiques dans la société adulte, parce que, tout de même, les groupes d'enfants participent à la société adulte qui les entoure, et il est très difficile de séparer ce qui, dans le droit enfantin, est droit spontané, ou bien, au contraire, droit imité, - l'imitation joue un rôle considérable, dans la formation psychologique de l'enfant - ou même, dans certains cas, droit imposé, imposé par la société adulte aux enfants.

Les procédés de vérification nous laissent donc indécis, et il faut bien avouer que les hypothèses cosmogoniques que l'on sera amené à formuler sur l'origine du droit dans l'humanité ne seront jamais que des hypothèses dont la vérification elle-même sera hypothétique.

La vérité est que, pour établir ces cosmogonies, ces nomogonies, on a toujours procédé d'une manière subjective. Que font ici les sociologues théoriciens ?... Ils supputent, à partir de leur propre expérience individuelle, à partir de leurs attitudes individuelles à l'égard de la société, ce qu'a pu être l'attitude d'un premier homme hypothétique. On a projeté, en quelque sorte, des attitudes individuelles, des expériences individuelles sur l'origine de l'humanité. Ce ne sont qu'hypothèses.

Il y a une hypothèse célèbre dans cet ordre d'idées ; c'est "Le Contrat Social" de Jean-Jacques Rousseau. La société a commencé par un

contrat. Si Jean-Jacques Rousseau avait présenté ce contrat social comme une réalité historique appelant une vérification, ce serait insoutenable, mais il faut rendre cette justice à Jean-Jacques Rousseau qu'il a présenté le Contrat Social comme une hypothèse, comme une supputation faite à partir des phénomènes psychologiques qu'il pouvait observer en lui et autour de lui à l'égard de la Société. Les cosmogonies ne sont que des hypothèses, et les nomogonies aussi. Le Contrat Social de Jean-Jacques Rousseau, qui est au fond une nomogonie, n'est lui-même qu'une hypothèse.

Quelles sont les hypothèses classiques en la matière ?...

La nomogonie est un genre littéraire. La littérature antique a été souvent préoccupée par les origines de l'humanité, par les origines de la civilisation parmi les hommes. Aussi y trouve-t-on des fragments qui se rapportent à l'origine du droit. Il y a ainsi, chez Hésiode, des idées sur l'origine des phénomènes juridiques dans l'humanité, notamment l'hypothèse qu'il y a eu, dans une période primitive, un état d'anarchie, an-archie au sens étymologique du terme, c'est-à-dire un état dans lequel il n'y avait pas de pouvoir, pas de chef. Hésiode ne dit pas qu'il n'y avait pas de droit, il dit qu'il n'y avait pas de pouvoir. Il parle encore d'un état de dysnomie. Il nous dit que la dysnomie fut enfantée par la nuit entre les désastres et les combats. Chez les modernes, on traduit souvent l'expression "dysnomie" par "anarchie". Ce n'est pas exact étymologiquement : "dysnomie", ce sont les mauvaises lois, les lois perverses, et, ici, on voit apparaître une autre idée, l'idée que le droit peut être mauvais (idée qui sera, par la suite, souvent perdue de vue dans l'optimisme des philosophes, des littérateurs et, bien entendu, des juristes, pour qui le droit, étant un facteur d'ordre, est, a priori, bon).

Je citerai encore Lucrèce. Le "De natura rerum" contient une cosmogonie au Livre V, et, dans cette cosmogonie, quelques vers nomogoniques.

Comment le droit est-il né ?...

Lucrèce nous répond : "Juraque constituere ut vellant legibus uti". "On institua le droit parce qu'on voulait user de lois". L'accent, ici, doit être mis sur le verbe vouloir. Vous voyez apparaître, dans Lucrèce, cette hypothèse qui reparaitra fréquemment, d'après laquelle c'est la volonté des hommes qui a créé le droit. L'idée n'est pas née comme une fantaisie, en quelque sorte, de l'époque des lumières de Jean-Jacques Rousseau, de cette époque volontariste qui exaltait la volonté. En réalité, elle est beaucoup plus profonde, beaucoup plus ancienne et l'on ne s'en débarrasse pas si facilement.

Je n'ai cité ces auteurs que pour vous montrer ce qu'il peut y avoir de littéraire dans les cosmogonies du droit. Mais, à notre époque, on trouve des hypothèses à prétentions plus scientifiques sur la manière dont les choses ont dû se passer à l'origine de la société. Plusieurs hypothèses ont été, ici, plus ou moins nettement proposées.

D'après une première hypothèse, le droit est né de la force, de la force physique et, corrélativement, de la peur engendrée par la force. Hobbes, au XVIIème siècle, a développé cette idée dans le "Léviathan". Mais les sociologues modernes et, peut-être davantage encore, les psychologues modernes ont repris l'hypothèse en la fortifiant d'arguments scientifiques ou supposés tels. La théorie des réflexes conditionnés, des stimuli, a été appelée ici à la rescousse. Voici la forme moderne de l'hypothèse :

Supposez qu'en plusieurs occasions, un homme, un des premiers hommes, chasseur, se soit trouvé en lutte pour une proie contre un autre homme qui était plus fort que lui. Au début, il aura essayé de se battre et, chaque fois, il aura été mis hors de combat. Mis hors de combat mais survivant tout de même, le plus faible, au bout d'un certain temps, se dira qu'il est inutile de lutter et, chaque fois qu'il verra apparaître l'individu le plus fort, il s'effacera volontairement et lui laissera la proie. Il reconnaît ainsi son obligation : il est obligé, il est contraint par la force. Ce n'est pas encore le droit, mais c'est de là que le droit va sortir. Le plus faible va reconnaître qu'il est obligé de laisser le plus fort prendre la proie et, de la sorte, il s'épargne une bataille inutile.

Ainsi, un réflexe conditionné se crée. Il ne sera même plus nécessaire que le plus faible reçoive des coups : chaque fois qu'il verra apparaître celui qui peut lui donner des coups, il s'effacera volontairement, il reconnaîtra son infériorité, il se soumettra, il reconnaîtra l'autorité du plus fort et, au bout d'un certain temps, il lui suffira de voir apparaître un individu quelconque qui lui semblera plus fort que lui, qui aura toutes les apparences physiques de la force pour que, sans plus raisonner, il s'efface devant lui. L'apparence athlétique, les mouvements énergiques créeront le chef, en déclenchant chez les plus faibles un réflexe de soumission.

Plus tard, le processus se spiritualisera. La force physique ne sera plus nécessaire. Mais, le processus originaire est un mécanisme fondé sur la force physique. C'est la loi du plus fort, consolidée par les réflexes conditionnés des plus faibles, qui a créé le droit.

Durkheim et les durkheimiens reprennent quelque chose de cette hypothèse. Mais la peur qu'ils vont placer à l'origine des mécanismes juridiques élémentaires, ce ne sera plus la peur de l'homme le plus fort, ce sera la peur de forces supranaturelles, la peur de l'au-delà.

Il y a, dans l'Ecole durkheimienne, un emploi assez caractéristique du surnaturel. C'est par là que le droit serait apparu. L'homme, par des expériences comme celle que je viens de relater en suivant la première hypothèse, éprouve son impuissance. Mais cette expérience naturelle de son impuissance l'amène, selon les durkheimiens, à une crainte superstitieuse de forces surnaturelles. Il cherche à les conjurer par une série de rites, rites de renoncement, rite d'autosacrifice, par des interdits qu'il s'impose, des contraintes qu'il s'impose volontairement. Peu à peu, ces interdits se transmettent, se consolidant à travers les générations ; ce sont les premières règles, les premières coutumes. Les interdits, les contraintes, les inhibitions que l'homme, dans la peur de tout ce qui l'entoure, a, peu à peu, établis, se cristalliseront en coutumes élémentaires.

C'est encore la peur qui est à la base des phénomènes juridiques primaires, mais non plus la peur d'un autre homme plus fort : la peur de forces supranaturelles, la peur de l'au-delà. C'est l'explication magique, surnaturelle, de l'origine du droit.

Freud, dans son livre "Totem et tabou", a émis également une hypothèse sur l'origine du droit, ou du moins des premières règles de conduite, des coutumes élémentaires. C'est le mythe du parricide primitif. Dans la horde humaine, il y avait un homme, sans doute un vieil homme, un ancêtre plus fort, comme dans les hordes animales, - c'est souvent le plus vieux qui est le plus fort, en tout cas le plus agressif - et cet homme, assez monstrueux dans la description qui en est donnée, dictait son arbitraire tyrannique à tous les membres de la horde. Il y eut, un beau jour, une révolte des plus jeunes qui se liguèrent contre cet ancêtre abusif et lui donnèrent la mort. Seulement, une fois qu'ils eurent tué le chef du troupeau, ils se sentirent tout désemparés, ils étaient habitués à être conduits, stimulés, freinés par lui et, dès lors qu'il était mort, ils ressentirent un délaissement, une angoisse.

Que, dans cette prédisposition psychique, dans cet état d'angoisse latente, des désastres surviennent au troupeau, et ses membres auront tendance à les imputer à ce qu'ils ont fait ; c'est parce qu'ils ont commis ce meurtre que des malheurs sont venus fondre sur eux. Ils verront dans ces malheurs le résultat de la colère, non pas des dieux, mais de l'ancêtre qu'ils ont tué. Ils essaieront alors d'apaiser la colère de l'ancêtre mort par des présents, des sacrifices, et ainsi, explique Freud, s'instaure une croyance en la justice rémunératoire, la croyance que la rupture du statu quo, la rupture de la paix qui existait avant cette rupture ne peut qu'entraîner des désastres.

Il y a là, assurément, une considération qui est importante au point de vue juridique, cette notion d'un état de paix, d'un statu quo menacé par toute innovation. C'est peut-être cela le droit, plus

qu'une règle, une paix qui existe, un certain état de repos que rien ne doit rompre.

"De génération en génération", poursuit Freud, "la peur et le respect du chef mort se sont transmis ; le chef mort est devenu une sorte de dictateur post-mortem. La volonté du chef mort, les habitudes du chef mort sont devenues obligatoires pour les générations suivantes : c'est la fondation de la coutume". La coutume, c'est ce que faisaient les ancêtres, c'est la voix des ancêtres, et la coutume, ce sont les premiers pas du droit.

Ainsi, le droit serait sorti, en quelque sorte, du remords créé par le parricide originaire.

M. Lévy-Strauss, dans "Tristes Tropiques", ouvrage d'ethnologie juridique publié aux Editions Plon en 1956, a critiqué ces hypothèses. Il a insisté, d'une manière significative, sur l'importance du consentement à l'origine des mécanismes sociaux.

"Le contrat", remarque-t-il, "est la matière première de la vie sociale. Il y a, dans tous les phénomènes de pouvoir, une réciprocité, une réciprocité entre l'obéissance du sujet et la générosité attendue en retour, du chef. Le sujet se soumet, mais c'est parce qu'il attend que le chef soit généreux envers lui. Il existe une réciprocité, et comme un contrat synallagmatique." Cette réciprocité de prestation crée la sécurité, la sécurité collective qui est, précisément, pour les juristes, une des valeurs fondamentales du droit. A la base, le consentement. Rousseau avait raison.

Il serait, peut-être, assez vain de s'appesantir sur ces cosmogonies et nomogonies générales, qui prétendent rendre raison de l'origine de tout le droit. Mais il existe des formes plus modérées de nomogonies, des nomogonies que l'on pourrait qualifier de "relatives" ; on renonce à chercher comment est apparu le premier droit, on se borne, moins ambitieusement, à rechercher dans quel ordre se sont enchaînés les premiers phénomènes juridiques.

Les phénomènes juridiques sont de plusieurs sortes ; il y a, par exemple, la coutume et il y a la loi. Comment le premier est-il apparu ?... Nous renonçons, désormais, à le savoir. Mais il pourrait être plus facile de découvrir si la coutume est antérieure à la loi ou la loi antérieure à la coutume. Le terrain de recherche est plus limité, plus relatif, donc, semble-t-il, plus solide.

Précisément, entre la loi et la coutume, quelle est la séquence, l'ordre d'apparition ?... L'hypothèse la plus courante est que la coutume a précédé la loi. Cela paraît dicté par le bon sens. La loi, suivant une expression assez courante, c'est le droit écrit. La coutume, au contraire, est du droit non écrit. Or, il est

scientifiquement notoire que l'écriture ne remonte qu'à quelque 4.000 ans avant Jésus-Christ. Donc, il a dû y avoir des coutumes avant qu'il y eût des lois, du droit non écrit avant qu'il y eût du droit écrit.

Seulement, les choses ne sont pas tout à fait aussi simples, parce que la traduction que j'ai donnée et qui est habituelle : coutume = droit non écrit, loi = droit écrit, avec, par conséquent, comme critère entre les deux ce fait matériel, historiquement situable, de l'écriture, cette traduction n'est pas absolument exacte, sociologiquement parlant. On peut traduire l'opposition d'une autre sorte et dire :

La coutume, c'est le droit spontané, inconscient, tandis que la loi c'est le droit volontaire. C'est la volonté qui, dans une théorie sociologique, met la différence entre la coutume et la loi.

S'il en est ainsi, les raisons d'ordre matériel tirées de l'apparition de l'écriture ne valent plus pour résoudre le problème de chronologie entre les deux phénomènes. Néanmoins, on peut continuer à penser que la coutume a précédé la loi. La loi serait apparue comme l'acte de volonté d'un chef, pour déroger à un fonds coutumier préexistant. Tel est le sens attribué aux lois de Solon, dans l'antiquité hellénique, ou, encore, aux leges regiae à l'origine de Rome : les lois seraient venues déroger à des coutumes préexistantes.

Encore faut-il signaler que, sur le dernier point, il y a des discussions : des romanistes soutiennent que, dans la Rome primitive, il n'y a pas eu de coutumes au sens que l'on pourrait donner à ce terme pour d'autres sociétés archaïques, ce qui serait une pierre d'achoppement.

Il est une autre séquence, sur laquelle on s'interroge. Parmi les phénomènes juridiques primaires, il y a la règle de droit, laquelle embrasse la coutume et la loi, et il y a le jugement individuel.

Chez les juristes, chez les sociologues aussi, on tend à identifier le droit avec la règle de droit. Il n'y aurait de droit que formulé en règle est abusif. Il y a place, dans un ordre juridique, pour autre chose que des règles, il peut y avoir des jugements qui ne soient pas l'expression d'une règle préexistante.

Le jugement individuel - nous aurons l'occasion de le voir cette année - a une valeur en lui-même ; c'est, par lui-même, une pièce constitutive de l'ordre juridique. Or, comment cela a-t-il commencé ?... Le droit a-t-il commencé par des règles, ou bien par des jugements ?... Est-ce que, à l'origine, il y a eu des règles dont les jugements ne furent, postérieurement, que des applications, des déductions ?... Ou bien est-ce qu'il y a eu, d'abord, des jugements qui, en se répétant toujours dans le même sens, se sont consolidés

en coutume, en règle de droit ?... Quelle a été la séquence ?

Y répondre, c'est formuler une hypothèse homogonique. Juristes et sociologues ont été volontiers d'accord pour admettre le primat de la règle de droit : au commencement était la règle. Il leur semble que le phénomène fondamental du droit, c'est la règle, le commandement abstrait s'adressant à un nombre indéterminé de personnes, pour une période de temps indéterminée, la règle par laquelle le chef, le pouvoir aura prise sur le futur, sur l'avenir, car la règle de droit est tournée vers l'avenir.

Cette hypothèse est, aujourd'hui, battue en brèche et, notamment, pour le très ancien droit romain ; un romaniste, Gioffredi, a soutenu, avec à l'appui des témoignages juridiques et littéraires, qu'à l'origine avait été, non pas la règle, non pas même le jugement, au sens propre du terme, mais la décision individuelle ; les premières formes du droit, les premiers balbutiements du droit auraient été des commandements individuels, et cela paraît, quand on y réfléchit, assez vraisemblable.

La première manifestation du droit, la première forme concrète d'expression de l'autorité a dû être un commandement, du type des commandements militaires. Mais, un commandement militaire, c'est un commandement instantané, c'est du droit qui se forme instantanément, pour un cas particulier et qui ne se répète pas, qui n'est pas tourné vers l'avenir, qui ne se cristallise pas en règle ; la règle n'a dû venir que plus tard. La règle représente, en effet, à y bien réfléchir, quelque chose d'assez peu naturel dans une société primitive.

Encore qu'il y ait beaucoup de conjectures à cet égard, si l'on part du postulat d'une mentalité primitive, un des traits qu'on lui reconnaîtra le plus volontiers, c'est l'impuissance à abstraire, l'impuissance également à saisir le futur ; le primitif vit dans le présent, et il ne généralise pas ou il généralise mal.

Cette impuissance à l'abstraction, cette impuissance à saisir le futur rendaient, semble-t-il, la société primitive inapte à la règle. Le droit, dans la société primitive, ne pouvait s'exprimer que sous forme de commandements individuels et instantanés. La règle a représenté un progrès décisif ; la règle de droit a procuré aux chefs une énorme économie de moyens en leur permettant de multiplier à volonté la portée de leurs commandements, non seulement à travers l'espace mais surtout à travers le temps. Il n'y aura plus besoin de répéter le commandement chaque fois que la même situation se retrouvera ; le commandement est donné une fois pour toutes, pour une série indéfinie de cas.

Jusqu'alors, dans cette humanité primitive, le droit devait se former chaque fois qu'une nécessité s'en présentait et il fallait,

ensuite, le laisse se perdre. C'étaient des commandements instantanés, mais qui s'évanouissaient une fois l'exécution obtenue.

Grâce à la règle, l'humanité, à partir d'une certaine époque, a eu la possibilité d'emmagasiner du droit. Ce fut une étape décisive dans la vie de l'humanité. Je ne sais si ce fut un bien ou un mal, mais ce qui est certain c'est qu'à partir de là, le droit n'a plus été quelque chose d'instantané, de fugitif, qui se perdait une fois que la nécessité était passée. Non, le droit a été mis en réserve, en magasin : les codes sont des magasins de droit.

Voilà quelques-unes des hypothèses que l'on peut agiter ; y consacrer trop de temps serait une perte, mais, de temps en temps, c'est saine distraction que de les agiter.

B. L'hypothèse transformiste.

L'hypothèse transformiste a une portée bien plus considérable.

Dans le petit ouvrage de M. Henri Lévy-Bruhl, "Sociologie du droit", nous rencontrons un chapitre consacré au caractère essentiellement provisoire des règles du droit. Le droit a un caractère essentiellement provisoire, relatif.

Il y aurait une histoire à faire de l'idée transformiste en matière juridique. De tout temps, l'observation des faits, une observation toute empirique, a suggéré aux hommes le sentiment que le droit était quelque chose de variable dans le temps, comme, d'ailleurs, dans l'espace. Vous connaissez les passages célèbres de Montaigne et de Pascal à ce sujet.

Plus tard, au siècle des lumières, la conviction s'instaura chez les hommes qu'il y avait un progrès du droit, que le droit suivait une ligne et une ligne ascendante, ascension du droit vers la lumière.

A la fin du XIX^{ème} siècle enfin, il n'est pas douteux que Darwin et ses théories eurent une influence sur la sociologie générale comme sur les juristes et, par là, sur la sociologie juridique. Le droit devait se transformer puisque toutes choses, sur la terre, se transforment. Néanmoins, cet évolutionnisme fut toujours contrarié, dans la pensée juridique, par deux circonstances :

D'abord, par la prodigieuse survie du droit romain dans nos sociétés occidentales. Sans doute, le droit romain n'avait survécu au Moyen-Age et au-delà qu'en se transformant considérablement, mais, de ces transformations, les juristes non spécialisés n'étaient pas tellement conscients. Ce qu'ils voyaient, c'est que le droit romain était arrivé à se perpétuer à travers la codification justinienne, comme s'il était immuable, parce que, ajoutait-on, ses règles

avaient un caractère rationnel.

"Le droit romain", disaient certains juristes théoriciens, "surtout le droit romain des obligations, a le caractère immuable des théorèmes de la géométrie, parce qu'il a le même caractère rationnel. La géométrie ne se transforme pas, le droit des obligations ne peut pas davantage se transformer, car le droit romain nous a donné, en quelque sorte, la géométrie des obligations".

La seconde circonstance, ce fut la force des doctrines du droit naturel ; quelque variante que revêtent ces doctrines, elles tendent toujours, par définition même, à introduire un certain fixisme dans le droit, elles agissent toujours dans un sens anti-évolutionniste. C'est surtout vrai pour la forme pure de la doctrine du droit naturel, où ce sont les institutions concrètes du droit qui sont déclarées elles-mêmes relever de droit naturel ; par exemple, la propriété individuelle est de droit naturel, la famille monogamique est de droit naturel, le mariage indissoluble est de droit naturel.

Chaque institution étant déclarée de droit naturel, chaque institution est réputée avoir existé de toute éternité et être promise à l'éternité dans l'avenir.

Assurément, il existe des formes plus édulcorées de la doctrine du droit naturel, ainsi celle du droit naturel à contenu variable, la théorie de Stammler : le contenu bougera, le cadre seul demeurera immuable. Il n'empêche que, dans toute doctrine du droit naturel, il y a quelque chose de fixe qui contredit le transformisme.

Or, on peut bien dire que c'est un des postulats de la sociologie juridique que le droit, loin de rien présenter d'immuable, est sujet à des transformations. La sociologie juridique ne peut pas ne pas être, à titre d'hypothèse directrice, transformiste. En ce sens, il est exact de dire qu'elle est difficilement compatible, a priori, avec l'idée d'un droit naturel. Pour la sociologie juridique, même l'idée de droit naturel est une idée contingente, relative, sujette à des transformations.

Par exemple, Gustave Glotz a montré comment l'antiquité grecque avait eu successivement deux conceptions de la justice : il y a eu, d'abord, la justice mystique, la thémis, limitée au genos et dérivant du culte des dieux domestiques ; puis, il y a eu la justice civile, laïcisée, la diké, qui a finalement absorbé la thémis. Même les droits naturels se battent entre eux, aux yeux de la sociologie juridique. Bref, pour la sociologie juridique, tout est sujet à transformation. Il ne peut y avoir de notions immuables : en conséquence, point de droit naturel.

L'hypothèse transformiste constitue ainsi le climat général dans lequel se déroulent les recherches de sociologie juridique ; c'est pour elle un cadre général de recherches. On constate un accord à peu près unanime de la sociologie juridique (les points où elle est unanime ne sont pas tellement nombreux), pour admettre que, comme cadre de recherches, elle a besoin de l'hypothèse transformiste.

Toutefois, à côté de cette signification générale de cadre de travail que revêt l'hypothèse transformiste, il faut noter que cette hypothèse a pris, à notre époque, un sens plus particulier, chez les juristes autant d'ailleurs que chez les sociologues, un sens particulier qui concernerait les transformations du droit et, spécialement, les transformations du droit privé, du droit civil, depuis le Code Napoléon.

A côté de l'hypothèse générale transformiste, nous avons ainsi une application particulière de cette hypothèse à l'évolution du droit, depuis le Code Napoléon, une sorte de transformisme particulier, parfois assez dogmatique, qui se mesure sur le Code Napoléon et qui est dirigé contre lui. Si bien que, dans cette étude de l'hypothèse transformiste, j'aurai, en réalité, à étudier, d'une part, la signification générale de l'hypothèse, ce cadre général de travail sur lequel il y a à peu près unanimité de la sociologie juridique ; et puis, l'application particulière que l'on a cherché à en faire au droit privé du XXème siècle.

1°- L'HYPOTHÈSE TRANSFORMISTE.-

A. Signification générale de l'hypothèse.

L'hypothèse, rappelons-le, peut, sommairement, s'énoncer ainsi : Le droit est sujet à transformation, le droit est essentiellement mobile. Quel est le fondement de cette hypothèse ?

Parfois, on lui donne un fondement qui peut être qualifié "d'organiciste". Les explications organicistes sont extrêmement fréquentes en sociologie générale. Il s'agit de présenter la société comme constituant un organisme vivant, un corps doté de vie. C'est une idée qui a été familière à la sociologie dès ses débuts ; on trouverait déjà chez Aristote cette idée que la société constitue un être vivant, aussi bien chez certains durkheimiens ou même chez des sociologues contemporains, tel M. Alfred Sauvy, dans son ouvrage intitulé "La nature sociale" (1957).

La Société, - tel est le postulat - est un organisme vivant. Or, quelle est la loi de tout organisme vivant ? C'est la transformation. Tout organisme vivant, de la conception à la mort, est sujet à des transformations. L'organisme traverse l'enfance, l'adolescence, la jeunesse, la maturité et, finalement, le vieillissement. Parallèlement, il y aurait une croissance et une décadence de cet organisme vivant qu'est l'organisme social.

L'explication peut être transposée en sociologie juridique. On pourra s'inspirer, ici, de l'idée générale que, la société étant un organisme vivant, le droit, qui est un élément constituant de la société, participe de la vie de tout l'organisme. Toutefois, en sociologie juridique, l'explication organiciste est souvent rapportée, plutôt qu'à la société globale et à l'ensemble du système juridique, à chaque institution juridique particulière.

Il existe, en effet, une conception organiciste de l'institution juridique. Cette conception se trouve avec un singulier relief chez un juriste comme Ihering. L'institution est pour lui un corps, un ensemble de règles de droit, mais un ensemble qui est comme lié et animé par un esprit ; elle est réellement un être, un être vivant. Si elle est un être vivant, il est naturel qu'elle soit sujette à la loi de la vie, c'est-à-dire qu'elle soit susceptible d'une croissance et d'une décadence, d'un développement et d'un vieillissement.

De fait, chez les sociologues, mais aussi chez les juristes, c'est une idée assez familière que les institutions juridiques passent par les phases successives de la vie. On parle volontiers de la jeunesse et du vieillissement des institutions.

Si l'institution est soumise à la loi de la vie, elle est nécessairement soumise à des transformations. On aperçoit, dès lors, l'explication de l'hypothèse transformiste dans son application aux institutions juridiques. Il est courant, dans la littérature juridique de notre époque, d'entendre dire que telle institution ou telle loi est vieillie (exemple, la loi de 1867 sur les sociétés anonymes), ou, au contraire, qu'elle est en pleine expansion (exemple : l'adoption).

Ainsi, invinciblement, l'explication organiciste s'impose à l'esprit des juristes, et vient fournir un fondement à l'hypothèse transformiste.

D'autres auteurs, qui éprouvent, sans doute, quelques hésitations à admettre ce postulat de la société organisme vivant, - postulat qui, en effet, en sociologie générale, suscite bien des discussions - donnent de l'hypothèse transformiste une explication plus simple ; ils rapportent l'explication, non plus à la société considérée comme un ensemble vivant, mais aux individus qui composent la société, aux individus dont la réalité physique est quelque chose de beaucoup plus sûr pour une explication.

Ce fondement est exposé dans l'ouvrage de M. Henri Lévy-Bruhl, "Sociologie du Droit" (1961). L'idée est simple : la société est composée par des individus périssables, des individus qui sont sujets eux-mêmes - et, ici, c'est une réalité incontestable, observable - à la loi de la vie, de la croissance, de la décadence et de la mort. Puisque les composants changent, le composé - la société, ou le droit (qui est un aspect de la société) - doit changer par voie de conséquence. Puisque, dans une société donnée, au bout d'un certain temps, il se sera opéré un renouvellement des individus composants, il est évident que le substratum physique du système juridique aura changé, et l'on peut expliquer par là que le système juridique lui-même ait été entraîné dans le changement. Chacun des individus, considéré isolément, est le sujet d'une psychologie différente, il a des aspirations, des conceptions, des réactions différentes. Du même coup, la société composante va subir des transformations dans son attitude à l'égard du droit.

Cette explication, purement physique, a l'avantage sur la précédente de ne pas exiger que l'on prenne parti sur ce postulat bien sujet à controverse, qu'est l'existence de la société en tant qu'être distinct des individus composants, en tant qu'être autonome vivant.

Un autre avantage de ce fondement de l'hypothèse est qu'il ne préjuge pas de la direction des transformations. Avec l'hypothèse précédente, le système juridique, dans son ensemble, ou une institution juridique déterminée, serait, nécessairement, entraîné dans une transformation déterminée, une fois pour toutes, par les lois de la vie : l'enfance, l'adolescence, la maturité, le vieillissement et,

finalement, la mort, le cycle, en quelque sorte, serait déterminé une fois pour toutes. Avec l'explication qui se rapporte, non plus à la société être vivant, mais aux individus composants, nous ne sommes plus liés à cette direction prédéterminée de l'évolution.

Enfin, il est une autre manière d'expliquer les transformations du droit ; c'est une manière purement philosophique, procédant d'une certaine philosophie de l'Histoire, philosophie très élémentaire : que tous les événements se situent dans le temps, et, le temps est, philosophiquement, métaphysiquement, un devenir. Le droit se situe dans un devenir universel ; il est logique, rationnel qu'il participe à ce devenir universel, à ce "werden" pour employer l'expression du philosophe allemand Herder. Il n'est pas déplacé de citer Herder en sociologie juridique, car l'idée exprimée par lui, à la fin du XVIIIème siècle, que le droit, comme toutes choses, est emporté dans le devenir universel, devait être directement féconde pour les juristes eux-mêmes. On retrouverait l'influence de Herder chez un juriste à tendance sociologique comme Charles de Savigny, et même plus près de nous, Français, chez Portalis.

Portalis, dans sa période d'exil, sous le Directoire, avait vécu en Allemagne, et y avait connu la philosophie de Herder. Le "Discours préliminaire" au projet de l'AN VIII, ce Discours préliminaire écrit par Portalis, où il est dit que "les lois se font avec le temps", exprime bien cette idée d'un devenir universel qui emporte le droit comme toutes choses. Cette idée du devenir, c'est sans doute chez Herder que Portalis l'avait trouvée.

Cette présentation de l'hypothèse transformiste, savoir que le droit, se situant dans le temps, se situe, par là même, inmanquablement, dans le devenir, suffit à fournir à la sociologie juridique le cadre général dont elle a besoin, un cadre général neutre, si j'ose dire, un cadre qui ne préjuge rien quant au sens du devenir. Le droit est dans le devenir, mais le sens du devenir nous est inconnu et il peut bien se faire qu'il n'y ait pas de sens du devenir, que le devenir ne soit susceptible d'aucune explication rationnelle.

Quelle est la portée que l'hypothèse transformiste, envisagée ainsi comme un cadre général pour la sociologie juridique, revêt chez les juristes et les sociologues ?... Suivant, précisément, que l'hypothèse reçoit tel ou tel fondement, elle va prendre, chez les auteurs des colorations différentes, et des formulations plus ou moins précises.

Les uns conçoivent la transformation du droit comme une évolution linéaire. L'évolution linéaire pourrait être elle-même - quoique cette manière d'envisager les choses soit assez rare - une évolution régressive, une décadence continue.

Si vous placez à l'origine de toute chose une sorte d'âge d'or, - hypothèse sur laquelle a vécu la philosophie antique - il est rationnel d'admettre que tout va de mal en pis en toutes choses et, bien entendu, tout va de mal en pis dans le droit, le droit étant une décadence sans fin, il y a un déclin continu du droit, ou plus exactement, de la situation des sociétés humaines quant au droit.

L'idée n'est pas étrangère à certains penseurs de l'antiquité. A partir du postulat de l'âge d'or, il leur semble que les sociétés humaines sont entrées dans une phase de décadence. Mais celle-ci se manifeste par l'abondance du droit, car l'âge d'or se caractérisait par l'absence de droit. Dans l'âge d'or, les hommes pouvaient vivre sans loi et c'est, en quelque sorte, notre chute qui a entraîné l'apparition des lois. La chute se poursuivant, la dégradation s'accroissant, il faut de plus en plus de lois pour mater de plus en plus les hommes.

Quelque chose de cette idée antique se retrouve peut-être, à l'époque des lumières, chez certains philosophes de la nature, chez Jean-Jacques Rousseau par exemple. Et elle ne sera pas sans influencer, parfois, le législateur révolutionnaire, dans la mesure où Jean-Jacques Rousseau l'a influencé. "De moins en moins de lois", tel lui paraîtra l'idéal législatif, car l'abondance des lois est le finit de notre civilisation corrompue. Le premier projet de code de Cambacérès fut rejeté parce qu'il avait trop d'articles, et le second projet, tenant compte de cette indication de la Convention, se caractérisait par un style des plus lapidaires. De moins en moins de lois, et aussi de moins en moins de tribunaux. L'idéal de la Révolution, sur ce terrain-là, sera, dans une large mesure, la substitution de la conciliation à la juridiction.

Ainsi, l'idée d'un âge d'or qui se serait caractérisé par le non droit, n'a pas été sans action sur la pensée philosophique et juridique. Cependant, il est plus courant de concevoir l'évolution linéaire selon une marche inverse, comme une évolution progressive.

Assurément, la notion de progrès, qui est déjà difficile en elle-même, l'est singulièrement quand il s'agit de l'appliquer au droit. Qu'est-ce que c'est, au juste, que le progrès du droit ?...

Néanmoins, malgré les divergences des systèmes de valeurs que l'on fait intervenir sous la notion de progrès, il s'est formé une sorte de lieu commun chez les juristes, au XIXème siècle, le siècle qui a cru au progrès : Le progrès du droit serait caractérisé par plus de sécurité et plus de justice.

Lorsque l'on donne ainsi à l'hypothèse transformiste cette précision par l'idée, soit de régression, soit de progression, il est certain, qu'on le veuille ou non, que l'on écarte notre hypothèse de sa fonction propre. Ce n'est plus le cadre neutre que la sociologie

juridique peut souhaiter. Des jugements de valeur se réintroduisent dans l'hypothèse et, au fond, une idée de droit naturel reparaît toujours, soit que l'on place le droit naturel dans l'âge d'or, sans lois, soit, au contraire, qu'on le projette en avant, comme un idéal qui sera atteint un jour. Dans les deux hypothèses, c'est toujours le droit naturel qui est sous-jacent à cette présentation de l'évolutionnisme.

Au reste, la ligne droite n'est pas la seule direction possible d'un mouvement et l'on conçoit des mouvements de retours. Dans la philosophie de l'Histoire, l'idée des retours, des "ricorsi", pour employer l'expression italienne de Vico (qui est, parmi les philosophes de l'Histoire, celui qui a donné le plus de relief à l'idée) cette idée d'une évolution par cycles, ou peut-être en spirale, n'est pas non plus étrangère à la pensée, soit sociologique, soit juridique.

Je pense ici au grand publiciste Maurice Hauriou, dont la pensée fut largement ouverte aux préoccupations sociologiques, à la fin du XIXème siècle. On trouve chez lui cette idée, nuancée, d'ailleurs, de pessimisme, que les sociétés, par là même les systèmes juridiques, passent par des cycles toujours renaissants, d'abord l'autoritarisme, puis, peu à peu, l'autoritarisme se relâche, fait place à la démocratie, mais, à son tour, la démocratie se perd par le relâchement, l'excès de liberté, et c'est l'anarchie, laquelle appellera un retour à la tyrannie. La boucle se referme et c'est ainsi que, à l'infini, les sociétés, les systèmes juridiques devraient remonter le rocher de la liberté.

Toutes ces hypothèses, celles des retours comme celles de l'évolution, soit régressive, soit progressive, ont le tort de nous faire sortir de la neutralité du schéma. Il semble que la sociologie juridique n'ait pas besoin de prendre parti sur la direction, sur le sens de l'évolution ; elle n'a besoin que d'un schéma abstrait, elle n'a besoin que de poser la mobilité du droit, sans plus de précision, mobilité du droit qui n'implique nécessairement, ni une direction déterminée de mouvement, ni un mouvement constant, - après tout, il peut y avoir des temps de repos - et encore moins, ce que l'on perd souvent de vue dans la pensée évolutionniste, une vitesse déterminée du mouvement. Il y a mouvement, c'est l'hypothèse nécessaire, mais nous ne savons rien du rythme du mouvement.

L'hypothèse transformiste est assez généralement acceptée par la sociologie contemporaine, sociologie générale ou sociologie juridique. Néanmoins, il faut parler de ses limites. L'hypothèse transformiste n'est plus acceptée, aujourd'hui, en sociologie générale et ne devrait plus être acceptée en sociologie juridique d'une façon aussi illimitée qu'on l'aurait fait à la fin du siècle dernier et au début de ce siècle. Dans la sociologie contemporaine sont apparues certaines tendances qui, sans remettre en cause, fondamentale-

ment, l'hypothèse évolutionniste y apportent des limites.

Il faut partir, ici, de la sociologie générale. Je vous ai parlé de Lucien Lévy-Bruhl et de son oeuvre, première d'une série, intitulée "Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures". C'est dans cette oeuvre qu'il a magistralement développé, pour la première fois, cette idée, appelée à une extraordinaire fortune, de la mentalité primitive ou, comme on dit, aujourd'hui, plus volontiers, de la mentalité archaïque. Dans ce premier jet de sa pensée, il présentait la mentalité primitive comme essentiellement prélogique, mystique. Dans certaines ethnies primitives, vues à travers les récits ou les descriptions des voyageurs et des ethnologues, il croyait déceler une forme première de la psychologie humaine, forme première qui se serait progressivement transformée.

Dans cette première coulée de sa pensée, la mentalité primitive n'était qu'un départ, le départ d'une évolution, et la mentalité primitive était appelée, à travers la série sociologique, à se transformer progressivement pour aboutir à la pensée logique, rationnelle caractérisant les sociétés modernes, les sociétés européennes des XIXème et XXème siècles.

Cependant, dans ses ouvrages postérieurs, Lucien Lévy-Bruhl, toujours à la recherche de la vérité, fut amené à nuancer sensiblement sa conception de la mentalité primitive, et cette marche de sa pensée s'accrut encore dans ses carnets de notes, qui n'ont été publiés qu'après sa mort, et qui, sur certains points, semblent même remettre en question ce qu'il avait écrit dans son premier ouvrage : "Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures".

Dans ces Carnets, en effet, Lucien Lévy-Bruhl ne présente plus la mentalité mystique, caractéristique des primitifs, comme appelée à se transformer à travers la série sociologique. Cette mentalité primitive, reconnaît-il, se retrouve, en réalité, même dans les sociétés modernes. La transformation consistera à recouvrir cette mentalité primitive, cette mentalité irrationnelle, illogique, mystique, de certains apports rationnels, mais le substrat, la base demeure même chez le moderne, même chez l'Européen dans sa société industrielle. Si vous grattez, en quelque sorte, la couche de rationalité qui s'est déposée là-dessus, vous retrouverez la mentalité primitive.

Ainsi, la mentalité primitive, au lieu d'être un point de départ appelé à disparaître au cours de l'évolution, n'est plus, dans ce dernier état de la pensée de Lucien Lévy-Bruhl, que l'élément permanent, immuable de la nature humaine. Il y a donc un élément permanent, immuable dans la nature humaine. Une constante va faire sa réapparition dans les sociétés. Il y a ainsi une part qui semble échapper à l'évolution, au transformisme.

D'après un penseur de l'école de Freud, quoique en désaccord avec Freud, Carl Gustav Jung, - mort cette année même - psychanalyste suisse, médecin de profession, mais qui n'était pas sans formation ethnologique, d'après Carl Gustav Jung, il existe un inconscient collectif qui représente, dans la psyché de l'individu, un fond immuable et universel. Il existerait ainsi, chez tout individu, un héritage de possibilités représentatives, qui n'est pas quelque chose d'individuel, mais quelque chose qui appartient à toute l'humanité et, même, peut-être, (du moins à certains moments de la pensée de Carl Gustav Jung), à toute l'animalité.

Ainsi, voilà encore de l'immuable, de l'universel qui se réintroduit et qui vient limiter le concept d'évolution.

"Cet inconscient collectif", déclare Jung, " est une sorte de réserve d'archétypes".

L'expression est devenue célèbre, représentative de la philosophie de Jung, il croit à des archétypes, à des représentations originelles qui se retrouveraient dans l'inconscient collectif, et par là dans l'inconscient de chaque individu.

"Cet inconscient collectif, c'est," déclare Jung, "la condensation déterminante de l'expérience ancestrale depuis d'innombrables millions d'années, un dépôt de l'Histoire universelle, une sorte d'image intemporelle du monde qui vient s'opposer à l'image consciente que nous en avons momentanément".

C'est bien une limite qui est ainsi apportée à l'hypothèse transformiste. Dans la transformation qui emporterait les sociétés humaines, il y aurait tout de même une limite, un fond qui resterait - constante universelle de l'esprit humain - un fond constitué par les archétypes. A cette philosophie, pourrait s'ajouter, du reste, au moins par certaines de ses conséquences, la philosophie qui est à la base des travaux ethnologiques de M. Claude Lévi-Strauss. Tout ce courant philosophique tend à opposer la nature humaine, comme un fond immuable et universel, à la culture, qui ne serait, en quelque manière, qu'une couche superposée. Cette couche sujette, elle, à transformation, se superposerait au fond immuable de la nature. On peut se demander si, par ce canal, une sorte de droit naturel ne va pas, de nouveau, faire irruption dans le droit. Par cette voie socio-psychologique, n'est-ce pas le droit naturel qui fait sa réapparition ?...

Ces notions nouvelles dont nous venons de faire état, ces notions dégagées par la sociologie générale, sont-elles adaptables à la sociologie juridique ? En conçoit-on des applications au droit ?... N'y a-t-il pas une mentalité juridique primitive, un fond de primitif dans la mentalité juridique, qui expliquerait des constantes

du droit ?... N'existe-t-il pas des archétypes du droit qui seraient déposés dans un inconscient collectif, où chaque individu les retrouverait ?...

De certains des travaux de M. Lévi-Strauss, on peut, semble-t-il, inférer qu'il considère comme des structures élémentaires de l'humanité certains mécanismes juridiques : la règle de la réciprocité, le caractère synthétique du don (le don appelle un retour, le don est la forme primitive de l'échange, pour reprendre la formule de Marcel Mauss, sur laquelle a médité M. Lévi-Strauss). La règle de la réciprocité, le don dans son caractère synthétique, constitueraient des structures élémentaires constantes, universelles de l'humanité.

Si l'on voulait concrétiser davantage, on pourrait se demander si une règle comme la prohibition de l'inceste, le tabou de l'inceste, ne constitue pas un archétype au sens de Jung, une constante servant, en quelque sorte, de butoir à l'évolution de l'humanité, à l'évolution du droit, un butoir que toute évolution respectera. Peut-être - mais déjà, ici, c'est plus conjectural - la crainte, la révérence des père et mère pourrait constituer également un des archétypes de la pensée juridique, de l'inconscient juridique collectif.

Plus concrètement encore, on pourrait se demander si ne sont pas des archétypes du droit certains mécanismes juridiques, certaines notions juridiques, comme l'irrévocabilité des donations, - cela nous paraît bien technique et, cependant, l'expérience montre que c'est quelque chose de profondément ancré dans la nature humaine (ce qui est donné est donné, disent spontanément les enfants), l'irrévocabilité des donations, le formalisme (du moins un certain formalisme) ou, encore, une certaine imprégnation de la chose aliénée par la personne de l'aliénateur (cette imprégnation qui explique, sociologiquement, des mécanismes juridiques tels que la garantie en cas de vente : la chose a beau avoir été cédée, quelque chose de la personnalité du cédant y subsiste et explique que le cessionnaire, que l'acquéreur puisse se retourner vers le cédant). On peut se demander s'il n'y a pas là autant d'archétypes juridiques.

Au sein de nos sociétés modernes, des archétypes du droit flotteraient souvent dans ce que l'on appelle le folklore juridique. Parmi les secteurs que l'on pourrait découper à l'intérieur de la sociologie juridique, il en est un, en effet, qui porte le nom de folklore juridique. Le folklore, c'est un réservoir de survivances. Dans les règles du folklore subsistent des règles d'un droit disparu. Des archétypes (au sens de Jung) se retrouveraient dans le folklore juridique ou, encore, dans ce que l'on appelle le "droit enfantin", qui est une des formes du folklore juridique ; ou encore - et, ici, je deviens de plus en plus paradoxal au regard du droit dogmatique -

dans les prétentions aberrantes d'un plaideur. Il arrive qu'un plaideur porte devant la justice une prétention qui paraît monstrueuse au regard du droit dogmatique. Elle l'est, au regard du droit de 1961, mais, en fouillant bien, parfois, on découvre que cette prétention n'est que la survivance d'un état de droit disparu. C'est un archétype qui flotte dans l'inconscient de l'individu et qui reflète quelque chose de l'inconscient collectif.

Voici, à titre d'exemple, une espèce qui s'est présentée il y a quelques mois et qui a été portée jusque devant la Cour de Cassation, qui, évidemment, s'est beaucoup étonnée et n'a pas suivi. Un homme était employé chez son père, transporteur routier (celui-ci n'était pas, par conséquent, un individu appartenant aux couches les plus frustes de la nation). Or, le père avait prétendu faire divorcer son fils. Sa belle-fille ne lui plaisant pas, il avait mis son fils en demeure de divorcer. Le fils (qui, lui, n'avait pas d'archétype) refusa, Code Napoléon en mains et protesta tellement que le père le mit à la porte en tant qu'employé. Sur quoi, le fils invoqua les règles du contrat de travail, réclama une indemnité pour rupture abusive. Le père s'en étonna beaucoup et fit plaider qu'en réalité, la rupture n'était pas abusive, puisque le fils, en somme, s'était refusé à obéir à l'autorité paternelle. La Cour de Cassation n'a pas compris. Elle a déclaré que le fils avait agi dans la limite de ses droits et que c'était le père, au contraire, qui avait abusé des siens. Mais il est évident que les deux prétentions juridiques ne se situaient pas dans le même plan sociologique, elles ne ressortissaient pas aux mêmes époques sociologiques : d'un côté, disons-le, il y avait un archétype, en tout cas, une survivance, et, de l'autre, au contraire, il n'y avait que la froideur du droit positif.

De ces nouvelles tendances de la philosophie, qu'il ne faut pas négliger, retenons simplement que, si l'hypothèse transformiste, sous sa forme générale, est exacte très certainement, elle ne peut cependant être imposée sans restriction. Elle comporte des limites. Nous ne pouvons peut-être pas les préciser. Cependant, nous sentons qu'il peut y avoir, dans le devenir, dans l'écoulement qui emporte le droit, des notions, des types, des archétypes qui résistent à la transformation. Il y a là, à tout le moins, une question posée aux juristes, mais, aussi, aux sociologues.

B. Signification particulière de l'hypothèse transformiste dans le droit contemporain.

Pour sentir tout de suite de quoi il s'agit, je vais vous citer quelques titres d'un genre littéraire qui est devenu extrêmement important chez les juristes depuis une quarantaine ou une cinquantaine d'années. Il existe, à l'heure actuelle, une littérature transformiste, une littérature consacrée à décrire les transformations du

droit à notre époque, et, plus spécialement, les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon considéré comme le point de départ.

Cette littérature transformiste peut être divisée en deux périodes :

Une première période se situe du début du siècle jusqu'au lendemain de la première guerre mondiale. Dans cette première période, la littérature transformiste s'appliqua à décrire les transformations qui résultaient des réformes sociales, notamment de la III^{ème} République. A partir de 1880, en effet, le droit civil français a été traversé par un courant de réformes législatives et, aussi, par un certain nombre de mouvements jurisprudentiels. C'est une évolution qui, aujourd'hui, où nous avons plus de recul, nous paraît modérée, mais, aux contemporains, elle parut bouleversante. On peut citer en ce sens l'ouvrage de Charmont, "La socialisation du droit", paru en 1903, mais, surtout, l'ouvrage, le petit ouvrage - c'est un recueil de conférences faites, en Argentine, en 1912 - de Léon Duguit, "Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon". Cet ouvrage, dont la vigueur est indéniable, a beaucoup contribué à ancrer chez les juristes de droit public, mais aussi de droit privé, - peut-être par complexe d'infériorité, comme on dirait aujourd'hui - l'idée que le droit civil avait subi des bouleversements depuis le Code Napoléon. Citons encore l'ouvrage de Gaston Morin, "La Révolte des faits contre le Code", qui parut en 1920.

La seconde période s'ouvre à la veille de la seconde guerre mondiale et décrit une évolution beaucoup plus haletante, beaucoup plus précipitée, précipitée par les séquelles de la première guerre mondiale, par l'approche et, finalement, l'arrivée de la seconde.

A cette seconde période appartiennent les ouvrages de Josserand, "Evolution et Actualité", (1936), et surtout ceux de Ripert, "Le régime démocratique et le droit civil moderne", (1937), "Le déclin du droit", (1948) ; enfin, l'ouvrage du Doyen Savatier, "Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui" (trois volumes publiés de 1952 à 1959).

Les traits communs de cette doctrine transformiste, c'est qu'elle est, d'abord, descriptive. Il s'agit surtout de décrire les transformations. Non point que le jugement de valeur soit absent : il est en marge, et il a, du reste, des orientations différentes suivant les auteurs ; cela va de l'exaltation chez Léon Duguit, par exemple, à la critique, parfois très amère, chez le Doyen Ripert ("Le déclin du Droit" est un titre suggestif). Mais, ce qui domine est une sorte de position centriste, assez caractéristique de la doctrine civiliste française. Cette évolution du droit et, notamment, du droit civil depuis le Code Napoléon, est bonne en soi. Aucun auteur ne propose de rétablir, purement et simplement, le régime du Code Civil, de rétablir, notamment, sur le terrain économique, un régime de libre

entreprise. L'évolution est bonne en soi, pourvu que - et, de cette condition, tous les auteurs se montrent soucieux, c'est un des lieux communs de la pensée juridique française à notre époque - pourvu qu'elle respecte certaines valeurs fondamentales touchant à la personne humaine, respecte l'éminente dignité de la personne humaine, pour employer l'expression consacrée.

Donc, description, avec, en marge, un jugement de valeur, mais point d'examen critique concernant l'existence même de l'évolution, sa portée, son ampleur ; cette évolution n'est pas mise en doute, elle est tenue pour acquise.

Toute cette doctrine fait apparaître une application particulière, vous le voyez, de l'hypothèse transformiste, de l'hypothèse que le droit est mobile. Cette hypothèse finit par prendre une signification autonome ; elle cesse d'être une hypothèse de travail pour devenir le fond de la sociologie juridique. L'hypothèse transformiste, dans son application au droit moderne, tient lieu, pourrait-on dire, de sociologie juridique aux juristes et, peut-être même, à certains sociologues français.

Faire de la sociologie juridique, à notre époque, ce serait simplement reconnaître les transformations du droit civil depuis le Code Napoléon. Ce phénomène intellectuel se localise, au départ, en France, mais il me semble qu'il a gagné d'autres pays et que, notamment, ce que l'on appelle, en Allemagne de l'Ouest, à l'heure actuelle, la "Sociologie Juridique", est avant tout une description des transformations du droit depuis B G B.

Je voudrais exposer l'hypothèse plus en détail et d'une manière plus précise, avant de la soumettre à une discussion proprement sociologique.

a) Exposé de l'hypothèse : l'idée inspiratrice est que les transformations du droit, singulièrement, du droit civil, se sont intensifiées et accélérées dans la période contemporaine.

L'expression est vague. De quelle période s'agit-il au juste ?... Pour Léon Duguit, la période de transformation intense dont il s'agirait aurait commencé dès l'avènement de la IIIème République, (j'entends l'avènement réel, l'avènement sociologique), c'est-à-dire vers 1880, le moment où les Républicains prennent le pouvoir.

Les témoignages qu'il en donne dans les différents secteurs du droit privé peuvent, d'ailleurs, aux yeux d'un juriste de 1961, paraître plus ou moins significatifs. Par exemple, quand il dit que la loi du 2 Janvier 1907, sur l'affectation des églises, des bâtiments cultuels aux différents cultes, est caractéristique d'une transformation de la propriété française, cela ne nous paraît plus très probant.

Ou encore quand il nous cite l'arrêt de Clément Bayard sur l'abus de droit (palissades contre aéronefs) comme témoignant d'une véritable révolution dans la conception du droit de propriété, cela ne nous paraît pas non plus sociologiquement suffisant. En tout cas, pour Léon Duguit, l'évolution a commencé en 1880, et elle lui paraît avoir déjà atteint un stade particulièrement élevé en 1912.

Au contraire, si vous lisez des auteurs plus récents, la période antérieure à la première guerre mondiale ne mérite guère l'attention ; c'est dans l'entre-deux-guerres que l'évolution a commencé et elle s'est pleinement épanouie avec la Libération, à partir de 1945. Il y a là quelque chose de significatif du point de vue sociologique : chacun pense vivre une époque exceptionnelle. C'est là une constante que pourrait sans doute expliquer la psycho-sociologie.

Néanmoins, la description évolutionniste, dans son application à notre époque, a trouvé un renfort dans une idée que l'on a présentée en forme de loi : la loi de l'accélération de l'Histoire.

Daniel Halévy, en 1948, publia un essai sur l'accélération de l'Histoire, pour montrer que l'Histoire humaine avait pris le galop, en quelque sorte, au XXème siècle. Les juristes se sont emparés de cette idée et elle a prêté une apparente objectivité à l'idée d'une transformation accélérée du droit civil à notre époque (cf. R. Savatier, Le Droit et l'accélération de l'Histoire, D. 1951, chron. 29).

Cette idée que tout va plus vite dans le droit, reste encore un peu vague, mais il existe certains corollaires, pourrait-on dire, de l'hypothèse, qui vont lui donner plus de précision. L'hypothèse se retrouve diversifiée à la base d'un certain nombre d'hypothèses plus concrètes, les unes intéressant la technique du droit, les autres le fond des institutions.

L'hypothèse intéressant la technique du droit n'a jamais été énoncée sous le titre que je lui donne, mais elle est latente dans les développements de beaucoup de juristes contemporains. C'est ce que l'on pourrait appeler l'hypothèse de la complexification croissante du droit et, notamment, du droit civil.

Deux sortes de faits portent témoignage en faveur de cette hypothèse : la multiplication des textes, qui est un phénomène mesurable, et le caractère de plus en plus technique, de moins en moins populaire, des règles de droit.

Notre droit - l'assertion peut paraître banale aujourd'hui - se technicise de plus en plus. Il est bien certain que, si l'on dépouille la collection du Journal Officiel de ces dernières années, on ne retrouve plus que bien rarement de ces formules gnomiques, propres à être enseignées aux enfants des écoles, ou à être inscrites au fronton des édifices, comme des maximes de conduite à l'usage des

citoyens. Notre droit devient de plus en plus technique, et c'est un des aspects très visibles de sa transformation.

Quant au fond, le corollaire le plus saillant de l'hypothèse transformiste, c'est l'hypothèse de la sociolisation croissante du droit civil. Cette hypothèse ne concerne que le droit civil patrimonial, mais elle est mise en relief par la plupart des auteurs, aussi bien, du reste, juristes que sociologues. C'était déjà ce qu'indiquait Léon Duguit en 1912.

L'évolution de notre droit, depuis 1880, a fortiori, depuis 1945, se caractérise par un recul de l'individualisme et du libéralisme économique, donc par une socialisation croissante du droit, ce qui peut, du reste, quand on creuse davantage, recouvrir deux processus différents, car, "socialisation" n'est pas une notion tellement claire.

Chez les uns, et c'est le sens premier du terme, "socialisation" veut dire passage à un certain socialisme, un socialisme qui se traduirait, conformément à la définition scientifique du socialisme, par une collectivisation, au moins partielle, des instruments de production. Les nationalisations de 1945, par exemple, entreraient bien sous ce vocable de "socialisation".

Pour d'autres, l'expression aurait un sens moins précis, plus anodin. Socialisation du droit voudrait dire : passage à un droit civil de masse ; on assisterait à une "massification" du droit. Notre droit n'est plus un droit de rapports individuels, mais, de plus en plus, un droit de masse, et l'on cite dans cette direction le développement des contrats d'adhésion, des contrats-types, ou, encore, la dilution de la responsabilité individuelle dans le mécanisme de l'assurance, qui est un mécanisme collectif.

Cela ne concerne, je le répète, que les relations du droit patrimonial. Quand on passe au droit extra-patrimonial, notamment au droit de la famille, on est plus embarrassé pour faire entrer l'évolution de notre droit civil, à l'époque contemporaine, dans ce schéma général. Ici, en effet, il faudrait, probablement, renverser la formule. C'est à une individualisation croissante que l'on assiste, à une autonomie croissante des individus à l'intérieur de la famille, du même coup à une certaine désagrégation de celle-ci.

Certains auteurs, dans les transformations du droit civil, ouvriront, en effet, un panneau à part pour montrer ce processus d'individualisation sur le terrain du droit familial, mais cela ne leur paraît pas - et effectivement, la synthèse est possible - en antinomie flagrante avec le processus de socialisation attesté d'ailleurs. La montée de la société peut très bien s'accompagner d'une décadence des corps intermédiaires et, notamment, d'une décadence de l'organisme familial.

Ces hypothèses d'évolution ne sont pas, au reste, purement spéculatives, explicatives. Elles débouchent facilement, dans la pensée juridique contemporaine, sur la politique législative ou jurisprudentielle. Du passé, on fait une extrapolation au futur. Les lois dont j'ai parlé entreraient dans la catégorie de ces lois que M. Bouthoul nomme des lois prophétiques, des lois qui permettent de deviner dans quelle direction l'avenir va marcher. Les transformations relevées depuis 100 ans, ou 50 ans, ou 30 ans, - on n'est pas d'accord sur le chiffre, mais peu importe - dessinent une ligne qu'il est légitime de prolonger, dessinent un sens de l'Histoire, et ce sens de l'Histoire a une valeur normative pour le droit, pour le législateur et pour le juge.

Par quel raisonnement ?... D'abord, parce qu'il serait vain de s'y opposer au mouvement ; le sens de l'Histoire est irrésistible. En outre, parce que, en s'y opposant, on risque d'engendrer des frottements, des tensions, des traumatismes qui seront autant de maux pour la société et les individus. Il y a un intérêt social à aider la société à marcher dans la direction qui est la sienne.

Cette déduction normative, à partir de l'hypothèse transformiste, a été faite, parfois, dans les travaux préparatoires de certaines lois. Ainsi, pour la loi du 1er Septembre 1948 concernant les baux des immeubles à usage d'habitation (loi restrictive des prérogatives du propriétaire). Le Ministre chargé de soutenir le projet de loi s'appuya sur toutes les restrictions antérieures qui avaient été apportées au droit des propriétaires, pour dire que la loi nouvelle s'imposait. L'évolution législative antérieure avait dessiné un sens de l'Histoire que le législateur postérieur n'avait plus qu'à suivre.

Ainsi, l'idée d'une mobilité exceptionnelle du droit à notre époque, a fini par imposer à notre droit une mobilité supplémentaire. Du fait même de l'hypothèse de la mobilité du droit, une mobilité de surcroît est imprimée. C'est une application particulière d'un théorème de la sociologie américaine, le théorème de W.I. Thomas : quand les hommes considèrent certaines situations comme réelles, elles sont réelles dans leurs conséquences. Si les hommes considèrent la mobilité du droit comme une réalité, cette mobilité du droit va devenir une réalité. C'est ce qui fait la différence entre la réalité physique et la réalité sociale. L'opinion que nous pouvons avoir sur les éclipses ne produira pas une éclipse de moins ; mais l'opinion que nous pouvons avoir sur la solvabilité d'une banque peut déclencher l'insolvabilité de celle-ci. L'opinion que nous avons de la mobilité du droit civil peut constituer et accroître cette mobilité.

b) Discussion de l'hypothèse.

Il serait déraisonnable de la tenir pour entièrement fausse. Il est bien évident que le droit civil de 1961 est très différent de celui de 1880, ou même de 1930. Il n'est que de considérer notre droit du bail, urbain ou rural, le développement de la jurisprudence relative à l'article 1384, alinéa 1er... Mais nous n'allons pas recommencer la description...

On ne peut pas, cependant, ne pas exprimer de réserves sur le tour dogmatique que juristes et sociologues lui prêtent aisément. Des exagérations ont été commises par suite d'une série d'erreurs, de pré-notions portant soit sur le passé, soit sur le présent, soit sur l'avenir.

1°) Le passé donne lieu à plusieurs prénotions.

C'est d'abord que l'histoire est souvent ignorée. Un certain mépris de l'histoire a même été à la mode chez les juristes de la première moitié de ce siècle (il est perceptible, par exemple, chez Josserand). Les sociologues, d'autre part, lorsqu'ils ont pris la société contemporaine comme champ d'étude, se ferment très souvent à toute réflexion historique.

Où conduit cette méconnaissance du passé ?

Certains prétendent que le XXème siècle a été marqué par une augmentation de la proportion des enfants naturels. Or, il suffit de se reporter aux statistiques de l'Etat-Civil pour constater que cette proportion est restée invariable du début du XIXème siècle jusqu'à notre époque et a même légèrement décru (7 % au début du XIXème siècle, environ 6 % à notre époque).

A lire certains ouvrages, on s'imaginerait de même que c'est seulement à notre époque que les naissances survenues dans les six premiers mois du mariage sont devenues fréquentes ; en d'autres termes, que le phénomène juridique des enfants de fiancés, serait un phénomène du XXème siècle. Il faudrait, pour le croire, tout ignorer de notre ancienne société, et de l'institution canonique de la légitimation, pour ne rien dire de l'article 314 du Code Civil de 1804. Le phénomène est de tous les temps, et l'on ne peut même pas prouver qu'il se soit amplifié à notre époque.

Ici encore, la méconnaissance de l'Histoire conduit à donner des transformations du Droit Civil une image beaucoup plus précipitée, beaucoup plus agitée qu'elle n'est en réalité.

L'Histoire, quand elle n'est pas ignorée, est facilement oubliée... C'est un phénomène de psychologie sociale que la mémoire, soit

mémoire des individus, soit ce que l'on appelle (par une hypothèse de plus) mémoire collective, que la mémoire a des limites et que des ombres se forment naturellement pour recouvrir certains faits.

Nous en avons eu en sociologie religieuse, il y a quelques mois, la démonstration dans un ouvrage d'un chercheur, M. Poulat, qui est venu montrer qu'une question assez discutée à notre époque dans l'Eglise catholique, celle des prêtres ouvriers, et discutée avec la conviction qu'elle était posée uniquement par les circonstances de l'époque présente, que cette question des prêtres ouvriers avait été longuement agitée aux environs de 1900 avec la même expression, avec les mêmes arguments. Tout cela avait été recouvert par l'oubli collectif.

Semblablement, nous pourrions trouver en sociologie juridique des exemples de cet oubli historique, de cet oubli des faits passés, d'où résultera naturellement l'impression de nouveauté devant des phénomènes d'aujourd'hui qui ne sont, en réalité, que des résurgences.

Ainsi, nous affirmons la complexification croissante du droit à notre époque, parce que nous rapportons l'état actuel du droit à la situation de 1804, où la codification avait représenté un travail de mise en ordre et de simplification des lois. Mais la législation lapidaire est souvent, dans l'Histoire, la réaction contre une période de législation-fleuve. C'est ainsi que l'expérience que l'on étudie en économie politique sous le nom de colbertisme (cette expérience d'interventionnisme auquel Colbert a attaché son nom) s'était traduite dans le plan législatif par une inflation réglementaire. Si nous considérons la masse de textes réglementaires portant sur telle corporation, telle industrie qui furent édictés du temps de Colbert, nous nous apercevons que la législation technicienne et surabondante n'est pas un phénomène qui date du XXème siècle. Seulement, le colbertisme avait été recouvert au XIXème siècle par une nappe d'oubli, et c'est ce qui a donné l'impression d'une nouveauté absolue quand, à notre époque, l'interventionnisme économique a réapparu.

