

# Sociologie juridique, 1972-1973

<b>Introduction</b>	<b>P 1</b>
Préalables	P 1
<i>Section I : Le contraste entre la démarche dogmatique et la démarche empirique dans l'étude du droit</i>	<b>P 2</b>
Paragraphe I : L'étude du droit en lui-même	P 3
Paragraphe II : L'étude du droit et des phénomènes juridiques dans leurs causes	P 6
Paragraphe III : L'étude du droit et des phénomènes juridiques considérés dans leurs effets	P 9
<i>Section II : Panorama de la sociologie juridique</i>	<b>P 10</b>
Paragraphe I : Histoire de la sociologie juridique	P 10
Paragraphe II : Objet de la sociologie juridique	P 12
Paragraphe III : Les méthodes de la sociologie juridique	P 15
Paragraphe IV : Les résultats de la sociologie juridique	P 18
<b>Partie générale</b>	<b>P 24</b>
<i>Chapitre I : La sociologie juridique au siècle des philosophes</i>	<b>P 24</b>
Section I : les précurseurs de la sociologie juridique	P 25
Paragraphe I : Montesquieu	P 25
Paragraphe II : Les autres « philosophes »	P 31
Paragraphe III : L'esprit philosophique	P 36
Section II : la passion législative comme phénomène sociologique	P 41
Paragraphe I : Les manifestations du phénomène	P 41
Paragraphe II : Les causalités du phénomène	P 45
Paragraphe III : Les conséquences du phénomène	P 48
<i>Chapitre II : Sociologie juridique et interprétation</i>	<b>P 51</b>
Section I : L'interprétation sociologique	P 52
Paragraphe I : Les écoles sociologiques d'interprétation	P 54
Paragraphe II : Les tendances factuelles en interprétation	P 58
Paragraphe III : Les essais de méthode sociologique en interprétation	P 61
Section II : L'interprétation comme phénomène sociologique	P 66

Paragraphe I : Place de l'interprétation dans l'ensemble du phénomène herméneutique	P 66
Paragraphe II : Les agents de l'herméneutique juridique	P 69
Paragraphe III : Les comportements herméneutiques	P 72
<b><i>Chapitre III : Rapports de la sociologie du droits avec des disciplines voisines</i></b>	<b>P 77</b>
Section I : Sociologie juridique et droit comparé	P 77
Paragraphe I : Le droit comparé comme science	P 78
Paragraphe II : Le droit comparé comme phénomène sociologique	P 83
Section II : La psychologie juridique	P 86
Paragraphe I : Les réalisations de la psychologie juridique	P 87
Paragraphe II : Les rapports entre la psychologie et le droit	P 89
Paragraphe III : Analyse de deux phénomènes juridiques	P 94
<b>Partie spéciale</b>	<b>P 102</b>
<b><i>Chapitre I : Sociologie du droit patrimonial</i></b>	<b>P 102</b>
Section I : Sociologie et économie	P 103
Paragraphe I : La dimension économique dans les recherches de sociologie générales	P 104
Paragraphe II : La dimension économique dans les recherches de sociologie juridique	P 106
Section II : Les contrats et le crédit	P 115
Paragraphe I : La confiance contractuelle	P 115
Paragraphe II : L'endettement contractuel	P 121
Section III : La monnaie et l'impôt	P 128
Paragraphe I : La monnaie	P 128
Paragraphe II : L'impôt	P 133
<b><i>Chapitre II : Les discriminations de droit civil</i></b>	<b>P 139</b>
Section I : Les incapacités selon l'article 1124 du Code Napoléon	P 140
Paragraphe I : L'incapable majeur	P 140
Paragraphe II : Le mineur incapable	P 142
Section II : Les inégalités successorales	P 150
Paragraphe I : Les déterminations du choix	P 151
Paragraphe II : Les conséquences du choix	P 155

PARIS II

# **SOCIOLOGIE JURIDIQUE**

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

MONSIEUR JEAN CARBONNIER

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

1972 - 1973

ASSOCIATION CORPORATIVE DES ETUDIANTS  
EN DROIT ET EN SCIENCES ECONOMIQUES DE PARIS

Nous tenons à remercier Monsieur le Doyen  
CARBONNIER d'avoir autorisé la publication des notes prises  
au cours oral.

Notre reconnaissance va également à Monsieur  
Charles SIMON qui a accepté de nous transmettre les notes  
qui ont servi à la rédaction de ce polycopié.

MARS 1973

## INTRODUCTION

### Plan de l'Introduction

- Préalables;
- Section 1 : Le contraste entre la démarche dogmatique et la démarche sociologique dans l'étude du droit;
- Section 2 : Panorama de la sociologie juridique.

### PREALABLES :

Qu'est-ce que la sociologie juridique ?

I - Une définition empirique :

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

II - Une définition plus scientifique :

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

Il n'est pas tellement facile de la définir.

Voici quelques définitions courantes :

- "La science de la société" (L'expression de sociologie a été formée par Auguste Comte; cette expression est mal construite : elle est formée d'un mot latin et d'un mot grec ).
- "Science qui étudie les groupements sociaux";
- "La science qui étudie les phénomènes sociaux" (Mais qu'est-ce que un phénomène social ? Par exemple, les phénomènes économiques sont-ils des phénomènes sociaux ?)

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

Voici quelques essais de définition :

- "La science qui étudie le droit par des méthodes sociologiques" (cette définition renvoie à la sociologie en général. Le droit peut être étudié par deux méthodes : par une méthode dogmatique, et par une méthode fournie par la sociologie en général.)
- "Cette branche de la sociologie en général qui étudie ces phénomènes sociaux que sont les phénomènes juridiques" (ici, on se tourne vers le droit : c'est à lui de nous dire ce qu'on doit entendre par phénomènes de droit. A côté des phénomènes juridiques il y a d'autres phénomènes qui

sont non juridiques; ces derniers phénomènes sont appelés phénomènes de mœurs. Les phénomènes juridiques sont caractérisés par la juridicité.)

III - Cette matière première qu'est le Droit peut-être traitée par deux démarches : par la démarche dogmatique et par la démarche sociologique. Nous allons opposer ces deux démarches par quelques exemples.

#### SECTION I

##### Le contraste entre la démarche dogmatique et la démarche sociologique dans l'étude du Droit.

Juristes dogmaticiens et juristes sociologues travaillent sur une même matière première qui leur est donnée par le Droit. Qu'est-ce que la Droit ? Les lois, coutumes, jugements, etc...

1) Différences entre les deux manières d'appréhender cette matière première.

- On dit parfois :

Le juriste dogmaticien étudie la règle en soi; le juriste sociologue se préoccuperait avant tout de l'Application du Droit. La différence n'est pas tranchante : Le juriste dogmaticien ne se désintéresse jamais de l'application pratique du Droit ( au moins les juristes dogmaticiens français contemporains); à l'inverse, on doit savoir qu'un juriste sociologue peut s'intéresser à la manière dont une loi est élaborée, avant toute application.

- Autre critère : Le juriste dogmaticien participe à l'ordre juridique, au système juridique qu'il étudie; il y participe au titre de la doctrine. Par contre, le juriste sociologue se placera en dehors du système juridique national, pour l'observer d'une manière extérieure, objective, comme une chose. Cette réduction du phénomène juridique à l'état de chose est caractéristique de la démarche du sociologue du Droit.

Ici, on trouve la même relation qu'entre la sociologie religieuse et la théologie : le théologien considère la religion à laquelle il appartient comme un ensemble normatif; le sociologue de la religion, par contre, doit adopter une démarche objective, fût-il un croyant de cette religion; les sociologues de la religion disent que la sociologie religieuse doit adopter un athéisme méthodologique. Et cette perspective peut et doit être transposée en sociologie du droit.

2) Quelques exemples :

Ces exemples seront contenus dans les trois paragraphes qui suivent.

Paragraphe 1er.

L'étude du Droit en lui-même

Le juriste dogmaticien et le juriste sociologue ne voient pas les lois, les coutumes, etc..., du même regard.

1er. contraste :

La vue du juriste dogmaticien est souvent une vue intuitive et qualitative portée sur les phénomènes juridiques; le juriste sociologue veut arriver à une vue plus raisonnée et (ce qui est plus important) quantifiée : la quantification est une garantie de l'objectivité. En voici quelques exemples.

1) La recherche de la paternité naturelle : Art. 340 du Code Civil (Système antérieur à 1972).

Les juristes dogmaticiens avaient l'impression que cette action était souvent employée : ils retiraient cette impression du dépouillement des recueils de jurisprudence. Seulement, une publication dans ces recueils suppose des filtrages successifs, au cours desquels on élimine les affaires qui ne sont pas plaidées en Droit; or, l'action en recherche de la paternité naturelle était fréquemment plaidée en Droit.

A partir du moment où on a essayé de quantifier le phénomène (grâce à des enquêtes dans les greffes) on s'est aperçu que ces actions étaient peu nombreuses : en 1969, 445 furent intentées, 337 furent accueillies et 108 furent rejetées. Que veulent dire ces chiffres en eux-mêmes ? Un chiffre à l'état absolu ne signifie pas grand chose; il faudrait le rapporter au nombre des usagers potentiels de cette action, c'est-à-dire au nombre des naissances illégitimes : or, en 1969, il y en a eu 54.000. Mais, cette première approche n'est pas suffisante à cause des reconnaissances volontaires; il faut défalquer le nombre de celles-ci. Or, 42 à 44 % des enfants naturels ne font pas l'objet d'une reconnaissance volontaire. En somme : il y a eu en 1969, 23.000 enfants naturels usagers potentiels par opposition à 445 pour lesquels l'article 340 a été mis en oeuvre. Néanmoins, il ne faut pas trop vite conclure : ne disons pas que la loi de 1912 a été un coup d'épée dans l'eau : il faut distinguer l'effet direct de la loi et son effet diffus. Il est possible en effet, que l'existence dans notre législation de l'article 340, a déterminé un certain nombre de pères naturels à reconnaître volontairement leur enfant naturel.

## 2) Le divorce .

Une enquête d'opinion publique effectuée sur un échantillon national (c'est-à-dire représentant ou sensé représenter la totalité de la population adulte française ) de 2142 personnes, sur l'institution du divorce, contenait cette question : A votre avis, sur 100 mariages, combien approximativement se terminent par un divorce ?

On offrait aux enquêtés un certain nombre de réponses stéréotypées :

- moins de 9 % de mariages se terminent par un divorce;
- de 10 à 14 %;
- de 15 à 24 %;
- de 25 à 34 %;
- 35 % et plus;
- sans opinion.

La 1ère catégorie a été choisie par 20 % des enquêtés;

La 2ème catégorie a été choisie par 22 % des enquêtés;

3ème. : 26 %;

4ème. : 18 %;

5ème. : 14 %.

Mais la sociologie juridique permet de répondre d'une manière plus rigoureuse à cette question. En effet, nous disposons des taux de divortialité fournis par des enquêtes menées durant les périodes considérées.

Pour la période considérée, le taux de divortialité s'établit légèrement au-dessus de 10 % (10,75).

Comment calcule-t-on ce taux de divortialité ?

Par l'indice du moment : pour une année donnée, on rapporte le chiffre des divorces prononcés à celui des mariages célébrés. C'est simple, mais ce n'est pas très juste, car les divorces prononcés en 1969 ne dissolvent que pour une faible partie les mariages célébrés la même année. Mais, pour l'instant, nous ne pouvons faire mieux. Par une série d'approximations, on peut aboutir à construire l'indice de promotion : on considère que les mariés d'une année constituent une promotion de mariés; on va déterminer comment cette promotion va se comporter par la suite. Il est très difficile de construire un indice de promotion rigoureux parce qu'il faudrait attendre longtemps. Aussi, on se contente d'un indice de promotion approximatif. Et, au lieu de 10,75 %, on a obtenu 8,15 %.

Il en résulte que un grand nombre d'enquêtés se trompaient : plus de la moitié, en gros; dont 1/3 se trompaient gravement.

La sociologie juridique peut substituer, à une impression plus intuitive, une vue plus rigoureuse.

Second contraste:

Celui qui existe entre une vue technicienne du Droit et une vue "populaire" (populaire = correspondant à l'ensemble de la population moins les juristes, correspondant donc aux usagers du Droit). Le juriste dogmaticien, en effet, a tendance à considérer le Droit comme les techniciens le considèrent; le juriste sociologue, par contre, a tendance à le considérer comme les usagers.

En voici quelques exemples.

1) La faillite (système postérieur à 1967 : liquidation de biens ou règlement judiciaire).

L'Inspection des Finances s'est livrée en 1970 à une enquête sur la liquidation des biens et le règlement judiciaire. Les enquêteurs n'ont pas seulement travaillé sur des documents; ils ont également vu des hommes de métier, syndics, spécialistes du Droit commercial : mais cet effort s'est arrêté aux techniciens du Droit.

Par contraste, une recherche classique, menée en 1930 en Amérique, a consisté à interroger des faillites.

L'on voit la différence d'approche : d'une part on interroge des spécialistes du Droit; d'autre part, des usagers.

2) La vente à crédit, et plus spécialement la vente à tempérament.

Chez nous, la réglementation est assez dirigiste. En Allemagne, au contraire, la réglementation est plus libérale. On va se demander, en France, quelle est la valeur respective des deux systèmes. Comment apprécier cela ? C'est un problème de Droit comparé, dira-t'on; mais la sociologie juridique peut s'en occuper aussi.

- On pourrait comparer les textes : c'est le droit comparé initial, méthode abstraite.

- Dans une démarche plus réaliste, on comparera également les arrêts et les décisions jurisprudentielles pour voir comment les législations fonctionnent.

- Dans une démarche encore plus réaliste, on interrogera les personnes vivantes, qui, dans les deux pays, sont concernées par le problème de la vente à tempéraments. On enquêtera donc auprès des entreprises qui pratiquent cette opération. On interrogera aussi les banques, des avocats, peut-être aussi des magistrats appartenant à des chambres spécialisées.

- Mais, si l'on veut aller au fond de la sociologie, il faut joindre à l'enquête précédente une autre enquête essayant d'atteindre le milieu populaire.

**Conclusion :** la vision technicienne est nécessairement une vision unitariste; elle n'épuise pas la sociologie juridique.

3ème.contraste:

La sociologie juridique s'intéresse aux faits; le Droit dogmatique s'intéresse au Droit. La vision du juriste dogmaticien est une vision juridique; celle du juriste.sociologue est une vision factuelle.

La distinction du fait et du droit est classique : par exemple, le pourvoi en cassation. La sociologie juridique s'intéresse aussi au droit, mais, dans le droit, elle essaie de voir les éléments de fait.

La différence apparaîtra si on la fait jouer dans l'une des méthodes de recherche de la sociologie juridique : l'analyse sociologique de jurisprudence. (en licence, on a fait des analyses dogmatiques d'arrêts; on peut en faire aussi une analyse sociologique.)

1) L'arrêt Jand'heur (chambres réunies, 13 Février 1930, Dalloz, 1930, I,57,note Ripert; Sirey, 1930,I,121,note Esmein).

- Cet arrêt, au terme d'une affaire assez longue, a assis définitivement l'interprétation célèbre de l'article 1384, alinéa 1er., du Code civil.

- Progressivement, au cours du procès, les éléments de fait ont été filtrés et rejetés. Pourtant, il en subsiste plusieurs :

D'abord, la longueur du procès ( 5 ans).

Ensuite : le 22 Avril 1925, un camion automobile appartenant à la Société X a renversé et blessé la mineure Live Jand'heur. C'est le minimum de fait que la Cour de cassation a cru devoir citer.

Mais on peut encore relever ceci : d'un côté, nous avons une société; or on sait que les sociétés sont des plaideurs infatigables, elles n'ont pas de nerfs; c'est un élément important; de l'autre, nous avons une mineure, dont nous ne connaissons pas l'âge. Les arrêts d'appel nous apportent un élément de plus : la mère de Live Jand'heur était veuve; or, la veuve et l'orphelin sont toujours les personnes que le droit croit devoir défendre : il y a là un élément de fait dont le poids ne doit pas être sous-estimé. En somme, peut-être les éléments de fait ont-ils fait pencher la balance de la justice dans un sens déterminé.

- Si la position de la victime n'avait pas été aussi favorable peut-être la Cour de cassation aurait-elle rejeté la doctrine, alors hétérodoxe, de la responsabilité du fait des choses. Est-ce que, alors, il n'y aurait pas eu une espèce qui aurait, plus tard, donné matière à un revirement de jurisprudence ? Est-ce que ce revirement n'était pas donné dans les profondeurs de la société ? Il y a là un problème d'ordre général :

Est-ce que c'est les individus ou bien la société, qui comptent dans la construction du droit ?

2) Autre exemple : la séparation de fait.

Bien qu'il s'agisse de fait, on l'étudie dans les cours de droit. On atteint la séparation de fait comme un fait juridique. On peut l'étudier aussi d'une manière sociologique : on essaiera, dans ce cas, de la retrouver dans sa factualité la plus pure.

Il y aura d'abord un essai de quantification. Exemple : dans la revue Population (éditée par l'I.N.E.D. Institut national d'études démographiques), 1972, page 241 à 255, Melle. Boigeol et Mr. Commaille ont analysé les résultats du recensement de 1968 en la matière : les français mariés vivant dans des ménages ordinaires sans leur conjoint. (Une réserve doit être faite ici : il n'y a pas de contrôle des réponses aux questionnaires de recensement.) Les auteurs évaluent à 130.000 les personnes séparées de fait. Ils ont dressé une carte des séparations de fait : il en résulte que "le taux de séparation de fait va crescendo avec l'obscurité des tâches"; il y en a peu en Bretagne, beaucoup autour de Paris et sur la Côte d'Azur. On pourrait approfondir encore cette enquête : voir quels sont les motifs de la séparation, pourquoi les séparés de fait ont pris cette voie et non pas la voie de la séparation juridique. Tandis que, si on se livrait à une analyse de jurisprudence, on aurait une vision très partielle.

## Paragraphe II.

### L'étude du Droit et des phénomènes juridiques dans leurs causes.

Si l'on devait présenter ce contraste en termes très généraux, on dirait : Pour le droit dogmatique, le droit est engendré par le droit; pour la sociologie juridique, le droit est engendré par la société.

Ceci demeure assez vague. Précisions par quelques exemples.

1) La notion de cause de divorce.

Les juristes dogmaticiens se référeront ici aux articles 229 et suivants du Code civil. Il s'agit des fautes commises par l'un des époux envers l'autre. La cause de divorce, ici, est un fait juridique.

Pour les juristes sociologues, les causes de divorce sont des causes extérieures au droit et qu'il faut déterminer par des méthodes adéquates. Si la divortialité varie d'un ressort judiciaire à un autre, et si la pratique religieuse varie dans le même sens, on sera peut-être amené à dire qu'il y a une corrélation entre la pratique religieuse et la divortialité.

Exemple : Pour les années 1966 à 1968, les divorces prononcés à l'endroit de 10.000 couples mariés étaient de 32,9 comme moyenne nationale (ce chiffre est appelé : taux de divortialité) ; mais ce chiffre recouvrait des distorsions très grandes d'un département à l'autre :

Dans la Seine, le taux était de 76 (c'est-à-dire plus de la moitié de la moyenne nationale) ;

Dans l'Aveyron, le taux était de 13,5 (c'est-à-dire moins de la moitié de la moyenne nationale) ;

Dans le Morbihan, le taux était de 13,7.

Or, il est connu que les pratiques religieuses sont très différentes entre le Morbihan et la Seine.

Certains auteurs pensent que la manière dont le mariage a été perçu dans les familles des deux conjoints, joue un rôle dans la divortialité. Des mariages qui avaient été désapprouvés par les familles des deux conjoints seront plus facilement dissous par divorce (peut-être). Il y a là à faire une recherche de causalité ; c'est une recherche délicate.

2) Comment naissent les lois.

Pour le dogmaticien, la loi est un acte de volonté. Elle peut avoir un auteur individuel ou un collège d'auteurs (système parlementaire). Cela, c'est le législateur juridique.

Mais n'y a-t'il pas, derrière le législateur juridique, des législateurs sociologiques ?

Par exemple, le roi Numa dans la Rome antique avait derrière lui qui était le législateur juridique (Numa = Nomos), la nymphe Egérie, laquelle était le législateur sociologique.

Qui est le législateur sociologique ? Ce sont peut-être des forces anonymes, impersonnelles (voir Georges Ripert, Les forces créatrices du droit) ; ce sont peut-être des groupes de pressions opérant par l'intermédiaire de certaines personnalités coutumières des couloirs parlementaires.

Exemple. La loi du 30 Novembre 1892 a inséré dans le Code Civil quelques textes favorables aux médecins (privilèges, prescription) : c'est un peu la récompense que la troisième République triomphante a accordée aux médecins (surtout de campagne) qui l'avaient aidée à s'instaurer.

Autre exemple. La publicité foncière. Dans le Code Civil de 1804, elle n'était pas prévue : les mutations étaient en principe clandestines, parce que en 1804 les propriétaires fonciers étaient très écoutés. Ils ne tenaient pas du tout à ce qu'on rende obligatoire la publicité des hypothèques. Mais en 1855, les financiers étaient plus écoutés que les propriétaires fonciers et cela explique la poussée en faveur de la transcription.

Et en 1955, c'est le notariat qui a obtenu un élargissement de la publicité foncière.

3) Causalité de la jurisprudence. Comment se constitue une jurisprudence ? Dogmatiquement, la jurisprudence est une création intellectuelle par la hiérarchie judiciaire. A l'intérieur de cette hiérarchie, on peut distinguer l'une ou l'autre fortes personnalités (avocat, magistrat). D'autre part, le jugement engendre le jugement.

Mais, quel est le point de vue du sociologue ? On éprouve quelques scrupules à dire que la jurisprudence se forme sous l'action de forces extérieures au corps judiciaire. Néanmoins, la jurisprudence réfracte quelque chose de la société. Il y a un rapport entre l'opinion publique et l'attitude du juge.