On pourrait faire une réflexion analogue à propos de la jurisprudence relative à l'article 1384, alinéa 1er, du Code Civil, (responsabilité sans faute prouvée, du fait des choses que l'on a sous sa garde). Il est certain que cette jurisprudence est née à cause des accidents d'automobile. Les véhicules rapides des années 30 créaient sociologiquement le besoin d'une responsabilité objective. Mais on oublie qu'au XIXème siècle déjà, existait une rapidité, rapidité qui nous semble sans doute faible, mais qui ne le semblait pas aux contemporains : la rapidité des attelages de chevaux, et qu'au XIXème siècle, la Cour de Cassation avait été amenée - il y a des arrêts classiques sur la question - à proclamer la responsabilité objective de celui qui se servait de l'animal - responsabilité

qui ne pouvait être écartée que par la preuve de force majeure, de la faute de la victime, ou du fait d'un tiers. C'était déjà le schéma de responsabilité que devait reprendre l'arrêt Jand'heur. Mais l'oubli s'étant fait sur la responsabilité du fait des atte-
lages, la jurisprudence Jand'heur nous donne l'impression d'une cré-
ation de notre temps, d'une civilisation juridique absolument nou-
velle.

Le plus grand arbitraire règne, d'ailleurs, chez ceux qui veulent décrire les transformations du droit, quand il leur faut choisir le terme à partir duquel ils vont faire courir cette évolution. Or, il est évident que le sens de l'évolution, sa rapidité, sa portée so-
ciologique dépendant en grande partie du terme qui sera pris pour
point de départ.

On prend pour point de départ l'année 1880, par exemple, ou bien le Code Napoléon, mais ce sont des choix fort arbitraires. Ces termes sembleront bien récents à qui a l'oeil fixé sur l'Histoire ... 150 ans comptent peu quand il s'agit de retracer une évolution sociolo-
gique. Pourquoi ne pas remonter plus haut ?... à l'Ancien Régime, sinon au régime féodal ?...

Pour qui regarde les choses d'un peu haut, le libéralisme représenté par le Code Napoléon n'a peut-être été qu'un accident dans l'Histoire du Droit français. Ainsi, nous assistons à notre époque à une "renaissance" du formalisme (c'est l'expression consacrée), à une renaissance des retraits, on voit réapparaître une décomposition du domaine entre le propriétaire éminent, qui serait le propriétaire tout-court, et le propriétaire "utile", en quelque sorte, qui se-
rait le tenancier (locataire ou fermier), bref, une décomposition du domaine qui ne serait pas sans évoquer la féodalité. Ces phéno-
mènes de renaissance mettent en question l'idée d'une évolution linéaire de notre droit. C'est un fait que, si l'on plaçait le dies a quo de la période étudiée beaucoup plus haut dans l'Histoire, on n'aurait plus l'impression d'une transformation aussi profonde. Le fait atteste au moins que le choix du dies a quo peut influencer considérablement l'interprétation d'une évolution.

2°) Sur le présent que nous vivons, d'autre part, il existe aussi des préjugés. Dans l'analyse du mouvement qui, depuis quarante ou cinquante ans, emporterait le Droit Civil, des confusions ont vraisemblablement été faites. Il y a, dans la présentation habituel-
le, un mélange de facteurs que, dans une analyse scientifique, il conviendrait de séparer.

Le Droit Civil français a été profondément secoué depuis quarante ou cinquante ans, il faut l'admettre. Mais tout le pays, et même à des degrés divers, tous les pays ont été secoués depuis quarante ou cinquante ans. Pourquoi ? A cause des deux grandes guerres mondiales.

On ne peut pas faire abstraction, dans une description des transformations du droit depuis cinquante ans, de ce phénomène capital qu'ont été les deux grandes guerres mondiales, ces deux grandes guerres qui, du reste, peuvent sembler ne former qu'un bloc d'évènements, un bloc de catastrophes.

Sans doute, il n'existe pas d'expérience cruciale (au sens scientifique du terme) qui permettrait de dire ce qui se serait passé si les deux grandes guerres mondiales n'avaient pas eu lieu, car même les pays qui sont restés neutres durant ces deux grandes guerres mondiales (pratiquement, la Suisse, et la Suède...) ne sont pas restés absolument à l'abri des contre-coups des grands événements qui se déroulaient autour d'eux. Néanmoins, il y a lieu de noter que les transformations du Droit Civil et du Droit en général, ont été, en Suisse, pays-témoin dans une certaine mesure, bien moindres qu'en France, pays de l'épreuve, pourrait-on dire.

Il ne faut pas objecter qu'il y a toujours eu des guerres, qu'il y en a eu au XIXème siècle, car il est notoire que les guerres du XIXème siècle n'ont pas été comparables à celles du XXème siècle, n'ayant pas été des guerres totales, matériellement et psychologiquement.

Ce que l'on pourrait dire, plus sérieusement, c'est que peu importe après tout les causes des transformations, peu importe que ce soient ou non les guerres mondiales qui aient amené la transformation du Droit Civil en France au XXème siècle : cette transformation, pourrait-on dire, n'en a pas eu moins lieu.

Sans doute, mais il n'est pas sans intérêt de savoir à quelle cause se rattache la transformation, parce que la portée de la transformation, et peut-être ses chances de durée sont variables suivant que la cause s'en trouve soit dans les deux grandes guerres mondiales, soit dans tel autre phénomène auquel on pourrait songer et qui serait, par exemple, le progrès technique ou l'industrialisation. Notamment, si l'on prête aux transformations du droit civil au XXème siècle le sens général d'une socialisation croissante, il serait assez important de savoir si cette socialisation a été une socialisation consciente délibérée, telle que celle qui aurait pu être imaginée à partir d'une doctrine socialiste, ou bien si elle n'a pas été une socialisation de nécessité, une socialisation résultant de la substitution d'une société militaire à la société industrielle.

Spencer, le sociologue anglais de la fin du XIXème siècle, attachait une très grande importance à l'opposition entre société industrielle (l'Angleterre, à ses yeux) et société militaire (dont il apercevait au moins des traces en France). Cette opposition a pu être critiquée, on ne peut dire cependant qu'elle soit sans

fondement dans la réalité. Et les événements du XXème siècle ont remis sur le devant de la scène, la société militaire et ses aspects juridiques que l'on avait pu croire définitivement refoulés par le libéralisme du XIXème siècle.

Il n'est pas interdit de penser que l'évolution de notre Droit Civil dans le sens d'une socialisation s'est faite sous la pression des nécessités auxquelles est soumise une société militaire. Des guerres de l'ampleur de celles qu'a vécues la France appellent inmanquablement un certain communisme (il ne faut pas attacher ici au mot une acception politiquement ou scientifiquement précise). Communisme de pénurie d'abord, qui implique un rationnement, et nous en voyons encore les traces, en 1961, dans le Droit français. Notre Droit du bail d'habitation, notre Droit des loyers, pour une large part reste un droit de pénurie, dont les dispositions ne s'expliquent que par la pénurie de ce bien fondamental qu'est l'habitation. Et cette pénurie est, en premier lieu, l'héritage des deux guerres.

Communisme d'euphorie, ensuite. La guerre se traduit par un esprit euphorique : les militaires ne sont pas épargnants, mais plutôt dépensiers. L'esprit de dépense conduit à l'inflation, et l'inflation monétaire explique, pour une très large part, les transformations du Droit civil à notre époque. Or, d'où sont venus inflation et esprit d'inflations ? Avant tout des guerres, de leur préparation et de leurs séquelles.

Aussi, les transformations du Droit civil dont on parle gagneraient-elles à être étudiées en liaison beaucoup plus étroite qu'on ne le fait avec ces phénomènes spéciaux que furent les deux grandes guerres mondiales.

3°) L'erreur est encore de croire que l'avenir est déterminé irrésistiblement par une sorte de lancée qui serait issue du passé, sans que la volonté humaine y puisse intervenir. Sans doute, il ne faut pas poser un postulat de volontarisme d'après lequel la volonté humaine pourrait modeler à son gré la vie sociale. Mais l'inverse non plus n'est pas acceptable. Il faut voir comment les choses se passent dans la réalité la plus élémentaire. Il existe une portion du futur qui fait corps avec le présent : un futur immédiat qui est le champ d'action de nos projets, de nos désirs. Nous avons une certaine possibilité d'agir sur ce futur immédiat, mais nous tendons à prolonger à un futur plus lointain les désirs et les projets que nous formons légitimement, très efficacement, pour le futur immédiat.

Les images que nous faisons ainsi du futur, immédiat d'abord, puis lointain, acquièrent, une fois conçues, un pouvoir propre et peuvent contribuer à déterminer pour une large part le futur effectif. L'avenir est influencé largement par l'image que nous nous en faisons. Du même coup, dans les transformations du droit civil, à notre

époque, il y a certainement une part qui est due à l'idée que les juristes, les législateurs, les juges se sont faite eux-mêmes du sens de ces transformations. Il y a eu un effet d'amplification qui a été dû à l'image du futur.

Nous en avons un exemple extrêmement tangible : en législation fiscale, les spécialistes tiennent volontiers pour acquise une hypothèse où l'on pourrait voir comme un corollaire de l'hypothèse précitée de la complexification croissante du Droit : l'hypothèse de l'accroissement continu des dépenses publiques.

A en croire certains fiscalistes, ce serait une véritable loi scientifique que la loi d'accroissement continue des dépenses publiques, et il faut remarquer, en effet, ce qui paraît bien vérifier la loi, que depuis que la France a un budget, c'est-à-dire depuis le début du XIXème siècle, les dépenses publiques, même exprimées en francs réels, en pouvoir d'achat, n'ont pas cessé d'augmenter. Si bien, ajoutent les fiscalistes, que c'est perdre son temps que de lutter contre l'accroissement des dépenses publiques ; on évitera à la Société beaucoup de traumatismes, si hardiment, on marche dans le sens de la loi.

Mais il est très perceptible que cette loi d'évolution est de celles qu'il est particulièrement facile de rendre vraies : si les hommes responsables sont convaincus que l'accroissement des dépenses publiques, dans le sens de l'Histoire, il est évident que cet accroissement ne fera que s'amplifier.

Ici, l'influence de l'image que l'on se fait du futur sur la réalisation du futur, est manifeste. Seulement, il est également évident qu'une volonté différente pourrait renverser le courant. Nous sommes ici dans le domaine des volontés, plus du tout dans celui des constatations.

Telles sont les réserves que je voulais faire sur cette hypothèse transformiste qui a joué un si grand rôle dans la conception que juristes et sociologues se font du droit civil français au XXème siècle.

§ 2 - HYPOTHESES DE STRUCTURE.

Parmi les hypothèses fondamentales que formule la sociologie juridique théorique, il en est qui intéressent non plus l'évolution du droit, mais sa structure.

Nous essayons désormais de saisir les systèmes juridiques non plus dans leur mouvement, mais abstraction faite de leur mouvement, bien que le mouvement reste une hypothèse essentielle de la Sociologie

juridique. Ainsi, faisant provisoirement abstraction de la mobilité du système juridique, il s'agira de déceler dans sa nature à un moment de la durée des traits essentiels, des caractères qui seront comme des clefs pour la compréhension sociologique en profondeur des phénomènes juridiques.

A. Hypothèse du pluralisme juridique.

Cette hypothèse de structure a acquis droit de cité dans la Sociologie juridique ; elle y a pris un caractère presque classique.

C'est M. Gurvitch qui en a donné la première formule.

Pour comprendre ce qu'est l'hypothèse du pluralisme juridique, il faut partir de la conception que le droit dogmatique se fait du droit, d'un système juridique. C'est une conception essentiellement moniste. Le Droit est un, le Droit est un tout homogène, un bloc sans fissure, telle est la conception du droit dogmatique.

Le Droit est un pour les juristes dogmatiques, parce qu'il se confond avec l'Etat et que par définition, dans un milieu social donné, il n'y a place que pour un Etat.

L'idée moniste a été portée à son point extrême par une école de juristes dogmatiques, en Droit international privé : c'est ce qu'on appelle l'Ecole italienne contemporaine en Droit international privé.

A première vue, le Droit international privé semblerait justement contredire l'idée moniste, puisqu'il tend à cette conséquence que des lois étrangères s'appliqueront sur un territoire en concurrence avec les lois nationales. Mais justement, l'Ecole précitée déclare que, si des lois étrangères peuvent s'appliquer sur le territoire national, ce n'est qu'après avoir été, en quelque sorte, reçues par le Droit national. La condition préalable de l'application d'une loi étrangère par le juge national, ce serait son incorporation au Droit national, à l'ordre juridique interne. Et pourquoi ? C'est, disent ces auteurs, et notamment Ago, un des chefs de file de l'Ecole, parce que par définition, le droit est exclusif. Ce qui caractérise le droit, c'est qu'il est un dieu jaloux qui n'admet pas de partage ; le Droit, par définition, n'admet pas d'autre droit, dénie à tout autre système de règles le caractère de droit. Le Droit est exclusif.

Donc, dans cette conception, poussée à son paroxysme, le système juridique est un bloc d'une seule coulée, à l'intérieur duquel on ne peut discerner aucun pluralisme.

C'est une conception excessive, et dont même des juristes dogmatiques ont reconnu l'excès. Il y a eu des auteurs, même parmi les juristes, pour attirer l'attention sur des phénomènes de concurrence entre systèmes juridiques à l'intérieur d'un territoire donné. Le Droit international privé, sous sa présentation la plus courante, en est un exemple : il admet que les lois étrangères puissent s'appliquer sur le territoire national sans perdre leur qualité de lois étrangères. D'une manière différente, le Droit canonique ne s'applique-t-il pas sur le territoire national dans une certaine sphère, en concurrence avec le droit laïc ? Ce serait encore un exemple de pluralisme juridique.

Mais il était donné à la sociologie de reprendre l'hypothèse du pluralisme juridique, en lui conférant une portée plus vaste. Tel a été notamment le rôle de M. Gurvitch dans ce livre que je vous ai cité déjà, "l'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit".

M. Gurvitch s'appuie sur l'expérience contemporaine, mais aussi sur l'Histoire. Il fait cette réflexion très juste, que le monisme juridique a correspondu à une situation politique contingente, à la création des grands Etats modernes, aux XVIème-XVIIème-XVIIIème siècles.

Auparavant, les juristes étaient loin d'avoir une conception aussi radicale de l'unité du Droit. C'est comme un reflet de la monarchie absolue et de l'Etat jacobin que le monisme juridique s'est implanté dans l'esprit des juristes.

Mais justement, la fin du XIXème siècle et le XXème siècle ont remis ce monisme en question. De nouveau, la diversité s'est introduite dans le milieu juridique, et ici, M. Gurvitch fait état de l'existence, dans les sociétés modernes, d'innombrables centres générateurs de Droit, d'innombrables foyers autonomes de Droit, qui viennent, pour ainsi dire, concurrencer le foyer proprement étatique.

Ainsi, à l'intérieur des syndicats, il se crée du droit : les règles, les statuts, statuts d'instituts, d'associations, de sociétés anonymes, tout cela, c'est du droit. C'est un droit spécial à des groupements particuliers, mais c'est du droit. Semblablement, les églises, les services publics, les établissements décentralisés, peuvent avoir leur droit particulier.

Les exemples précédents étaient des exemples de droit infra-étatique. Mais, au-dessus de l'Etat, on peut admettre que certaines organisations internationales (aujourd'hui l'ONU, les communautés européennes) émettent des règles de droit qui auront vocation à s'appliquer sur les différents territoires nationaux, en concurrence avec les droits étatiques. C'est du droit supra-étatique.

Ainsi, il faut admettre, comme une hypothèse fondamentale, que l'on n'a pas a priori affaire, sur un territoire donné, à un seul droit

qui serait le droit étatique, mais à une pluralité de droits concurrents.

C'était déjà, sous la plume de M. Gurvitch, une forme assez accentuée de pluralisme juridique. L'idée était posée avec netteté. Mais la sociologie juridique peut aujourd'hui aller plus loin et pousser plus avant le concept de pluralisme juridique. Plus exactement, elle tend à montrer qu'il n'y a pas un pluralisme juridique, mais bien des phénomènes de pluralisme juridique, phénomènes multiples, ressortissant à des catégories diverses, et qu'il convient de distinguer, quoiqu'une conséquence commune en découle : que le droit étatique devra subir la concurrence d'ordres juridiques indépendants de lui.

Plaçons-nous d'abord au niveau des groupes. Nous y constatons des phénomènes de pluralisme juridique résultant de ce que le système juridique d'un même pays peut réunir, pour des raisons purement historiques, des éléments provenant de sources diverses.

De cette première forme de pluralisme juridique, "la Réception du Droit romain" en Allemagne nous fournit un exemple. Il y a eu à l'intérieur du système juridique allemand, à partir de la "Réception" deux ordres juridiques en concurrence : un système de coutumes germaniques et un système de droit romain. Le pluralisme juridique résultait de l'apparition d'une nouvelle couche de droit de provenance étrangère, entrant en concurrence avec la couche de droit autochtone, les coutumes germaniques. Et pendant les siècles qui suivirent, on assista à des alternatives de flux et de reflux, de conflit et de pacification entre ces deux couches historiques de droit, la couche germanique et la couche romaine.

Aujourd'hui, en sociologie, on englobe volontiers cette sorte de phénomènes sous le vocable large d'acculturation : il y a acculturation lorsqu'une culture d'origine étrangère est greffée sur une culture d'origine autochtone.

Ainsi, dans les pays ex-colonisés se sont produits des phénomènes d'acculturation. Acculturation intellectuelle, sociale, économique, mais aussi acculturation juridique. Dans la mesure où des droits d'inspiration occidentale ont été transplantés dans des pays africains ou asiatiques (par exemple, des pays du Moyen-Orient se sont donné des codes, des obligations et des contrats calqués sur des modèles européens) - dans cette mesure, des phénomènes d'acculturation juridique se sont produits. Mais ces phénomènes d'acculturation juridique se traduisent sociologiquement par un pluralisme juridique. Il y aura une sorte de conflit entre les règles (les coutumes) autochtones et ces règles d'origine étrangère qui ont pour elles d'avoir reçu la sanction du droit étatique.

Ces règles greffées se heurteront à une résistance sociologique dans les profondeurs de la masse, où les vieilles règles du droit autochtone continuent à vivre. D'où un heurt (clash), une rencontre vive entre ce droit autochtone et ce droit étranger.

L'acculturation juridique se traduit ainsi par la présence simultanée sur un même territoire de deux ordres juridiques concurrents et le fait que l'un de ces ordres juridiques ait pour lui la positivité, ce fait peut bien avoir des conséquences au regard d'un juriste, il ne saurait en avoir au regard d'un sociologue. Sociologiquement, les deux ordres juridiques sont sur le même plan. Nous sommes donc bien en présence d'un phénomène de pluralisme juridique.

Mais le pluralisme juridique peut se manifester, aussi bien que comme un phénomène collectif, comme un phénomène individuel. Le pluralisme juridique se traduira alors par un conflit au niveau de l'individu, à l'intérieur de l'individu, dans la conscience ou l'inconscient de celui-ci.

Il peut y avoir, à cet égard, un conflit entre un droit laïc, par exemple, et un droit religieux, plus exactement peut-être un commandement religieux. On connaît le problème étudié, en droit et en théologie, sous le nom de problème de l'objection de conscience. Sociologiquement, ce phénomène peut être analysé comme un phénomène de pluralisme juridique. Tout au moins, lorsque d'après la théologie compétente, l'impératif religieux peut être considéré comme ayant une valeur juridique, comme étant véritablement une règle de conduite sociale. Or, l'objection de conscience ainsi entendue se traduit par un conflit entre deux ordres juridiques dans la conscience de l'individu.

Ou encore, vous pouvez imaginer un conflit à l'intérieur de la conscience individuelle, entre le droit positif qui est le droit actuel, la loi nouvelle pour s'exprimer en termes de conflit de droit dans le temps, la loi nouvelle, d'une part, et d'autre part, le droit ancien, la loi ancienne, abrogée dogmatiquement mais non abrogée sociologiquement. Car l'abrogation juridique ne coïncide pas toujours avec l'abrogation sociologique, et la loi que le législateur a voulu supprimer peut très bien continuer à vivre, très vivante, dans la conscience de l'individu.

De ces conflits entre la loi ancienne sociologiquement survivante, et la loi nouvelle dogmatiquement promulguée, nous trouverions des exemples dans le droit positif lui-même. Ainsi, lorsque la Révolution vint abolir les rentes féodales, ou mélangées de féodalité, au moins dans certaines provinces, les débiteurs de ces rentes continuèrent à les acquitter.

Certaines de ces rentes abolies par le droit positif, furent en fait volontairement payées sous le Directoire, sous le premier Empire, et jusque sous la Restauration. Parfois, les héritiers des débiteurs qui avaient ainsi payé volontairement des rentes que selon le droit positif ils auraient pu se dispenser d'acquitter, les héritiers eurent un repentir et vinrent réclamer la restitution de ce qui avait été payé. Ici, on saisit sur le vif un conflit entre le droit nouveau, droit positif, et le droit ancien, que le droit nouveau avait pu abroger, mais qui, sociologiquement, continuait à vivre dans la conscience des débiteurs. Et les tribunaux furent assez embarrassés. S'ils avaient purement et simplement appliqué les règles du droit dogmatique, ils auraient dit qu'il y avait eu paiement de l'indu, donc que la répétition était admissible. Ils s'en tirèrent par le biais de l'obligation naturelle. Ils dirent que les débiteurs qui avaient ainsi payé ces rentes abolies par la législation révolutionnaire avaient acquitté une obligation de conscience sur laquelle ils ne pouvaient revenir. La notion d'obligation naturelle servait ainsi de pont entre les deux ordres juridiques : l'ordre juridique vivant quoiqu'aboli, et l'ordre juridique purement positif.

L'intervention même de cette notion montre bien que l'on n'était pas sur un terrain ajuridique : l'obligation naturelle, c'était du droit tout de même, quoique d'une couche différente. Preuve qu'à l'intérieur d'un même système juridique, plusieurs ordres juridiques peuvent coexister.

On pourrait produire d'autres exemples. Il est certain que ce que l'on appelle le folklore juridique n'est autre chose qu'un ordre juridique, parfois extrêmement ancien, qui continue à survivre sociologiquement bien que dogmatiquement il ait été aboli. C'est encore une hypothèse de pluralisme juridique.

Bref, nous ne pouvons pas faire de la sociologie juridique sans avoir derrière nous cette hypothèse que le système juridique n'est pas un bloc homogène, qu'il est composite et hétérogène, qu'il est plural.

B. Les théorèmes fondamentaux de la Sociologie Juridique.

Théorèmes, le mot semble annoncer des démonstrations more geometri-co. Employons-le avec un certain sourire. Il est vrai que nous poserons un certain nombre d'inégalités au sens algébrique du terme, mais uniquement pour mieux faire ressortir l'hypothèse qu'il convient d'affirmer. Et il convient de l'affirmer parce qu'en dehors d'elle, la sociologie juridique, au fond, est impossible.

1°- Premier théorème : le Droit est plus grand que les sources formelles du droit.

Même chez les juristes dogmatiques, il s'est produit un élargissement progressif dans la conception des sources formelles du droit.

Au XIXème siècle, on pouvait poser l'équation : Droit égale loi. Puis vint Gény, l'Ecole moderne, et l'équation s'élargit. Droit dans la conception des juristes dogmatiques à notre époque, on peut bien le dire, Droit égale loi, plus coutumes, plus jurisprudence, qui est, du reste, pour certains une sorte de coutume, plus pratique extra-judiciaire (les formulaires notariaux, les contrats des grandes entreprises, on admet volontiers que cela entre dans une vision globale du droit). Donc, élargissement des sources formelles.

Mais pour les sociologues, cet élargissement reste encore en-deça des réalités. Notamment en ce qui concerne les jugements. L'équation classique à notre époque ne prend en considération les jugements qu'autant qu'ils constituent des déductions de la loi, d'une règle de droit préexistante, on admettra que le jugement est du droit dans la mesure où il applique la règle de droit, où il applique la loi.

Ou bien encore, le jugement sera pris en considération à partir du moment où il se sera consolidé en jurisprudence : par la répétition, par la hiérarchie, les jugements deviennent jurisprudence, coutume peut-être, en tout cas, règle de droit et à partir de ce moment-là, ils font partie de l'ordre juridique, ils font partie des sources formelles du droit.

Mais il est des jugements qui ne sont pas l'application pure et simple de règles de droit préexistantes. Il en est d'autres qui ne se consolideront jamais en jurisprudence, des jugements qui ne tiennent pas à conséquence, qui ne seront jamais répétés. Il y a même beaucoup plus de jugements de cette espèce que de jugements qui font jurisprudence. Dans les milliers de jugements rendus chaque année en France, la plupart sont des jugements individuels, bien souvent des jugements d'équité, qui n'appliquent pas une règle de droit antérieure et qui ne deviendront pas règles de droit, donc, des jugements que l'équation classique laisse en dehors des sources formelles du droit et qui, sociologiquement, font partie du droit, bien qu'ils ne soient pas règles de droit.

Ceci nous amène à poser une sorte de lemme, de proposition préliminaire : le droit est plus grand que la règle de droit.

Il y a du droit en-dehors de la règle de droit : du droit sous forme de décisions individuelles, de jugements individuels. La notion de règle de droit n'épuise pas la réalité juridique. Il faut,

par conséquent, élargir le concept du droit bien au-delà du concept de sources formelles, même si vous avez préalablement élargi le concept de sources formelles du droit aussi loin que le propose la doctrine moderne.

Il faut identifier le droit plutôt avec ce que la terminologie de Gény appelait sources réelles du droit. Les sources réelles, selon le Doyen Gény, comprenaient d'abord les données réelles ou naturelles, c'est-à-dire la nature physique ou morale, les conditions économiques et sociales. Il fallait y comprendre encore les données historiques, les forces du passé, et enfin les données idéales, les aspirations vers l'avenir... L'ensemble de ces données, de ces sources réelles, voilà ce qui, sociologiquement, constitue le droit.

C'est ici le lieu de citer la préface d'Eugène Ehrlich, en tête de son ouvrage "Fondement de la Sociologie du droit" : "Le centre de gravité du développement du droit, à notre époque, comme en tous temps, ne doit être cherché ni dans les législations, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même".

Il existe un corollaire de cette inégalité qui est lui-même une inégalité : le droit est plus grand que le contentieux.

Il y a là une affirmation essentielle pour la sociologie juridique, affirmation qui s'élève contre ce que l'on pourrait appeler une erreur des praticiens et des juristes trop orientés vers la pratique (ce qui est le cas de la doctrine moderne, rançon, du reste, d'un bienfait, savoir l'abolition du divorce entre l'Ecole et le Palais - calamité pour le droit civil au XIXème siècle).

Nous n'avons plus ce divorce entre l'Ecole et le Palais, mais, la rançon, c'est que, parfois, notre doctrine est trop obnubilée par la pratique. Or, dans la conception moderne, la pratique, c'est le contentieux. Il y a, parmi nous, une formule très courante : "les besoins de la pratique". Par là, il ne faut pas entendre les besoins de la masse des usagers du droit ; il n'est point question des usagers du droit. Les besoins de la pratique, ce sont des besoins sur lesquels s'accordent les praticiens, c'est-à-dire les hommes de loi, avocats, avoués, notaires et juges.

Or, le contentieux, dominateur du droit civil, a un inconvénient, c'est qu'il filtre et déforme la réalité juridique. Entendons-nous bien, la possibilité du contentieux, la possibilité d'un procès est un aspect très important du droit, du phénomène juridique.

J'ai déjà eu l'occasion d'attirer votre attention sur la difficulté de définir le juridique par opposition au social non juridique, et il est possible qu'une définition valable du juridique consiste à dire :

"Est juridique ce qui est propre à donner lieu à un jugement, ce qui est susceptible de procès, de cette activité très spécifique et très particulière que l'on appelle procès". Mais de ce que la possibilité du procès, la possibilité du contentieux est peut-être inhérente à la définition du juridique, il ne s'ensuit pas que le juridique se confonde avec le procès.

Le droit est et demeure distinct du contentieux : lors même qu'il ne donne lieu à aucun procès, il n'en est pas moins du droit.

Il faut - c'est un des fondements de la sociologie juridique - avoir toujours présente à l'esprit cette constatation que la plupart des relations juridiques n'accèdent pas à la surface du contentieux. Sans doute, toutes nos relations juridiques, suivant la définition dont je viens de faire état, pourraient donner lieu à contentieux, mais, en fait, la plupart des relations juridiques se déroulent et se dénouent sans qu'il y ait matière à contentieux. Pourquoi ?... Parce que la plupart des relations juridiques s'accomplissent à l'amiable, comme on dit, sans procès ; ou bien parce que, même, en cas de difficulté, de litige entre les parties à la relation juridique, ces difficultés n'atteignent pas le seuil d'importance psychologique ou économique qui détermine les intéressés à plaider.

Il y a beaucoup de litiges, beaucoup de difficultés entre les hommes, mais à l'occasion desquels on ne plaidera pas parce que l'importance économique ou psychologique du litige est trop faible pour devenir, dans le comportement humain, un motif de plaider.

Le contentieux ne nous découvrira, par conséquent, qu'une très faible portion du droit effectif. On objectera que cette portion, la portion contentieuse, la portion qui donne lieu, effectivement, à procès, est tout de même la plus significative.

"Significative", soit, mais il faut s'entendre : dans le sens où l'on dit que la maladie est ce qu'il y a de plus significatif en biologie, car le contentieux est une pathologie. Tout de même, nous savons bien que la vie normale a plus d'importance que la pathologie et, le droit normal est un droit qui se déroule en dehors du contentieux.

2° - Second théorème : le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes.

C'est contre une tentation assez courante chez les juristes, et naturelle pour eux, qu'il nous faut ici, en sociologie juridique, réagir, la tentation de ce que l'on a appelé, parfois, le "panjurisme" c'est-à-dire la tentation de découvrir le droit partout, sous chaque relation sociale ou interindividuelle.

D'après l'hypothèse panjuriste, le droit serait présent ou latent sous chaque relation entre les hommes. Si cette tendance est fréquente chez les juristes, elle n'est pas étrangère aux sociologues. Elle conduit à concevoir le droit comme un continu. Le droit serait un continu sans aucune défaillance ; il serait doté d'une ubiquité sans aucun vide.

Vous pouvez rattacher à cette tendance philosophique certaines théories juridiques comme, par exemple, la théorie de l'universalité du droit de punir. L'universalité du droit de punir est une forme, que l'on pourrait dire naïve, du panjurisme dans le plan du droit pénal.

La sociologie juridique doit réagir contre cette tendance au panjurisme. Il y a plus de choses dans la vie que dans tout le droit ; je ne dis pas simplement dans tous les livres de droit, cela est évident, mais dans le droit tout entier. Ce doit être un des postulats de la sociologie juridique qu'une certaine insignifiance du droit. Le droit est une mince pellicule à la surface des relations entre les hommes, que ce soient relations sociales ou relations interindividuelles.

Il faut poser comme une hypothèse fondamentale de la sociologie juridique l'existence de ce que l'on peut appeler le non-droit, au-dessous du droit, si vous voulez, mais le non droit est nécessaire à la sociologie juridique. Il nous apparaît sous de multiples formes, tantôt comme phénomène collectif, tantôt comme phénomène individuel.

1) Le phénomène collectif. - Le droit est le premier à organiser sa propre limitation. Il existe des institutions juridiques de non-droit dans la série sociologique. Le droit organise, si je puis dire, ses propres vacances. Dans beaucoup de systèmes juridiques primitifs, existent des sortes de vacances du droit, des périodes où le droit cesse de s'appliquer.

A cette idée, qui est une des idées profondes de l'humanité - l'idée qu'il est nécessaire que, parfois, le droit se repose et que les individus, sujets du droit, aient licence de s'ébattre sans lui - on peut rattacher des institutions comme les Saturnales, en droit romain, ou, le Carnaval au Moyen-Age.

Mais, en outre, le droit rencontre dans les faits sa propre limitation. Il existe, extrêmement nombreux et dus à des causalités diverses, des phénomènes d'ineffectivité du droit. Il est élémentaire, en sociologie juridique, de constater et d'affirmer que le droit ne peut pas être et n'est pas effectif à 100 % ; il y a toujours, pour toute règle de droit, un certain taux d'ineffectivité, et considérer que la règle de droit a dans sa définition d'être effective à 100 %, est peut-être vrai en droit dogmatique, non pas en sociologie juridique.

Ainsi, la sociologie juridique n'hésitera pas à incorporer au système du droit les forêts du Moyen-Age, ces grandes forêts où le droit ne s'appliquait pas, où vivaient des hors-la-loi. Dans les forêts du Moyen-Age, il y avait une sorte de vide du droit, de vacance du droit. Mais cela même intéresse l'étude du droit ; le non-droit appartient à la science du droit.

On est, du reste, très près, avec les hypothèses de non-droit collectif, de ces phénomènes de pluralisme juridique dont il a été question précédemment, car, dans les vides du droit, c'est-à-dire du droit étatique, un droit non étatique tendra assez facilement à se reformer. Dans les forêts du Moyen-Age, il y avait des hors-la-loi, mais ces hors-la-loi-étatique, hors-la-loi-seigneuriale se soumettaient peu à peu à une loi qui était la loi de la bande, la loi de la forêt ; du droit se reconstituait, un système particulier de droit. Il n'empêche que l'on était parti d'un non-droit.

2) Le phénomène individuel.- Le non-droit est un phénomène juridique qui se situe également au niveau de l'individu. Il y a du non-droit, si j'ose dire, à l'intérieur de chaque individu.

Il faut d'abord tenir compte, à cet égard, de toutes les situations de fait. Nous sommes, maintenant, habitués, même dans le droit dogmatique, à admettre qu'il existe des situations de fait, des états de fait : par exemple, à côté de la séparation de corps, organisée par le droit, la séparation de fait organisée par les époux eux-mêmes ; l'union libre à côté du mariage. Cette opposition du fait et du droit, des situations de fait et des situations de droit nous est devenue familière.

Mais le droit dogmatique s'intéresse surtout aux situations de fait en essayant de faire apparaître les conséquences juridiques que, par accident, le droit y attachera. Le point de vue de la sociologie juridique sera, au départ, différent. Dans les situations de fait, ce qu'elle voit en premier lieu, c'est le non-droit, la négation du droit.

D'autre part, il existe, entre les hommes, toute une zone qui ne dépend pas du droit, qui dépend de ce qu'Aristote appelait la "philotès", l'amitié ; il y a de multiples relations d'amitié (au sens aristotélicien du terme) qui ne sont pas régies par le droit. Ainsi, nous admettons qu'à donner un conseil, on n'engage pas juridiquement sa responsabilité : "consilii non fraudulentum nulla obligatio". Les conseils que l'on donne, ce sont des relations interindividuelles qui se déroulent en dehors de la sphère du droit, qui se déroulent dans le domaine de la philotès.

Pothier lui-même, aux premières pages de son Traité des Obligations, montre bien qu'il y a deux sortes d'obligations, d'engagements :

- Il est des engagements qui créeront du droit, parce que la personne qui s'est engagée a voulu, en s'engageant, créer du droit, produire des conséquences juridiques.

- Et puis, il y a des promesses. Il cite l'exemple du père qui promet une récompense à son fils s'il travaille bien à l'Université. De telles promesses ne créent pas de droit parce que les intéressés n'ont pas voulu en créer. Les relations en résultant se dérouleront dans un domaine qui n'est pas celui du droit, mais de l'amitié, au sens large du terme ; c'est un domaine de non-droit.

Il existe donc, si l'on peut dire, une épaisseur considérable de non-droit sous la mince couche du droit. Cette immensité du non-droit n'est pas, pourtant, dépourvue d'ordre ni d'harmonie. Par quoi le droit y est-il remplacé ?... Quel est le principe d'ordre et d'harmonie dans le non-droit ?... Il en est plusieurs.

Le droit pourra être remplacé, dans cette zone, par le social non juridique, notamment par des règles qui ne sont pas des règles de droit, et, ici, nous retrouverons des catégories que nous avons déjà rencontrées : les folkways, les mores, les règles de coutumes, de moeurs, qui ne sont pas des règles juridiques, les règles de convenance, de courtoisie, les impératifs de l'éthique, les impératifs de la religion, - en supposant que l'éthique et la religion dérivent de la société. Il est ainsi tout un système de social non juridique qui introduit un certain ordre dans le domaine du non-droit.

Mais une bonne part du non-droit paraît échapper à la société elle-même. Il ne s'y rencontre que des relations interindividuelles qui ne sont pas proprement des relations sociales. Cependant, dans ce vide absolu de pression sociale, l'homme ne deviendra pas, pour autant, un loup pour l'homme. Certains principes d'ordre s'introduiront encore entre les individus. Mais ces principes d'ordre, les individus les trouveront en eux-mêmes.

Ce sera d'abord une certaine prudence raisonnable, analogue, notons-le bien, à celle qui préside visiblement, sous nos yeux, aux relations entre les Etats. Dans cette sorte de vide juridique qu'est, pour une large part, le droit international public, qu'est-ce qui maintient tout de même un certain principe d'ordre ?... La prudence raisonnable que, à l'exemple de chaque individu dans ses relations avec les autres, chaque Etat, chaque Gouvernement nourrit dans ces relations avec ses semblables. Prudence raisonnable, mais aussi, une certaine tendresse humaine, une certaine sympathie pour le semblable.

Ces sentiments individuels introduisent un principe d'harmonie à l'intérieur des relations individuelles, lors même qu'aucune pression venue de la société ne s'y fera sentir.

Sans doute, on pourra soutenir que tout cela n'est possible que parce que la société a agi à un moment donné du devenir. On pourra soutenir que cette prudence raisonnable et cette tendresse humaine ont été enseignées, d'abord, par la société et ne sont, en quelque sorte, que les débris psychologiques d'une règle de droit qui s'est évaporée, ou, au contraire, les prodromes psychologiques d'une règle de droit en formation.

Cependant, pour qui considère la relation interindividuelle à un moment de la durée, elle paraît bien n'être déterminée que par des phénomènes de psychologie individuelle, et si quelque harmonie règne, quelque ordre, quelque paix, c'est, semble-t-il (sans essayer de pénétrer le fond de l'Histoire), c'est en toute indépendance du droit et de la société. Tout se passe comme si les individus arrangeaient leurs relations mutuelles, relations de famille ou d'échange, le plus souvent sans le secours du droit. Il se peut, sans doute, que le droit, que la société aient dessiné préalablement le cadre à l'intérieur duquel ces arrangements interindividuels se déroulent. Mais nous n'avons pas, encore une fois, à pénétrer l'origine des choses. A un moment donné de la durée, il semble que tout se passe comme si les individus arrangeaient eux-mêmes leurs relations mutuelles sans le secours du droit et même que la grande masse des individus (nous devons, dans les Facultés de Droit, être très attentifs à ce fait) considérera comme une réussite de procéder à tous les arrangements nécessaires pour vivre sans jamais rencontrer le droit. La plupart des hommes se représentent la vie comme une espèce de slalom, si j'ose dire, où la réussite consiste à arriver au but en zigzaguant, sans s'être jamais heurté, ni à un gendarme, ni à un juge.

Un corollaire de l'inégalité que j'ai posée en théorème pourrait dès lors se formuler ainsi : les gens heureux vivent comme si le droit n'existait pas.

S E C T I O N I I

LES TRAVAUX DE LA SOCIOLOGIE EMPIRIQUE

Ce sont, évidemment, quand on redescend des sommets de la sociologie fondamentale, des travaux qui peuvent paraître ennuyeux et même faciles. Cependant, il faut en faire. Henri Poincaré avait porté sur la sociologie naissante au début du siècle un jugement redoutable, il avait dit :

"C'est la science qui a le plus de méthodes et le moins de résultats".

Ce jugement pèse toujours un peu sur la sociologie, même juridique. Néanmoins, un demi-siècle de plus s'étant écoulé, il faut admettre que la sociologie, même juridique, peut aligner certains résultats et, également, beaucoup de problèmes. Mais poser clairement un problème, c'est déjà un résultat. J'examinerai ici distinctement les résultats proprement dits et les problèmes.

§ 1 - LES RESULTATS.

Il faut avouer que, parmi ces résultats, il en est peu qui ne soient sujets à des controverses. Nous sommes dans les sciences humaines, qui ne peuvent prétendre, comme les sciences physico-chimiques, à la certitude que nous souhaiterions. Néanmoins, il y a des résultats qui réalisent, plus que d'autres, un certain consensus, sinon de l'unanimité, du moins d'une partie importante des chercheurs.

Sans prétendre épuiser tous les résultats de la sociologie juridique, je voudrais en présenter des échantillons en les groupant par blocs de matières, ce qui, du reste, nous permettra de constater tout de suite les points sur lesquels la recherche a été le plus poussée.

A. La famille.

De tout temps, ce secteur du droit civil a été mieux exploré par la sociologie que les autres, et cela se conçoit, d'abord parce que les sociologues de sociologie générale ont facilement de l'intérêt pour cette branche du droit civil, où les moeurs semblent pouvoir être atteintes sans que l'on ait à s'occuper du droit.

Le glissement est si facile de la règle de moeurs à la règle de droit ou réciproquement, et c'est pourquoi les sociologues de sociologie générale se sentent particulièrement à l'aise dans le droit de la famille, d'autant que ce droit est moins technique que celui des obligations ; par conséquent, une formation juridique y est moins nécessaire.

Ajoutez que l'intérêt du public est plus éveillé pour les problèmes de la famille que pour ceux du droit patrimonial, sans préjudice, même, du piquant que certaines questions de droit familial peuvent présenter.

Enfin, plus sérieusement, il faut noter que, dans les sociétés modernes, nous avons, grâce à l'institution de l'état-civil, une plus

grande abondance d'informations, notamment d'informations statistiques, que pour d'autres secteurs du droit civil.

Les contributions de la sociologie juridique au droit de la famille ont été diverses. Je laisse de côté la contribution proprement ethnologique pour les raisons générales que j'ai précédemment exposées.

Je relève, au contraire, les contributions venues de la démographie. Déjà, j'ai eu l'occasion de dire que l'apport de la démographie à la sociologie juridique était ou pouvait être considérable. Les démographes ont étudié certains phénomènes tels que la nuptialité ou la divorcialité (c'est leur langage) qui sont des phénomènes juridiques ; il existe sur ce point des études très poussées et de caractère vraiment scientifique.

Mais c'est surtout par la voie de l'enquête qu'à notre époque la famille, dans les sociétés modernes, a été sociologiquement étudiée. Citons, par exemple, les études de Mme Andrée Michel, dont la thèse de doctorat "Famille, Industrialisation, Logement" a été publiée en 1959. Depuis lors, cet auteur a donné deux articles de la même veine, "Fonction et Structure de la Famille", (Cahiers Internationaux de Sociologie, 1960, p. 113 et s.) et "Les aspects sociologiques de la notion de famille dans la Législation Française" (Année Sociologique, 1960, p. 79 et s.).

On peut encore citer les travaux de M. Chombard de Lauwe et de son équipe, notamment - je cite cet article parce qu'il est plus récent que d'autres - l'article qu'il a publié à la Revue Française de Sociologie, 1960 (n° 1, Page 403), "L'évolution des besoins et la conception dynamique de la famille".

Est-ce qu'il se dégage, demandera-t-on, un résultat de l'ensemble de ces travaux, dont je n'ai cité que quelques échantillons ?...

Les sociologues de sociologie générale, qui ont appliqué leur esprit à l'étude de la famille, ont tendance à dégager l'existence d'un nouveau type de famille que quelques-uns appellent la "famille industrielle", expression malheureuse, "la famille de l'âge industriel" vaudrait-il mieux dire, un type nouveau de famille dont la représentation la plus typique se trouverait peut-être dans les immeubles collectifs des grandes villes, dans les H.L.M., dans les hôtels meublés. Ce type de famille se caractériserait par une plus grande autonomie de ses membres, notamment, de la femme et des enfants mineurs, et représenterait une sorte de réaction par rapport à la famille patriarcale (identifiée par ces auteurs, avec quelque témérité, à la famille du Code Napoléon).

Il s'en faut, cependant, que tous les sociologues acceptent ce schéma sans aucune nuance et, chez quelques-uns, on voit apparaître

un portrait de la famille moderne quelque peu différent de celui qui se rencontre chez les auteurs qui viennent d'être cités. Ceux-ci ont tendance à représenter l'évolution de la famille depuis le Code Napoléon comme la dégradation d'une famille patriarcale dont le Code Napoléon se serait approprié le modèle. La famille, d'une façon générale, serait en décadence parce que, de plus en plus, à notre époque, elle serait relayée dans ses fonctions par la société. Pour relever un aspect frappant de l'évolution décrite, la famille d'autrefois était une sorte de havre de sécurité, mais, maintenant, c'est la société elle-même qui organise la sécurité des individus par les mécanismes collectifs de la Sécurité Sociale. Il s'ensuit une décadence de la famille, une de ses fonctions se trouvant remplie par la société.

Ce n'est pas, tout de même, l'avis de tous les sociologues, et quelques-uns font ressortir que, si certaines des fonctions de la famille ont disparu, relayées par la société, d'autres subsistent et d'autres, même, sont apparues. Ainsi, avec l'appui de psychologues, ils font ressortir que les fonctions de sécurité affective, notamment à l'égard des enfants du premier âge, ne peuvent être assurées que par la famille ; que la société n'a pas pu, en organisant des crèches à l'usage des enfants du premier âge, remplacer la mère dans cette fonction de sécurité affective. Il y a des carences affectives dont souffrent les jeunes enfants élevés par la collectivité.

Je me borne à indiquer ces deux grandes tendances, en ajoutant que la première me paraît, tout de même, dominante chez les sociologues, du moins chez les Français.

A côté de ces grandes études sur la famille, il faut aussi mentionner des études de détail, portant sur divers aspects de la famille. J'en citerai une, parce qu'elle a été menée par un juriste : c'est une étude sur le concubinage, l'étude de M. Théry (Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1960, p. 33 s.). Elle a été menée par exploitation du recensement de 1954 et de certaines statistiques. D'autres études, beaucoup plus fragmentaires, ont été faites, d'ailleurs, sur le concubinage dans telle ou telle localité. Découle-t-il de là un résultat très net ? Peut-être celui-ci (mais il convient de ne l'avancer qu'avec prudence, car, tout de même, les observations restent très partielles). C'est que, contrairement à ce que les civilistes pensaient volontiers dans les trente premières années de ce siècle, le concubinage, du moins le concubinage français, à l'époque contemporaine, n'est pas le plus souvent un état choisi, un état volontaire. Si certains individus se mettent en concubinage, plutôt que de se marier, ce n'est pas par amour de la liberté (l' "Union libre"), mais parce qu'ils ne peuvent faire autrement. Par exemple, un individu est déjà marié. Sans doute, il pourrait envisager de divorcer, mais il appartient à un sous-prolétariat pour lequel la perspective d'un procès en divorce, même avec

l'assistance judiciaire, ne signifie rien, si bien qu'il est dans la nécessité juridique de se mettre en concubinage, mais ce n'est pas un état volontaire.

La conception romantique de l'union libre a pu correspondre à une réalité au XIXème siècle : il a pu arriver alors que l'union libre fut choisie, en quelque sorte, par affirmation politique, anarchisante. Mais cette idée paraît démentie, pour notre époque, par les renseignements recueillis jusqu'ici.

B. Les groupements particuliers (ce qui correspond, en termes juridiques, au droit des personnes morales).

Les groupements particuliers, par opposition à la société globale, c'est-à-dire, concrètement, les sociétés et les associations, ont été particulièrement étudiés aux Etats-Unis, pays où pullulent associations, clubs, dénominations ecclésiastiques, d'où un intérêt particulier pour les groupements partiels.

Quels sont les résultats ?... La psychosociologie américaine a étudié d'une manière subtile et, somme toute, assez probante, certains phénomènes de groupe que notre droit de la personnalité morale, les ignorant, n'a pas tenu compte dans sa construction juridique.

C'est ici le lieu de citer un théorème - ou soi-disant tel -, le "théorème de la satisfaction différentielle des besoins". Notre droit de la personnalité morale suppose volontiers une communion entre les membres du groupe, des manifestations de communion à l'intérieur de la personnalité morale (l'affectio societatis, par exemple). Ce sont là des idées fondamentales dans la construction de droit dogmatique en la matière.

Le théorème de la satisfaction différentielle des besoins contredit plutôt cette vue sentimentale du droit dogmatique. Le théorème se formule ainsi :

"Les besoins et les désirs auxquels répond un groupe donné pour certains de ses membres, peuvent n'être pas les mêmes que ceux que cherchent à y satisfaire les autres membres",

c'est-à-dire que chacun de ceux qui s'associent peut avoir son idée différente, et il ne faut pas à toute force supposer, dans un groupement, une idée commune de coopération. Le réalisme impose une conclusion contraire : la plupart des groupes servent à satisfaire des besoins différents d'un membre à l'autre. Le théorème s'accompagne, du reste, d'un corollaire encore plus réaliste : la plupart des groupes servent à satisfaire les besoins de leurs dirigeants plus exactement que ceux de leurs membres participants.

Il y a deux catégories de membres dans les groupes : ceux qui dirigent et les autres. Le groupe sert surtout à satisfaire les besoins des dirigeants.

Il est permis de faire application du théorème et de son corollaire à notre droit des sociétés anonymes. Application pourrait encore en être faite à ce groupement non constitué juridiquement, mais qu'une partie de la doctrine a essayé de faire reconnaître, que l'on appelle "l'entreprise" : l'entreprise qui serait la conjonction de l'entrepreneur et de son personnel. On a postulé une communion entre ces éléments hétérogènes. Peut-être la sociologie juridique devrait-elle plutôt voir dans l'entreprise une application du théorème de la satisfaction différentielle des besoins. Il y a peut-être, finalement, une marche commune, mais cette marche commune ne résulte pas d'une communauté de vues. Les buts peuvent être différents, parce que le groupement peut parfaitement répondre à des besoins différents dans les deux catégories de membres constituants. On pourrait même soutenir, au risque d'un paradoxe, que sa cohérence peut venir de ce qu'il satisfait à des besoins différents.

C. Le droit patrimonial.

Il y a ici une très grande inégalité suivant les secteurs. Le droit patrimonial n'est pas la partie du droit civil qui a été le mieux étudiée par la sociologie juridique, mise à part certaines fractions du droit civil. Par exemple, le contrat de travail se trouve relativement bien traité, parce qu'il est mêlé à beaucoup d'autres choses dans le champ de vision de ce que l'on appelle la "sociologie industrielle". En France, la sociologie industrielle est très active. Sous l'impulsion, notamment, de M. Friedmann, il y a eu de nombreuses recherches de sociologie industrielle. Ces recherches, nécessairement, rencontrent le contrat de travail. Néanmoins, ce n'est pas dans une perspective juridique que, le plus souvent, la relation entre employeurs et salariés a été étudiée.

Le droit de la propriété foncière et celui du bail ont pu être étudiés fragmentairement, dans la mesure où ils concernaient le logement car, ici, la recherche a été stimulée par les organismes de construction et notre administration de la construction ; les problèmes de l'habitat urbain sont entrés dans les préoccupations des urbanistes lato sensu et, du même coup, on a fait, par la bande, si je puis dire, une certaine sociologie de la propriété foncière et du bail.

Le droit de la vente a eu une fortune comparable. Les grandes entreprises commerciales s'intéressent à la psycho-sociologie de la consommation parce qu'il leur semble que les connaissances acquises dans ce domaine leur permettront d'avoir une prise sur la clientèle. Or, dans la psycho-sociologie de la consommation est impliquée,

partiellement, la psycho-sociologie de la vente. Ainsi, dans quelle mesure la publicité, la réclame moderne abolit-elle le consentement de l'acheteur, le consentement du contractant ?... C'est un problème juridique qui se trouve au coeur d'un problème de psycho-sociologie de la consommation.

Le bilan des résultats vous montre, par contraste, qu'il reste encore beaucoup à faire, beaucoup de problèmes à résoudre.

§ 2 - LES PROBLEMES.

Ce sont des problèmes qui se sont posés effectivement à la sociologie juridique empirique, mais aussi des problèmes qu'elle devrait se poser.

Toute science doit se constituer une problématique et c'est, en soi, déjà un résultat que de se la constituer. On peut ainsi essayer d'esquisser une problématique de la sociologie juridique. Les problèmes sont très nombreux car la sociologie juridique est récente et n'est que faiblement outillée en personnel. On ne peut pas lui demander de tout faire à la fois, et un certain choix dans les problèmes s'impose, ce qui rend d'autant plus nécessaire la constitution d'une problématique.

Comment la constituer ?... On pourrait tenter, d'abord, de la constituer d'une manière purement mécanique. Nous posons à plat la carte du droit civil. Nous piquons des drapeaux aux endroits où la sociologie juridique s'est déjà manifestée, ainsi que nous venons de le voir, et, du même coup, nous constatons, par opposition, qu'il subsiste de vastes régions qui ne sont pas recouvertes. Donc, il faut transférer les efforts des chercheurs des régions déjà explorées vers celles qui sont restées vierges. On va ainsi opérer une redistribution, un transfert dans l'effort de recherche.

Les vides sont énormes, nous avons pu le constater. Par exemple, il faudrait, à première vue, transférer une partie des efforts appliqués au droit extrapatrimonial de la famille, vers le droit patrimonial de la famille : successions, libéralités, régimes matrimoniaux, où il n'y a, pour ainsi dire, pas d'études de sociologie juridique. Il faudrait aussi transférer une partie de l'effort de recherche vers les contrats en général, et la responsabilité civile, car le droit de la responsabilité civile, malgré sa très grande importance pratique, a été complètement délaissé par la sociologie juridique.

Et surtout, un vaste transfert serait nécessaire vers les problèmes

de sources du droit, ces problèmes qui ne sont pas seulement de droit civil, mais qui concernent l'ensemble du droit : ainsi, les problèmes posés, à notre époque, par des phénomènes comme l'inflation législative ou la montée du pouvoir réglementaire.

Mais, pour constituer la problématique de la sociologie juridique, une autre voie serait concevable, une manière plus sélective. Il faudrait commencer par se demander quels sont les grands problèmes de notre temps, d'une manière générale, dans la vie sociale contemporaine, sans se préoccuper plus spécialement de droit. On admettrait que l'effort de la sociologie juridique doit être fonction de ces problèmes généraux de notre société, à l'époque contemporaine.

Il faudrait, par conséquent, hiérarchiser les problèmes, ne pas se borner à dire : "On va remplir les vides qui ont pu être constatés sur la carte du droit civil", mais se demander, d'une manière plus ordonnée, quels sont les problèmes les plus importants du droit civil, eu égard aux besoins de notre temps. Cela reviendrait à s'interroger sur les grands phénomènes sociaux caractéristiques de notre époque.

Il en est un auquel on pense tout de suite : c'est ce que l'on appelle, d'une expression consacrée, mais qu'il faudrait peut-être préciser, le "progrès des techniques". Il y a quelque deux ou trois ans, l'U.N.E.S.C.O. avait mis à l'ordre du jour de son Conseil International des Sciences Sociales un sujet qu'elle avait intitulé : "Les implications sociales du progrès technique". Il y aurait lieu de transposer et de mettre à l'ordre du jour de la sociologie juridique : "les implications juridiques (droit civil) des progrès techniques". C'est, en effet, un ordre de recherches qui paraîtrait d'actualité, mais de quels problèmes plus concrets s'agirait-il au juste ?... Car il faut convenir que la notion du progrès technique demeure vague dans son ampleur.

Il y a, cependant, pour nous en tenir aux sociétés modernes, en laissant de côté ce qui est du domaine de l'ethnologie, certains points d'intersection entre progrès technique et droit civil. C'est là, semble-t-il, que devrait porter l'effort de recherche de la sociologie juridique.

Ainsi, le progrès des sciences biologiques est un aspect du progrès technique. Or, il peut avoir son incidence sur le droit civil. Je ne songe pas tellement à certains des problèmes où s'est complu le droit civil de notre époque, comme celui de l'analyse des sangs. Ce n'est pas là un problème aussi fondamental, aussi massif que celui auquel je songe : savoir, celui que pose l'allongement de la vie humaine. Sans doute, il faudrait commencer par serrer de près ce phénomène dont on parle beaucoup, car il est évident que le droit civil n'est pas intéressé par un allongement des moyennes. Mais la longévité accrue des individus concrets peut impliquer

certaines conséquences dans notre droit des successions, par exemple, et ces conséquences devraient être examinées par la sociologie juridique.

Au contraire, l'énergie atomique, qui est une forme très visible du progrès technique, n'est pas un problème qui mérite tellement d'attirer les recherches de la sociologie juridique. Sans doute, des problèmes de responsabilité civile sont soulevés par l'emploi de l'énergie nucléaire, et ces problèmes attirent de plus en plus l'attention des juristes. Il y a eu, dans ces dernières années, beaucoup d'études consacrées à la responsabilité civile et à l'assurance dans ce domaine. Mais, précisément, on aperçoit là combien le point de vue du droit dogmatique peut être opposé à celui de la sociologie juridique. L'attention du droit dogmatique se porte légitimement sur des phénomènes exceptionnels.

La responsabilité civile du fait de l'énergie atomique est un phénomène exceptionnel, qui ne concerne que certains des secteurs limités de la population. Aussi bien, elle ne peut être organisée que dans la mesure où elle demeure un phénomène exceptionnel. Précisément parce que le phénomène en cause est exceptionnel, la sociologie juridique ne s'y intéresse pas.

En revanche, le développement de l'Automobile est important pour la sociologie juridique, parce que c'est un phénomène de masse, parce que l'Automobile a un effet psychologique et matériel très marqué dans la vie d'un très grand nombre d'individus. Le développement de l'Automobile a donné un aspect nouveau aux phénomènes d'appropriation, comme à ceux de responsabilité civile. Il en est résulté une dissociation entre deux catégories de population, piétons et automobilistes, et entre eux, des rapports comparables aux rapports de lutte des classes, bien que sans coïncidence avec ceux-ci. Et, surtout, l'Automobile a eu pour résultat de rendre les mécanismes primaires du droit familiers et intenses à toute une catégorie d'individus. L'obligation et la sanction, la règle de droit, le jugement sont entrés dans la vie de beaucoup d'individus par l'Automobile. La route, la rue est, aujourd'hui, le lieu le plus intense de contact de l'individu avec le droit. Il y a l'impôt, mais même avant l'impôt il faut placer la rue, la route, l'automobile. C'est là le contact le plus dramatique, pourrait-on dire, le plus vécu de l'individu avec le droit.

Ainsi, toute une série de problèmes de sociologie juridique sont impliqués dans le progrès technique. Il en est d'autres qui sont impliqués dans les transformations politiques de notre époque. Je vous citerai, dans cet ordre d'idées, les progrès du socialisme dans les idées et dans les faits. On ne peut pas ici ne pas constater l'influence de la révolution d'octobre 1917. Les progrès du socialisme ont déclenché une série de problèmes psychologiques et sociologiques qui sont mal étudiés au niveau de l'individu, où se situe

le droit civil. Les attitudes de l'individu devant la propriété collective, voilà un problème de psychologie et de sociologie peu étudié, et pourtant fondamental. On étudie la socialisation comme phénomène collectif de masse, les nationalisations, mais on n'étudie pas l'attitude des individus devant la propriété collective. Or, l'expérience des pays de l'Est le montre, il y a là un problème que la sociologie juridique, la psychologie juridique pourraient avoir à résoudre. Plus largement, la psychologie sociologique de l'appropriation est remise en question par cette montée du socialisme dans les idées et dans les faits.

Autre transformation politique, le recul de la démocratie parlementaire entraînant partout sur la planète un progrès de la bureaucratie. La montée, l'ascension de la bureaucratie est un des phénomènes dominants du XXème siècle ; il est, d'ailleurs, en partie, lié aussi au progrès technique. Nous constatons, au niveau du droit civil, la multiplication et la technicisation des textes du droit civil. Il en résulte, avec une intensité dont le XIXème siècle n'avait pas la moindre idée, une multiplication des phénomènes d'ignorance et d'ineffectivité de la loi ou du règlement.

Il y a là toute une série de problèmes qui devraient être posés à la sociologie juridique, mais si on les lui pose, n'est-ce pas avec l'arrière-pensée, avec l'espoir qu'elle pourra aboutir à des conclusions normatives, législatives, qu'elle pourra proposer des remèdes à certains des maux que ces problèmes semblent impliquer ?...



CHAPITRE III

ETAT DES APPLICATIONS

La Sociologie Juridique peut-elle conduire à des applications ?...

Une question analogue semble se poser pour la sociologie générale. Cependant, le problème est particulier pour la sociologie juridique, à cause des caractères propres du droit. Car le droit est, essentiellement, une règle d'action et, par conséquent, l'action paraît encore plus naturelle à la sociologie juridique qu'à la sociologie générale. L'application a, semble-t-il, quelque chose d'essentiel à la sociologie juridique, qui est sans équivalent pour la sociologie générale.

La notion de science appliquée ou des applications de la science recèle, d'ailleurs, pour la sociologie juridique comme pour la sociologie générale, beaucoup de difficultés de principe. Dans les deux cas, on est tenté de rechercher ce qui s'est passé dans d'autres sciences, et, ici, l'attraction, l'obsession des sciences physico-chimiques s'est souvent fait sentir.

Depuis le XIX^{ème} siècle, les sciences physico-chimiques ont donné à l'homme une prodigieuse prise sur la nature. Les applications des sciences physico-chimiques, nous les vivons, nous nous en servons, nous en profitons. L'utilité de la science appliquée, quand il s'agit de sciences physico-chimiques, ne peut être contestée que par paradoxe. Ces applications de la science ont augmenté, pour nous, le confort de la vie, sinon la joie de vivre, et, dès lors, n'est-ce pas un modèle qui se propose aux sciences humaines, spécialement au droit et à la sociologie juridique, que les applications de la science dans les sciences physico-chimiques ?... D'autant qu'il existe un pont, un passage des sciences physico-chimiques aux sciences humaines et, plus spécialement, à la sociologie juridique, c'est la Médecine.

La médecine expérimentale est une science dont les applications se traduisent pour nous, chaque jour, en remèdes, en opérations chirurgicales, parfois même en guérisons. Il y a, en outre, des chaînons intermédiaires qui favorisent davantage encore le raisonnement

analogique : la psychiatrie, la psychologie, la psychologie sociale, la sociologie; et, nous y voici, la sociologie juridique.

Néanmoins, la sociologie juridique a devant elle un autre modèle, ce sont - j'ai déjà fait allusion à l'analogie - les sciences du langage. Elles ont aussi pour matière, comme la sociologie juridique, des phénomènes psycho-sociologiques qui ont ce trait commun avec les phénomènes juridiques d'être des phénomènes normatifs.

Or, que nous propose l'analogie avec les sciences du langage ?... Il ne semble pas que ces sciences, au moins pour l'instant, aient conduit à des applications pratiques ; elles se passent de ces applications. La linguistique pourra bien aboutir à donner quelques conseils sur la réforme de l'orthographe, sur telle ou telle modification à apporter à des règles grammaticales, mais c'est si peu de chose. Ce sont, tout au plus, des conseils de prudence, et combien sporadiques.

De sorte qu'ici l'analogie avec une autre science ne conduirait pas nécessairement à attendre des applications pratiques de la sociologie juridique.

Au demeurant, même parmi ceux qui admettent la possibilité théorique d'applications de la sociologie, les attitudes à l'égard de cette possibilité d'application sont, en fait, très variables.

Chez les sociologues du début de ce siècle, ceux de l'école de Durkheim, l'attitude à l'égard d'une sociologie appliquée était une attitude expectante, à tout le moins très prudente. Ces auteurs ne manquaient pas de souligner qu'il fallait attendre, avant de passer au stade de la sociologie appliquée, que la sociologie théorique fût arrivée à l'établissement de lois causales, ce qui constituait pour elle un programme d'une certaine étendue. C'est ainsi, remarquaient-ils, qu'ont procédé les sciences physico-chimiques, et la même démarche est à recommander à la jeune sociologie.

Cette attitude de prudence apparaît, dans l'ouvrage, très important, de Lucien Lévy-Bruhl : "La morale et la science des moeurs" (1903). Dans cet ouvrage, qui traite, sans doute, des rapports entre la sociologie et la morale, - non pas entre la sociologie et le droit - mais la transposition d'un cas à l'autre est parfaitement légitime, car il s'agit, en somme, toujours, des rapports entre le fait et la norme, Lucien Lévy-Bruhl recommande une attitude très prudente : il faut attendre que la sociologie, que la science des moeurs soit arrivée à établir des lois causales, et ce n'est qu'à ce moment-là que l'on pourra envisager d'en tirer des conclusions normatives, une réforme de la morale.

Aujourd'hui encore, un auteur comme M. Gurvitch, tout en admettant que les sciences sociales "constituent, pour l'humanité, son meilleur

instrument de libération", paraît rejeter cette libération dans un futur assez indéterminé.

Pourtant, l'impatience est grande chez les chercheurs comme chez ceux qui assistent à la recherche ; on consent difficilement à attendre, peut-être pendant des siècles, les applications d'une science. Est-il vrai, d'ailleurs, que, dans les sciences physico-chimiques, on ait été si patient ?... A la vérité, d'un point de vue pratique, il faut bien reconnaître que la recherche serait vite découragée si elle n'était pas soutenue par la perspective d'applications proches. Ce qui stimule le chercheur, c'est la pensée que sa recherche aura des applications pratiques quasi immédiates, et l'on couperait l'élan à la science si on lui interdisait, au nom d'une méthodologie, la perspective d'applications très rapides. Les sciences physico-chimiques, à la vérité, n'ont pu progresser que parce qu'elles étaient ainsi soutenues par des applications presque simultanées.

Quoi qu'il en soit, du reste, du débat, il faut bien reconnaître que, dans les faits, c'est la seconde tendance qui l'emporte. Aux Etats-Unis comme en France, aux Etats-Unis plus qu'en France, sans doute, mais en France déjà un peu, on fait de la sociologie appliquée, surtout ... - peut-être faut-il donner cette précision - surtout de la psychologie sociale appliquée, mais, en tout cas, des applications de la science.

Il s'est même créé une méthodologie de la science appliquée dans le domaine sociologique. On parle à ce propos de la "politique des sciences sociales" ; ce sont les règles de conduite que doivent suivre les sciences sociales et, spécialement, la sociologie dans ses applications.

On peut lire, dans cet ordre d'idées, un article du Doyen Philippe Garigue, de la Faculté des Sciences Sociales de Montréal, "Remarques sur une politique des sciences sociales" (Revue Française de Sociologie, 1961, p. 3).

Je n'étudierai pas ici ce que je viens d'appeler "la méthodologie de la sociologie juridique appliquée", je me placerai sur un terrain plus concret, j'essaierai de faire apparaître quelles ont été les réalisations de la sociologie juridique appliquée, ses applications effectives, et, aussi, du reste, certaines applications encore à venir, mais qui seraient concevables.

J'aurai, du reste, une certaine peine, parfois, à faire un bilan des réalisations, car la plupart de ces réalisations se situent dans le domaine de la sociologie générale beaucoup plus que dans celui de la sociologie juridique. Nous retrouvons ici une constante que je vous ai signalée d'emblée : la sociologie juridique a un temps de retard par rapport à la sociologie générale. Néanmoins,

même en sociologie juridique, on relève quelques réalisations et, d'autre part, certaines des réalisations de la sociologie générale donnent l'idée de transpositions possibles à la sociologie juridique.

Il nous faut essayer de classer les différentes sortes d'applications de la sociologie juridique. Nous suivrons pour cela une division plutôt sociologique que juridique. Les applications auxquelles on peut songer se situent, tantôt au niveau des décisions privées, tantôt au niveau des décisions étatiques. Je prends le terme "décisions" dans un sens qui n'est pas celui de la technique juridique, de la procédure, notamment, dans l'analyse de l'acte juridictionnel ; je le prends plutôt dans un sens sociologique.

Il y a des décisions privées qui émanent d'individus ou d'entreprises, parfois même d'établissements publics ou semi-publics, comme les établissements nationalisés, - là n'est pas la question - mais ces décisions privées s'opposent à des décisions d'autorité, comme sont, par exemple, la loi et le jugement. Loi et jugement, voilà ce que j'entends par décisions étatiques, décisions d'autorité, en contraste avec une décision privée dont le type nous serait donné par le contrat.

S E C T I O N I

LES APPLICATIONS DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

AU NIVEAU DE LA DECISION PRIVEE

La sociologie peut-elle nous être de quelque secours quand nous avons à prendre une décision ayant une portée juridique dans la conduite de nos affaires, dans la conduite de notre vie ?...

Il y a ici, d'ores et déjà, des applications de la sociologie juridique, mais d'une sociologie inconsciemment juridique, car les intéressés et les chercheurs aussi, du reste, n'ont pas vu, d'ordinaire, que la décision à prendre intéressait le droit et que, par conséquent, ce qui était impliqué dans la question n'était pas seulement la sociologie en général, mais la sociologie juridique.

Ces applications, nous les apercevons dans deux directions :

- l'aménagement des relations interindividuelles,
- la prévision.

Les deux termes vont être expliqués.

J'emploie ce terme ~~faute de~~ mieux, parce qu'il évoque une expression assez utilisée en sociologie, l'expression de "manager", de "managerial organization". Qui n'a entendu parler de la managers'era de Burnham ? Les managers, dans ce sens-là, ce sont les organisateurs, spécialement, les organisateurs dans les grandes entreprises ou, si vous voulez, les aménageurs, ceux qui font de l'aménagement, de l'aménagement des relations interindividuelles.

L'homme, en effet, noue avec ses semblables des relations, des relations de coopération, notamment, qui prennent, pour nous juristes, la forme du contrat. Le contrat est un accord de volontés, c'est notre définition. Or, une pareille définition a une résonance de psychologie sociale. Pour que le contrat atteigne sa pleine efficacité, il doit être soutenu par un accord psychologique. Le choix du cocontractant, le maintien, une fois le contrat conclu, d'une bonne harmonie entre les parties, voilà des problèmes de l'aménagement interindividuel qui, pendant longtemps, ont été résolus d'une manière purement empirique mais qui, aujourd'hui, semblent pouvoir être résolus par des critères scientifiques, de sociologie ou de psychologie sociale, ou même de psychologie interindividuelle, voire de psychanalyse, strictement solitaire.

Cette formule laisse, d'ailleurs, pressentir qu'entre ces applications possibles de la sociologie juridique, il existe des différences notables. En effet, ces applications sont fort diverses. Sans les passer toutes en revue, je voudrais en indiquer quelques-unes, en les groupant sous trois rubriques.

A) Un premier ordre d'applications est donné par la consultation psychologique en matière familiale.

Juristes autant que sociologues constatent l'existence de phénomènes de psychologie juridique dans les relations familiales, parfois de psycho-pathologie juridique. Il existe des troubles, des tensions à l'intérieur de certaines familles, dans les relations entre époux ou entre parents et enfants. Les manifestations d'insociabilité familiale apparaissent comme des phénomènes de psychologie ou de psycho-pathologie juridique.

Ces tensions, ces troubles à l'intérieur de la famille, le droit dogmatique les résolvait et les résout encore par des mécanismes proprement juridiques. Il y a, pour les supprimer, des mécanismes d'autorité. Par exemple, la qualité de chef de famille, la puissance paternelle constituent des mécanismes d'autorité dans lesquels le droit dogmatique a mis sa confiance pour faire disparaître tensions et troubles à l'intérieur de la famille.

Mécanismes d'autorité, mais aussi de séparation ; ainsi, le divorce, ainsi, dans une certaine mesure, l'émancipation apparaissent comme des mécanismes de séparation destinés à supprimer, d'une autre manière que les mécanismes d'autorité, les tensions familiales.

Mais, si l'on admet que ces phénomènes ont des causes psychologiques observables, et que ces causes peuvent être supprimées ou atténuées par certaines techniques psychologiques, on admettra que la psychologie juridique est à même d'apporter ses remèdes propres aux troubles constatés. Et les procédés que le droit dogmatique utilise à cette fin seront regardés comme des procédés barbares, procédant de l'ignorance, propres peut-être à faire plus de mal que de bien.

Ces idées-là sont déjà devenues banales, non pas dans le droit, mais dans l'opinion publique de nos pays, de la France en particulier.

A la limite, on pourrait faire entrer dans cet ordre d'applications de la psychologie juridique des institutions comme la consultation psychologique qui fonctionne auprès de certains établissements scolaires, comme l'Institut de Pédagogie familiale, l'Ecole des Parents.

C'est là une zone vague où le droit se confond avec les mœurs. Dans cette zone vague, il est perceptible que des applications de la psychologie juridique existent déjà sans que, toujours, on prenne garde au caractère de psychologie juridique que présentent ces applications.

Une application se détache cependant par une liaison plus accusée avec le droit de la famille, c'est la consultation psycho-matrimoniale. On peut la concevoir en cours de mariage, lorsque des tensions se révèlent à l'intérieur du couple. Le point d'insertion de cette technique de psychologie juridique sur le droit du mariage, ce serait, dans la procédure de divorce, la conciliation. Au lieu de la tentative de conciliation devant le Président du Tribunal Civil, conciliation sur le mode empirique, ne serait-il pas plus scientifique d'organiser, au début de la procédure de divorce, une consultation psychologique par des psycho-sociologues spécialisés ?...

Mais, en outre, on peut concevoir la consultation psycho-matrimoniale avec un caractère préventif. C'est la consultation prématrimoniale, et certains ont proposé de l'ajouter à l'examen médical prénuptial. L'examen médical prénuptial ne règle, et d'une manière très imparfaite, que l'aspect physique de la question. L'examen psychologique pourrait informer les futurs conjoints sur l'aspect psychologique. Il s'agirait de vérifier si les futurs sont harmoniques l'un à l'autre.

En fait même, chez les psycho-sociologues, l'opinion la plus répandue est qu'il ne faut pas rendre l'examen psychologique prénuptial obligatoire, qu'il ne conserve sa vertu thérapeutique qu'à condition

de demeurer facultatif. Partout, semble-t-il, du reste, cet examen psychologique prénuptial est resté facultatif en droit.

Cependant, beaucoup de sociologues et même, déjà, des juristes préconisent le développement du système, sous réserve qu'il reste toujours facultatif. Notamment, le Colloque de l'Association des Sciences juridiques, dans sa session de Chicago, en 1957, avait fait largement crédit à cette technique.

En fait, il existe des établissements, en quelque sorte privés, de consultation psychologique prénuptiale. L'institution a surgi d'abord aux Etats-Unis, mais elle s'est répandue en Europe et, même en France, on en aperçoit quelques manifestations. Dans certains pays européens, le développement en est plus grand qu'en France. Peut-être aussi le sérieux de l'institution y est-il plus grand.

La Suisse, notamment, paraît avoir été à l'avant-garde dans ce domaine. A l'heure actuelle, il existe, dans ce pays de faibles dimensions géographiques, 21 offices de consultation matrimoniale, dont 12 de caractère privé. Une partie assez importante a un caractère confessionnel, beaucoup de ces offices sont rattachés - la moitié environ - aux oeuvres, soit des Eglises protestantes, soit de l'Eglise catholique.

Dans ces offices, ce sont des médecins, des juristes, des psychologues qui proposent leur consultation aux intéressés, et le problème, à l'heure actuelle, en Suisse, est de savoir si les Pouvoirs Publics devraient s'en mêler, apporter aide et soutien au mouvement.

Un juriste ne peut pas ne pas faire réflexion que l'innovation tend, d'une façon assez singulière, à revaloriser le mariage de raison. Seulement, dans le mariage de raison d'autrefois, c'étaient les familles qui faisaient l'orientation prénuptiale, sur le mode empirique. Ici, c'est la science qui fait l'orientation prénuptiale, sur le mode scientifique.

L'expérience cruciale consisterait à mesurer s'il y a plus de bonheur conjugal dans les couples qui se seront mariés après avoir recouru à la science que dans les couples qui avaient eu recours à l'empirisme familial. Je laisse à penser si c'est facile.

B) Une deuxième application est donnée par les public relations en matière contractuelle.

Ces termes de "public relations" sont entrés dans notre langage, mais la traduction littérale, relations publiques, n'indique pas du tout ce qu'il faut entendre par là. D'Amérique, l'institution est passée en France. C'est même là, il faut bien le dire, à l'heure actuelle, en France comme en Amérique, l'emploi principal des

psycho-sociologues dans le secteur privé. Ils peuvent espérer se caser sous les espèces de psycho-sociologues experts en public relations dans les grandes entreprises.

L'idée générale est d'améliorer les rapports de l'entreprise avec son personnel, avec sa clientèle et, éventuellement, s'il s'agit d'une société anonyme, avec ses actionnaires. C'est là ce que les sociologues américains, à l'heure actuelle, envisagent principalement à propos de la sociologie appliquée.

Par exemple, dans un ouvrage collectif publié sous la direction de deux auteurs américains, Festinger et Katz, "Les méthodes de la recherche dans les sciences sociales" (l'ouvrage est de 1953, mais la traduction française est de 1961), tout un chapitre, le chapitre final, est consacré, sous le titre "l'utilisation de la science sociale", à l'organisation, à l'aménagement des public relations à l'intérieur de l'entreprise et, spécialement, à l'aménagement des relations entre l'entrepreneur et son personnel.

Ce qu'il faut souligner ici, c'est que nous sommes, au fond, sur un terrain de sociologie juridique, car ces rapports à l'intérieur de l'entreprise, entre l'entrepreneur et ses salariés, sont des rapports d'ordre juridique. Il s'agit du contrat de travail, de la formation ou de l'exécution du contrat de travail. Et la même observation est valable pour les rapports entre l'entrepreneur et sa clientèle: il s'agit alors du contrat de vente ou du marché de fourniture. Nous sommes bien sur un terrain juridique, et il en est de même dans les relations avec les actionnaires, c'est le contrat de société qui est en jeu.

C'est un point qui n'avait pas échappé aux juristes que la difficulté psychologique de l'exécution du contrat. Le contrat une fois conclu, il se produit une sorte de lassitude chez les contractants. Les relations entre les contractants, tous les praticiens du droit le savent bien, passent par des phases successives; il y a la période d'enthousiasme, où l'on admire son cocontractant, où on l'aime, et puis, lorsqu'il s'agit d'exécuter, un refroidissement progressif se produit dans les relations contractuelles, refroidissement qui peut aboutir à un retournement complet de position, et dégénérer en une véritable haine entre les cocontractants.

Comment maintenir la flamme dans ces relations interindividuelles que sont les relations contractuelles?... Eh bien, aujourd'hui, le cocontractant, directeur d'une entreprise, appellera, lorsqu'il constatera une baisse dans le tonus contractuel, des experts psychosociologues. Ceux-ci se mettront à l'oeuvre: ils essaieront, dans une première phase, de découvrir les causes des tensions qui sont survenues dans l'exécution du contrat; puis, seconde phase, ils s'efforceront d'agir sur ces causes pour supprimer les tensions elles-mêmes.

Pour découvrir les causes des tensions, comment procéder ?... Les experts psycho-sociologues se livreront à une enquête par sondage à l'intérieur de l'usine (je raisonne sur l'hypothèse la plus pratique, qui est celle des relations entre l'entrepreneur et ses ouvriers) : ils enquêteront par sondage, feront parler des ouvriers, afin d'essayer de découvrir le noeud psychologique de la tension.

Il existe, utilisés, du reste, surtout aux Etats-Unis, des procédés plus perfectionnés que l'enquête par sondages : les procédés sociométriques. La Sociométrie est une théorie sociologique de l'Américain Moreno.

Moreno a imaginé, précisément à des fins pratiques, en songeant à un rôle d'expert psycho-sociologue à l'intérieur des entreprises, des procédés destinés à découvrir les causes des tensions psychologiques entre les hommes : le psychodrame et le sociodrame ; c'est l'utilisation du théâtre à des fins de révélation psychologique ou psychanalytique. Il en est notamment ainsi du sociodrame, qui consiste à faire parler les individus intéressés, dans un jeu théâtral spontané. On les fera parler sur ce qui paraît être le sujet des préoccupations à l'intérieur de l'entreprise. En parlant, ils découvriront le fond de leur coeur, et les experts psycho-sociologues recueilleront cette donnée et pourront travailler là-dessus.

C'est ainsi, notamment (c'est un psychodrame très célèbre de Moreno) que fut découverte, dans une grande entreprise américaine, l'origine d'une difficulté interne : pourquoi les standardistes de nuit bavardaient-elles sans arrêt ?... C'était parce qu'elles n'avaient pas compris que la Direction voulait améliorer le rendement de l'entreprise pour le bien de tout le monde.

Les causes des tensions une fois découvertes par un procédé ou par un autre, on essaiera de les supprimer. Information, persuasion, sont les remèdes favoris de la psycho-sociologie américaine. L'idée des socio-psychologues américains, c'est que nos difficultés viennent de l'ignorance, de l'obscurité. Si nous sommes mis au clair, les difficultés s'évanouiront. Donc, il faut informer les ouvriers ; informés, ils comprendront mieux le pourquoi de certaines de leurs obligations. Il faut donc informer le cocontractant sur le pourquoi de ses obligations, le traiter en enfant raisonnable.

Si l'information ne suffit pas, la persuasion s'y ajoutera, la persuasion par l'appel aux bons sentiments, notamment, appel aux bons sentiments dont la psycho-sociologie américaine est assez prodigue.

Ce qui amène à formuler quelques observations sur cette application des méthodes de psychologie sociale dans les relations contractuelles.

Une constatation qui a tout de même du poids - c'est que les grandes entreprises usagères semblent satisfaites de cette application de la science. Elles sont satisfaites puisqu'elles maintiennent et, même mieux, développent leur service de public relations. Pour l'observateur du dehors, cela emporte une présomption d'efficacité.

Néanmoins, ici encore, bien que nous soyons sur un domaine moins subjectif que tout à l'heure, à propos des relations familiales, les statistiques que l'on peut avancer ne sont pas toujours très probantes. Si l'on assure, chiffres en mains, qu'il y a moins de grèves dans les entreprises qui utilisent des services de psycho-sociologie que dans les autres, la contre-épreuve manque : y aurait-il eu plus de grèves si, dans la même entreprise, avec les mêmes ouvriers, il n'y avait pas eu de service de psycho-sociologie ?

En revanche, ces services de psycho-sociologie ont suscité des critiques, qui, il est vrai, ne sont pas convergentes, viennent de points différents de l'horizon :

Les marxistes, d'abord, reprochent à cette application de la science la naïveté de son postulat optimiste, postulat d'après lequel les conflits viendraient de facteurs psychologiques : ignorance, méfiance, préjugés, de facteurs psychologiques faciles à dissiper, plutôt que de l'infrastructure économique appelant une transformation.

Les sociologues purs font un reproche d'une autre sorte : c'est l'excès de psychologisme, de subjectivisme qu'ils critiquent. Il y a trop de psychologie, pas assez de sociologie, dans cette psycho-sociologie appliquée. Il s'y rencontre une méconnaissance des phénomènes de groupe.

"Il faudrait," disent les sociologues purs, "envisager davantage l'atelier comme une entité organique, la clientèle comme le lieu de certains phénomènes de groupe" (le marché des consommateurs d'un produit constitue un groupe à l'intérieur duquel des phénomènes proprement sociologiques peuvent se dérouler.

Enfin, les moralistes, eux, craignent la déviation possible du procédé, car il peut très facilement dégénérer en une tactique de domination. "C'est, disent-ils, le bluff qui est promu, par là, au rang de science appliquée". Cette prétendue application de la psycho-sociologie n'est que le masque de propagande, qui repose sur le mépris de la liberté psychologique des individus. Aussi est-il des moralistes pour réclamer une intervention du législateur dans le domaine des public relations, soit que le législateur les réglemente pour en empêcher les abus, soit qu'il en institutionnalise certains aspects pour mieux les contrôler.

On peut remarquer que, sur certains points, un embryon de réglementation existe sans qu'on y prenne garde. Par exemple, les dispositions

qui imposent à une société anonyme de donner un minimum d'informations à ses actionnaires, peuvent être envisagées comme des public relations avant la lettre. De même, l'institution des délégués du personnel, dans le droit du travail, représente un début de réglementation des public relations.

Il semble, tout de même, que certains avantages soient à mettre au crédit de cette application de la sociologie juridique. Les public relations tendent à réhumaniser, si l'on ose dire, les relations contractuelles, alors que les techniques nouvelles du contrat - il n'est que de songer au contrat d'adhésion, au règlement d'atelier - avait eu pour effet de le dépersonnaliser.

A certains égards, les public relations, en matière contractuelle, apparaissent comme un antidote nécessaire, de cette transformation du contrat que nous décrivons, depuis déjà 30 ou 40 ans, dans les cours de droit dogmatique.

Il y a tout de même, dans cet effort pour organiser les relations contractuelles, une écoute sérieuse des besoins du personnel, de la clientèle ou même des actionnaires, et ceci mérite, à tout prendre, considération.

Pour illustrer ce qui vient d'être dit des public relations, on pourrait en citer un thème effectif. Il s'agit d'une entreprise française nationalisée (Gaz ? Electricité ? Inutile de préciser).

En 1957, cette entreprise a fait procéder à une étude psycho-sociologique en vue de découvrir quelles étaient les réactions de ses usagers aux factures qu'ils recevaient. Cette étude de public relations révéla que les sommes facturées aux clients étaient comprises par ceux-ci, non d'un point de vue économique, en tant que rémunération du service rendu par l'entreprise, mais comme une sanction. La facture, les clients la ressentaient comme une peine.

Parmi les origines qu'il fut possible de reconnaître à cette situation figurait, notamment, la terminologie employée par l'entreprise dans ses relations avec ses clients. En effet, certains imprimés parlaient de "règlement" pour désigner, en somme, les clauses du contrat. Ces clauses étaient qualifiées de "règlement" et le terme évoquait, pour les usagers, un règlement administratif, une loi contraignante ; non pas un contrat, mais une loi. Indemnités, pénalités, tous ces mots étaient mal compris.

Le statut d'entreprise nationalisée renforçait, chez les usagers, l'impression qu'ils avaient d'être sujets à des sanctions, et non pas d'être des contractants libres et sur le pied d'égalité avec l'entreprise. L'entreprise nationalisée paraissait participer de la puissance étatique, du juge et du gendarme et, par conséquent,

l'ensemble contractuel dérivait vers l'idée de sanction beaucoup plus que vers l'idée d'exécution du contrat.

Tout allait dans le même sens : la rigidité du tarif, le caractère autoritaire de l'application, l'obligation de payer d'abord, même si la facture est inexacte, sauf à réclamer ensuite (ce que l'on appelle la clause "solve et repete", paie d'abord et ensuite l'action en répétition, ou, traduction en langage vulgaire :

"La présente facture est payable nonobstant toute réclamation à laquelle il sera fait droit par la suite, si elle apparaît fondée".

Ici, une étude de psychologie sociale n'était pas inutile pour découvrir la cause d'une tension latente entre les usagers et l'entreprise. Cette tension avait d'ailleurs son antidote dans le système, car l'enquête, poursuivie en partie double, fit apparaître que, corrélativement à l'attitude des clients, les agents de l'entreprise se vantaient d'appliquer au minimum le règlement ; ils étaient unanimes sur ce point qu'ils le tournaient aussi souvent qu'ils le pouvaient, qu'ils n'en tenaient aucun compte... Les Inspecteurs eux-mêmes, chargés de contrôler les agents, - avec un peu plus de réserve car, tout de même, ils étaient inspecteurs, il fallait bien qu'ils ne suppriment pas leur propre fonction - les Inspecteurs eux-mêmes avaient tendance à éviter de contrôler le personnel lorsqu'il s'agissait de contrôler l'application du Règlement. Bref, du bas en haut de l'échelle, le Règlement était draconien, mais tout le monde se désintéressait de son application.

Si le règlement avait été plus contractuel, avait reposé sur un accord plus harmonique des volontés, n'y aurait-il pas eu une meilleure surveillance de l'exécution, du côté des agents ?... C'est là le problème.

Chaque situation, on le voit, semble secréter spontanément son propre remède. Mais la remarque nous entraînerait trop loin. Il s'agissait simplement ici de montrer quelle peut être la portée pratique des recherches de public relations à l'intérieur des entreprises : découvrir les causes des tensions dans les relations contractuelles.

C) La planification dans la constitution des groupements humains, la planification des collectivités.

Ici, nous allons retrouver cette "Sociométrie", dont le Chef de file est Moreno.

Moreno a formulé une théorie qu'il a appelée, peut-être ambitieusement, une "loi", loi scientifique, loi causale : c'est la loi de gravitation sociale. Il prétend y enfermer l'essentiel des relations interindividuelles, sous la forme des attractions et des répulsions

que les individus peuvent éprouver réciproquement les uns envers les autres, attractions et répulsions mesurées par des interviews des intéressés : on demandera à chaque membre du groupe quel est l'autre membre du groupe pour lequel il éprouve le plus d'attraction ou le plus de répulsion, le membre du groupe avec lequel il voudrait le plus ou le moins volontiers travailler, ou bien, s'il s'agit d'enfants, s'amuser.

En partant de ces données numériques, il est possible de dresser des graphiques, des sociogrammes, faisant apparaître les attractions et les répulsions que les membres d'un groupe, les membres d'une collectivité particulière peuvent éprouver les uns envers les autres.

Or, à partir des constatations que l'on fera ainsi sur les membres du groupe, des conclusions pratiques sont concevables. On pourra restructurer le groupe plus harmonieusement qu'il ne se trouve dans la réalité, en fonction des attractions que le sociogramme fait apparaître. Il sera possible de remodeler les groupes, de procéder, comme disent les sociomètres, à une planification architecturale des collectivités.

Ainsi, l'étude scientifique peut déboucher, ici, sur des applications pratiques, et de ces applications, nous pouvons apercevoir l'utilité dans des domaines qui intéressent le droit, en particulier, le droit civil.

Je vous citerai le point de départ de toute cette ligne de recherche, point de départ qui n'a pas du tout été de droit civil, qui a été, si l'on peut dire, de droit public, il vaudrait même mieux dire de technique administrative. Il s'agissait de constituer par cette méthode des unités de l'Armée américaine. L'enquête sociométrique qui a servi de modèle dans notre ordre de recherches a été faite pendant la guerre du Pacifique, auprès d'escadrilles d'aviation : on demandait à chacun des membres d'une escadrille d'aviateurs qui il voudrait avoir comme compagnon, comme chef ou comme commandant en second, et, d'après les résultats de l'enquête, on pouvait restructurer l'escadrille d'une manière plus homogène, et par conséquent (pouvait-on présumer) lui donner une plus grande valeur combattive.

Mais la transposition aux équipes de travail vient assez naturellement à l'esprit. Il y a là un domaine qui touche au droit privé, donc à notre ordre de préoccupations, un problème qui affleure, d'ailleurs, dans notre droit dogmatique. La jurisprudence qui valide le congédiement du salarié par l'employeur, quand il est motivé par cette circonstance que l'employé ou l'ouvrier congédié vit en mésintelligence avec ses compagnons de travail. Des arrêts de la Cour de Cassation ont décidé qu'il y avait là un juste motif de congédiement.

(Cong. Cas. Sec. 22 Octobre 1959, D. 1960 p.111). L'employeur est, d'une façon plus générale, le seul juge de l'organisation de ses services. Or, c'est une question qui ressortit à sa compétence générale pour l'organisation de l'entreprise que de savoir avec quels autres ouvriers faire travailler un ouvrier déterminé.

Si l'on parlait d'une vue sociologique de la question, cela introduirait dans le problèmes juridique un élément nouveau. On pourrait se demander si l'employeur n'est pas en faute pour avoir constitué l'équipe de travail sans tenir compte des indications qu'aurait pu lui fournir la sociométrie. Si vous partez du postulat que la sociométrie est vraie, l'employeur est en faute de ne l'avoir pas utilisée pour constituer son équipe de travail et, dès lors, son congédiement, motivé par la mésintelligence entre le congédié et ses compagnons, n'apparaîtrait plus comme justifié.

Mais, par là même, vous voyez très clairement comment la planification des collectivités, telles que les sociomètres en ont constitué la technique, pourrait intervenir dans un domaine juridique.

On pourrait également - mais, ici, je ne pense pas que, même aux Etats-Unis, il y ait eu encore des applications effectives - envisager l'utilisation de cette planification architecturale des groupements dans le domaine du remembrement.

Notre technique juridique du remembrement, en matière de propriété foncière, est fondée, selon le droit positif, sur des postulats d'économie rurale et rien que d'économie rurale. Or, on concevrait que la redistribution des terres s'accompagnât d'une redistribution humaine et que, dans le remembrement, on eût égard à l'harmonie psychologique entre les différents propriétaires. On concevrait très bien une planification architecturale de la communauté de voisinage.

On pourrait encore faire intervenir ces techniques de planification des communautés dans l'examen des candidatures à un logement dans un immeuble à loyers modérés. Une communauté va se constituer. Or, on la constitue, dans l'état actuel des choses, au petit bonheur, sans tenir compte de la psychologie des individus ainsi réunis. Si la science peut jouer un rôle dans notre domaine juridique, voici un point sur lequel elle aurait, semble-t-il, son mot à dire.

"Semble-t-il", car il ne serait pas difficile de faire des objections à cette planification des communautés, telle que la préconisent les sociomètres.

A la vérité, on ne peut s'empêcher de trouver que les postulats psychologiques sur lesquels repose cette technique sont, souvent, rudimentaires, trop schématiques. L'attraction et la répulsion, l'amitié et l'inimitié que les individus peuvent éprouver les uns à l'égard des autres ne sont pas des sentiments si simples, si fixes que la théorie sociométrique paraît le postuler. Ce sont des

sentiments variables, cycliques, complexes. On peut se sentir attiré par un individu, par un voisin à tel moment de la durée, et se sentir, au contraire, repoussé à tel autre. En outre, une psychologie plus approfondie montrerait qu'il y a des ennemis dont on a besoin, des ennemis qui vous sont complémentaires. Tel paysan qui détestera son voisin, mais, en même temps, ne pourra pas se passer de lui ; le voisin est son contraire absolu, il a, si vous voulez, une répulsion de principe pour ce voisin, mais ce voisin étant son contraire, il lui est complémentaire et il ne voudrait à aucun prix s'en éloigner, parce que c'est cette opposition qui lui permet d'affirmer sa personnalité.

Il n'empêche que nous saisissons ici, d'une manière très tangible, un point où la sociologie juridique pourrait s'appliquer au droit civil.

2 - LA PREVISION.

Je n'en parlerai, d'ailleurs, qu'à touches très légères car, en l'état actuel des choses, il n'y a pas encore de réalisation intéressant véritablement la sociologie juridique.

Qu'est-ce que la prévision dans le domaine psycho-sociologique ?... Il s'agit d'un ensemble de réalisations qui se situent, pour l'instant, dans le domaine de l'administration des entreprises.

Si je prends, par exemple, le programme distribué, pour le premier trimestre de la présente année universitaire, par l'Institut d'administration des entreprises de Paris, pour son séminaire de perfectionnement de novembre-décembre 1961, je lis la rubrique générale : "Gestion prévisionnelle des entreprises". C'est dans cette ligne-là que l'on aperçoit certaines applications de la psycho-sociologie juridique qui pourraient intéresser le droit civil, mais qui, en l'état actuel des réalisations, ne semblent pas encore l'intéresser.

Les réalisations, telles qu'elles se présentent, pour l'instant, c'est-à-dire dans le domaine de l'administration des entreprises, mettent en oeuvre des données qui sont fournies par l'économie politique, la démographie, la sociologie, la psycho-sociologie générale, et l'on parle à cette occasion de prospection, de prospective, de recherche opérationnelle.

- C'est, disent les protagonistes de cette nouvelle discipline, la science des décisions. C'est une méthode scientifique qui a pour objet de donner à l'exécutif, lato sensu, c'est-à-dire, d'abord, au chef d'entreprise, mais aussi bien à un chef militaire ou même à un chef d'Etat, - si vous partez de l'idée que les Etats se mènent

comme des entreprises - une méthode scientifique par laquelle il disposera de données quantitatives relatives aux décisions relevant de sa responsabilité.

Cette définition (empruntée) a peut-être le tort de ne pas mettre assez en relief un élément essentiel de cette science, savoir l'orientation vers l'avenir.

Car la recherche opérationnelle est destinée, avant tout, à donner à ceux qui y recourent, une prise sur le futur. C'est ainsi que l'on fait, dans cet ordre de recherches, des études de marché, qui sont projetées vers l'avenir immédiat, vers, par exemple, les dix années qui viennent.

A partir d'une donnée démographique, d'abord, savoir, quelle sera l'importance des couches de consommateurs qui, dans les dix années prochaines, vont arriver à l'âge adulte ? puis, d'une donnée économique : quelle sera l'évolution des revenus des consommateurs dans les dix années prochaines ? et, également, d'une donnée sociologique : quelle sera l'évolution des goûts des consommateurs dans ces dix années ? A partir d'un certain nombre de données, la grande entreprise pourra prendre des décisions quant au développement de la fabrication de ses produits.

En quoi cette sorte de recherche pourrait-elle intéresser le droit ? Nous en avons, remarquons-le, quelques applications déjà, non pas en droit civil, mais en criminologie. En criminologie, vous avez quelque chose qui ressemble un peu à la prévision, à la prospective dont je viens de parler. C'est ainsi que l'on a dressé (non sans se heurter à des objections) des schémas de pronostic de la récidive : à partir du passé d'un délinquant, on a prétendu pronostiquer son avenir, quant aux risques de récidive. Ou bien encore on a dressé des tables de prédiction de la délinquance avant toute délinquance, pour des adolescents, à partir de leur existence passée, des facteurs psychologiques, sociologiques qui avaient déterminé cette existence jusqu'au moment où l'étude a été faite.

C'est bien là une idée de prévision dans un domaine qui est déjà juridique. On pourrait généraliser. Tout problème de décision qui nécessite la connaissance de facteurs mesurables et l'étude de relations entre ces facteurs, pourrait être, a priori, théoriquement, abordé par la recherche opérationnelle. Or, c'est le cas de certaines décisions qui ont une portée juridique. Ainsi, avant de conclure des contrats de longue durée (bail, marché de fournitures), la recherche opérationnelle pourrait sembler à sa place.

Au demeurant, depuis que cette recherche opérationnelle existe, un jour nouveau est jeté sur un problème du droit privé que nous connaissons bien : le problème de l'imprévision. Dans les secteurs où la théorie de l'imprévision est admise, - elle n'est pas admise chez

nous dans les contrats de droit privé en général, mais elle l'est dans les contrats de droit administratif - dans ces domaines où l'on admet la possibilité de réviser un contrat en raison de circonstances imprévues qui se sont produites, il y aurait lieu de se demander, depuis qu'existe la recherche opérationnelle, si les circonstances dont il s'agit étaient réellement imprévisibles. Il ne s'agit plus d'une imprévisibilité au regard d'une vue humaine empirique ; il devrait s'agir d'une imprévisibilité au regard d'une recherche opérationnelle, ce qui, a priori, devrait être beaucoup plus réduit.

Certains secteurs du droit familial pourraient également utiliser la prospective : le testament, le contrat de mariage sont des actes de prévision et, par conséquent, la prévision scientifique, par application des données de la psycho-sociologie, serait, ici, semblable-t-il, recevable. Il faudrait seulement, alors, inclure dans la recherche opérationnelle, non plus seulement des facteurs économiques (quelles seront les transformations prévisibles des patrimoines, l'évolution des cours de bourse, l'évolution de la monnaie dans, non plus seulement dix années, mais 20 ans, 30 ans, 40 ans et plus, - pensez aux fondations, qui sont perpétuelles) - non plus seulement des facteurs économiques, mais aussi des facteurs psychologiques.

Il faudrait pouvoir faire entrer, dans la prévision scientifique, l'évolution des facteurs psychologiques à l'intérieur de la famille: quels seront les sentiments des héritiers et aussi de leurs conjoints, encore indéterminés. Vous voyez combien tout cela devient complexe.

A un autre endroit encore, la recherche opérationnelle pourrait venir s'insérer, au début d'un procès. Ce serait une prévision de sociologie juridique au premier chef. Il s'agirait d'estimer les chances de gain ou de perte d'un procès qui est sur le point de s'ouvrir, ce qui amènerait à faire entrer dans la recherche opérationnelle la psychologie de l'adversaire, et celle du juge.

Appliquée ici au procès civil, la recherche opérationnelle s'apparenterait à celle qu'utilisent les militaires. Dans la mesure même où le procès est un combat, une guerre, la recherche opérationnelle qu'on lui appliquerait, devrait s'inspirer des techniques de recherche opérationnelle militaire, c'est-à-dire, essentiellement, de ce que l'on appelle, dans cette discipline, la "théorie des jeux" ou la "théorie des décisions aléatoires". Il est, du reste, assez singulier que les cabinets de contentieux, souvent si modernes, n'aient pas songé, jusqu'ici, à utiliser la recherche opérationnelle dans leurs rapports avec les plaideurs.

S E C T I O N I I

DES APPLICATIONS DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

AU NIVEAU DE L'AUTORITE PUBLIQUE

Parce que les décisions étatiques contribuent à former le droit, les applications de la sociologie, de la psycho-sociologie dans ce domaine, nous apparaîtront plus naturellement comme des applications de sociologie juridique, de psycho-sociologie juridique.

Mais de quelles décisions de l'autorité publique peut-il s'agir ?... On peut songer à deux sortes de décisions, en donnant à ce terme le sens vague que j'ai dit en commençant, loi et jugement, c'est-à-dire que l'on peut envisager ici les applications de la sociologie juridique aux deux activités les plus traditionnelles et les plus spécifiques de l'Etat, la législation et la juridiction.

§ 1 - LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE APPLIQUEE A LA LEGISLATION.

Cet aspect de la sociologie juridique appliquée a le don, il faut l'avouer, d'exciter la colère du droit dogmatique. Est-il possible de faire passer en lois les simples constatations de la sociologie juridique ?... A cette question, les juristes ont toujours tendance à répondre par la négative :

- Il y a deux mondes, disent-ils, celui du Sein et celui du Sollen. Entre les deux, il n'y a point de communication ; il n'y a pas de passage du fait au droit. Une barrière infranchissable séparera toujours la constatation, qui est l'oeuvre du sociologue, et la norme, la conclusion normative, qui est l'oeuvre propre du législateur".

Est-ce que c'est bien de cela qu'il s'agit ?... En tout cas, est-ce que c'est uniquement de cela qu'il s'agit ?

De la sociologie juridique appliquée à la législation, il existe, à la vérité, une large zone qui ne met pas en cause ces grandes discussions, presque métaphysiques, que l'on agite autour du concept de sociologie appliqué à la législation. Il faut procéder, si je puis dire, par élimination successive, progressive, de manière à serrer le problème en ce qu'il a de plus essentiel.

Nous pouvons, d'abord, essayer de distinguer entre ce que j'appellerai la sociologie de la législation, d'une part, et, d'autre part,

la législation sociologique. Je m'explique :

Il existe une sociologie de la législation comme il existe, par hypothèse, une sociologie du procès ou une sociologie du mariage. La législation, l'élaboration de la loi, est en soi un phénomène juridique. Ce phénomène juridique, comme tous les autres, est justiciable de l'observation sociologique, et l'on peut ainsi constituer une sociologie de la législation. Des données que l'on recueillera sur cette sociologie de la législation, il sera possible, peut-être, de faire des applications, applications qui seront tout de même, en quelque sorte, externes. Il ne s'agira que de rendre plus efficace le mécanisme abstrait de la législation, indépendamment de ce qu'il peut y avoir dans la législation. C'est ce que j'appelle la sociologie de la législation au point de vue purement externe.

Mais il y a également un point de vue interne à considérer, où l'on se préoccupera du contenu de la législation, et c'est là que les difficultés graves pourront apparaître. A supposer des constatations sociologiques faites sur une institution, ont-elles vocation, de plein droit, à se transformer en conclusions normatives ?... Ce n'est plus la sociologie de la législation, c'est, proprement, la législation sociologique.

A. La sociologie de la législation.

L'hypothèse est la suivante : les gouvernants d'un pays ont décidé, pour des raisons qui leur sont propres, par un raisonnement législatif propre, qui s'est fixé sans aucune intervention de la sociologie, de porter telle loi, d'opérer une réforme dans tel sens. La sociologie juridique ne peut-elle aider les gouvernants à assurer le succès de leur réforme ?... La sociologie juridique ne peut-elle se comporter comme une science appliquée, auxiliaire du travail proprement législatif ?...

La question peut se poser à deux moments au cours de l'histoire de la loi : avant son adoption et, une fois qu'elle est adoptée, lorsqu'il s'agit de son application.

a) Premier moment : l'adoption de la loi. Le véritable problème n'est pas de convaincre les parlementaires (à supposer que nous soyons en régime parlementaire), il s'agit de persuader l'opinion publique dans son ensemble, - ce qui, du reste, facilitera l'adoption de la loi par le Parlement.

Or, la sociologie peut aider le législateur à convaincre l'opinion publique de l'utilité d'une réforme législative... Nous supposons que l'opinion publique répugne à la réforme (ce qui est, a priori, sociologiquement vraisemblable, car il y a en matière juridique un

conservatisme assez naturel à l'opinion publique). La sociologie, la psycho-sociologie peuvent fournir des techniques pour convaincre l'opinion publique de la nécessité de la réforme envisagée.

J'ai eu l'occasion de signaler que la psycho-sociologie américaine est, pour une bonne part, orientée vers cette idée générale qu'il faut épargner aux individus tout traumatisme, par conséquent leur épargner des réformes trop brusques, ce qui aboutit à un certain conservatisme sociologique. Mais, lorsque la psycho-sociologie américaine n'est pas orientée dans ce sens, elle l'est dans le sens tout à fait inverse, et elle recherche les techniques, - je n'ose pas dire "les trucs" - par lesquels on peut vaincre la résistance de la masse, la résistance de l'opinion publique aux changements.

On relève, dans les études de la psycho-sociologie américaine, des titres assez significatifs : "Comment vaincre la résistance au changement ?...", "Quelques principes sur la persuasion des masses"... On devine l'orientation. Connaissant, par des enquêtes de motivation que l'on a faites, par sondages, dans l'opinion publique, quels sont les motifs de la résistance de celle-ci à la réforme législative voulue des gouvernants, il sera possible d'agir sur les causes de la résistance. On agira sur les causes afin d'aplanir les voies à la réforme législative.

C'est là de la sociologie appliquée. La sociologie permet de déterminer les causes de la résistance ; la sociologie appliquée permet de vaincre, de surmonter ces causes.

Comment pourra-t-on les surmonter ? D'abord, par une meilleure information. C'est toujours la même philosophie : que les tensions, les difficultés entre les hommes viennent de ce qu'ils sont insuffisamment informés, qu'il n'y a qu'à projeter des flots de lumière dans la société pour qu'immédiatement, toutes les difficultés disparaissent.

L'objection, quand on examine les procédés d'information qu'envisagent, sur ce terrain, les sociologues américains, est qu'il est malaisé de tracer la limite entre l'information licite et la propagande que, du moins dans une certaine éthique, on juge illicite. La propagande, peut-on dire, est unilatérale, l'information reste ouverte à la contradiction, tel serait le critère. Si l'information est contradictoire, nous serons toujours sur le terrain de l'information, nous ne serons pas encore sur le terrain, que tout le monde veut s'interdire, de la propagande.

Parfois, du reste, apparaît une autre technique pour vaincre les résistances au changement, une technique que l'on pourrait qualifier de "technique de coaction", entendez bien de coaction psychologique.

D'aucuns, en effet, ont préconisé, dans ce domaine de la sociologie de la législation, les vertus du fait accompli. Le fait accompli aurait une force particulière dans le domaine des réformes législatives, et le législateur serait fondé à utiliser, pour des causes louables, cette donnée que lui fournit la sociologie.

Une question a permis la discussion de ce problème de sociologie appliquée. C'est une question qui, aux Etats-Unis, préoccupe beaucoup la sociologie, parce qu'elle préoccupe beaucoup l'opinion publique, savoir : la cohabitation entre Blancs et Noirs, plus précisément les mesures législatives de ségrégation, en particulier dans l'éducation, que connaissent plusieurs Etats du Sud.

Le Gouvernement fédéral a entamé une lutte contre ces mesures législatives, et des sociologues ont été mis à l'oeuvre pour étudier la question. Il en est qui ont préconisé ici le fait accompli, notamment en s'appuyant sur les faits suivants :

Pendant leur service militaire, il arrive que des Américains de race blanche cohabitent, vivent côte-à-côte avec des militaires noirs. Or, il semble que les citoyens américains de race blanche, qui ont fait leur service militaire dans ces conditions de cohabitation avec leurs camarades noirs, sont plus disposés que les autres à admettre l'abolition des mesures de ségrégation. Ayant pratiqué de force, par l'effet de la discipline militaire, un régime d'intégration, ils acceptent plus facilement l'intégration, revenus à la vie civile.

"Donc, ont conclu, normativement, certains sociologues, il n'y a qu'à rendre l'intégration obligatoire et, le fait accompli, au bout d'un certain temps, ayant été pratiquée, fût-ce de force, cette intégration sera admise par l'opinion publique".

A la vérité, le raisonnement n'est pas accepté par l'unanimité des sociologues américains, loin de là. Notamment, dans un séminaire du groupe d'études sociologiques de la Faculté de Droit de Chicago, il a été fait état de données en sens contraire. On a, notamment, critiqué l'assimilation qui était faite entre l'intégration réalisée pendant le service militaire et celle qui serait réalisée si, dans la vie civile, le Gouvernement fédéral ordonnait l'intégration...

- Ce n'est pas du même ordre, a-t-on fait remarquer ; la société militaire est très particulière. C'est un arrangement temporaire que le service militaire, et le sentiment de son caractère temporaire peut faire beaucoup pour l'acceptation de ses modalités pratiques. Ce n'est pas la même chose de vivre dans une société temporaire ou dans une société qui a vocation à la perpétuité.

"En outre, le milieu militaire s'écarte beaucoup du contexte culturel traditionnel. Ajoutez à cela que c'est un milieu exclusivement

masculin et que la présence des femmes dans la vie civile jette un jour tout différent sur la question".

Bref, les sociologues de ce groupe ont conclu qu'il n'y aurait rien à espérer des vertus du fait accompli, et que les méthodes de persuasion étaient, sans doute, encore les meilleures.

b) Deuxième moment, l'application de la loi. Une réforme législative, par hypothèse, a été adoptée. Elle a besoin, même alors, d'un consensus de l'opinion ; sinon, si la loi nouvelle n'est pas, en quelque manière, soutenue par l'opinion publique, il va se produire des phénomènes d'ignorance de la loi (cette loi sera comme un corps étranger dans la société) ou d'ineffectivité (la loi ne sera pas appliquée ou ne sera appliquée que partiellement). Or, il faut peut-être solliciter l'opinion publique de prêter appui à la loi nouvelle. Pour devenir populaire auprès de ceux qu'elle doit régir, la loi a besoin, en somme, d'avoir, elle aussi, des public relations bien organisées ; il faut qu'elle fasse sa publicité. La sociologie peut l'aider à organiser ses public relations, sa publicité, lui montrer ce qu'il faut faire ou, au contraire, ce qu'il faut éviter.

L'information sur l'existence de la loi est nécessaire et, de ce point de vue, on peut en faire la remarque au passage, il est bien certain que notre mode de publication des lois, par simple insertion dans un journal qui n'est guère lu de la masse, le "Journal Officiel" n'a rien de psycho-sociologique. Le système a été conçu par et pour les techniciens du droit. Beaucoup d'améliorations seraient désirables de ce côté-là. La Révolution française, quoique peut-être avec des excès, lorsqu'elle avait voulu créer une sorte de climat émotif, sentimental, autour des lois nouvelles, comprenait mieux la psycho-sociologie de la législation que le législateur d'aujourd'hui.

Mais, en outre, il conviendrait d'informer les sujets de la loi, des buts qu'elle poursuit, afin que leur obéissance ne fût pas une obéissance purement passive, mécanique.

L'idéal en la matière, pour assurer l'effectivité d'une loi, est que chaque sujet de celle-ci soit à même de reconstituer, chaque fois qu'il a à obéir à la loi, le raisonnement législatif qui a déterminé le législateur à l'élaborer. Cette idée du raisonnement législatif individuel devrait être une idée fondamentale (du moins dans une conception démocratique de la loi).

D'autre part, les lois étant, dans la pratique moderne, hérissées de formalités que les sujets doivent accomplir, le législateur doit se préoccuper de mettre en place des moyens matériels pour aider les individus dans l'accomplissement de ces formalités. Il faut remarquer que, soit par une politique consciente des gouvernants, soit spontanément, les besoins créant les organes, des relais humains

dans l'application de la loi se sont peu à peu créés.

Il n'est que de songer au rôle croissant des assistances sociales dans l'application de notre législation sociale, si bureaucratiquement formaliste. Le personnage a été, ici, créé par un véritable besoin ; ces lois étaient si hérissées de formalités qu'il fallait un intermédiaire pour conduire le non technicien dans les méandres de son application.

A côté des assistances sociales, notons le rôle qui est joué, par exemple, par les secrétaires de syndicats pour l'application des lois ouvrières. C'est toujours la même idée : il faut des intermédiaires pour assurer l'application effective de la loi. Les officiers ministériels eux-mêmes jouent ce rôle dans certains secteurs. La pratique du notariat s'est développée en ce sens. Telle est, au fond, la portée sociologique du décret du 4 janvier 1955, sur la publicité foncière, en tant qu'il a, pratiquement, rendu indispensable l'intervention d'un notaire pour une vente d'immeuble, - ce à quoi le XIXème siècle avait continuellement résisté. Il a fallu en venir là parce qu'un intermédiaire était devenu nécessaire ; il n'est plus possible à deux particuliers, étant donnée la complexité des formalités de publicité foncière, de se démêler dans les arcanes du droit.

On constate ici comment le droit a lui-même organisé ses public relations. Il les a organisées empiriquement jusqu'ici, mais il pourrait le faire d'une façon beaucoup plus scientifique, systématique, si les gouvernants prenaient davantage conscience de ce que pourrait être une sociologie de la législation.

B. LA LEGISLATION SOCIOLOGIQUE.

La législation ne pourrait-elle pas devenir scientifique ?... A la limite, ne concevrait-on pas, un jour, la disparition du Parlement, en tant qu'organe chargé d'élaborer la loi, et son remplacement par une académie de sociologie ?...

C'est d'abord en ce qui concerne la morale que le problème a été posé d'un passage de la science à la norme. Tel était le sens de l'ouvrage précité de Lucien Lévy-Bruhl, au début de ce siècle : "La morale et la science des moeurs". La conclusion de l'ouvrage est que, un jour plus ou moins lointain, la science des moeurs ayant élaboré des lois scientifiques, on pourra, à partir de ces lois, constituer une morale nouvelle qui sera la science des moeurs appliquée.

Le raisonnement durkheimien de Lucien Lévy-Bruhl peut être étendu, mutatis mutandis, au rapport de la sociologie juridique au droit :

un jour, la sociologie juridique ayant élaboré des lois causales, il sera légitime de déduire de ces lois des applications, et, cette sociologie juridique appliquée sera le droit de l'avenir.

Nous avons vécu, jusqu'ici, en quelque sorte, sous l'empire de règles métajuridiques, c'est-à-dire de règles juridiques imprégnées de métaphysique ; un jour, nous aurons affaire, nous pouvons l'espérer, à un droit fondé sur les constatations de la sociologie juridique, à un droit fondé sur le fait.

C'est là que les juristes se révoltent contre les prétentions de la sociologie juridique à déboucher, fût-ce dans l'avenir, sur des conclusions normatives.

- Le passage de la constatation à la norme, le passage du fait au droit, répètent-ils, est illégitime parce que le fait et le droit, l'être et le devoir ne sont pas de la même substance, ce sont deux univers hétérogènes entre lesquels il n'existe pas de pont.

Une apostrophe de Henri Poincaré aux durkheimiens est restée célèbre :

- Vous aurez beau entasser les uns sur les autres un million d'indicatifs, ce que la sociologie peut vous fournir, vous ne pourrez en faire sortir un impératif, car ce sont là deux temps absolument différents.

A la vérité, le débat a besoin d'être repris en termes nouveaux. Il y a une part de vérité des deux côtés. Mais, des deux côtés, on n'a pas eu suffisamment égard aux particularités du droit.

Dans l'élaboration d'une règle de droit, il faut discerner plusieurs éléments : il y a la donnée sociologique (le fait, la constatation), puis il y a la norme, le commandement, le droit. Et, allant de l'un à l'autre, il y a le raisonnement législatif.

Au regard des sociologues, la norme pourrait difficilement ne pas avoir à sa base une donnée sociologique. Je dis tout de suite "au regard des sociologues". Au regard du droit naturel, au regard d'un droit révélé, au contraire, il n'y a pas de question.

Mais droit naturel ou droit révélé, c'est affaire de croyance, ce n'est plus affaire de sociologie. Si l'on vient entamer une discussion avec la sociologie, il faut se placer sur le terrain sociologique et, sur ce terrain sociologique, il semble difficile d'admettre qu'une norme de conduite ayant un caractère juridique puisse ne pas avoir pour support une donnée sociologique.

La plupart des normes juridiques ont donc pour support une donnée sociologique ou une série de données sociologiques. Je dis "la plupart

des normes" parce que l'on pourrait peut-être faire des réserves, et la sociologie juridique les admettrait, pour certaines règles de droit qui ont un caractère de pure technique et, partant, de pur arbitraire et qui, dès lors, pourraient très bien ne pas avoir à leur base une donnée sociologique.

Je pense, par exemple, à une règle de droit consistant dans la fixation du taux de l'impôt. Pourquoi 25% plutôt que 26% ?... Cela paraît ressortir à la pure technique juridique et il est possible qu'il n'y ait pas de donnée sociologique à la base d'une telle disposition. Ou bien vous pouvez songer à tel détail dans l'organisation de la publicité foncière, à l'ordre des formalités de rédaction d'un acte public. Ici, nous sommes sur un terrain purement technique où il pourrait se faire qu'il n'y eût pas de donnée sociologique à la base, que nous soyons dans un domaine d'arbitraire, de pure convention technique de la part du législateur.

Cependant, pour l'ordinaire, la norme dépend d'une donnée sociologique ; elle en dépend par un certain rapport ; le rapport n'est, le plus souvent, qu'implicite, et il peut être plus ou moins visible selon les types de norme. Mais, dans tous les cas, il existe un rapport entre la donnée sociologique et la norme. Seulement, ce rapport de la donnée sociologique à la norme n'est jamais un rapport direct : il y faut l'intermédiaire de la pensée discursive, l'intermédiaire du raisonnement législatif. La possibilité, pour une donnée sociologique, de se transformer en norme juridique dépend à la fois de la nature du rapport qui peut exister entre elle et la norme, d'une part, et d'autre part, de la nature du raisonnement législatif.

La discussion s'ordonne ainsi autour de ces deux éléments :

- 1°) Le rapport de la donnée sociologique à la norme,
- 2°) Le raisonnement législatif.

a) Premier élément : le rapport de la donnée sociologique à la norme. Il existe plusieurs types de rapport de la donnée sociologique à la norme de droit. Il convient de partir des types de rapport où la transposition de la donnée sociologique en norme paraît la plus facile. C'est ainsi que nous arriverons, progressivement, au coeur de la difficulté.

1° Je considère un premier type de rapport : la donnée sociologique fournit l'environnement de la norme. Autour de la norme, il y a, si j'ose dire, un paysage sociologique. La donnée sociologique ne fournit pas le fond de la règle de droit, mais simplement l'aménagement de celle-ci. Essayons d'éclairer ces formules abstraites par quelques exemples.

Voici l'article 524 du Code Civil :

" Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination".

C'est là le fond de la règle, mais il est entouré par un certain paysage sociologique.

L'article 524 continue, en effet, en énumérant un certain nombre d'échantillons de ces immeubles par destination et, notamment, celui-ci : les animaux attachés à la culture. Supposez que les boeufs de labour viennent à disparaître totalement de la réalité sociologique française, et qu'en compensation se multiplient encore davantage les tracteurs. Ce que j'appelais, tout à l'heure, le "paysage sociologique" aura changé. Personne, en pareille hypothèse, ne contredira à un remaniement du texte tenant compte de ce changement dans la donnée sociologique ; personne, ici, ne jugera inadéquate une modification de la règle de l'article 524, substituant les tracteurs aux animaux attachés à la culture.

Ici, la transformation de la donnée sociologique en règle de droit paraît tout à fait naturelle, et légitime.

Un autre exemple sera tiré de l'article 1037 du Code de Procédure Civile. Ce texte dispose que :

" Aucune signification de jugement, d'acte judiciaire, aucune exécution ne pourra faite du 1er Octobre au 31 Mars, avant 6 heures du matin et après 6 heures du soir, et, du 1er Avril au 30 Septembre, avant 4 heures du matin et après 9 heures du soir".

Quel est, ici, le fond de la règle de droit ?... C'est de respecter le sommeil des individus et des familles. Quel est l'aménagement, l'environnement sociologique de la règle de droit ?... C'est la mention des heures précises où, dans la société française, la généralité des familles a coutume de se livrer au sommeil. Tout le monde admettra sans difficulté qu'une adaptation de cet environnement sociologique soit nécessaire, lorsque l'on transporte la règle de droit dans l'espace. S'il faut transporter le sens de l'article 1037 dans un code de procédure destiné à avoir vigueur dans l'hémisphère austral, nul doute qu'il faudra inverser et placer la coupe 4 heures du matin - 9 heures du soir, prévue en France pour la période avril-septembre, dans la période octobre-mars et réciproquement.

Supposez, maintenant, un transfert, non plus dans l'espace, mais dans le temps ; supposez qu'il soit, sociologiquement, constaté que le rythme de la journée du Français moyen s'est transformé depuis le début du XIXème siècle où ce texte fut élaboré. Ne serait-il pas légitime d'opérer une transformation dans l'environnement sociologique de la règle de droit ?...

Il est probable, - le point serait à vérifier par voie d'enquête sociologique - qu'actuellement, une coupe telle que, pour l'hiver, 7 heures du matin / 7 heures du soir et, pour l'été, 6 heures du matin / 8 heures du soir (je ne chiffre pas au hasard : ce sont les chiffres que l'on relève dans certaines législations plus récentes que la nôtre, ex. le Code italien de procédure), une telle coupe correspondrait mieux à la réalité sociologique d'aujourd'hui.

Il ne semble pas que des juristes dogmatiques s'insurgeraient contre une transformation qui serait opérée dans l'article 1037 du Code de Procédure civile pour tenir compte d'une transformation ainsi constatée dans la donnée sociologique. La vocation du fait à être transposé en droit est, ici, évidente et, on peut bien dire, pratiquement incontestée.

2° Raisonons, maintenant, sur un second type de rapport de la donnée sociologique à la norme - type de rapport qui est représenté dans notre législation : La norme est constituée par ce qui se fait couramment, habituellement, principalement. Il y a des règles de droit que l'on pourrait appeler des règles de "plerumque fit", construites selon ce qui se fait le plus souvent, ce qui se fait dans la plupart des cas.

Il en est ainsi, notamment, des présomptions légales. Elles reposent, dit-on, sur des probabilités. Entendons qu'elles n'ont de sens qu'autant qu'elles correspondent aux faits qui sont constatés, sociologiquement, dans la majorité des cas. Dès lors, si les faits viennent à changer dans la majorité des cas, il est légitime que la présomption légale change parallèlement.

Il est une présomption légale qui n'est pas, du reste, contenue dans un texte exprès, mais qui a une très grande importance pratique : la présomption que le possesseur est propriétaire. C'est en vertu de cette présomption que le possesseur, dans les procès portant sur la propriété, n'a pas la charge de la preuve.

Quel est le fondement de cette présomption, virtuellement contenue dans notre loi ?... Vous connaissez la célèbre explication que Ihering en a donnée, comme, plus généralement, de la protection possessoire : c'est que, statistiquement, l'immense majorité des possesseurs sont de véritables propriétaires, si bien que, en protégeant les possesseurs, on protège, du même coup, les propriétaires.

Mais le fondement de cette règle de présomption, c'est une probabilité, c'est une constatation de fait, c'est un fait, savoir que la plupart des possesseurs ont la qualité de verus dominus.

Dès lors, si l'on venait à constater que le contraire se produit, que la majorité des possesseurs ne sont plus de véritables propriétaires, parce que des usurpations sans nombre se produisent constam-

ment, la constatation sociologique commanderait légitimement un changement de la règle de plerumque fit, ou, à tout le moins - nuance de politique législative - une suspension provisoire de la présomption de propriété.

Il en est de même pour ce que nous appelons, en droit dogmatique, les règles supplétives ou interprétatives de volonté. Nous disons couramment, pour expliquer ces règles, qu'elles constituent le contrat présumé des parties. Si, par exemple, dans l'article 1756 du Code Civil, il a été prévu que, dans les rapports entre bailleur et locataire, les frais de vidange incomberaient au bailleur, c'est, apparemment, qu'à l'époque du Code Civil, telle était l'intention de la majorité des bailleurs et des locataires qui contractaient ; c'est, apparemment, que, dans les baux écrits, figurait déjà cette clause sur la répartition de cette charge de l'immeuble. Mais qu'il soit constaté, à la suite de quelque changement économique, que, dans les baux écrits, les bailleurs dans leur majorité se déchargent de cette sorte de frais pour les mettre, par une clause expresse, à la charge des locataires ; qu'il soit constaté, par conséquent, que la donnée sociologique, qui servait de base à l'article 1756 du Code Civil a changé. Il deviendra alors légitime de transformer en conséquence la règle de droit puisque, par nature, cette règle de droit, - règle de plerumque fit - ne prétend à rien d'autre que d'enfermer les faits tels qu'ils se produisent le plus couramment.

C'est effectivement ce qui s'est passé : la loi du 1er septembre 1948, dans son article 38 A) 5°), a transféré cette charge des bailleurs aux locataires. C'est qu'il avait été constaté, effectivement, que, depuis la législation nouvelle des loyers, depuis la taxation de leur prix, les bailleurs avaient, presque partout, fait passer à la charge des locataires cette charge qui, d'après le Code Civil, leur incombait en principe. Ici encore, la donnée sociologique s'est, tout naturellement, traduite par une règle de droit nouvelle.

3°) Il existe un troisième type de rapport, le plus considérable peut-être, qui nous mène véritablement au centre de la difficulté. Ce type de rapport concerne toutes les règles de droit autres que celles auxquelles nous avons fait, pour les besoins de la démonstration, un sort particulier, parce qu'elles présentaient le problème sous un jour plus facile.

Ces règles de droit ne paraissent dépendre, dans aucune de leurs parties, de constatations de fait. De ces règles de droit, qui paraissent indépendantes du fait, on peut donner tout de suite un exemple marqué, violent : la règle de la monogamie, telle qu'elle est inscrite dans l'article 147 du Code Civil.

Les sociologues, pour scandaliser les juristes, assureront volontiers que, si la polygamie était, au vu des résultats d'enquêtes sociologiques sérieuses (et peut-être ne faut-il pas ranger sous cette appellation le fameux rapport Kinsey sur le comportement sexuel des Américains), s'il était démontré que la polygamie est couramment pratiquée en fait, dans la société française, il serait légitime d'ériger en règle la validité des mariages polygamiques. Les juristes se voilent alors la face, le dialogue tourne court.