Exemple. Une jurisprudence très connue : est-ce que, en cas d'accident mortel survenu à un concubin, la concubine peut obtenir des dommages et intérêts ;

Voyez l'arrêt de la Cour de cassation du 27 Février 1970, Dalloz, 1970, 201. Cet arrêt a admis que la concubine pouvait obtenir des dommages et intérêts; auparavant, la Cour d'Appel de Paris y avait déjà été favorable. Comment le renversement de jurisprudence s'est-il opéré ?

Dogmatiquement : grâce à une discussion conceptuelle sur le lien de droit, sur la notion de dommage.

Mais, est-ce que l'opinion publique n'a pas influencé ? En 1967, un sondage a été effectué; il s'agissait d'une recherche sur les couples non mariés; ce sondage portait sur un échantillon national de 2.000 personnes; il a été publié dans le Compte général d'administration de la justice civile et criminelle pour l'année 1969. A la page 109, au tableau 8, il est question de l'indemnisation; ce tableau n'a d'ailleurs pas été connu par la Cour de cassation parce qu'il n'était pas encore publié. Cependant l'opinion publique était fixée dans ce sens; et cela a pu agir d'une manière diffuse sur la cour. Du tableau, il résulte que était favorable à l'indemnisation, 65 % de la population; était défavorable 23 %; était sans opinion, 12 %. Dans l'agglomération parisienne, les chiffres étaient les suivants : favorable à l'indemnisation, 70 %, défavorable : 20 %, sans opinion : 10 % . La différence n'est peut-être pas énorme, mais elle peut être significative, surtout si l'on compare les chiffres parisiens à ceux des communes rurales : ici, les chiffres étaient les suivants : favorables à l'indemnisation : 53 %; défavorables : 28 %; sans opinion : 19 %.

### Paragraphe III

#### L'étude du droit et des phénomènes juridiques considérés dans leurs effets

Le droit dogmatique cherche les effets du droit en droits : le droit objectif engendre des droits subjectifs.

Pour le sociologue, les effets du droit seront d'ordre démographique, économique, moral; les effets devront être recherchés dans la société. Non que les dogmaticiens soient indifférents aux conséquences sociales des règles qu'ils enseignent, mais la démarche sociologique va consister dans un traitement plus rigoureux, si possible quantifié, des effets sociaux.

1) exemple : les effets du régime successoral du code Napoléon, et spécialement les effets de la règle du partage égal des successions, non seulement en valeur mais également en nature.

Les juristes ont fait apparaître des conséquences socialement critiquables d'après eux : par exemple, le morcellement des exploitations agricoles. Ce jeu de cause à effet paraissait tellement évident que l'on se dispensait de la démontrer. Cependant, nous n'avons pas de réponse réellement scientifique à la question des conséquences de la règle du partage égal des successions. C'est une recherche délicate. On la ferait par exemple par l'examen des communes rurales. Peut-être découvrirait-on que l'intuition du juriste dogmaticien est peu fondée : car l'effet de morcellement pourrait être neutralisé par d'autres facteurs.

Dans une démarche intermédiaire, il y a eu une recherche classique qui est déjà sociologique. Son auteur est un précurseur de la sociologie juridique : Frédéric Le Play qui s'est préoccupé de ce régime successoral auquel il imputait la "décadence de la France" (parce que le partage aboutissait à un affaiblissement des structures sociales, disait-il). Le Play a fait une enquête sur le terrain : sur une famille rurale du pays du Béarn; méthodologiquement, cette étude reste bonne.

2) autre exemple : L'institution du divorce a-t'elle un effet sur la natalité du pays ?

La thèse de Mr. J. Defforges ("Le divorce en France", 1947) expose que nécessairement, le divorce doit être défavorable à la natalité : il y a moins d'enfants dans les familles de divorcés. L'enfant fait obstacle au divorce et, inversement, le divorce fait obstacle à l'enfant. En réponse, un autre démographe publia dans la revue "Population", 1948, pages 348 et suivantes, une étude dans laquelle il prenait le contrepied des affirma-

tions de Defforges. Cependant, l'étude de cette question apparait ici très délicate : et la sociologie juridique exige des recherches plus approfondies.

Un effet : Les conclusions de la sociologie juridique peuvent ôter aux controverses entre juristes dogmaticiens, leur tranchant. Car la sociologie juridique montre combien il est difficile de prédire quels seront les effets sociaux d'une loi ou d'une réforme.

## DEUXIEME SECTION

### Panorama de la sociologie juridique

Le mot panorama signifie que nous allons tout voir de haut. On survolera l'ensemble de la sociologie juridique.

Plan : Dans un paragraphe premier, nous étudierons l'histoire de la sociologie juridique; dans un paragraphe deuxième, son objet; dans un paragraphe troisième, ses méthodes; dans un paragraphe quatrième, ses résultats.

#### Paragraphe premier

##### Histoire de la sociologie juridique.

Comme toute science nouvelle, la sociologie juridique s'est cherchée. Il existe ainsi une sociologie juridique des précurseurs et une sociologie juridique des sociologues du droit conscients.

- A -

##### La sociologie juridique des précurseurs.

Ici, la sociologie juridique ressemble beaucoup à ce qu'on appelle la philosophie du droit. (à l'origine, la sociologie s'est donnée comme une branche de la philosophie.)

La prosopopée des lois, de Platon, a pu être regardée comme un document de sociologie juridique.

De même, Aristote a écrit des passages célèbres où il oppose au droit l'amitié, la philia, zone qui n'est pas absolument dépourvue de règles mais est régie par des règles non juridiques.

Montaigne dit que la justice est variable d'un pays à un autre : certains

disent que, en disant cela, il s'est constitué précurseur de la sociologie juridique, parce que il a, par là même, relativisé le droit.

De même, Pascal.

Mais le véritable précurseur, c'est Montesquieu avec "L'esprit des Lois". La période des Lumières (XVIIIème. siècle) est très importante pour l'apparition de la préoccupation sociologique dans le domaine du droit.

C'est au XIXème. siècle que, avec Auguste Comte, le mot même de sociologie du droit est apparu. Cependant, Comte s'est toujours défié du droit, et ainsi, ne s'y est pas complètement intéressé. Néanmoins, remarquons sa position critique à l'égard du Code Napoléon, critique extrêmement rare à cette époque. Sa critique porte sur ce que le code ramène le droit de la famille à des rapports inter-individuels.

- B -

### La sociologie juridique consciente

Chronologiquement, ceci coïncide avec notre siècle.

Auguste Comte est le fondateur de la sociologie générale, encore que les sociologues généraux hésitent parfois entre Comte et Durkheim.

Pour la sociologie du droit, la situation est la suivante :

Emile Durkheim s'est intéressé plus directement au droit; il a même laissé des oeuvres qu'on peut regarder comme des oeuvres de sociologie juridique (du droit pénal plutôt que du droit civil): il avait été inspiré par l'école positive italienne (Lombroso, plus anthropologue que sociologue, et Ferri, véritable sociologue) dont les tenants avaient utilisé la méthode statistique que Durkheim allait leur reprendre, en l'appliquant par exemple au suicide.

Il n'empêche, Durkheim est considéré comme un fondateur de la sociologie générale, de sorte qu'on a quelques scrupules à l'annexer à la sociologie juridique.

Les sociologues de la sociologie juridique sont pour la plupart des Allemands. Citons :

Ehrlich dont l'ouvrage principal s'intitule : "Fondement de la sociologie du droit" (1913);

Max Weber, connu comme historien du droit, comme économiste et comme sociologue; dans son ouvrage fondamental : "Economie et Société", il y a tout un chapitre qui peut être considéré comme un traité de sociologie du droit.

A l'époque contemporaine, la sociologie juridique est représentée surtout

par des méthodes empiriques; sous cette forme, elle est active dans différents pays, notamment les Etats-Unis (analyses statistiques, enquêtes sur le terrain...). Et certains auteurs font appel à cette méthode empirique pour différencier la sociologie juridique du droit dogmatique : tandis que celui-ci est déductif, celle-la étudierait le droit par la méthode empirique. "La sociologie juridique serait la science principalement empirique à caractère inter-disciplinaire (on combine deux disciplines, le droit et la sociologie) qui étudie de façon scientifique les rapports entre le droit et la société" (a dit un auteur italien).

## Paragraphe II

### Objet de la sociologie juridique

L'unité - objet, dans notre discipline, c'est le phénomène juridique. Le phénomène juridique est un phénomène social. Tous les phénomènes juridiques sont des phénomènes sociaux (disons-le au moins provisoirement, en réservant le problème de la psychologie juridique). Mais la réciproque n'est pas exacte : tous les phénomènes sociaux ne sont pas des phénomènes juridiques. Il y a tout un vaste domaine de phénomènes sociaux qui échappe au droit : à côté du juridique, il y a toute une zone de social non juridique. D'où : quel est le critère de distinction entre le juridique et le social non juridique ?

C'est la question de la juridicité : la juridicité est ce caractère spécifique qui fait que un phénomène social entre dans le domaine du droit et devient juridique.

- A -

### Distinction du phénomène juridique et des autres phénomènes sociaux

Conduisant une auto en France, je suis obligé de tenir la droite; cette obligation que je ressens est un phénomène juridique. Si j'expédie une lettre, je me sens obligé de coller le timbre en haut à droite; or il n'y a aucune réglementation du droit postal qui m'y contraint. Dans le premier cas, il y a du juridique; dans le second, il y a du social non juridique. D'où : quelle est la distinction ?

- Dans un premier critère, on tient compte de la force de la pression qui agit sur moi pour faire respecter la règle.

+ La règle juridique est assortie d'une contrainte sociale;

+ la règle non juridique n'est assortie que d'une contrainte diffuse,

**inorganisée.**

C'est le critère classique, celui de Durkheim.

Il a été contesté et dans les oppositions qu'on lui a faites, se situe le second critère.

- Dans ce second critère, la juridicité serait la justitiabilité.

Ce néologisme vient de l'anglais : Kantorowicz dit que ce qui caractérise la règle juridique, c'est qu'elle peut donner lieu à un jugement, tandis que la règle non-juridique ne peut pas donner lieu à un jugement (au sens juridique du terme : activité spécifique de ce personnage qu'on appelle le juge et qui surgit très tôt dans les sociétés primitives : c'est un tiers personnage qui intervient entre deux litigants).

Dans cette conception, en poussant l'observation, on aboutit au corollaire que en définitive, la règle juridique a quelque chose de moins contraignant que la règle sociale non-juridique : parce que la première a la possibilité d'être apaisée par l'intervention d'un tiers personnage : le juge va mettre de l'huile dans les rouages. Tandis que, si le tiers médiateur est exclu, la règle va être beaucoup plus contraignante.

Ici, il faut présenter une classification des systèmes normatifs.

Il y a dans la société plusieurs systèmes de normes :

- Nous pouvons être régi par du droit;
- Mais nous sommes conditionnés dans notre vie de tous les jours par bien d'autres règles qu'on appellera, dans une terminologie vague, des règles de moeurs.

Beaucoup d'auteurs opposeront les phénomènes de droit aux phénomènes de moeurs.

A partir de là, il y a eu des typologies plus perfectionnées.

Voyons celles de beaucoup de sociologues américains.

- Au sommet, il y a notre système normatif : Le droit. En anglais, law.
- Au dessous : Mores (expression latino-américanisée).
- Au dessous encore : folkways, c'est-à-dire les manières de vivre d'un peuple (ou d'une ethnie).

Illustrons cette typologie par un exemple pris dans la matière de l'établissement de l'union sexuelle stable.

- Suivant l'article 63 du Code Civil français : les futurs époux sont tenus de procéder à une publication du mariage. Voilà une règle de droit (law) : c'est le système normatif "supérieur".
- A l'opposé : dans les folkways, il y a une règle en France qui veut que les gens mariés portent un anneau de métal à l'annulaire de la main gauche. C'est une règle de la tribu.
- Entre les deux : Le prototype de la règle "Mores" dans les sociétés occidentales, c'est l'obligation pour le séducteur d'épouser la fille séduite lorsque celle-ci se trouve enceinte. Cette règle se retrouve dans

toutes les sociétés occidentales et on la retrouve même aujourd'hui.  
Un exemple : en 1969, l'I.N.E.D. a enquêté sur ce point : voyez la revue Population, Juin 1971, page 109. Lorsque la fille est enceinte, le mariage est-il pour le jeune homme :

- + un devoir pris;
- + la meilleure solution;
- + une possibilité parmi d'autres.

Même pour la génération jeune, un tiers des répondants se prononçait pour l'obligation stricte et un autre tiers pour la solution la plus favorable, la plus convenable.

Donc, on peut parler d'une véritable norme, mais c'est une norme de mores et non de law.

Quelle serait la différence entre mores et folkways ?

Ce qui caractériserait la règle de mores, c'est que sa violation lèserait les intérêts d'autrui; tandis que la violation de la règle de folkways ne serait pas lésionnaire.

Toutefois, il y a une fluidité entre toutes les catégories. Une même norme peut, selon les époques, relever de folkways ou du droit. Exemple : le port de l'anneau nuptial a été dans l'ancien droit un élément de la possession d'état d'époux; ce serait encore possible aujourd'hui (voyez par exemple les articles 76 et 77 du Code Civil). Un autre exemple : l'obligation d'épouser la fille séduite peut se trouver renforcée par la crainte juridique, soit d'encourir des dommages et intérêts, soit que la mère n'intente une action en recherche de la paternité naturelle.

- B -

#### Quelques classifications des phénomènes juridiques

1) On parle, en sociologie juridique, des phénomènes juridiques primaires et des phénomènes juridiques secondaires.

- Les phénomènes juridiques primaires sont ceux d'où les autres dérivent. Les juristes dogmaticiens diraient : ce sont les sources du Droit (mais la notion de source du Droit est plus étroite).

Ils sont :

- + La règle de droit : loi, coutumes, usages;
- + Le jugement à l'état isolé, non constitué en jurisprudence (car l'ordre juridique n'est pas fait uniquement de règles mais aussi d'apaisements individuels);
- + L'ordre donné par une autorité hiérarchique.

Car ils sont traversés par un influx de pouvoir, il y a un courant de pouvoir qui passe entre eux.

- Les phénomènes juridiques secondaires sont tous les autres phénomènes juridiques dérivant de phénomènes juridiques primaires.

2) On oppose les phénomènes juridiques - institution et les phénomènes juridiques - cas.

Exemple : le mariage apparait comme une institution.

Mais le mariage est aussi un cas : exemple : le mariage contracté entre Gafus et Gafa.

3) Il y a des phénomènes juridiques individuels et des phénomènes juridiques collectifs.

Exemple : Le mariage contracté entre Gafus et Gafa est individuel, il n'y en a eu qu'un; mais tous les mariages célébrés en France peuvent être considérés comme une collectivité de mariages et comme formant le phénomène de la "nuptialité".

### § 3 - Les méthodes de la sociologie juridique.

Lorsque un chercheur veut travailler en sociologie juridique, il a à choisir sa méthode. Il le fera en fonction de l'étude qu'il entreprend.

Présentons les principales directions méthodologiques sous une forme générale.

- A -

#### Opposition entre la recherche qualitative et la recherche quantitative

Dans les sciences humaines, la quantification est le moyen le plus efficace de se déprendre de la subjectivité et d'atteindre à l'objectivité.

Mais elle n'est pas toujours réalisable.

On peut partir d'une opposition très radicale entre :

- ce qu'il y a de plus quantitatif, la statistique, dénombrement aussi exhaustif qu'on peut imaginer; exemple : dénombrement opéré sur tous les mariages;
- ce qu'il y a de plus qualitatif, la monographie, qui est l'étude d'un seul cas; exemple : Le Play a étudié une seule famille du Béarn pour voir quels avaient été les effets du régime successoral napoléonien.

Il existe des zones intermédiaires :

- L'enquête par sondage, statistique abrégée : au lieu de faire porter l'enquête sur tous les cas, on la fait porter sur un certain nombre de cas considérés, dans leur ensemble, comme représentatifs;

- la multiplicité de monographies : exemple : étudier vingt familles du Béarn : cela resterait néanmoins un ensemble de monographies. Ce ne serait pas l'équivalent d'une enquête par sondage, car dans cette enquête, les enquêtés, même s'ils sont en nombre limité, sont représentatifs de l'ensemble de la population nationale, tandis que les vingt familles du Béarn ne sont pas représentatives de l'ensemble.

- B -

Opposition entre la recherche sur documents et la recherche sur le terrain

Il est, en sociologie juridique, des techniques de bibliothèques et des techniques de plein air. Cette distinction ne recoupe pas complètement la distinction précédente.

Prenons des exemples.

1) L'étude statistique est une étude sur documents : ce n'est pas le chercheur qui fait l'enquête statistique, c'est l'administration.

2) Au contraire, dans l'enquête par sondage, c'est le chercheur lui-même qui mène le travail : il opère sur un échantillon dont il a construit lui-même la représentativité. C'est une méthode quantitative opérée en principe sur le terrain.

3) L'analyse de contenu, par exemple l'analyse de jurisprudence ou l'analyse d'un dossier, est une recherche sur documents; or cette recherche sur documents peut être assortie de quantification (si l'on opère sur une pluralité de textes représentatifs de l'ensemble) ou de qualitatativité.

Toutefois, il y a une prédilection pour l'enquête sur le terrain.

La prédominance de l'enquête par sondage pose une difficulté à la sociologie juridique, parce que, plus tard venue que la sociologie générale, elle dispose de moins de moyens que celle-ci.

- C -

Opposition entre la recherche par exploitation de données antérieures et la recherche par création de données nouvelles

- Cette opposition peut sembler recouvrir en partie la précédente.

Dans la première méthode, le chercheur travaille sur une information qui lui vient d'autrui; c'est donc une recherche sur documents; ce qui n'exclut pas que le chercheur puisse donner de ceux-ci une nouvelle interprétation.

Dans la deuxième méthode, le chercheur va lui même en chasse, donc sur le terrain.

Montesquieu a beaucoup utilisé des récits de voyages pour mener sa comparaison vers des terres lointaines et des sociétés archaïques.

Dans l'ethnologie moderne, l'ethnologue voyage lui-même : il va lui-même observer les ethnies dont il veut décrire les moeurs.

- Cependant, cette opposition est intéressante à signaler quand il s'agit de différencier l'enquête statistique et l'enquête par sondage.

Exemple : Durkheim ne connaissait que la statistique, mécanisme d'Etat, imposant un recensement aux individus.

Si le sociologue n'a que des statistiques à sa disposition, il est à la merci de l'Etat qui n'a pas a priori des curiosités scientifiques; d'autre part, on ne peut pas exiger des individus que l'on soumet à la statistique, une information trop poussée; si bien que les sociologues confinée à la statistique étaient restreints dans leurs possibilités.

Dans l'entre-deux guerres on a mis au point l'enquête sur échantillon. Ici, le sociologue n'est plus à la merci de l'Etat. Il peut prétendre arriver à des conclusions aussi valables que celles que l'on attend de la statistique. Il peut lui-même faire de la quantification. La transformation vient de l'autonomie acquise par les sociologues vis à vis de l'Etat et dans la construction de leur propre enquête (car ils ne sont plus subordonnés aux curiosités administratives de l'Etat).

- Cependant, il faut faire état d'une rencontre entre les deux types de recherche. Les sociologues créent pour eux-mêmes, en vue d'une recherche précise, un certain nombre de données nouvelles. Mais ces données ne sont pas utilisées de manière exhaustive. Elles peuvent servir à d'autres chercheurs. Les réponses données à une même question peuvent être lues différemment par des chercheurs ultérieurs. Et il peut, de la sorte, exister une "banque de données".

Exemple : En Allemagne, vers 1957, il y a eu une enquête poussée sur l'épargne des ménages.

- D -

#### Opposition entre recherche synchronique et recherche diachronique

Ce contraste est très à la mode.

Soit l'enquête est menée dans la contemporanéité, auquel cas elle est dite synchronique, soit elle est menée dans le temps, dans la durée, auquel cas elle est dite diachronique.

Exemples :

+ Mme. Andrée-Michel a mené en 1959 une enquête sous le titre : "Famille, industrialisation, logement" portant sur 276 ménages habitant dans des hôtels meublés de la Seine (ce n'était pas une enquête par sondage mais une monographie) : se fut une enquête menée dans la simultanéité.

- + Au contraire, Le Play a mené une enquête "à suivre" s'étendant sur plusieurs générations. Il fallait suivre un mouvement historique, une évolution.
- + Ce sont deux techniques de recherche possibles.
- L'on dit que la recherche diachronique fait souvent appel à la méthode comparative : et l'on parle de la "méthode historico-comparative", méthode par laquelle l'on s'efforce d'atteindre une institution dans les divers stades de son développement. (définition des sociologues de la sociologie générale).
- En fait, pour les juristes, à côté de l'histoire du droit, il y a le Droit comparé : et par "méthode historico-comparative", l'on entendra une comparaison faite aussi bien dans l'espace que dans le temps.
- Exemple : Si l'on étudie le taux de divorcialité en France de 1889 à 1969, on fait une recherche diachronique (qui a effectivement été faite); mais si l'on se limite à l'année 1969 et que l'on compare les taux de divorcialité entre les divers départements français, on fait une recherche synchronique. (Le droit comparé, quant à lui, nous inviterait à introduire des données étrangères à la France). Sociologiquement, le droit n'est pas vécu de même façon dans les divers départements français. Un sociologue du droit sera peut-être un peu méfiant vis à vis des données étrangères à la France : les statistiques sont-elles menées de la même manière en Allemagne, par exemple ? Il ne faut comparer que ce qui est comparable.
- Le diachronique et le synchronique peuvent donc être réunis dans une méthode historico-comparative.

#### § 4 - Les résultats de la sociologie juridique

Henri Poincaré disait de la sociologie générale : "C'est la science qui a le plus de méthode, mais le moins de résultats".

Ces résultats peuvent être de plusieurs sortes.

- A -

D'abord, ce qu'on demande à une science, c'est de produire des lois scientifiques. Dans les sciences humaines, les lois sont rares; le déterminisme n'est pas absent mais il n'a pas la même rigueur que dans les sciences physiques.

Ceci vaut pour la sociologie juridique qui présente plutôt des tendances que des lois rigoureuses.

1) Exemple : La loi de Summer-Maine, jurissociologue anglais de la deuxième moitié du XIXème siècle, qui s'était adonné à l'ethnologie juridique : Son oeuvre a été rapidement traduite en français et utilisée par les privatistes français.

Dans l'ouvrage "Ancient Law" ("le Droit archaïque"), il a formulé une loi d'évolution à laquelle seraient soumises les sociétés.

"Le statut précède le contrat", c'est-à-dire que, dans l'évolution des sociétés, on verrait apparaître d'abord le "status"; et le contrat n'apparaîtrait qu'ensuite.

Mais que faut-il entendre par "status" ?

Dans les sociétés primitives, ce qui prédomine, c'est la grande famille; or cette famille se suffit à elle-même, elle n'a pas besoin du dehors; par conséquent, il n'y a pas besoin de contracter. Il n'y a pas de rapports juridiques d'échanges mais des rapports de droit familial dirigés par le chef de la tribu. C'est le "statut" .

Le rétrécissement de la famille va faire apparaître des échanges avec d'autres familles : d'où des rapports contractuels.

Mais beaucoup d'auteurs ont interprété la formule lapidaire de Summer-Maine dans le sens suivant :

"Le droit impératif, contraignant, est antérieur (dans la séquence diachronique) à l'autonomie de la volonté".

Par exemple, le droit des contrats à Rome fait apparaître une libéralisation du droit : le contrat suit le statut.

2) Autre exemple : La loi de Max Weber.

" Dans les sociétés modernes, le droit se technicise et se bureaucratise de plus en plus", c'est-à-dire que le droit devient de plus en plus une affaire de techniciens et de spécialistes; ce n'est plus la chose des cotoyens; c'est une affaire de spécialistes et qui devient de plus en plus rationnelle.

Ces premiers résultats ne sont pas les plus importants de la sociologie juridique.

- B -

Aussi peut-il y avoir également la construction de grands ensembles théoriques.

Il y a eu des théories qui ont été proposées en sociologie du droit.

1) Citons l'hypothèse du pluralisme juridique, théorie de notre siècle, surtout propagée en France par un sociologue d'origine Russe, Georges Gurvitch. Une certaine imperméabilité du style a diminué son audience auprès des juristes français. Sa théorie a des racines chez Ehrlich.

Idee générale : Tandis que, pour le droit dogmatique, le système juridique, dans un territoire étatique donné, est unitaire, aux yeux du sociologue, ce système peut être plural, c'est-à-dire qu'il peut y avoir des scissions suivant des clivages qui peuvent être variés.

Gurvitch pensait surtout à des phénomènes qui, à l'époque où il a écrit (l'entre-deux guerres), étaient très voyants : les règles, les coutumes, secrétées par les syndicats, les associations et les sociétés anonymes.

En passant au système étatique, Gurvitch faisait également état de la Société des Nations et de la communauté des nations.

Contrairement à la vision monolithique des juristes, il fallait affirmer la pluralité des systèmes juridiques.

Actuellement, cette vue est nuancée : Gurvitch attribuait un caractère de juridicité à toutes les normes de ses sous-groupes; aujourd'hui, on ne pense pas que tous les sous-groupes édictent du juridique, mais plutôt de l'infra-juridique.

Mais il y a cependant de véritables pluralismes dans un Etat unitaire.

Exemple : Le droit français est un (notamment grâce à la Cour de Cassation qui assure l'unité de la jurisprudence, bien que tous les jugements ne soient pas soumis à la censure de la Cour de Cassation). Mais le droit du divorce, par exemple, peut être appliqué et vécu très différemment d'un ressort judiciaire à un autre.

D'autre part, le droit peut être plural dans le chef d'individus : la perception du droit par le justiciable apparaît comme un phénomène juridique; or cette perception (qui est la "conscience juridique" par opposition à la connaissance juridique) peut être variable, non seulement de groupe à groupe, mais aussi d'individu à individu. D'où la possibilité d'un pluralisme juridique à l'infini.

Cette théorie a eu quelque chose de très fécond.

2) Se greffant quelque peu sur cette théorie, il y a eu la théorie de l'acculturation juridique.

Le mot d'acculturation est emprunté à l'ethnologie générale américaine; ce mot tend à évoquer une greffe d'une culture sur une autre. Par exemple, les phénomènes de colonisation se sont traduits par des phénomènes d'acculturation.

On peut concevoir des greffes de systèmes juridiques sur d'autres. Par exemple : La colonisation a entraîné des greffes de droit, des importations de droits européens.

Il ne faut pas s'en tenir à une acculturation textuelle; il faut voir les effets sur le peuple colonisé. Il se produit des déformations

du droit importé.

Autre exemple, dans un contexte autre que celui de la colonisation : la réception du droit romain (Corpus juris civilis) en Allemagne au XIVème. et XVème. siècles : le droit romain a été reçu comme droit vivant par l'Empire germanique. Du même coup, il y a eu une acculturation. Et au XIXème. siècle, les Pandéctistes allemands appliquaient le corpus juris civilis comme un droit vivant. (Il y a eu des résistances de la part du nationalisme allemand).

L'acculturation juridique se relie à la théorie plus générale du pluralisme juridique : il s'opère une certaine dissociation à l'intérieur du pays qui a reçu le droit d'un autre pays.

3) Autre théorie : L'évolutionnisme, c'est-à-dire une théorie d'après laquelle le droit est en constante évolution (à l'encontre d'un certain fixisme répandu chez les juristes classiques par les tenants du droit naturel : selon ceux-ci, il y avait un certain universalisme du droit).

Est-ce que le droit évolue par évolution lente, ou bien par mutations brusques ? On peut concevoir que les moeurs évoluent graduellement, et le droit par sauts.

Ces dernières années, l'évolutionnisme a été remis en question par le structuralisme. Celui-ci paraît trouver une occupation assez naturelle dans la notion de systèmes juridiques : ceux-ci apparaissent comme des ensembles dont tous les éléments sont solidaires ; mais, pour les structuralistes, il faut avoir une vision synchronique et non une vision diachronique, de sorte que les structuralistes présentent les systèmes juridiques comme fixes. C'est là une contradiction apportée à la théorie de l'évolutionnisme, mais ce dernier n'en a pas été ébranlé. Il paraît être renforcé par les faits contemporains. L'ensemble social évoluant (notamment urbanisation, industrialisation) doit avoir une influence transformatrice sur le droit, d'où un besoin de réforme du droit ; et l'évolutionnisme aboutit à la conclusion pratique qu'il faut réformer le droit.

Pour les Etats nouveaux (par exemple d'Afrique) : Ces sociétés disposaient d'un fond juridique donné par des coutumes ; mais leurs transformations ne mettent-elles pas en question ce fond ?

- C -

Il y a encore des résultats consistant en observations parcellaires.

Sur ce terrain, il y a des études faites par des sociologues du droit et apportant des constatations qu'on peut scientifiquement retenir.

- 1) Premier exemple : Dans l'École scandinave du droit, on s'est intéressé à la connaissance du droit par le grand public. Par exemple, la vitesse de propagation des règles de droit a été mesurée. Elle peut être très variable.
- 2) Deuxième exemple : Dans le domaine du droit de la famille, on a étudié le phénomène du choix du conjoint : comment, dans une société comme la nôtre, chaque futur choisit-il sa future ? Voyez à ce sujet Alain Girard, "Le choix du conjoint". Sa conclusion est que chacun se marie dans son milieu. En principe. La famille n'intervient plus par des procédures juridiques que l'on connaissait au XIX<sup>ème</sup>.siècle, mais le choix est orienté subtilement par la famille.
- 3) Troisième exemple : On a également étudié les couples non mariés (en 1967) pour faire apparaître les causes et les effets du concubinage. Les juristes avaient tendance à faire apparaître ce phénomène comme un phénomène de liberté ("Union libre"); les études menées sur le phénomène conduisent à réduire cette intuition. L'union libre n'existe guère que dans le milieu intellectuel. Ailleurs, elle est déterminée par des "pesanteurs sociologiques", par exemple la difficulté de divorcer. (les concubins sont liés par un précédent mariage non dissous et il n'ont pas l'énergie psychologique nécessaire pour divorcer).
- 4) Quatrième exemple : Le domaine des associations. Est-ce que, pour que vive une association, il doit exister une identité de buts entre tous les sociétaires ? Les sociologues américains opposent à cette nécessité le "théorème de la satisfaction différentielle des besoins", c'est-à-dire que, dans une association, il n'est pas nécessaire que les sociétaires poursuivent une satisfaction identique; chacun peut trouver la satisfaction d'un besoin différent des autres.

Observation générale : La sociologie juridique a été active dans deux domaines principalement : premièrement, le domaine du droit de la famille; l'explication est que la famille est aussi un phénomène de mœurs. Pas seulement un phénomène de droit. Deuxièmement, le secteur des sources du droit, de la théorie générale du droit : la connaissance du droit, le phénomène judiciaire, la formation de la jurisprudence. Mais, ici encore il y a une certaine ambivalence de ces notions. C'est que les sociologues de la sociologie générale ont pu s'occuper plus facilement de la législation en général que de la novation, par exemple. Ces questions générales du droit relèvent déjà presque de la politique.

Les applications pratiques de la sociologie juridique

On se demande si la sociologie juridique peut avoir des applications.

Y a-t'il une sociologie juridique appliquée comme il y a une physique appliquée ?

Est-ce que les juristes pourront se servir des recherches de la sociologie juridique dans leurs secteurs d'activité ? On se l'est demandé à propos leurs différents secteurs d'activité.

C'est pour l'activité législative qu'il y a eu des résultats. La sociologie juridique peut être employée à éclairer le législateur. Par exemple : pour savoir si telle réforme sera reçue par le corps social, on peut recourir au sondage d'opinion. En France, il y en a eu plusieurs ces dernières années. A cette occasion, on a pu parler de "sociologie législative", c'est-à-dire la sociologie juridique appliquée à la législation.

Exemple : La réforme des régimes matrimoniaux (loi du 13 Juillet 1965) avait été précédée par une enquête de faits et d'opinions menée sur un échantillon (national) par le Ministre de la Justice.

Cela ne signifie pas que l'Etat se conformera aux résultats de l'enquête : la loi peut avoir une fonction "pédagogique" et entraîner la société. Mais en général, le législateur souhaite que la loi soit appliquée et alors, il vaut mieux qu'il légifère en accord avec le sentiment de la population. Il y a des lois qui peuvent rester à 100 % ineffectives parcequ'elles ne répondait pas à l'opinion publique.

---

Rappel : Le cours comprend :

- 1) une partie générale, de sociologie générale, qui expose les grandes notions de la matière;
- 2) et une partie spéciale, qui transpose ces notions dans les différents domaines du droit. Ici, il y a une sociologie juridique qui opère sur des secteurs spéciaux du droit. Car le droit est divisé en un certain nombre d'institutions juridiques : à chacune de celles-ci peut être appliquée une sociologie juridique spéciale. Par exemple, il peut y avoir une sociologie juridique du mariage, de l'autorité parentale.

---

## PARTIE GÉNÉRALE

La partie générale comprend trois chapitres :

- 1) On observera une tranche de l'histoire de la sociologie juridique : on fera l'histoire des doctrines et l'histoire des faits.
- 2) On se posera la question de savoir s'il peut exister une fonction herméneutique de la sociologie juridique.
- 3) On s'interrogera sur certains tracés de frontières de la sociologie juridique.

## CHAPITRE PREMIER

### La sociologie juridique au siècle des Philosophes

Il s'agit du XVIIIème siècle et plus spécialement de ses deux derniers tiers : le siècle de l'Aufklärung, les Lumières. On s'occupera surtout de la France.

Dans ce siècle, la sociologie juridique est encore à l'état inconscient. Elle n'est nullement scientifique. Ce sont des précurseurs de la sociologie juridique plutôt que des représentants attitrés. Cependant, le XVIIIème siècle fut un siècle d'intense activité philosophique : l'intérêt s'est déplacé de la littérature (XVIIème siècle) à la "philosophie" (plutôt les sciences sociales).

Cette activité va trouver son couronnement dans la codification du Consulat et de l'Empire.

Ce n'est pas une simple coïncidence si le Code civil débouche de l'époque des Lumières : celle-ci fut saisie par un effort (intellectuel pour une bonne part) pour l'unification et la législation). Pour beaucoup, la science législative était la science sociale par excellence. Aussi l'époque a-t-elle une prédilection pour la sociologie juridique. Il y eut une véritable passion législative qui traversa ce siècle et qui aboutit à notre Code civil.

D'où deux sections dans ce chapitre premier :

- Les précurseurs de la sociologie juridique;
- La passion législative.

#### SECTION PREMIERE

##### Les précurseurs de la sociologie juridique

On les trouve parmi les "Philosophes" du XVIII<sup>ème</sup>.siècle (qui n'étaient pas des philosophes au sens technique, au sens scientifique, sauf - et même - Condillac).

Ces philosophes sont des touche-à-tout et ils ont touché à la philosophie et au droit comme au reste; car le droit est un peu l'affaire de tout le monde, ce n'est pas une science comme les sciences physico-chimiques. Du même coup, ce n'est pas une science qui puisse prétendre à l'ésotérisme.

En général, ce ne sont pas des juristes de profession. Une exception : Montesquieu. De sorte qu'il n'est pas illégitime de l'opposer aux autres.

Cette section comprendra trois paragraphes :

- Montesquieu;
- Les autres "philosophes";
- L'esprit philosophique, donc l'action doit être suivie à une époque plus tardive, soit sous la Révolution et sous le Consulat.

#### § premier

##### Montesquieu

Il est d'une grande actualité en sociologie générale aussi bien qu'en sociologie juridique. Raymond Aron et Louis Althusser lui attachent une grande importance. Voyez Mme.Goyard-Fabre : Montesquieu est

qualifié de Newton du monde des sciences sociales.

A de multiples égards, il est un précurseur : - de la science politique; - du droit comparé; - de la sociologie du droit (précurseur immédiat, direct).

Quelques indications biographiques.

Certains traits de l'homme expliquent l'oeuvre.

Charles de Secondat, Baron de la Brède (1689-1755) a quelque chose de féodal - ce qui explique que par beaucoup de traits, il puisse apparaître comme un conservateur - dans un siècle qui va aboutir à la Révolution.

Un contemporain déclare qu'il fut un "opposant de droite" à la monarchie absolue.

Marat avait présenté à l'Académie de Bordeaux un éloge de Montesquieu. Marat y note : On reproche quelque fois à Montesquieu d'avoir manqué d'énergie, et, en cela, on l'oppose à Rousseau; Mais Montesquieu était lié par beaucoup de liens à l'autorité.

- Montesquieu est bordelais, non parisien. Bordeaux tourne le dos à la France; Il avait séjourné plusieurs en Angleterre et il y a de l'anglomanie chez lui (influence de Locke) : il y a quelque chose d'anglais dans son style, et notamment il ne s'embarrasse pas des contradictions (ce qui est un trait anglais) : il est essentiellement empiriste.

- Il est un magistrat, président du Parlement de Bordeaux. Il s'associa aux efforts de ce Parlement contre la centralisation. De ce passage dans la Magistrature, il a conservé une formation de juriste de droit privé. C'est là ce qui l'intéresse le plus.

#### Son oeuvre.

Avant l'Esprit des Lois, qui date de 1748, Montesquieu a écrit les "Lettres Persanes" (1721), dans lesquelles il y a des éléments de sociologie du droit, et les "Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence" (le titre est significatif: Montesquieu avait conscience des décadences des sociétés)(1734).

Que signifie le titre "De l'Esprit des Lois" ? Montesquieu fait-il allusion à l'opposition entre la Lettre et l'Esprit de la Loi ? Peut-être en partie; mais il y a par derrière l'idée d'un inconscient collectif à la mode de Carl Gustav Jung, qui existerait dans les lois. Dans des cahiers publiés après sa mort, en 1941, Montesquieu précise qu'il a écrit un livre sur l'Esprit des lois, non sur les lois elles-mêmes. Souvent, les pensées consignées dans ces cahiers complètent l'ouvrage.

Vue de plus près, l'Esprit des Lois se présente ainsi :

(Il n'y a pas de plan, le style de pensée est anglais).

Le livre premier est un livre de philosophie du droit, assez métaphysique. En formule classique, Montesquieu se présente comme l'adepte d'une certaine théorie du droit naturel. Est-ce par précaution ? Est-ce par conviction profonde ?

Puis viennent des livres qui sont des livres de science politique (par exemple l'opposition entre les trois formes de gouvernement, la République, le Despotisme, la Monarchie) dont l'influence sur la politique française a été grande.

Ceci continue dans les livres 9 à 12.

Les livres 14 à 26 intéressent plus directement la sociologie du droit. C'est le livre 14 qui présente la théorie célèbre des climats.

Puis une série de livres enseigne une théorie du déterminisme des lois : il y a d'autres causalités à part le climat. Les livres 27 et 28 nous donnent deux exemples d'évolution du droit; et l'exemple est tiré du droit des successions en droit romain et en droit français du Moyen Age. C'est caractéristique de la tournure d'esprit privatiste de Montesquieu, avec ceci de particulier que Montesquieu avance que la constitution politique d'un pays est liée à son droit successoral. Ces deux livres représentent pour Montesquieu le coeur de l'Esprit des Lois.

Le livre 29 est un traité d'art législatif; ce sera un objet de discussion après Montesquieu car il s'agit d'un art conservateur.

Les deux derniers livres, 30 et 31, présentent un traité du régime féodal, des fiefs.

Cette démarche est donc toute en sautillements; et c'est une démarche liée au droit privé.

Quant à la sociologie du droit de Montesquieu, nous étudierons : premièrement, sa méthode; deuxièmement, la théorie des climats; troisièmement, l'optimisme législatif de Montesquieu.

- A -

#### La méthode

Althusser a écrit que Montesquieu a opéré une révolution dans la méthode : qu'il est déjà un positiviste au sens de Comte. Il utilise essentiellement la méthode historico-comparative. Il fait appel à l'histoire et au droit comparé pour construire sa sociologie des systèmes juridiques. Cette méthode avait déjà été utilisée par Montaigne

dans les Essais : celui-ci notait avec délectation la diversité, la disparité des systèmes juridiques.

Cette méthode, Montesquieu la systématise et la reprend avec esprit scientifique.

Comment Montesquieu rassemble-t'il ses données ? - il y a de l'ethnographie juridique chez lui. - Mais il n'a pas voyagé partout. - C'est que les récits de voyageurs sont à la mode au XVIIIème siècle, et les philosophes vont s'en servir pour relativiser le droit. Montesquieu a donc un matériau de seconde main, mais considérable néanmoins. Il a le recueil de Voyages de Chardin, par exemple. Mais, Montesquieu utilise ces récits avec l'esprit de son temps : il ne dispose pas des instruments conceptuels de l'ethnologie du XXème siècle, et notamment du concept de "mentalité archaïque" (idée que les peuples archaïques n'ont pas les mêmes structures mentales que nous) développé par Lucien Lévy-Bruhl. Un exemple, tiré du livre 26, chapitre XIV : il enrégistre que aux Indes, l'oncle est regardé comme le père. Aujourd'hui, nous sommes familiers avec la structure matrilineaire où l'oncle utérin est le substitut du père. En conséquence, Montesquieu doit expliquer ce fait en termes européens. Il dit : "Ceci vient du caractère de ce peuple qui est bon et plein d'humanité". (optimisme).

Les données une fois rassemblées, comment Montesquieu les met-il en oeuvre ? La marche scientifique devrait être inductive (ce qui signifie que, après avoir constaté un phénomène dans plusieurs sociétés et un autre phénomène dans ces mêmes sociétés, par la méthode des variations concomitantes, le chercheur va être amené à établir un rapport de corrélation, pas nécessairement de causalité, entre les deux phénomènes). Il arrive à Montesquieu d'utiliser cette méthode. Un exemple : Au livre 7, chapitre XVII, intitulé "De l'administration des femmes", Montesquieu induit de plusieurs exemples que les femmes sont aptes à gouverner. Un autre exemple, dans le domaine du droit privé : au Livre 17, chapitre XXI, intitulé "Lois civiles des Tartares", Montesquieu constate la présence du droit de succession du plus jeune (le droit du "juvénier" par opposition au droit d'aînesse) dans une série de systèmes juridiques (les Tartares, quelques districts anglais, le duché de Rohan); et en même temps il constate le caractère agraire de ces sociétés : il établit un lien de corrélation entre le phénomène économique et le phénomène juridique. Cette démarche est hautement scientifique. Mais Montesquieu ne s'en tient pas à cette démarche et il utilisera aussi la démarche déductive. Un exemple : au Livre 7, chapitre XV, intitulé "Des dots et des avantages nuptiaux dans les diverses constitutions", Montesquieu dit que la communauté des biens est convenable au gouvernement monarchique parce que celui-ci a pour ressort

essentiel l'honneur : or, la communauté des biens rappelle les femmes au foyer. (tandis que le ressort du gouvernement républicain est la vertu). Ce raisonnement est purement déductif. (néanmoins, il a pu influencer les codificateurs du Code Napoléon quand la communauté de biens est devenue le régime légal de droit commun; mais l'influence ne fut, en fait, pas retenue). Ici, il y a chez Montesquieu l'inférence que l'observation ne contrôle plus. Là où Montesquieu s'éloigne encore de l'esprit scientifique, c'est que il laisse s'introduire dans ses raisonnements, des jugements à priori, des jugements de valeur. Au lieu de se borner à constater les faits, il en vient à juger ce qu'il décrit. Exemple : "Belles Lois".