Cependant, une discussion de ce genre, quand on y réfléchit bien, est à peu près vide de sens pour une sociologie véritablement juridique. En effet, de deux choses l'une.

Ou ces pratiques polygamiques, dont, par hypothèse, on ferait état, constituent des pratiques sans doute très répandues, c'est l'hypothèse, mais faites avec la conscience de constituer une violation de la règle, un phénomène de "déviance" ou même, pour parler plus vulgairement, ces pratiques ont lieu avec mauvaise conscience de la part des intéressés.

Alors, on ne peut pas dire que l'on soit en présence d'un fait qui soit prêt à se substituer à la règle. Dans la psychologie même des intéressés, le fait ne se place pas sur le même terrain que la règle, il ne prétend nullement à la remplacer. Il se situe délibérément dans un autre plan (et des psychologues raffinés vous diraient même qu'il n'existe que parce qu'il se situe dans un autre plan, que, s'il n'y avait pas l'attrait du fruit défendu, la pratique considérée n'aurait peut-être pas la même généralité d'application).

Ou bien -seconde branche du dilemne- il s'agit de pratiques qui sont prêtes à s'ériger en règle, qui se développent ouvertement, avec bonne conscience. Mais, alors, c'est que nous avons affaire, en réalité, à une coutume juridique, et, dans une théorie sociologique des sources du droit, la coutume est une règle de droit. Par hypothèse, si nous suivons cette seconde branche du dilemne, les deux éléments de la coutume se retrouvent ici : la pratique répétée (élément matériel) et l'*opinio necessitatis* (élément psychologique). Or, si nous sommes en présence d'une coutume juridique, la proposition volontairement scandalisante des sociologues revient simplement à ceci : qu'une règle de droit écrit, qu'une loi peut être abrogée par une coutume contraire.

Cette proposition peut n'être pas admise par tel ou tel droit positif, et il est bien connu qu'en droit français positif, le point est discuté et plutôt résolu par la négative. Mais ce qui est certain, abstraction faite de la solution de tel ou tel droit positif, c'est que la conséquence dont il s'agit n'a rien, a priori, d'antijuridique ; il n'est nullement antijuridique d'admettre qu'une coutume, ayant tous les caractères de la véritable coutume (c'est-à-dire une pratique ayant bonne conscience) puisse se substituer à

une règle de droit écrit.

D'une façon plus générale, toute cette querelle entre sociologues et juristes, les uns prenant le fait, les autres se retranchant derrière le droit, a le tort d'envisager le droit sous le seul aspect de la loi, en négligeant la coutume. Or, la coutume jette un pont entre le fait et le droit, la coutume nous montre que la transmutation du fait en droit est, non seulement possible, mais profondément juridique. La coutume, c'est un fait-droit, un phénomène qui a cette particularité d'être, à la fois, du fait et du droit, ou, plus exactement, d'être du fait qui se transforme naturellement en droit. L'existence des faits-droits (il en est d'autres, ainsi la prescription) atteste qu'il n'y a pas entre le fait et le droit ou, si vous voulez, entre le Sein et le Sollen, cet abîme infranchissable dont on parle avec trop de complaisance, aussi bien chez les juristes que chez les sociologues.

b) Deuxième élément : le raisonnement législatif. Même dans les cas où la donnée sociologique commande, en quelque sorte, la règle, est apte à l'influencer, le sens de cette influence n'est pas déterminé d'avance, parce que, pour passer de la donnée sociologique à la règle, il nous faut, pratiquement, un raisonnement législatif. Et de même que, d'un point donné, on peut tracer une infinité de droites, à plus forte raison une infinité de courbes et de méandres, on peut, à partir d'une même donnée sociologique, tracer une infinité de propositions de loi, car le raisonnement législatif permet une multiplicité de combinaisons.

Le raisonnement législatif est, en effet, une opération intellectuelle. Or, nous savons bien quelle est la ductilité de l'esprit humain, la flexibilité du raisonnement et, par là même, du raisonnement législatif. La pensée discursive a d'infinis méandres et le raisonnement législatif, qui est une forme de la pensée discursive, va être, lui aussi, riche en possibilités. La même donnée sociologique pourra, par des raisonnements législatifs distincts, aboutir à des règles de droit très différentes entre lesquelles choisira le législateur. Sur ce point-là, pour le choix entre les raisonnements législatifs, le législateur est irremplaçable.

Reprenons, si vous voulez, l'exemple de la présomption de propriété, qui est inhérente à la possession. Je vous disais tout à l'heure : s'il était constaté, statistiquement, que la plupart des possesseurs ne sont pas de véritables propriétaires, il y aurait lieu de changer cette prétention. Oui, si vous suivez le raisonnement législatif proposé par Ihering, mais est-il le seul ?... Il est permis de voir dans la protection possessoire autre chose qu'une règle de probabilité, on peut la fonder sur cette idée qu'il y a lieu de ne pas troubler les choses tranquilles, comme dit l'adage : "Quieta non movere" que ceux qui sont en possession, qui ont une situation actuelle (même à l'encontre du droit) ne doivent pas être inquiétés,

parce que le changement apporterait un plus grand trouble à la paix publique.

Si l'on raisonne ainsi à partir de la paix publique, le raisonnement législatif entraîne dans une autre direction. Ce n'est pas parce que la plupart des possesseurs ne seraient pas des propriétaires, qu'il y aurait lieu de les troubler dans leur possession, qu'il y aurait lieu d'abolir la présomption attachée à la possession.

Ou encore - c'est un autre raisonnement législatif possible - si vous considérez que la possession en elle-même, que le contact de fait entre un individu et une chose, ou, pour parler plus concrètement, que l'exploitation d'un immeuble par une personne quelconque, cette personne fût-elle un usurpateur, que ce contact de fait, cette exploitation de fait mérite protection, à ce moment-là peu importe le changement/observé dans le nombre des possesseurs propriétaires. La protection possessoire continue à se justifier pour elle-même. Tout dépend donc du raisonnement législatif choisi.

J'ai cité l'article 1037 du Code de Procédure civile. Le changement des heures qui y sont indiquées en fonction du changement constaté dans les habitudes sociologiques, paraît s'imposer si l'on considère que la disposition a pour but de protéger le sommeil des individus, ce que j'ai supposé. Mais est-ce la seule supposition possible ?... Est-ce le seul raisonnement législatif concevable ?... On pourrait soutenir que la disposition a été faite en considération de la division des vingt-quatre heures entre le jour et la nuit, entre la lumière et l'obscurité. La loi, dirait-on dans ce raisonnement législatif, a pour dessein d'empêcher que des exécutions, des significations aient lieu la nuit, parce que l'obscurité pourrait être une cause de malentendus et de désordres. Or, s'il en est ainsi, c'est une donnée physique qui reste vraie en 1962 comme en 1807, et le changement, qui paraissait évident avec le premier raisonnement législatif, le paraît beaucoup moins avec le second. Tout, encore une fois, dépend du raisonnement législatif.

Nous avons, du reste, une sorte de preuve indirecte de l'importance du raisonnement législatif, et de son aptitude à conduire la donnée sociologique dans des directions différentes, de son aptitude à la conduire où l'on veut la conduire. C'est le phénomène des faux raisonnements législatifs, des faux raisonnements de législation sociologique. "Faux" ?... Après tout, qui peut le savoir ?... Disons, en tout cas, que ces raisonnements sont trop évidemment intéressés pour n'être pas, scientifiquement, suspects.

Les gouvernements, en effet, ont vite compris quelles étaient les ressources de la sociologie, combien elle était ployable à leurs intérêts. Voici le phénomène de la fraude fiscale, plus précisément, de la fraude fiscale en matière d'impôt sur le revenu. Il y a eu des

enquêtes sociologiques faites sur ce sujet, et elles ont abouti à cette constatation que, pour certains types de revenus, les plus faciles à dissimuler, la grande majorité des contribuables assujettis à l'impôt dissimulaient une partie de leurs revenus. Immédiatement, la conclusion normative est arrivée : Puisque tout le monde fraude en dissimulant une partie de ses revenus, il faut rétablir l'équilibre en augmentant le taux de l'impôt.

C'est un raisonnement législatif, mais il pourrait y en avoir un autre : Il faut diminuer le taux de l'impôt pour diminuer l'incitation à la fraude. La donnée sociologique est ployable dans les deux sens. Au législateur de prendre ses responsabilités.

Ou, encore, la taxation du prix du pain. Quand le Gouvernement veut, parce que la monnaie s'est dépréciée, augmenter le prix du pain, augmenter, par conséquent, la taxe du pain (puisque vous savez que le pain est, traditionnellement, taxé dans notre pays) il ne manque pas de recourir à la sociologie juridique. Il fait apparaître des enquêtes d'où il résulte que le pain joue un bien moindre rôle dans la vie du Français moyen qu'il y a 50 ans ou même 100 ans.

Il y a 100 ans, chaque Français consommait, en moyenne, 900 grammes de pain par jour ; aujourd'hui, il n'en consomme plus, en moyenne, que 300 grammes.

Ou bien, il y a 100 ans, le pain représentait, dans le budget d'une famille ouvrière, 35 %, tandis qu'en 1960 il n'en représente plus guère que 2 %.

Donc, on peut augmenter le prix du pain, cela ne fera tort à personne, même pas aux ouvriers.

Seulement, ce n'est qu'un raisonnement législatif parmi d'autres. Le raisonnement législatif, c'est que le prix du pain a été taxé afin de fournir un aliment bon marché à tous les citoyens ; ou, si l'on veut, que l'Etat doit aider les familles ouvrières à équilibrer leur budget.

- Donc, poursuit le raisonnement, puisque, aujourd'hui, dans le budget de ces familles, le pain ne joue plus qu'un rôle insignifiant, l'Etat pourrait se dispenser de le taxer".

Mais il n'est pas certain que ce soit le seul raisonnement législatif possible. La taxation du prix du pain peut avoir une signification bien plus profonde, relevant de l'éthique. Il se peut qu'elle représente la réalisation partielle d'un idéal de vie gratuite ; tout homme venant au monde a le droit d'y trouver un minimum physiologique moyennant un très bas prix ; il faut que, si misérable qu'il soit, tout être humain soit assuré de ne pas mourir de faim, soit qu'il puisse se procurer avec très peu d'argent une nourriture rudi-

mentaire, soit que la charité de cette nourriture soit largement facilitée. C'est peut-être pour la toute petite minorité, qui reste aujourd'hui concernée par cet idéal de vie gratuite, que le prix du pain est taxé. S'il en est ainsi, il importe peu que, dans le budget de la moyenne des familles ouvrières, le pain ne joue plus qu'un rôle secondaire par rapport à celui qu'il jouait il y a 100 ans. Tout dépend, encore une fois, du fondement que l'on donne à la règle et du raisonnement législatif que l'on fait courir, si je puis dire, de la donnée sociologique à la norme du droit.

En conclusion, on peut dire que, si la donnée sociologique appartient, incontestablement, aux sociologues, le raisonnement législatif reste le monopole du législateur. Le raisonnement législatif va réintroduire, - pour le meilleur et pour le pire, du reste - l'indépendance de la législation à l'égard de la sociologie.

§ 2 - LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE APPLIQUEE A LA JURIDICTION.

Le juge peut-il, doit-il être sociologue ?... Il pourra, notons-le, manifester aux moindres frais ses propensions sociologiques, en recourant plus libéralement qu'un autre, plus libéralement qu'autrefois, aux techniques d'aménagement des relations interindividuelles que lui offre le droit positif.

Ainsi, l'enquête sociale est prévue pour éclairer les décisions du juge concernant la garde des enfants dans le procès en divorce, ou bien encore (art. 376 du Code Civil) pour éclairer ses décisions en matière d'assistance éducative. Un juge sociologue se distinguera en recourant plus systématiquement qu'un juge technicien, qu'un juge dogmatique, à l'expertise psycho-sociologique, dans le cadre de cette enquête sociale que lui ouvre le droit positif.

D'autre part, il peut exister un domaine plus ou moins étendu, où le juge est habile à créer véritablement le droit à devenir, parte in qua, pour le cas de l'espèce, un véritable législateur. Il n'est que de songer au juge anglais. Mais, même en France, il arrive que le juge crée du droit, ne se borne pas à interpréter le droit positif et, dans une lacune du droit positif, crée véritablement quelque chose de nouveau. Tout ce qui a été dit précédemment sur la législation sociologique pourra convenir à ce juge législateur.

Le plus souvent, cependant, surtout en France, le juge se borne à interpréter la loi, et c'est dans cette hypothèse que la sociologie juridique appliquée à la juridiction peut soulever un problème spécifique ; ce problème, c'est celui de l'interprétation sociologique.

Conçoit-on une interprétation sociologique qui s'opposerait, en quelque manière, à l'interprétation dogmatique, laquelle serait l'interprétation traditionnelle, l'interprétation sur le mode classique ?.. Quelles peuvent être les caractéristiques d'une interprétation sociologique ?... Nos juges, à l'heure actuelle, bien souvent, ne désespéreraient pas d'être sociologues, de faire de l'interprétation sociologique, mais comment s'y prendre ?

La question n'a guère été étudiée. Le concept de l'interprétation sociologique semble très vague, variable, d'ailleurs, d'un auteur à un autre.

Des différentes conceptions de l'interprétation sociologique, il convient de présenter une classification. On peut distinguer des interprétations sociologiques quant au fond, par le contenu même de l'interprétation que l'interprète propose, et des interprétations sociologiques par l'extérieur, par la méthode. En d'autres termes, la sociologie est, en matière d'interprétation, orientée, tantôt vers les institutions de fond, tantôt vers la théorie générale des sources du droit. C'est ce qui explique une dualité dans la conception de l'interprétation sociologique : interprétation sociologique par le contenu et interprétation sociologique par la méthode.

A. Interprétation sociologique par le contenu.

Il est des interprétations du droit positif que l'on déclare sociologiques par leur contenu même, par la solution de fond qu'elles proposent. Mais existe-t-il une unité entre toutes ces solutions de fond qui se réclament d'une interprétation sociologique ?... Il ne le semble point, et en forçant peut-être les termes, nous pourrions dire qu'il y a deux traductions possibles du concept de l'interprétation sociologique quant au fond.

"Interprétation sociologique", pour certains, cela veut dire "interprétation socialiste"; pour d'autres, cela veut dire "interprétation factualiste", suivant le terme que l'on emploie en sociologie, ou, si vous préférez, "interprétation réaliste". Socialisme et réalisme, ce seraient les deux traductions du terme sociologique dans cette notion de l'interprétation sociologique.

1) L'interprétation sociologique par socialisme.

Le critère de cette technique d'interprétation, c'est que le juge pourrait et devrait adopter, par principe, l'interprétation qui fait prédominer l'intérêt social sur les intérêts particuliers. Quand une interprétation peut se réclamer de l'intérêt social, elle devrait, nécessairement, l'emporter sur l'interprétation qui ne se réclame que

de l'intérêt des particuliers. Ou, peut-être (c'est une variante), l'interprétation qui se réclame d'un intérêt collectif (lequel n'est pas nécessairement l'intérêt de la société globale, mais peut être l'intérêt d'un groupement secondaire,) cette interprétation-là devrait l'emporter, nécessairement, sur l'interprétation qui n'a pour elle qu'un intérêt individuel.

La crainte qui vient à l'esprit est que cette conception de l'interprétation sociologique ne fasse glisser le juge de la science à la politique.

Le glissement est perceptible et n'est pas inexplicable. Durkheim et son école, faisant l'observation que tout vient de la société, que la société est à la source de tous les phénomènes sociaux, de toutes les valeurs sociales, étaient amenés assez logiquement à en déduire une sorte de préséance de la société dans l'échelle des valeurs et, partant, dans l'échelle des intérêts.

Cependant, ce n'est pas tellement en France que cette conception de l'interprétation sociologique a été le plus systématiquement soutenue. Dans le grand ouvrage du Doyen Gény, "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", il y a bien une Note, au Tome II, n° 190, in fine, où il est question de "jurisprudence sociologique", mais ce qu'en dit le Doyen Gény reste assez sommaire.

Aux Etats-Unis, au contraire, il y a eu tout un mouvement doctrinal dit de la "sociological jurisprudence", qui paraît bien évoquer notre concept français de la jurisprudence sociologique. Non sans contre-sens peut-être, car il faut bien remarquer que "jurisprudence" dans la terminologie juridique anglaise, ce n'est pas exactement ce que nous appelons, en France, "jurisprudence", mais plutôt la théorie générale du droit et presque la philosophie du droit, si bien que "jurisprudence sociologique" est une traduction trop littérale de l'expression anglo-américaine ; la traduction véritable serait plus exactement "théorie sociologique du droit".

Mais cette théorie sociologique du droit a eu la chance, aux Etats-Unis, d'être appliquée, mise en oeuvre par une série de juges de la Cour Suprême, de juges "libéraux" au sens américain du terme : Holmes, Brandeis, Cardozo, qui furent, à l'époque de Roosevelt, des partisans du new deal et traduisirent leur attachement politique au new deal sur le terrain jurisprudentiel. Les solutions qu'ils furent ainsi amenés à faire prévaloir ou, tout au moins, à préconiser, en tant que juges de la Cour Suprême Fédérale, se réclamaient d'une théorie sociologique du droit qui, en réalité, était une théorie socialiste, ou à tout le moins sociale. En appliquant dans les jugements leurs tendances sociales, ils pensaient faire de la sociologie, au sens scientifique du terme. Dans les conflits qui se présentaient devant eux et qu'ils avaient à résoudre comme juges, ils cherchaient à faire prévaloir l'interprétation la plus sociale, et ce faisant,

ils pensaient introduire la sociologie dans l'interprétation.

C'est ce mouvement des juges américains qui a accredité, un peu partout dans le monde et même en France, par une sorte de choc en retour, l'idée qu'une interprétation est sociologique quand elle est, sinon socialiste, du moins sociale.

Un tel critère demeure assez incertain (à moins que l'on n'y puisse accrocher le programme précis d'un parti politique). Etre social, c'est une bonne intention, qui peut se traduire de manières assez différentes.

Si nous essayions de concrétiser davantage cette première forme de l'interprétation sociologique, que trouverions-nous ?... Dans un procès, que devra faire le juge pour pouvoir se dire sociologue ?... Devra-t-il faire prévaloir les intérêts de la partie la plus pauvre ? C'est une conception et, notez-le, une conception très ancienne, si ancienne même que l'Ancien Testament a dû mettre en garde les juges contre la propension qu'ils avaient à juger, systématiquement, en faveur du plus pauvre (Livre de l'Exode, Chapitre 23, verset 3). La pitié est un sentiment naturel aux hommes et, par conséquent, naturel aux juges. En outre, un point de vue pratique peut conduire le juge à donner, dans son interprétation, la préférence au plus pauvre ; c'est que le plus riche est mieux à même de supporter la perte du procès, (la tendance a joué dans nos procès en responsabilité : on sait quelle y a été l'influence de l'assurance du responsable).

Un peu différemment, on dira (et cela semble tout de même plus réellement social, moins misérabiliste, si je puis dire, que la conception précédente) : il faut faire prévaloir dans le procès l'interprétation qui, en thèse générale, sera la plus favorable à la classe populaire.

Vous pouvez paraphraser : aux classes laborieuses, à la classe ouvrière, à la classe paysanne.

Ce n'est plus de la tactique, comme dans la conception précédente, mais de la stratégie. Seulement, est-ce que le juge, qui ne voit qu'une espèce, pourra apprécier quelle est l'interprétation qui, à longue échéance, sur la longue durée, sera la plus favorable à toute une classe.

La difficulté du critère est encore plus manifeste si on le suit dans une traduction qui en a été proposée : préférence devrait être donnée systématiquement à l'intérêt d'un groupe, fût-ce un groupement particulier, sur un intérêt strictement individuel. Cela conduit, dans la matière de la législation du travail, à des interprétations qui ont été présentées comme sociologiques parce qu'elles étaient favorables, semble-t-il, à un groupement, mais qui n'étaient point favorables in concreto aux ouvriers pris dans le litige. Ainsi, c'est

au nom d'une interprétation sociologique que l'on a proposé de faire prévaloir, notamment en ce qui concerne l'appréciation du congédiement donné par l'employeur, les intérêts de l'entreprise considérée comme un groupe, comme une entité supérieure aux individus, sur l'intérêt individuel de l'ouvrier directement concerné.

On dit qu'une telle interprétation est sociologique : elle est, pourtant, quant au fond, aux antipodes des conséquences auxquelles on arrivait avec les premières variantes présentées de cette même conception de l'interprétation sociologique, ce qui montre bien l'incertitude du concept.

2) Seconde conception : l'interprétation sociologique par réalisme.

On suppose un conflit entre une situation de droit dont la vie s'est retirée et une situation de fait qui est, au contraire, sociologiquement vivante. L'interprétation sociologique consistera alors, assure-t-on, à donner, systématiquement, la préférence à la situation de fait parce qu'elle est vivante, réelle, sur la situation de droit qui est, en quelque sorte, privée de vie. Il faudra donc que le juge, s'il veut être sociologue, recherche une interprétation qui permette de protéger la situation de fait.

Voici une hypothèse qui s'est présentée en jurisprudence. Une séparation de fait avait duré pendant 40 ans. C'était le mari qui avait abandonné la femme. La femme avait continué à faire des acquêts dans cet intervalle, et la communauté s'était grossie. La femme venant à mourir, le mari réclame le partage de la communauté et, par conséquent, des enrichissements que la femme avait procurés à celle-ci pendant les 40 ans de la séparation de fait.

Il est évident qu'ici la communauté était une forme vide, une situation de droit dont la vie s'était retirée. Il eût été sociologique, sans doute, de décider que la communauté s'était dissoute par la séparation de fait. Mais l'article 1441 du Code Civil ne prévoit point la séparation de fait parmi les causes de dissolution de la communauté. Très juridiquement, quoique peu sociologiquement, la Cour de Cassation a décidé qu'il y avait lieu au partage de la communauté, malgré les 40 ans de séparation de fait (Cas. requêtes 22 octobre 1945 S. 1947, I.53).

En l'espèce, l'opposition était nette entre la situation de fait et la situation de droit, mais il est des hypothèses où l'incertitude du critère va se trahir.

Prenons pour exemple - exemple récent - la matière des conflits de paternité. Il arrive qu'un enfant né d'une femme mariée, mais des oeuvres de l'amant de celle-ci, soit déclaré à l'état-civil comme né de mère inconnue et que son véritable père, père adultérin, le

reconnaisse comme enfant naturel. La reconnaissance est admise, parce que le caractère adultérin de l'enfant n'apparaît pas, l'enfant ayant été déclaré sous le nom de jeune fille de la femme. Seulement - le cas s'est présenté plusieurs fois, ces dernières années, en jurisprudence - il se peut que, les époux s'étant réconciliés, le mari revendique cet enfant comme sien parce qu'il est né de sa femme, et qu'en vertu de la présomption de paternité, il est aussi son enfant. La présomption de paternité n'est-elle pas, ici, une forme sociologiquement vide ?... La réalité, n'est-ce pas la vérité biologique, qui s'est traduite dans la reconnaissance de l'enfant par son véritable père, le père adultérin ?...

Voilà comment on a, parfois, posé la question et l'on a proposé d'interpréter les textes de manière à faire prévaloir la vérité biologique sur cette sorte de fiction juridique que représenterait la présomption de paternité.

Mais la vérité biologique représente-t-elle la seule réalité sociologique ?... Les choses ne sont pas aussi simples. Il y a à tenir compte d'un autre élément, la possession d'état. Il est important de savoir comment l'enfant a été élevé, en fait, entre sa naissance et le moment où le conflit de paternité est soulevé. Il est très possible qu'il n'ait pas été élevé par le père naturel, qu'il ait été élevé dans un foyer tiers ou, même, qu'il ait été élevé par sa mère, le mari s'étant réconcilié avec celle-ci et ayant accueilli l'enfant. La réalité sociologique ne doit-elle pas comprendre cette volonté d'accueil de la part du mari ?...

L'incertitude du critère sociologique s'est manifestée par la dissension des interprétations sociologiques. Au nom de l'interprétation sociologico-réaliste, les uns ont proposé de faire triompher le père adultérin qui avait reconnu l'enfant ; les autres de faire triompher le mari de la mère, qui avait eu la volonté d'accueillir l'enfant, qui lui avait ouvert un foyer.

La Cour de Cassation, dans ses derniers arrêts, (première Section Civile, 15 Novembre 1960, D 1960, p. 738 ; 14 mars 1961, JCP 1961, II, 12.125) s'est prononcée contre la vérité biologique et a fait prévaloir la présomption de paternité invoquée par le mari de la mère, la revendication de paternité intentée par celui-ci. Elle n'a pas dû, ce faisant, se croire moins sociologique que si elle avait admis la solution contraire. Il lui a semblé probablement que le foyer légitime représentait une réalité sociologique, étant donné que le mari de la mère lui-même l'avait ouvert à l'enfant.

B. L'interprétation sociologique par la méthode.

Ici encore, des nuances doivent être observées.

1) L'interprétation par la coutume.

Il y a une maxime traditionnelle d'interprétation qui a été un peu perdue de vue depuis la codification a introduit le règle de la légalité : c'est que le meilleur interprète des lois est la coutume (la formule se trouve au Digeste). Suivre l'interprétation qui est, effectivement, suivie depuis longtemps, ce sera, semble-t-il, la meilleure forme de l'interprétation sociologique. Il ne faut pas remuer ce qui est tranquille, il ne faut pas porter atteinte à la paix qui est représentée par une interprétation déjà établie. Les individus peuvent être en possession d'une interprétation (l'ancien droit employait volontiers cette formule : "être en possession d'une interprétation").

Donc, ici, l'interprétation sociologique consistera à consolider les situations existances, et l'aspect conservateur que peut avoir la sociologie juridique nous apparaît sous un aspect nouveau.

L'interprétation par la coutume pourra, plus concrètement, consister à reproduire, dans l'interprétation juridique, une pratique, notamment une pratique notariale, qui se trouve déjà bien assise, quoiqu'elle n'ait pas encore subi l'épreuve de la jurisprudence. Donner une interprétation sociologique aux problèmes concernant les actes juridiques, cela consistera à suivre l'interprétation qui ne remet pas en question les actes notariés.

Ou bien, c'est un degré de plus, l'interprétation sociologique consistera à reprendre ce qui a déjà été reçu dans la jurisprudence antérieure. La coutume par laquelle on interprétera, ce sera la coutume constituée par une jurisprudence préexistante.

Notre jurisprudence est-elle favorable à l'interprétation sociologique ainsi conçue ? Il faut répondre par la négative.

D'abord, la Cour de Cassation n'hésite pas à aller contre une pratique notariale établie. Il en est un exemple célèbre, où la Cour de Cassation s'est montrée aussi peu sociologique, hoc sensu, qu'on peut l'imaginer : la fameuse affaire Crémieux, relative à la clause commerciale, la clause d'attribution de fonds de commerce moyennant indemnité.

Il y avait une pratique notariale bien établie, une pratique notariale pacifique. Tout le monde était bien tranquille, sur la foi de cette pratique des notaires et, un beau jour, en 1933, la Cour de Cassation est venue décider que la clause commerciale était nulle en tant qu'elle portait sur un fonds de commerce propre, comme constituant un pacte sur succession future.

En second lieu, notre jurisprudence n'a, dans l'interprétation, aucun égard de principe à la coutume qu'a pu constituer sa propre jurisprudence antérieure. La preuve en est dans les revirements de jurisprudence. Si l'on admettait l'interprétation sociologique par la coutume, il ne devrait pas s'en produire. Ce serait le système anglais du précédent.

Or, en France, les revirements de jurisprudence sont possibles, et ils ne sont pas rares. Récemment, l'attention de la doctrine a été attirée sur le phénomène et sur ses inconvénients (cf. Voirin, JCP 1959, I. 1467). Cela nous montre que cette conception de l'interprétation sociologique, qui serait une conception parfaitement concevable, claire et assez simple, n'est point reçue en droit français.

2) L'interprétation sociologique par son caractère populaire.

Ce serait un autre sens que l'on pourrait donner à la notion d'interprétation sociologique : l'interprétation serait sociologique dans la mesure où elle serait accessible à la masse non technicienne. La méthode sociologique consisterait, ici, à faire prévaloir, par conséquent, la solution qui a le plus de chances d'être comprise de la masse. Ce pourrait être une des missions les plus justifiées de la sociologie juridique que de se préoccuper d'abolir le divorce entre le droit et la masse non technicienne, qui est une des plaies du droit contemporain.

Notre droit est, de plus en plus, un droit technique, inaccessible à la masse. Le rôle de la sociologie juridique serait, peut-être, de jeter des ponts entre la masse non technicienne et le droit, et l'interprétation sociologique, dans cette perspective, serait l'interprétation qui, par sa nature, est la plus accessible à la masse non technicienne.

Il y a des interprétations qui ne sont pas populaires, qui ne peuvent être comprises de la masse. Ce sont des interprétations techniques, que les juristes seuls peuvent comprendre. J'en citerai un exemple, mais il y en a des quantités d'autres :

D'après certaines dispositions du Livre IV du Code du Travail, un mineur salarié a capacité pour ester en justice, devant le Conseil des Prud'hommes, à condition d'y être assisté par son père. D'autre part, en vertu d'autres dispositions du même Livre IV du Code du Travail, les personnes dispensées de comparaître devant les Conseils de Prud'hommes doivent s'y faire représenter, soit par une personne exerçant la même profession, soit par un avocat ou par un avoué.

Or, il est arrivé très fréquemment qu'un mineur ayant à comparaître devant le Conseil de Prud'hommes, ce fût son père qui comparût à sa place. C'était, devant le bon sens populaire, assez compréhensible, mais la Cour de Cassation a répondu :

"Le père (c'est l'hypothèse) n'exerce pas la même profession que son fils ; donc, il n'entre pas dans la catégorie des personnes habilitées à représenter un justiciable devant les Conseils de Prud'hommes ; d'autre part, il n'assiste pas son fils, puisque le fils ne comparait pas, il le représente. Donc, on n'est pas dans les termes de la première disposition, qui prévoit que le fils peut comparaître devant le Conseil des Prud'hommes, comme mineur, avec l'assistance de son père".

Si bien que le mineur salarié n'est pas valablement représenté par son père devant le Conseil des Prud'hommes : il doit soit se présenter lui-même avec son père pour l'assister, soit se faire représenter par un étranger, ouvrier majeur de la même profession que lui.

Jamais un ouvrier ne peut comprendre cela, et le très grand nombre d'arrêts qu'il a fallu casser pour un manquement à ces dispositions montre que les Conseils de Prud'hommes non plus ne peuvent pas comprendre cette chinoiserie de la loi française.

En droit, la solution que la Cour de Cassation a fait prévaloir - et vous pouvez en voir un échantillon dans un arrêt de la Chambre Civile du 12 juillet 1939 (D.H. 1939, p. 456) - est exacte, mais elle constitue un plaisir gratuit de la logique juridique. Ce qui amène à dire qu'elle est incompréhensible au profane. Une interprétation sociologique aurait conduit à combiner les deux dispositions (et la Cour de Cassation nous a habitués à des interprétations bien plus téméraires que celle-là, au point de vue des textes) pour admettre que le mineur avait été valablement représenté par son père, quoique celui-ci ne fût pas de la même profession que lui.

En somme, le concept d'interprétation sociologique, pris dans ce dernier sens, conduirait à valider ce que l'on appelle le bon sens, ou sens commun, dans l'interprétation des textes de loi.

Certes, on ne fait pas de science avec le bon sens quand il s'agit des sciences physico-chimiques. Il est certain que l'Antiquité s'est longtemps fourvoyée, en matière de physique, parce que les savants de l'époque, Aristote en tête, jugeaient d'après les critères du sens commun, du bon sens, de la raison ; ils se préoccupaient d'avoir une nature qui fût intelligible. Ce n'était pas la bonne méthode.

Mais les sciences juridiques ne sont pas des sciences comme les autres et le droit a dans sa nature d'être l'affaire de tout le monde, à la différence de la physique ou de la chimie. Dès lors, l'interprétation sociologique, dans le sens d'une interprétation populaire, pourrait se recommander de la nature même du droit.

L'autre conclusion à laquelle conduirait ce concept de l'interpré-

tation sociologique, ce serait une valorisation des décisions des juridictions du fond par rapport à celles de la Cour de Cassation. Les décisions de la Cour de Cassation ont certainement une supériorité de logique juridique, de rigueur dogmatique, ce n'est pas niable, mais les décisions des juridictions du fond qu'elle casse avaient pour elles le sens commun, elles suivaient des interprétations sociologiques parce que populaires, et il n'est pas sûr que, dans une politique générale de la juridiction, il faille, systématiquement, sacrifier l'interprétation populaire à l'interprétation purement technique. Les décisions des juridictions du fond sont, trop souvent, cassées pour des motifs de pure logique juridique, que la masse non technicienne ne peut comprendre, et cela est, sociologiquement, un mal.

PARTIE SPECIALE.- LE PROCES ET LE JUGEMENT.

Le procès et le jugement, sous une forme concrète, je vise par là ce que l'on peut appeler "les phénomènes judiciaires" ; (nous ne prendrons pas ici le mot dans le sens étroit du droit positif français, où il ne désigne qu'une partie des procès et des jugements, ceux des tribunaux de l'ordre judiciaire par opposition aux tribunaux de l'ordre administratif. Les phénomènes judiciaires, pour la Sociologie juridique, ce sont tous les phénomènes auxquels donne lieu l'activité spécifique d'un juge, que ce soit juge administratif ou juge de l'ordre judiciaire, que ce soit juge pénal ou juge civil.

L'activité du juge, au sens large du terme, apparaît comme une activité tout à fait originale et, même, comme une activité qui peut servir à caractériser le droit.

Nous avons déjà rencontré la difficulté de caractériser les phénomènes juridiques par rapport aux phénomènes sociaux non juridiques. Quel est le critère du juridique par opposition au social non juridique ?... Eh bien, soit dit ici au passage, ce critère est peut-être dans ce que l'on pourrait nommer la "judiciarité" ; entendez par là la possibilité - simple possibilité, éventualité qui ne se réalise pas toujours - pour la relation sociale dont il s'agit de donner lieu à un procès et à un jugement. Ce qui est règle de mœurs, de convenance, de courtoisie, de morale ne peut pas donner lieu, en cas de violation, à un véritable procès, à un véritable jugement. Seule, la règle proprement juridique peut donner lieu à ce contentieux. C'est cet "eventus iudicii", cette éventualité d'un jugement,

cette juridiciarité, qui constitue peut-être le critère de la relation sociale proprement juridique.

En toute hypothèse, le procès et le jugement, les phénomènes judiciaires ont une extrême importance parmi les phénomènes juridiques ; ce sont des phénomènes juridiques primaires, des phénomènes juridiques concourant à former l'ordre juridique, des pièces constitutives de l'ordre juridique. Ce sont des phénomènes juridiques primaires au même titre que la règle de droit, loi ou coutume.

Mais y a-t-il un ordre chronologique, génétique à observer dans l'apparition de la règle de droit et du contentieux ?... La règle de droit a-t-elle précédé le contentieux ?... Ou le contentieux, la règle de droit ?... Il y a eu des discussions, sur ce point, chez les juristes comme chez les sociologues, d'autant que de la précession dans le temps de l'un ou de l'autre phénomène, il n'est pas rare que l'on a conclu à une sorte de précession logique, de précession en valeur et en importance.

Les juristes affirment généralement le primat de la règle de droit sur le jugement. Il en était bien manifestement ainsi chez les juristes de l'école exégétique au siècle dernier : pour eux, la loi était, à elle seule, le droit tout entier, la loi, c'est-à-dire une règle de droit. Pour eux, le jugement n'avait pas de valeur autonome ; il ne valait jamais que comme une déduction logique de la loi. Chez les modernes, malgré les apparences, la position n'a pas sensiblement changé. Sans doute, les juristes modernes reconnaissent au juge un rôle important, mais ils le lui reconnaissent sous une forme particulière, celle de l'activité jurisprudentielle. Le juge a un rôle important aux yeux des juristes dogmatiques d'aujourd'hui parce qu'il crée la jurisprudence, c'est-à-dire parce qu'il crée une coutume, donc une règle de droit. Le juge, par conséquent, ne tire pas son importance d'une activité spécifique, il a une importance en tant qu'il crée une règle de droit, si bien que le primat de la règle de droit n'est pas, par là, le moins du monde entamé.

Chez les sociologues, il en est de même : les sociologues, surtout en France, posent aussi volontiers le primat de la règle. Durkheim, qui s'est intéressé aux phénomènes juridiques, ne les a, ordinairement, vus qu'à travers la règle de droit. Il était ici influencé par Léon Duguit, car celui-ci mettait au centre de sa construction de droit constitutionnel la règle de droit. Durkheim a suivi cette indication, mais il faut ajouter que la rigidité de sa conception du droit s'accordait avec ce primat reconnu à la règle. Le jugement, en effet, a quelque chose de plus personnel que la règle de droit, de plus subjectif, de plus primesautier. Cela s'accordait peu avec la conception que Durkheim se faisait du droit comme quelque chose d'éminemment objectif et de durable. Le jugement avait difficilement sa place dans une sociologie aussi rigide que celle de Durkheim.

Le jugement n'a trouvé sa véritable place qu'à une époque un peu plus récente, chez des juristes qui se piquaient, du reste, de sociologie, en même temps que chez des sociologues qui se piquaient de droit ; c'est ce que l'on a appelé "l'Ecole du droit libre".

Cette Ecole a pris naissance en Allemagne, vers 1910, avec le juriste Kantorowicz, et elle s'est développée entre les deux guerres. Elle entend libérer le juge, non seulement de la loi (au fond, l'Ecole moderne française l'avait déjà fait, sur les traces du Doyen Gény) mais, même, de la jurisprudence, de toute construction juridique, fût-elle jurisprudentielle. Le droit doit être réellement libre et, pour rester libre, doit demeurer à l'état de décision particulière ; il ne faut pas qu'il passe en règle.

Aux Etats-Unis, l'Ecole de la Jurisprudence sociologique, - dont je vous ai parlé - en la personne, tout au moins, de l'un de ses théoriciens, le Doyen Roscoe Pound, a été assez liée à cette Ecole du Droit libre. En France, le comparatiste Edouard Lambert, le sociologue Georges Gurvitch, peuvent se rattacher aux mêmes tendances.

La ligne directrice de cette Ecole du Droit libre est que le juge doit décider par intuition de la justice et de l'utilité, donc sous l'influence de facteurs qui ne sont pas des facteurs logiques ; le juge doit garder une grande liberté d'appréciation, "il doit partir à la libre découverte du droit" (c'est la formule qu'employait Kantorowicz).

Dans cette Ecole, le jugement acquiert une place autonome, le jugement à l'état pur, le jugement qui n'est ni une simple déduction de la règle de droit, comme le voulaient les exégètes du siècle dernier, ni la première pierre de la constitution d'une nouvelle règle du droit, comme le voudrait l'Ecole civiliste contemporaine. Tout jugement, même s'il ne tire pas à conséquence, même s'il ne se reproduit pas, s'il ne se consolide pas en jurisprudence, tout jugement, en tant qu'intuition, en tant que mouvement spontané du juge, a place dans l'ordre juridique politique.

Les réflexions qui précèdent nous rappellent, d'ailleurs, que le procès et le jugement ont une double portée. D'un côté, ils tendent à résoudre un cas particulier, à aplanir, à apaiser un litige entre deux individus ; de l'autre, ils constituent un fragment d'un ordre juridique plus vaste, ils représentent une valeur collective qui intéressera, non pas simplement les deux justiciables engagés dans le procès et concernés par le jugement, mais la société globale tout entière.

Je me placerai, dans cette étude des procès et des jugements, successivement à ces deux niveaux : de l'individuel et du collectif ; l'individuel peut se traduire par l'étiquette de "contentieux" ; le collectif, par celle de "jurisprudence".

T I T R E I

LE CONTENTIEUX

Le plan suivi dans ce titre correspondra, en gros, à l'opposition de méthode entre analyse et synthèse. Je ferai, d'abord, l'analyse, en consacrant un premier chapitre aux différents types sociologiques du contentieux ; j'essaierai de faire apparaître ces types en me servant, principalement, de la méthode historico-comparative. La synthèse sera représentée par un chapitre second où sera étudié le mécanisme général du contentieux, surtout à travers les systèmes juridiques contemporains, à travers la société moderne.

Mais, auparavant, je voudrais, dans une section préliminaire, essayer de caractériser, sociologiquement, le contentieux.

SECTION PRELIMINAIRE

J'entends par là l'ensemble, sociologiquement indivisible, du procès et du jugement, avec un personnage central qui est le juge, le juge placé entre les deux parties.

Je ne saurais le vérifier, mais on m'a assuré que, dans la langue chinoise, l'idéogramme représentatif de la notion de jugement était constitué par l'idéogramme représentatif du discours, mis entre deux idéogrammes représentatifs du chien. Un discours entre deux chiens. Voilà bien, en effet, ce qu'est, sociologiquement, le procès. Il a une forme agonistique, une forme de combat.

Je voudrais, pour essayer de préciser ce qu'est, sociologiquement, le contentieux, l'opposer à deux autres notions qui ont une consistance sociologique : la notion de la justice privée, d'une part et, d'autre part, la notion de l'administration.

§ 1 - LE CONTENTIEUX ET LA JUSTICE PRIVEE.

Le terme consacré de "justice privée" n'est peut-être pas dépourvu d'équivoque, parce que, semblant s'opposer à l'idée de justice publique, il évoquerait une justice qui serait rendue par des personnes privées au lieu de l'être par l'Etat, par la société globale. Mais

la justice rendue par les personnes privées est ce que nous appelons, techniquement, "l'arbitrage". Or, l'arbitrage (qui est un phénomène largement représenté dans la série sociologique, et non point, comme on pourrait le croire, un phénomène spécifiquement moderne) - l'arbitrage, malgré ce qu'il a de particulier, ressortit à la notion générale du contentieux. Il y a, évidemment, des différences, même sociologiques, entre un arbitre et un juge d'Etat, mais, qu'il y ait arbitrage ou jugement par des juges d'Etat, le phénomène du contentieux reste, au fond, le même.

La justice privée est autre chose : c'est le droit, pour un individu, de se faire lui-même justice, non pas sans formes, car c'est un droit qui est, ordinairement, reconnu par la société et, partant, mis, par elle, plus ou moins en forme. L'individu qui se fait justice ne le fait pas sans formes, mais il le fait sans les formes propres au contentieux. Notamment (et c'est en quoi l'opposition avec la justice privée peut nous aider à comprendre ce qu'est, en lui-même, le contentieux), il manque à la justice privée ces deux éléments spécifiques du contentieux que sont le contradictoire, d'une part, et le jugement par un tiers, d'autre part. Il est essentiel à la notion de contentieux qu'une contradiction, une contestation, soit organisée - essentiel aussi que nul ne soit à la fois juge et partie.

Au contraire, dans la justice privée, la partie est juge et, même, elle est l'exécutant de son propre jugement. La justice privée est le phénomène par lequel un individu se fait lui-même justice, "se fait raison", comme dit une expression ancienne (les Italiens continuent à appeler la justice privée, "la raison que l'on se fait à soi-même", "ragione fattasi"). Les Allemands, eux, disent : "le droit du poing", "Faustrecht", et le terme souligne bien l'emploi de la force servant à réaliser le jugement que l'intéressé lui-même a porté. On parle, parfois, de la "vengeance privée" comme d'un synonyme de la "justice privée". Cependant, c'est une expression trop étroite. La vengeance privée n'est qu'une des formes de la justice privée. Vengeance privée, l'expression évoque le mal rendu pour le mal, tandis que, la justice privée, c'est, dans sa généralité, simplement l'exercice d'un droit, par la force privée, sans recours à l'appareil qui pourrait mettre en mouvement la force publique.

Je voudrais essayer de saisir de plus près le phénomène (très important, sociologiquement, pour la compréhension du contentieux) en l'observant à la fois dans les sociétés archaïques et dans les sociétés modernes.

A. La justice privée dans les sociétés archaïques.

Nous sommes en présence de deux thèses sociologiques.

a) Suivant la première, il y aurait eu une période, dans l'histoire

ou la préhistoire des sociétés, où le contentieux n'aurait pas existé. Il y avait déjà un droit, - c'est l'hypothèse - des règles de droit, des coutumes, mais leur application, dans les cas particuliers, aurait été affaire de force individuelle et non pas de droit. La justice aurait été rendue par des moyens purement physiques, les moyens purement physiques de chaque individu.

Il y avait déjà un état de droit parce, qu'il y avait des règles de droit, des coutumes, mais il n'y avait pas encore de procès ni de jugement, il n'y avait que la justice privée.

C'est la thèse qui a été défendue, notamment, par Ihering, dans "l'Esprit du droit romain". Il en faisait des applications au très ancien droit romain.

Thèse historique, vous le voyez, thèse génétique, mais, comme toujours, dans la thèse génétique, il y a des implications de philosophie du droit. En faisant de la force de l'individu le premier instrument de la justice, Ihering donnait facilement à penser qu'elle restait quelque chose d'irremplaçable, à toute époque, pour la réalisation du droit. Sous-entendez que chaque individu a le droit et le devoir historique, mais toujours présent, de lutter pour la réalisation du droit. C'est la fameuse formule du Kampf um's Recht, dont Ihering lui-même a fait un livre. Cette position ne fut pas, du reste, sans conséquence pratique dans le Code Civil allemand de 1900, où des dispositions ont été consacrées à la justice privée, à certaines formes de justice privée, "sellsthilf", l'aide que l'on s'apporte à soi-même. Dans certains cas d'urgence où l'individu ne pourrait pas, sans péril très grave pour ses intérêts, recourir à l'appareil de la justice, il a le droit, sous certaines conditions, de se faire justice à lui-même. Disposition éminemment pragmatique, pratique, qui a été insérée dans le Code Civil allemand et qui a passé dans certains codes civils inspirés de lui (Code Civil hellénique), ce qui nous montre la persistance du phénomène historique de la justice privée.

Cette thèse a été longtemps classique chez les historiens du droit, en particulier, chez les romanistes. Ainsi, dans la procédure de cette action de la loi si caractéristique qu'est le "sacramentum in rem", il y a un moment où les deux litigants brandissent une baguette : pendant longtemps, l'interprétation de beaucoup de romanistes a été qu'il y avait là un simulacre de combat, vestige d'une époque où l'individu réalisait lui-même son droit par une manifestation de justice privée.

Cependant, cette interprétation des romanistes classiques a, du reste, été combattue, à notre époque, notamment par M. Henri Lévy-Bruhl. Il y fait une objection assez frappante : c'est que, d'après la description qui nous est donnée du cérémonial du "sacramentum in rem" par Gaius, ce n'est pas l'un contre l'autre que chacun des deux

litigants brandit la "festuca", la baguette, c'est sur l'objet litigieux (ex. sur l'esclave revendiqué). Donc, ce n'est pas un simulacre de combat entre les deux plaideurs, il s'agirait plutôt, assure M. Henri Lévy-Bruhl, d'un rite magique par rapport à la chose, rite magique lié à la conception magique de la propriété et de la revendication.

b) Cette remarque nous amène à la seconde thèse, défendue par des sociologues qui se réclament de la pensée de Durkheim. L'Ecole durkheimienne, en effet, a éprouvé une certaine répugnance à adopter les vues de Ihering sur la précession, et en même temps, la pré-séance de la justice privée. Sans doute parce que, accordant à la société globale une sorte de toute-puissance de principe, il devait leur sembler contradictoire qu'à l'origine de la société les individus aient pu se faire justice eux-mêmes. Comment la société aurait-elle pu leur abandonner ce rôle essentiel?... Ils soutiennent donc que, dès le principe, dès que le droit eût été constitué, il y eut une justice publique, assurée par la société globale. Les phénomènes de justice privée que l'on peut déceler dans l'histoire n'auraient jamais été que des phénomènes de déviance, des phénomènes pathologiques, ne prouvant rien contre le principe de la justice publique. Ils seraient apparus comme des séquelles d'une décadence de l'Etat à certaines époques de l'Histoire. Par exemple, dans le haut Moyen Age, aux Xème-XIème siècles, l'effondrement du pouvoir central aurait entraîné la renaissance du phénomène de la justice privée, mais il y aurait là un phénomène pathologique.

A la vérité, il convient de serrer le problème de plus près. On peut, d'accord avec l'une et l'autre thèses, procéder à certaines éliminations. Plusieurs hypothèses de conflit doivent être distinguées dans la société archaïque.

Première hypothèse : le conflit s'élève, non pas à l'intérieur de la société globale, mais, plus étroitement, à l'intérieur d'un groupement particulier. La société globale comprend (soit qu'elle procède de la juxtaposition de ces éléments, soit, au contraire, que ces éléments représentent une sorte de subdivision à laquelle elle a procédé) un certain nombre de groupements particuliers. A l'intérieur de la société antique, il ya une pluralité de tribus, de gentes, qui constituent autant de groupements particuliers. Il se peut que le conflit s'élève entre deux membres de la même tribu, entre deux membres de la même gens. Ce conflit ne donnera pas lieu à procès et jugement. Il sera réglé par le chef de la tribu, de la gens ; c'est un pouvoir domestique qui résoudra le litige : nous sommes en présence d'une justice domestique, mais non point d'une justice privée.

Seconde hypothèse : le conflit s'élève entre deux individus qui relèvent de deux sociétés globales différentes, de deux cités différentes, pour reprendre l'exemple de l'antiquité. Ce conflit ne donnera pas lieu non plus à un procès et à un jugement, parce qu'il n'y a

pas d'autorité commune supérieure aux deux cités qui y sont intéressées. Il mettra, finalement, en cause les deux cités tout entières. C'est un phénomène bien connu du droit archaïque, chacune des cités, chacune des sociétés prendra fait et cause pour son ressortissant, pour son membre. Il y aura, par conséquent, un conflit interétatique, comme nous dirions dans notre langage moderne. Nous sommes sur un terrain qui évoquerait aujourd'hui le droit international public. Il n'y aura point procès, il n'y aura point jugement, il y aura guerre. C'est encore une autre hypothèse, une hypothèse étrangère à notre question.

Troisième hypothèse : c'est celle pour laquelle le problème se pose avec toute son acuité : le conflit naît entre deux individus relevant de deux groupements particuliers différents (de deux gentes), à l'intérieur d'une même société globale, d'une même cité. C'est ici qu'il devient nécessaire de prendre parti entre la thèse de la justice privée et celle du contentieux originaire.

Or, il faut bien reconnaître que, pour cette hypothèse même, le phénomène de la justice privée est attesté, dans les sources authentiques, avec une très grande fréquence. Sous certains aspects, tout au moins. Il ne s'agit pas de n'importe quelle forme de justice privée. Mais certaines manifestations du phénomène ont une constance qui ne permet pas d'y voir des phénomènes pathologiques, accidentels. Sous certains aspects, la justice privée paraît bien avoir été un phénomène parfaitement naturel dans les sociétés archaïques.

Je songe à cette forme qui nous est attestée pour le très ancien droit romain : le droit qu'a le citoyen volé de mettre à mort le voleur nocturne. Le voleur nocturne peut être mis à mort par sa victime sans forme de procès. Or, la règle se retrouve dans beaucoup de droits archaïques.

Ce qui est vrai, c'est que ce n'est jamais sans limite qu'est reconnu à l'individu le droit de se faire justice, ce qui permet de maintenir une certaine précession de la société globale. On peut admettre que la société délègue, dans certains cas d'urgence, à l'individu le droit de se faire justice. Et ce qui montre bien qu'il s'agit d'une délégation de la société, c'est que, pour se faire justice, l'individu devra suivre certaines formes, certains rites, qui sont fixés par la société globale. On ne peut pas envisager le phénomène de la justice privée comme un acte de pure et simple violence, se situant en dehors du droit : c'est un acte qui existe en forme juridique, qui est mis en rite précisément pour marquer la séparation avec la violence, avec le meurtre, avec le brigandage. Il ne faut pas qu'un acte de meurtre puisse être confondu avec un acte de justice privée. Aussi est-il imposé à l'individu qui se fait justice de suivre certains rites. Ainsi, pour que soit légitimée la mise à mort du voleur de nuit, il faut que la victime ait poussé des

clameurs afin d'attirer les voisins ; ces clameurs sont une protection contre les abus possibles de la justice privée.

On peut considérer également ces autres phénomènes de justice privée que l'on rencontre en droit romain archaïque sous les espèces de la pignoris capio, la prise de gage, la saisie privée, phénomène qui se rencontre à travers toute la série sociologique (notamment, en droit germanique, en droit celte, en droit hindou, au point qu'on peut penser qu'il y a là une institution antérieure à la dispersion des Indo-européens). Or, cette saisie privée, qui est déléguée, en quelque sorte, à certains créanciers, ne leur est pas ouverte sans formes. Il faut que le créancier qui veut y procéder observe certaines conditions de forme, qu'il adresse, notamment, un commandement au débiteur, un avertissement solennel, qu'il se fasse accompagner de témoins ou, même, d'une personne privilégiée dans la tribu, d'une personne qui y a un rôle quasi officiel, afin d'authentifier, si l'on peut dire, cet acte de justice privée.

Cela permet, en quelque sorte, aux partisans de la seconde thèse de retomber sur leurs pieds et de dire que, si des phénomènes de justice privée sont attestés dans les sociétés archaïques, il apparaît que cette justice privée, en raison même de ces formes dont elle doit s'entourer, est une délégation de la société globale. Ce n'est pas un droit que l'individu puisse se créer à lui-même : il ne peut jamais l'exercer que par délégation de l'autorité publique.

B. La justice privée dans les sociétés modernes, et, spécialement, en droit français.

Dans les sociétés modernes, le phénomène de la justice privée est assez largement représenté sous des formes diverses, ce qui atteste sans doute que nous ne sommes pas là en présence d'un phénomène pathologique. La justice privée est quelque chose de si naturel à l'homme qu'elle reparaît même dans les sociétés dites "évoluées".

Il en est ainsi, d'abord, pour la justice privée défensive. Sur ce terrain, on peut même affirmer que le principe est le droit de justice privée : la légitime défense est un principe (et, aussi, l'état de nécessité). Or, la légitime défense dispense de recourir à un juge. Cela ne veut pas dire que la société globale soit absente de la légitime défense ; il y aura un contrôle judiciaire, mais un contrôle judiciaire a posteriori ; l'individu qui aura recouru à la légitime défense pourra être amené à répondre de l'abus qu'il en aura fait. La légitime défense peut par là être réintégrée, quoique justice privée, à l'ordre juridique étatique.

La justice privée offensive soulève plus de difficultés. Sur ce terrain-là, on peut dire que, dans les sociétés modernes, le principe est l'inverse de celui que nous venons de trouver pour la légitime

défense : le principe, c'est l'interdiction de la justice privée.

Il est des pays, des systèmes juridiques où le fait de recourir à la justice privée est érigé en délit distinct, lequel - c'est très significatif - s'analyse comme un délit contre l'administration de la justice, contre le monopole étatique.

En France, nous n'avons pas un délit spécial de justice privée, mais la justice privée pourra tomber sous le coup de telle ou telle incrimination de droit commun. On pourra y voir, suivant les cas, un vol, un meurtre, une violation de domicile. Le fait que l'individu a agi dans un cas de justice privée pour réaliser son droit, ne sera pas retenu comme une cause de justification. Si, par exemple, un créancier, devant la carence de son débiteur, qui refuse obstinément de le payer, s'approprié un bien appartenant à celui-ci, il se rend coupable de vol, au regard du droit positif français. Il y en a des exemples en jurisprudence.

Tel est le principe, mais il comporte des exceptions. Quelques-unes ont un grand rayonnement. Ainsi, le droit de rétention, l'exception non ad impleti contractus sont, à bien y réfléchir, des actes de justice privée qui nous dispensent, au moins a priori (le contrôle a posteriori demeurant), de recourir au juge. La saisie-gagerie, prévue à l'article 819 du Code de Procédure Civile, comme saisie conservatoire, peut être faite sans permission du juge, moyennant certaines formes (notamment, un commandement adressé au débiteur). L'article 819 du Code de Procédure Civile, aux yeux d'un sociologue, est sans aucun doute dans la ligne de la pigneris capio, comme de la saisie privée du droit celtique ; c'est le même phénomène indo-européen qui est remonté à la surface dans notre Code de Procédure.

On cite encore le droit de couper les racines de l'arbre du voisin quand elles empiètent sur votre propriété. C'est un acte de justice privée, puisque vous n'avez pas besoin de recourir à la justice pour obtenir l'autorisation d'agir. Ou encore le droit de lacérer une affiche qui a été indûment apposée sur votre mur : vous êtes en droit de la lacérer vous-même sans être obligé de vous adresser au juge.

Ce n'est pas, cependant, sur ces cas légalement permis de justice privée que se portera l'attention, mais bien plutôt sur les hypothèses où, sans y être autorisé par le droit positif, un individu a accompli un acte de justice privée, et a été de ce fait poursuivi devant la justice publique, peut-être même condamné. C'est que, nous le savons, des prétentions insolites au regard du droit positif peuvent être révélatrices d'un archétype de droit disparu, ici d'un archétype de justice privée.

Or, il y a, dans notre jurisprudence, des espèces qui reparaissent à intervalles - ce n'est jamais une jurisprudence très fournie,

mais c'est une jurisprudence qui se reproduit - des espèces où il apparaît que des individus titulaires de droits ont essayé de les réaliser par voie de justice privée. Une hypothèse, notamment, se détache avec une consistance particulière : celle du bailleur qui essaye d'opérer lui-même l'expulsion de son locataire, dans le cas où le locataire se maintient indûment dans les lieux. Il aurait fallu, d'après le droit dogmatique, que le bailleur prît jugement d'expulsion contre le preneur, fût condamner le preneur à partir et que, muni de ce jugement, titre exécutoire, il recourût, ensuite, à un huissier qui aurait procédé à l'expulsion en mettant, très courtoisement, les meubles du débiteur "sur le carreau", c'est-à-dire dans la rue, afin que, le débiteur n'ayant plus de meubles, fût bien contraint de déguerpir. Seulement, depuis 30 ou 40 ans, les huissiers demandent l'autorisation d'expulser à l'autorité administrative (la Préfecture), car les expulsions peuvent apporter un trouble à l'ordre public. Par voie de circulaire, il s'est organisé ainsi une procédure extra-légale mais, sociologiquement, très significative, d'opposition de l'autorité publique aux expulsions. Donc, sans l'autorisation administrative, l'huissier refusera de procéder à l'expulsion. Or, l'autorisation est très rarement donnée, si bien que les bailleurs, un peu découragés de recourir à la procédure régulière, ont essayé de se faire justice eux-mêmes, d'entrer dans les lieux et de procéder eux-mêmes au déménagement, à la place de l'huissier ...

Ils n'ont pas toujours été condamnés. Cette répugnance même des tribunaux à les condamner, répugnance abritée de prétextes dogmatiques divers et pas toujours très justifiés en droit dogmatique, est suggestive aux yeux des sociologues : elle nous révèle l'archétype vivant de la justice privée.

On peut citer, par exemple : Montpellier, 14 février 1951, D. 1951, 354 ; Justice de Paix de Concarneau, 17 mars 1954, D. 1954, 288. Dans ces espèces, du reste, le bailleur avait agi d'une manière un peu particulière : il avait, non pas forcé les portes pour déménager les meubles du locataire, mais fait procéder à l'enlèvement du toit (des tuiles) ou bien il avait fait clouer la porte. Au point de vue sociologique, ces gestes sont extrêmement intéressants, car ils nous sont attestés dans divers droits archaïques, issus de la souche indo-européenne, et, au Moyen Age encore dans diverses coutumes. Il est très suggestif de voir ainsi des individus du XXème siècle retrouver, inconsciemment, les gestes des ancêtres pour faire valoir leur droit par voie de justice privée.

§ 2 - LE CONTENTIEUX ET L'ADMINISTRATION.

La difficulté vient de ce que, à travers la série sociologique, le juge n'apparaît pas toujours comme un personnage nettement différencié du chef. Dans les sociétés archaïques, le chef est, à la fois,

celui qui protège le groupe contre l'ennemi de l'extérieur et contre l'ennemi de l'intérieur, contre les troubles qui peuvent se produire. Pour protéger le groupe contre ces troubles, il agira en tant que juge aussi bien qu'en tant que chef.

Dans les sociétés archaïques, les deux fonctions de chef et de juge se trouvent donc couramment réunies sur la même tête. Il en est des exemples historiques dans la série sociologique : ainsi, les juges d'Israël, à la fois, chefs et juges au sens juridictionnel du terme ; dans le droit romain primitif, le personnage du roi, qui, au moins selon l'opinion la plus répandue, fut juge aussi bien que chef. On pourrait encore faire appel aux sources germaniques du haut Moyen Age : l'empereur est souvent désigné comme le juge, Karl der Richter, "Charles le Juge", c'est l'Empereur Charles.

L'un des témoignages les plus nets, du reste, de cette réunion primitive, entre les deux qualités de chef et de juge, se trouve, à l'époque monarchique, dans le système de la justice retenue. La justice retenue s'explique par une identité originaire entre les deux fonctions.

Dans maintes sociétés archaïques (par exemple, les sociétés de l'Afrique Noire) on constatait, de même, la réunion des deux fonctions, administrative et juridictionnelle, et le régime colonial en avait même conservé quelque chose, en ce sens que, très souvent, l'administrateur (européen) avait aussi reçu des attributions d'ordre judiciaire.

Il existe donc une difficulté sociologique pour distinguer le chef et le juge, à quoi correspond, d'ailleurs, une difficulté bien connue, qui nous est familière, du droit procédural dogmatique, la difficulté de définir l'acte juridictionnel, par opposition à ce que les théoriciens appellent l'acte administratif (V. par ex. Solus et Perrot, Droit Judiciaire Privé, t. I, 1961, n^{os} 468 à 481).

Des critères nouveaux, les uns d'ordre formel, les autres d'ordre matériel, ont été proposés par les juristes dogmatiques, pour essayer de séparer la juridiction de l'administration. Je n'ai pas à entrer dans le détail de ces recherches de critère. Parmi les critères proposés, il en est un qui se détache avec une particulière insistance chez les spécialistes de la procédure civile, c'est le critère tiré de l'existence d'une contestation, d'un litige, au moins d'un litige virtuel. La présence de l'élément litigieux caractériserait l'acte juridictionnel par opposition à l'acte administratif, la juridiction par opposition à l'administration.

Or, ce critère traduit très certainement une donnée sociologiquement exacte. La contestation, c'est le procès, et celui-ci est sûrement un élément de la notion de contentieux, étant entendu, du reste, que la contestation n'est pas toujours une contestation entre

deux individus, mais peut être une contestation entre la société et l'individu, comme nous en avons un exemple dans le contentieux pénal ou dans le contentieux proprement administratif.

Il n'est pas non plus toujours nécessaire que la contestation soit, d'ores et déjà, réalisée ; la possibilité d'une contestation, une contestation virtuelle pourrait suffire, sociologiquement, à caractériser le contentieux.

Cependant, même ce critère de la contestation, du litige, n'arrive pas à rendre raison de toutes les hypothèses. La sociologie juridique ne s'en étonnera pas. Elle ne trouve rien de surprenant à ce qu'il ne soit pas possible de tracer une frontière fixe entre juridiction et administration. Pour elle, en effet, il n'y a pas là, acte administratif, acte juridictionnel, deux catégories figées et immobiles, mais bien un passage ininterrompu de l'une à l'autre catégorie, un double mouvement de l'une à l'autre.