Sa méthode a d'ailleurs été critiquée par les contemporains qui ont perçu la contradiction entre méthodes inductive et déductive. Ce qui est remarquable, c'est que, s'il a été critiqué, c'est pour ce qu'il avait de déjà sociologique. Voltaire dit que le livre manque de méthode et d'ordre. Voltaire a été déconcerté par cette démarche imparfaitement rationalisée. Condorcet a consacré un commentaire au Livre 29, l'Art législatif; et il reproche également de donner des explications historiques de la jeunesse des lois, alors qu'il faudrait rechercher des explications rationnelles : l'empirisme contre le rationalisme. Rousseau reproche également à Montesquieu d'être trop sociologique, pas assez rationnel : Rousseau veut que l'on se moque de l'observation.

- B -

### La théorie des climats

Cette théorie a été principalement exposée au Livre 14, puis par les Livres 15 ("Comment les lois de l'esclavage ont du rapport avec la nature du climat") et 16 qui sont des corollaires.

Cette opposition toute simple entre climats chaud et froid, était déjà au moins en suspension chez des auteurs antérieurs : Jean Bodin, et un historien arabe du XIV<sup>ème</sup>.siècle, Ibn Khaldûn. Montesquieu en fait une application systématique au droit et en tire des conséquences politiques.

Idée générale : Les climats chauds produisent un relâchement des énergies et une plus grande sensualité; les climats froids tendent les énergies. Les climats chauds postulerait donc un système juridique adapté à la langueur. Par exemple, l'esclavage convient aux pays chauds, efféminés, sensuels, mous. Un disciple de Montesquieu, Dupaty (1785), dit: "Le soleil veut un Roi à Naples et peut-être même un despote".

Quelle est la signification de cette théorie ? Il est naturel d'y voir une application d'une conception déterministe du droit. Ce

qui paraît être une idée proprement sociologique. C'est un matérialisme juridique qu'il applique ici, plus élémentaire que le matérialisme économique auquel le marxisme nous habituera. Mais Montesquieu ne s'arrête pas là : son déterminisme ne s'arrête pas au déterminisme climatérique. Un exemple : Au Livre 18, les lois sont mises en rapport avec la nature du terrain, les conditions géographiques. C'est un matérialisme géographique. Au Livre 19, les lois sont mises en rapport avec les "moeurs et manières" (manières : elles gouvernent les Chinois, moeurs : elles gouvernaient l'ancienne Rome; manières = Folkways, moeurs = Mores). Les Livres 20, 21, 22, nous mettent en face de l'économique, et ceci est un matérialisme qui annoncerait Marx. Le Livre 23 expose le rapport des lois avec la démographie : c'est le déterminisme démographique.

"Les lois dans le rapport qu'elles ont avec", écrit Montesquieu : s'agit-il d'un rapport de causalité ? Par moment, Montesquieu paraît l'admettre; à d'autres moments, il semble se contenter d'un rapport de corrélation. Par instant même, il semble s'intéresser au rapport entre les deux phénomènes plus qu'aux phénomènes eux-mêmes; c'est-à-dire qu'il présente des modèles de systèmes sociaux qui réalisent un équilibre entre le juridique et d'autres déterminations comme le climat. Ici, Montesquieu évoquerait quelque chose du structuralisme contemporain. Les structuralistes présentent plutôt le système social comme un état d'équilibre.

Quel accueil rencontra cette théorie ? Elle fit scandale. Elle attira beaucoup de reproches à Montesquieu, si bien qu'il eut peur et publia deux ans plus tard une "Défense de l'Esprit des Lois" dans laquelle il atténua quelque peu cette théorie. Cependant, cette critique vint successivement de deux côtés. Dans un premier temps, Montesquieu s'attira un procès en matérialisme; c'est pourquoi il se hâta d'écarter cette accusation par la mise en avant du droit naturel que la théorie des climats semblait ruiner. Reproche reçu de sa droite. Mais, de sa gauche, du côté des matérialismes plus déterminés, on lui reprocha un certain providentialisme : est-ce que Montesquieu ne scellait pas un certain esclavage de la législation ? L'on s'avisa que le déterminisme transposé en législation pouvait conduire à l'inaction législative. Et les Encyclopédistes reprochèrent à Montesquieu sa théorie des climats.

L'un de ceux que l'on appellera les Idéologues, Destutt de Tracy, qui fut célèbre de la Révolution à la Restauration, commenta l'Esprit des Lois et en critiqua la théorie des climats. Il dit que Montesquieu ne songe jamais que au degré de chaleur. De plus, l'observation contredit la théorie, notamment en ce qui concerne l'esclavage. Mais Destutt

veut surtout affranchir le législateur du déterminisme.

### L'optimisme juridique

L'expression vient de Sainte-Beuve. On retire de la lecture de Montesquieu l'impression générale que le droit doit être ce qu'il est. Que le droit tel qu'il est, c'est le droit tel qu'il doit être. Il y a une adéquation spontanée des lois aux conditions du milieu physique et social. Ce n'est pas un droit naturel transcendantal qui est l'explication de cette harmonie, mais c'est une espèce de "nature des choses". Mais cela ne va pas toujours sans à-coup. Il y a des lois civiles qui sont contraires à la loi naturelle (Livre 23). Qu'est-ce que, ici, la loi naturelle ? Ce n'est pas le droit métaphysique de l'école classique; mais c'est un droit physique, donné par la nature physique de la terre et la nature biologique de l'homme. De même, au Livre 26, chapitre XXVI, Montesquieu oppose l'obligation <sup>naturelle</sup> qu'on a de nourrir son enfant naturel et l'obligation civile qui est de lui laisser une part de la succession. Il y a donc quelques nuances à apporter à l'optimisme législatif de Montesquieu.

Néanmoins, l'impression ressentie est que l'Esprit des Lois ne poussait pas en faveur de la réforme législative. Condorcet reproche à Montesquieu d'avoir dit que l'esprit du législateur doit être un esprit de modération, Condorcet dit que ce doit être un esprit de justice. Et Montesquieu a aussi critiqué le mouvement d'uniformisation du droit français.

### Les autres "Philosophes"

Ils annoncent mieux la Révolution et son impact sur la législation.

Retenons ces trois grands noms qu'il est classique de réunir : Voltaire, Rousseau, Diderot. Ils s'opposent tous trois à Montesquieu en ce qu'ils sont plus "Philosophes" (dans la ligne de pensée critique, contestataire, de l'Ancien Régime) que lui, et en ce qu'ils ne sont pas juristes de profession. Cela ne signifie pas qu'ils soient plus ignorants. Car à cette époque, le droit est moins technique que le nôtre, il est rendu accessible à un grand public cultivé par l'école

du droit naturel.

Ces trois auteurs sont assez différents entre eux; même dans son approche du droit et sa relation à la sociologie du droit, chacun d'eux est différent des deux autres.

- A -

Voltaire (1694-1778)

Voltaire intéresse la sociologie juridique à plusieurs titres : par l'attention qu'il porte aux mœurs et à la notion même de mœurs (voyez l'Essai sur les mœurs, où il recherche comment les forces collectives peuvent agir sur l'évolution d'une société : c'est déjà de la sociologie juridique).

Mais son intérêt pour la sociologie juridique se trouve ailleurs : Dans l'artificialisme de Voltaire, qui, transposé au droit, devient l'artificialisme juridique. Qu'est-ce que l'artificialisme juridique ? C'est cette ligne de pensée qui conduit Voltaire à imputer les phénomènes juridiques, les lois, à une volonté pernicieuse des hommes et notamment du législateur. On rencontre fréquemment chez lui cette idée que le droit est arbitraire. Tout dans le droit est désordre parce que chaque loi est née d'un intérêt particulier des gouvernants. Chaque loi a une origine dysfonctionnelle : les lois remplissent dans la société une fonction perverse : les lois sont faites dans l'intérêt de ceux qui les ont inspirées. En cela, Voltaire critique l'optimisme de Montesquieu. Ce dernier, dit-il, n'a rien inventé; et sa doctrine est une doctrine fautive car les rois et les prêtres ont beaucoup plus de poids que le climat dans l'élaboration des lois.

L'idée que les lois sont dysfonctionnelles est reprise dans "Zadig". Voltaire y reprend un phénomène des Indes qui donnait du souci aux philosophes : la veuve devait s'immoler sur le bûcher de son mari : cela paraissait irrationnel. Pour Voltaire, cette coutume a été introduite par le clergé parce que les bijoux des jeunes veuves étaient un casuel pour le clergé.

L'artificialisme finit par former une théorie que, dans une première vue, on pourrait regarder comme anti-sociologique. Et pourtant : d'abord, l'arbitraire législatif est un phénomène qui existe : la loi est d'abord une manifestation de volonté. L'arbitraire législatif peut expliquer certaines lois. Il existe aussi le phénomène législatif qu'on appelle l'"occasio legis" : dans les milieux sociaux, il y a une aspiration à une certaine réforme, et cette aspiration va rester insatisfaite s'il n'y a pas l'occasion qui déclenche la législation. Par exemple,

en France, il y a une loi sur la responsabilité des instituteurs (substitution de la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle de l'instituteur) : l'occasio fut un scandale provoqué par le suicide d'un instituteur condamné. Les "parvae causae" ne sont pas sociologiquement à négliger. Ni les lobbies : ils ont obtenu la promulgation de certaines lois.

Voltaire, par l'affirmation de l'artificialisme, veut s'opposer à Montesquieu. Il met en avant l'idée que la loi peut être mauvaise, dysfonctionnelle, et donc, la porte est ouverte à la réforme législative, et même à la Révolution. La porte, en effet, est ouverte à un arbitraire législatif mieux informé.

- B -

Jean Jacques Rousseau (1712-1778)

La littérature contemporaine considère Rousseau comme un sociologue avant la lettre; mais la sociologie à laquelle on pense en disant cela est la sociologie politique. Et la sociologie juridique ?

Rousseau n'était pas sans contacts avec le droit. Il avait fréquenté Pufendorf et Burlamaqui qui fut professeur à Genève et représentait pour Rousseau une autorité nationale. Rousseau a livré des réflexions qui intéressent aujourd'hui la sociologie juridique. Il a souvent insisté sur l'opposition entre les mœurs et le droit et sur la relativité du droit. Peut-être avait-il commencé une histoire des mœurs, où il a écrit une phrase relativiste à l'égard du droit : Ce dernier reste extérieur, les mœurs sont intérieures. Rousseau a également participé à la législation (même active).

Quelle est son attitude à l'égard de la famille (comme institution juridique) ?

Intérêt : Il a exercé à cet égard une influence forte; par exemple, c'est à cause de lui que l'allaitement maternel fut remis en honneur. Son influence a été énorme : seule celle de Marx fournit une influence analogue.

Cependant, on peut dire de Rousseau : "Faites ce que je dis et non ce que je fais". Cette distinction des doctrines et des pratiques ne trouve-t-elle pas une illustration frappante dans la vie familiale de Rousseau ? On l'a dit. Mais il faut y regarder de plus près.

Quant aux enfants, Rousseau a déclaré, dans les "Confessions", avoir eu cinq enfants de Thérèse Le Vasseur, sa compagne, et les avoir abandonnés à l'Assistance Publique. Mais, pour les trois derniers, Rousseau aurait eu des scrupules qu'il n'aurait pas eu pour les deux premiers. (une thèse célèbre du début du siècle dit que Rousseau n'a

pas eu d'enfant parce qu'il était impuissant; d'autres historiens disent qu'il a effectivement eu cinq enfants; mais, ce qui importe c'est les motifs.) Voyez le Livre 8 des Confessions : en livrant ses enfants à l'Assistance publique, Rousseau crut faire un acte de citoyen et de père, et il se regardait comme un citoyen de la République de Platon : parce qu'il était incapable d'assurer l'éducation de ses enfants. Ici perce de nouveau le rêve Lycurgien (en contradiction avec le mode préceptoral d'éducation que l'Emile préconise).

Arrêtons-nous à l'affaire Thérèse Le Vasseur. A l'origine, ce fut un concubinage volontaire qui entendait ne jamais devenir mariage: "Je ne l'abandonnerais ni ne l'épouserai jamais", disent les Confessions; mais en 1768, Rousseau s'est, semble-t-il, marié avec Thérèse Le Vasseur dans des conditions assez curieuses : il s'est marié devant deux témoins dont un maire (qui n'est pas encore officier de l'Etat civil à ce moment là). Il y a, dans la conduite de Rousseau, quelque chose qui contredit ce qu'il dira doctrinalement de la valeur sociologique du mariage. A la vérité : Emile Faguet s'était demandé si Rousseau pouvait se marier avec Thérèse Le Vasseur ou si le concubinage n'était pas forcé par quelque circonstance . On perd de vue que Rousseau n'était pas français mais genevois et protestant. Sans doute avait-il abjuré à Turin en 1728; mais cette abjuration n'avait pas de valeur en France. Il eût dû se soumettre à une nouvelle abjuration dont il ne voulait peut-être plus. D'autant plus qu'il revint au calvinisme quelques temps après. Mais : un genevois calviniste pouvait-il épouser une française catholique ? En principe (depuis un édit de Louis XIV), non. Exception : dans les ambassades étrangères de confession protestante (Bar exemple Suède, Provinces-Unies). Seulement, l'autorité française s'était raidie contre cette tolérance et le droit ne la permettait pas. Et si Rousseau s'est marié en 1768, c'est que le droit en vigueur s'était assoupli. Si bien qu'il faut dire que le concubinage était de nécessité.

Voyons la théorie de la famille chez Rousseau.

Que ce fut par frustration, par nostalgie ou par conviction, Rousseau s'est toujours montré un ferme défenseur de la famille. C'est important pour le droit français, eu égard à son influence considérable. Son oeuvre est significative à cet égard : "Rien ne s'identifie plus fortement à nous que notre famille". "La relation sociale des sexes est admirable". "De cette société résulte une personne morale dont la femme est l'oeil et l'homme le bras". Rousseau se fait de la famille une conception traditionnelle : Il s'agit d'une

famille conjugale ("Le mariage est l'institution première et la plus sainte de la nature"), fondée sur l'autorité du père (Il y a du paternalisme dans la "Nouvelle Héloïse" : non seulement avec les membres de la famille et les domestiques, mais avec les salariés agricoles), dont le ressort est la vertu qui a triomphé de l'amour-passion (voyez l'influence de la vertu sous la Terreur).

En quoi ces idées font-elles partie d'une sociologie du droit ? Nous avons dans l'oeuvre de Rousseau une certaine image de l'institution juridique de la famille dans une certaine classe. C'est l'image du droit dans une classe de non-juristes : cette image est poétisée. D'autant que Rousseau a, sur ce point, conscience d'être à contre courant des images dominantes chez ses confrères philosophes, lesquels raillaient et minaient par l'ironie le mariage et la famille (Voltaire, Helvétius) avec l'arrière pensée qu'il fallait mettre la société au-dessus de la famille. Rousseau, quant à lui, pense le contraire, et cela aura beaucoup d'influence sous la Révolution française qui sera traditionnaliste en matière de famille (sauf pour le divorce).

- C -

Diderot (1713-1784)

Parmi les philosophes des Lumières, Diderot est monté dans l'estime de notre époque : parce que sa philosophie est délibérément matérialiste et qu'il est un contestataire plus radical. Encore qu'il y ait une certaine ambiguïté dans ses propos (Exemple : "Le neveu de Rameau" : Rameau n'est-il pas parfois le porte-paroles de Diderot lui-même ?). Il était brouillé avec Rousseau. Il eut la passion législative. Saisissons-le dans son attitude à l'égard de la famille. Qui rejoint celle de Rousseau (mais avec une nuance plus contestataire). Il considère que ce qui importe avant tout, c'est l'amour, même hors mariage. Diderot voit dans le mariage une institution de nature à renforcer l'amour conjugal. Il a une image du bonheur conjugal : l'idéal est pour lui la famille de la petite bourgeoisie.

Ce qui est plus remarquable, c'est les canaux par lesquels l'influence de Diderot s'est fait sentir.

1) Diderot est un auteur dramatique (ses pièces sont dites des "Drames bourgeois" parce que elles se situent dans la bourgeoisie). Voici deux titres significatifs :

- "Le Fils Naturel". On ne trouve guère ici d'informations sur ce phénomène social. Ce n'est pas une pièce sur la filiation illégitime.

Néanmoins, quelques propos peuvent paraître une excuse de la filia-

tion illégitime, avec des touches de psychologie. Les contemporains ont pu apercevoir que Diderot avait voulu mettre au courant de ce problème, l'opinion publique.

- "Le Père de famille". C'est un thème fréquent dans la littérature : le thème des mésalliances entre des personnes appartenant à des classes sociales différentes. Du même coup, on voit poindre le conflit des générations qui va s'exprimer dans quelques scènes (à la fin de la pièce). Mais il y a des données qui intéressent plus directement le droit : le consentement à mariage est en cause.

2) Et l'influence de Diderot s'est exercée également à travers l'iconographie car Diderot était également critique d'art et dans ses "Salons", il a exalté la sensibilité de Greuze (1725-1805), qui avait une prédilection pour les sujets moralisants. Greuze moralisateur joint à Chardin intimiste, a exercé une influence considérable sur la formation de l'opinion publique dans la question du statut juridique dans la famille.

### - § III -

#### L'esprit philosophique

Du corps des philosophes, va surgir un esprit qui les prolongera jusqu'à la Révolution : l'esprit philosophique.

Ce phénomène est important pour un sociologue du droit, parce que cet esprit a enveloppé l'élaboration du Code civil.

Cet esprit ne nous intéressera que en tant qu'il a pu constituer un début de la sociologie juridique en aidant à porter sur le droit une vue non dogmatique.

Cet esprit a pu s'incarner dans deux types d'hommes.

- Des hommes spéculatifs, qu'on a appelé des Idéologues, continuateurs des philosophes avant la révolution, pendant la Révolution et sous Bonaparte;
- Des hommes politiques qui ont joué un rôle dans le tournant entre le XVIIIème. et le XIXème. siècles.

### - A -

#### Mably

Mably s'incorpore à cette période (bien qu'il soit antérieur) parce que ses oeuvres furent publiées en l'an III.

On dit : l'abbé de Mably; il n'avait reçu que les ordres mineurs.

Il était le frère de Condillac, point de départ des Idéologues.

En quoi Mably peut-il être regardé comme un précurseur de la sociologie du droit ? Il apparaît comme un esprit philosophique, incrédule, hardi, critique vis à vis de la propriété et regardé comme un précurseur du communisme.

Il intéresse la sociologie du droit : il fut un amateur de droit et même un praticien du droit public et du droit international public. Hors, peut-être dans ce dernier droit, aperçoit-on des phénomènes juridiques dépourvus de sanctions, donc dans une certaine pureté.

Il y a chez lui les linéaments d'une certaine psychologie juridique. Ainsi, il consacre un ouvrage au phénomène psycho-sociologique de la négociation (en l'occurrence, entre Etats) : le mécanisme de la formation du contrat par degré. Le livre, intitulé "Principe des négociations" est intéressant de ce point de vue. Mably insiste sur ce qui guide la négociation entre Etats, c'est le rapport des forces.

Il dit aussi que le législateur doit être assez averti que pour lever les passions des hommes surgissant sur sa route. Les passions humaines jouent un très grand rôle dans la législation de Mably. C'est pourquoi le législateur doit être prudent. Il y a du pessimisme latent chez Mably : il dit que les mœurs sont corrompues dans la société moderne et qu'il faudrait revenir à la pureté originelle. "Il faut que les lois soient douces et humaines" et qu'on ne puisse commettre de délit que par distraction.

Il s'est occupé de l'art législatif et fut ainsi le maître à penser des législateurs révolutionnaires, grâce à son ouvrage intitulé "De la législation" (1776).

- B -

### Les Idéologues

Ce terme est pris au sens technique. L'idéologie, pour ces gens, c'est la science de la formation des idées dans l'individu; pour eux, les idées se forment à partir de la sensation. Les Idéologues sont des **sensualistes** en psychologie et donc des matérialistes. En technique psychologique, on peut contester la filiation des Idéologues vis à vis de Condillac; mais ils se réclamaient de lui.

L'intérêt de ce groupe pour la sociologie juridique est d'abord historique.

Autour du Consulat, c'est eux qui représentent la philosophie dominante, officielle, du gouvernement français. Bonaparte les connaissait, s'en entourait, et les fit entrer au Tribunal et au Sénat.

Ils y firent opposition à Bonaparte et ainsi bloquèrent les premières tentatives d'élaborer le Code civil. D'où Bonaparte fut forcé d'épurer le Tribunat pour débloquer le Code civil.

Parmi eux, il y avait Destutt de Tracy, Condorcet (avant sa mort), Volney (qui s'appelait en réalité Chassebois et dont le maître à penser était Voltaire . Il avait publié "Les Ruines", longue méditation sur les ruines des Empires. Cette méditation avait une signification philosophique : les ruines, cela veut dire que les systèmes de gouvernement, les systèmes juridiques, sont soumis à une loi d'évolution et qu'il n'y a pas de droit naturel. Il vécut de 1757 à 1820). Autres membres : Cabanis, médecin; Sieyès, constitutionnaliste.

Les Idéologues intéressent la sociologie juridique par leur apport aux sciences sociales. Leur matérialisme les a conduits à découvrir la quantification comme méthode d'approche des phénomènes sociaux. On leur doit un début de réalisation des enquêtes.

Volney est souvent cité à ce titre : en 1795, il avait, à l'intention du gouvernement, préparé un questionnaire intitulé "Questions de statistique à l'usage des voyageurs", qui devait être remis au personnel diplomatique et consulaire.

Ce questionnaire détaillé, scientifique, comportait quelques questions de sociologie juridique : par exemple : y a-t'il dans le pays où vous résidez, un code de droit civil clair, ou seulement des coutumes (on voit tout de suite la préoccupation à l'égard de la France); y a-t'il beaucoup de procès; y a-t'il beaucoup de gens de loi (voyez le rapprochement entre les deux questions); existe-t'il un droit successoral et qu'en résulte-t'il pour les biens de campagne (c'était un problème pour le législateur français à ce moment là); qu'en est-il de l'autorité parentale, maritale ?

Un seul questionnaire revint à l'administration centrale : celui du consul de France à Salonique.

Néanmoins, en 1800, Bonaparte, se souvenant de ce qu'avait fait Volney et qui était en train de négocier le Concordat, fit entreprendre une enquête sur l'état de la croyance religieuse et superstitieuse en France : et le travail fut fait par les services de la police. Tout fut recensé : les pèlerinages, les tireuses de cartes,...; il résultait que la France entière vivait sous des croyances abondantes et de tout genre. Bonaparte en tira les conséquences : après avoir constaté les faits, il en tira une conclusion législative : le Concordat.

Malgré ces méthodes scientifiques, les Idéologues se séparaient de Montesquieu : ils reprochaient à celui-ci de n'avoir pas été assez rationnel dans sa théorie des climats, d'avoir voulu aligner le droit sur le fait. Ils prirent position pour la toute puissance du législateur

contre le déterminisme des lois.

C'est une conception prométhéenne, en quelque sorte : le droit est l'oeuvre de la volonté humaine qui est donc réhabilitée comme moteur de transformation sociale.

- C -

### Les hommes d'Etat

Ils ont agi dans l'Etat, tout en réfléchissant sur leur action. On essaie de les saisir sous la Révolution, le Consulat et l'Empire.

La Révolution est un vide législatif, sauf pour certaines parties comme le droit successoral. Néanmoins, il y avait distorsion entre les nouveaux principes et les lois maintenues en vigueur. Tous étaient conscients qu'il fallait légiférer. Mais comment allait-on le faire ? Il y avait deux moyens :

- L'empirisme, ma méthode expérimentale de Montesquieu;
- Les idées de Mably : il faut reconstruire rationnellement la société.

A l'égard de ce problème législatif, deux personnages représentent une attitude typique : Saint-Just et Portalis. Un troisième personnage est une synthèse des deux autres : Napoléon.

Saint-Just (1767-1794), mort jeune et donc "aimé des Dieux", était licencié es loix. En 1791, il avait publié "l'Esprit de la Révolution et de la Constitution de la France", comme Montesquieu avait publié l'"Esprit des Lois". L'édition fut épuisée en quelques jours.

Dans cet ouvrage, il y a une certaine attraction opérée par Montesquieu. Donc, influence scolaire, universitaire, de Montesquieu sur Saint-Just. Mais l'influence de Montesquieu est plus que compensée par celle de Rousseau. Le maître mot est la vertu et cela vient de Jean-Jacques.

Exemple : Ce que Saint-Just écrit du divorce : "Rome avait une coutume indigne de sa vertu, la répudiation.....plus répugnante que le divorce": l'idée du divorce même était repoussée par Saint-Just. Le ressort proposé pour la législation, c'est la vertu, qui peut aller de pair avec une certaine tendresse pour les enfants naturels : Saint-Just voulait que la Révolution prise à son compte cette idée.

Arrivé au gouvernement, il essaya d'élaborer un projet de loi intitulé "les institutions républicaines", dont une partie intéresse le Droit civil. Exemple : "Institutions nuptiales et paternelles" : "L'homme et la femme qui s'aiment sont époux. Si l'épouse devient grosse, ils sont tenus de déclarer au magistrat qu'ils sont époux".

Tout ceci est rédigé en formules lapidaires.

Portalis (1746-1807) est tout différent. Il eut un grand rôle dans la composition du Code civil. Voyez le "Discours préliminaire" au projet de l'an VIII (qui est le premier projet de Code civil). Il est juriste mais aussi homme politique; il fut actif dans la signature du Concordat; il avait des connaissances philosophiques étendues : il avait été obligé de s'exiler en Allemagne et avait connu quelques philosophes de l'Aufklärung dont Herder et Kant. Il conserva surtout l'influence de Montesquieu. Dans le Discours préliminaire, on retrouve des phrases entières de Montesquieu. Voici quelques unes de ses formules, significatives parce qu'elles révèlent une pensée sociologique : "L'histoire est la physique expérimentale de la législation"; "Il existe une puissance invisible qui crée insensiblement les moeurs, les coutumes et les langues et qui fait justice, par la désuétude des mauvaises lois". Donc, il y a place pour un législateur anonyme, sorti des entrailles de la société.

Portalis oppose constamment l'esprit à priori, l'esprit des systèmes, à une législation conduite selon les moeurs et les besoins, c'est-à-dire suivant la méthode préconisée par Montesquieu, méthode sociologique.

Il avait une conscience claire de l'antinomie entre les deux façons de légiférer : "Quid leges sine moribus; quid mores sine legibus". Portalis prenait parti pour le premier adage et les idéologues pour le second.

Napoléon aussi a eu cette conscience claire de l'antinomie entre les deux conceptions. Ce qui lui donna l'occasion de s'exprimer, c'est un évènement fortuit : En 1812, la conspiration du général Malet lui donna l'occasion d'apostropher les idéologues : "C'est à cette ténébreuse métaphysique qui veut... fonder la législation des peuples (de manière rationaliste) au lieu d'appropriier les lois à la connaissance du coeur humain et aux leçons de l'histoire" que Napoléon impute le désastre.

Et pourtant, dans des lettres adressées à Murat, roi de Naples, qui s'interrogeait sur l'introduction du Code civil dans son royaume, il défend le Code civil parce qu'il est une oeuvre révolutionnaire, l'expression de la pensée révolutionnaire. Oublie-t'il ici la méthode expérimentale ?

On peut expliquer la double attitude de Napoléon. Les sociologues du Droit américain disent volontiers que les lois sont des compromis entre des forces sociales antagonistes : "Law of Compromise". Or, le

Code civil a été une loi de compromis. Autre considération ; quand il s'agissait d'appliquer le Code civil comme Code civil de la Révolution, c'était le Code civil d'une révolution faite; or, il y a une très grande différence entre une révolution faite et une révolution à faire.

## SECTION II

### La passion législative comme phénomène sociologique

En survolant l'histoire, on peut observer des alternances entre Droit écrit et Droit coutumier.

Ainsi, en Droit romain, au Droit classique marqué par l'activité du prêteur, succèdent les constitutions impériales du Bas-Empire; ainsi, en France, après une période très jurisprudentielle (à partir de 1850), a succédé depuis 1960, une période de plus grande activité législative. Ainsi, dans l'ancien Droit, après le Moyen-Age coutumier, il y a une remontée du Droit légal : voyez les ordonnances du chancelier Daguesseau. Parallèlement, on observe un enthousiasme pour l'art législatif, qui atteindra son paroxysme avec l'époque des Lumières. On parlera moins d'enseigner le Droit que d'enseigner la législation, l'art législatif. Il faut étudier ce phénomène de passion législative.

#### Paragraphe premier.

#### Les Manifestations du phénomène

Tantôt dans l'ordre de la spéculation intellectuelle, tantôt dans l'ordre de l'action, ces manifestations procèdent de la classe intellectuelle ou de la classe politique.

- A -

#### L'exaltation du législateur

La pensée, à l'époque des Lumières, est enthousiaste pour le rôle du législateur dans la société. Comment est conçu ce législateur ? A l'antique.

Ce n'est pas le faiseur de lois de tous les jours; c'est celui qui, à l'origine d'une société nouvelle, donne le modèle de cette société. L'inspirateur de ce législateur, c'est Platon (Les Lois). Le législateur ne sera pas celui qui détient le pouvoir, mais le conseiller de celui-ci.

Reviennent constamment les noms de Lycurgue, Solon, Numa, Moïse, Charlemagne (celui des Capitulaires) que l'on consent à ajouter : car les véritables réformes se sont faites pendant l'Antiquité grecque. Ces hommes furent des sages et des prophètes.

C'est Rousseau qui a donné le plus grand coup pour l'enthousiasme législatif. Le livre II du Contrat Social se consacre à mettre en relief le rôle décisif de ce législateur. On y découvre une formule célèbre : "Il faudrait des Dieux pour donner des lois aux hommes", ce qui signifie que le législateur participe de la divinité. A la vérité, le législateur a besoin de se faire accepter par le peuple; Comment s'y prendre ? Avec Machiavel, Rousseau admet que si le législateur n'est pas inspiré par les Dieux, il doit feindre de l'être. Ainsi faisait Numa. C'est un mensonge sacré. Pareillement, Mably place très haut les législateurs de l'Antiquité. Il les pare de toutes les qualités. C'est surtout Lycurgue qui est mis au pinacle. Que trouvoit donc de si admirable dans Lycurgue, Mably ? Lycurgue empiétait sur les mœurs. Il avait des lois aussi pour les mœurs. Il prétendait user des lois pour constituer les mœurs de Lacédémone. Le législateur est chargé de rendre le peuple vertueux. La Révolution reprendra à son compte cette idée.

- B -

#### La législation des amateurs

Surgissent des législateurs amateurs, amants des lois. Tantôt il s'agit d'une pure utopie; tantôt il s'agit de projets sérieux, voire faits sur commande : le pouvoir aimait à s'entourer des lumières des philosophes. Ce qui est caractéristique, c'est la forme. On peut la qualifier de "gnomique", c'est-à-dire en forme de sentences, d'aphorismes. C'est en relation avec l'idée sacerdotale que l'on se fait du législateur.

Rousseau fut un de ces "légis-amateurs". Il fut sollicité par des gouvernements ou contre-gouvernements étrangers de préparer des projets de lois. Ainsi, un groupe polonais lui demanda de préparer des lois pour la Pologne. La Corse lui demanda (entre 1760 et 1767 : c'est une période de troubles) de préparer ses lois; il ne fut pas le seul sollicité. Cependant, dans le Contrat Social, Rousseau avait démontré que le législateur ne devait pas être étranger à la société à laquelle il dévouait ses lois. Il s'efforça de surmonter la contradiction en s'entourant d'une vaste documentation sur la Corse.

Il demanda à des Corses des informations sur les productions, les cultures,....., et aussi les coutumes en vigueur. Peut-être Rousseau se dit-il qu'un étranger pouvait mieux donner des lois à un peuple. (Dans l'Antiquité grecque, c'était le cas). Il se mit au travail et nous en laissa le résultat. Après avoir situé ses intentions, il entre dans le détail. Il a voulu la législation d'un peuple rustique qui garde primitivement ses traits d'archaïsme. Il y a beaucoup de ressemblance entre la Corse ainsi reconstruite et les cantons alémaniques dans leur primitivité. Dans ces fragments, nous en rencontrons qui sont relatifs aux droits de succession. Rousseau veut aussi régenter les moeurs. Ce sont des lois à la façon de Lycurgue. Il va très loin dans ce sens : exemple : "Il n(y aura dans l'île aucun carosse". Tout cela resta à l'état de projets parce que la Corse devint française.

Diderot lui aussi, s'est livré à la passion législative. Catherine II, impératrice de Russie, avait, au début de son règne, convoqué une assemblée de députés; elle voulait renouveler le Code. Cette assemblée se révéla contestataire et fut prorogée. On ne la réunit plus. Mais l'impératrice demanda à Diderot de l'aider à rédiger un Code. Diderot rédigea ses observations sur le travail fait par l'appareil administratif de Catherine II. Ces observations nous révèlent la pensée de Diderot sur la législation : il admet le divorce (même par consentement mutuel).

Citons aussi Morelly. Pendant longtemps, on a cru que ce nom était un pseudonyme de Diderot. Son oeuvre s'intitule : "Le Code de la Nature ou le véritable esprit de ces lois, de tout temps négligées ou méconnues" (1755). De ce Morelly, on sait très peu de chose; le titre de l'ouvrage se présente comme une réplique à Montesquieu. Ce Code est une utopie déclarée et Morelly ne se faisait pas d'illusion, comme il le dit. C'est une république très utopiste qu'il veut fonder, une république construite sur la communauté des biens (La Russie soviétique a étudié Morelly comme précurseur du communisme). Chaque homme vivra aux frais de la collectivité et il n'y aura aucune propriété individuelle au-delà de la consommation. Autre exemple : le mariage est obligatoire; le célibat n'est permis à personne que après l'âge de quarante ans. Donc, atmosphère d'utopie, mais néanmoins utopie patriarcale : le gouvernement appartient au Sénat. Retenons l'originalité formelle de ce code rédigé en style gnomique.

### La législation des professionnels

Par delà la routine législative, les despotes éclairés veulent être des législateurs de leur peuple, des législateurs à la mode de Rousseau.

(Les oeuvres législatives de la première moitié du siècle sont à la mode du chancelier d'Aguesseau : il n'y a pas volonté de réforme systématique; celles de la deuxième moitié sont à la mode de Rousseau).

Le despote se sent des responsabilités et donc il est prudent. Si bien que la législation des professionnels n'est pas aussi utopique que celle des amateurs. L'Empereur Joseph II d'Autriche fut très perméable aux influences philosophiques; et sa législation en porte l'empreinte. L'Impératrice Catherine II, au contraire, était plus réaliste : elle trouva que Diderot allait trop loin et elle le lui expliqua en termes significatifs.

Quelques uns des despotes éclairés ont utilisé une méthode sociologique pour éclairer leur législation. Nous connaissons la différence entre la simple observation où le chercheur est passif, et l'expérimentation où il agit sur les phénomènes d'une façon artificielle afin de voir comment le milieu va réagir. Peut-on expérimenter dans les sciences humaines ? Ici, l'expérimentation devrait se faire sur des hommes; or, est-ce légitime ? Mais, en sociologie juridique, l'expérimentation est peut-être plus facile à concevoir qu'en sociologie générale. Il existe une méthode toute simple : c'est l'expérimentation législative. On peut expérimenter sur la société par l'intermédiaire d'une loi expérimentale. Un certain nombre de despotes éclairés ont fait des lois avec l'idée de voir comment le milieu social allait y réagir; souvent, ils ont été conduits à faire des lois applicables partiellement, sur une partie de leur territoire. Ou bien ils ont fait une loi temporaire. Même en France, la politique de certains intendants s'est inspirée de cette idée. Plus systématiquement, à l'étranger, en matière fiscale, cela ce fit. C'est l'époque des physiocrates. Exemple : En Allemagne, certains petits princes firent de la législation physiocratique : les résultats furent variables. Autre exemple : en Italie, le grand duc Léopold de Toscane avait voulu voir ce que donnerait l'abolition de la peine de mort et de la torture. En Angleterre, récemment, on fit la même chose avant l'abolition complète de la peine de mort.

Las causalités du phénomène

Elles sont complexes. On peut les regrouper en trois catégories :

- Utilitaires, objectives;
- Intellectuelles;
- Mythiques : ici, un mythe est une légende mais avec une coloration particulière : elle fait intervenir des divinités ou quasi-divinités se situant dans un temps très ancien : le "temps primordial", temps purement conceptuel; et elle suppose aux actes et aux faits de ces divinités une valeur exemplaire, une valeur normative.

- A -

Les causalités utilitaires

Ces causalités ont un caractère d'objectivité et donc sont aisément observables du point de vue sociologique. C'est évidemment l'explication la plus simple et la plus banale. Si tant d'esprits se sont attachés à la législation en cette période, n'est-ce pas parce qu'il y avait un besoin législatif particulièrement pressant ? Si. L'Ancien Régime à son déclin est de plus en plus conscient des abus qu'il porte : l'expression "abus" est caractéristique. Parmi ces abus, c'est le régime féodal qui retient le plus l'attention. En effet : voilà un régime historique qui survit à sa raison d'être. Au Moyen Age, il a eu une fonction sociale; il l'a perdue peu à peu et finalement ne servait plus à rien. Il y a là un phénomène que la sociologie juridique connaît bien : il y a une distorsion entre la structure juridique et les besoins sociaux qui l'ont créée. Le régime féodal était donc senti comme une sorte de super-structure qu'il fallait éliminer. Et il en résultait un besoin de réforme qui créait lui-même un besoin de législation. Et il fallait une oeuvre législative d'une certaine forme : car dans cette période de l'histoire de notre Droit, l'opinion est devenue consciente des inconvénients liés à la diversité du droit d'après les régions. Il y avait un besoin d'unification du droit qui ne pouvait se traduire que par un appel aux législateurs et qui allait de pair avec un besoin de simplification. Le classicisme littéraire n'était pas sans influence à ce point de vue.

Tout ceci paraît se situer au niveau de la réflexion philosophique; est-ce que ce besoin existait aussi dans l'ensemble de la population française ? (la détection du besoin législatif est un des problèmes de la sociologie législative). Les canaux de l'opinion publi-

que à cette époque sont les salons parisiens (portion étroite, élitari-  
te de la nation). A la fin du siècle dernier, Glasson avait soutenu que  
la codification du droit civil à la fin de l'Ancien Régime n'était guère  
soutenue par la nation, mais seulement par quelques philosophes. Contre  
cette opinion, Van Kam, dans " Les efforts de codification en France :  
étude historique et psychologique" (1929), a abouti à des conclusions  
différentes : l'aspiration à une législation unitaire était largement  
répandue en France. Van Kam a analysé les "Cahiers de doléance" pré-  
paratoires à la réunion des Etats-Généraux (la population était invi-  
tée à rédiger ces cahiers) et dans lesquels Van Kam constate un désir  
de codification portant aussi bien sur le droit civil que sur le droit  
public. Ces désirs sont constatés dès à la base, un peu partout dans  
le pays. On veut une législation pour unifier le droit civil, pour le  
simplifier aussi. Notons la signification sociologique de cette procé-  
dure de l'Ancien Régime que sont les cahiers de doléance : il y a là  
une forme rudimentaire du sondage d'opinion publique, mais aboutissant  
néanmoins à la sociologie législative.

Le besoin de réforme conduisait inmanquablement à un besoin de  
législation.

A notre époque, il n'en aût peut-être pas été de même : nous  
sommes habitués à mettre sur le même pied l'évolution jurispruden-  
tielle et la réforme législative. En fait, à la fin de l'Ancien  
Régime, la jurisprudence ne pouvait pas satisfaire le besoin : la  
jurisprudence était celle des Parlements et chaque Parlement avait son  
autonomie. Ni l'unification, ni la suppression des abus n'eussent pu  
être ainsi obtenues. En fait, l'évolution jurisprudentielle de l'Ancien  
Régime était lente : ne fut-ce que pour des raisons matérielles : les  
recueils de jurisprudence étaient peu répandus. Et il fallait faire  
peu confiance aux Parlements pour réformer l'Ancien Régime. Sans doute  
les Parlements se sont-ils opposés à la monarchie; mais, quand les pri-  
vilèges des parlementaires étaient en cause, on ne pouvait plus guère  
compter sur eux : ils étaient conservateurs. Si le Code civil avait  
gardé en face de lui les anciens corps judiciaires, il ne fût jamais  
passé.

Si bien que le recours à la législation apparaissait indispen-  
sable. Il ne pouvait plus y avoir qu'un progrès par évolution brusque.

Telle est la réponse la plus simple à cette passion législative.

- B -

### Les causalités intellectuelles

Partons de la notion de "Lumières" : les Lumières ne doivent pas être tenues sous le boisseau. Et en effet : les problèmes d'éducation, de pédagogie, sont à la mode.

(Ceci n'est pas sans résonnance pour une sociologie du droit de la famille : il y a deux modes d'éducation concevables, le mode préceptoral cher à Rousseau, le mode public qu'il préférerait pour ses enfants abandonnés à l'Assistance publique. Y a-t'il contradiction chez lui ? A la vérité, la clé de la contradiction est que en théorie le meilleur mode d'éducation est l'éducation à la spartiate, donc publique. Mais actuellement, il s'agit d'aider à éduquer des enfants d'une certaine classe sociale, et en conséquence le précepteur est, provisoirement, une solution meilleure que les collèges, qui sont jésuites : l'éducation de château est meilleure que l'éducation de collège.)

Cette rage pédagogique se répercute dans la législation : car il y a un lien entre pédagogie et éducation. "Les lois sont l'éducation des hommes faits" dit Destutt de Tracy. L'idée n'a pas disparu : les sociologues du droit de l'Europe de l'Est insistent sur le rôle pédagogique que la loi doit remplir. Aujourd'hui, chez nous, il s'agirait plutôt d'aligner la loi sur le fait; chez eux, il ne faut pas abdiquer la fonction pédagogique de la loi.

Pourquoi cette fonction pédagogique de la loi ? Parce que, pour les auteurs du XVIIIème siècle, la loi doit régenter les moeurs. Voyez Mably, Saint-Just. Exemple : Saint-Just admet qu'il y aura des censeurs à la romaine. Tout naturellement vient l'idée des lois comptuaires. Exemple : Chez Saint-Just: tout citoyen rendra compte tous les ans de l'emploi de sa fortune; nul ne mangera de chair les troisième, sixième et neuvième jours des décades; l'or et l'argent sont interdits.

Les lois sont une manière d'éduquer les adultes; mais aussi d'éduquer les enfants. Ainsi, les catéchismes juridiques à l'usage des enfants des écoles se répandirent. Ils se font par questions et réponses et sont à l'origine de notre "instruction civique". L'idée était de graver les lois et leur esprit vertueux chez les enfants. L'impératrice Catherine II de Russie avait dit qu'on apprendrait à lire aux enfants sur deux textes : le catéchisme orthodoxe et le Code; Diderot lui rétorqua que le Code suffisait.

Il restera de ces tendances pédagogiques un grand trait des lois: il faut que celles-ci soient simples.

Les causalités mythiques

Le mythe de l'Antiquité va soutenir toute la passion législative.