Par une sorte de nécessité interne, l'Administration tend, fatalement, à se juridictionnaliser et, à l'inverse, la juridiction tend à devenir une routine administrative. On peut ordonner ce double processus autour d'une notion sociologique de la juridiction, notion sociologique à laquelle il ne faut pas demander le tranchant d'une définition juridique. La juridiction - c'est la notion que je proposerai - c'est un doute, un doute qui décide dans un conflit humain. Que l'administrateur se prenne à douter avant de décider, et son activité tendra, fatalement, à devenir juridictionnelle.

Réciproquement, qu'un juge cesse de douter, par l'habitude acquise, et sa juridiction revêtira l'aspect mécanique d'une administration. Nous pouvons, en sociologie, observer ces deux mouvements inverses.

Premier mouvement : l'administration tend à se juridictionnaliser.
Que l'administrateur écoute un peu trop attentivement celui qui réclame la reconnaissance de son droit, qu'au lieu d'accorder ou de refuser, purement et simplement, ce qui lui est demandé, il se prenne à douter, à s'interroger, à examiner, et voilà que l'administrateur, peu à peu, se fera juge. Il en est, dans la série sociologique, des exemples très nombreux. Je vous citerai cet exemple historique, sans entrer dans le détail, en vous renvoyant à vos souvenirs de droit romain, les *cognitiones extra ordinem* de l'Empire romain.

Vous savez comment, dans cette hypothèse, une *cognitio*, qui était une procédure administrative à l'origine, est devenue, peu à peu, une véritable procédure juridictionnelle. Peu à peu, certains administrateurs se sont mis à écouter un peu trop longuement les réclamants ; peu à peu, cette audition du réclamant, ce doute autour de la réclamation s'est organisé et il en est sorti une véritable juridiction, qui a fini par se substituer à la procédure formulaire du droit classique.

Dans les sociétés contemporaines, nos sociétés du type urbain et industriel, ce qui caractérise le droit pratique, c'est, nous n'avons qu'à regarder autour de nous pour nous en convaincre, beaucoup moins l'action en justice que la démarche administrative. Ce processus de la démarche administrative est beaucoup plus quotidien, pour la généralité des citoyens, que le processus traditionnel de l'action en justice.

Ce qui caractérise notre vie juridique pratique, c'est beaucoup moins le prétoire, qui est quelque chose d'exceptionnel et, sans doute, de plus en plus exceptionnel, que le guichet : guichet du Fisc, guichet de la Sécurité Sociale, guichet de la Faculté de Droit, peu importe, toute une série de guichets d'administration auprès desquels il nous faut agir. C'est le bureaucrate (sans intention péjorative) qui décide, et il finit par décider, la plupart du temps, dès qu'il s'agit d'une affaire tant soit peu importante, qui n'est pas trop insignifiante, après examen d'un dossier ; on constitue un dossier, on examine le dossier, on décide cognita causa ; il y a une cognitio administrative. Dogmatiquement, c'est un acte administratif, mais, sociologiquement, on est très près de l'acte juridictionnel, et la démarche administrative tendra souvent à franchir cette limite qui la sépare encore de l'acte juridictionnel de l'action en justice ; elle tendra à se revêtir de formes qui rappelleront davantage encore les formes de l'action en justice ; nous aurons ce que l'on appelle en droit administratif un "recours gracieux", comme il y a des recours contentieux.

Des recours gracieux se situent dans un domaine qui est encore celui de l'administration, qui n'est pas déjà celui de la juridiction. Néanmoins, le passage d'une catégorie à l'autre est très facile. Il est des pays, notamment dans l'Europe de l'Est, - les pays héritiers de la monarchie austro-hongroise - où existent des codes de procédure administrative non contentieuse, codes destinés à mettre en forme la démarche administrative.

Je citerai, dans cet ordre d'idées, le Code de Procédure administrative de la République Populaire de Pologne (entré en application le 1er janvier 1961). Son article 153, § 2, est assez caractéristique de ce que l'on peut trouver dans un tel Code :

"Le fonctionnaire d'un organe de l'Etat coupable d'atermoiement ou d'attitude bureaucratique dans l'examen des plaintes et des propositions encourt la responsabilité disciplinaire".

On comprend l'utilité d'une pareille disposition, et l'on se dit qu'après tout, en tout pays du monde, il serait utile d'avoir une disposition de ce genre. Mais, comme il arrive souvent en présence d'une disposition législative, il faut y voir, en quelque manière, l'inverse de ce qu'elle contient. Une disposition comme celle-ci est

révélatrice, sans doute, de très grands abus auxquels il a fallu essayer de remédier. Effectivement, il semble que, dans ces cas, les traditions bureaucratiques, - héritage de l'Autriche-Hongrie, où régna une bureaucratie effrayante, dont les ouvrages de Kafka nous donnent une idée - soient très fortes et qu'il ait fallu, par conséquent, un code antibureaucratique, si je puis dire, pour y remédier spécialement.

Ce qui, en l'occurrence, est important pour nous, c'est de constater combien la limite est tenue entre la démarche administrative et l'action en justice, entre l'administration et la juridiction.

En France même, nous avons d'autres indices de ce passage. A notre époque, nous voyons, sous nos yeux, des cognitions extra ordinem qui tendent à se reconstituer ; elles sont mal connues, on ne les étudie, ni en procédure, ni en droit administratif et, cependant, elles jouent un rôle considérable. Sociologiquement, elles nous montrent bien un phénomène tout à fait comparable à celui que l'Histoire décèle en droit romain, dans le passage de la cognitio administrative à une véritable procédure juridictionnelle extraordinaire.

C'est ainsi qu'il existe une cognitio de nos Parquets pour la rectification administrative des erreurs et omissions purement matérielles des actes d'état-civil. L'ordonnance du 23 août 1958, qui a modifié l'article 99, in fine, du Code Civil, a mis en lumière cette sorte de procédure purement administrative pour la rectification matérielle (celle qui ne touche pas le fond des questions, notamment, des questions de filiation), la rectification purement matérielle des actes de l'état-civil. Les Parquets, par la force des choses, doivent organiser l'examen de la demande de rectification ; ils doivent se fixer des critères pour l'admission ou le rejet d'une telle demande et, de la sorte, une juridiction se constitue.

De même, - et d'une façon plus secrète, car aucun texte ne l'a révélée, comme à l'inverse du cas précédent - il existe une cognitio de la contrainte par corps. Dans une mesure réduite, la contrainte par corps fonctionne encore, mais dans quels cas, pour quelle durée sera-t-elle ordonnée ?... Les Parquets ont organisé une véritable cognitio à ce sujet. Les préfetures ont semblablement une cognitio en ce qui concerne les demandes d'expulsion des locataires. On ne peut pas, à l'heure actuelle, ramener à exécution une décision d'expulsion de locataire ou d'occupant sans un permis d'expulser, un permis d'exécuter de la Préfecture, et l'Administration préfectorale suit des normes qu'elle s'est peu à peu créées pour l'octroi de ces permis d'expulser. Une véritable cognitio administrative s'est ainsi instaurée.

De la même manière, l'Administration de l'Aide sociale, qui s'est substituée à celle de l'Assistance Publique en ce qui concerne les enfants assistés, a des règles pour le placement et la restitution

des enfants confiés à ses services. C'est une véritable cognitio. L'Administration va examiner le dossier, va vérifier la conformité de la réclamation aux règles qu'elle s'est fixées par des circulaires intérieures. Le fonctionnaire de l'Aide Sociale se trouve ainsi, a-t-on dit, érigé en juge de l'intérêt de l'enfant (l'expression est tout à fait caractéristique).

A un niveau de pratique plus purement quotidien et populaire, il y a des cognitiones tout à fait clandestines, en marge de la loi, et qui, pourtant, font partie du système de droit, y occupent une place pratiquement considérable. Ainsi, dans les grandes villes, spécialement à Paris, il existe une véritable cognitio des commissaires de police, tout à fait comparable à certaines cognitiones qui ont été à l'origine des procédures extraordinaires à Rome : le commissaire de police prend sur lui de régler de menus différends entre bailleur et locataire, ou entre voisins. Il y aurait sur ce point, qui est de pur fait, un thème d'enquête possible.

Plus bas encore, plus instantané, moins institutionnel, on pourrait parler d'une cognitio de l'agent de police en service dans la rue ; d'une cognitio du contrôleur de la S.N.C.F., lequel résout séance tenante certains litiges qui n'iront pas plus loin dans la voie du contentieux.

On voit ainsi combien il est vrai de dire, sociologiquement, qu'une sorte de nécessité interne, de mouvement intérieur pousse l'administration à se juridictionnaliser. Il s'opère un passage continu de l'administration à la juridiction.

Deuxième mouvement (il est plus rare) : la juridiction tend à se faire administration.

Il en est ainsi par l'effet d'une excessive spécialisation de la juridiction, de son excessive organisation, ou, encore, de son excessive activité. Le juge, trop spécialisé, trop bien organisé, trop surchargé du même travail, perd la faculté et le temps de douter. A partir de là, il va prendre peu à peu les qualités et les défauts de l'administrateur.

Il y a, dans les grandes villes, des audiences correctionnelles - la chose est bien connue - où le Président applique à la vapeur le tarif que, une fois pour toutes, il s'est fixé ; il n'y a même plus le simulacre d'un délibéré avec les assesseurs. Cela est encore, en la forme, de la juridiction, mais qui tend à devenir de l'administration.

On sait aussi comment se prononcent les divorces au Tribunal de la Seine. Ici encore, une trop grande spécialisation, une trop grande activité du juge le conduit à se faire administrateur.

Même à la Cour de Cassation, on peut constater des phénomènes de ce genre.

Le fichier y a contribué, car il est un facteur de mécanisation de la juridiction. En se mécanisant, la juridiction, par la force des choses, tend à se rapprocher de l'administration.

La spécialisation a joué dans le même sens. Dans une Section comme la 2ème Section Civile, qui a dans sa spécialité les affaires de Sécurité Sociale, ou la Section Commerciale, qui a compétence, en particulier, pour des questions de contentieux fiscal, les magistrats, appelés à juger constamment ces mêmes affaires spéciales et techniques, finissent par épouser les prétentions, les thèses, les positions de l'Administration dont ils assument le contentieux ; ils finissent par se sentir solidaires de l'Administration et par juger beaucoup plus en administrateurs qu'en véritables juges indépendants.

La spécialisation, qui a ses avantages, a conduit, ici, à une transformation de la juridiction en administration. Cela n'est pas très voyant, mais le résultat est considérable d'un point de vue sociologique.

———— CHAPITRE, I ————
DIFFERENTS TYPES
SOCIOLOGIQUES
DE CONTENTIEUX

Plusieurs classifications seraient, ici, concevables ; en particulier, on songerait assez aisément à une différence qui devrait être faite entre le juge, fonctionnaire de l'Etat, organe de la société globale, d'une part, et, d'autre part, le juge, individu parmi d'autres, choisi par les parties pour des raisons d'amitié ou de respect, le juge-arbitre. On comprendrait très bien que la justice arbitrale fût mise à part, que le type arbitral du contentieux donnât lieu à des développements distincts. Il ne faut pas, du reste, s'imaginer ce type arbitral comme un produit des sociétés modernes ; à travers la série sociologique, on trouve l'arbitre, même dans des sociétés archaïques.

Ce n'est pas, néanmoins, cette coupe que je retiendrai ici. Je voudrais retenir plutôt, parce que plus sociologique, une classification fondée sur la nature du jugement rendu, sur le processus psychologique par lequel le juge résout le conflit humain qui lui est soumis.

La méthode historico-comparative qui sera suivie dans ce chapitre, nous montre qu'il y a, de ce point de vue, plusieurs types de jugement pouvant servir à définir plusieurs types de contentieux.

Les juristes dogmatiques raisonnent comme s'il n'y avait de jugements que ceux de la Cour de Cassation. C'est sur l'exemple de jugements rendus par des juges du droit, comme notre Cour Suprême, qu'a été bâtie la théorie de l'acte juridictionnel. Pour les juristes dogmatiques, le jugement, c'est, par excellence, le jugement logique et, du même coup, le seul type de contentieux qu'ils reconnaissent est un contentieux débouchant sur un jugement logique, un contentieux de type logique.

Les sociologues, notamment ceux de l'école durkheimienne, ont montré qu'il y avait une sorte de jugement toute différente, où la logique n'avait que faire ; que le jugement, assez largement dans la série sociologique, avait été, à l'origine, un jugement non logique, un

jugement irrationnel, un jugement par appel à des forces surnaturelles, que l'on pourrait appeler un jugement d'ordre magique, ce qui peut servir à définir un autre type de contentieux, le contentieux de type magique.

Mais, à leur tour, les sociologues durkheimiens ont été trop exclusifs, en semblant considérer le jugement magique comme le seul mode de jugement dans les sociétés archaïques et le jugement logique comme le seul substitut concevable du jugement magique. Les sociétés seraient passées du jugement magique au jugement logique, il n'y aurait pas eu d'autre issue que ce passage.

A la vérité, on peut faire apparaître dans la série sociologique une troisième forme de jugement servant à définir un troisième type de contentieux, troisième forme de jugement qui n'a pas été ignorée dans les sociétés archaïques et qui continue, du reste, à jouer un rôle considérable dans les sociétés modernes (les sociétés de type industriel), à côté du jugement logique ; c'est ce que l'on pourrait appeler le jugement charismatique, le jugement de grâce ou par grâce, le jugement par charisme du juge.

A côté du jugement logique, le compénétrant, l'imbibant, il y a place, même aujourd'hui, pour le jugement charismatique et, par là même, pour un contentieux de type charismatique.

Il ne faut pas, du reste, s'imaginer des cloisons étanches entre le contentieux logique et le contentieux charismatique. Il n'est que de supposer une cour d'assises qui, après avoir reconnu l'accusé coupable, lui accorde, mécanisme tout à fait familier, le bénéfice des circonstances atténuantes. La sociologie analysera l'opération en y voyant la superposition d'un jugement charismatique, - l'octroi des circonstances atténuantes qui ne se motivent pas en droit - au jugement logique, résultant du verdict sur la culpabilité.

Donc, nous pouvons retenir, à fin de classification, trois types de contentieux, caractérisés, définis par trois types de jugement : magique, charismatique et logique. Il y a une sorte de progression historique, peut-on admettre, a priori, dans l'ordre qui vient d'être énoncé.

S E C T I O N I

LE TYPE MAGIQUE

L'expression est consacrée par l'usage des sociologues ; elle est, néanmoins, un peu étroite en ce qu'elle semble nous renvoyer à la définition de la magie, la magie étant elle-même un phénomène assez strictement défini. On dit parfois :

"La magie, c'est l'art prétendu de produire, par certaines pratiques, des effets contraires aux lois naturelles".

Du même coup, contentieux de type magique, cela semble évoquer l'idée d'une action délibérément produite pour contraindre les forces surnaturelles, une action de magicien. En outre, et surtout, cela semble impliquer une nuance péjorative : un art prétendu, dit la définition courante, et la nuance péjorative exclura, du même coup, les grandes religions modernes. C'est pourquoi il ne faut pas prendre trop à la lettre l'expression "type magique de contentieux".

Certes, tout le monde est d'accord que, "magie", cela ne signifie pas "sorcellerie", il ne s'agit pas de la magie noire par évocation des démons. En sociologie, on prend toujours bien le soin de distinguer le magicien, qui est un fonctionnaire social, du sorcier, contre lequel, au contraire, la société cherche à se défendre.

Néanmoins, le qualificatif reste étroit et, sans doute, s'il n'était pas consacré par l'usage des sociologues, mieux vaudrait dire un "contentieux de type religieux". L'idée générale, en effet, est celle d'un jugement obtenu par un appel à des forces surnaturelles, suprahumaines : l'utilisation du jugement de Dieu ou des dieux en vue de résoudre les litiges entre les hommes. C'est un système qui se retrouve dans un très grand nombre de sociétés archaïques, en des points très différents.

Il y a, à la base du système, sinon un raisonnement, du moins un sentiment religieux : l'extrême difficulté, pour l'homme, de discerner où est la vérité, où est le droit et, au contraire, la facilité de principe, pour la divinité omnipotente, omnisciente, de connaître la vérité, de définir où est le droit. Il est plus simple, plus pratique d'interroger la divinité, quand on a un conflit humain à résoudre, un procès à régler, que de se livrer à un travail juridictionnel de type logique.

Dans cette conception, la physionomie sociologique du juge est très nette : c'est un magicien (au sens favorable du terme, je le répète) ou bien un prêtre, en tout cas un homme qui est connu dans la société pour son aptitude à établir le contact avec l'au-delà. Car c'est bien cela qui est essentiel pour juger dans ce type de contentieux : il faut pouvoir établir le contact avec l'au-delà.

§ 1 - VARIATIONS SUR LE TYPE MAGIQUE.

Type magique, la notion, en effet, est un peu large, et l'étude sociologique des phénomènes que l'on réunit sous ce type fait apparaître des variétés. On peut discerner trois variantes du type magique :

- la divinatio,
- l'ordalie,
- le duel judiciaire.

A. La divinatio.

La divinatio se caractérise par un appel direct à la divinité : la divinité va juger, va prononcer directement entre les deux parties, va dire le droit entre elles.

Ce phénomène de la divinatio comme pièce constitutive du contentieux se rencontre à diverses époques historiques.

1°) Un premier exemple sera tiré des antiquités judaïques : il est attesté, dans l'Ancien Testament, que les Hébreux, tout au moins jusque vers le Vème siècle avant Jésus-Christ, pour résoudre, non pas tous les litiges, mais, du moins, certains litiges, recouraient à une procédure de divinatio que la Bible appelle "Urim et tummim" ("lumière et perfection" en est une traduction plausible). Il s'agissait, pratiquement, de petits objets de nature mal déterminée, au moyen desquels le Grand Prêtre consultait la divinité. Le Grand Prêtre les portait sur son pectoral, le pectoral du jugement. Dans un certain type de litiges, notamment de litiges civils (des textes du Livre de l'Exode prévoient le recours à cette forme de divinatio pour des revendications mobilières), le Grand Prêtre interrogeait ces petits objets que nous pouvons comprendre, au choix selon les spécialistes, soit comme de petites idoles, des amulettes, des grigris, qu'il faisait parler ; soit peut-être, à en croire certains, comme des petits mécanismes mobiles, des roues de loterie qu'il faisait tourner, - ce qui, du reste, paraît plus en accord avec la notion générale de la divinatio - soit même peut-être comme des dés à

jouer, ce qui ne nous éloigne pas de l'idée d'un jeu de hasard.

Je citerai quelques textes où il est question de ces "Urim et tum-mim" : Exode, chapitre 28 : verset 30 ; chapitre 22 : verset 9 ; chapitre 18, verset 16. Dans ce dernier texte, il paraît bien être dit que Moïse, déjà, pratiquait ce genre de divinatio. Des allusions au système se rencontrent, d'ailleurs, dans des textes plus récents. Ainsi, au Livre des Proverbes, chapitre 18, verset 18, on trouve cette formule qui serait incompréhensible si l'on ne se reportait à cette divinatio :

"Le sort met fin au procès et décide entre les puissants".

"Le sort met fin au procès", c'est-à-dire, d'une façon très concrète, le mécanisme très matériel, presque grossier, des "urim et tummim".

2°) Un second témoignage sera tiré du très ancien droit romain : il s'agit de la procédure du sacramentum, telle qu'elle a pu fonctionner à l'époque royale, avant toute laïcisation. On admet que les Romains ont laïcisé assez tôt leur droit, mais il y a eu une période, à l'époque royale, où la procédure du sacramentum était encore une procédure de jugement par appel à la divinité. La procédure était alors dirigée, probablement, par les pontifes ou, en tout cas, si elle était dirigée par le roi, celui-ci y exerçait une attribution religieuse. C'est devant une autorité religieuse que, dans une première phase, celle que les romanistes appellent "la phase in jure", comparaissaient les deux adversaires.

Il faut songer surtout au sacramentum in rem, portant sur la propriété d'une chose. Le revendiquant pose sa baguette, sa festuca, sur l'objet revendiqué : il prononce une formule vindicatoire, - "vindicatoire", le terme mérite que l'on s'y arrête - "Vim dicere", c'est prononcer une force, insuffler la force à l'objet revendiqué ; il y a là, disent les sociologues, un rite essentiellement magique. Le revendiquant fait le geste d'imposer sa puissance à l'objet revendiqué et, en même temps, il prononce certaines paroles rituelles qui doivent avoir un effet magique. Chacun demande à l'autre :

"Pourquoi as-tu agi ainsi ?..."

(car, vous le savez, il y a un rituel symétrique de la part du défendeur), et chacun répond :

"J'ai accompli mon droit en imposant ma vindica".

On est alors, logiquement, dans une impasse : quel est celui des deux qui a parlé valablement ?... Il n'y a plus ni demandeur, ni défendeur, comme nous aimerions, avec notre logique de modernes, en apercevoir !... Il n'y a pas un possesseur, dans le sacramentum archaïque, à l'époque royale, un possesseur qui aurait une situation

privilégiée ; non, les deux parties sont dans une position symétrique ; les deux parties ont accompli identiquement le rite.

Comment pourra-t-on en sortir ?... Il faudra, nécessairement, en appeler à une force supérieure, il faudra en appeler à la divinité. Les deux adversaires se provoquent à prononcer une formule sacramentelle : c'est le sacramentum ; il y a un serment, un "jus jurandum", c'est-à-dire que chacune des parties atteste son jus ; il y a une consécration, c'est-à-dire que chacun des litigants se soumet à être "sacer", à être voué aux dieux infernaux. S'il est démontré par les dieux qu'il a agi sans droit, il sera voué aux dieux infernaux, il sera "sacer", ce qui pourra avoir des conséquences terribles pour lui. Peut-être est-il exposé à être lynché ; peut-être encourt-il simplement la confiscation de son patrimoine. C'est la formule énigmatique et terrifiante dans ce qu'elle a d'énigmatique : "partes secanto".

Pour savoir quel est celui dont le serment est valable, il va falloir aller devant une autorité religieuse, augurale. C'est l'origine de la division de la procédure en deux phases : in jure et in judicio. La phase in judicio, c'est la phase religieuse où il va être fait directement appel à la divinité pour trancher entre les deux serments, a priori également justes.

L'affaire devait être, à cette époque, estiment les sociologues, renvoyée aux augures, qui la décidaient par auguratio, par examen du vol des oiseaux, ou bien par examen des entrailles d'une victime (la victime portant, d'ailleurs, elle aussi, le nom de "sacramentum"). Ce sont les dieux qui, sous cette forme-là, décidaient.

Le sacramentum in rem, dans la procédure archaïque, aboutissait, nécessairement, à une décision par le jugement de Dieu. Il n'y avait, à l'origine, dans cette première phase, ni preuve juridique, ni examen des faits. Nous sommes bien en présence d'une procédure de divinatio.

B. L'ordalie.

L'ordalie est une forme un peu différente de l'appel à la divinité. Il faut partir de cette croyance du primitif que les phénomènes qui nous semblent naturels ont des causes surnaturelles. L'homme peut se trouver placé dans des situations de risque. Il en réchappera ou bien il y succombera. Mais les primitifs pensent que le résultat ne peut venir que de l'intervention de la divinité : s'il en réchappe, c'est que la divinité est pour lui ; s'il y succombe, c'est que la divinité est contre lui.

Le procédé juridique, assez ingénieux quand on y réfléchit, consistera à placer délibérément un individu, l'une des deux parties, au

début du procès, dans une situation de risque. Cela permettra de reconnaître la faveur ou la défaveur dont il jouit auprès de la divinité, auprès des puissances surnaturelles.

La technique juridique consiste, ici, à créer artificiellement une situation de risque. Dans la vie, nous avons, spontanément, des situations de risque autour de nous et nous en réchappons ou nous y succombons suivant que la divinité nous aime ou nous déteste. Juridiquement, on va créer, d'une façon purement technique, cette situation de risque, et l'on verra bien de quel côté est la divinité.

Voilà ce qu'est l'ordalie, c'est un miracle provoqué, ou, plus exactement, c'est une provocatio ad miraculum, c'est la provocation de la divinité à faire un miracle.

Il existe, dans le détail, plusieurs techniques matérielles pour mettre en pratique ce schéma général. Vous avez ainsi, assez courante dans la série sociologique, l'ordalie par le poison : on fera boire à l'une des parties, spécialement, dans le procès pénal, on fera boire à l'accusé - car l'ordalie est assez bien adaptée au procès pénal, où il y a, a priori, un accusé - on fera boire à l'une des parties un breuvage toxique, mais non pas, il faut le préciser, mortel, et l'on examinera comment elle va supporter le breuvage, en en tirant des conséquences quant au crédit dont elle jouit auprès de la divinité et, par là même, quant à son innocence, ou, plus généralement, quant à la valeur juridique des prétentions qu'elle soutient.

Il y a encore l'ordalie par le fer rouge : on fait saisir à la partie soumise à l'ordalie un fer porté au rouge. Si, dans quelques jours (trois jours assez souvent), la plaie est en bonne voie de guérison, on a affaire à un innocent.

Il n'est pas rare que le symbolisme intervienne dans la structure de l'épreuve. Ainsi, dans l'ordalie par l'eau froide : l'accusé est jeté dans une rivière ; s'il flotte, c'est que l'eau, qui est un élément de pureté, le rejette et, en conséquence, il est coupable ; si, au contraire, il coule au fond, c'est que la pureté l'accueille, que, par conséquent, il est innocent.

Tel est, dans sa structure générale, le système de l'ordalie. C'est une catégorie très répandue dans la série sociologique, mais non pas universelle. On s'est demandé, en particulier, si le droit romain archaïque avait connu l'ordalie, et la réponse est plutôt négative. Il est bien fait mention, dans certains textes, et, notamment, dans Cicéron, de "testimonia divina", de témoignages divins, mais il est perceptible que, pour Cicéron, ce n'est là qu'une invocation pieuse faite aux dieux : il leur est demandé de se déclarer pour la bonne cause, mais il n'y a pas là une procédure organisée d'ordalie. De même, dans l'"oratio pro Milone", Cicéron relève que Claudius

avait engagé le combat devant un temple de la Bonne Déesse et que, s'il avait été blessé, c'est que, en somme, il avait commis un sacrilège en engageant le combat dans cet endroit consacré. Il y voit un jugement divin. C'est bien là le mécanisme psychologique qui est à la base de l'ordalie, mais ce n'est pas la technique organisée, préétablie de l'ordalie.

Au contraire, l'ordalie nous est attestée dans le droit hébraïque, sous l'aspect de l'épreuve des eaux amères, à laquelle est soumise la femme adultère (Livre des Nombres, Chapitre V, versets 11 et suivants). Elle nous est attestée aussi dans certains pays d'Orient, dans l'Inde brahmanique, comme en Afrique Noire, à l'époque contemporaine. Mais c'est surtout par notre Histoire que l'ordalie nous est connue. C'est là que les exemples sont les plus nombreux, à l'époque franque et au Moyen Age. Toutes ces épreuves que j'ai essayé plus haut de catégoriser (par le poison, par le fer rouge, par l'eau froide), nous les trouvons pratiquées au Moyen Age et même encore au XVIème siècle.

Assez tôt, les juridictions ecclésiastiques écartèrent les ordalies. Des voix s'élevèrent dans le clergé pour protester contre ce système, qualifié déjà de "système barbare", et le Concile du Latran, en 1215, défendit aux clercs de procéder, comme ils le faisaient jusqu'alors, à la bénédiction préalable des instruments devant servir à l'ordalie. Néanmoins, les habitudes étaient tenaces, et l'on cite un arrêt du Parlement de Paris qui, en 1601, dut intervenir encore pour interdire l'épreuve de l'eau froide.

On se pose, sociologiquement, une question au sujet de l'ordalie : on se demande quelle en est la nature exacte, si c'est un procédé de preuve ou un procédé de jugement ?... Il est des auteurs qui y voient, non pas une forme de jugement, mais simplement un procédé de preuve, une preuve par le miracle. L'appel adressé à la divinité serait un appel pour prouver plutôt que pour juger.

A la vérité, la distinction semble subtile. On peut dire qu'il s'agit de prouver afin que l'homme, que le juge puisse juger en conséquence. Il y a, sans doute, un juge, un personnage distinct de la divinité qui va juger, va tirer les conclusions de l'épreuve, mais si l'ordalie n'est pas tout le jugement, si elle est un moyen de preuve qui se greffe sur un procès, il faut bien reconnaître que les primitifs ne faisaient pas pratiquement la distinction et que, dans l'épreuve, ils apercevaient déjà un jugement de Dieu. Le juge avait, ensuite, à le déclarer. Mais c'était la divinité qui avait jugé la première.

Une mentalité archaïque ne saurait entrer dans notre distinction de la preuve et du jugement. Le jugement est, pour elle, une opération globale et, du reste, la terminologie le montre bien. Dans les sources germaniques, ordalie c'est "urteil", - c'est de là que nous

avons tiré notre mot "ordalie", mais, "urteil", dans l'allemand moderne, c'est le jugement et, du reste, dans les textes du Moyen Age, on trouve le mot germanique "urteil" traduit par "judicium Dei", ce qui nous montre bien que les contemporains du système ne faisaient pas la différence que les historiens, après coup, avec, sans doute, trop d'ingéniosité, ont voulu y introduire.

C. Le duel judiciaire.

C'est un combat singulier entre les deux parties au procès, combat singulier qui va jusqu'à effusion de sang et, normalement, jusqu'à la mort de l'un des litigants. Le postulat est que le vainqueur prouve la vérité de ses prétentions par sa victoire même. Si nous nous plaçons sur le terrain du droit pénal, où le système a fonctionné avec prédilection, le vainqueur prouve, par sa victoire, soit son accusation s'il était accusateur, soit son innocence s'il était accusé. On s'est interrogé sur l'explication qu'il convenait de donner de cette procédure. Les uns y ont vu la régularisation d'un phénomène plus ancien de justice privée ; ç'aurait été, en quelque sorte, la prise en main de la justice privée par l'Etat, une première mise en forme de cette justice privée.

Mais d'autres analysent le duel judiciaire comme une variété de l'ordalie : Dieu, la divinité, se prononce à travers la victoire. Toutefois, on peut noter plus qu'une nuance entre l'ordalie du type ordinaire et le duel judiciaire : c'est que, à la différence de ce qui se passe dans l'ordalie, les deux parties dans le duel judiciaire ont un rôle actif ; dans l'ordalie, seule une partie est soumise à l'épreuve ; dans le duel judiciaire, les deux parties sont sur un pied d'égalité.

Michelet a fait sentir la différence d'une autre manière : il déclare que l'ordalie est un système plus sacerdotal et le duel judiciaire un système plus militaire.

L'ordalie, nous l'avons vu, n'existait pas à Rome, du moins en tant que procédure caractérisée. Est-ce que nous pouvons trouver des traces de duel judiciaire dans le très ancien droit romain ?... On a, parfois, invoqué la légende du combat entre les Horaces et les Curiaces, pour y voir une première forme du duel judiciaire. A la vérité, la pratique dont il s'agit a une signification sociologique, mais elle est différente du duel judiciaire. C'est une pratique que l'on rencontre dans d'autres sociétés archaïques (par exemple, dans la Bible, c'est le combat de David et de Goliath) : une pratique qui consiste à substituer à la bataille rangée entre deux armées un combat singulier entre deux chefs ou deux séries de chefs : David et Goliath, les Horaces et les Curiaces. L'affaire des Horaces et des Curiaces relèverait, en somme, du droit international public, nullement de la procédure de droit interne. Mais certains auteurs ont

rattaché plus sérieusement le symbole de la festuca, dans le sacramentum in rem, à un duel judiciaire disparu. J'ai déjà eu l'occasion de rencontrer cette hypothèse et de signaler que l'interprétation aujourd'hui dominante est différente et considère que le symbole est purement magique, la festuca étant imposée à l'objet et non pas à l'adversaire. Il est donc permis de conclure que les traces d'un duel judiciaire à Rome sont extrêmement douteuses.

C'est surtout en Europe Occidentale et au Moyen Age, que l'on rencontre le duel judiciaire. Ce fut le moyen de preuve le plus employé au Moyen Age devant les cours féodales. Il était en harmonie avec les moeurs de l'époque. Les parties commençaient par formuler leurs déclarations contradictoires ; puis, une bataille, soit à la lance, soit à l'épée, soit, successivement, avec l'une et l'autre armes, était organisée devant un juge, suivant un cérémonial minutieusement réglé. La réglementation devint de plus en plus précise. Il fut, notamment, admis, à partir d'une certaine époque, que le grand âge, ou le sexe, ou les infirmités pouvaient dispenser de prendre part soi-même au duel judiciaire, les incapables devant s'y faire représenter par un champion.

Il existait une application particulière, qui mérite d'être relevée, de l'institution : c'était l'application procédurale. Les voies de recours empruntaient la forme du duel judiciaire. Lorsque l'une des parties déclarait que le premier juge, qui avait jugé suivant la procédure ordinaire, avait fait preuve d'une partialité évidente contre elle, par là même elle l'accusait de déloyauté et cette accusation devait se régler par un duel judiciaire. La partie pouvait provoquer le juge à un duel judiciaire qui se déroulait devant le seigneur supérieur. C'est ce que l'on appelait l'appel de faux jugement. C'est pourquoi, d'ailleurs, à cette époque, les juges se présentent pour juger pesamment armés. Le métier de juge n'est pas alors un métier de cabinet. Semblablement, la partie pouvait fausser un témoin : lorsqu'il était prétendu qu'un témoin avait porté un faux témoignage, c'était une accusation de mensonge qui devait se régler en un duel judiciaire entre le témoin et la partie accusatrice.

Contre le très large développement féodal de ce genre de contentieux, une réaction se produisit. Louis IX défendit l'appel de faux jugement. Il prohiba également le duel judiciaire non pas en général, mais pour le domaine royal, car il n'avait compétence que pour son domaine. Cette ordonnance fut, du reste, mal exécutée. Il fallut, à plusieurs reprises, reprendre la prohibition. Sous Philippe le Bel, elle fut reprise avec des exceptions qui montrent combien l'institution était enracinée dans les moeurs.

Le dernier duel judiciaire parisien aurait eu lieu en 1386. Au début du XVème siècle, en 1405, un duel judiciaire nous est attesté, dans le Hainaut, par un chroniqueur, Monstrelet, dans un récit caractéristique :

Un gentilhomme tenait qu'un autre gentilhomme (c'était, vous le voyez, une affaire de gentilshommes) avait tué un sien parent. Duel judiciaire à la lance, puis à l'épée. L'accusateur vainquit, désarma l'accusé. Celui-ci, alors, confessa le cas, nous dit le chroniqueur et, à la suite de cet aveu, fut décapité.

Le récit est intéressant, parce qu'il montre la superposition du duel judiciaire et d'un jugement logique tirant les conclusions du résultat du duel. Le duel judiciaire n'apparaît ici que comme un moyen de preuve, mais le texte est relativement récent (début du XVème siècle). Il est probable que, pour une époque plus ancienne, il faudrait dire ce qui a été dit plus haut à propos de l'ordalie : que les contemporains ne faisaient pas la distinction entre le moyen de preuve et le jugement de Dieu. Pour eux, il y avait, dans le duel judiciaire, un appel global à la divinité, un *judicium dei*.

§ 2 - REFLEXIONS SUR LE TYPE MAGIQUE.

Je voudrais en faire deux.

A. Destinées du type magique dans les sociétés modernes.

Au fur et à mesure que les religions s'affinent, se spiritualisent, les objections se multiplient dans les consciences contre le recours à la divinité pour juger les différends humains. Pour un esprit religieux, Dieu ne saurait juger à la demande des hommes, sur leur injonction. Dès le IXème siècle, Agobard, Evêque de Lyon, s'élève vivement contre les ordalies et, plus encore, contre le duel judiciaire, "coutume impie", déclarait-il, en invoquant la parole de l'Écriture : "Les jugements de Dieu sont insondables". L'homme doit rechercher la vérité de toutes ses forces, mais il ne doit pas l'attendre d'un miracle. Agobard était, la suite le montra, très en avance sur son temps. Néanmoins, les objections dont il était déjà l'écho allèrent en se fortifiant, et elles devaient entraîner, pour une large part, l'écroulement de ce type de contentieux qu'est le contentieux magique. Le duel judiciaire, en particulier, devait disparaître de la manière la plus complète ; pour lui, on peut dire que l'abolition a été, sociologiquement, totale.

Toutefois, s'il a disparu, c'est, sans doute, pour cette raison particulière qu'il nécessitait la mise en oeuvre de la force physique des plaideurs et, même, des juges, ce qui devenait de plus en plus difficile à exiger dans une société qui devenait de moins en moins militaire. Cette remarque explique que, au contraire, la divination n'ait pas entièrement disparu dans nos sociétés modernes. Cependant, toutes les survivances que l'on peut relever de la divination au-delà

du Moyen Age n'ont pas la même profondeur.

1) Voici une première hypothèse qu'il convient de mettre à part. Chez certains sectaires protestants d'Europe Centrale, qui s'organisèrent en communauté au XVIIIème siècle, avec leurs lois particulières, - que l'on appelait (que l'on appelle encore, d'ailleurs) les Frères Moraves, parce que l'origine de la secte était en Moravie - le tirage au sort était un procédé courant de gouvernement et de juridiction ; on réglait tout par divinatio, par tirage au sort, mais c'était chez eux une résurrection systématique, délibérée, de l'Ancien Testament, une imitation de la Bible ; il n'y avait pas là une continuité sociologique d'un système qui n'aurait jamais disparu, ça a été une imitation pour l'imitation, une imitation pour des raisons religieuses.

2) D'une autre nature sont certains exemples de tirage au sort que l'on relève dans le folklore juridique. Nous en avons des témoignages dans les sources littéraires. Ainsi, dans le Pantagruel de Rabelais, un passage est consacré au juge Bridoie qui jugeait les causes aux dés. Il existe, parallèlement, une légende du "juge de Melle" (Melle, en Bas Poitou), à laquelle La Fontaine a consacré un conte : le juge de Melle réglait les procès avec des bûchettes, avec des petits bâtonnets (en somme, il tirait à la courte paille la partie qui devait gagner).

Ces exemples, à la vérité, ne valent pas par eux-mêmes. Il ne faut pas croire à une survivance de la divinatio, au XVIème siècle. Ce serait, d'autre part, une erreur d'interpréter ces légendes comme des satires des juges ignorants. Peut-être, chez les auteurs qui les ont transmises (Rabelais ou La Fontaine), il s'agit bien de cela. Mais les légendes qu'ils ont mises en forme n'avaient pas du tout, à l'origine, cette signification satirique : en réalité, elles ressortissent au folklore juridique, et nous montrent la survivance d'un archétype de droit disparu, remontant à une époque où, très normalement, on jugeait par divinatio.

Pareillement, il y a une donnée du folklore juridique qui a été mal interprétée dans les représentations traditionnelles du personnage de la justice, de Thémis. C'est un personnage que l'iconographie représente, ordinairement, comme une femme tenant une balance. Mais, dans beaucoup de ces représentations figurées, la justice est représentée les yeux bandés. A une époque relativement récente, à l'époque des jugements logiques, il a fallu expliquer tout de même cette représentation de la justice aveugle et les auteurs ont trouvé cette explication artificielle : que la justice ne doit pas faire acception de personne, qu'elle doit être égale pour le pauvre et pour le riche ; en conséquence, elle se bande les yeux.

Sociologiquement, ce n'est pas là la bonne explication. Il y a eu une époque où l'on a jugé (ceci est attesté, notamment, par des sources germaniques du Moyen Age) en bandant les yeux à un personnage que l'on chargeait, ensuite, de jouer à colin-maillard entre les plaideurs ; il était réputé déterminer par jugement de Dieu le gagnant en la personne de celui qu'il attrapait le premier. On lui bandait les yeux pour qu'il fut plus sûrement l'instrument de la divinité. Sans nul doute, la représentation de la justice aux yeux bandés ressortit à cette série folklorique. Ce n'est pas une justice égalitaire que l'on a voulu représenter ainsi, mais une justice par jugement de Dieu, aveugle parce qu'elle incarne le sort, et par delà est l'instrument de la divinité.

3°) Si les exemples qui précèdent ne peuvent être retenus pour établir la survivance véritable de la divinatio à l'époque moderne, il en est un autre qui nous montre en plein XXème siècle une forme de divinatio que nous continuons à pratiquer sans y prendre garde : c'est la procédure du partage judiciaire en tant qu'elle vient d'aboutir à un tirage au sort des lots, conformément à l'article 834 du Code Civil.

Nous ne remarquons plus, tellement la chose est entrée dans les mœurs, qu'un jugement magique vient ici se greffer sur une série de jugements logiques, et que ce tirage au sort des lots est, en plein XXème siècle, une manifestation du type magique de contentieux, d'une divinatio, à cela près que la divinité a été laïcisée en hasard.

Si l'on voulait ici appliquer un type logique de jugement, il faudrait, nécessairement, un système d'attribution des lots où l'on tiendrait compte des aptitudes ou des préférences des différents héritiers. on pourrait discuter sur le critère, mais il faudrait une attribution rationnelle en fonction de critères objectifs. Or, ici, nous avons une désignation par le sort, c'est-à-dire par-delà le sort, une désignation par la divinité. Subsidiairement, il est vrai, il y a peut-être un raisonnement sous-entendu sous cette procédure du tirage au sort : savoir que l'homme, que l'héritier acceptera plus facilement une distribution faite par le sort qu'une distribution faite par le juge, fût-ce en fonction des critères les plus objectifs. On ne discute pas le jugement du sort - parce que l'on continue, bon gré mal gré, à y voir quelque chose du jugement de Dieu - on ne le discute pas aussi facilement que l'on discuterait la raison du juge.

Les observations précédentes valent pour la divinatio. Mais que dire de l'ordalie ?... Le duel judiciaire a disparu complètement, la divinatio a laissé plus longtemps des traces. L'ordalie, elle aussi, paraîtrait avoir disparu sans laisser de traces. Pourtant, notre droit conserve une institution qui a une parenté certaine avec l'ordalie : c'est le serment, non pas le serment promissoire, mais le serment assertoire, plus précisément ce serment assertoire de forme

particulièrement énergique en droit, que nous appelons le serment décisoire, prévu par l'article 1357, 1°), les articles 1358 et suivants du Code Civil.

La partie qui défère le serment décisoire à son adversaire, dans un procès civil, place l'adversaire dans une situation de risque. C'est bien le schéma de l'ordalie. Si la partie à qui le serment est ainsi déféré jure faussement, elle attirera sur elle la malédiction divine ; c'est le postulat. Dans la mesure où le serment continue à être sociologiquement un acte religieux et, sociologiquement, on ne peut pas arriver à dissocier le serment d'un arrière fond de religion - il place la partie dans une situation de risque, comme l'ordalie. La solution du litige est attendue d'une puissance surnaturelle. Nous sommes bien en présence d'un type magique de contentieux.

B. Les difficultés d'interprétation du type magique.

Dans l'exposé qui précède, nous avons interprété un certain nombre de phénomènes en suivant l'interprétation que l'on peut dire la plus classique en sociologie. Nous avons vu dans le jugement magique un jugement oracle, un *judicium Dei*. Ces phénomènes, avons-nous supposé, attestent, dans les sociétés considérées, la croyance en une intervention de la divinité dans le contentieux. Ce sont des mécanismes d'ordre magique, destinés à provoquer l'intervention de la divinité dans le procès.

Cette interprétation est en harmonie avec une position générale de la sociologie, qui affirme la très grande puissance de la religion, *lato sensu*, du sentiment religieux dans les sociétés archaïques, la part prépondérante de l'élément mystique dans la mentalité archaïque.

Cependant, des mêmes phénomènes, des interprétations dissidentes pourraient être présentés, qui procéderaient, d'ailleurs, également de positions générales sur la psychologie des sociétés archaïques.

Deux autres hypothèses, deux autres interprétations concevables :

- l'interprétation ludique, par le jeu,
- l'interprétation rationaliste, par l'utilité pratique, par le raisonnement utilitaire.

1) L'interprétation ludique.

Elle se trouve en suspension chez divers ethnologues, mais elle a été systématisée et vulgarisée par un philosophe hollandais, qui fut professeur à l'Université de Leyde, Huizinga. Il a synthétisé ses recherches sur le problème dans un ouvrage de 1938, traduit en fran-

çais, "Homo ludens" ("L'Homme qui joue"), "Essai sur la fonction sociale du jeu".

La thèse de Huizinga est une thèse tout à fait générale ; il soutient que le jeu est un facteur fondamental de la vie humaine, aussi bien sociale qu'individuelle, et, comme il arrive dans toutes les thèses systématiques, il retrouve du jeu partout. Comment définit-il le jeu ? Pour lui, c'est une action libre, sentie par ceux qui s'y livrent comme fictive et située en dehors de la vie courante, capable, néanmoins, d'absorber totalement les joueurs.

"... C'est une action, ajoute-t-il, qui est dénuée de tout intérêt matériel, qui s'accomplit en un temps et un espace extrêmement circonscrits, qui se déroule avec ordre, selon des règles déterminées, et dans une atmosphère de passion, d'enthousiasme".

Suivant l'interprétation classique que j'avais précédemment suivie, le hasard, dans les contentieux du type dit "magique" ne serait recherché qu'avec la conviction que l'on va trouver un jugement de Dieu, un jugement divin.

Suivant, au contraire, l'interprétation ludique, dont je fais maintenant état, le hasard serait recherché pour lui-même, avec l'intention d'y trouver une source de jeu.

Suivant l'interprétation classique, le contentieux de type magique, c'est le jugement de Dieu, le *judicium Dei*.

Suivant l'interprétation ludique, le contentieux de type classique, c'est un jeu de hasard.

Il existe, sans doute, des liens plus ou moins clairs entre les deux idées ; l'issue d'un jeu de hasard peut être sentie, comprise par les joueurs comme dépendant de l'intervention de la divinité et, inversement, on peut concevoir que la divinité joue, par un jeu de hasard, le résultat du procès qu'on lui soumet. Il y a, dans beaucoup de mythologies, des exemples de dieux qui jouent aux dés ou aux cartes le sort du monde. Il n'est donc pas impossible de passer de l'interprétation proprement magique par *judicium Dei*, à l'interprétation ludique dont je parle ici. Seulement, dans l'interprétation proprement magique, l'accent est mis sur l'élément surnaturel, divin, tandis que, dans l'interprétation ludique, l'accent porte avant tout sur le jeu, qui pourrait être conçu comme une activité purement humaine.

Huizinga donne des témoignages philologiques en faveur de sa thèse ; j'en citerai un parce qu'il est transposable en langue française : le mot "lot". Le mot "lot" évoque, à la fois, une attribution par justice, (le juge du partage attribue des lots aux parties) ; mais il évoque également, dans notre langue, le jeu de hasard, la loterie. Huizinga en conclut que la justice est imprégnée de jeux de hasard.

Si nous allons au fond des choses, l'interprétation ludique nous paraît rendre très facilement compte de certaines formes du type magique de contentieux, notamment de la divinatio. Mais, à l'inverse, elle ne semble pas convenir du tout à l'hypothèse du duel judiciaire, du moins sous la forme tragique qui lui est habituelle dans le Moyen Age français, où le duel judiciaire aboutit normalement à la mort de l'un des deux adversaires.

Il est vrai que la série sociologique connaît des formes atténuées de duel judiciaire qui pourraient aller dans le sens de l'interprétation ludique, des formes atténuées où le duel judiciaire, tout en demeurant une épreuve de force physique, nous apparaît comme plus proche de la compétition sportive que du jugement de Dieu.

Ainsi, il est une catégorie de contentieux immobilier, qui est attestée, à différents points de la série sociologique, avec une fréquence remarquable, pour régler des problèmes de délimitation ou de frontières, on fera courir les deux intéressés.

Premier type, ils courront à la rencontre l'un de l'autre et la frontière, la limite sera fixée à l'endroit de la rencontre, - ce qui, évidemment, donne une prime à celui qui court le plus vite. Cela nous est attesté dans des relations que nous qualifierions, aujourd'hui, d'internationales, des relations entre tribus.

Déjà, pour l'antiquité, un texte de Salluste (dans "Jugurtha") nous explique qu'un litige de frontière entre Carthaginois et Cyrénéens fut réglé de cette manière. De même, dans des sources suisses, il est relaté que, pour trancher un litige de frontière entre le canton d'Uri et celui de Glaris, deux pâtres représentant les cantons en litige furent envoyés à la rencontre l'un de l'autre ; le point de rencontre devint la frontière des deux cantons.

Cependant, on pourrait dire que, sous cette forme, le système du contentieux par la course contient encore un élément de conflit, de duel : les litigants vont à la rencontre l'un de l'autre, chacun court contre l'autre. Il est une forme qui nous rapproche davantage de la compétition sportive et qui se trouve dans différentes sources : les deux propriétaires en litige sont mis au même point de départ, à la même marque, et on les fait courir dans le même sens ; celui qui arrivera le premier au but emportera la revendication. Ici, l'idée de jeu, l'élément ludique paraît se détacher.

Or, nous trouvons ce système dans des sources germaniques du Moyen Age, et il y a un passage du roman de Renard où deux béliers règlent ainsi devant Isengrin, un litige qu'ils ont entre eux pour la propriété d'un champ, par une course l'un à côté de l'autre ; le plus agile gagne le champ litigieux. C'est un système ludique.

L'interprétation, toutefois, paraît sans rapport avec les ordalies. Dans les ordalies, il serait difficile d'apercevoir le moindre élément de jeu. C'est justement pour les ordalies, qu'une autre interprétation a été plus ou moins systématiquement présentée : l'interprétation rationaliste à laquelle j'arrive.

2) L'interprétation rationaliste.

Cette interprétation est en accord avec une hypothèse générale de sociologie, selon laquelle la mentalité archaïque, loin d'être pénétrée de magie et de mysticisme, serait profondément pratique et utilitaire. En tout cas, elle ne serait pas totalement imprégnée de mystique et de magie ; le primitif aurait, par une sorte de séparation dans sa conscience, ses moments d'esprit rationaliste et utilitaire.

- Sinon, remarquent les tenants de cette thèse, comment le progrès technique aurait-il été concevable?... Comment l'humanité aurait-elle forgé ses outils, si la mentalité archaïque avait été totalement mystique, magique, comme on le soutient?... La technique implique un rationalisme, fût-ce un rationalisme empirique. Donc, puisque la technique est née, il a bien fallu que le primitif fût rationaliste, au moins à certaines heures de son existence, lorsqu'il forgeait ses instruments.

En suivant cette voie générale, on soutient que le type prétendu magique de contentieux, sous ses apparences irrationnelles, serait à base de calcul et de raisonnement. Il est des observateurs de la vie des non évolués pour penser que la magie juridique des ordalies n'est pas du tout dépourvue d'arrière-pensée rationnelle. C'est surtout pour les ordalies que l'interprétation a été présentée et, parfois, elle va très loin. Ainsi, pour l'ordalie du poignard brûlant que l'on applique, dans certaines sociétés, sur la langue des suspects : si la langue en sort avec une plaie, c'est que le suspect est coupable. On a dit : les glandes salivaires du coupable sont bloquées par l'angoisse. Il est bien connu, en effet, que l'angoisse nous dessèche la bouche. Ceux qui ont imaginé cette ordalie savaient à quoi s'en tenir. L'ordalie du poignard brûlant révélera le coupable, parce qu'elle n'arrive à brûler la langue qu'autant que la bouche est sèche, et l'on a la bouche sèche quand on se sait coupable. Pour être d'accord avec l'explication, il faut admettre que, dans les sociétés archaïques, les innocents se sentent plus rassurés par l'appareil de justice que dans les sociétés modernes.

Parfois, on présente l'explication plus psychologique. Ainsi, dans le duel judiciaire, le coupable, fait-on remarquer, parce qu'il se sentait coupable, partait vaincu d'avance. Qui a mauvaise conscience se défend mal. Ceux qui imaginèrent le duel judiciaire auraient fait cette observation de fine psychologie que les innocents avaient plus de chances d'être victorieux que les coupables.

Parfois, le calcul aurait été d'un autre ordre et aurait impliqué une complicité du juge, ou du pouvoir. Les épreuves auraient été systématiquement organisées de façon à sauver les accusés. Ainsi, l'épreuve par l'eau froide : tout le monde a sa chance de couler au fond de la rivière, et il faudra vraiment ne rien comprendre à la question pour surnager. Ce serait le truquage, si l'on peut dire, mais le truquage in abstracto de l'ordalie.

Du truquage in abstracto, on passe, d'ailleurs, au truquage in concreto. On admettra, par exemple, entre romanistes, que les augures devaient, tout de même, examiner le fond du litige et qu'ils voyaient le vol des oiseaux selon les exigences de la justice ; que, dans les entrailles du poulet, ils apercevaient ce que le fond du litige, rationnellement, commandait d'y apercevoir.

Au reste, des sources laisseraient croire qu'assez souvent, quand l'épreuve n'allait pas comme le voulaient les augures, on la remettait à plus tard, et on la recommençait jusqu'à ce que la divinité eût compris.

Ainsi, par un truquage in concreto, pour l'espèce, l'élément rationnel se réintroduisait dans ce qui semblait profondément irrationnel.

Seulement, s'il est possible qu'à une certaine époque, il y ait eu un agencement de l'épreuve, avec l'intention rationnelle et utilitaire que l'on suppose, il est beaucoup plus douteux que ce soit le calcul qui ait déterminé l'institution à son origine. Ici, véritablement, l'interprétation rationaliste paraît prêter un calcul beaucoup trop poussé à la mentalité archaïque.

Si, d'ailleurs, on s'attache à la dernière forme de l'interprétation rationaliste, c'est-à-dire si l'on suppose l'intervention du juge ou du pouvoir pour peser sur les épreuves, il faut convenir tout simplement que l'on est en présence d'un phénomène remarquable de sociologie juridique. La leçon à en tirer va très loin : c'est que l'indulgence est aussi naturelle au droit que l'application stricte de la règle ; que la règle, au fond, s'accommode tout naturellement d'être truquée.

Michelet a eu le sentiment que tel avait été l'agencement de l'ordalie à partir d'une certaine époque, et il a eu, à ce propos, des mots imprégnés de tendresse humaine :

"L'ordalie, dit-il, sauvait les faibles. Le prêtre qui y présidait ne refusait pas un miracle à la charité. Quel miracle plus adorable que la charité elle-même en ces temps barbares ?..."

Voilà bien, en effet, l'ultime conclusion à tirer de l'ordalie.

S E C T I O N I I

LE TYPE CHARISMATIQUE

Ce type de contentieux se définit par la nature du jugement qui le clôt ; c'est un jugement de grâce, de charisme ou bien c'est un jugement que le juge formule par une grâce qui descend sur lui, non pas par une recherche de la vérité juridique.

Dans nos catégories dogmatiques, on dira assez volontiers que le jugement charismatique est un jugement d'équité ou un jugement selon l'équité, par opposition au jugement selon le droit ou jugement proprement juridique.

Les processualistes italiens, notamment, opposent, à notre époque, le jugement d'équité et le jugement juridique (c'est-à-dire logique). Le jugement d'équité, c'est le jugement que, sociologiquement, nous appelons "jugement charismatique".

Ce type de contentieux se distingue du précédent en ce qu'il ne comporte pas d'appel à la divinité, le litige est résolu sans intervention de caractère surnaturel, par des moyens psychologiques purement humains. Toutefois, du jugement magique au jugement charismatique, la sociologie peut faire apparaître des transitions, des passages. On conçoit, en effet, que les forces surnaturelles, au lieu d'agir directement à travers la personne des plaideurs, - comme c'est le cas dans l'ordalie ou dans le duel judiciaire - agissent dans l'esprit du juge. La divinité va, en quelque sorte, descendre dans le juge et, au lieu d'éclater au milieu du tribunal, le jugement divin se manifestera à travers l'esprit du juge, parce que l'esprit du juge aura été imprégné d'un charisme, d'une grâce surnaturelle.

C'est ce qui explique certaines manifestations de la magie judiciaire, dans la série sociologique - manifestations qui ne relèvent pas du type magique dont j'ai fait état précédemment, qui paraîtraient plutôt relever du type charismatique, parce que c'est à travers la personne du juge que la grâce de la divinité va se manifester. Le juge est placé sous une influence magique ; le tribunal est un lieu d'influence magique.

Il en est souvent ainsi dans les sociétés archaïques. La cour, c'est le cercle sacré, "hieros kuklos", le cercle sacré où, sur le bouclier d'Achille, d'après l'Iliade, on voit siéger les juges ; ils siègent dans un cercle et ce cercle est magique. Mais la magie, ici, s'exerce sur le juge lui-même.

Tout lieu d'audience, dans les sociétés primitives, est une aire consacrée, comme retranchée du monde usuel, et c'est ce qui explique le rôle des arbres dans la juridiction. Il faut des arbres pour juger, pourquoi ?... Parce que les arbres sont des lieux de magie ; le charisme divin descend sur les arbres et, à travers l'arbre, va atteindre le juge qui est à l'ombre de celui-ci.

C'est ainsi que, dans la Chine antique, un recueil de jurisprudence était intitulé "Les cas de dessous le poirier". Le juge siégeait sous un poirier, arbre magique. Ailleurs, ce sera un olivier ou un acacia (l'acacia est souvent un arbre magique). Dans l'antiquité ju-daique, il nous est parlé, au Livre des Juges, Chapitre 15, verset 4, de la justice rendue sous un palmier ; au Livre d'Isaïe, Chapitre 61, verset 3, de la justice rendue sous un chêne. Saint Louis devait continuer.

Salomon avait fait recouvrir le temple de poutres et de planches de cèdre. A partir du moment où la civilisation devient plus urbaine, il est difficile de juger en plein air, mais, à tout le moins, on va transporter quelque chose de l'arbre dans la salle d'audience, on va faire des caissons de bois magique. Du reste, on peut aller y voir, c'est encore ainsi à la Cour de Cassation : il y a au plafond des bois magiques, dont l'effet se fait sentir quotidiennement.

Autre indice, philologique. Nous avons le mot "trêve", qui nous vient du germanique. On sait ce qu'est une trêve : une paix, une pacification, fût-elle provisoire, et les arbres (trees), les chênes (dru), ont toujours été des lieux de paix, des lieux de justice, car la plus grande fonction de la justice, de la justice charismatique, est de rétablir la paix.

§ 1 - NOTIONS GENERALES DU JUGEMENT CHARISMATIQUE.

L'existence du jugement charismatique est attestée dans toute la série sociologique. On peut parler d'une universalité du jugement charismatique.

A. Universalité du jugement charismatique.

1) Dans les sociétés archaïques.

A la vérité, il y a là une question de principe. Certains sociologues ont cru à l'exclusivité du jugement magique dans les sociétés archaïques. Pour eux, non seulement la mentalité archaïque est prélogique, mais la sensibilité, l'affectivité archaïque serait radicalement différente de celle de l'évolué et, dès lors, le primitif serait, par nature, inaccessible à ces sentiments qui constituent le ressort du

jugement charismatique : colère, amour, pardon, car le jugement charismatique est un jugement sensible, un jugement par sentiments.

La thèse qui excluerait le jugement charismatique de la société archaïque ne paraît pas fondée. Il est probable que les primitifs ont connu ces sentiments qui sont à la base des jugements charismatiques et qu'ils ont dû les transporter dans leur mécanisme de juridiction. Ils ont dû projeter dans leur conception du jugement d'autres expériences et, notamment, les expériences affectives recueillies à l'intérieur de la famille. Il y a place pour un jugement du père, pour un jugement du mari. Or, par nature, le jugement familial est charismatique : amour, pardon, colère, mais toujours sentiment.

Ces expériences familiales ont dû se projeter, en premier lieu, sur le jugement pénal, puis, sur le jugement civil. L'égal amour d'un père pour ses enfants a pu conduire à un jugement charismatique entre ses enfants quand il s'agissait de rétablir la paix entre eux.

Et même si l'on admet que le jugement magique est conçu comme un jugement de Dieu, est-ce que la divinité, très tôt, chez les primitifs, n'apparaît pas comme charismatique ?... Est-ce que le jugement de Dieu pouvait ne pas être un jugement largement charismatique ?... Et, dès lors, l'homme a dû, se substituant à la divinité, pratiquer, lui aussi, le jugement charismatique.

Très tôt, en effet, nous pouvons apercevoir des témoignages du jugement charismatique à côté du jugement magique dans les sociétés archaïques. On en peut citer, d'abord, des exemples de droit hébraïque. Nous avons vu, tout à l'heure, une forme de divination pratiquée dans le très ancien droit hébraïque, mais le jugement charismatique a dû, très tôt, venir prendre sa place à côté du jugement magique. Le prophétisme peut apparaître comme un courant de droit charismatique traversant le droit hébraïque.

A la vérité, on pourrait, ici, ouvrir une parenthèse et s'interroger sur la notion du droit prophétique. Peut-être, échappe-t-il à toutes nos classifications, prenant place, à côté de certains droits révolutionnaires, dans ce "droit volcanique" dont M. Gurvitch a parlé quelque part, et qui bouscule règle de droit et jugement.

Le droit prophétique, en effet, par définition, n'ordonne pas, il annonce ce qui va arriver. Il annonce ce qui va arriver à l'individu, et l'on aperçoit la différence entre jugement prophétique et jugement proprement dit. Mais le droit prophétique annonce aussi ce qui va arriver à la collectivité, et l'on aperçoit ici la différence entre la règle de droit et le prophétisme. La règle de droit ordonne à un peuple ; le prophétisme annonce à un peuple ce qui va lui arriver. C'est du droit encore, mais un droit qui échappe à toutes nos catégories.

Essayons, tout de même, de revenir plus près de nos catégories. On conçoit que le prophétisme se soit traduit, en Israël, par des jugements charismatiques. La traduction la plus immédiate, la plus banale du prophétisme a dû être le jugement d'équité. L'appel des prophètes est un appel à l'équité contre la loi trop strictement entendue.

A Rome, vous avez, bien entendu, tout le mouvement des jugements de bonne foi par opposition aux jugements de droit strict, mais, plus tôt encore dans l'histoire de Rome, je voudrais attirer votre attention sur une légende significative : celle du Roi Numa. Peu importe que Numa n'ait pas existé (ce n'est pas ce qui peut gêner un sociologue). C'est un mythe, mais un mythe significatif. Numa, c'est le juriste délieur, par opposition à Romulus, qui est le juriste lieur, et Numa délie par des jugements d'équité. On sait comment il recevait son inspiration de la nymphe Egérie, d'une femme, la femme qui est grâce, justice sensible et poétique. Il y a là une légende qui nous enseigne comment le jugement doit se former, - du moins, un certain type de jugement : il doit se former en écoutant les paroles d'un être sensible, non pas en écoutant les règles de droit. Dans le mythe de Numa, l'antiquité romaine avait exprimé la nécessité de l'équité à côté du droit strict.

Au Moyen Age, à l'époque carolingienne, nous avons des types de jugement que les sources qualifient de "judicia aequitatis", "jugements d'équité", qui étaient des jugements que le Roi aurait pratiqués en dehors de toute règle, jugements charismatiques par opposition aux jugements logiques. L'historien allemand Brunner en fit la doctrine. A la vérité, le point est aujourd'hui discuté entre les historiens, et il en est qui prétendent que ce que les sources appellent "judicia aequitatis" n'était qu'une forme du jugement logique, appliquant des lois préexistantes. Il semble bien, cependant, qu'il y ait eu, à cette époque, des jugements rendus en dehors du droit strict, même si le domaine n'en est pas aussi large qu'on l'avait cru d'abord.

2) Dans les sociétés modernes.