L'Antiquité greco-romaine (la Rome des premiers temps plutôt que la Rome impériale : exemples : le roi Numa , le mythe de Brutus qui signifie le conflit de l'intérêt de la Cité et de l'intérêt de la famille) et spécialement la Grèce. L'ouvrage de l'abbé Barthélémy avait mis la Grèce à la mode. Il reconstituait l'Antiquité grecque à la manière de Jérôme Carcopino. L'abbé Barthélémy avait contribué à familiariser les esprits avec l'Antiquité grecque. De plus, dans les Beaux-Arts, le néo-classicisme Triomphe : voyez David. Dans la Grèce, c'est Sparte plutôt qu'Athènes, et Sparte vue à travers Plutarque, qui est considérée (mais le mirage de Sparte a existé de tout temps). Pourquoi les lois de Lycurgue passaient-elles pour le sommet de la législation ? Parcequ'elles étaient simples, austères, et qu'elles avaient annexé les mœurs. Elles fournissaient le modèle d'une harmonie pré-établie pour une république pure et dure. Que l'on songe à Victor Hugo : "Ce siècle avait deux ans, Rome remplaçait Sparte." Voyez Rousseau : "Cette Sparte que je n'aurais jamais assez citée." A Sparte, on ajoute souvent l'île de Crète, île fermée et autarcique. Et tout cela se peuple de nudités héroïques (ou même érotiques). "Les grands législateurs, écrira Saint-Just, se sont distingués surtout par la hardiesse de leurs institutions à l'égard de la pudeur; je regrette que ces lois nous paraissent si étranges, cela atteste l'aimable simplicité de l'Antiquité."

- § III -

Les conséquences du phénomène

- A -

Les conséquences à court-terme (le Consulat)

L'objet de la passion législative a été sublimé. La loi a été l'objet d'une idolâtrie : elle a été regardée comme une projection de la Nation elle-même. "Le législateur doit faire aimer ses lois", dit Mably. Et Saint-Just : "O législateur ! donnez-nous des lois qui nous forcent à les aimer !" Et il y eut un club des "nomophiles" : c'était une sorte de religion de substitution.

Certains corollaires accompagnent cette conception idolâtrique

de la loi. On impose à la loi certains caractères : unité et simplicité. Unité : Elle reflète celle de la République. Simplicité : C'est l'idéal de la loi brève. Que l'on songe aux projets de Cambacérès : ses premier et second projets de Code civil sont assez suggestifs : le premier comprenait 719 articles seulement ; mais la Convention repoussa ce premier projet parce que trop long. Le deuxième projet comprenait 297 articles : donc un style extrêmement dépouillé. Evidemment , Cambacérès avait entendu orienter différemment l'idée d'un Code civil : ce serait un code de principes et les détails seraient réglés par des arrêtés.

Cependant , l'inspiration était bien à la simplicité. Exemple : en 1790 , un gentilhomme vendéen fit abattre son chateau et élever à la place , non une chaumière , mais une maison bourgeoise. C'est la Révolution qui se trace sur le terrain ; et sur les murs de la maison , le gentilhomme fait graver toute la constitution. Autre exemple: Roederer, proche de Bonaparte et idéologue, dans son cours d'organisation sociale, demande un code simple et bref qu'on gravera sur les colonnes d'un petit bâtiment. Et les lois abrogées seront recouvertes. Tout ceci venait de Morelly.

Une conséquence de cette conception de la loi se fait jour : c'est que le droit est tout entier contenu dans la loi. Cette conception rigoureusement légaliste du droit va déteindre sur la conception que l'on se fera des tribunaux , et notamment du tribunal de Cassation . Quand celui-ci fut institué par la loi du 1 décembre 1790 , il le fut pour faire respecter la loi contre les interprètes ; non pour assurer l'unité de la jurisprudence . Diderot était contre la jurisprudence et disait que les décisions des tribunaux ne devraient jamais être publiées.

- B -

#### Conséquences à moyen terme ( le XIXème siècle )

On constate un culte particulièrement vif porté à la loi.

C'est plus que le souci d'assurer l'application de la loi. C'est une vénération pour la loi en tant que hypostase.

Dans les lois sur la presse ( 1819 , 1849 ), on relève des incriminations significatives à cet égard. La provocation à la désobéissance aux lois est érigée en incrimination. En 1881 , ceci fut abrogé.

Voyez , dans le même sens , la loi belge du 20 juillet 1831 sur la liberté de la presse , toujours en vigueur.

C'est aussi au niveau de l'interprétation que ce culte apparaît.

On doit ici faire état de la méthode d'interprétation mise en oeuvre par l'école de l'exégèse. C'est cette méthode que nous utilisons encore; mais avec recul.

Les grands représentants de cette école sont Toullier, Duranton, Aubry et Rau, Demolombe.

Comment se caractérise cette école, qui a triomphé au XIXème siècle ? Par un double critère : cette école veut interpréter le Code civil avec, d'une part, le culte du texte de loi, et, d'autre part, la recherche de l'intention du législateur. Comment ne pas voir ici une conséquence de la passion législative ?

L'école de l'exégèse fut un phénomène de psycho-sociologie juridique.

Elle ne s'est pas créée tout d'une pièce. Il y a eu une première période, coïncidant avec la Restauration, où l'on ne se préoccupait ni du culte dû au texte, ni de l'intention du législateur. La Restauration ne tenait pas à remuer les cendres.....

A partir de 1830, parallèlement au phénomène historique qui est la formation et la consécration de la légende napoléonienne (1830-1870), la méthode de l'exégèse, avec son double critère, va se constituer.

A partir de la chute du Second Empire, les critères de l'école de l'exégèse vont peu à peu s'estomper. On aura beaucoup moins le souci de révéler le texte et de rechercher l'intention du législateur.

C'est un phénomène constant de l'interprétation des lois, que l'interprète perd sa révérence pour l'intention du législateur au fur et à mesure que le temps passe. La volonté des morts est mieux respectée quand le décès est proche encore. Voyez ce qui se passe en matière de fondations, en matière de testaments. C'est la même chose pour la volonté du législateur. Quand il a disparu depuis longtemps, l'interprète ne le craint plus. Evidemment, on peut soutenir que la volonté émise en 1804 n'est plus adaptée à la situation sociale de 1972. Et puis, l'interprète ne craint plus l'intervention irritée du législateur.

- C -

#### Conséquences à long-terme

Ce phénomène produit parmi nous des effets complexes, voilés. Le souvenir de cette passion législative tend à s'effacer.

1) On peut relever certains effets lointains de cette passion, qui se présentent comme un prolongement d'elle. Il est resté, dans l'opinion publique et dans celle des législateurs, une confiance dans

la loi : on continue à croire à la toute puissance et à la bienfaisance de la loi. Quand quelque chose ne va pas bien, une tendance de l'"il-n'y-a-qu'isme" dit : il n'y a qu'à faire une loi. On continue à faire confiance à la magie de la loi. Et quand on fait une loi, c'est par la méthode déductive, plutôt que par la démarche expérimentale. (voyez l'antinomie, au XVIIIème siècle, entre Montesquieu et Volney). En ce sens : voyez le débat au Sénat, 26 Octobre 1972, journal, page 1878 : nous continuons à être les héritiers des idéologues.

2) Une autre conséquence est une conséquence de réaction. Le souvenir des Codes de la Convention a été entretenu par les civilistes (On en parle toujours avec le sourire : cette prétention de régler la vie civile de la Nation dans un code de 300 articles paraît risible). Il semble prouvé par l'expérience que la simplicité des lois est une illusion dangereuse. Ceci est enseigné par les civilistes. Cela donne confiance au législateur d'aujourd'hui pour faire beaucoup de lois compliquées. Et la science (ou la pseudo-science, la science hâtive) vient à la rescousse de cette tendance du législateur moderne. On a parlé de la "loi de complexification croissante du droit". La législation irait du simple au complexe. Ceci irait de pair avec une loi de complexification croissante de tous les mécanismes sociaux. Et cette loi de complexification ne serait pas sans corrélation avec ce qu'on a appelé la loi de Max Weber qui érige en loi la technicisation croissante du droit.

## CHAPITRE II

### Sociologie juridique et interprétation

Législation (chapitre premier) et Interprétation (chapitre II) sont complémentaires. Il s'est opéré une distinction fonctionnelle entre deux types de juristes : les législateurs et les interprètes.

En principe, il ne serait pas inconcevable que les deux fonctions soient réunies sur la même tête. Exemple : Le principe "ejus est interpretari, cujus est coendere". C'est le système du Bas-Empire. Cette procédure n'avait pas disparu dans l'ancien Droit français. Il y a eu également la procédure du référé législatif sous le Code civil. Ces procédures confondaient les fonctions de législateur et d'interprète.

Mais sinon, généralement, l'interprète est un personnage distinct du législateur : interprète = inter-prète, l'interprète est un

intermédiaire entre la volonté du législateur et la masse des gujets de la loi. (Aujourd'hui, on parle d'herméneutique; on substitue aux termes latins des termes grecs, c'est une loi....)

L'interprète est un herméneute : Hermès apporte aux humains les paroles des Dieux. Il apporte son interprétation.

L'interprétation est donc une activité distincte.

L'interprétation entre dans notre propos à deux points de vue :

- Sous l'angle de la science appliquée. La sociologie juridique a des fonctions pratiques : elle peut servir à aider le législateur (sociologie législative); elle peut aussi s'appliquer à l'interprétation. Ne peut-il pas y avoir une interprétation sociologique ?
- Sous l'angle de la science pure. Que la loi, le long de la série sociologique, s'accompagne de l'activité spécifique des interprètes, est en soi un objet de curiosité, de recherche, pour le sociologue du droit.

D'où deux sections dans ce chapitre.

### Préalable

- L'interprétation ne concerne pas uniquement les lois. Elle concerne aussi les conventions (voyez les articles II56 et suivants du Code civil). Les deux interprétations n'obéissent pas aux mêmes règles. Néanmoins, il y a une parenté entre les deux : le problème est toujours : comment appliquer une volonté qui ne s'est pas exprimée avec une clarté suffisante ? C'est de l'interprétation de la loi qu'il s'agira ici.
- Dans l'interprétation de la loi, une distinction est devenue habituelle depuis Gény, entre l'interprétation au sens étroit, et ce que Gény a appelé la "libre recherche scientifique". Il arrive qu'une hypothèse se présentant dans la réalité ne soit pas couverte par un texte de loi. On se tourne alors vers l'interprète, en l'occurrence, le juge. Ce n'est plus ici une véritable interprétation. On utilisera le procédé de l'analogie; mais est-ce que l'analogie n'est pas encore de l'interprétation ? Il ne faut pas creuser un abîme entre interprétation et libre recherche scientifique.

### SECTION I

#### L'interprétation sociologique

Nous sommes devant un problème de sociologie appliquée.

Ce problème est le suivant : une méthode d'interprétation est-elle

concevable, qui serait donnée par la sociologie juridique ? D'autres branches que la sociologie juridique, dans le droit non dogmatique, ont posé des questions analogues. C'est surtout l'histoire du Droit et le Droit comparé qui ont provoqué l'idée qu'il pouvait y avoir des modes d'interprétation du droit qui lui viendraient de disciplines auxiliaires.

Reprenons ces deux disciplines auxiliaires.

a) Qu'est-ce que l'interprétation historique ? Il règne une équivoque sur ce concept. L'expression a eu au moins deux sens.

1) Une méthode d'interprétation très courante chez les grands commentateurs du XIX<sup>ème</sup>. siècle. On recherchait alors, quel avait été, sur la question à laquelle la disposition du code civil se référait, le dernier état de l'ancien droit. On proposait alors l'argument suivant : le législateur ne s'est pas prononcé clairement; mais il connaissait l'état du droit à son époque, c'est-à-dire à la fin de l'Ancien Régime; et puisqu'il ne s'était pas prononcé clairement pour l'abolition de la disposition de l'ancien droit, c'est qu'il avait pensé souvegarder cette disposition. Il ne restait plus alors qu'à connaître cette disposition, ce qui n'était pas nécessairement facile : il y avait tout un fouilli doctrinal. On attribuait une grande valeur à Pothier, qui était un modèle de clarté.

Exemple : Les conclusions du Procureur Général Dupin dans l'affaire Moinet où était en question le point suivant : est-ce que la femme commune en biens opère ses prélèvements (lorsque la femme est créancière du mari et de la communauté) à titre de créancière ou à titre de propriétaire ? Voyez Sirey, 1858, page 9.

2) Deuxièmement, au début de ce siècle, l'interprétation historique consiste à rechercher quelle serait la pensée des auteurs de la loi, s'ils avaient à légiférer aujourd'hui. Cette interprétation est historique dans ce sens qu'elle veut aller dans le sens de l'histoire.

On peut voir une remarquable illustration de cette thèse dans l'Arrêt de la Chambre Civile, 5 Avril 1965, Semaine Juridique, 1965. II.14.261 : Comment interpréter l'article 1792 du Code civil qui prévoit une responsabilité pesant à la fois sur l'architecte et sur l'entrepreneur. La Cour de Cassation répond : en 1804, la loi a visé l'architecte parce que, à cette époque, la dualité des deux professions (entrepreneur et architecte) n'existait pas. De nos jours, l'architecte est complètement distinct de l'entrepreneur : il ne peut pas exercer le métier de celui-ci. En conséquence, l'article 1792 du Code civil ne lui est pas applicable.

b) Qu'est-ce que l'interprétation comparative ? L'expression n'existe pas comme telle; mais il y a une certaine méthode d'interprétation par le droit comparé. Cette méthode est utilisée par les juristes qui sont en même temps comparatistes.

Exemple : René David, dans Sirey, 1950.II.101 : Pour promouvoir une certaine interprétation du droit français, il fait appel à des arguments de droit étranger.

André Tunc, dans R.T.D.C., 1964, page 114, raisonne de la même façon. Il dit que la doctrine anglaise enseigne que la souffrance d'un mari trompé ne donne pas lieu à des dommages et intérêts.

Le tribunal fédéral suisse recourt volontiers à des arguments de droit comparé.

Il y a quelques années, un grand comparatiste, E. Lambert, parlait de "un droit commun législatif" entre pays membres d'une même famille juridique. D'où l'argument juridique transnational peut jouer.

A quoi Georges Ripert avait répondu en termes acerbes : ce droit commun législatif n'est pas reçu par la loi française.

c) Ces deux précédents nous laissent présager des difficultés pour ce qui concerne l'interprétation sociologique.

De fait, la conception de l'interprétation sociologique n'est pas univoque ni exempte d'obscurités. Voyez "Méthodes d'interprétation", 1ère édition, 1899, où Gény ne parlait pas d'interprétation sociologique. Et pour cause. Cette interprétation a fait surface dans l'ouvrage de Gény seulement en 1919 (deuxième édition); mais il n'y a pas de grandes conclusions à en tirer.

Partons de modèles ayant le mérite d'avoir l'air d'exister. Ce sont des modèles étrangers. Puis, on essaiera de trouver des tendances factuelles chez les juristes français, en fait d'interprétation. Puis, on se demandera s'il peut y avoir une méthode sociologique en interprétation.

#### -- § premier --

#### Les écoles sociologiques d'interprétation

Peut-être conviendrait-il de dire écoles "pseudo-sociologiques" : Pour certains, la sociologie du droit se définit par une démarche empirique qu'on ne trouverait pas dans ces écoles.

Ces écoles ont en commun d'être en réaction contre les méthodes

d'interprétations classiques du droit dogmatique au XIXème siècle. Ces méthodes classiques étaient purement logiques, formelles, conceptuelles.

Voyons trois écoles, assez nettement caractérisées :

- 1) L'école dite de la Sociological Jurisprudence, c'est-à-dire l'école de la jurisprudence sociologique;
- 2) L'école allemande du Freirecht;
- 3) L'école allemande de l'Interessenjurisprudenz, c'est-à-dire l'école de la jurisprudence des intérêts, par opposition à la Degriffsjurisprudenz, c'est-à-dire l'école de la jurisprudence des concepts.

Reprenons ces trois écoles d'interprétation.

#### 1) Sociological Jurisprudence.

A première vue, on a l'impression qu'on touche à l'objet désiré.

Illusion. Car il y a un double contresens dans la traduction.

"Jurisprudence" ne signifie pas jurisprudence (formation du droit par la répétition des jugements) mais signifie théorie, philosophie du droit.

"Sociological" voulait dire, dans la pensée des auteurs de cette école, sociologique; mais ils furent plutôt des penseurs "sociaux".

On devrait plutôt traduire : théorie sociale du droit.

Que fut cette école ? Elle a été représentée surtout par des juges de la Cour Suprême des Etats-Unis. Certains de ces juges furent des adeptes de cette interprétation : Holmes, Brandeis et Cardozo qui ont écarté les contestations judiciaires élevées contre le New Deal.

Le théoricien fut un professeur de Faculté, Roscoe Pound, qui est considéré volontiers chez nous comme un philosophe du droit. Il fut doyen de Harvard.

Warren fut aussi un des représentants de cette école.

Qu'est-ce qui caractérise cette doctrine ?

D'abord, un souci de réalisme.

Il faut mettre en corrélation cette doctrine avec le pragmatisme de William James (1900-1920).

Certaines formules employées par les représentants de l'école sont significatives. Par exemple : "La vie du droit n'a pas été logique, elle a été expérience" (Holmes); "Le droit est ce que les tribunaux feront; il n'est pas un système de principes abstraits; il est un comportement" (le même).

En même temps, un souci de juger selon les exigences du "Welfare", c'est-à-dire du bien-être social. Cela signifie que le juge doit prendre en considération les conséquences des règles de droit qu'il applique. (N'oublions pas que, aux Etats-Unis, ce sont les juges qui élaborent la règle de droit.) Il faut que le juge dégage les avantages sociaux de la règle qu'il élabore. Cette démarche est familière à nos juristes dogmaticiens.

Mais, est-ce de la sociologie de l'interprétation ? On peut en douter.

## 2) Freirecht

Qu'est-ce que le Freirecht ? Au delà de la réaction négative contre les procédés logiques d'interprétation du droit dogmatique, l'école du Freirecht voulait que le droit fut une libre création par le juge.

Comment en est-on arrivé là ? En Allemagne, vers le début du siècle, le bürgerliches Gesetzbuch est entré en vigueur ; les juristes se sont mis à l'interpréter logiquement ; et quelques juristes se sont élevés contre cette démarche. Par exemple, Kantorowicz, en 1895, publie un livre sous le pseudonyme de Gneus Flavius. Pourquoi ce nom ? Ce personnage, peut-être légendaire, aurait été le scribe d'un pontife au milieu du cinquième siècle de la fondation de Rome. Jusqu'alors, le droit avait été à Rome un droit ésotérique (les legis actiones n'étaient connues que par les pontifes) et Flavius révéla au public les formules des actions de la loi. Kantorowicz voulait que le droit cesse d'être caché entre les mains des dogmaticiens et aille vers le peuple. Son ouvrage, à forme programmatique, eut un grand retentissement et fut à l'origine du Freirecht. Certains représentants de la sociologie juridique furent, en même temps, partisans du Freirecht, par exemple Ehrlich. En France, Gurvitch.

Que dit cette doctrine ?

Négativement, cette doctrine constitue une critique de l'interprétation logique. Le juge dogmatique part de la loi et, par le syllogisme judiciaire, aboutit à la décision. Ici, on veut renverser la perspective : d'abord poser la décision socialement bonne, ensuite la justifier en remontant vers l'ordonnement juridique. Le sentiment du droit est considéré comme supérieur à la logique.

Il faut faire un rapprochement entre l'intuitionnisme du Freirecht et l'intuitionnisme bergsonien qui a déteint sur cette école.

Le sentiment du droit ~~diset~~ beaucoup de représentants de cette école, devra être éclairé par les sciences sociales, et notamment par la sociologie. A cette école, on a facilement reproché l'appel aux

sentiment : ne cède-t'elle pas au subjectivisme ? N'en revient-on pas à une "jurisprudence d'équité" qui fut en France le fléau de l'ancien droit ?

### 3) Interessenjurisprudenz

Cette école se veut plus objective que le Freirecht.

Pour comprendre ce mouvement, il faut remonter à Von Jhering, juriste romaniste à l'époque où le droit romain était un droit vivant en Allemagne, et philosophe du droit - et même précurseur de la sociologie du droit (1818-1892).

Le droit lui apparait comme la solution d'un conflit d'intérêts. La règle de droit, c'est la solution du conflit. Il y avait quelque chose de bismarckien dans le réalisme de Von Jhering.

Il y avait aussi quelque chose de sociologique. Pour lui, il y a des conflits d'intérêts dans la société.

Partant de là, on va déduire un principe d'interprétation. Au moment où la loi est élaborée, elle a été l'expression de l'intérêt prépondérant; si, pour interpréter la règle de droit, on recherche l'intention de ce "législateur anonyme" qui est l'intérêt, il faudra seulement rechercher quel a été celui-ci.

Un exemple : La résolution pour lésion de plus des sept douzièmes (Les articles 1674 et suivants du Code civil français).

Quels étaient les intérêts en présence en 1804 ? (cette institution a quelque chose de contraire au libéralisme économique.) L'intérêt prépondérant a été celui des propriétaires fonciers. Les travaux préparatoires sont très nets là dessus : ces propriétaires peuvent être obligés de vendre à un moment très défavorable.

A cette théorie, on a objecté qu'elle revient à perpétuer l'autorité du groupe de pression qui a fait voter la loi qui lui est favorable. De plus, on a constaté que en réalité, il y a des lois de compromis, qui donnent une part à chacun des intérêts en présence. cela enlève toute certitude à cette méthode d'interprétation.

Dans la jurisprudence allemande, la jurisprudence des intérêts s'est présentée sous une forme quelque peu édulcorée : la méthode de l'école de Tubingue, représentée par Ph. Heck. On se contente de dire que l'interprète doit apprécier les intérêts en présence de manière à donner la prépondérance à l'intérêt dont la valeur sociale est la plus grande. Ici, la jurisprudence des intérêts tend à perdre sa spécificité. Elle rejoint la méthode américaine.

### 4) Conclusion

Ces trois écoles finissent par être sociologiques parce qu'elles

sont sociales.

C'est pourquoi certains leur dénie toute portée sociologique. Ces écoles sont sociales avant tout.

Dans le réalisme de ces écoles, il entre une part d'optimisme philosophique à l'égard du droit : le droit est conçu comme pouvant être un instrument d'amélioration de la condition humaine. En philosophie, ceci est possible; mais la sociologie du droit doit se vouloir plus neutre.

- § II -

Les tendances factuelles en interprétation

Il s'agit ici d'une sociologie parfois assez inconsciente et diffuse. Il est à remarquer quel pourra être le rôle de la sociologie : elle n'apporte pas une interprétation intrinsèquement utile.

L'interprète utilisera des critères sociologiques attiré par la factualité, par la réalité.

C'est la place que l'interprète va donner aux faits qui permettra de dire qu'on est en présence d'une interprétation sociologique.

Cependant, il faut nuancer.

Les tendances factuelles, cela peut signifier que l'on va donner la préférence à l'interprétation de faits. (I)

Cela peut vouloir dire aussi que l'on va retenir l'interprétation la plus favorable aux situations de fait. (II)

I) C'est de que l'on appelle l'interprétation par la coutume.

Qu'est-ce que cela ?

Entre deux interprétations possibles, l'interprète factualiste choisira celle des deux qui est effectivement déjà prépondérante dans la pratique. C'est l'interprétation par la coutume.

Ce procédé est ancien. Il était, dans l'ancien droit, appuyé sur un texte de Paul : Digeste, livre 3, fragment 37 : "Si l'on veut interpréter une loi, il faut considérer d'abord de quel droit la Cité s'est servie dans des cas de ce genre, car la meilleure interprète des lois c'est la coutume".

Dans notre ancien droit, on rapprochait la coutume de la possession réelle, de sorte que la maxime de Paul fut teintée de "réalité" (au sens du droit réel) : il faut suivre la coutume, parce que les justiciables sont déjà en "possession" de cette interprétation, que constitue la coutume.

A la limite, cette conception interdisait les revirements de jurisprudence, que d'ailleurs la doctrine moderne critique parce que c'est du "droit rétroactif". (Voyez Voirin, Semaine Juridique, 1959. I;1457).

Est-ce que la factualisme, c'est la sociologie ? Si l'on dit que oui, l'interprétation sociologique deviendra facilement l'interprétation par la coutume, c'est-à-dire par des solutions qui sont déjà acquises : on ne doit pas aller contre cette possession de la solution par les justiciables.

Chez les auteurs modernes, l'interprétation considérée comme la plus réaliste, c'est celle qui serait en conformité avec la pratique extra-judiciaire. Concrètement : la pratique notariale, bancaire, commerciale. Donc, la pratique suivie pour la rédaction des contrats. Les notaires ont élaboré un certain style pour tel ou tel contrat : les contrats contiennent telles clauses; il y a là un fait qui mérite considération. Dès lors, l'interprète aura le plus vif intérêt pour la pratique usuellement suivie. Par exemple, quand le notariat introduit dans les contrats de mariage un certain type de clause, est-ce que les juges ne doivent pas en tenir compte ? Ils doivent respecter la situation de fait créée par la pratique notariale. Les juges anglais ont le plus grand souci pour les formulaires suivis par les hommes de loi. Mais en France, la Cour de Cassation a déclaré l'illicéité de la "clause commerciale" dans les contrats de mariage, motif pris de ce qu'il s'agissait d'un pacte sur succession future (exemple : la Chambre Civile, 11 janvier 1933, Dalloz, 33.I.10, s'en est tenue à une interprétation sèchement dogmatique). A l'inverse, la Cour de Cassation a tenu compte de la pratique des contrats quand la question de la validité des clauses d'indexation (prêt) s'est présentée à elle avant qu'une réglementation étatique soit prise (en 1959). La Cour de Cassation s'est montrée ici sociologue sans le savoir (Chambre Civile, 27 Juin 1957, Semaine Juridique, 57.2.10093 bis).

Voyez Solé de la Marnière, Semaine Juridique, 57.I.1376.

Ce qui est sous-jacent à ces méthodes d'interprétation par la pratique, c'est le besoin de sécurité. Mais est-ce que cela suffit à constituer une véritable méthode sociologique ?

II) Seconde variante : la préférence donnée aux situations de fait.

Il n'est pas rare, dans un système juridique tel que le nôtre, qu'une antinomie apparaisse entre une situation formelle (de droit)

et une situation factuelle (de fait).

Exemple : La notion de domicile et celle de résidence.

Autre exemple : Dans le droit de l'état (filiation), on distingue d'une part le titre (d'état), d'autre part la possession d'état.

L'interprétation sociologique consisterait, entre deux interprétations également soutenables en droit dogmatique, à faire prévaloir celle des deux qui est la plus proche des faits, la plus en faveur de la situation de fait.

Par hypothèse, l'interprète se trouve placé entre une situation prescrite par les textes légaux et une situation vécue; il va donner la préférence à la situation vécue.

Quelques exemples.

- a) Un texte indique comme lieu de paiement de la créance, le lieu du domicile du débiteur. mais est-ce le lieu du domicile au moment de l'acte (contrat) ou au moment du paiement ? La Cour de Cassation, en 1895, répond : c'est le lieu du domicile au moment du paiement. Il faut donner la préférence au domicile vécu actuellement sur le domicile passé (donc formel). La Cour de Cassation est ici sociologue sans le savoir. Il y avait d'autres arguments que l'argument sociologique : par exemple, les créances sont quérables : il faut demander le paiement là où se trouve l'argent.
- b) Quand les arguments sont moins nets, la Cour de Cassation est moins sociologue.

Exemple : l'article 108 du Code civil fixe le domicile de la femme au domicile du mari. Supposons que au domicile du mari, le mari entretienne une concubine, ce qui rend la cohabitation avec sa femme impossible. Le domicile du mari est-il encore le domicile conjugal ? Formellement, oui. Dans les faits, non. Dans une interprétation sociologique, il faudrait répondre négativement. Cependant : la Cour de Cassation, II Mars 1959, Semaine Juridique, 59. 2.II2I7, a répondu affirmativement. Un auteur a pu dire que c'était une jurisprudence "juridicisante".

- c) Autre exemple : la distinction du contrat de travail et du contrat d'entreprise.

Beaucoup d'intérêts s'attachent à cette distinction : pour la législation sociale, pour le privilège, pour la responsabilité des commettants, pour la prescription.....

La distinction peut être menée sur le terrain dogmatique ou au plan des faits.

Il y a beaucoup de petits travailleurs indépendants qui sont très

proches des salariés.

Aussi : faut-il s'attacher à un critère dogmatique ou à un critère plus factuel ?

- Il y a un critère "juridique" : le lien de dépendance, de subordination juridique (le pouvoir de donner des instructions). Si oui : contrat de travail.
- Mais d'autres ont dit qu'il s'agissait plutôt de la dépendance économique, ce qui est un critère plus factuel.

Il est arrivé à la Cour de Cassation de retenir la dépendance économique : exemple : arrêt de la Chambre Civile, 25 Novembre 1936, Dalloz, 37.I.89, 3ème.espèce.

Mais, dans d'autres hypothèses, c'est la dépendance juridique qui est préférée. Voyez la chronique signée DUpuyroux, Dalloz, 1962, page 179.

Voyez également l'arrêt de la Chambre Civile, 2 mars 1970, Dalloz, 1970, page 301 : il s'agissait de savoir si un descendant pouvait prétendre au "droit au salaire différé" (applicable en matière d'exploitations agricoles : c'est un point de droit successoral, loi de 1939). Ce droit a été instauré en considération d'un type d'exploitation agricole assez réduit; est-ce que l'on est encore dans les termes de la loi s'il s'agit d'un travail intellectuel de direction; dogmatiquement, oui, car la loi ne distingue pas; sociologiquement, non, parce que la loi était faite pour le cas de l'enfant travaillant dans la petite ferme. La Cour de Cassation a fait prévaloir l'interprétation dogmatique.

### - § 3 -

#### Les essais de méthode sociologique en interprétation

On approche davantage d'une sociologie consciente et scientifique. Néanmoins c'est d'essais qu'il s'agit. Il y a un certain passage de la sociologie inconsciente à la sociologie méthodique; on ne peut cependant pas dire que la méthode sociologique soit réalisée.

Qu'est-ce que cette méthode sociologique d'interprétation ? Voyons les techniques par lesquelles on pourrait mettre en oeuvre cette méthode.

Il y a deux techniques : le sondage d'opinion et l'expertise sociologique.

Derrière ces deux techniques, il y a deux directions dans lesquelles l'on peut concevoir des essais d'interprétation :

- L'interprétation par une méthode sociologique de recherche des opinions (états de conscience);

- L'interprétation par une méthode sociologique de recherche des comportements (pratiques effectives).

- A -

L'interprétation par recherche des opinions

On peut partir d'un critère qui reste favori des interprètes dogmatiques : la recherche de l'intention du législateur. Dans l'interprétation dogmatique, cette recherche se fait par la lecture des Travaux Préparatoires. Mais le critère peut être transposé sociologiquement. Le législateur ne sera plus le législateur juridique, mais le législateur sociologique. (Un autre cas de transposition : dans l'Interessenjurisprudenz, on voulait retrouver l'intention du législateur; on la cherchait dans l'intérêt qui a dicté la loi.) Tout comme l'Interessenjurisprudenz dérive de Von Jhering, l'auteur qui a donné ici le point de départ, c'est Charles de Savigny (1769-1861), qui avait mis au point une théorie de la possession que Von Jhering a combattue, et qui avait une certaine théorie de la manière dont les lois apparaissent : la théorie du Volksgeist, pour laquelle les lois sont élaborées par l'"esprit de la Nation". Savigny entendait par le Volksgeist que les institutions juridiques étaient vivantes dans la conscience nationale. Ce concept de Volksgeist peut paraître déjà sociologique : Durkheim parlait de la "conscience collective" : est-ce que cela ne rejoint pas le Volksgeist de Savigny et est-ce que ce dernier n'est pas rejoint aussi par l'inconscient collectif de C.G.JUNG et par l'Esprit des lois de Montesquieu ?

Ici, l'interprétation sociologique consistera, en cas de doute sur le sens d'une loi, à en référer au législateur sociologique. Non au législateur juridique comme on le voulait dans le système du Code Napoléon. Et quelle est la technique qui s'offre pour cette consultation du législateur sociologique ? Il y en a plusieurs. La plus simple consistera à interroger la conscience nationale par le canal du juge, de l'interprète lui-même. Par exemple, les pays de l'Est appliquent cette idée (d'autant plus que en théorie le juge est un juge populaire). Voyez les Principes fondamentaux de la procédure civile pour l'U.R.S.S., 1961 : le tribunal, à défaut de loi, s'inspire des principes généraux et de l'esprit de la législation socialiste. Voyez Stoyanovitch, dans les Archives de Philosophie du Droit, 1972, page 149. Cette référence à la conscience populaire n'est pas complètement étrangère à certains droits libéraux : en Suisse, le juge est

aussi un juge populaire, et le tribunal fédéral, dans un arrêt du 8 Juillet 1931, a fait également référence à la conscience populaire : "Le juge doit se placer au point de vue de la conscience populaire".

Mais on peut imaginer aussi une procédure de consultation plus scientifique : le sondage d'opinion publique. Sondage sur échantillon national, qui pourra permettre à l'interprète de découvrir quelle est l'opinion publique.

A cette possibilité, une objection peut être faite. Nous sommes parti de l'idée (de Savigny) que le Volksgeist, c'est le meilleur interprète de la loi, puisque c'est le Volksgeist qui fait la loi. Objection : est-ce que les opinions qui vont être traduites par un sondage d'opinion publique, peuvent être considérées comme étant identiques au Volksgeist ? Car on pressent que celui-ci doit avoir une certaine profondeur. Il est certain que l'opinion publique telle qu'un sondage la fait apparaître, est distincte de la conscience nationale. Néanmoins, on peut admettre que des sondages diversifiés, faisant appel à des tests de personnalité, feront apparaître les couches profondes du Volksgeist. Supposons que le sondage corresponde au Volksgeist. Encore reste-t'il que pour le faire fonctionner comme méthode d'interprétation, il y aura des difficultés. Par exemple, est-ce qu'un tribunal pourra mettre sur pied un sondage d'opinion publique (qui est nécessairement une opération lente). Et même si l'on raisonne sur l'ensemble du corps judiciaire, il restera des difficultés matérielles d'organisation (Exemple : les moyens financiers). Le sondage paraît réservé au gouvernement. Il reste néanmoins une possibilité à l'interprète : utiliser les sondages antérieurs. Il existera des banques de données sociologiques. L'interprète n'aura qu'à s'y adresser. L'urgence d'une interprétation sociologique menée de cette manière paraît apparaître lorsque la loi elle-même a été faite en fonction d'un sondage d'opinion publique et de ses résultats. N'est-il pas rationnel de l'interpréter en fonction d'un nouveau sondage d'opinion publique ?

Un danger existe cependant : est-ce que l'opinion publique ne va pas présenter une certaine mobilité. C'est à la fois une considération et une objection. On peut l'écartier en disant mieux ce que l'on entend par législation sociologique. Il n'est pas admis que le législateur légifère sous la dictée de l'opinion publique. Il se réserve une part d'appréciation. Si bien qu'on ne peut pas poser en règle générale que toute fluctuation ultérieure de l'opinion publique devra conduire à une révision de la loi.

Ce qui subsiste de cette méthode sociologique, c'est un emploi purement documentaire de ces sondages.

Exemple : l'hypothèse de dommages et intérêts réclamés par la concubine à la suite d'un accident mortel survenu au concubin. La Cour de Cassation, en assemblée plénière, 30 Janvier 1970, Dalloz, page 221, a mis fin aux débats en allouant les dommages et intérêts à la concubine (dans le cas d'un "bon concubinage"). Un sondage d'opinion publique de la fin de l'année 1967 avait montré que 65 % des enquêtés étaient en faveur de cette solution; 23 % la rejetaient. (Ce sondage n'était pas connu par la Cour de Cassation; on le trouve au Compte Général d'administration de la Justice civile, année 1969, partie R, page 109).

Une technique un peu différente serait le "test d'intelligibilité populaire" de l'interprétation. De quoi s'agit-il ?

Deux interprétations au minimum étant en présence, on teste ces deux interprétations pour voir laquelle est la mieux comprise par le peuple. Ce n'est pas facile à organiser. Cependant, un système juridique fort ancien procédait de cette idée : le système du Jury (qui existe chez nous d'une façon édulcorée en matière pénale). Il y a là une idée inconsciente d'échantillon national. Echantillon auquel seront soumis des problèmes qui, même en matière pénale, comportent une part d'interprétation de la loi. Ce système du test pourrait être élargi.

Autre manière : on recherche, non plus ce que l'opinion publique pense de la loi, mais ce que l'ensemble de la population fait effectivement. D'où :

- B -

#### La recherche sociologique des comportements effectifs

C'est une méthode sociologique plus moderne. Nous rencontrons en effet dans la loi des notions ayant un contenu sociologique. Pour déterminer ce contenu, n'est-il pas naturel de recourir à un critère sociologique?

En droit positif français, un exemple frappant : la notion de bonnes moeurs. Elle apparaît à différents endroits du Code Civil: à l'article 6, à l'article 1133. C'est aussi une notion de droit pénal : voyez les articles 283 et suivants, sous le titre d'"outrages aux bonnes moeurs". C'est une notion que l'on peut qualifier de socio-

logique puisqu'elle fait référence aux moeurs. On peut admettre que pour interpréter cette notion, il faut recourir à des sociologues. Cependant, ici apparaît une difficulté : le concept légal renvoie, non seulement aux moeurs, mais aux bonnes moeurs. N'y a-t'il pas là une note éthique ? Les bonnes moeurs seraient les moeurs de l'"honnête homme" du XVIIème. et du XVIIIème. siècle (à la vertu un peu extérieure) ? Si bien que le juge ne recourt pas à une expertise sociologique. Il se considère comme qualifié pour dire ce que sont les bonnes moeurs : il regarde autour de lui et porte un jugement moral. Cependant, selon quel critère le juge va-t'il apprécier les bonnes moeurs ? La notion légale de bonnes moeurs sera interprétée par le juge en fonction des moeurs de son temps.

Le caractère évolutif de cette notion a été reconnu par une loi du 25 Septembre 1946 qui a organisé une révision des condamnations pénales pour outrage aux moeurs prononcées au moins vingt ans avant la demande en révision. (C'était une loi de circonstance, portée pour permettre de réformer le jugement porté en 1857 contre les "Fleurs du Mal".) La Chambre Criminelle, 31 Mai 1949, Dalloz, page 348, a réformé le jugement en faveur de Baudelaire; ses attendus prêtent parfois le flanc à la critique. Cette loi de 1946 soulève pas mal de questions. Est-ce que, parce qu'un poison autrefois mortel a aujourd'hui son contre-poison, on peut aujourd'hui décharger les empoisonneurs de l'époque ? N'est-il pas bon de montrer aux générations futures l'abîme qui se crée entre le droit et les moeurs.

Une fois admis que les moeurs à considérer sont les moeurs du moment, l'interprète à le choix entre deux attitudes : doit-il essayer de faire frein ou, au contraire, suivre ? Exemple : tribunal correctionnel d'Orange, 19 Avril 1950, Gazette du Palais, 1950.2.35 : Le juge considère comme un devoir pour lui de freiner l'évolution des moeurs. Dans le même sens, la Chambre Civile, 4 Novembre 1970, Dalloz, 1971, page 205, casse une décision de la Cour d'Appel parce que la Cour d'Appel avait (imprudemment) jugé que, eu égard à la pratique effective, il est normal qu'un enfant de dix ans circule à bicyclette. Mais les juges d'Appel avaient présenté cela sous une forme trop sociologique. Cette cassation peut sembler anti-sociologique. Au contraire, il y a une certaine complaisance à suivre les moeurs, exemple: Tribunal Civil de la Seine, 29 Janvier 1964, Gazette du Palais, 64.I.433 (Dans un procès de divorce où il s'agissait de savoir si la femme est tenue de laver le linge du mari). Autre exemple : dans l'article 203 du Code Civil, est prévu le devoir d'éducation des pères et mères. Jusqu'à quel âge de l'enfant dure ce devoir ? Au siècle dernier, on

admettait volontiers que ce devoir (distinct de l'obligation alimentaire) cessait à la majorité. A l'heure actuelle, il y a tendance à prolonger ce devoir au delà de vingt et un ans. Ici apparaît une interprétation sociologique. A la majorité juridique est superposée une majorité sociologique. Voyez l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 9 Décembre 1968, Dalloz, 1969, page 210; Tribunal de grande instance de Paris, 4 Février 1972, Dalloz, 1972, sommaire, page 113.

## Section II

### L'interprétation comme phénomène sociologique

Il faut sentir l'originalité de ce phénomène de psychologie sociale qu'est l'interprétation : la présence d'intermédiaires entre quelque chose d'obscur et la connaissance de certaines personnes en vue de l'action (quand il s'agit d'appliquer le droit).

Cette institution d'explicateurs de la pensée d'autrui, pensée détachée de la personne qui l'a émise.

L'interprétation est un phénomène tout à fait général et l'interprétation juridique n'en est qu'une espèce. (Paragraphe I)

On se demandera ensuite quels sont les agents de cette herméneutique juridique. (Paragraphe II)

## - § I -

### Place de l'interprétation juridique dans l'ensemble du phénomène herméneutique

L'interprétation est un processus (intellectuel, volontaire, ou affectif) psychologique qui dépasse l'interprétation du droit.

## - A -

### Généralité du phénomène

Pour saisir cette généralité, procédons à un recensement des phénomènes herméneutiques qui se présentent dans la vie sociale. Remarque : dans cette énumération linéaire, on constatera que plusieurs des phénomènes herméneutiques recensés ne sont pas étrangers au droit.

1) Interprétation des rêves (Elle peut avoir lieu à plusieurs degrés: scientifique ou expérimentale; à ce dernier point de vue, c'est une contravention que de faire métier d'interpréter les songes: article

34 du Code Pénal.) On retrouve ici une démarche psychologique archaïque : la divination. Dans les sociétés archaïques, le droit aussi est un objet de divination et les interprètes sont des devins.

2) L'interprétation des événements, des faits, des actes des hommes. A partir du visible, l'homme cherche à découvrir l'invisible. C'est une démarche tout à fait juridique. C'est le mécanisme même de la preuve, qui est une interprétation des faits. (En fait, dans l'interprétation juridique, il y a deux branches : l'interprétation du droit et l'interprétation des faits.)

3) L'interprétation des langues étrangères. Exemple : dans la procédure pénale, l'interprète apparaît à différents endroits (à l'article 417 du Code de procédure pénale, par exemple : la Chambre Criminelle a jugé que la connaissance insuffisante de la langue française n'est pas une infirmité). L'interprète peut être récusé par le Ministère Public ou par le prévenu. Or, si l'interprète n'était qu'une mécanique, cela ne se comprendrait pas. Mais c'est un homme : il a une certaine autonomie par rapport au message qu'il doit interpréter.

(Note : les auteurs de traductions d'oeuvres littéraires sont protégés comme si la traduction était une création.)

4) On parle encore d'interprétation à propos des musiciens, des comédiens (mais : est-ce que les interprètes d'une oeuvre sont protégés comme s'ils en étaient créateurs : voyez par exemple la Semaine Juridique, 1964.I.1844).

5) On parle d'interprétation ~~des~~ textes littéraires par les critiques littéraires; on parle d'explication de textes dans l'enseignement.

La nouvelle critique (Roland Barthes) reconnaît au lecteur beaucoup d'initiative dans l'interprétation d'un texte.

6) L'exégèse des textes religieux (Bible ou Coran). Ici, on approche de l'interprétation juridique, parce que ces textes sont normatifs, ils renferment les principes d'un droit religieux.

Existe-t'il des caractères communs à ces phénomènes si diversifiés ? Y a-t'il une unité de l'interprétation ?