Je prendrai comme champ de recherches le système de la codification napoléonienne. Certes, de prime abord, il paraît bien établi que ce système se caractérise par un esprit de stricte légalité. Le légalisme de la codification a été, - dit-on traditionnellement - un héritage de la Révolution, le légalisme de celle-ci se présentant lui-même, historiquement, comme une réaction contre les abus que l'équité des parlements avait suscités dans les derniers siècles de l'Ancien Régime. (Sur l'équité des parlements, cf. Georges Boyer, Mélanges Maury, Tome II, p. 264 et suivantes).

Donc, le système du Code Napoléon paraît se caractériser par un esprit de légalité, aux antipodes du type charismatique de contentieux. Le système paraît orienté entièrement vers le contentieux de type logique.

Cependant, ce serait une vue sans nuances que de rattacher entièrement la codification napoléonienne au contentieux de type logique, sans aucun contact avec le contentieux de type charismatique.

D'abord, il est notoire que, dans le Code Civil, nous rencontrons des points d'émergence de la notion d'équité. C'est, parfois, peu de chose que ces textes du Code Napoléon qui font allusion à l'équité : ainsi, l'article 565 ou l'article 1854, alinéa 1er (ce dernier à propos des parts en matière de société). Mais un texte comme l'article 1135, qui dispose que "les conventions doivent être interprétées selon l'équité", paraît bien un appel au contentieux de type charismatique. Et, également, quoique d'une manière implicite, l'article 1244, alinéa 2, du Code Civil, qui permet au juge d'accorder au débiteur des délais de grâce ; "délais de grâce", l'expression est tout à fait caractéristique, c'est un appel au contentieux de type charismatique. Dans la législation de notre époque, surtout dans les législations spéciales, on peut suivre le développement de la notion d'équité. C'est ainsi, pour ne citer qu'un exemple, que, dans le décret du 30 septembre 1953, sur la propriété commerciale (le statut actuel des baux commerciaux), à l'article 23, nous rencontrons une notion de la valeur locative équitable qui, nécessairement, suppose le recours à un contentieux de type charismatique.

Mais, en outre, il faut, pour se faire une conception exacte de la distinction des deux types de contentieux, logique et charismatique, dans le droit fondé par le Code Napoléon, parler d'une véritable dualité de système.

Avec le contentieux de type logique coexiste un contentieux de type charismatique, un contentieux qui, dans ses structures, dans ses organes juridictionnels, est construit, si j'ose dire, charismatiquement. Et ici, d'ailleurs, le Code Civil se présente également comme l'héritier de la Révolution, car, à la vérité, l'héritage de la Révolution, sur ce point, était un héritage ambivalent. La Révolution a été legaliste, mais elle a eu également l'amour de la paix entre les hommes et spécialement entre les plaideurs, l'amour de la conciliation et de l'équité. De là, héritage de la Révolution, toute une série d'institutions qui ressortissent à l'idée charismatique.

La conception initiale de la Justice de Paix s'explique de cette manière. Cette magistrature fut d'abord conçue comme une magistrature d'équité. Cela résulte de certaines caractéristiques qu'avait le juge de paix à l'origine, au début du XIXème siècle : c'était un magistrat conciliateur.

Vous savez qu'à cette époque et jusqu'à la loi du 9 février 1949, il y avait, dans toutes les instances civiles de droit commun, un préliminaire obligatoire de conciliation devant le juge de paix, magistrat de pacification, magistrat charismatique.

Mais, en outre, à l'origine, le législateur n'avait pas voulu que le pourvoi en cassation pour violation de la loi, fût recevable contre les sentences des juges de paix en matière civile, parce qu'il désirait que ce juge pût juger en s'affranchissant de la loi écrite.

Seulement, cette conception fut assez rapidement perdue de vue par la Cour de Cassation elle-même, ou, plutôt, la Cour de Cassation n'en voulut pas ; elle chercha à étendre son contrôle sur les sentences des juges de paix et, pour cela, comme elle n'avait pas à sa disposition le pourvoi en cassation pour violation de la loi, qui était légalement irrecevable, elle déforma le pourvoi en cassation pour excès de pouvoir, qui avait été tout de même maintenu. S'agissant des justices de paix, elle développa une conception de l'excès de pouvoir qui rejoignait celle de la violation de la loi et, ainsi, elle tendit à faire rentrer dans le droit commun légaliste les sentences des juges de paix que, à l'origine, les auteurs de cette institution avaient voulu en affranchir.

Le développement de cette jurisprudence de la Cour de Cassation finit par aboutir à une réforme législative : une loi du 22 décembre 1915, modifiant la loi organique des justices de paix du 25 mai 1838, vint déclarer expressément recevable contre les sentences des juges de paix, en matière civile, le pourvoi en cassation pour violation de la loi.

C'était, en quelque sorte, abandonner la conception du juge de paix, magistrat d'équité, et l'on peut dire que le peu qui en survivait dans les mots a été définitivement abandonné avec la dernière réforme judiciaire, celle de l'ordonnance du 22 décembre 1958, qui a supprimé le nom même de "justice de paix" en y substituant l'expression de "tribunal d'instance". On est passé du contentieux de type charismatique et pacificateur à un contentieux légaliste et logique.

Donc, sur ce point, on constate que l'évolution du droit a contribué à abolir ce qu'il y avait de charismatique dans l'organisation judiciaire du début du siècle dernier. Sur un autre point, au contraire, l'esprit charismatique subsiste largement, il subsiste dans le domaine ouvert à l'arbitrage.

L'arbitrage, ici, nous intéresse, non pas en ce qu'il amène le procès devant un juge non étatique, devant un juge privé, mais bien en ce qu'il s'accommode de la clause d'amiable compositeur. À la teneur de l'article 1019 du Code de Procédure Civile, il est loisible aux parties, dans le compromis d'arbitrage, de disposer que les arbitres

pourront statuer sans se référer aux règles de droit. C'est ce que l'on appelle la "clause d'amiable compositeur".

Quand les arbitres sont ainsi autorisés, par la convention de compromis, à statuer comme amiables compositeurs, cela signifie qu'ils statueront en équité. De la sorte, un contentieux de type charismatique est expressément admis par notre Code de Procédure Civile.

Dans le domaine du droit pénal, le contentieux de type charismatique survit dans le système du jury d'assises. Le jury, en droit pénal, nous représente une organisation qui est, au moins pour partie, de type charismatique. Je dis "au moins pour partie" car, dans l'institution du jury, il y a une ambivalence, une ambiguïté. Par certains côtés, le jury participe et, même, très étroitement, du type logique de contentieux.

Nous aurons l'occasion de parler du syllogisme judiciaire. Le verdict du jury est une pièce d'un syllogisme judiciaire. Cette analyse de l'acte juridictionnel en syllogisme (règle de droit, faits de la cause, décision) se remarque particulièrement bien dans l'hypothèse du jury d'assises. Le jury d'assises répond sur les faits de la cause et la conclusion du syllogisme sera tirée, ensuite, par la Cour (aujourd'hui par la Cour et le jury réunis).

Ainsi, sous cet aspect, le jury souligne le caractère logique du contentieux pénal. Mais lorsqu'il accorde les circonstances atténuantes, lorsqu'il juge selon l'intime conviction, (une référence à l'intime conviction figure dans la formule même du serment que les jurés doivent prêter), le jury d'assises apparaît comme une institution de type charismatique. Ici, ce n'est plus la logique qui va présider à ses décisions, mais bien une intuition équitable. Le jury est, ici, magistrat charismatique. Il est donc permis de conclure que, dans notre système procédural, que l'on présente comme étant uniformément de type logique, il y a tout de même des morceaux importants qui ressortissent à l'idée charismatique.

En outre, il faut constater qu'à l'intérieur même de ce qui, constitutionnellement, représente le type logique de contentieux, une réaction antilégaliste s'est manifestée en fait ; un mouvement charismatique s'est, en quelque manière, emparé du juge logique.

Au niveau des pratiques, le système de contentieux logique ne s'applique pas dans toute sa pureté ; les pratiques, ici, ont déformé la loi, comme il advient souvent.

Considérons une hypothèse très pratique comme l'appréciation des dommages-intérêts dans la responsabilité civile de droit commun. Suivant le vœu du Code Civil, cette appréciation du quantum des dommages-intérêts devrait constituer un jugement purement logique. La loi

a posé des critères : les dommages-intérêts doivent être adéquats au préjudice objectivement constaté.

Dans certaines matières spéciales, par exemple dans la matière des accidents du travail, il en est bien ainsi, on est bien en présence d'un jugement logique, mécanique. L'appréciation des indemnités en matière d'accident du travail a pour base le salaire et l'incapacité de travail ; c'est un calcul à faire à partir de données numériques.

Mais, dans la responsabilité civile de droit commun, la pratique est bien différente. En fait, c'est à une appréciation équitable que se livre le juge de la responsabilité, ce qui explique des divergences considérables dans le chiffre des dommages-intérêts d'une juridiction à l'autre. En présence de deux préjudices identiques, il est notoire que, d'un tribunal à un autre, les chiffres de dommages-intérêts peuvent être extrêmement différents. Pourquoi ?... Parce que nous sommes ici sur un terrain charismatique.

Notamment, il est bien connu que les tribunaux ont tendance à tenir compte, pour fixer le chiffre des dommages-intérêts, de la plus ou moins grande gravité de la faute commise. Or, ceci, au regard de la loi, serait une erreur ; la gravité ou la légèreté de la faute n'influent pas légalement sur l'appréciation du préjudice. Dans notre système de droit, l'appréciation des dommages-intérêts ne dépend que de l'étendue du préjudice, sans avoir aucun égard à la culpabilité subjective du responsable. En fait, pourtant, les tribunaux en tiennent toujours compte. Cela nous montre que l'on n'est pas sur un terrain de contentieux logique, mais bien de contentieux charismatique. Il est des législations, du reste, où l'on reconnaît expressément au juge de la responsabilité ce que l'on appelle le "pouvoir de modération", le pouvoir de modérer le quantum des dommages-intérêts pour tenir compte des circonstances subjectives du cas. Telle est la portée des articles 43 et 44 du Code suisse des obligations. Les auteurs, dans ce pays, analysent ce pouvoir de modération comme un pouvoir d'équité. En France, malgré l'absence de texte, la situation pratique est comparable. La jurisprudence française exerce ici une magistrature d'équité dans la fixation des dommages-intérêts.

Je citerai un autre exemple qui vient, celui-ci, du droit pénal. Je me réfère, une fois de plus, à la pratique des audiences correctionnelles, du moins pour les affaires courantes, pour le tout venant, spécialement dans les grandes villes. Sur le siège, le président prononce des condamnations et les chiffre immédiatement, mais sans en donner les motifs ou en donnant des motifs que l'on pourrait qualifier de "motifs passe-partout", de motifs qui n'ont aucune coloration concrète ("Attendu que les faits sont constants et reconnus, 3 mois de prison, 6 mois de prison, etc...").

Dans la pratique, les motifs seront rédigés après coup et, bien souvent, par le greffier, sur des formules imprimées dont il n'y a plus

qu'à remplir les blancs. Il arrive même, dans bien des tribunaux, que jamais on ne rédige les motifs, à moins qu'il n'y ait des voies de recours ou des réclamations.

Des spécialistes de la psychologie judiciaire se sont émus de cette pratique, et ils ont fait remarquer que, si l'on avait obligé le juge à rédiger préalablement les motifs; bien souvent sa sentence aurait été différente, parce que cela l'aurait obligé à préciser ses idées, à les mettre en ordre, bref à penser son jugement. Mais je n'en crois rien: La vérité, c'est que le juge a voulu la condamnation qu'il a prononcée, et que les motifs que l'on peut lui demander de rédiger ne sont là que pour satisfaire à un légalisme formel. L'essentiel de la décision du juge, c'est cette condamnation, ce quantum de condamnation qu'il a effectivement prononcée dans un mouvement, dans une intuition, dans un jugement charismatique.

Plus largement, on pourrait faire état, au niveau des pratiques, de la tendance invincible du juge civil à choisir entre deux règles applicables (bien souvent, les faits de la cause peuvent se prêter à l'application de deux ou plusieurs règles de droit) ou entre deux interprétations possibles d'une même règle, non pas la solution qui lui paraît la plus exacte dans l'abstrait, mais celle qui, dans le cas particulier, lui semble la plus équitable.

Le juge civil, bien souvent, sinon le plus souvent, commence par rechercher quelle est la solution qui, à son idée, est la plus convenable à l'espèce et, quand il a arrêté sa décision, il cherche des motifs de droit qui puissent la justifier et la défendre. Ce qu'il pose en première ligne, c'est la décision, et le raisonnement juridique ne vient qu'après, c'est-à-dire qu'il y a un jugement charismatique, et que les apparences d'un jugement logique ne sont là que pour habiller le jugement charismatique et le défendre, éventuellement, contre un pourvoi en cassation.

Faisant la somme de ce qui précède, nous constatons que le jugement charismatique est présent partout dans la série sociologique, qu'il s'agisse des sociétés modernes ou des sociétés archaïques. Mais est-il possible de préciser ses caractères ?

B. Caractères du jugement charismatique.

Nous pouvons essayer de le caractériser, du dehors, en premier lieu, par la description sociologique, puis, du dedans, par l'analyse psychologique.

1) Description sociologique.

A priori, on peut penser que, correspondant à ce type de contentieux, il existe un type de juge, le juge charismatique. Ces mots ne man-

queront pas d'évoquer, en sociologie, une autre notion, chère à Max Weber, le sociologue allemand, qui parlait du "chef charismatique", un peu l'oint du Seigneur. On a souvent reproché à Max Weber, à titre posthume, que son type du chef charismatique avait fini par déboucher sur le Führer.

Le juge charismatique se situe à un niveau plus modeste, moins redoutable, bien qu'il y ait sur lui quelques reflets du chef charismatique, car nous savons qu'à l'origine chef et juge se distinguent mal. Cependant, ici, nous avons à considérer essentiellement sa fonction de juge. Il juge charismatiquement, de sorte que son personnage, tout de suite, va nous paraître très différent du personnage d'un juge logique, tel que nous pouvons le voir aujourd'hui dans la pratique judiciaire, sous les espèces d'un juge professionnel.

Le juge charismatique, envisagé dans la pureté du type, n'est pas un technicien du droit, c'est un personnage respecté pour son impartialité, pour la considération qu'il porte au droit subjectif d'autrui et, plus encore, au sentiment d'autrui. Pour être un juge charismatique, il faut la patience, l'habileté à persuader, une sensibilité au préjugé d'autrui, un tempérament toujours égal à lui-même.

C'est une fonction indispensable à la vie du groupe que celle du juge charismatique, en tant qu'il apaise des luttes intérieures. Le juge charismatique est, essentiellement, un pacificateur. Sociologiquement, ce sera un personnage du groupe local, seigneur du lieu ou notaire du village.

Nos justices seigneuriales de l'Ancien Régime ont répondu assez bien, au moins à une période de leur histoire, à cet idéal du juge charismatique, et, même, nos justices de paix, dans la conception originelle. En particulier, il arrivait - et ceci s'est vu jusqu'à une époque récente - que la justice de paix fût occupée, non pas par le juge de paix lui-même, mais, bien souvent, dans les cantons ruraux, par des suppléants de juge de paix. Les suppléants de juge de paix étaient des notables, un peu les seigneurs du lieu ; c'étaient, non pas des techniciens du droit, mais des pacificateurs, qui pouvaient pacifier en raison de leur personnalité, de leur influence dans le lieu. "Pour être un bon juge de paix, avait dit un des promoteurs de l'institution, sous la Révolution, il suffit d'avoir du bon sens et l'esprit de conciliation. Il n'est pas nécessaire de connaître le droit." Il est bien connu que, même les juges de paix titulaires, au XIXème siècle, abusaient de cette permission qui leur avait été donnée de ne pas connaître le droit.

Envisagé dans cette fonction charismatique, le juge paraît comme un tout autre homme que sous le premier aspect où nous l'avions rencontré, celui de juge magicien.

2) Analyse psychologique.

Le jugement charismatique présente deux traits qui l'opposent au jugement logique : c'est un jugement individuel et un jugement intuitif.

Premier trait : c'est un jugement individuel et non pas général. L'équité, c'est un droit affranchi de règles.

J'ai cité, tout à l'heure, l'article 1019 du Code de Procédure Civile. Les amiables compositeurs ne sont pas tenus de suivre les règles de droit. En équité, on ne suit pas de règles. L'équité est un droit qui cherche la solution particulière pour chaque espèce ou, mieux encore, la solution individuelle pour chaque homme. Tandis que, dans le contentieux de type logique, il s'agit d'appliquer une règle générale et abstraite, ici il s'agit de donner une solution pour un homme considéré in concreto.

Non seulement le jugement d'équité ne procède pas d'une règle, mais il ne doit pas pouvoir devenir une règle. Il n'aspire pas à se métamorphoser, par la répétition, en jurisprudence, c'est-à-dire en règle de droit coutumière. Non, c'est un jugement qui ne tire pas à conséquence, suivant la formule de l'Ancien Droit, qui n'est pas appelé à se reproduire parce que chaque espèce est autonome ; d'une espèce à une autre, le cas est absolument différent, parce que les hommes sont différents et que la solution cherchée est une solution individuelle. Mais cette solution individuelle n'en contribuera pas moins à former le droit, parce que le droit n'est pas simplement constitué de règles, de règles générales et permanentes. Le droit est constitué aussi par des solutions individuelles et temporaires. Une paix temporaire établie entre les hommes, l'apaisement d'un conflit, est un fragment du droit. Faire régner la paix entre les hommes, même une paix précaire, est une manière de créer du droit.

Second trait : le jugement charismatique est un jugement intuitif, non pas logique mais intuitif. Et, l'on peut poursuivre : non pas intellectuel, mais affectif, non pas raisonnable, mais irrationnel.

Le juge enveloppe le cas, enveloppe l'homme d'un mouvement où le cœur a autant de part et même plus de part que la raison. Le jugement charismatique est le produit de représentation à tonalité affective.

On peut, néanmoins, se poser ici, à propos du jugement charismatique, une question qui, en psychologie, se pose, d'ailleurs, pour tous les phénomènes psychologiques affectifs. On connaît la formule de Wundt, le psychologue allemand du siècle dernier : "Le sentiment n'est qu'un raisonnement inconscient".

On peut se demander, parallèlement, s'il n'y a pas un raisonnement

inconscient sous-jacent à ce mouvement du coeur que paraît être le jugement charismatique ?... Est-ce qu'il n'y a pas là-dessous une sorte de raisonnement individuel ultra-rapide ou même, plus profondément, un raisonnement ancestral, cristallisé en instinct ?...

Je vous ai donné, jusqu'ici, une vision globale du jugement charismatique, mais, passée cette première impression d'unité, on discerne, en creusant davantage, plusieurs types possibles de jugement charismatique, plusieurs charismes, si je puis dire, qui peuvent descendre sur le juge charismatique.

§ 2 - LES DIFFERENTS CHARISMES DU JUGE.

De ces différences entre les charismes qui descendent sur le juge, résultera comme une classification des jugements charismatiques. On peut distinguer ainsi : le charisme de l'intime conviction, le charisme de la charité et le charisme de la transaction. Ce sont trois voies possibles, et peut-être en est-il d'autres, par lesquelles le jugement charismatique peut se manifester.

A. Charisme de l'intime conviction.

Ce charisme caractérise une variété particulière du jugement charismatique : le jugement charismatique quant à la preuve. J'ai déjà cité la formule du serment que prêtent les jurés d'assises : ils doivent juger en conscience, suivant leur intime conviction (article 304, Code de Procédure pénale). L'intime conviction ne se laisse pas définir ; cependant, il est clair que, par le jeu de l'intime conviction, un jugement charismatique peut s'introduire ; le juge va juger, non pas d'après une démonstration rationnelle objective, mais d'après une intuition personnelle, subjective.

Le plus souvent, ce mécanisme charismatique de preuve échappe à l'investigation. Cependant, certaines manifestations particulières se détachent avec plus de netteté, et je voudrais prendre ici pour échantillon ce que j'appellerai le jugement de moralité personnelle, le jugement de moralité qui implique une subjectivisation de la preuve. Rationnellement, dans un contentieux de type logique, la preuve devrait être objective, se rapporter aux faits ; ici, elle est subjective, et se rapporte à la personnalité de l'une des parties.

Il convient de partir de la procédure pénale. On connaît cette pratique, notamment pratique d'assises, qui consiste à faire entendre des témoins de moralité. Pour le droit dogmatique et, très légitimement de son point de vue, il y a là quelque chose d'absurde : l'audition de témoins de moralité détourne le juge du seul problème qui, ration-

nellement, se pose à lui, savoir la constatation objective des faits.

Pour la sociologie juridique, au contraire, il y a là un phénomène normal, qui se situe dans une évolution du droit des preuves.

Il ne faut pas, du reste, confondre cette opposition entre preuve objective et preuve de moralité personnelle avec une autre opposition mieux connue, qui est l'opposition entre le système des preuves légales et celui de la preuve libre. Ce n'est pas exactement la même chose. Comment situer la preuve de moralité personnelle ? On conçoit un système de preuves surnaturelles. Il correspond au type magique de contentieux, dont il a été précédemment question. On conçoit, tout à l'opposé, que le juge ne veuille connaître - et ceci correspond au contentieux de type logique - que des preuves rationnelles et objectives. Mais, entre les deux, il existe un type de preuve qui correspond au type charismatique de contentieux : c'est la preuve par l'intime conviction, plus spécialement, la preuve par la moralité personnelle de l'une des parties. Il y a là une constante dans la série sociologique.

Le droit romain a connu ainsi une pratique qui nous est attestée surtout par les sources littéraires, à l'époque classique, la pratique des "advocati" en matière pénale. Ils étaient appelés pour assister l'accusé, mais ils l'assistaient de la manière la plus charismatique, la plus sentimentale que l'on pût imaginer : en vêtements de deuil, prêts à se jeter aux pieds des juges, au moment du délibéré, à leur embrasser les genoux, à pousser des lamentations. Il y avait là, en quelque sorte, un appareil affectif qui venait appuyer, par une preuve sentimentale, la démonstration de la défense.

Dans le haut Moyen Age, nous rencontrons la pratique des cojureurs, cojurantes. Vous savez que l'accusé, dans la procédure barbare, pouvait se défendre en prêtant un serment purgatoire, par lequel il jurait son innocence. Mais le serment purgatoire du seul accusé n'était pas suffisant, il fallait que l'accusé fût appuyé par des cojureurs, qui étaient des témoins de moralité. Les cojureurs venaient, en quelque sorte, attester la moralité personnelle de l'accusé, ils n'avaient rien à dire sur la constatation objective des faits qu'ils ignoraient, mais ils attestaient la loyauté, la probité de l'accusé.

Notre pratique moderne des témoins de moralité, spécialement en Cour d'Assises, rejoint cette pratique ancienne. Vous savez que la pratique des témoins de moralité a été, en quelque sorte, légalisée par l'ordonnance du 6 octobre 1960, qui a modifié l'article 444 du Code de Procédure Pénale, ainsi conçu : "Les témoins déposent, soit sur les faits reprochés au prévenu, soit sur sa personnalité et sur sa moralité." La réforme a été faite pour exclure les témoignages purement philosophiques, mais elle a explicitement consacré les témoignages de moralité.

Les témoins de moralité viennent, ainsi, devant la Cour d'Assises, faire une preuve qui est une preuve charismatique, pas du tout une preuve rationnelle.

Sans doute, on peut ici, transposant l'explication que j'esquissais d'une manière générale, tout à l'heure, se demander s'il n'y a pas là-dessous, tout de même, une part de raisonnement inconscient. Les témoins de moralité viennent attester, dans la plupart des cas, que l'accusé est un honnête homme. Si l'accusé est un honnête homme, il y a tout de même, peut-on avancer, une présomption raisonnable pour qu'il n'ait pas commis le crime ou, même, s'il l'a commis objectivement, pour qu'il ne l'ait pas commis avec intention coupable, à tout le moins avec préméditation ; ou encore, même s'il l'a commis avec préméditation, le témoignage de moralité crée la présomption qu'il ne recommencera pas, qu'il ne tombera pas en état de récidive.

Bref, on peut raccrocher, en quelque manière, cette pratique sociologique à une sorte de raisonnement inconscient. Mais toutes les considérations rationnelles que l'on pourrait sous-entendre derrière les témoins de moralité sont emportées dans un mouvement charismatique. A la vérité, les témoins de moralité sont là pour créer un courant affectif, un courant sentimental, courant sentimental qui entraînera l'adhésion du juge, parce que celui-ci ne juge pas logiquement, mais charismatiquement.

C'est du droit pénal et le droit pénal, peut-on objecter, se prête plus facilement à l'irrationnel que le droit civil. Dans le procès civil, pouvons-nous trouver l'équivalent d'un pareil système ?... En droit romain, il est un texte d'Aulu-Gelle, qui a été relevé par les romanistes ("Nuits attiques", 14-2-26). L'auteur y parle d'un cas de conscience qu'il avait lui-même éprouvé (nous sommes au II^{ème} siècle après J.-C.) en tant que judex, en tant que juge civil. Un prêteur d'argent demandait le remboursement d'un prêt dont il n'avait aucune preuve. Seulement, ce créancier demandeur était un honnête homme, tandis que le débiteur défendeur avait une réputation de malhonnêteté, il avait été maintes fois convaincu de mensonge. Comment résoudre le cas ?

Les juristes que consulta Aulu-Gelle lui répondirent qu'il n'y avait pas à hésiter, qu'il fallait débouter le demandeur, puisqu'il ne faisait pas sa preuve. Mais Aulu-Gelle consulta aussi un philosophe, et celui-ci, comme il n'est pas inattendu, fut beaucoup moins catégorique ; il préconisa même la solution contraire, et il fit état - c'est là que, du point de vue sociologique, ce témoignage littéraire est intéressant - d'un plaidoyer de Caton l'Ancien (ce qui nous reporte au II^{ème} siècle avant J.-C.) d'où il résultait qu'à défaut de preuve, le juge devait statuer, non pas, comme nous statuerions aujourd'hui, en faveur du défendeur, puisque le demandeur n'avait pas fait sa preuve, mais en faveur du "vir melior", du plus honnête des deux plaideurs.

Finale­ment, Aulu-Gelle ne se laissa pas convaincre, ni d'un côté, ni de l'autre, et il conclut par le fameux "non liquet" ; cela ne lui paraissait pas assez clair pour juger.

Ce témoignage atteste, d'une manière qui, sociologiquement, est assez caractéristique, un système primitif de jugement de moralité, où l'on ne résolvait pas la situation résultant d'un défaut de preuve avec les critères logiques que nous appliquons aujourd'hui (c'est-à-dire, à défaut de preuve, la demande est rejetée), mais avec un critère charismatique : à défaut de preuve, le plus honnête des deux doit l'emporter. Il faut se livrer à une recherche charismatique par l'intime conviction, par un jugement de moralité personnelle qui n'est pas un jugement rationnel.

Cela paraît lointain. Dans les systèmes juridiques modernes, pourrions-nous en trouver l'équivalent ? Reportons-nous à l'article 1348 du Code Civil : cet article a pour idée générale de permettre le recours à la preuve testimoniale dans un certain nombre d'hypothèses où l'écrit manque par suite d'une circonstance que l'on peut dire de force majeure. Le paragraphe 2 autorise ainsi la preuve par témoin, d'un dépôt nécessaire (dans le dépôt nécessaire, on sait qu'il convient de faire entrer le dépôt hôtelier). Or, le texte se termine ainsi : le tout, suivant la qualité des personnes. Ce texte est expliqué de la manière suivante : il ne faut pas que les hôteliers soient victimes de bandes d'aigrefins qui viendraient, en produisant des faux témoins, soutenir qu'ils avaient déposé des effets considérables dans l'hôtellerie. Le juge recherchera ce que valent moralement ces prétendus voyageurs. On voit comment cette formule "suivant la qualité des personnes" réintroduit dans notre matière un jugement de moralité personnelle, un jugement charismatique. C'est une survivance légale du témoignage de moralité dans le procès civil.

D'autre part, au niveau de la pratique, on pourrait observer des survivances du système dans les interstices que comporte le droit positif de la preuve objective.

Considérons la pratique des actions en recherche de paternité naturelle. Il y a deux débats successifs, d'après l'analyse classique de l'article 340 :

- Il faut, d'abord, prouver un des cinq cas légaux d'ouverture qu'énumère le texte,

- Puis, une fois prouvé l'un de ces cas d'ouverture qui rendent la paternité vraisemblable, il reste encore la place pour un débat au fond où il faudra que la demanderesse démontre la vérité de la paternité.

C'est dans ce débat au fond que viendra s'insérer, suivant la pratique judiciaire, un examen de la moralité respective des parties. Même si, par exemple, on a démontré le concubinage notoire du défendeur, le juge conserve le pouvoir, d'après l'article 340, de rejeter la demande. Il formera son ultime conviction, bien souvent, d'après un examen de la moralité respective des parties. Par là, un jugement de moralité personnelle, un jugement charismatique peut se réintroduire.

Semblablement, il existe une institution du serment supplétoire, prévue par l'article 1367 du Code Civil. Le juge peut, d'office, déférer le serment à l'une des parties pour compléter sa conviction : non pas pour la former d'une manière complète, mais pour compléter les éléments de conviction qu'il a déjà recueillis.

Seulement, à quelle partie va-t-il déférer ce serment supplétoire ?.. Y a-t-il ici une règle ?... Non, la Cour de Cassation a posé en principe que le juge choisit librement la partie à laquelle il déférera le serment supplétoire : ce sera la partie qui lui inspire le plus de confiance. Et, de la sorte, le jugement de moralité personnelle se réintroduit dans les interstices de l'article 1376.

B. Charisme de la charité.

Le sens courant du terme "charité" est, d'ailleurs, ici, un peu étroit ; il ne s'agit point d'une pitié condescendante qui s'opposerait à la justice, ainsi que l'on oppose les devoirs de charité aux devoirs de justice, non, il s'agit de charité au sens large et quasi théologique du terme. Peut-être "amour" serait-il plus adéquat que "charité". C'est vous dire que nous sommes ici en présence du charisme par excellence, du charisme des charismes.

1) Les sociétés archaïques.

Le charisme de la charité nous met en présence d'un phénomène général, que l'on pourrait appeler "le rôle de la charité en droit public". Suivant ce que l'on peut appeler le droit public des sociétés archaïques, à dire d'ethnologue, la gratuité a une fonction considérable dans la formation du droit privé. C'est l'occasion de répéter la formule célèbre de Mauss :

"Le don est la forme primitive de l'échange".

Beaucoup de sociologues voient dans le phénomène du don, le phénomène de la gratuité, le point de départ de tous les mécanismes juridiques. Dans ce que l'on pourrait appeler le "droit public des sociétés archaïques", la gratuité a un rôle capital. Les relations des sujets au chef s'analysent comme des relations de gratuité ; il y a une confiance spontanément faite par les sujets au chef, mais, en retour,

les sujets comptent, et ceci est essentiel, que le chef sera généreux. On lui demande, parce que c'est dans sa fonction, d'être généreux, - pas simplement d'être juste, c'est tout autre chose, il faut qu'il soit généreux, qu'il y ait dans son comportement à l'égard des sujets, dans son comportement judiciaire, aussi bien que dans son comportement, pourrait-on dire aujourd'hui, administratif, une surabondance de grâce. Il faut, au fond, qu'il rende plus à ses sujets qu'il n'a reçu d'eux, il faut qu'il soit toujours prêt à la gratuité.

Il est dans les attributions du juge archaïque d'être généreux. Ici, on peut citer un témoignage qui se trouve dans l'Évangile de Matthieu, chapitre 20 : c'est la parabole du maître de la vigne, transposition à la justice divine d'une légende certainement ancienne, concernant le juge charismatique, le juge qui exerce le charisme de la charité. En voilà l'essentiel du point de vue de la sociologie juridique : les ouvriers de la onzième heure, c'est-à-dire les chômeurs qui ont été embauchés vers 5 heures du soir, toucheront un denier chacun, comme les ouvriers qui ont été régulièrement embauchés dès l'aube ; ils toucheront le même salaire, bien qu'ils soient venus sur les lieux du travail seulement à la dernière heure, de quoi se plaindraient les autres ?

"Pourquoi vois-tu d'un mauvais oeil que je sois bon ?". C'est la formule que la parabole met dans la bouche de Dieu, mais cette formule a dû se trouver dans la bouche d'un juge charismatique. Le juge charismatique est un juge qui est généreux, plus que juste. Même si sa générosité paraît, à certains égards, tourner à l'injustice, elle doit l'emporter, parce que c'est un caractère essentiel du juge charismatique que d'être généreux.

Tout ceci semble très ancien.

2) Dans les sociétés modernes, pourtant, il y a des exemples de jugements charismatiques. Ces exemples, l'Histoire ne les retient pas toujours, ils se perdent dans l'infinité des jugements qui peuvent, dans un pays moderne, être rendus. Mais, parfois, l'un d'eux émerge. L'attention des juristes et des sociologues est alors en éveil.

Je citerai ici ce que le Doyen Gény avait appelé le "phénomène Magnaud", dont il a traité assez longuement dans "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif". Il en a parlé avec une ironie rentrée, avec toute la défiance que ce phénomène avait inspirée aux techniciens du droit.

Paul Magnaud était un juge de la fin du siècle dernier et du début de ce siècle. Il était devenu président du Tribunal de Château-Thierry en 1887, de là le surnom qui lui fut donné, "le bon Juge de Château-Thierry". Il avait été tiré de l'ombre par un jugement, le jugement Ménard, rendu en 1898, sur lequel je vais revenir. Ce jugement avait fait tellement de bruit dans le monde extra-judiciaire

que le Président Magnaud avait été accusé d'avoir cherché à se faire de la réclame.

A la vérité, malgré les insinuations des juristes, il faut constater que le juge Magnaud avait commencé à pratiquer le jugement charismatique, le jugement sentimental bien avant l'affaire Ménard, que ce jugement Ménard se place, d'ailleurs, à une époque (sous le ministère Méline), où l'on pouvait prédire que cela n'attirerait pas sur le juge qui le rendait la bienveillance immédiate du pouvoir et que, de fait, le Président Magnaud n'obtint pas d'avancement : il resta Président de Château-Thierry comme devant. On peut objecter, il est vrai, que s'il n'obtint pas d'avancement du ministère de la Justice, il en obtint du suffrage universel, car il se présenta à la députation et fut élu.

Cette bifurcation vers la politique contribua à accroître, on peut le supposer, la défiance des juristes dogmatiques et peut-être cette défiance les a-t-elle conduits à quelque injustice à l'égard du bon juge de Château-Thierry.

Je voudrais, en puisant ces informations dans deux recueils qu'il laissa ou fit publier : "Les jugements du Président Magnaud", (1900) et "Les nouveaux jugements du Président Magnaud" (1904), vous montrer tout de même quelle était sa technique charismatique, si les deux termes peuvent être accouplés.

Voici un jugement du 7 novembre 1900, relatif à une affaire d'accident du travail, mais une affaire à laquelle la loi de 1898, qui a établi la responsabilité de plein droit des patrons, n'était pas encore, pour une raison de droit transitoire, applicable. Donc, le Président Magnaud en était réduit au droit commun de la responsabilité pour essayer, - c'était le mouvement de son coeur - de venir en aide à l'ouvrier victime de l'accident. Comment s'y prend-il ? : il invoque le contrat de travail et l'article 1135 dont je vous parlais tout à l'heure, d'après lequel les contrats doivent être interprétés selon l'équité :

"Attendu, déclare le jugement, que le mot "équité" se rencontre si rarement dans le Code, où il est si souvent en lutte avec le droit, devant lequel il succombe presque toujours, qu'il est du devoir du juge de ne pas le laisser échapper et d'en faire usage dans la plus large mesure quand, par hasard, il est prononcé etc..."

Vous voyez ici, très nettement, l'appel à l'équité, le jugement charismatique de charité.

L'affaire Ménard sera mon second exemple, cette affaire qui a rendu célèbre le Président Magnaud :

Il s'agissait d'une malheureuse fille-mère qui avait reconnu avoir pris un pain dans la boutique d'un boulanger, sans le payer. Mais elle était bien notée, elle exprimait ses regrets, s'offrait à désintéresser le boulanger. L'enquête avait démontré que, depuis 36 heures, elle se trouvait démunie de nourriture. Bref, le cas était intéressant, à l'évidence.

Le Président Magnaud et ses assesseurs, - car, tout de même, il y avait les deux assesseurs, c'est un point qui n'a pas été assez étudié dans le phénomène Magnaud, et les deux assesseurs suivaient - relaxèrent la fille-mère pour deux motifs. La faim, déclarent-ils, avait supprimé le libre arbitre, de sorte que l'on se trouvait sur le terrain de l'article 64 du Code Pénal : "Il n'y a ni crime ni délit lorsque l'individu a été contraint, au moment de l'action." Et puis, ajoutaient-ils, l'amour maternel abolit en grande partie l'intention frauduleuse, de sorte que la définition de l'article 379 du Code Pénal ne se trouve plus remplie.

Il y avait les assesseurs du Président Magnaud et ils suivaient, mais il y avait la Cour d'Appel d'Amiens, et elle ne suivait pas. Elle détestait le Président Magnaud. Seulement, en l'occurrence, le terrain était délicat. Elle comprit très bien qu'elle ne pouvait condamner la fille-mère. Alors, dans un arrêt du 22 avril 1898, qui eut les honneurs de deux notes, de Roux et de Josserand (S. 1899-2-1 ; D. 1899-2-329), elle confirma la relaxe, mais avec une motivation différente :

"Attendu que les circonstances tout exceptionnelles de l'affaire ne
"permettent pas de dire s'il y a eu ou non intention frauduleuse ;
"Attendu que le doute doit profiter à l'accusée ;
"Sans adopter les motifs des premiers juges,
"Confirme."

Vous voyez l'attitude (assez discutable) de la Cour d'Appel d'Amiens : tout en essayant de se désolidariser du Juge Magnaud, elle subissait son influence et, même, à certains égards, on peut dire qu'elle renchérissait sur lui en charisme ; "Attendu que les circonstances tout exceptionnelles de l'affaire ...", mais c'est la formule même des jugements d'équité. Pour le cas de l'espèce, on peut s'affranchir de la loi. Bien entendu, il ne faudra pas recommencer dans d'autres cas, mais ce cas-ci est tout à fait exceptionnel. Et puis, il y a l'utilisation charitable du doute ; le doute, en l'espèce, c'était le doute de droit, non pas le doute de fait. La prévenue ne contestait nullement qu'elle avait emporté le pain sans payer ; le doute portait simplement sur le point de droit : l'intention frauduleuse est-elle abolie par l'amour maternel ?... Mais le doute de droit n'est pas un véritable doute, c'est au juge de le dissiper et de prendre parti pour savoir si l'intention frauduleuse est, oui ou non, abolie par l'amour maternel. En somme, les Conseillers d'Amiens eux-mêmes n'avaient pas pu se déprendre de l'esprit charismatique que le

Président Magnaud avait fait souffler dans toute cette affaire.

Je pense qu'il y a là un exemple du charisme de la charité, mais, pour un juge Magnaud qui est venu à la lumière, combien de présidents obscurs, j'en suis certain, ont pratiqué la même charité.

C. Le charisme de la transaction.

Ce que la transaction, telle que la définit l'article 2044 du Code Civil, fait par la force des conventions privées, c'est-à-dire terminer les contestations par des concessions réciproques, un jugement peut le faire par l'autorité de la chose jugée. Il y a des jugements transactionnels. Il s'agit alors, non plus de faire régner le droit, mais bien de rechercher la paix entre les hommes. Du moins, il ne s'agit plus de faire régner le droit légal, technique, car, à tout prendre, est-ce que la paix n'est pas la forme la plus haute du droit ?...

Dans le charisme de la transaction, le juge demande à chaque partie de faire un sacrifice à la paix. Sans avoir égard à la valeur juridique des prétentions respectives des parties, il impose à chacune d'elles un sacrifice pour que, de ces concessions, de ces sacrifices mutuels, la paix, la fin du litige puisse résulter.

En quoi le jugement de transaction est-il absurde ?

Si l'hypothèse est que la solution est A ou est B, il est évident que la solution ne peut, en aucun cas, être $\frac{A}{2} + \frac{B}{2}$. Il est absurde de poser l'égalité de $\frac{A}{2}$ avec $\frac{B}{2}$.

Le juge se trompe certainement en logique ; cependant, il ne se trompe pas entièrement et il est, ici, facile d'incriminer un certain manque de courage de sa part. On dit qu'il recourt au jugement de transaction parce que, avec cette sorte de jugement, il est toujours sûr de ne pas se tromper complètement : il ne se trompera jamais que pour partie.

A la vérité, cette interprétation sceptique du jugement de transaction est superficielle. Le jugement de transaction n'a point ses racines dans une crainte des responsabilités de la part du juge, mais bien dans les profondeurs du droit, la sociologie le montre. Il est remarquable que le juge le plus célèbre, le prototype du juge, celui qui est sculpté, pour représenter, à lui seul, toute la judicature, au fronton des cathédrales, soit devenu célèbre justement pour avoir pratiqué un jugement charismatique de transaction.

L'équité salomonienne est bien connue ; elle consiste à couper en deux l'objet du litige, afin que chacun des plaideurs se retire de là avec quelque satisfaction. Salomon, c'est le mythe du juge d'équité.

Je voudrais m'arrêter quelques instants sur ce mythe, qui n'est pas d'ailleurs dépourvu de signification pour une sociologie du mythe en général.

Je parlerai, d'abord, du mythe de Salomon, pour me préoccuper ensuite de ce que j'appellerai sa descendance.

1) Le mythe de Salomon.

Salomon est un personnage historique (aux environs de 971-931 avant J.-C.), un très grand personnage dans l'histoire d'Israël, un très grand roi. Il est important, du point de vue de la sociologie juridique, de souligner que ce n'est pas, à la différence de son père, David, un guerrier, c'est un civil, un juriste, le juge fait homme, et ce n'est pas à tort que la légende judiciaire s'est emparée de lui pour en faire le modèle de tous les juges.

Salomon, suivant le livre 1er des "Rois", au chapitre 3, avait adressé une célèbre prière à Dieu pour lui demander ce qu'il fallait afin de bien juger le peuple, afin de lui demander les instruments du bon juge. Il est tout à fait significatif qu'il lui ait demandé un coeur docile, un coeur qui écoute. Le texte hébreu est bien net, c'est du coeur qu'il s'agit, du coeur le siège des passions ; le siège du jugement charismatique est un coeur qui écoute, c'est-à-dire un coeur qui est ouvert aux charismes venus d'en haut. Ainsi, ce sont les instruments du jugement charismatique qui sont ici présentés comme les instruments par excellence du jugement.

Cela lui avait été donné, et Salomon fut, la chose est connue, le juge par excellence. Il a rendu des quantités de jugements, plus de 3.000, nous disent les textes. 3.000, dans une carrière même de juge supérieur, ce n'est pas tellement mal !... Mais, la vérité, c'est que, des 2.999 autres, nous ne connaissons pas grand-chose, encore qu'il y ait des chaînes collatérales, non recueillies dans la Bible, qui font état de certains jugements célèbres de Salomon, mais ce sont des chaînes beaucoup plus suspectes, où l'on a peut-être prêté au personnage de Salomon des jugements rendus par des juges d'autres pays orientaux.

Il y a, tout de même, un jugement qui a immortalisé Salomon, et c'est ce jugement qui doit retenir notre attention.

Comment le Roi était-il appelé à juger des affaires de ce genre ?... C'était tout à fait normal : dans l'organisation judiciaire d'Israël, au Xème siècle avant J.-C., il y avait, sans doute, des juges dans les différentes provinces, mais, pour les affaires importantes au moins, le Roi pouvait être directement saisi.

Il est bon de noter que la scène est datée du début du règne. Ce fut un jeune roi que Salomon ; on estime qu'il n'avait que 23 ans lors-

qu'il rendit cette immortelle sentence, et c'est tout à fait remarquable. Il y a là peut-être même une intention du narrateur biblique. C'est un jugement intuitif, non pas un jugement d'expérience. Ce n'est pas la sentence qu'aurait rendue un juge blanchi sous le harnais. D'ailleurs, certaines sources extérieures à la Bible nous le précisent, tout le monde, dans l'auditoire, s'étonna d'une pareille sentence, la sentence ne fut pas prise au sérieux, on se mit à rire. C'était une saillie de jeune homme, un coup de génie aussi, comme il arrive souvent dans le jugement charismatique.

Voilà donc, devant Salomon, ces deux femmes, ces deux prostituées, qu'il va écouter avec attention. Il faut essayer de comprendre quel est exactement l'objet du litige. Je n'ai pas besoin de retracer les faits, bien entendu, mais il faut essayer de comprendre quelle en était la portée juridique. Ce n'est pas un procès en recherche de maternité, nous sommes en présence de deux mères qui revendiquent le même enfant vivant. Mais, alors, on se demande un peu pourquoi la mère de l'enfant mort, la fausse mère de l'enfant vivant revendique avec tellement d'âpreté cet enfant qui, après tout, n'est pas le sien.

Après tout, on la concevrait beaucoup mieux accablée par la douleur d'avoir perdu son enfant. Que peut lui faire l'enfant de l'autre ?... Ce n'est pas la même chose pour une mère, l'enfant de l'autre, même s'il est du même âge que le sien. On ne comprend pas très bien l'âpreté avec laquelle la fausse mère revendique cet enfant, tant que l'on n'aperçoit pas que, derrière le procès qui nous semble civil, il y a, en réalité, un procès pénal.

L'enfant mort a été étouffé dans le lit de sa mère, pendant le sommeil de celle-ci. Or, dans beaucoup de sociétés archaïques et même assez longtemps à l'époque historique, les mères ou les nourrices ayant étouffé leur enfant dans le sommeil étaient passibles de la peine de mort.

Aujourd'hui, nous apportons, dans l'examen du problème, des considérations psychologiques qui le transforment ; nous disons que l'action commise dans le sommeil n'est pas une action consciente. Les éléments du meurtre ne se retrouvent pas, tout au plus ceux de l'homicide par imprudence, à supposer que l'on puisse démontrer qu'il y a imprudence, pour une mère, à faire coucher son enfant nouveau-né dans le même lit qu'elle. Bref, nous discuterions beaucoup le problème et nous ne condamnerions pas, ou très légèrement, la mère de l'enfant mort.

Mais, dans les sociétés archaïques, et il est à peu près certain qu'il en était ainsi, en Israël, à l'époque de Salomon, la mère de l'enfant mort risquait sa tête dans l'affaire ; de là, la passion avec laquelle elle se disculpait implicitement, en soutenant que le petit cadavre avait été mis dans son lit, qu'elle n'était pas la mère du

mort, mais bien celle du vivant.

Il n'est pas besoin de redire quel fut le jugement. Mais il faut bien en voir les deux faces.

Un premier aspect du jugement, c'est "le stratagème". Salomon opère comme un juge rusé, il monte, en quelque sorte, un stratagème, cette comédie, ce faux semblant de la mise à mort de l'enfant survivant, parce qu'il a deviné que la véritable mère préférerait perdre l'enfant que de le voir tué sous ses yeux. C'est un stratagème destiné à déceler la psychologie respective des deux femmes, celle de la mère véritable et celle de la fausse mère.

Mais il y a un autre aspect du jugement, c'est l'aspect naïf : couper l'enfant en deux pour que chaque mère prétendue en ait une part. Joseph, l'historien des antiquités judaïques, a, d'ailleurs, une variante assez significative dans le sens égalitaire : d'après lui, Salomon avait dit, non pas de couper l'enfant survivant en deux, mais de couper en deux et le cadavre de l'enfant mort et le corps de l'enfant vivant, afin que chacune des deux mères ait une moitié de chacun des deux enfants, ce qui était pousser plus loin encore le sentiment de l'égalité.

2) La descendance du mythe.

Salomon, dans son jugement, nous montre le modèle d'une justice qui recherche la solution du litige dans une transaction poussée, évidemment, jusqu'à l'absurde. Mais c'est, ici, un mythe qu'il faut saisir, le mythe de la transaction. Le juge peut apaiser les litiges par la transaction mieux qu'on ne peut les régler par la justice.

Il y avait, dans le jugement de Salomon, un aspect stratagème, un aspect de truc, qui a eu sa descendance. Il n'est que de penser à ces juges d'instruction qui en arrivent à tendre des pièges aux inculpés. Mais cette descendance-là ne nous intéresse pas.

Il y avait un autre aspect dans le jugement de Salomon : la justice transactionnelle, et c'est, au fond, la chose est très significative, cet aspect-là que la postérité a le mieux retenu. Quand on parle du jugement de Salomon, on ne fait pas du tout allusion à la magnifique ruse, à la splendide sagacité psychologique, mais bien au fait naïf, très naïf, de couper en deux l'objet litigieux pour donner au litige une solution.

Il y a quelques années, en 1957-1958, il y a eu, dans la région de Roubaix, une affaire de substitution d'enfant (affaire Derock) qui a reposé (avec, du reste, des éléments différents) un peu du problème qui s'était posé à Salomon : dans une maternité, deux enfants, à quelques jours de la naissance, avaient été échangés, - du moins, on le disait, si bien que les parents de la fille avaient eu le garçon

et les parents du garçon la fille. On plaïda à ce sujet et les juges semblaient n'y plus rien comprendre. C'est alors que des voix s'élevèrent, dans la presse, pour réclamer des solutions salomonniennes. Humainement, disait-on, pour en sortir, il fallait donner à chacun des deux couples une part de chacun des enfants : qu'à tour de rôle, les enfants aillent vivre au foyer du couple A et du couple B. On ne parlait plus de partager les corps en deux, ça ne se fait plus, mais de partager le temps en deux (c'est très à la mode). Instinctivement, le besoin du charisme de transaction s'était manifesté à cette occasion.

Que le partage par moitié de l'objet litigieux, - quoique ce partage par moitié puisse sembler une démission du droit rationnel - soit un des instincts judiciaires les plus profonds de l'humanité, cela paraît démontré par une multiplicité de témoignages, qui s'expriment dans des cas judiciaires, mais aussi dans des règles de droit dont on peut penser qu'elles cristallisent des cas judiciaires.

C'est ainsi que, à travers la série sociologique, on peut parler d'une véritable règle du doute, qui n'est point la règle rationnelle à laquelle nos droits modernes se sont arrêtés en général, savoir que le doute doit profiter au défendeur, mais une règle du doute qui s'exprime en équité salomonienne : dans le doute, à défaut de preuve, il faut partager l'objet du litige également entre les deux parties ; le doute doit profiter également aux deux parties.

Peut-être, c'est une hypothèse d'évolution, y a-t-il eu une époque plus lointaine où le doute, par une subversion, - nous sommes tentés de dire, mais à tort, une perversion - de notre conception moderne, profitait uniquement au demandeur (par une sorte de préjugé accordé à l'activité, à l'énergie). La règle tout à fait primitive a pu être que le doute devait profiter au demandeur. Et, avant d'en venir à notre règle moderne (le doute profite au défendeur), il y a peut-être eu une période mixte, salomonienne, où l'on a dit : le doute doit profiter également aux deux parties. On a alors partagé l'objet litigieux par moitié. Ce n'est qu'une hypothèse d'évolution.

Mais ce qui est certain, c'est que la règle du doute profitant également aux deux parties est attestée à des endroits très différents dans la série sociologique. C'est ainsi qu'au Moyen Age, les glossateurs construisirent une théorie qui est restée célèbre sous le nom de "théorie du *judicium rusticorum*", le jugement des paysans. C'est le type du jugement où l'on coupe en deux l'objet du litige, où l'on coupe la poire en deux, afin que chaque partie ait une fraction de satisfaction et qu'ainsi le litige s'apaise.

Les glossateurs disaient : "*judicium rusticorum*", et il est possible que, dans cette appellation, il faille sentir un certain mépris de la part de techniciens du droit à l'égard d'un type charismatique de jugement qui leur semblait le fait de l'ignorance, parce qu'ils n'en

voyaient pas la constance sociologique.

Les glossateurs avaient construit cette théorie sur un texte des Institutes de Justinien, au Livre II, Chapitre 15, § 4. A propos d'une question, au demeurant fort chatouilleuse, de substitution vulgaire, hypothèse où il est question d'une erreur du testateur, d'une part, et, d'autre part, d'une incertitude relative à la volonté réelle dudit testateur, le texte des Institutes paraît conclure que chacun des ayants droit possibles aura une partie du legs litigieux. Les premiers commentateurs traduisirent immédiatement : une partie, cela veut dire une moitié parce que le partage par moitié est le prototype du partage, le plus parfait des partages.

Sur ce texte particulier, les interprètes du Moyen Age avaient donc édifié une théorie générale du partage par moitié de l'objet litigieux. L'école du droit naturel trouva un fondement de droit naturel à cette solution qui, à la vérité, avait plutôt ses racines dans des profondeurs sociologiques irrationnelles. C'est ainsi que Grotius, dans le De jure belli ac pacis, au Livre 2, chapitre 23, pose sa règle du doute :

"Si aucun des litigants, dit-il à peu près, n'est en possession de la chose (s'il est en possession, c'est la possession qui l'emporte) ou si la possession que l'un ou l'autre peut invoquer est équivoque, de sorte que chacun paraît être en possession, celui-ci, dit-il, sera réputé sans droit qui refusera le partage offert de la chose litigieuse."

Ainsi, le juge offrira de partager par moitié la chose litigieuse, et la partie qui se refuse au partage perdra tout. Pratiquement, on la contraindra par là à accepter le partage. C'est l'équité salomonienne, en retenant l'aspect naïf du jugement de Salomon.

On peut apercevoir une application de cette règle du doute dans un code civil - assez remarquable pour la sociologie parce qu'il a des tendances populaires - : c'est le Code Civil Fédéral mexicain de 1928, qui, dans son article 20, dispose :

"Si le conflit naît entre des droits égaux ou de même espèce, on décidera en observant la plus grande égalité possible entre les intéressés."

Ce qui doit conduire, pour obtenir l'égalité entre les litigants, à partager par moitié l'objet du litige lorsque les droits paraissent égaux.

Avons-nous, en droit français, l'équivalent de cette règle du doute ? L'exemple le plus net se trouve à l'article 407, § 4 du Code de Commerce. Il s'agit d'une disposition qui a été introduite dans le Code

de Commerce par une loi du 15 juillet 1915, mais cette loi n'a fait que consacrer une jurisprudence antérieure et, par-delà, d'ailleurs, des coutumes maritimes plus anciennes, en tout cas, l'Ordonnance de la Marine de Colbert.

Il s'agit de l'abordage maritime. Dans l'hypothèse de l'abordage douteux, c'est-à-dire de l'abordage pour lequel on ne peut pas établir l'imputabilité de l'un ou de l'autre des navires, le texte dispose que le dommage se partagera par moitié. C'est la règle salomonienne, une application du jugement transactionnel, solution sage, pacificatrice. Il n'est que de voir, du reste, les difficultés inextricables dans lesquelles le droit positif français s'est lancé lorsqu'il a voulu rechercher, pour l'hypothèse voisine de la collision d'automobiles, une solution plus scientifique que le *judicium rusticorum*.

De la règle d'égalité, nous pouvons encore apercevoir des témoignages dans les articles 653 et 666, relatifs à la présomption de mitoyenneté. Lorsque la loi établit une présomption de mitoyenneté, on peut dire qu'elle partage l'objet du litige, la propriété du mur, par moitié entre les deux litigants.

On peut également rattacher, au moins extérieurement, à la même idée, la règle de l'article 716, concernant le partage du trésor entre le propriétaire du sol et l'inventeur. C'est encore une sorte de *judicium rusticorum* d'équité salomonienne.

La règle est encore attestée au niveau des coutumes, du folklore juridique, ce qui laisse bien supposer la présence d'un archétype juridique du partage par moitié.

C'est ainsi, petite chose, que, du temps, et dans les régions de France où il y avait des laitières, - (et que le lait se gâtait fréquemment), existait une coutume d'après laquelle la perte du lait gâté se partageait par moitié entre la laitrière et le client.

Chose singulière, on a vu cette règle ressurgir spontanément dans la pratique des laveries, du moins en Belgique. L'usage des laveries belges est, paraît-il, de partager par moitié entre elles et leurs clients la perte du linge (en l'absence d'une faute prouvée). La Cour de Cassation belge a eu à s'interroger, il y a quelques mois, pour savoir si c'était une véritable coutume qui s'était formée là. Elle a hésité à y reconnaître les caractéristiques de la coutume juridique, faute d'une suffisante durée, mais peu importe. Ce qui nous intéresse, c'est, au niveau de la pratique, cet instinct du jugement de transaction, du charisme de la transaction.

Au niveau des pratiques, nous retrouvons encore le jugement charismatique de transaction dans une tendance bien connue des juges civils à opérer en partage de responsabilité. Le partage de responsabilité

paraît, dans un nombre très grand de cas, aux juges, la solution équitable.

De cette tendance des juges à partager la responsabilité, nous avons, du reste, un indice indirect extrêmement frappant : la pratique des hommes de loi dans la formulation des demandes de dommages et intérêts. Il est notoire que les hommes de loi, avoués et avocats, conseillent à leurs clients d'exagérer, systématiquement, la demande de dommages-intérêts. Il faut demander 100, cela est bien connu, pour obtenir 50, et c'est bien connu parce que les juges opèrent toujours ainsi : quand on leur demande 100, ils accordent 50. Les juges ont une tendance à rabattre sur les prétentions des deux parties, parce qu'il leur semble que les prétentions des deux parties ne sont jamais vérifiées à 100 %, parce qu'il leur semble que le procès civil appelle, presque invinciblement, une transaction implicite entre les parties. A la base de cette pratique des avocats et des avoués, il y a un *judicium rusticorum* implicite.

Ici encore, on peut s'interroger s'il n'existe pas un raisonnement inconscient à la base du charisme de transaction qui emporte le juge. Pour apaiser un conflit, il faut que chacun des litigants ait un morceau du litige. C'est sur cette psychologie de la possession, de l'appropriation qu'était fondé et que reste largement fondé notre système du partage judiciaire où, à l'origine du Code Napoléon, on partageait les champs lanière par lanière, parce que les héritiers ne pouvaient être satisfaits que s'ils avaient un morceau de chaque objet constituant le patrimoine du de cuius. C'est sur cette vérité psychologique que peut être fondé le jugement transactionnel. Cependant, il est plus juste de dire que, s'il y a raisonnement, le raisonnement est emporté par un mouvement charismatique.

"L'amour de la justice absolue enseigne la beauté du compromis", la formule est de Gandhi. Rien n'est si naturel à un juge que l'esprit de compromis, parce que c'est un moyen de rétablir la paix entre les hommes, et que la paix, sans doute, est bien supérieure à la justice.

S E C T I O N III

LE TYPE LOGIQUE

C'est la forme de contentieux sur laquelle ont raisonné, avec prédilection, les juristes dogmatiques et, même, les sociologues ont emprunté aux dogmatiques la conviction que, dans la société moderne, la contestation ne tendait jamais qu'à l'application d'une règle de

droit, donc à un jugement de type logique.

Je voudrais consacrer quelques développements au type logique de contentieux, en commençant par le prendre dans son état le plus pur, pour revenir ensuite en arrière, si vous me permettez cette méthode, afin de retrouver les premiers linéaments du jugement logique, les premières formes que le jugement logique a pu revêtir.

§ 1 - LE TYPE LOGIQUE A L'ETAT PUR.

Je puis être bref parce que c'est cet aspect du contentieux qui nous est le plus familier. C'est le jugement de type logique que l'on étudie dans les cours de droit dogmatique.

Je voudrais, d'abord, me livrer à une analyse juridique du jugement logique avant de faire son analyse sociologique.

A. L'analyse juridique du type logique de contentieux.

Pour saisir ce qu'est le jugement logique à l'état pur, le type logique de contentieux à l'état pur, il faut se placer, de préférence, au niveau d'une juridiction du droit, par opposition aux juridictions du fait, c'est-à-dire au niveau de la Cour de Cassation et même, pourrait-on dire, à la belle époque de la Cour de Cassation, lorsqu'elle n'était pas encore trop contaminée par le fait. Mettez, si vous voulez, un jugement de la Chambre Civile, au milieu du XIXème siècle, lorsque prédominait l'esprit légaliste de l'Ecole de l'exégèse. Alors, le syllogisme judiciaire régnait dans toute sa pureté. Des faits, la Cour de Cassation ne s'occupait pas : ils lui étaient donnés tout prêts, tout cristallisés par les juges du fond. Le jugement se ramenait alors, pour la Cour de Cassation, à une opération purement intellectuelle, à une série de déductions à partir de la règle de droit.

A la même époque, le type logique pur trouvait une réalisation parfaite dans la procédure d'Assises, grâce à la division des fonctions entre le jury et la Cour. La majeure du syllogisme était donnée par la norme du Code pénal. La mineure, correspondant aux faits de la cause, était donnée dans le verdict du jury. La conclusion (application de la peine) était tirée mécaniquement des prémisses par la Cour proprement dite, c'est-à-dire par les trois magistrats professionnels.

Aujourd'hui, la situation est moins nette, parce que la Cour et le jury délibèrent ensemble sur l'application de la peine. Elle est moins nette aussi à la Cour de Cassation, parce que celle-ci a beaucoup moins de répugnance qu'autrefois à prendre en considération des

éléments de fait. Cependant, bien que le syllogisme judiciaire soit altéré dans sa pureté, le jugement peut continuer à être une oeuvre de logique, et le contentieux un mécanisme rationnel.

C'est ici le lieu de se référer à la définition couramment donnée de l'acte juridictionnel en droit dogmatique :

"L'acte juridictionnel, c'est l'acte qui tend à accomplir, déductivement, la règle de droit dans un cas particulier."

Sans doute, il pourra y avoir matière à interprétation de la règle de droit, mais l'interprétation elle-même se fera par voie déductive. La pratique nous montrera, sans doute, plutôt qu'un syllogisme isolé, une série de syllogismes s'emboîtant les uns dans les autres. Tout cela n'empêche pas le jugement d'être un processus logique et rationnel. Ce qui implique un certain caractère mécanique prêté à l'activité judiciaire. Au point que l'on en est venu à se demander si, un jour, le juge ne pourrait pas être remplacé par une machine. Il y a des esprits qui étudient sérieusement, à l'heure actuelle, les possibilités théoriques de la cybernétique appliquée au jugement. L'hypothèse ne se comprend qu'à partir d'une conception logique du contentieux. Elle serait inintelligible en partant du type magique ou du type charismatique.

Remarquez qu'il y aurait peut-être des réserves à faire, même d'un point de vue de droit dogmatique, sur l'analyse de l'acte juridictionnel, telle que la présente la doctrine classique. En réalité, - et l'observation en a été faite même dans la doctrine de droit dogmatique, chez quelques processualistes modernes - tout jugement est, à la fois, indivisiblement, un acte intellectuel et un acte volontaire. Dans tout jugement, il y a sans doute une opération déductive, mais aussi un acte de volonté du juge. Ce syllogisme, que j'ai présenté comme un schéma, n'est jamais accompli dans les faits avec une entière pureté. Du reste, au fur et à mesure que l'on descend dans la hiérarchie judiciaire, il est bien évident que l'examen des faits conduit de plus en plus le juge à s'écarter du modèle strictement logique. Ces réserves n'entament pas, néanmoins, la valeur explicative du schéma et le schéma rationaliste révèle bien quelle est, en la matière, l'aspiration profonde du droit dogmatique.

B. L'analyse sociologique.

Les sociologues américains dépeignent le juge logique. Après le juge magicien, après le juge grand seigneur (ces deux types de juge qui correspondent aux deux types de contentieux, magique et charismatique), nous allons voir apparaître un troisième type de juge (le reconnaitrons-nous toujours à travers les sociologues américains? Il y faudra parfois un effort de réflexion).

- Dans cette conception, disent les sociologues américains, la fonction essentielle du juge est la mémoire ; le juge, c'est, essentiellement, un homme qui est apte à se souvenir ; le juge, c'est un personnage qui est capable d'emmagasiner dans sa mémoire les règles de droit, plus ou moins abondantes, que comporte la société où il vit.

Dans une société qui se spécialise, le juge sera le membre du groupe qui se souvient le plus clairement de la pratique suivie, du précédent. Le précédent judiciaire, la jurisprudence constituent des règles de droit, règles de droit qui sont conservées, en quelque sorte, dans la mémoire de la juridiction, mais la mémoire de la juridiction c'est la mémoire du juge. Il faut une bonne mémoire pour être juge, disent les sociologues américains, il y faut l'esprit de détail, le goût de la tenue des registres. On s'étonne un peu, on ne savait pas nos juges si minutieux, si méthodiques ni même doués de tant de mémoire. Mais, alors, il faut réfléchir que, peut-être, le véritable juge se déplace ; le véritable juge à la Cour de Cassation, ce sera le juge chargé de la tenue du fichier ; le véritable juge, dans les tribunaux de commerce, ce seront les greffiers. Et, de fait, dans la pratique des tribunaux de commerce, il en est bien ainsi. Qu'est-ce que le greffier ?... C'est un homme qui se souvient. Donc, le greffier est le véritable juge. Dans les conseils de prud'hommes, c'est le secrétaire du conseil, parce qu'il se souvient de ce qui a déjà été fait dans des cas semblables.

La fonction ainsi comprise va, d'ailleurs, donner des caractères spécifiques à la psychologie du juge ; elle postule en lui l'esprit conservateur, une position d'adhérence aux précédentes, la répugnance à l'égard des expériences nouvelles. Pour que le juge crée du nouveau, il faut supposer une défaillance de sa mémoire.

Cependant, dogmatique ou sociologique, l'analyse de ce type de contentieux a été, à mon sens, trop concentrée sur le jugement et sur le juge. Je crois que, pour bien comprendre le type logique de contentieux, il convient d'opérer un déplacement du centre de gravité du juge vers les plaideurs et du jugement vers les prétentions des plaideurs, donc vers le débat qui a précédé le jugement.

Le moment le plus décisif n'est pas, comme l'analyse juridique, aussi bien que l'analyse sociologique, tendraient à le faire croire, le moment du jugement : c'est le moment de l'échange des prétentions. A la Cour de Cassation, ce sera l'échange des mémoires ; devant les juridictions du fond, ce seront les conclusions et les plaidoiries.

Les juges ont rarement le pouvoir d'invention que suppose l'engouement contemporain pour la jurisprudence. Du moins, en France. Il n'est pas réaliste de leur attribuer un tel pouvoir créateur. Sauf quand ils soulèvent un moyen d'office dans les matières d'ordre

public, ce qui est rare et, d'ailleurs, bien souvent, désastreux, même pour la logique, les juges ne font que s'approprier une des thèses soutenues devant eux. On n'y réfléchit pas suffisamment, les juges n'ont, en réalité, qu'un rôle de choix, d'option entre deux thèses qui ont été développées devant eux, deux raisonnements qui leur ont été proposés. Ce ne sont pas les juges qui raisonnent ; leur pouvoir est de choisir seulement entre deux raisonnements faits par autrui, et, par là, on est conduit à une conception du contentieux logique très différente de celle dont on était parti.

Le juge, dans ce contentieux dit "logique", n'a pas, comme on le doit, à vérifier la conformité logique d'une prétention à une règle de droit. Il a, en réalité, à apprécier la supériorité d'une argumentation logique sur une autre argumentation également logique qui lui a été opposée. Si le contentieux est logique à cause d'un syllogisme de conformité à la règle de droit auquel se livrerait le juge, il est logique parce qu'il comporte un choix entre deux argumentations logiques. Il faut même poser la question : ce choix entre deux raisonnements logiques, est-il bien lui-même une opération logique ?... C'est un choix, c'est une opération de préférence où des motifs logiques peuvent bien intervenir, mais ce ne sont peut-être pas les seuls. La logique, en tout cas, n'est pas dans le travail du juge, elle est dans le travail des parties, de chaque partie. C'est-à-dire qu'en réalité, il y a deux logiques, puisqu'il y a deux parties, deux logiques qui pourraient, a priori, également prétendre toutes deux à être prises par le juge à son compte. Deux logiques, tandis que, dans la présentation ordinaire du jugement logique, il semblerait qu'il n'y ait qu'une logique, la logique du juge, et que cette logique s'impose.

Deux logiques. Le droit est ainsi fait, il s'accommode de deux raisonnements contradictoires. C'est là le postulat même du contentieux : il y a deux logiques entre lesquelles il appartient au juge de choisir.

L'hypothèse, ainsi avancée, sera confirmée par certaines formes primitives du contentieux, dit logique et rationnel, certaines formes qui ont précédé la forme pure et abstraite que l'on considère trop exclusivement, certaines formes qui nous montreront avec quelles difficultés ce type de contentieux s'est dégagé, et combien, au fond, l'irrationnel peut subsister à l'intérieur du contentieux rationnel.

§ 2 - LES PREMIERES FORMES DU TYPE LOGIQUE.

Ces premières formes sont importantes pour comprendre certains aspects psycho-sociologiques du contentieux dans les systèmes juridiques contemporains.

Je retiendrai deux de ces formes, en leur donnant une étiquette qui est, en partie, de convention : les joutes de jactance, et la disputatio.

A. La joute de jactance.

Il faut ici se transporter (sans rire) chez les Esquimaux Caribous (tels qu'ils étaient encore au début de ce siècle).

Dans la société des Esquimaux, celui qui a un grief contre un autre (je parle au présent, et vous faites la transposition chronologique nécessaire), le défie à un concours de tambours ou de chants. C'est ce qu'un Anglais a appelé : le match du tambour (drum match), ou encore le concours de chants (song contest).

La tribu se rassemble pour assister à la scène et (fait important à noter), elle se rassemble comme pour une réunion de fête. Chacun met ses plus beaux habits, tout le monde est de joyeuse humeur ; il s'agit bien d'une fête. Les deux adversaires, en s'accompagnant du tambour, chantent alternativement des chants d'outrage, où ils se reprochent mutuellement leurs méfaits. Ils partent d'accusations, qui paraissent fondées, ou vraisemblables, mais le genre glisse vers la satire, parfois même vers la basse calomnie.

Ce tournoi d'outrages peut s'accompagner, du reste, d'une partie d'agacements physiques, disent les ethnologues, c'est-à-dire que la règle du jeu donne à chacun des adversaires le droit d'éternuer ou de respirer dans la figure de l'autre, de le heurter au front, de lui tenir les mâchoires écartées, voire de l'attacher à un pieu, ce que l'autre partie doit subir, autant que possible, avec le sourire, car tout est là !

Les assistants applaudissent, excitent les contendants. Il en est aussi - et le point doit être retenu pour achever la ressemblance avec une scène de justice -, d'autres qui dorment ! Pendant les suspensions des séances, les deux adversaires redeviennent bons amis et échangent des propos sur le ton ordinaire.

C'est un Procès. Un procès qui pourra s'étendre sur plusieurs années, avec de nouveaux chants, de nouvelles accusations. Mais, tout de même, il y aura un terme où les assistants décideront qui doit être tenu pour vainqueur.

Cette décision prise par l'assistance portera des conséquences : ou bien les litigants redeviendront amis, la paix sera rétablie, ou bien celui qui a été déclaré vaincu, celui qui a succombé, en viendra à s'exiler, par honte de sa défaite.

Il est capital de souligner que ces tribus ne connaissent aucune autre forme d'administration de la justice.

Or, il est perceptible que ce phénomène représente une transition. C'est toujours une épreuve de force comme dans le duel judiciaire d'où nous sommes partis. Mais ce n'est plus une épreuve de force strictement physique : l'épreuve est de force verbale, et déjà même un peu intellectuelle. En même temps, le caractère ludique, le caractère de jeux est très apparent dans cette forme de contentieux.

L'Européen ne peut s'empêcher de faire un rapprochement. Le phénomène paraît être de même nature que ces luttes verbales, que ces combats d'invectives qui nous sont attestés comme des formes atténuées, non sanglantes, de la guerre, dans différentes sociétés archaïques, dans la Grèce Homérique, par exemple.

Les injures homériques nous apparaissent comme des tournois verbaux qui se substituent partiellement aux tournois guerriers. Mais ces tournois d'injures, nous les rencontrons également chez les Germains, dans l'Arabie anté-islamique. Il paraît y avoir là un phénomène de transition qui se retrouve sur plusieurs points dans la série sociologique.

Il est difficile de tracer la limite qui sépare ces luttes verbales du dernier type, ces luttes verbales non juridiques, du véritable procès juridique par lutte verbale, tel qu'il se manifeste chez les Esquimaux. Mais un rapport existe, très certainement, entre les deux phénomènes. C'est au fond la même substance sociologique, et certains indices linguistiques fortifient le rapprochement. On peut en donner un exemple : le mot latin JURGIUM. C'est jus agere : mener son droit, le réaliser. Or, le terme JURGIUM recouvre à la fois les discours injurieux et les actions en justice, les procès. Nous entrevoyons bien ici comment, de l'un à l'autre phénomène, a pu se produire un glissement.

B. La disputatio.

Nous constatons avec la disputatio un affinement, une intellectualisation du phénomène constaté sous la forme de la joute de jactance dans certaines sociétés archaïques.

Les outrages, les invectives, ne disparaissent pas complètement, mais deviennent secondaires. Le principal de l'effort du combattant va consister dans un raisonnement. Néanmoins, l'aspect de lutte qui est toujours quelque chose d'essentiel dans le procès, l'aspect agonale n'est pas éliminé. Le raisonnement est asséné, en quelque sorte, sur l'adversaire. Il y a un raisonnement, mais il sert d'arme. Il est destiné moins à persuader l'adversaire qu'à l'écraser, à lui fermer

la bouche et par là même à le forcer à s'avouer vaincu. Convaincre, c'est encore vaincre. Dans l'idée de conviction, il y a toujours une idée de victoire, donc de guerre et de combat.

C'est pourquoi chacun des discours dans la disputatio s'adresse à l'adversaire, le point est capital - à l'adversaire plutôt qu'au juge. Le rôle du juge n'est pas de déterminer quel est celui des deux raisonnements qui est exact, mais de constater quel est celui des deux litigants qui a mis l'autre hors de combat. C'est une transposition en terme intellectuel, du duel judiciaire. Nous n'avons plus affaire à un tournoi armé comme dans le duel judiciaire : le tournoi est intellectuel, mais l'idée de tournoi, de lutte demeure à la base.

L'illustration la plus directe de l'idée se trouverait peut-être dans une forme de procès que l'on dit avoir été pratiquée dans certaines ethnies des Indes Néerlandaises. La chose avait été observée par des ethnologues néerlandais au début de ce siècle dans les procès "adat" (le Droit Adat, c'était le droit indigène des peuples des Indes Néerlandaises). Dans les procès adat, on rencontrait la procédure suivante : chacun des orateurs, que ce fût l'un des plaideurs lui-même, ou un avocat, chacun des orateurs fichait en terre une baguette toutes les fois qu'il avait asséné un argument. A la fin, il n'y avait plus qu'à compter les nombres de baguettes de part et d'autre.

Vous apercevez la transposition possible du système. Il n'est pas sûr que l'on n'ait pas plaidé de cette manière devant des tribunaux français au XIXème siècle combien chacun des deux adversaires apportait-il d'arrêts de la Cour de Cassation. A la fin du procès, il n'y avait plus qu'à compter les arrêts de part et d'autre.

A la fin du Moyen Age, puis au XVIème siècle, au XVIIème, on assiste, en Europe Occidentale, à une sorte de réveil progressif de la raison, du raisonnement, bref, à un triomphe du raisonnement, et bientôt à une griserie du raisonnement. On raisonne, on raisonne à perte de vue.

L'observation a souvent été faite, et elle est significative, que les héros de Corneille, (l'avocat normand), même au plus fort de leurs passions, argumentent comme des plaideurs dans un procès. Et ce n'est pas mal vu.

En vérité, c'est la même substance de tournoi intellectuel qui, à cette époque, alimente la littérature, le contentieux, et également, il faut le dire, la théologie - la même substance de disputatio.

Les procès se font en forme de disputes théologiques, et réciproquement les disputes théologiques (vous savez combien elles furent nombreuses et capitales au XVIème siècle), se font en forme de procès.

La disputatio théologique du XVIème siècle entre Catholiques et Protestants, montre bien le passage de la forme agonale à la forme intellectuelle du tournoi.

Il y eut, en effet, au XVIème siècle, de nombreux colloques organisés entre Catholiques et Protestants en Allemagne, et même en France.

Ces colloques, ces disputations, étaient de plusieurs types ; le type originel, rudimentaire, et significatif en ce qu'il a de rudimentaire, c'est un tournoi verbal où chacun des contendants assène ses arguments sur l'adversaire. D'un côté, un prêtre ou un moine catholique, de l'autre, un Ministre Réformé. Le vaincu, dans la dispute, c'est celui, non pas qui fournit les raisons les plus faibles, c'est celui dont l'argumentation faiblit et faiblit même visiblement le plus vite, celui qui est le plus vite "au bout de son rouleau", celui qui, le plus vite, est obligé de se taire.

La décision, en cette première forme de disputatio, découle d'un rapport de force psychologique, mais d'une psychologique qui est aux limites du physique. Ce rapport des forces est constaté par l'auditoire, qui le sanctionne immédiatement par ses applaudissements, ou ses huées. C'est le système grossier qui survit encore, en période électorale, dans nos réunions contradictoires des périodes électorales.

Il y eut, dans la première époque luthérienne, beaucoup de rencontres de ce type, notamment une rencontre célèbre entre LUTHER lui-même et son adversaire catholique ECK, en 1519.

Mais, assez vite, l'on en vint à un type plus raffiné de disputatio, où la décision, au lieu d'être remise à une foule anonyme et sujette à des élans irréfléchis, était donnée à des juges, ou du moins à des arbitres. Ainsi, en Suisse, les disputations théologiques étaient organisées devant des représentants des Etats. Un orateur catholique et un orateur réformé venaient "disputer", et c'est le collègue des magistrats qui tranchait le procès et décidait à quelle religion passerait la cité.

Il y eut de ces disputations qui tournèrent à l'avantage des réformés, d'autres à l'avantage des catholiques - ce qui fixa l'histoire religieuse des cantons. On voit, en tout cas, en quoi le système peut intéresser la sociologie juridique : nous sommes en présence d'un tournoi intellectuel porté devant un véritable juge.

Un degré de plus, et le système va rejoindre le procès charismatique et le contentieux de transaction. On réunissait les représentants des deux confessions, on les faisait argumenter, raisonner, mais on leur demandait de transiger, d'arriver à un accord par des concessions réciproques. Il y eut ainsi en Allemagne - mais le succès n'en

fut jamais très durable -, des compromis entre Luthériens et Catholiques.

On peut apercevoir par là combien cette notion de la disputatio est une notion fondamentale pour la compréhension de l'évolution générale du contentieux.

Il existe, pourrait-on dire, une technique générale de la conviction qui ne s'est que peu à peu dégagée de l'épreuve de force, de l'épreuve physique. Cette technique de la conviction a donné naissance à notre contentieux de type logique, et elle continue même aujourd'hui à en constituer largement la substance.

Il ne faut pas que le contentieux logique oublie quelles ont été ses origines. Il les puise dans le tournoi intellectuel. Ce qui emporte cette conséquence que le centre de gravité du procès, si l'on veut atteindre le fond de la réalité sociologique, doit être cherché non dans le jugement, mais dans le procès, non dans l'activité des juges, mais dans celle des plaideurs, des contendants.

CH A P I T R E I I

LE M E C A N I S M E G E N E R A L DU C O N T E N T I E U X

J'entends par là l'ensemble des phénomènes sociologiques (et psychologiques), qui constituent le contentieux : procès, jugement. Mais nous n'étudierons plus ces phénomènes d'un point de vue évolutif, par la méthode historico-comparative, à travers la série sociologique, comme nous l'avions fait dans le chapitre précédent. Nous les étudierons d'un point de vue statique, en nous plaçant principalement dans les sociétés modernes, notamment dans la Société Française. Ici, il nous faudra démontrer en quelque sorte ce phénomène général du contentieux.

Très tôt, on a fait des observations psychologiques sur le contentieux, des observations empiriques. La preuve en est dans certaines règles traditionnelles de notre procédure civile, qui, visiblement, cristallise des observations venues d'une psycho-sociologie empirique. Je citerai quelques exemples :

Jusqu'à une époque relativement récente, existait dans notre procédure civile, la prohibition de ce que l'on appelait l' "Appel ab irato" : il était interdit, en matière civile, de faire appel dans les huit jours qui suivaient le prononcé du jugement. C'est la vieille idée que l'on a huit jours pour "maudire ses juges". L'observation qui avait servi de base à cette interdiction de l'appel dans la huitaine du jugement, était une observation élémentaire de psychologie procédurale : le plaideur perdant, irrité d'avoir perdu, ferait toujours appel dans le premier feu de sa colère.

C'est encore d'une observation de psychologie empirique que découle la règle qui est inscrite dans le décret du 30 mars 1808 sur la police des tribunaux, d'après laquelle, dans le délibéré, c'est le dernier reçu des juges qui donne son avis le premier. Psychologie élémentaire : le plus jeune ou le plus nouveau risquerait d'être impressionné par l'avis des collègues plus anciens.

Citons encore notre institution de l'évocation (art. 473 du Code de Procédure Civile) : lorsqu'un jugement est réformé, les juges d'appel

ont le pouvoir d'évoquer l'ensemble de l'affaire. Pourquoi ? Une observation psychologique empirique avait montré que, si, après avoir donné tort aux premiers juges sur un incident de procédure, on leur renvoyait la connaissance de l'affaire, ils seraient vexés et mal disposés à l'égard du plaideur qui les auraient mis dans cette situation.

Aujourd'hui, les observations de sociologie et de psychologie judiciaire sont devenues plus scientifiques. Deux courants principaux les alimentent.

Le premier courant, d'origine européenne, est principalement orienté vers la psychologie. Le second, représenté surtout aux Etats-Unis, est constitué par des recherches plus strictement et objectivement sociologiques, (menées notamment par voie d'observation statistique).

Cependant, aux Etats-Unis comme en Europe, le centre de gravité de l'étude est toujours le juge. Cela peut se comprendre, d'ailleurs, plus facilement pour les Etats-Unis que pour l'Europe, parce que le juge est souvent là-bas un personnage considérable. C'est toujours l'activité des juges que l'on considère beaucoup plus que celle des plaideurs. Aussi, la recherche reste-t-elle fragmentaire. Elle néglige trop le procès, au bénéfice du jugement. Il faut essayer de redresser quelque peu cet infléchissement.

Je voudrais donc m'efforcer de dresser un tableau plus général, où le procès ne serait pas sacrifié au jugement. Mais il ne pourra être approfondi, car le temps nous manque. Nous devons souvent nous contenter d'indiquer l'existence des problèmes.

S E C T I O N I

LE PROCES

On s'est interrogé sur la nature et sur les causalités de ce phénomène psycho-sociologique qu'est le procès.

1 - RECHERCHES DE NATURE.

Quelle est la nature du procès ? Nous allons essayer d'abord d'en tracer un schéma, assez valable pour le procès en général. Nous aurons ensuite à y réintroduire quelque diversité, en recherchant s'il n'existe pas plusieurs types de procès, étant bien précisé que nous ne revenons pas sur cette différenciation des procès qui peut correspondre à la différenciation des contentieux historiquement constatée.

A. Le schéma général du procès.

La sociologie juridique dispose ici d'analyses qui lui sont offertes, soit par les juristes, soit par les sociologues. Ce ne sont pas toujours, d'ailleurs, des analyses très conscientes.

1) Les analyses des juristes.

Bien entendu, nous ne parlons pas ici des analyses techniques du procès, que l'on peut rencontrer chez les spécialistes de la procédure civile. Ils recherchent la nature juridique du procès en tant que complexe de relations entre les plaideurs - le lien juridique d'instance - ou encore entre les plaideurs et le juge - le droit d'action -, mais ceci relève de la pure technique juridique et nous n'en pourrions pas tirer grand chose pour la sociologie juridique.

Ce qui peut nous intéresser, c'est la vision philosophique, et par là même souvent psycho-sociologique que l'on peut rencontrer chez des juristes non strictement techniciens, des juristes qui ont quelque peu médité en philosophes sur ce phénomène capital de leur matière qu'est le procès.

Or, tout de suite, nous allons être frappés de trouver, chez les juristes, deux grands courants, deux grandes attitudes opposées concernant le procès : une attitude optimiste, une attitude pessimiste.

a) Il y a d'abord l'attitude optimiste : le procès, c'est la réalisation bienfaisante du Droit. Partout où existe un droit subjectif, il est de toute nécessité, de toute utilité, que ce droit subjectif trouve son action en justice. Le Droit appelle le Procès tout naturellement, tout normalement, et comme le disait un adage juridique du Moyen Age : ubi jus, ibi, remedium, partout où il y a un droit, il doit y avoir un remède judiciaire, c'est-à-dire une action en justice.

Vous connaissez d'autres formules encore : l'action est le droit subjectif sur pied de guerre. Le droit subjectif au repos porte la toge, il est in toga ; s'il est contesté, il revêt le manteau de guerre, l'action en justice, c'est le droit subjectif in sago. Mais droit subjectif et action, c'est au fond la même chose. Et le Procès n'est que la projection du droit, la garantie du droit, la garantie des Droits de l'Homme. Dans un système de Droit libéral et individualiste, les juristes ne peuvent que professer une confiance complète dans le mécanisme du procès.

Cette conception optimiste paraît bien avoir sa source dans le Droit Romain. Le rapport de droit, disait à peu près un texte du Digeste, le rapport de droit engendre l'action en justice.

Sur ce texte du Digeste, Théophile, dans sa paraphrase, devait écrire la formule : le rapport juridique (l'obligatio) est la Mère des Actions en justice. Tous les glossateurs du Moyen Age mettront l'accent sur cette idée : le Droit engendre le Procès. Sous-entendez : c'est tout à fait naturel, et il n'y a qu'à s'en féliciter.

La doctrine classique du XIXème siècle devait développer ce point de vue. Il faut dire que le XIXème siècle est une époque où partout en Europe (ou presque partout), l'action en justice, le procès, ont fonctionné avec régularité, avec efficacité, ce qui était bien propre à susciter l'optimisme, voire l'enthousiasme.

En Allemagne, Ihering insista sur l'idée que le procès était non seulement un droit, mais un devoir pour le citoyen. Le citoyen a le devoir de réaliser le droit, et par conséquent, le devoir de faire le procès. C'est le combat pour le Droit. Chaque citoyen est un champion du droit et a la responsabilité, dans sa sphère particulière, de réaliser le droit. Faire le procès dans sa sphère particulière, c'est contribuer à la réalisation du droit, au bénéfice de la société toute entière.

Tel est le courant optimiste.

b) En face, nous distinguons un courant pessimiste, dont l'origine chrétienne paraît indéniable.

Il ne vient pas de l'Ancien Testament ; dans l'Ancien Testament au contraire, nous pourrions trouver, comme en Droit Romain, l'idée optimiste, l'idée orgueilleuse, de la bienfaisance du procès.

Il existait, chez les Hébreux, une coutume, à laquelle un texte fait allusion au Livre de Job, chapitre 21, verset 36 : celui qui avait gagné en justice, se faisait donner une copie du jugement rendu en sa faveur, et il la portait glorieusement attachée à son épaule... comme une couronne, dit le texte précisé.

Sans doute, par la suite, l'enthousiasme baisse. Au livre apocryphe que l'on appelle "l'Ecclésiastique", au chapitre 8, verset 1 et suivants, se trouve une recommandation de ne pas plaider. Mais c'est une recommandation de pure sagesse humaine. Le texte ajoute : ne fais pas de procès avec le Puissant, ne fais pas de procès avec le riche parce qu'il pourrait acheter le juge, (Vous le voyez, c'est uniquement de la prudence), ne fais pas de procès avec le bavard, avec celui qui a trop de langue, parce qu'il t'écraserait (de son raisonnement ; on perçoit ici la persistance de l'idée du tournoi verbal). Tout cela ne sort pas d'une prudence terre à terre. Il s'agit seulement de ne pas faire de mauvais procès, de ne pas s'engager à la légère dans un procès contre quelqu'un de plus fort qui pourrait vous battre. Mais, en soi, le procès n'est nullement contre-indiqué.

Au contraire, dans le Nouveau Testament, l'exigence est bien plus radicale. Sans parler du texte "Ne jugez pas", qui peut s'entendre d'un jugement moral plutôt que juridique, il est certain que dans l'Évangile de Matthieu, chapitre 5, verset 24, il est dit : Hâte-toi de t'arranger avec ton prochain, avec celui de qui tu es séparé par un différend. Dans la première Épître de Paul aux Corinthiens, chapitre 6, verset 6, la recommandation se fait plus précise, et elle devait peser sur tout le développement de la conception chrétienne en matière de procès :

"Certes, c'est déjà de votre part une faute, que d'avoir des procès entre vous. Pourquoi n'endurez-vous pas plutôt une injustice ?"

Sans doute, l'organisation de l'Église, très tôt, devait refouler cette sorte d'anarchisme évangélique, cet évangélisme anti-procédural, anti-judiciaire, ou du moins, en canaliser l'évangélisme, vers les voies des juridictions ecclésiastiques.

Néanmoins, cet évangélisme devait ressurgir et nourrir tout un courant doctrinal d'hostilité aux procès, - ceci chez les esprits les plus religieux. Notamment au XVII^{ème} siècle, tout le courant janséniste se manifestera dans le plan judiciaire par une hostilité religieuse, une hostilité de principe aux procès.

Le moraliste janséniste NICOLE publie contre les procès un petit traité inspiré par un procès dont il avait été le spectateur affligé à l'intérieur de sa famille.

DOMAT, surtout, dont l'affiliation au Jansénisme est bien connue, dans son "Traité des Lois", chapitre VII, s'exprime en ces termes : il y a trois sortes de troubles qui blessent l'ordre de la Société, les Procès, les Crimes, les Guerres.

Que les trois faits soient mis sur le même plan à quelque chose d'extraordinaire.

Tout de même, et DOMAT ne pouvait pas ne pas le voir, il y a une différence essentielle pour un juriste entre les procès, les crimes et les guerres ! Les crimes et les guerres, ce sont des faits contre le droit, tandis que le procès est une institution juridique, une institution qui, à ce qu'on nous l'enseigne, est destinée à réaliser le droit. Comment le Droit peut-il instituer des mécanismes qui blessent l'ordre de la Société ?

La contradiction était d'ailleurs aggravée en quelque sorte, par la personnalité de ceux qui parlaient ainsi, car le Jansénisme se recrutait avec prédilection chez les hommes de loi, en particulier chez les magistrats. DOMAT, lui-même, était magistrat. Par le système des épices, par la vénalité des offices, les magistrats étaient les premiers à bénéficier de la multiplication des procès.

On ne peut s'empêcher de songer ici aux Puritains qui accumulaient le capital et, en même temps, le dénonçaient, et enseignaient le mépris des richesses. Il serait superficiel, pourtant, d'apercevoir une hypocrisie dans cette attitude. Il faut fréquenter la justice pour en bien voir la vanité, et bien qu'on la voie, on peut estimer que l'on a le devoir de persévérer dans l'état où Dieu nous a placés et de faire comme si tout cela était sérieux (comme si, tout est là).

Il est, d'ailleurs, possible que des particularités du Droit du XVIIème siècle aient contribué à développer cette attitude pessimiste à l'égard du procès.

Le droit de l'Ancien Régime, notamment le droit civil, se caractérise par une grande incertitude, laquelle nourrit les procès. Les procès, d'autre part, sont alors interminables, les frais de justice, très lourds, ce qui explique d'ailleurs que, par delà les juristes, c'est l'Opinion Publique toute entière qui professe une sorte de scepticisme, au XVIIème siècle, à l'égard des procès. Toute la littérature classique est là pour l'attester. C'est un des poncifs du classicisme que les railleries à l'égard des procès. Rappelez-vous LA FONTAINE, BOILEAU, RACINE, FURETIERE (dans le Roman bourgeois), c'est à qui dénoncera les petitesesses, les faiblesses des gens de justice et de la Justice.

Il se peut que ces particularités du Droit du XVIIème siècle se retrouvent à notre époque et que cela ait contribué à faire revivre le second courant. Le Droit est de nouveau incertain ; les procès se sont plutôt allongés ; la partialité des juges, non pas partialité personnelle, mais partialité de tendances, sur laquelle nous reviendrons, peut être à nouveau dénoncée. De là, un nouveau courant de scepticisme, de détachement à l'égard de l'action en justice et du procès. Ainsi, faisant le bilan de l'évolution historique, nous constatons la coexistence des deux attitudes. Deux conceptions du procès se sont partagées la doctrine juridique (et également l'Opinion Publique) : la conception optimiste, pour laquelle le procès est une projection bienfaisante du Droit, est inséparable du Droit, et la conception pessimiste selon laquelle le procès est une sorte d'excroissance parasite qui a poussé sur le Droit.

Mais que disent les sociologues sur le procès ?

2) Les analyses des sociologues.

A ce qu'il semble, les sociologues ne se sont pas occupés directement du procès. Toutefois, on rencontre, en sociologie générale, des schémas qui sont devenus classiques, relatifs aux inter-actions humaines, et il est permis de se demander si tel de ces schémas n'est pas applicable à cette relation entre les hommes, entre les plaignants, qu'est le procès.

Il faut partir d'une notion de la sociologie, de la psycho-sociologie américaine surtout, la notion d'inter-action.

Il y a aux Etats-Unis une sociologie dite relationnelle qui insiste sur cette idée de relation entre les hommes, d'inter-action entre les hommes. L'inter-action humaine, c'est le contact réciproque entre deux ou plusieurs personnes. Sans inter-action, nous disent les sociologues, il n'y aurait pas de vie sociale, de vie de groupe ; c'est quand des personnes, des groupes travaillent, jouent, parlent ensemble, en se référant à un but commun, ou bien quand elles rivalisent, se querellent, se menacent, que la vie sociale est présente. Il faut qu'il y ait inter-action.

Mais ceci étant posé, et cette espèce de définition que je viens de citer le laisse pressentir, il existe plusieurs sortes d'inter-action. La psycho-sociologie rationnelle distingue trois sortes de relation, trois sortes d'inter-action : les relations de compétition, de coopération, et de conflit.

Relations de compétition : le type en est donné par la concurrence. La concurrence, telle qu'on peut l'imaginer entre deux commerçants, est une inter-action humaine, une relation entre hommes, une relation de compétition.

Le jeu est également une relation de compétition : ce n'est pas un conflit, car il y a unité, identité de but ; ce n'est pas une coopération, parce que chacun va à son but, au même but, par des voies différentes.

D'autres relations sont des relations de coopération. Tel est le cas de la plupart des relations juridiques. Les relations de famille sont des relations de coopération, les relations à l'intérieur d'une association ou d'une société constituent également des relations de coopération, mais même plus largement, il semble que pour les sociologues de cette école, tous les contrats se traduiraient par des relations de coopération. Vision peut-être un peu trop optimiste ? Je ne suis pas sûr que le contrat, à un certain stade de son développement, ne puisse tourner à la relation de conflit, mais peu importe ici. Nous n'avons besoin que du schéma général de cette école.

Restent les relations de conflit.

Le procès est une relation de conflit.

Sans doute, il y a d'autres relations de conflit que le procès. Dans ce schéma de sociologie générale, on range dans la catégorie "relations de conflit", des phénomènes aussi divers que la lutte des classes, le conflit des générations, la grève, la brouille, la rixe, enfin le procès.

Ce qui est singulier - et les sociologues n'insistent pas assez là-dessus -, c'est que dans le procès, le conflit est monté par le droit, organisé par le droit. Il paraît être nécessaire au droit. Sur ce point, les sociologues n'ont pas suffisamment prêté leur attention à la spécificité du phénomène.

Parmi les sociologues de langue française, il en est un qui a consacré quelques développements à cette notion des relations de conflit, c'est Eugène DUPREEL, professeur à l'Université libre de Bruxelles, qui a publié en 1948 un traité de Sociologie générale. Il classe les conflits selon leur acuité. Il oppose par exemple la brouille, la rixe, le procès. Le procès représente un degré déjà aigu par rapport à la brouille, conflit atténué, mais un degré de moindre intensité par rapport à la rixe.

Ce qui est intéressant, c'est que la substance psychologique est la même, et que l'on peut imaginer le passage de l'un à l'autre phénomène, de la brouille au procès, du procès à la rixe.

DUPREEL a construit des "théorèmes" (c'est ainsi qu'il les appelle), procédant d'une psycho-sociologie très déductive, théorèmes qui régiraient les conflits entre les hommes.

Ces théorèmes pourraient-ils se vérifier à l'occasion du procès ? En voici un : tout antagonisme tend à s'étendre aux tiers, qui le développent en prenant parti.

Sans même remonter dans la série sociologique jusqu'aux cojureurs, la psychologie des témoins, dans le procès, pourrait assez bien illustrer ce théorème. Egalement certains procès célèbres, qui mobilisent, en quelque sorte, l'Opinion Publique. Pour prendre un exemple refroidi par l'histoire, dans l'Affaire DREYFUS, tout le monde prenait parti.

Autre théorème de Dupreel : quand deux adversaires, deux contendants sont en contact avec un tiers, deux éventualités sont probables : ou que ce tiers prenne parti pour l'un des deux adversaires, ou s'il reste parfaitement neutre, que les deux adversaires le traitent plus ou moins en adversaire.

On peut songer au juge avec qui les deux contendants sont en contact. Le juge est reconnu par les deux parties. Celles-ci sont, en quelque manière, d'accord avec lui pour lui soumettre le procès. Il y a, entre les parties et le juge, à l'origine, des rapports positifs. Mais, à partir du moment où le juge aura condamné l'un des deux contendants, on peut penser qu'il va se le mettre à dos, et l'on verra, à ce moment-là, si les passions sont assez chaudes, le plaignant perdant devenir l'adversaire du juge. Cela pourra se manifester par une prise à partie ; le procès dérivera vers le juge. Chez les

grands processifs, on a pu constater des phénomènes de ce genre.

Ou bien, si le juge pousse la neutralité jusqu'à renvoyer les deux contendants dos à dos, on peut présumer qu'il se fera un ennemi de l'un et de l'autre ; aucun des deux n'acceptera cette solution.

Mais ce genre de schéma est beaucoup trop général, beaucoup trop abstrait. Certainement le procès se présente avec une plus grande richesse de types.

B. Diversité des types.

Malgré l'unité du concept juridique, technique de procès, ce concept ne saurait recouvrir des réalités concrètes aussi dissemblables que, par exemple, un procès en bornage entre deux paysans voisins qui se passent ce procès de famille de génération en génération, d'une part ; et d'autre part, un procès purement technique entre deux compagnies d'assurances. Sociologiquement, ce n'est pas la même substance.

Il y a nécessairement, quelque part, des facteurs de diversité que nous devons faire apparaître, d'où résulteront des types différents de procès.

Parmi ces facteurs de diversité, il en est que l'on peut qualifier de juridiques ; il en est d'autres qui sont sociologiques.

1) Facteurs juridiques de diversité.

Je m'en tiens au Droit Civil : j'y trouve une catégorie que les procéduriers connaissent bien : il y est question de procès d'avoués. Ce qui fait les procès d'avoués, c'est cette circonstance de droit procédural que, pour les procès portés devant certaines juridictions (tribunaux dits de droit commun : tribunaux de grande instance, cours d'appel et cour de cassation), le ministère d'un avoué est obligatoire. Les parties ne comparaissent pas personnellement. Comparaître, pour elles, c'est constituer avoué.

Ce facteur, bien que juridique, est sociologiquement important. Il traduit l'intervention des hommes de loi dans le procès. Il faut remarquer, du reste, que cette intervention tend à se développer à l'époque actuelle au-delà de la catégorie dogmatique des procès d'avoué, en ce sens que, facultativement, bien souvent, les plaideurs, de plus en plus, recourent à un homme de loi même quand ils n'y sont pas obligés. Notamment, il y a des agréés près les tribunaux de commerce, des agents d'affaires près les tribunaux d'instance, et devant les uns et les autres, il est courant de se faire représenter par un avocat.

Or, quelle est l'incidence psycho-sociologique d'un tel phénomène ? Les hommes de loi vont former un écran entre le juge et les plaideurs, vont filtrer la procédure, amortir les passions. Le rôle des hommes de loi, ici, est de refroidir le procès, de lui enlever de son caractère passionnel.

La relation de conflit que nous avons vue exister, schématiquement, dans tout procès, entre les deux plaideurs, cette relation de conflit va se trouver atténuée par l'interposition des avoués et avocats.

Normalement, cette relation de conflit entre les plaideurs ne sera pas remplacée par une relation de conflit entre leurs représentants.

Il n'est pas vrai que dans la pratique moderne les avocats ou les avoués, les représentants des plaideurs, épousent en quelque sorte la cause de chacune des parties et deviennent les champions des litigants.

Cela pourrait se trouver encore peut-être, dans quelques petits tribunaux où survivent des sentiments juridiques archaïques. Mais dans la plupart des tribunaux à notre époque, c'est une relation, non pas de conflit, mais tout au plus de compétition qui existe entre les deux hommes de loi, de compétition-concurrence, et même bien souvent, de coopération.

La physionomie du procès se trouve par là très sensiblement modifiée. Nous pouvons donc parler d'un type de procès : le procès d'avoué, qui s'oppose au procès personnel, lequel tend à disparaître de plus en plus.

2) Facteurs sociologiques de diversité.

(1) Parmi ces facteurs sociologiques, il en est un auquel on pense assez facilement : c'est la lutte des classes, au sens marxiste du terme. On imagine la thèse marxiste appliquée à la procédure civile.

Le procès civil, dans cette thèse, ne serait qu'une projection de la lutte des classes, dans le plan individuel.

La thèse serait difficilement soutenable sous une forme généralisée. Il est certain que, parmi les procès civils, il en est qui se déroulent à égalité de classe, dans la même classe, de telle sorte que l'on ne saurait, pour eux, parler de lutte de classes, sauf à rechercher si, malgré les apparences, l'un des plaideurs - et c'est ce que ne manqueraient pas de soutenir les marxistes - n'est pas, inconsciemment peut-être, l'allié de la classe à laquelle il n'appartient pas en théorie. Mais surtout, il y a des procès de type passionnel,

extra-patrimonial, non économique, auxquels il ne paraît pas que la thèse marxiste puisse facilement s'appliquer.

Au contraire, il est évident que, à certains types de procès civil, cette thèse paraît parfaitement convenir. On songe à tout le contentieux du droit du travail. Le procès entre patron et salarié paraît, a priori, devoir répondre aisément au schéma marxiste. C'est encore le cas des procès entre propriétaires ruraux (bailleurs à ferme), d'une part, et, d'autre part, fermiers ou métayers.

J'ai cité ces deux exemples de procès qui relèvent dans notre droit positif, de juridictions dites "paritaires", au moins en 1ère instance. Le caractère paritaire peut souligner et exacerber - quoique tel n'ait pas été son but, législativement - l'aspect de lutte des classes inclus dans ce type de procès.

Mais, même en faisant abstraction de cette particularité de juridiction, on conçoit que des procès puissent incarner un aspect de la lutte des classes. Ainsi, bien qu'ils soient soumis aux juridictions de droit commun, les procès entre bailleurs de locaux à usage d'habitation, d'une part, et, d'autre part, locataires peuvent dégager une odeur de lutte des classes.

Je ne parle pas seulement pour l'époque contemporaine. Même au XIXème siècle - le phénomène d'oubli collectif, dont j'ai eu déjà l'occasion de faire état, avait fait oublier cela à nos civilistes - les relations juridiques entre bailleurs et locataires, les problèmes de loyer, avaient pris plus d'une fois un aspect de lutte des classes.

En résumé, on pourrait parler de "procès de classes", comme d'une catégorie sociologique qui viendrait diversifier la physionomie générale du procès.

En dehors de ces deux extrêmes : les procès qui répugnent à toute explication par l'idée de lutte des classes, d'une part, et, d'autre part, ceux qui, au contraire, se prêtent tout naturellement à cette explication, - un marxiste subtil pourra réussir à déceler des conflits de classes là où, de prime abord, un civiliste technicien n'en verra pas. En voici un exemple :

D'après l'interprétation classique de l'article 716 du Code Civil, relatif à la propriété du trésor, l'inventeur n'a pas droit à la moitié qui lui est attribuée, si c'est un ouvrier qui a fait des travaux sur l'ordre du propriétaire du fonds et que c'est à l'occasion de ces travaux qu'il a fait la découverte. La jurisprudence considère que l'ouvrier agit ici par représentation du propriétaire du sol, qu'il n'a pas de personnalité indépendante, autonome, et qu'en conséquence il n'a pas droit à la moitié prévue par l'article 716. Dans le contentieux concernant cette interprétation de l'article 716,

on voit poindre assez facilement un aspect de conflit de classes entre le propriétaire du sol et l'ouvrier qui a travaillé sur ses ordres.

Autre exemple :

Qui n'a le souvenir des reprises de la femme commune en biens ? C'est une belle question de droit civil que l'on étudie à propos de la liquidation de la communauté conjugale. La femme, dans l'exercice de ses reprises, agit-elle à titre de simple créancière ou à titre de propriétaire, la seconde qualité lui permettant de primer les créanciers du mari et de la communauté ?...

La question a été tranchée en faveur de la thèse de la femme créancière par un célèbre arrêt des Chambres réunies de la Cour de Cassation, l'arrêt Moinet, du 16 janvier 1858, S. 1858-1-9 : la femme commune en biens, dans l'exercice de ses reprises, agit à titre de simple créancière ; en conséquence, en cas d'insolvabilité de la communauté, elle aura à subir le concours des créanciers du mari ; c'est-à-dire que si le mari a fait de mauvaises affaires, la femme sera entraînée dans la ruine de la communauté, et perdra même pour ses reprises qui, pourtant, semblaient être la représentation de son patrimoine propre.

Or, cette solution ne s'est pas établie sans hésitations, et la Cour de Cassation, dans un arrêt de la Chambre Civile, du 28 mars 1849, S. 1849-I-353, avait, au contraire, admis que la femme opérait ses prélèvements, à titre de propriétaire, ce qui impliquait qu'elle devait se payer avant les créanciers du mari et de la communauté, un droit de propriété étant plus fort qu'un simple droit de créance.

Pourquoi, dans cet arrêt de 1849, la Cour de Cassation avait-elle admis la thèse de la femme propriétaire ? On a dit que c'était à cause des événements politiques de 1848, sous la poussée des revendications féministes, et socialistes, les deux sortes de revendications étant liées entre elles. On voit la lutte des classes se profiler.

Or, est-ce Karl Marx qui a soutenu cette interprétation de l'arrêt de 1849 ?... Oh ! pas du tout : c'est le Procureur Général Dupin. Il l'a soutenue, précisément, pour amener le revirement de 1858, pour faire entendre à la Cour de Cassation que, si elle avait jugé socialiste en 1848, les temps ayant changés, elle devait changer de jurisprudence. Ce Karl Marx était donc le Procureur Général Dupin.

Ceci doit peut-être nous inciter à être réservés et à ne pas supposer trop complaisamment dans une jurisprudence très technique une lutte des classes sous-jacente.

(2) Le second facteur sociologique de diversité que l'on peut apercevoir résulte d'un phénomène moderne, tout à fait général, qui fait sentir ses effets dans l'ensemble de notre vie sociale et de notre vie juridique : c'est la bureaucratisation, le phénomène de la bureaucratie. La bureaucratisation des relations sociales a eu son influence sur la conception du procès. A l'heure actuelle, un nombre considérable de procès civils sont menés, en fait, au moins d'un côté, par de grandes entreprises, des organismes publics ou semi-publics. Pensons, notamment, à tout le contentieux qui vient de la Sécurité Sociale - bref, par des personnes morales. Ce sont les bureaux anonymes de ces entreprises, organismes, personnes morales, qui, en définitive, mènent les procès et non plus des individus en chair et en os, comme c'était, autrefois, le cas le plus courant.

De cette bureaucratisation dans les relations processuelles, des effets très importants vont découler. Les personnes morales ne sont pas, par elles-mêmes, le siège de grandes passions. On pourrait donc escompter du processus de bureaucratisation un certain refroidissement des procès. Pourtant, on constate que, dans les procès menés par des personnes morales, la passion de plaider n'est pas moindre du côté de celles-ci, que dans des procès qui ne mettraient que des particuliers, sujets à toutes les passions humaines. C'est que des passions de substitution s'emparent des organes et préposés de ces personnes morales litigantes :

- la peur des responsabilités ;
- l'orgueil mandarin, si répandu dans les administrations ;
- la jalousie à l'égard des autres administrations et des représentants des autres administrations.

Remarquez que, déjà, sous l'ancien régime, les procès de communautés, spécialement de communautés religieuses, donnaient un exemple de ces procès menés par des personnes morales. Or, les procès de communautés étaient remarquables par leur âpreté et leur longueur.

Cette psychologie propre aux organes et préposés des personnes morales va, d'ailleurs, jouer différemment selon le schéma de l'instance. Il faut distinguer, d'une part, le procès entre deux personnes morales, où ce sont des querelles de prestige qui animent les litigants, et, d'autre part, les procès menés entre une personne morale et un particulier, où ce sera un effet de domination qui jouera.

Dans ce type de procès mettant aux prises une personne morale et un particulier, les armes et les risques ne sont pas égaux : d'un côté, le particulier a comme enjeu du procès son argent personnel, son temps, sa vie, parfois ; tandis que, du côté de la personne morale, le procès est mené les pieds au chaud, sans risques. Vraiment, la partie n'est pas égale.

Là, d'ailleurs, va interférer un autre trait de ce type de procès de bureau, savoir l'anonymat, l'impersonnalité du procès.

Par l'effet de la bureaucratisation, le procès a changé considérablement de physionomie depuis le siècle dernier : de plus en plus, le procès se déroule entre gens qui ne se connaissent pas. Le procès courant au XIXème siècle était un procès entre des gens qui se connaissaient et qui, dans cette connaissance réciproque, puisaient une passion particulière : ce qui contribuait tantôt à envenimer davantage le procès, tantôt à le limiter, la connaissance que les deux individus pouvaient avoir l'un de l'autre les conduisant à se ménager.

Les procès d'aujourd'hui, - dans ce type que j'appelle procès bureaucratique - sont menés dans le silence d'un cabinet de contentieux, d'un contentieux de grande entreprise. Ce sont des procès "presse-bouton" pourrait-on dire, et l'on ne peut s'empêcher de remarquer qu'en somme le procès a subi la même évolution que la guerre. La guerre d'aujourd'hui se fait entre gens qui ne se connaissent pas, qui ne se voient pas ; c'est la même chose pour beaucoup de procès d'aujourd'hui.

Nous pouvons ainsi retirer de ces facteurs de différenciation dont je viens de parler l'existence de deux types de procès à l'intérieur du schéma général : nous pouvons opposer au procès personnel, - représenté concrètement par tous les procès de famille et par ceux des procès patrimoniaux qui se déroulent entre particuliers - le procès de bureau qui est mené, au moins d'un côté, par une personne morale.

Pratiquement - et pour partie à cause du gonflement des statistiques par le contentieux de la Sécurité Sociale - il n'est pas sûr qu'à l'heure actuelle le plus grand nombre des procès ne soit pas constitués par ce type des procès de bureau.

Une des faiblesses les plus apparentes, d'ailleurs, de notre procédure civile est de ne pas tenir compte de la dualité de contentieux résultant de l'apparition du nouveau type de procès qu'est le procès de bureau, de ne pas tenir compte de la puissance dominante que l'un des plaideurs, dans ce type de procès, exerce au détriment de l'autre.

Pour rétablir l'équilibre, il faudrait, en réalité, introduire dans notre procédure civile, quant à ce type de procès, des mesures de discrimination à l'encontre de la personne morale.

§ 2 - RECHERCHES DE CAUSALITE.

Pourquoi plaide-t-on ?... Voilà la question sous sa forme la plus élémentaire.

Des recherches de causalité peuvent être poursuivies à ce sujet, soit au niveau des individus litigants, - et, ici, la méthode employée semble devoir être l'étude de cas, contenant une analyse de psychologie juridique - soit au niveau de la collectivité, d'une population examinée globalement, et la méthode employée semble devoir être la méthode des variations concomitantes à travers les statistiques ou à travers l'Histoire.

A. Recherche de causalité au niveau de l'individu.

Je laisserai de côté certaines attitudes psychologiques qui ne sont pas sans exemple même à notre époque, mais qui correspondent pourtant à des types de contentieux anciens. C'est ainsi que l'on parle de procès d'ostentation. Dans certaines ethnies, le procès est mené, non pas par simple désir pratique d'obtenir gain de cause, mais bien par gloriole, par ostentation. Ainsi, les ethnologues rapportent que les Indiens du Mexique ou du Pérou sont toujours en train de préparer une fête ou de conduire un procès : ce sont là deux manifestations de la même psychologie d'ostentation. Ce qui correspondrait à ce type de procès. Dans nos sociétés européennes, ce seraient sans doute - il n'y a pas identité, mais analogie - les procès publicitaires menés par telle ou telle grande vedette. Ce sont, cependant, des échantillons un peu particuliers, qu'il est légitime de négliger dans une étude d'ensemble.

Nous avons constaté précédemment deux attitudes fondamentales de l'esprit humain à l'égard du procès. Ces deux attitudes fondamentales se reflètent dans l'analyse psychologique qui est donnée du procès.

L'attitude optimiste, d'abord : si le procès est l'accomplissement du droit, faire un procès relève d'une psychologie tout à fait normale. Le plaideur, soit qu'il se présente comme demandeur, soit qu'il se présente comme défendeur, est un esprit sain, qui se détermine par des mobiles rationnels.

Cette conception optimiste s'est traduite dans notre droit positif par un principe très important, le principe de l'irresponsabilité du plaideur pour l'exercice de l'action en justice. En principe, il n'y a pas faute à agir ou à défendre en justice, même à tort, ce que démontrera l'issue du procès. C'est seulement en cas de dol ou de faute lourde équipollente au dol qu'un plaideur pourra, s'il succombe, être condamné à des dommages-intérêts. La jurisprudence dominante exige que le plaideur, en soutenant le procès, ait commis un acte de malice ou une erreur grossière. Ce n'est qu'à cette condition qu'il pourra être condamné à des dommages-intérêts pour abus du droit d'ester en justice.

Dans la doctrine moderne, à partir du moment où la théorie de l'abus du droit s'est constituée, cette solution a été incorporée à la théorie de l'abus du droit. On en a fait un panneau de cette théorie: l'abus du droit d'ester en justice. Historiquement, cependant, cette conception est très contestable. Bien avant que nous eussions une théorie de l'abus du droit, le droit positif connaissait des sanctions civiles contre les plaideurs abusifs contre ce que notre Moyen Age appelait "Calumnia", ce que les Allemands appellent "schikane". Ce n'est pas exactement l'abus du droit dans sa théorie générale, c'est une application très traditionnelle et très concrète.

Cette formule suivant laquelle il n'y a de responsabilité du plaideur qu'en cas de dol ou de faute lourde, d'acte de malice ou d'erreur grossière équipollente au dol, est devenue quasi de style dans les arrêts de jurisprudence, et elle paraît bien exclure la simple faute d'imprudence, la simple faute de témérité. On n'engage pas sa responsabilité en plaidant témérairement, imprudemment, il faut quelque chose de plus.

Cependant, il est bien connu que, de tout temps, certains arrêts se sont montrés moins exigeants, ont paru se contenter d'une faute d'imprudence ou de témérité. En droit dogmatique, on a beaucoup épilogué là-dessus ; c'est un des débats classiques de la procédure et, aussi, de la responsabilité civile. Au début du siècle, on se demandait s'il n'y avait pas une opposition sur ce point entre la Chambre Civile et la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation. En tout cas, on s'est mis en peine, en droit dogmatique, de proposer des critères pour résoudre la contradiction entre la jurisprudence dominante, qui exige l'acte de malice ou l'erreur grossière, et le courant dissident, minoritaire, qui paraît se contenter de la faute d'imprudence ou de témérité.

A la vérité, l'explication de la coexistence de ces deux courants est sociologique. La sociologie juridique constate que, chez les juges, se retrouve le reflet des deux comportements de principe que l'on peut avoir à l'égard du procès, l'attitude optimiste et l'attitude pessimiste.

L'attitude optimiste conduit à dire qu'il ne peut y avoir, en principe, de responsabilité à accomplir son droit sous forme de procès.

L'attitude pessimiste conduit à dire qu'il y a toujours un mal à faire un procès, et, par conséquent, que la responsabilité doit toujours être retenue ici, même s'il n'y a pas délit, mais simplement quasi délit, faute d'imprudence ou de témérité.

La jurisprudence, dans son ensemble, est emportée, aujourd'hui, par l'attitude optimiste qui facilite, favorise le procès. Dans cette conception optimiste, il n'est pas anormal de faire un procès. Ce qui pourrait être anormal, c'est le contraire : de ne pas faire de

procès quand on en a les moyens entre les mains, de ne pas soutenir un procès quand on a le droit pour soi.

Une pareille passivité du plaideur virtuel trahit une sorte de timidité juridique, pour ne pas dire de lâcheté juridique, qui appelle des remèdes. L'assistance judiciaire a été conçue dans cet esprit, mais elle ne pallie que les causes économiques de l'abstention d'agir en justice. Pour pallier les causes proprement psychologiques, le défaut de ressort psychologique, la mollesse procédurale, le remède spécifique serait ce que l'on appelle, à l'exemple du droit romain, "l'action populaire", c'est-à-dire la faculté ouverte à chaque citoyen de se faire le champion de tout ayant droit qui n'exerce pas son droit en justice, la faculté, pour chaque citoyen, d'exercer l'action que son titulaire néglige d'exercer.

Les démocraties populaires se sont intéressées à ce problème, et ont mis en oeuvre des institutions qui constituent des sortes de substituts à l'action populaire de l'antiquité.

Chez nous, on pourrait relever certaines manifestations imparfaites de l'idée. Ainsi, dans le recours pour excès de pouvoir, en droit administratif, où la condition d'intérêt, en tant que condition de recevabilité, est conçue fort largement. Plus encore, dans l'action collective ouverte aux syndicats et, avec plus d'hésitation, aux associations.

Pour certaines hypothèses particulières, on peut même parler d'une véritable action populaire ; par exemple dans la législation de 1915, relative au salaire des ouvrières à domicile dans l'industrie du vêtement, il existe une véritable action populaire. Mais c'est peu de chose, et, dans l'hypothèse la plus courante, on ne peut parler d'actions populaires véritables, mais seulement de manifestations imparfaites de l'idée, parce que, tout de même, on exige que le groupement, que le syndicat fasse la preuve d'un préjudice qu'il subit en sa personne, ce préjudice fût-il indirect.

L'attitude pessimiste à l'égard du procès va conduire à un renversement des positions. Si l'on suit cette attitude pessimiste, on en viendra à dire que l'homme psychologiquement normal ou, si l'on veut parler un langage plus moral ou plus religieux, que le sage, que le chrétien ne plaide pas, même s'il se croit fondé, en droit, à le faire. Réciproquement, tout plaideur est, a priori, suspect d'anormalité psychique, et logiquement, dans cette conception, des mesures doivent être prises à son encontre pour comprimer cette tendance morbide.

Une certaine conjonction pourra d'ailleurs s'opérer entre les deux attitudes. On déclarera alors que le procès est normal en lui-même, mais que la processivité est pathologique, que la propension au procès est une anormalité psychique. L'anormalité viendrait de la répé-

tition et aussi, sans doute, de la passion excessive apportée à l'opération.

Par l'observation empirique, notre ancien droit était arrivé à assimiler la processivité ainsi conçue à une véritable folie, pour lui appliquer les mêmes mesures de protection. A un plaideur trop enragé, on interdisait de plaider sans l'assistance d'un conseil judiciaire, - souvent un homme de loi - ce qui pouvait constituer un frein à la processivité. Dans "Les Plaideurs" de Racine, c'est ce qui arrive à Mme de Pimbêche : ses enfants ont fait prononcer contre elle une interdiction de plaider - forme partielle d'interdiction, de même substance que celle qui frappait les aliénés.

Lorsque le Code Napoléon eut été promulgué, les hésitations se firent jour au sujet de cette jurisprudence de l'Ancien Droit. Pouvait-elle être reprise ?... Sans doute, elle semblait bien avoir laissé des traces dans le langage des articles 499 et 513 du Code Civil relatifs au conseil judiciaire. Il n'est que de relire l'énumération: on nomme un conseil judiciaire sans lequel l'individu ne pourra pas plaider (le terme est le premier de l'énumération), aliéner, etc... C'est bien, semble-t-il, historiquement, cette interdiction de plaider que pratiquaient les tribunaux de l'ancien régime. Seulement, le Code Civil a ouvert un régime de légalité : il n'y a plus d'incapacité sans texte, et, tout de même, quand on analyse la processivité, peut-on arriver à la faire entrer sous la définition de la faiblesse d'esprit, art. 499, ou de la prodigalité, art. 513 ?... Ce n'est pas sûr, - outre que le Code Civil a remis en honneur la conception optimiste au sujet de la justice, et du devoir qu'a chaque citoyen d'accomplir son droit. De là, des hésitations.

Déjà, sous le droit intermédiaire, on peut relever un arrêt de la Cour d'Appel de Paris, du 12 ventôse An II (Sirey chronologique), qui se contente d'une mesure qui n'est plus celle de l'ancien droit : il invite les avoués à vérifier, à l'avenir, les conclusions du plaideur. On aperçoit l'idée : les avoués, sans que l'on nomme véritablement un conseil judiciaire, seront chargés de filtrer la processivité excessive du plaideur.

Mais un jugement du Tribunal Civil de la Seine, du 31 août 1817 (Sirey chronologique) refuse carrément d'assimiler la processivité à la prodigalité et, par conséquent, de nommer un conseil judiciaire.

Cependant, à l'expérience, les idées changèrent et, à la fin du XIXème siècle, au début du XXème, on voit, dans la pratique, des conseils judiciaires nommés ou des interdictions prononcées pour sanctionner des hypothèses de processivité surabondante (V. ainsi Toulouse, 21 janvier 1909, S. 1910-II-43, qui applique, en l'espèce, la dation de conseil judiciaire ; Cour d'Appel de Bruxelles, 30 juillet 1912, S. 1913-IV-53, qui applique l'interdiction).

Parallèlement, d'ailleurs, - ce qui fortifie ce courant - les aliénistes étudient, d'une manière qui semble alors scientifique, les aliénés processifs, et ils les rangent volontiers parmi d'autres catégories d'aliénés. On fait un rapprochement, chez les psychiatres, entre la processivité et le délire de persécution ou cette forme de folie que l'on appelle "folie revendicative", ou encore l'insociabilité, spécialement l'insociabilité familiale car c'est, bien souvent, entre parents que se déroulent les phénomènes de processivité.

A ce stade, la question peut sembler être arrivée à un point scientifiquement satisfaisant. Peut-être conviendrait-il, pourtant, aujourd'hui, de reprendre les cas de ces prétendus aliénés processifs pour les étudier plus attentivement. Ce serait une tâche pour les sociologues du droit que d'analyser, dans ces procès qui font une processivité, les prétentions respectives des plaideurs. Peut-être - ce n'est qu'une hypothèse - une cohérence apparaîtrait dans les procès répétés du prétendu processif, cohérence qui aurait simplement le tort de n'être pas celle du système juridique en vigueur, mais celle de systèmes juridiques disparus.

Il faut bien se dire que le critère de la processivité anormale telle que la comprend notre droit dogmatique, est un critère dogmatique lui-même. Le critère de la processivité anormale, c'est la perte du procès. Il se peut que le processif soit un bon juriste, mais qui a le malheur de vivre dans des archétypes du droit, et qui, de ce fait, perd tous ses procès. S'il les gagnait tous, il serait tout aussi processif, mais on ne dirait plus qu'il est aliéné parce qu'il gagnerait. Il serait donc sociologique de se préoccuper un peu plus de l'objet des procès du processif.

B. Recherche de causalité au niveau de la collectivité.

Plaide-t-on plus ou moins dans tel pays que dans tel autre ?...
A-t-on plaidé plus ou moins à telle époque que dans telle autre ?...
Voilà l'énoncé élémentaire du problème qui va nous occuper.

En termes plus scientifiques, il faut se demander quelles sont les variations, dans l'espace et dans le temps, du phénomène psychosociologique de la processivité. Les variations que nous pourrions saisir à travers le temps ou l'espace pourront peut-être nous permettre de déceler des corrélations, voire des causalités.

La recherche présente des difficultés.

D'abord, la difficulté tenant à l'imperfection de nos instruments de mesure. Il semble que l'instrument de mesure, ici, doive être la statistique des procès. Or, cette statistique - si nous voulons faire une recherche de pays à pays - est malaisément comparable par-delà les frontières. L'organisation judiciaire n'est pas la même,

les procédures et les procès sont différents. Le développement de l'arbitrage dans un pays peut masquer une partie du phénomène contentieux, ne pas apparaître dans une statistique strictement judiciaire. Aussi est-il très difficile de faire des comparaisons internationales de la processivité moyenne.

D'autre part, les statistiques judiciaires ne remontent pas plus haut que le début du XIXème siècle. Pour l'ancien droit, nous en sommes réduits à des estimations difficiles et toujours vagues.

Et puis, plus profondément, la difficulté tient à l'incertitude même du concept de processivité. Nous dirons bien, sans doute, pour essayer de définir la processivité, qu'elle est la tendance à soutenir des procès, soit comme demandeur, soit comme défendeur, la propension psycho-sociologique à entrer dans un couple litigant.

Mais cette définition laisse irrésolues une foule de questions. Le phénomène de la processivité est-il un phénomène entièrement quantifiable ?... Le nombre des procès n'est pas, à lui seul, parfaitement significatif. Pour mesurer la processivité, il faudrait mesurer le degré de passion, de chaleur psychologique, qui est apportée à la conduite du procès. Or, est-ce possible ?... Existe-t-il des critères objectifs, que le chercheur puisse saisir, de cette processivité psychologique ?...

On pourrait songer à déterminer un coefficient de processivité psychologique en faisant apparaître l'intérêt du litige. On admettrait que l'intérêt pécuniaire du litige intervient comme quotient de processivité. Seulement, tous les procès n'ont pas à leur base un intérêt pécuniaire. On pourrait songer également à retenir comme critère de la processivité l'exercice des voies de recours. Négligeant la première instance, on retiendrait simplement l'exercice des voies de recours, comme dénotant une âpreté significative dans la conduite du procès. Mais, là encore, le critère demeure vague.

Si nous pouvions disposer d'une statistique ou de sondages relatifs aux condamnations, à dommages-intérêts pour abus du droit d'agir ou de se défendre en justice, il y aurait là une sorte de premier triage, accompli par le juge, des procès réellement processifs, que le juge a discriminés comme processifs et sanctionnés comme tels. Mais nous avons vu que ce critère des dommages-intérêts pour abus du droit d'agir en justice n'était pas, d'un point de vue sociologique, entièrement satisfaisant. Le critère, d'autre part, est lié, nécessairement, à la perte du procès. Il n'y a que le plaideur perdant qui puisse être condamné à des dommages-intérêts. Or, la processivité peut parfaitement aboutir au triomphe du plaideur processif.

Force est donc, provisoirement tout au moins, de prendre pour base le nombre des procès, qui est la donnée la plus facile à saisir dans les statistiques judiciaires actuelles.

Il est évident, cependant, que le nombre des procès n'est pas, en soi, une donnée significative. Il faut le rapporter à la population en état de faire des procès, à la population adulte. Mais ce rapport-là n'est pas lui-même encore concluant, il ne traduit encore qu'une processivité brute. La processivité nette, spécifique, en tant que phénomène psychologique, est traduite par le rapport du nombre des procès au nombre des occasions de procès. Seulement, comment connaître ce dernier nombre ?

Qu'est-ce que c'est que l'occasio litis, l'occasion du procès ?... Elle se présente, parfois, sous une forme juridique. Il y a des occasions de droit de faire un procès. Il existe, dans un droit positif, des noeuds de contestation. Des lois nouvelles, par exemple, peuvent former un noeud de contestation, une occasio litis. Comparer les statistiques judiciaires dans différents pays ou dans différentes régions ou à différentes époques, sur un même texte, pourrait permettre une étude différentielle des taux de processivité.

Mais il y a aussi et surtout des occasions de fait de faire un procès. L'occasio litis se présente, souvent, comme une circonstance de fait. Le nombre des contrats peut représenter le nombre des occasions de plaider en matière contractuelle ; le nombre des mariages, le nombre des occasions de plaider en matière matrimoniale. Mais comme tout cela est vague !... Ainsi, ce n'est pas le nombre des mariages, mais, par exemple, le nombre des querelles, des discordes entre époux qui devrait être rapproché du nombre des divorces pour mesurer la processivité divorçante.

C'est vous dire que l'occasio litis échappe, pratiquement, dans l'état actuel de nos possibilités, à toute quantification scientifique, ce qui restreint beaucoup les recherches de causalité que l'on pourrait escompter de la méthode statistique.

Je voudrais, cependant, essayer de procéder à quelques recherches de causalité, en prenant successivement un certain nombre d'échantillons.

1) Un échantillon d'ordre historique.

D'une part, il est certaines périodes qui, historiquement, nous paraissent, par impression historique à travers les sources juridiques et littéraires, avoir été plus processives que d'autres. Le XVII^{ème} siècle français nous donne assez facilement cette impression de processivité supérieure à la moyenne. On plaidait très âprement au XVII^{ème} siècle, très longuement, très passionnément. Il n'est pas sûr que, déjà au XVIII^{ème} siècle, il n'y ait pas eu une diminution de la processivité. Les historiciens du droit relèvent que le prix des offices de magistrature baissa au XVIII^{ème} siècle, parce qu'il y avait une baisse des procès, donc, pouvons-nous supposer, une baisse dans la processivité. Mais le XVII^{ème} siècle nous présente,

au contraire, un exemple historique d'une période de processivité intense.

A l'inverse, à entendre des praticiens un peu chevronnés, on retire l'impression que, depuis les deux grandes guerres mondiales, 1914 et 1939, la processivité est en baisse en France. Déjà, entre les deux guerres, on plaidait moins, surtout dans les régions rurales, on plaidait moins au village. On fait état en ce sens, notamment, de la baisse du nombre des actions portées devant les Justices de Paix (Tribunaux d'instance aujourd'hui), spécialement de la baisse des actions possessoires, - baisse constatée uniquement par impression, car nous n'avons pas une statistique distincte des actions possessoires. Pourquoi les actions possessoires ? Psychologiquement, elles constituent un centre de contentieux personnel très accentué entre voisins à la campagne.

causalité
Donc, voilà des hauts et des bas dans l'évolution historique de la processivité. Serait-il possible d'en induire des causalités ? Les causalités doivent être complexes, mais on peut imaginer des facteurs prédominants : soit des facteurs de psychologie individuelle ou sociale, soit des facteurs plus objectifs, proprement juridiques.

L'attention des historiens du droit s'est portée sur la processivité du XVIIème siècle, non pas systématiquement, mais par petites touches, et quelques-uns ont imputé cette processivité, qu'ils considèrent comme anormale a priori, à des causes juridiques, par exemple à cette circonstance qu'au XVIIème siècle, les intérêts, vous le savez, ne pouvaient être stipulés par contrat ; on pouvait tourner l'interdiction du prêt à intérêts en intentant une action en justice qui faisait courir les intérêts moratoires. Ce qui aurait gonflé artificiellement le nombre des procès. De même, le désir d'obtenir une hypothèque judiciaire aurait contribué techniquement au gonflement du nombre des procès.

Ce sont des causes juridiques, techniques, nullement psychologiques. On ne peut, cependant, s'empêcher de penser qu'elles ont été des causes secondes, et l'on est amené à se demander si la cause profonde de la processivité accrue au XVIIème siècle (et le phénomène, d'ailleurs, pourrait bien avoir commencé dès le XVIème siècle) n'était pas plutôt psychologique. Ce serait une agressivité qui ne trouvait plus à s'employer dans les guerres intestines, et les duels. L'interdiction des guerres privées et des duels aurait refoulé les sentiments d'agressivité, et ces sentiments se seraient défoulés vers le contentieux. Les seigneurs se ruinèrent en procès à partir du moment où le pouvoir monarchique leur eut interdit de se ruiner en guerres.

Cette hypothèse psychologique pourrait trouver une confirmation dans le creux de processivité qui a suivi la guerre de 1914. Malgré un accroissement du nombre absolu des procès, admettons avec les vieux praticiens, qu'il y a eu une baisse de la processivité relative. Ici

encore, on pourrait donner des explications d'ordre technique : l'augmentation des frais de justice et des droits d'enregistrement, la crainte de la fiscalité grevant le capital (qui a joué très certainement pour un type très caractéristique de procès de famille, les procès relatifs aux successions et aux contrats de mariage : le Fisc a réalisé ce miracle de réconcilier les héritiers entre eux contre lui-même).

Ces causes objectives ont pu agir sur certaines variétés de procès. Mais, pour la processivité globale, il est probable qu'il faut chercher une cause plus profondément psychologique. Une fois de plus, c'est l'agressivité qui devrait peut-être être prise en considération. L'agressivité des hommes, en France, a trouvé à notre époque des exutoires ailleurs, il y a eu des guerres sanglantes, très sanglantes, qui ont dû remplacer pour partie les procès.

Certains auteurs ont observé sérieusement que les sports de compétition avaient pu servir également de substitut psychologique aux procès. "On plaide moins au village depuis qu'il s'y trouve une équipe de foot-ball." Ce qui lance l'imagination à la fois vers l'hypothèse du procès-jeu et vers celle du procès-guerre. Ainsi, les variations décelées dans la courbe de la processivité tendraient à faire apparaître le procès comme un phénomène social de substitution à la guerre.

2) Deuxième échantillon, d'ordre de la statistique, une étude du commercialiste italien Ascarelli (commercialiste, mais d'esprit sociologique), dans ses Saggi di diritto commerciale (1955). C'est une étude différentielle de la processivité à partir de la statistique judiciaire italienne. Je me borne à résumer les conclusions de cette étude statistique.

Ascarelli avait relevé une plus grande processivité dans le sud de l'Italie que dans le nord ; et, également, une diminution de la processivité générale de 1901 à 1952, période de temps sur laquelle il avait fait porter son investigation, - plus exactement, une baisse de la petite processivité, c'est-à-dire de la processivité équivalente à celle de nos justices de paix et peut-être moins encore.

Partant de cette constatation, il formule l'hypothèse que la processivité (les Italiens disent la "litigiosité") est en raison inverse du développement économique, de l'industrialisation. La processivité, en d'autres termes, serait une maladie de pays pauvres, voire de pays sous-développés.

Les explications que l'on peut donner de cette corrélation viennent assez facilement à l'esprit, et Ascarelli les énonce : dans les milieux industriels, on recourra plus largement que dans des milieux ruraux (surtout dans des milieux de petits cultivateurs) à l'arbitrage. L'arbitrage, dans l'optique, tout au moins, d'Ascarelli (je

ferai peut-être des réserves) serait en dehors du contentieux. Il a, au moins, ce résultat de soustraire un certain nombre de différends à la statistique judiciaire.

Ascarelli note encore que les affaires financières les plus importantes donnent, pratiquement, lieu à relativement moins de procès que les petites affaires. Il est certain que, pour des augmentations de capital roulant sur des centaines de millions, il y aura, l'expérience le montre, moins de procès que pour des hypothèques individuelles d'un million entre particuliers.

Enfin, autre facteur décelé par Ascarelli, l'économie de masse, l'industrialisation se traduit par une sorte d'uniformisation de la vie sociale. La décision de justice qui sera rendue dans un cas jouera dans une multiplicité de cas semblables parce que les cas sont beaucoup plus faciles à ramener à l'unité. Nous assistons à une massification, comme disent les sociologues, des relations sociales et des relations juridiques (ex. contrats-types), si bien que la même décision pourra avoir une valeur exemplaire pour une infinité de cas. Au contraire, dans le milieu rural, ce phénomène de communication ne se produira pas.

Ainsi, l'analyse d'Ascarelli suggère l'hypothèse que le midi italien est plus processif, parce qu'il est moins industrialisé, et non pas parce qu'il aurait des caractères psychiques différents du nord italien.

Peut-il y avoir transposition à l'exemple français ?

3) Les statistiques françaises.

On a, parfois, émis chez nous, sans lui donner valeur systématique, l'hypothèse que le Midi est plus processif que le nord. On peut objecter que le Midi est une notion géographique vague et relative, puisque le midi de la France est au nord du nord de l'Italie. C'est le problème, que l'on admet sans en élucider le mystère, des "suds", des suds sociologiques et juridiques. Chaque pays traîne son sud, même quand ce sud se trouve au nord par rapport à des pays qui ont eux-mêmes leur nord. C'est dans cet esprit que l'on a affirmé intuitivement la plus grande processivité de notre Midi.

On peut, du reste, fortifier l'hypothèse, chez nous, de considérations historiques : c'est que notre Midi est un pays de droit romain; or, le droit romain est le droit par excellence, le droit qui fait les juristes, et, faisant les juristes, fait les procès.

Les statistiques françaises permettent-elles de vérifier l'hypothèse?

Notez que, déjà, la seule implantation des cours d'appel sur le territoire français semble refléter une plus grande processivité du midi:

il y a onze cours d'appel dans le Midi, lato sensu, sur 27 cours d'appel pour l'ensemble du territoire, alors que le Midi ne représente que le quart de la population globale du pays. Donc, l'implantation de l'appareil judiciaire semble beaucoup plus dense dans le Midi. Ce trait peut, au moins, correspondre à une plus grande processivité qui se serait manifestée dans les siècles passés.

Mais que donnent les statistiques actuelles ?... Je n'ai pas fait une étude approfondie ; néanmoins, en opérant sur les statistiques de 1959 et au niveau des tribunaux de grande instance, j'arrive à l'opposition suivante (en chiffres arrondis) :

La moyenne du Midi, lato sensu, serait de 40 procès pour 10.000 habitants. La moyenne du nord, de 28 procès pour 10.000 habitants.

Il paraît donc bien y avoir une plus grande processivité dans le Midi que dans le nord. Ce qui irait dans le sens d'une caractérologie juridique élémentaire et comparée du sud et du nord français. On assure, en effet, que, dans les populations méridionales, l'individu a probablement plus de passion, plus d'ardeur à réclamer ses droits, plus d'opiniâtreté à ne pas accomplir ses obligations.

4) Un dernier échantillon, qui découvre peut-être une approche plus précise du problème.

J'utilise ici un travail fait ici même, il y a quelques années, dans le cadre de nos directions de recherches, par M. Philippe Clavreuil. C'est une étude spatiale de la processivité dans le département du Loir-et-Cher. M. Clavreuil s'est placé, très légitimement, au niveau des justices de paix parce qu'il fallait faire apparaître une processivité différentielle à l'intérieur d'un département. Donc, il était opportun de choisir le cadre cantonal qui était, à l'époque, celui des justices de paix.

Les constatations résultant de ce travail sont assez remarquables. L'auteur a distingué, dans ce département, trois régions :

- la région du nord (Vendôme), qui est un morceau de la Beauce, une région de terres à blé et de grandes propriétés ;

- à l'Est, la Sologne, qui est encore une région d'assez grandes propriétés ;

- enfin, le Val de Loire, qui est une région de vignobles et de propriétés morcelées.

Or, les données statistiques sont très nettes : la processivité est faible dans la Beauce, encore assez faible dans la Sologne, mais élevée dans le Val de Loire. La raison de cette processivité élevée

n'est point le vin et l'alcool. La causalité véritable est économique. Plus on a de frontières, plus on a de guerres. Plus la propriété est petite, plus le contentieux et, spécialement, celui des justices de paix (avec les actions possessoires et les actions en bornage) tend à se gonfler. Ainsi, ce sont plutôt des causes économiques, qui, par l'intermédiaire du régime de la propriété, agissent ici sur le contentieux - non pas des causes psychologiques.

S E C T I O N I I

LE JUGEMENT

Je vais étudier le mécanisme général du jugement, comme j'avais étudié celui du procès.

Le jugement est un acte dont la gravité sociologique nous est déjà perceptible. Elle nous est apparue à travers l'analyse des divers types historiques de jugement. Tout jugement contribue à constituer le système juridique d'un pays. Il est, au même titre que la règle de droit, - je reviens sur cette formule - une pièce constitutive de l'ordre juridique. Pour lui, comme pour la règle de droit, (comme pour la loi en particulier), des problèmes sociologiques se posent aux deux bouts du mécanisme : d'une part, du côté des causes, de l'élaboration ; d'autre part, du côté des effets, de l'effectivité.

§ 1 - L'ELABORATION DU JUGEMENT.

Le jugement, dans son élaboration, a été étudié par les juristes dogmatiques, tout au moins sous l'aspect d'une espèce de jugement, le jugement de caractère logique, l'acte juridictionnel. Mais, en dehors du droit dogmatique, le jugement a fait également l'objet d'études de psychologie juridique (je ne dis pas de sociologie juridique). La direction a été montrée, dès le début de ce siècle, par un Autrichien, H. Gross ; c'était vers 1905. La psychotechnie faisait ses débuts en France, avec les recherches d'Alfred Binet. Le mérite de l'Autrichien Gross a été d'essayer d'adapter ces recherches de psychologie expérimentale à cet acte psychologique que constitue le jugement judiciaire. En Suisse, le Genevois Claparède se livra également à cette adaptation des formules de la psychotechnique.

En France même, à une époque plus récente, ces travaux de l'étranger furent étudiés et vulgarisés par un magistrat, Gorphe, dans une série

d'ouvrages (V. notamment, "Critique du Témoignage", 1927 ; "La décision de Justice", 1952). Ces titres mêmes indiquent un peu l'orientation des recherches : il s'agit de la critique du témoignage, de l'appréciation des preuves, de la formation du jugement, considérées comme autant de phénomènes psychologiques.

Ce premier courant est, donc, essentiellement, un courant psychologique.

Un second courant s'est également intéressé, en dehors du droit dogmatique, au mécanisme général du jugement ; c'est un courant plus récent, qui vient des Etats-Unis. Le jugement a été, là-bas, étudié par des spécialistes de ce que l'on appelle la "science de la décision". Nous avons déjà rencontré la science de la décision à l'occasion de la recherche opérationnelle, lorsque nous avons étudié les emplois pratiques que l'on peut trouver à la sociologie juridique. Le jugement, à certains égards, peut être considéré sous l'aspect d'une décision, et son étude peut être reliée à cet ensemble de la science des décisions. C'est ainsi qu'il a été fait aux Etats-Unis (dans un article de Kort, publié en 1957) une analyse statistique pour essayer de prédire les décisions de la Cour Suprême Fédérale. La base est évidemment psycho-sociologique.

Je pourrais montrer que ces recherches n'ont pas été exemptes de préjugés dogmatiques. Qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre courant, ce que, dans cet ordre de recherches, on appelle "bien juger", c'est juger rationnellement ; ce que l'on appelle "mal juger", c'est juger irrationnellement, ce qui implique le préjugé qu'il n'y a de véritable jugement que le jugement rationnel. Or, nous savons que, historiquement, cela n'est pas soutenable, qu'il y a d'autres sortes de jugement que le jugement logique ou rationnel. Du même coup, ce que, dans cette méthode, on appelle "mal juger" pourrait bien, sociologiquement, être tout de même un acte de juge.

C'est un des motifs pour lesquels je ne reprendrai pas ces recherches qui ont été faites en partant d'un préjugé et avec une méthode exclusivement psychologique. Je n'en retiendrai que ce qui peut intéresser le plus la sociologie ou, même, appeler le plus ses critiques.

Si nous nous plaçons à un point de vue sociologique, nous sommes amenés à faire, pour le juge, le personnage fondamental dans tout jugement, une distinction que la sociologie juridique fait également pour le législateur. Quand il s'agit du législateur, on oppose, en sociologie, le législateur juridique et le législateur sociologique. Le législateur juridique, c'est le législateur formel, apparent, le législateur selon les normes du droit constitutionnel. Le législateur sociologique, c'est le personnage secret ou même, plus couramment, ce sont les forces impersonnelles, anonymes qui se trouvent

derrière le législateur juridique.

Parallèlement, nous devons distinguer entre le juge juridique, qui est le juge formel, apparent, le juge selon les règles de la procédure civile, d'une part, et, d'autre part, le juge sociologique, personnage mais, surtout, force impersonnelle qui peut se trouver derrière le juge juridique.

A. Le juge juridique.

Deux hypothèses, selon qu'il y a, pour parler procéduralement, juge unique ou collège de juges.

La première hypothèse est la plus simple :

1) Le juge unique.

La formation de son jugement est un phénomène de psychologie individuelle qui a été étudié par les chercheurs du premier courant, dont il était question il y a un instant. Ils ont étudié le mécanisme psychologique qui se déroule dans la conscience d'un juge unique ; ils l'ont étudié comme un mécanisme essentiellement rationnel. Je ne pense pas que cette manière de voir épuise la totalité de la réalité sociologique et psycho-sociologique, constituée par le jugement.

Il est bien certain qu'il y a, dans le jugement, d'une façon très générale, un mécanisme qui ne se laisse pas ramener à un mécanisme rationnel ; il y a, chez le juge, un mouvement qui échappe à cette décomposition syllogistique à laquelle les dogmatiques, aussi bien que les psychologues susmentionnés, reviennent constamment.

Il est bien certain que, au fond, chaque juge, en jugeant autrui, se juge lui-même, qu'il prête à l'accusé, si nous raisonnons sur le procès pénal, - l'exemple le plus facile - en toute bonne foi, l'attitude et les mobiles qui, dans les mêmes circonstances, auraient été les siens.

Ce mécanisme, par lequel le juge, consciemment ou inconsciemment, se met à la place de l'accusé, a été bien saisi, en dehors même de la littérature juridique. Ce fut le ressort, il y a quelques années, d'un film qui eut sa célébrité : "Justice est faite" (c'est un film d'André Cayatte, de 1950), sur le thème d'un verdict d'assises. C'est ce mouvement que le film analyse dans chaque juré ; chacun des jurés ressent le cas de l'accusé à partir de ses propres préoccupations, à partir de sa situation personnelle. Il y a là un mouvement qui est absolument naturel, absolument général et qui, bien évidemment, échappe à toute décomposition rationnelle, rationaliste.

2) Je me réfère tout de suite à la seconde hypothèse, celle d'un juge collégial. Nous avons alors affaire à un phénomène de psychologie collective, de psychologie des groupes, des petits groupes.

Dans la mesure où la sociologie n'est pas seulement l'étude de la société globale, mais, également, celle des groupements particuliers, il est clair que la formation du jugement, dans un collège de juges, ressortit à l'étude sociologique.

Comment se forment les opinions à l'intérieur d'un collège de juges, soit de juges professionnels, soit de juges populaires, c'est-à-dire d'un jury ?... A l'investigation, il est un obstacle d'ordre dogmatique : le secret des délibérés, du reste plus ou moins étroitement observé, suivant les lois et les pratiques.

Dans le système procédural anglo-américain, où les opinions dissidentes des juges de la minorité, en matière civile, sont déclarées et publiées, il existe un élément intéressant pour l'investigation sociologique. Aux Etats-Unis, dans ces dernières années, des études ont porté, précisément, sur ce phénomène des opinions dissidentes ou, à l'inverse, sur le phénomène du consensus à l'intérieur d'un collège de juges, notamment de la Cour Suprême Fédérale, - où le nombre des jugements rendus avec opinion dissidente tend, d'ailleurs, à augmenter.

Un problème préalable se pose en présence du phénomène des opinions dissidentes, qu'il soit mesurable ou simplement soupçonné :

"Comment expliquer que, les faits et le droit étant donnés identiquement à chaque juge, et chaque juge ayant la même formation juridique, il puisse se former des opinions différentes sur une même affaire ?"

La constatation est très embarrassante, très mystérieuse pour une conception logique, rationaliste du jugement. Si tout était logique et rationnel, il ne devrait jamais y avoir d'opinion dissidente ; deux juges ayant la même formation juridique devraient raisonner de la même manière, en présence des mêmes faits et des mêmes règles de droit.

Pour la sociologie, qui est sceptique, aucun embarras : la même règle de droit est susceptible d'interprétations multiples, dont aucune ne s'impose avec la force de l'évidence ; d'autre part, chaque juge peut donner une valeur différente au même élément de fait, ce qui introduit, en quelque manière, une sorte de jugement charismatique de détail dans l'appréciation des faits à l'intérieur d'un jugement qui, en gros, pourrait sembler un jugement logique. Le même élément de fait sera apprécié, pesé différemment par des juges qui ont reçu la même formation juridique.

Il est certain, d'autre part, qu'à l'intérieur des collèges de juges professionnels, ou à l'intérieur des jurys, se produisent des phénomènes d'autorité, de domination. On soupçonne et, même, dans certains pays, on étudie, en établissant l'existence, l'influence des personnalités fortes à l'intérieur des juridictions collégiales. Il y a des présidents qui mènent leur tribunal, cela est bien connu ; des rapporteurs à la Cour de Cassation qui sont suivis par la Section tout entière. La méthode historico-comparative ferait apparaître le phénomène pour quelques magistrats célèbres.

A l'intérieur des jurys, bien que les jurys aient moins de consistance dans le temps, la chose est également certaine. Une étude a été faite, aux Etats-Unis, sur ce point, dont la conclusion est, du reste, qu'il n'y a pas de différence notable à observer entre les jurés, quant à l'influence qu'ils peuvent avoir sur le reste du jury, selon le degré d'instruction, d'éducation générale dont ils sont pourvus. L'aptitude à influencer les autres ne dépendrait nullement du niveau intellectuel des jurés, du moins de ce niveau intellectuel qui se mesure aux diplômes. En France, il n'est pas sûr que la conclusion serait la même. En tout cas, il ne semble pas que tel soit le point de vue de l'Administration de la Justice. Car il n'est pas dissimulable que, dans la mesure où les Parquets peuvent influencer la composition des jurys, ils cherchent à y faire entrer des individus instruits, éduqués, sur lesquels ils comptent pour mener les autres.

Pour terminer cette étude du juge juridique, je voudrais signaler une question que l'on se pose aux Etats-Unis, aussi bien pour le juge unique que pour les collèges de juge. Cette question est la suivante, et elle est caractéristique :

Pourquoi le juge juge-t-il ?... Quand il se décide à trancher dans tel ou tel sens, pour qui le fait-il ?... A qui s'adresse-t-il dans son jugement ?... A l'intention de qui donne-t-il tel ou tel sens, tel ou tel dispositif, mais, aussi, tel ou tel motif au jugement ?

La réponse dogmatique est que le juge s'adresse aux parties, mais, la réponse sociologique est que c'est le moins souvent qu'il s'adresse aux parties : bien plus souvent, il s'adresse au juge supérieur, en pensant à l'exercice éventuel des voies de recours. Il s'adresse même, plus généralement, à ses supérieurs, à l'Administration de la Justice, au Ministère Public, au Parquet, à la Chancellerie, il pense à l'opinion que l'on aura de lui en haut lieu. Il n'oublie pas non plus les avocats et les avoués des parties, les confrères de ces avocats et de ces avoués, et comme l'on dit "le monde du Palais" en général. Parfois même, il songe, par delà les limites du Palais, à l'opinion publique, à la presse.

C'est dire que le juge est influencé par des éléments très extérieurs aux faits de la cause et à la règle de droit qui devrait les régir. La société ou, du moins, autrui, les autres, sont présents, invisibles, dans le délibéré auquel les juges vont se livrer - considération qui nous amène, tout naturellement, au juge sociologique.

B. Le juge sociologique.

Des forces sociologiques sont à l'oeuvre auprès du juge comme auprès du législateur. Il est certain que le législateur ne crée pas arbitrairement la loi, il est déterminé, dans son élaboration de la loi, par ce que le Doyen Ripert lui-même avait appelé "les forces créatrices du droit", c'est-à-dire des forces anonymes, impersonnelles. Sur le juge, se manifeste aussi l'action de forces impersonnelles, tantôt organisées, tantôt inorganisées.

1) Les forces impersonnelles organisées.

Autour du législateur - du Parlement et des ministères - la Sociologie politique décèle la présence de ce qu'elle appelle des "groupes de pression", "pressure groups", incarnés dans des lobbies, qui représentent les grands intérêts de l'économie. Le phénomène, comme le nom l'indique, nous vient des Etats-Unis, mais il est couramment admis, aujourd'hui, qu'il a son équivalent dans la pratique parlementaire ou administrative française ; on parle par exemple du lobby des betteraviers, de celui des transporteurs routiers.

M. Meynaud a étudié, dans un ouvrage, ces groupes de pression qui sont en action autour du législateur. Mais, autour des juridictions, n'existe-t-il pas de ces groupes de pression, en particulier auprès des juridictions suprêmes, ainsi autour de la Cour Suprême Fédérale, aux Etats-Unis, ou autour de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat, en France ?

On admet, aux Etats-Unis, - et on l'admet là-bas sans fard - qu'il existe une action des groupes de pression sur la Cour Suprême Fédérale. Ce qui ne veut pas dire que ces groupes de pression, ajoutent-on, sont nécessairement efficaces, A tout le moins, ils informent les juges fédéraux, font de la propagande auprès d'eux et, peut-être, les influencent partiellement. Ils les influencent, ne fût-ce et c'est en bonne part, qu'en les éclairant sur les réalités de la question.

Il faut dire que le juge américain, grâce au contrôle qu'il a de la constitutionnalité, des lois, est plus proche du législatif que le juge français et que ses décisions, par leur portée générale,

peuvent intéresser davantage des groupes de pression. Le juge français ne jugeant que pour un cas, est, a priori, moins intéressant pour les groupes de pression que le juge américain.

Ce serait, cependant, sans doute, une illusion d'imaginer que le problème ne s'est jamais posé en France, quoiqu'il y ait été peu étudié et qu'il soit, il faut le reconnaître, délicat à étudier. Il existe, d'abord, des phénomènes mineurs au niveau des juridictions inférieures, et ils sont malaisés à déceler : l'influence des politiciens locaux, celle des relations personnelles ... sans que cela tourne à la corruption.

Les phénomènes majeurs se situeraient au niveau des juridictions supérieures : Conseil d'Etat, Cour de Cassation, sans que, là encore, il soit question de corruption. N'y a-t-il pas des informations qui sont données à nos juridictions suprêmes, des informations unilatérales, qui pourraient alors devenir facilement des informations tendancieuses.

Le danger, ici, est qu'un groupe de pression n'arrivât à démontrer - car nous savons quelles sont les ressources de la démonstration rationnelle, de la dialectique humaine - que l'intérêt général coïncide avec tel ou tel des intérêts particuliers en conflit. Il est à craindre que la Cour de Cassation ou le Conseil d'Etat ne résiste pas à cet appel de l'intérêt général, sans trop voir qu'il y a, par derrière, des intérêts particuliers. N'y a-t-il jamais eu, à la Cour de Cassation, à une époque mettons assez lointaine, d'arrêts influencés par les compagnies d'assurances ?... Cela n'est pas sûr.

Il faut encore signaler l'effet, que je crois avoir déjà relevé, de la spécialisation des juridictions ; la tendance d'un juge qui est spécialisé dans un même type de contentieux, lié à un côté de l'administration, sa tendance irrésistible sera de s'identifier avec l'administration dont il a le contentieux en charge. Cela ne paraît pas avoir été sans influence sur la Cour de Cassation, dans les procès en matière d'Enregistrement ou de Sécurité Sociale.

2) Les forces impersonnelles inorganisées.

Nous rencontrons ici deux questions distinctes.

(1) Première question : le juge, individu, n'exprime-t-il pas la société globale ?...

Noter que, ouvertement, le principe même du jury, en matière pénale, est d'être un mécanisme de sondage d'opinion ; c'est une forme empirique, traditionnelle du sondage d'opinion. A la vérité, pour que le jury réalisât pleinement ce but, il conviendrait qu'il fût choisi sur un échantillonnage social complet. Mais le groupe est trop petit pour que, scientifiquement, il puisse contenir un véritable échantil-

lonnage. D'autre part, il n'est pas sûr que le tirage au sort des jurés ait lieu dans cette perspective sociologique.

Un autre élément intervient pour faire du juge, en quelque sorte, un lieu d'influence de la société globale : c'est la publicité des débats. Elle est, sociologiquement et historiquement, destinée à assurer une pression de la société sur le juge. Ne croyez pas que cela soit vrai seulement pour les périodes révolutionnaires (on pense au tribunal révolutionnaire en matière pénale ou, même, à la justice soviétique, les juristes soviétiques admettant ouvertement que la publicité des débats est destinée à assurer le contrôle de la société sur le comportement des juges).

Même à des époques anciennes, ce mécanisme de pression a bien été aperçu et voulu par la société. C'est ainsi que nous avons une constitution de l'Empereur Constantin, de l'année 331 - après avoir figuré au Code Théodisien, elle est passée au Code Justinien (I-40-§)-qui organise une censure du juge par le public. Le public, dans cette Constitution, est non seulement autorisé, mais invité à applaudir les bons juges, et à conspuer les mauvais, et le Préfet du prétoire rendra compte de cette attitude du public à l'Empereur, afin que celui-ci puisse en tenir compte, dirions-nous aujourd'hui, pour noter les magistrats.

Cet emploi de la publicité des débats pour assurer un contrôle de l'opinion publique est devenu tout à fait étranger à notre sensibilité juridique. Notamment, dans les démocraties occidentales, nous avons peine à comprendre ce mécanisme ; notre idéal, c'est, au contraire, l'objectivité du juge, et sa ségrégation du public et de la société globale.

Les considérations qui nous ont amenés à cette position sont parfaitement défendables. Il ne faut pas, cependant, se dissimuler qu'elles ont aussi leur revers. Il en est résulté un divorce entre les jugements et la masse populaire, à laquelle le droit est, tout de même, destiné. Le caractère ésotérique du droit, considéré ici sous l'aspect du jugement, s'en est trouvé renforcé.

(2) Deuxième question : dans quelle mesure le juge est-il l'expression, non plus de la société globale, mais de son milieu particulier, d'un groupement particulier au sein de la société globale ?

Et, d'abord, dans quelle mesure est-il l'expression de sa génération ?...

Il existe, dans une certaine sociologie vulgarisée, un postulat du conflit des générations qui n'est que la transposition d'une donnée plus scientifique constatée par l'ethnologie, savoir le phénomène des classes d'âge. Dans les sociétés archaïques, on observe souvent

que les différentes générations sont constituées en groupements particuliers, en groupements distincts et pourvus d'une certaine rigidité.

Un ethnologue allemand, Schurtz, a étudié, au début de ce siècle, pour différentes sociétés primitives, ce phénomène des classes d'âge. Nous l'avons transposé en l'amollissant : c'est le conflit des générations, dont on parle si fréquemment à notre époque, pour nos sociétés modernes de type industriel. C'est, évidemment, un conflit d'une espèce un peu particulière parce que, à la différence du conflit de classes, il est essentiellement mobile : chacun est toujours sûr de passer de l'autre côté, il suffit d'être patient.

L'influence de l'âge du juge sur son jugement est un phénomène qui a préoccupé les sociologues, à notre époque. Il est admissible, a priori, que l'âge - la jeunesse ou, au contraire, la vieillesse du juge - influence son comportement psychologique et, par conséquent, sa manière de juger.

Il y a, sur ce point, des observations de psychologie empirique. C'est ainsi que les talmudistes exigeaient, pour les affaires capitales, où la vie de l'accusé était en danger, que l'on n'employât pas de juge sans enfants ou de juge qui, même ayant des enfants, était trop vieux parce que, alors, "il ne se souvenait plus d'en avoir eu". L'idée est claire : il fallait une certaine sensibilité disponible pour juger un accusé, dans le cas d'accusation capitale. L'observation est assez sommaire et inutilisable pour le procès civil.

L'idée générale, latente chez beaucoup de sociologues et de psychologues, souvent amateurs, est que l'âge, la vieillesse entraîne un certain conservatisme lato sensu chez le juge. Le point, en tout cas, mériterait d'être étudié. On pourrait l'étudier avec une certaine facilité car l'âge des juges est, dans nos sociétés, une donnée connue. Notamment en France : il y a un Annuaire de la Magistrature, à partir duquel - je vous livre encore cette idée d'une recherche possible à peu de frais - il y aurait peut-être une étude à faire sur le comportement des juges.

L'étude pourrait être, d'ailleurs, menée d'une façon comparative. Il est certain qu'en France, si l'on se place au niveau de la Cour de Cassation, l'âge des conseillers paraît plus élevé qu'à la Cour Suprême Fédérale allemande, par exemple ; il semble que la génération de 60 à 70 ans soit plus fortement représentée chez nous (cela tient peut-être à notre système d'avancement). En revanche, on est frappé de l'âge élevé des juges suprêmes anglais.

Serait-il possible de déceler l'effet de l'âge dans les jugements rendus par les juridictions supérieures de différents pays ?... C'est là le problème ; encore une fois, je me borne à indiquer la direction

de recherche. D'autant plus que l'on se pose une autre question, plus grave :

Est-ce que le juge n'exprimerait pas, plus que sa génération, sa classe sociale ?... C'est la thèse marxiste, et il existe toute une partie de notre organisation judiciaire pour laquelle cette thèse paraît trouver directement sa vérification : les juridictions dites "paritaires", conseils de Prud'hommes et commissions paritaires des baux ruraux.

Sans doute, ces juridictions paritaires n'ont pas été créées avec l'intention d'institutionnaliser, en quelque sorte, le conflit de classes. Tel n'a pas été le but, bien au contraire, de l'institution. Mais, en fait, il est notoire que les "juges paritaires" ont très largement transporté dans la juridiction leur position de classe. Aussi bien, dans les conseils de prud'hommes, il faut fréquemment faire appel à un magistrat professionnel (juge d'instance) pour départager les deux classes qui s'affrontent à l'intérieur de la juridiction.

Le phénomène est si naturel que c'est le phénomène inverse, le phénomène d'unanimité qui mériterait plutôt l'attention sociologique. Il est rare, cependant il se produit ; dans les conseils de prud'hommes, il est fréquent que le juge-rapporteur, quelle que soit son appartenance, soit suivi par l'ensemble du Conseil. Il est des juridictions prud'hommales où l'influence du conseiller-rapporteur est très grande et arrive à neutraliser les oppositions de classes.

Quoi qu'il en soit, ici, la thèse marxiste pourrait assez facilement paraître répondre à la vérité. Quand il s'agit de juges professionnels, elle est moins facile à vérifier. Il faudrait, d'abord, élucider ce que peut signifier, dans une juridiction professionnelle, technicienne, la notion de la classe du juge.

On peut entendre par là que les juges ont le sentiment de former entre eux un corps judiciaire, lequel pourra se sentir, du reste, solidaire d'une classe sociale plus vaste. Ce fut, très nettement, le processus psychologique constaté chez les parlementaires de l'ancien régime, aux derniers siècles de la Monarchie. Ils s'opposaient assez fréquemment à la noblesse, c'est-à-dire agissaient comme élément de la classe bourgeoise opposée à la noblesse. Puis, au XVIIIème siècle, ils prirent peur et ils essayèrent de freiner le mouvement philosophique et les premiers mouvements révolutionnaires. Dans cet exemple, c'était bien le corps judiciaire, dans son ensemble, qui agissait avec une sorte de conscience de classe.

Aujourd'hui, nous ne trouverions pas un phénomène comparable. Les juges sont des fonctionnaires ; ils ne sont plus, comme au temps de

la royauté, propriétaires de leurs charges. Leur esprit ne reste peut-être pas, d'ailleurs, le même d'un bout à l'autre de la carrière.

Aussi se peut-il qu'il faille aujourd'hui entendre la notion de la classe sociale du juge d'une manière différente, en ce sens que chaque juge, individuellement, a conscience d'appartenir à une classe, savoir la classe d'où il est issu. C'est bien souvent ainsi que, malgré l'absence d'études systématiques, du moins en France, sur la question, on entend le caractère d'appartenance de classe quand il s'agit du corps judiciaire.

L'étude à faire rejoindrait alors un genre de recherche très développé à l'heure actuelle en sociologie générale, la recherche de l'origine sociale de telle ou telle catégorie professionnelle, de telle ou telle catégorie de dirigeants, de fonctionnaires. Or, cette recherche de l'origine sociale est confondue, pratiquement, avec la recherche de la profession du père du professionnel, du fonctionnaire considéré.

Ici, par conséquent, il s'agirait, concrètement, de rechercher, pour chaque juge, quelle était la profession de son père. Des études ont été faites en ce sens, soit en Allemagne, soit - mais pas très systématiquement - en France même. Je me borne à relever des constantes qui paraissent communes aux deux pays :

Il y a un pourcentage infime de fils d'ouvriers parmi les magistrats, mais aussi un très faible pourcentage de fils de capitalistes. Pour les deux pays, ce qui domine statistiquement le recrutement de la magistrature, ce sont les classes moyennes, professions libérales, fonctionnaires, employés.

Toutefois, cette recherche sur l'influence que la classe sociale peut exercer dans la formation du jugement d'un juge, cette recherche, menée à partir de la profession du père de chaque juge, repose sur des bases psychologiques qui mériteraient d'être examinées d'un oeil critique. Le postulat, c'est que le fils recueille et conserve, tout le long de sa vie, les tendances du père, mais cela n'est nullement prouvé. Des réactions se produisent, au contraire, au moins à certaines périodes de la vie, dans la psychologie du fils à l'égard des tendances du père.

D'autre part, bien d'autres influences peuvent intervenir que celles de la classe sociale du père. Il y aurait lieu de se préoccuper aussi de l'origine sociale de la mère, et surtout de celle des grands-parents. Il est des sociologues qui pensent que la profession des grands-parents est beaucoup plus significative pour apprécier la conscience de classe de cet individu que la profession de son père. Et peut-on ne pas tenir compte de l'origine sociale de la femme (les "alliances" des magistrats) ?

C'est vous dire que la recherche devrait être menée avec des bases scientifiquement beaucoup plus élaborées.

Ce genre de recherche, encore une fois, ne paraît pas avoir été mené d'une façon véritablement systématique. De sorte que, à la question : est-ce que le juge (j'entends ici le juge professionnel, technicien) est l'expression de sa classe sociale ?... Les réponses ne sont jamais données que par impression.

Je ne dis pas qu'il faille se défier de l'intuition. Souvent, je le reconnais, elle est plus rapide et tout aussi efficace que de laborieuses recherches. Tout de même, ne présentons ces réponses que comme de simples impressions.

C'est ainsi que, au siècle dernier, le jurisconsulte belge Laurent faisait cette remarque que la jurisprudence sur les troubles de voisinage ... - (cette jurisprudence civiliste qui met souvent aux prises, en gros, le propriétaire d'une usine avec les habitants de "maisons résidentielles") - ... était plus favorable aux industriels à Gand et plus favorable aux propriétaires d'habitations bourgeoises à Bruxelles. Evidemment, l'explication était très facile : c'est que, à Gand, le juge se sentait entouré par un milieu industriel, subissait la pression de la classe industrielle, tandis qu'à Bruxelles, au contraire, il subissait la pression des quartiers résidentiels.

En France, on a fait la réflexion, mais toujours sur le mode impressionniste, que les magistrats des années 1930, ces magistrats qui ont fondé, chez nous, la jurisprudence relative à l'article 1384, alinéa 1er, du Code Civil, étaient plutôt des piétons que des automobilistes - ce qui est une manière d'appartenir à une classe sociale.

On a encore insinué que nos magistrats civils étaient, vraisemblablement, propriétaires à la campagne et locataires à la ville, car leur jurisprudence était favorable aux propriétaires ruraux, en matière de baux à ferme, et, au contraire, aux locataires en matière de locaux d'habitation.

Ce genre de réflexion suppose, il est vrai, un préjugé sur le comportement individuel des magistrats et même des hommes en général, savoir qu'ils sont guidés par leurs intérêts et, même, ce qui est plus spécial, par leurs intérêts de classe.

Or, la réalité psychologique est loin d'être aussi simple. On peut être, comme disait Pascal, injuste à contre-pied. C'est un phénomène psychologique bien connu et qui peut avoir son influence sur le jugement du juge. La Bruyère le notait déjà :

"Il se trouve des juges qu'une trop grande affectation de passer pour incorruptibles expose à être injustes."

L'impartialité finit par être un phénomène psycho-sociologique ; à force de vouloir être impartial, on finit par juger contre son propre intérêt. Le juge pourra décider, systématiquement et même arbitrairement, en faveur d'une thèse qui lèse son propre intérêt parce qu'il ne veut pas compromettre sa réputation d'impartialité ou, même, parce que, devant lui-même, devant sa propre conscience, il veut, à toutes forces, être impartial, et, de peur d'être pas être assez impartial, on finit par être partial à rebours.

D'autre part, la solidarité que le juge peut avoir avec un plaideur de la même classe que lui est souvent neutralisée par la rivalité qui les oppose naturellement. Le phénomène a été très souvent remarqué pour les juges des tribunaux de commerce, qui sont des commerçants. Assez souvent, ils voient dans l'un des plaideurs un concurrent plus direct que l'autre, et ils jugent contre lui.

Tout est si compliqué en ce domaine que le moins fatigant pour un juge, soucieux de sa tranquillité, est, souvent, de chercher à juger selon le droit.

§ 2 - L'EFFECTIVITE DU JUGEMENT.

La décision du juge est, dogmatiquement, un commandement de l'autorité étatique, mais ce commandement est quelque chose d'abstrait, de verbal ; sera-t-il concrètement appliqué ?... C'est un problème d'effectivité.

Pour la règle de droit et, spécialement, pour la loi, qui est aussi un commandement de l'autorité étatique, il se pose aussi des problèmes d'effectivité. On observe, en sociologie, de fréquents phénomènes d'ineffectivité de la loi. Il est très fréquent et nullement anormal, contrairement aux apparences dogmatiques, qu'une loi reste, pour une part au moins, ineffective.

Les termes du problème ne sont pas identiques pour le jugement. Cependant, l'on constate, pour le jugement aussi, des phénomènes d'ineffectivité, d'ineffectivité accidentelle, pourrait-on dire, par inexécution du jugement, et d'ineffectivité naturelle, par le retard même inhérent au jugement.

A. Ineffectivité par inexécution.

C'est cette sorte d'ineffectivité qui se rapproche le plus des phénomènes d'ineffectivité que l'on observe en ce qui concerne la loi. Mais

la loi est un commandement général, permanent, susceptible, par conséquent, d'une multiplicité d'applications, si bien que, pour une loi, l'ineffectivité peut, souvent, se traduire en pourcentage. Il est légitime de dire qu'une loi est ineffective à 40 %, par exemple, si, dans 40 % des cas, elle n'est pas appliquée.

Pour le jugement, qui a un caractère individuel, particulier, le phénomène n'est pas susceptible d'une appréciation en pourcentage. Néanmoins, il existe des phénomènes d'ineffectivité du jugement.

Il ne faut pas croire que l'inexécution du jugement ait toujours été sentie comme une anomalie intolérable. L'attitude du droit envers l'inexécution des jugements oscille entre deux pôles :

Dans beaucoup de droits primitifs, on constate que, la sentence une fois rendue, aucune autorité publique ne veille à son exécution et même, plus largement, tout le monde se désintéresse de cette exécution. La sentence a une sorte de valeur morale, de valeur théorique, un peu - est-ce résurgence archaïque ?... - comme les sentences d'un jury d'honneur. Il n'y a pas d'application, pas d'exécution.

A l'inverse, dans la conception legaliste, pragmatique, qui a dominé le XIX^{ème} siècle, le jugement est fait pour être exécuté et doit être exécuté coûte que coûte. Le combat pour le droit, - cette idée force du droit du XIX^{ème} siècle - ne cesse pas avec le prononcé du jugement, il ne cessera que par une satisfaction complète donnée au titulaire du droit.

Entre ces deux extrêmes, s'insèrent des attitudes de plus ou moins large tolérance de la société à l'inexécution des jugements.

Le phénomène de l'inexécution des jugements a, sous certains de ses aspects, attiré, dans ces dernières années et à notre époque, l'attention du droit dogmatique, surtout, du reste, du point de vue des conséquences juridiques qui peuvent en découler. Ainsi, le droit administratif a reconnu en principe une responsabilité de l'Etat pour inexécution des jugements, suivant une jurisprudence qui a son point de départ dans le célèbre arrêt Couitéas.

La pratique, très importante aujourd'hui, du sursis administratif aux expulsions des locataires, aux saisies, reflète, pour une large part, une résistance de l'opinion, du moins de l'opinion de certains milieux sociaux, à l'exécution de certains jugements. A ce titre, c'est un phénomène sociologique.

Mais il est des aspects moins voyants de l'inexécution des jugements. C'est l'inexécution pour des causes individuelles et non plus sociales : la fuite, la disparition du condamné, l'insolvabilité du débiteur. L'insolvabilité est un phénomène individuel, sans doute, mais

elle peut avoir une portée sociologique, que la sociologie devrait étudier.

En droit administratif, il faut tenir compte, semblablement, de l'inertie de l'administration condamnée. De ce point de vue-là, la jurisprudence du Conseil d'Etat est une jurisprudence très largement ineffective. On nous dit que nous sommes très protégés, grâce au Conseil d'Etat, contre l'arbitraire de l'Etat. Il en serait ainsi si les jugements du Conseil d'Etat étaient facilement exécutés, mais l'inertie de l'administration une fois condamnée est un phénomène qui mériterait une attention systématique des sociologues. L'étude ferait apparaître la jurisprudence du Conseil d'Etat et, du même coup, tout l'édifice de notre droit administratif comme bien fragiles.

B. Ineffectivité par retard.

C'est ce que l'on pourrait encore appeler l'ineffectivité moratoire.

L'idéal, ce serait la justice instantanée. La justice privée pourrait atteindre à cette instantanéité, mais, dès lors que le contentieux est institué, une épaisseur de durée s'interpose, nécessairement, entre le moment où le droit est troublé et celui où il est rétabli dans sa plénitude. Il y a des délais de la justice, qui sont naturels, en ce sens qu'ils sont inhérents à la nature même du contentieux. Pour que la justice fût sans délai, il faudrait qu'il n'y eût pas de contentieux, qu'il n'y eût pas de procès ni de jugement. Dès lors qu'il y a procès et jugement, nécessairement un temps plus ou moins long va s'écouler entre l'atteinte au droit et le rétablissement du droit.

De tout temps, le phénomène a attiré l'attention des âmes éprises de justice : pourquoi la justice a-t-elle des délais ?... Le retard de la justice, n'est-ce pas un déni de justice ?... Et, suivant une transposition assez habituelle, dont nous avons rencontré d'autres exemples, la justice humaine et la justice divine ont provoqué, ici, les mêmes étonnements pour les mêmes causes.

La justice divine a également ses délais. Plutarque a consacré un petit traité à défendre, à expliquer les délais de la justice divine : il pense que ces délais permettent le repentir du coupable, son amendement.

On redescend sur la terre avec Shakespeare. Parmi les sept fardeaux de l'homme, dans le monologue de Hamlet, il en est deux qui sont des fardeaux juridiques : il y a l'insolence des bureaux et il y a les délais du droit, les délais de la justice. Peut-être le trait correspond-il à une époque où les procès étaient particulièrement longs. Les procès des derniers siècles de l'ancien régime, en France, nous laissent l'impression d'une longueur particulière. L'acharnement des plai-

deurs, la multiplicité et la mauvaise organisation des voies de recours étaient autant de raisons expliquant, sociologiquement, ces délais exceptionnels de la justice. Il faut aussi tenir compte du fait que beaucoup de ces procès étaient menés par des communautés, des gens de main-morte, des gens qui ne meurent point et dont, par conséquent, les passions processuelles peuvent être sans fin.

A cette époque, il n'était pas rare qu'un procès durât plus d'un siècle. On vit avec son procès. On hérite d'un procès. Quelquefois, tout de même, le procès se termine et, alors, c'est un drame. Il y a, dans la littérature française, beaucoup de romans ou de pièces dont le ressort dramatique est donné par la conclusion d'un procès. L'auteur ne sait plus trop comment terminer : il va faire perdre ou faire gagner un procès. Cela introduit un dénouement. Mais le procès durait depuis si longtemps que sa conclusion a quelque chose d'inattendu et de quasi miraculeux. Le procès de cette époque, ce n'est pas l'affaire courante que l'on expédie au jour le jour.

A notre époque, les procès semblent moins longs. Cependant, le problème de la longueur des procès a, de nouveau, attiré l'attention, non plus des historiens, mais des sociologues. C'est surtout aux Etats-Unis que la Sociologie juridique s'est intéressée, par la méthode statistique, à l'étude des délais de la justice. Il se peut, du reste, que l'intervention du jury dans la procédure civile américaine, notamment en ce qui concerne les dommages-intérêts pour préjudice corporel, ait contribué à l'allongement des procès et donné une importance particulière à ce problème.

Cependant, le problème se poserait certainement en France aussi, et c'est un fait que toutes les réformes judiciaires des 30 dernières années ont été préparées dans l'intention déclarée d'accélérer le cours de la justice. La succession même de ces réformes laisse croire que l'accélération du cours de la justice n'est pas chose aisée. Il faut dire que les délais de justice ont trouvé des défenseurs chez les gens de justice, mais, également, chez les sociologues et chez les psychologues.

Si la justice devenait trop rapide, cela n'attirerait-il pas de nouvelles couches de plaideurs, actuellement découragés par la longueur des procès ?... Des études partielles ont été faites, sur ce point, aux Etats-Unis : il en résulterait que, devant les juridictions qui jugent plus vite que les autres, il n'y a pas un taux supérieur de procès eu égard au nombre des litiges possibles. Donc, l'accélération du cours de la justice n'aurait pas pour effet d'augmenter la processivité.

Autre défense des délais de la justice : ils permettent aux passions de se refroidir. L'argument est couramment donné en France : il ne servirait à rien d'accélérer le cours de la justice, la justice rapide, la justice à la vapeur n'est pas une bonne justice. Il faut

que les passions aient le temps de s'apaiser, il faut que le procès lui-même ait le temps de se refroidir.

On retrouve ici la vieille idée que le procès, au fond, est un mal, voisine de cette autre idée que le droit, au fond, n'est pas un bien.

T I T R E I I

LA JURISPRUDENCE

C'est un phénomène juridique très important. Vous savez le rôle capital de la jurisprudence dans le droit civil français du XXème siècle, lequel est devenu, pour une large part, un droit exclusivement jurisprudentiel. C'est, d'autre part, un objet d'observation sociologique par excellence que la jurisprudence, parce que la règle de droit jurisprudentielle, supposée règle de droit coutumière, peut être saisie "in statu nascendi", comme disent les sociologues, "en train de naître", beaucoup plus facilement que la coutume elle-même.

La jurisprudence nous met en présence de phénomènes d'autorité, au point de vue sociologique et psycho-sociologique, et la définition de la jurisprudence que l'on rencontre au Digeste, pourrait être transposée sociologiquement. La jurisprudence, c'est l'autorité de ce qui a été jugé constamment dans le même sens. C'est un phénomène psycho-sociologique d'autorité.

Cependant, chez les dogmatiques, on présente plutôt la jurisprudence comme un phénomène de source du droit, ce qui n'est pas exactement la même chose. La jurisprudence, dira-t-on de ce point de vue, est la création d'une règle de droit par le juge.

La jurisprudence nous propose de multiples sujets d'étude sociologique, et la sociologie serait apte à renouveler la conception que les juristes dogmatiques se font d'elle. Je voudrais en donner des aperçus dans deux directions :

- la formation de la jurisprudence comme phénomène de sociologie juridique ;
- les conséquences sociologiques du phénomène jurisprudentiel.

Je me bornerai à un bref schéma.

C H A P I T R E I

L A F O R M A T I O N D E L A
J U R I S P R U D E N C E C O M M E P H E N O M E N E
D E S O C I O L O G I E J U R I D I Q U E

L'analyse a été dominée, ici, par un rapprochement avec la coutume. On dit couramment que la jurisprudence est un phénomène de droit coutumier, non sans ambiguïté, du reste, car la formule peut recouvrir deux conceptions différentes. Parfois, on veut dire par là que le juge intervient dans la jurisprudence pour constater, pour déclarer une coutume préexistante ; le juge juge que le peuple a coutume d'agir de telle ou telle manière, il déclare une coutume préexistante. C'est, assez souvent, cette conception de la jurisprudence que présentent les historiens (cf. Planiol, dans les premières éditions de son *Traité élémentaire de droit civil*).

Mais il y a une autre conception, la conception d'après laquelle le juge constitue, en jugeant, une coutume nouvelle ; la jurisprudence, c'est la coutume du juge, il a coutume de juger ainsi. Dans la doctrine moderne, c'est ainsi que l'on entend l'idée que la jurisprudence représente un phénomène coutumier. L'analyse demanderait, dans tous les cas, à être soumise à un réexamen critique.

Que la jurisprudence soit un phénomène d'autorité, cela est certain, mais il n'est pas sûr que ce soit, comme on le dit couramment, un phénomène de création de la règle de droit par le juge.

Puisque la jurisprudence est rapprochée de la coutume, il peut être de bonne méthode d'essayer de retrouver en elle les éléments constitutifs du phénomène coutumier. On peut apercevoir dans la jurisprudence un élément matériel et un élément psychologique, ce qui, à première vue, la rapprochera de la coutume, laquelle, selon l'analyse romano-canonique bien connue comprend deux éléments, elle aussi, la pratique matérielle, effectivement suivie, d'une part, et, d'autre part, élément psychologique, l'opinio necessitatis.

Cependant, à ces deux éléments, il en faut peut-être ajouter un troisième, que j'appellerai l'élément de publicité.

S E C T I O N I

L'ELEMENT MATERIEL

DANS LA FORMATION DE LA JURISPRUDENCE

Le jugement est la pièce constitutive à partir de laquelle la jurisprudence va s'édifier. Il faut, à la base, un jugement, mais suffit-il d'un jugement ? Il est classique de dire que la jurisprudence se forme, à partir du jugement, par la répétition et la hiérarchie.

La répétition, suivant la conception la plus répandue, serait une condition essentielle. On considère, généralement, la jurisprudence comme une accumulation de jugements. De même qu'une fois n'est pas coutume, un arrêt n'est pas jurisprudence ; cette conception postule la répétition, non seulement de jugements, mais aussi, notons-le bien en passant, d'occasions de jugement. Il faut que le même phénomène social donne lieu, à plusieurs reprises, à un jugement dans le même sens. Cela suppose que le fait sur lequel les jugements se répètent a lui-même, par sa propre répétition, un caractère de phénomène social.

Ainsi, suivant la conception courante, la répétition serait la condition première de la jurisprudence. Il est, pourtant, permis d'en douter. Il y a des systèmes juridiques qui admettent l'efficacité d'un précédent judiciaire unique. Le système du précédent dans le droit anglo-américain ne suppose pas la répétition. En France même, au Moyen Age, un précédent judiciaire isolé pouvait parfaitement former jurisprudence. La chose paraît avoir été établie par une étude récente (Sergène, Revue Historique de Droit, 1961, p. 224 et 359). A l'heure actuelle, même, il n'est pas sûr qu'un arrêt unique de la Cour de Cassation ne puisse pas, à lui seul, constituer une jurisprudence. Il y a bien des hypothèses où l'on plaide avec un seul arrêt, mais tellement net qu'il paraît avoir tranché définitivement la question.

Bref, la répétition pourrait bien n'être pas un élément nécessaire du phénomène jurisprudentiel. Du même coup, la comparaison avec la coutume semble boîter dès le départ...

Une deuxième condition serait représentée par la hiérarchie.

Je disais que la jurisprudence est un phénomène d'autorité. Sur ce point, néanmoins, il y a des nuances à apporter. Il est certain qu'à côté du phénomène jurisprudentiel, tel que nous le voyons fonctionner dans notre droit moderne, du moins sous sa forme la plus courante (l'avocat citant les arrêts de la Cour de Cassation et, faute

de mieux, ceux des Cours d'Appel) - il existe une forme secondaire du phénomène qui mériterait une étude sociologique distincte. C'est ce que l'on appelle "la jurisprudence de la Cour", la "jurisprudence du Tribunal", des phénomènes de jurisprudence intérieure : votre tribunal a déjà jugé ainsi. Il est certain que cette invocation de la jurisprudence interne peut avoir une très grande efficacité sur un tribunal. Mais il faut bien voir que le phénomène jurisprudentiel se présente alors sous un jour différent du type ordinaire. C'est un phénomène d'habitude, ou d' "esprit de clocher".

S E C T I O N I I

L'ELEMENT PSYCHOLOGIQUE

DANS LA FORMATION DE LA JURISPRUDENCE

Ici, il y a à considérer deux psychologies : celle du premier juge, si je puis dire, et celle du second juge ; il y a à considérer le jugement a quo et le jugement ad quem. La jurisprudence peut apparaître comme un phénomène d'imitation, suppose deux jugements successifs, le second se rapportant au premier.

Aux deux stades, la psychologie du juge est à prendre en considération. Il faut, d'abord, dans le juge du premier jugement, l'intention de constituer une jurisprudence. Le point est important, quoique, souvent inaperçu. Une constante de la matière est que le juge ne veut pas toujours fonder une jurisprudence ; parfois, il fait effort pour ne pas former une jurisprudence, pour se réserver et réserver aux autres juges un moyen de juger différemment dans une espèce semblable.

C'est ainsi que les Parlements de l'ancien régime déclaraient, à l'occasion, que l'arrêt était rendu sans tirer à conséquence, c'est-à-dire sans préjuger de l'avenir. Aujourd'hui, c'est un autre procédé : la Cour de Cassation rédige ses arrêts le plus possible en fait. On établit une opposition entre arrêts de principe et arrêts d'espèce. C'est une question de motivation. Mais l'intention est toujours très nette : le juge ne veut pas fonder de jurisprudence. Il paraît même qu'il arrive à la Cour de Cassation de décider que tel de ses arrêts ne sera pas inséré à son Bulletin ; elle veut, en quelque sorte, anéantir le souvenir de la décision qu'elle rend.

Inversement, il faut, chez le juge du jugement ad quem, du second jugement, la conscience de suivre une jurisprudence. Pour que l'on puisse parler du phénomène jurisprudentiel, pour que l'on puisse

relier le phénomène jurisprudentiel à un phénomène coutumier, il faut quelque chose qui soit l'équivalent de l'opinio necessitatis.

Mais est-ce que, vraiment, du moins dans la jurisprudence française (je laisse de côté le système anglo-américain) c'est bien ainsi que les choses se passent ?... Le second juge agit-il vraiment avec le sentiment déclaré du caractère obligatoire de la règle posée par le premier juge ?... A y regarder de près, il semblerait bien plutôt que le juge reconstitue, à chaque fois, le raisonnement législatif. Dans notre système jurisprudentiel français, un juge ne se borne pas, n'a même pas le droit de se borner à citer la jurisprudence de la Cour de Cassation sans donner d'autres motifs. C'est la meilleure preuve que la Cour de Cassation n'a pas créé une règle de droit. Le juge reprendra la motivation de la Cour de Cassation, il repensera cette motivation, et on peut supposer que, la reproduisant, il se l'appropriera. Le premier jugement nous apparaît, non pas comme une norme, mais plutôt comme ce que l'on appelle, en sociologie, un modèle. La différence est importante.

S E C T I O N I I I

L'ELEMENT DE PUBLICITE

Pour que la jurisprudence puisse se former, il faut que les jugements à partir desquels elle se forme soient connus, donc qu'ils soient publiés. C'est la publication des décisions de justice qui a permis de faire d'un phénomène d'imitation dans le temps (car, auparavant, la justice n'était que cela, une imitation dans le temps) un phénomène d'imitation dans l'espace, qui a permis une diffusion, en quelque sorte, de la jurisprudence sur tout le territoire.

Cependant, la nécessité de cette publication de la jurisprudence est, en même temps, une limitation pour celle-ci, car il en résulte que la jurisprudence n'est connue que dans un cercle de praticiens, de techniciens. Il y a là une opposition entre la loi au sens classique et la jurisprudence. La loi au sens classique (je laisse de côté les lois modernes) a vocation à être connue de tous, ce que nous exprimons encore dans notre célèbre adage : "Nul n'est censé ignorer la loi". Mais la jurisprudence a besoin d'une publication qui est une publication d'une nature particulière, une publication pour gens de loi et techniciens du droit. Le même trait sépare la jurisprudence de la coutume, car celle-ci a un caractère populaire.

LES CONSEQUENCES SOCIOLOGIQUES
DU PHENOMENE JURISPRUDENTIEL

A supposer la jurisprudence - une jurisprudence effective - elle peut avoir des conséquences sociologiques, soit au plan de la politique, lato sensu, soit au plan de la technique.

- A. Au plan de la politique. De l'existence du phénomène jurisprudentiel, en droit moderne, on a couramment, hâtivement, conclu (hâtivement - du moins pour la France) au gouvernement des juges.

La conclusion est sujette à caution. Nous avons vu que le juge n'était pas le personnage essentiel dans le contentieux ; que les hommes de loi, qui construisent le procès et présentent au juge deux sortes de raisonnement entre lesquelles il n'a plus qu'à choisir, ont un rôle beaucoup plus considérable. Par la jurisprudence, le gouvernement qui s'instaure est bien plus celui des hommes de loi et, derrière les hommes de loi, celui des plaideurs les plus énergiques.

- B. Au plan de la technique. La jurisprudence a eu pour conséquence de transformer le système juridique (je pense au système juridique français). Elle a introduit chez nous un système de règles de droit de plus en plus abondant, car chaque jurisprudence construit une nouvelle règle de droit. Il reste de moins en moins de place pour les charismes du juge. Le système juridique français s'en trouve, graduellement, ossifié, et l'on pourrait dire, péjorativement, sclérosé.

Par ailleurs, le système des règles de droit est devenu de plus en plus ésotérique, il y a une difficulté croissante, pour la masse non technicienne, à connaître le droit, parce que le droit est jurisprudence pour une large part et que la jurisprudence est plus loin de la masse que la loi, même la loi moderne ; si bien que le droit a perdu, par la jurisprudence, un peu plus de son caractère populaire. La multiplication des lois à l'époque moderne y a contribué aussi, mais, certainement, le développement du droit jurisper-

dentiel a accentué les phénomènes d'ésotérisme, de technicisation du droit, l'éloignement du droit par rapport à la masse populaire.

C'est sur ces propos que je voudrais terminer ce cours de sociologie juridique. Malgré sa limitation et sa brièveté, ce cours sera peut-être arrivé à montrer - et c'était surtout son but - les possibilités de la sociologie juridique. Vous aurez aperçu en elle un instrument très efficace de critique du droit.