Certains caractères antinomiques paraissent se dégager.

1) D'un côté, l'interprète participe du mystère de l'objet qu'il a à interpréter. Une certaine aura de sacré s'attache à l'interprète; Néanmoins, il peut avoir un rôle propre : c'est un homme qui peut avoir son intérêt propre, si bien que le droit peut le protéger, ou bien au contraire, se défier de lui.

2) Tantôt l'interprète est vu avec des yeux favorables, tantôt avec des yeux défavorables : le traducteur peut être un traître, comme

disent les Italiens.

3) Il serait logique, de prime abord, que celui qui a besoin d'être interprété fût son propre interprète. Intrepretandus = interpretes. Par exemple, Molière jouait lui-même le Malade Imaginaire. Mais le public trouve plus normal qu'il y ait un intermédiaire : sinon le message perd quelque peu de sa majesté. Dans le rituel de l'autorité, il faut ces deux éléments.

- B -

### La spécificité de l'interprétation juridique

Elle paraît avoir deux vocations originales :

- 1) Elle est dotée d'une force contraignante.
- 2) Elle est réversible, c'est-à-dire qu'elle peut être tournée facilement en son contraire.

Ces deux traits sont en corrélation avec les deux critères de la juridicité : la contrainte et la justiciabilité (c'est-à-dire la possibilité d'être attiré devant un tiers pour justice).

D'un côté, l'interprétation fait corps avec la loi; d'un autre, la loi est susceptible de plusieurs interprétations. De deux interprètes de la loi, nous attendons qu'ils nous rapportent des interprétations différentes.

Est-ce que l'interprétation juridique ne subit pas l'influence des autres modes d'interprétation ? A première vue, il y a spécificité. Néanmoins, on peut se demander si les modes intellectuelles d'une époque ne peuvent pas agir sur les diverses variétés d'interprétation en rendant familier tel type de raisonnement. Il est permis de constater dans l'histoire, des phénomènes de cette sorte.

Exemple : au XIX<sup>ème</sup>.siècle, une méthode historico-critique prime : dans l'exégèse biblique, dans la critique littéraire. L'interprétation cherche à reconstituer la vérité du texte, à le replacer dans son contexte de rédaction. Voyez par exemple la "Vie de Jésus" de Renan. Dans le domaine du droit, l'école de l'exégèse, avec sa recherche de l'intention du législateur, peut être considérée comme un reflet de ce mouvement.

A l'heure actuelle, on constate une mode intellectuelle : les méthodes structuralistes d'interprétation (Barthes et Derrida), dont l'idée générale est que le texte est une réalité par lui-même, il est porteurs de secrets; et pour percer ceux-ci, il ne faut pas s'adresser à l'auteur du texte, mais au texte lui-même ou au lecteur.

Si bien que ces méthodes tendent à exalter le rôle de l'interprète et le rôle du texte. Dans le domaine du droit, est-ce que, dans une décennie, on interprétera pas les textes juridiques par des méthodes littérales; ou est-ce que on ne dira pas : "C'est l'interprète qui crée la loi" ?

- § II -

Les agents de l'herméneutique juridique

La conception classique est que l'interprétation juridique a un petit nombre d'interprètes spécialisés : les tenants de la jurisprudence et ceux de la doctrine. La réalité sociologique est plus complexe et moins tranchée. Partons cependant de la tradition s'étant cristallisée autour de la situation du XIXème siècle.

- A -

Les interprètes traditionnels

Jurisconsultes et juges : ces deux catégories répondent le mieux à la conception sacrale de l'interprétation juridique. Ce sont les interprètes en robe. Néanmoins, la conception traditionnelle distingue les deux groupes parce qu'il semble que ces deux groupes soient différents sur le plan de la cohérence interne et sur celui de l'efficacité.

- Sur le plan de la cohérence interne, la jurisprudence a une unité (que l'on explique en droit dogmatique par la répétition et par la hiérarchie). En a-t'il toujours été ainsi ? Il y a eu des méthodes d'unification à toutes les époques. Ces méthodes ont été différentes : par exemple, derrière les arrêts de règlement, il y avait la jurisprudence d'équité des Parlements.

La sociologie a été conduite à poser l'existence du pluralisme dans la jurisprudence française. Notamment parce que le nombre des affaires allant jusqu'en Cassation est faible par rapport au nombre total des affaires. Exemple : en 1969 : 5.500 arrêts furent rendus par la Cour de Cassation, 355.000 décisions furent rendues par les juridictions du fond. Evidemment, l'existence même de la Cour de Cassation a un effet dissuasif sur les juridictions du fond. Néanmoins, quand on analyse de plus près la ventilation des 355.000 décisions du fond, on voit qu'il y avait : 115.000 décisions rendues par des tribunaux de grande instance, 140.000 par des tribunaux d'ins-

tance, et beaucoup d'autres décisions rendues par des non-juristes. Et l'on se dit que les décisions unificatrices de la Cour de Cassation n'ont peut-être pas été prises en compte par les juridictions du fond qui, pourtant, on pu avoir à connaître du "droit civil noble". Si bien que l'on peut penser que l'effort unificateur de la Cour de Cassation connaît une forte déperdition. De plus : même dans le domaine qui est sous l'oeil de la Cour de Cassation, des matières échappent à son contrôle parce qu'il s'agit d'une question de fait. Exemple : Qu'est-ce que l'injure grave en matière de divorce ? Il y a tout un domaine où le pluralisme judiciaire se réintroduit. Il y a donc une zone de pénombre entre l'interprétation du droit et l'interprétation du fait.

- La doctrine, par contre, est volontiers définie comme le royaume de l'individualisme; cependant, il n'en a pas toujours été ainsi. Par exemple, le droit romain a connu la loi des citations qui conférait une valeur de loi aux citations des auteurs. Et même chez nous, il y a des phénomènes de groupe : qui se produisent à l'intérieur du groupe des auteurs. Il ya un "consensus" unificateur des auteurs.

En Italie, on parle d'interprétation opérative (celle qui est faite par les juges) et d'interprétation spéculative (celle qui est faite par la doctrine) : la doctrine serait moins efficace que la jurisprudence.

Si l'on analyse sociologiquement, on atténuera ce contraste. Car la doctrine alimente l'interprétation judiciaire : celle-ci n'est pas directement créatrice, le juge se borne à choisir entre deux interprétations qui lui sont présentées. En général, il se borne à couler dans les motifs de l'arrêt les conclusions d'une des parties.

Si bien que le rôle de la doctrine est plus opératif qu'on ne le pense. Et de plus, la doctrine a pu être revêtue d'un pouvoir herméneutique de droit public : par exemple, le jus publice respondendi, droit de donner des consultations revêtues de l'autorité publique et valables seulement pour l'espèce dans laquelle elles ont été données. Autre exemple : la loi des citations (Papinien, Paul, Ulpian, Modestin et Gaius étaient investis d'une autorité de droit public). Autre exemple : la constitution du Digeste, constituée par des fragments de juriconsultes : est-ce que ces fragments sont là avec simple valeur scientifique ou avec autorité normative ? L'usage qui a été fait du Digeste dans le temps penche pour la valeur normative.

Les nouveaux interprètes

Songez surtout à la pratique française de notre époque. En premier lieu : les administrations publiques, aujourd'hui, participent de la fonction d'interprétation. C'est un phénomène nouveau illustrant la loi de Max Weber (Bureaucratisation croissante du droit) : L'interprétation est passée des juges aux administrations publiques. Cela est vrai même en droit privé : état civil, chancellerie, ministère de la Justice. Les administrations disputent aux juges le monopole de l'interprétation opérative. Voyez par exemple, les circulaires ministérielles et les réponses ministérielles aux questions écrites des députés. Il serait bon que les tribunaux eux-mêmes puissent prendre l'initiative de poser une question. Bien sûr, les réponses ministérielles n'ont pas de force obligatoire pour le juge : l'on dit toujours dans ces réponses, "sous réserve de l'interprétation judiciaire". Il n'empêche que certains procès n'auront pas lieu à cause de l'existence d'une réponse ministérielle. De plus, tout ne donne pas lieu à contentieux : songez par exemple, à l'activité notariale : les notaires auront le souci de rédiger les actes notariés en considération d'une réponse donnée par le ministre : ils dégagent ainsi leur responsabilité professionnelle.

On peut chercher des précédents : le système des rescrits du Prince au Bas-Empire.

Les particuliers eux-mêmes ont aujourd'hui à se faire interprètes. De plus en plus, ils doivent interpréter le commandement que leur adresse le pouvoir. Quelquefois, ils prendront conseil auprès d'un jurisconsulte (Homme de loi ou livre)(et ici, on doit tenir compte de tout ces livres de vulgarisation juridique, des lettres adressées au courrier juridique des magazines, .....), mais il existe aussi une interprétation solitaire : le particulier a besoin d'une interprétation immédiate (par exemple en matière de roulage). Quelquefois, le particulier consulte des parents, des amis, ....; parfois il sera seul. Le cas est devenu plus fréquent, parce que le nombre des lois est devenu plus considérable. D'où besoin d'interpréter.

Ce besoin devrait entrer davantage dans les prévisions du législateur et des interprètes. Il faudrait que la loi soit rédigée plus simplement et plus clairement; même remarque pour les interprétations élaborées entre juristes, entre techniciens du droit.

Les comportements herméneutiques

Il ne s'agit pas, ici, des méthodes d'interprétation dogmatiques. Mais la sociologie juridique observe l'existence de types de comportement herméneutique. Exemples :

- 1) L'opposition entre la neutralité et la partialité de l'interprète;
- 2) L'opposition entre l'interprétation selon la lettre et l'interprétation selon l'esprit.

1) Neutralité et partialité de l'interprète.

- Partons des phénomènes qui peuvent être observés dans la psychologie de la communication.

Il y a des comportements de deux sortes.

D'une part, il peut arriver que l'interprète se borne à une transmission directe du message reçu. La fidélité à celui-ci serait absolue. C'est la neutralité.

Mais, en pratique, toute communication donne lieu à une interprétation de la part de celui qui la reçoit. Chez le récepteur se produisent des phénomènes d'interprétation.

Dans quel sens l'auditeur entend-il le discours d'autrui ? Dans le sens qui est le plus conforme non pas à son désir, mais à son attente. Chacun interprète comme il le veut. Chacun entend, dans le discours d'autrui, ce qui correspond à sa propre personnalité.

(La perception est un mécanisme mental complexe.)

Il en est ainsi pour l'interprétation juridique.

On pourrait faire l'expérience suivante : lire un testament qui vient d'être ouvert à un groupe dans lequel il y aurait à la fois des héritiers ab-intestat et des légataires. (le testament contiendrait des legs particuliers.) Supposons que le testament soit rédigé en des termes quelque peu obscurs; chacun des auditeurs du testament entendra ceui-ci dans un sens différent :

- + Les héritiers, dans un sens restrictif;
- + Les légataires, dans un sens extensif.

Et cela avec une même bonne foi.

La Bruyère, dans les Caractères, sous l'intitulé "De quelques usages", dit : "Les mourants qui parlent dans leur testament.... sont écoutés comme des oracles, c'est-à-dire que chacun les comprend selon ses désirs ou ses intérêts".

- Constatons, quant au droit, que dans les systèmes juridiques, la neutralité ou la partialité des interprètes sont institutionnalisées dans la mécanique judiciaire. Le mécanisme du procès et du jugement combine les deux. Dans le contradictoire de la procédure, la partialité est utilisée. On attend de chacun des litigants qu'il apporte une interprétation partiale. Mais, au dessus de ces interprétations contradictoires, il y a un personnage dont la société attend une interprétation neutre, impartiale : le juge. Le procès, c'est le passage de la dyade à la triade.

De la contradiction des interprétations, on ne peut sortir que par l'intervention d'un tiers.

Reprenons ces deux pôles.

a) Chaque partie a intérêt à découvrir une interprétation de la règle de droit qui lui soit favorable.

A partir de là, il y a eu un perfectionnement dans l'histoire : On a spécialisé certaines personnes pour aider les plaideurs à trouver une interprétation. On a reconnu l'existence de juristes spécialisés, avocats, défenseurs. Certains sociologues du droit (américains) considèrent que le passage à l'état de droit serait marqué par l'apparition de ces conseillers spécialisés. Avant cela, les plaideurs n'étaient aidés que par des membres de leur famille. C'est le jour où la fonction s'est spécialisée que le litige a pris une autre signification et que, des moeurs, on est passé au droit.

b) Mais le mécanisme du procès exige aussi qu'il y ait un tiers personnage qui doit faire profession de neutralité. Toute l'organisation judiciaire tend à ce que le juge n'ait aucun intérêt à faire prévaloir telle ou telle interprétation.

Exemple : l'ancien article 378 du Code de procédure pénale (matière refondue par la loi du 5 Juillet 1972, art.8) était relatif aux récusations des juges. Il énumère les cas de récusations, parmi lesquels celui-ci, qui a été supprimé : "...Si le juge, sa femme, leurs ascendants, descendants, alliés dans la même ligne, ont un différend sur pareille question que celle dont il s'agit entre les parties". En effet, la tentation du juge serait d'interpréter la loi pour les autres comme il souhaiterait qu'on l'interprêtât pour lui. Aujourd'hui, d'autres cas sont prévus qui relèvent de la même psychologie du juge. Exemple : les actuels ns° 5 et suivants. L'impartialité du tiers personnage est donc organisée d'une manière poussée. Elle est traditionnelle et centrale dans notre procédure accusatoire. Cependant : Quelle est l'image que le juge donne de sa neutralité dans le grand public des justiciables ? Ce serait l'objet d'une enquête.

- Le sens de notre système juridique est donc cette utilisation qu'il fait des phénomènes de partialité (des parties) et d'impartialité (du juge).

Remarque. Exceptionnellement, le système juridique peut sécréter des institutions de type intermédiaire. Exemple : l'arbitrage. Chaque partie désigne son arbitre; les arbitres sont comme des juges. Cependant, si chaque partie désigne son arbitre, elle le fait dans la pensée que cet arbitre lui sera favorable. Si bien qu'il faut en arriver à la désignation d'un tiers arbitre. Voyez sur ce point, l'article 1017 du Code de procédure civile. Autre exemple : les tribunaux de prud'hommes, dont les juges sont élus à égalité par les employeurs et par les travailleurs. Il risque d'en résulter une partialité collective : d'où la présidence d'un magistrat professionnel.

- Cependant : ici, on a raisonné sur une mécanique judiciaire; sociologiquement, c'est différent. La neutralité du juge, la partialité des parties, sont des phénomènes de psychologie sociale qui ont eux-mêmes des déterminants. A l'arrière plan, qu'est-ce qui détermine la partialité des uns et l'impartialité de l'autre ?

Il arrive que l'impartialité soit motivée par des considérations sociologiques.

La pratique judiciaire nous révèle la pratique des consultations de juristes. Il y a deux sortes de consultations :

- + Celles dites de plaidoirie, qui favorise la partie qui l'a demandée et payée;
- + Celles dites "aux fins de documentation", où le litigant potentiel demande à l'interprète, non pas une interprétation favorable à sa cause, mais toutes les interprétations possibles de l'affaire. Ici, l'interprétation est neutre.

De même, le commentaire doctrinal, donné d'avance pour une loi nouvelle ou donné après coup à l'occasion d'un arrêt, peut souvent être neutre.

Il arrive même (délibérément - et ceci est important) que l'interprétation doctrinale soit neutre, pour réserver l'avenir. Mais également, certains ouvrages juridiques ne cherchent que à donner des interprétations neutres. Par exemple : les répertoires pratiques de jurisprudence ou les encyclopédies de droit, sont des ouvrages écrits pour documenter les praticiens. Aussi est-ce un genre littéraire neutre. Ici, la neutralité est motivée par un intérêt commercial.

Mais le plus souvent, c'est la partialité qui est motivée par des considérations sociologiques.

Il existe un conditionnement sociologique qui pousse les parties à interpréter dans un certain sens. On retrouve ici le schéma du marxisme : les interprétations sont déterminées par les rapports économiques de production. Les intérêts de classe se trouveront toujours les interprètes qu'il leur faut. (Ceci va de pair avec l'étude marxiste des professions juridiques dans les pays capitalistes : suivant cette étude, ces professions sont issues de la classe capitaliste, d'où les interprétations seront favorables à cette classe. Voyez sur ce point, un article dans les Archives de Philosophie du Droit, 1972, page 99 et suivantes et bibliographie page III.)

Il arrive que l'interprétation du personnage neutre (le juge) soit déterminée par des considérations extérieures à la dogmatique. En s'en tenant aux déterminants idéologiques, on pourrait constater que l'impact de l'idéologie sur les juges, est certain.

Dans les pays de Common Law, on a pu investiguer de manière plus précise. Aux Etats-Unis, il y a eu des recherches tendant à saisir des corrélations entre les décisions rendues par la Cour Suprême et l'appartenance des juges composant la Cour, à tel parti politique, à telle confession religieuse.

Ce genre d'étude peut être plus facilement menée aux Etats-Unis, en raison des particularités de la procédure anglo-américaine : l'opinion dissidente est publiée, de sorte qu'on connaît la position de chaque juge. Ce genre de recherches serait radicalement impossible en France, où les juges sont d'ailleurs plus réservés, ont plus de quant-à-soi dans leurs décisions.

Observation : les méthodes sociologiques d'interprétation peuvent rendre plus présent le risque de partialité chez l'interprète. Exemple : si l'on interprète en fonction des conséquences sociales de l'interprétation, il est clair que l'idéologie va se répercuter sur l'interprétation en fonction des résultats sociaux qu'on recherchera.

## 2) La lettre et l'esprit.

L'interprétation selon la lettre semble dominer dans les sociétés archaïques; l'interprétation selon l'esprit serait moderne. Mais il faut nuancer.

Les ethnologues disent que l'interprétation dans les systèmes archaïques est une opération de magie. Ce caractère sacré s'attache à la loi parce que elle est révélée par la divinité. Et l'écriture

par elle-même, a un caractère sacré. Le caractère de magie va de pair avec le formalisme, le ritualisme. L'interprétation littérale est imposée par le formalisme du droit. S'écarter d'un seul mot de la formule, c'est s'attirer la vengeance des Dieux qui sont à l'origine de la formule.

Parallèlement, la même nécessité psychologique conduit au formalisme dans les contrats et dans leur interprétation.

L'histoire du droit romain illustre ce caractère à la fois formaliste et littéraliste du droit. L'évolution graduelle aura sa consécration dans le droit byzantin. Dans le droit des "légis actiones", c'est la crainte de s'écarter de la formule qui domine : exemple : l'action "de arboribus succisis" ne peut être utile si le mot "vigne" a été employé au lieu du mot "arbre".

Ce littéralisme a eu quelques corollaires participants du même esprit.

Exemple : l'impossibilité de l'interprétation "synthétique" (Aujourd'hui, nous ne considérons pas qu'une phrase du Code civil puisse être isolée; dans les sociétés archaïques, chaque phrase juridique constitue en soi un univers juridique. D'où, au Moyen-Age, le système de la glose : on rédigea des commentaires en marge du Corpus de Justinien. Exemple : Sur les seuls mots "Cunctos Populos", on a pu faire rattacher toutes les solutions du droit international privé du Moyen-Age).

Autre exemple : l'impossibilité de toute interprétation créatrice (parce que ce caractère s'attirerait les foudres de la divinité. En voici quelques exemples. Suivant le Deutéronome, chap.IV, verset 2, et l'Apocalypse, chap.22, verset 18 : on ne peut ni ajouter ni retrancher au texte. Justinien, dans la constitution "Deo Auctore" a le même réflexe. C'est la même chose aussi dans le droit musulman : c'est ce que l'on appelle la "fermeture de la porte de l'effort" c'est-à-dire de l'effort de construction).

Autre exemple : la possibilité d'interpréter sous couvert de la lettre. Les procédés sont multiples. Par exemple, le Talmud considérait que la lettre hébraïque avait une valeur numérique. D'où un mot a lui aussi une valeur numérique. Si l'on remplace un mot ayant telle valeur numérique par un autre mot ayant la même valeur numérique, on n'altère pas le texte (biblique, en l'occurrence).

Dans les sociétés modernes, c'est l'interprétation selon l'esprit qui compte. Il est important de relever que cette rationalité du comportement herméneutique moderne n'a pas fait disparaître l'interprétation selon la lettre. Lucien Lévy-Bruhl avait nuancé l'opposition

entre les sociétés archaïques et les sociétés modernes en disant que chez nous, l'on voyait de temps en temps ressurgir quelques caractères de la mentalité primitive. De plus, chez nous, la ruse utilitaire peut se trouver sous le couvert de l'interprétation littérale. Par exemple, certains de nos tribunaux interprètent littéralement jusqu'à l'absurde, certaines lois nouvelles qu'ils veulent enfermer dans leur économie pour en réduire la portée. Exemple : la Chambre Sociale de la Cour de Cassation, en 1945, a systématiquement réduit la nouveauté. Et il y a aussi le phénomène de la grève du zèle, consistant à bloquer la société en appliquant littéralement les réglementations (par exemple, en matière douanière). Et l'on peut dire qu'il y a une pathologie de l'interprétation, qui peut devenir une forme raffinée de l'obéissance à la loi.

### CHAPITRE III

#### Rapports de la sociologie du droit avec des disciplines voisines

##### Objet de ce chapitre :

- Non pas délimiter le domaine propre à la sociologie juridique (Il existe des querelles de frontière, généralement stériles, entre toutes les sciences neuves).
- On va étudier quelques problèmes de fond relevant de la problématique générale de la sociologie juridique.
- On observera la position de la sociologie juridique à l'égard de deux disciplines :
  - + L'une constituée, le droit comparé;
  - + L'autre en voie de constitution, la psychologie juridique.

#### Section I

##### Sociologie juridique et droit comparé

Si le droit comparé intéresse la sociologie juridique, c'est sous deux points de vue différents :

- 1) Un point de vue classique : recenser les ressemblances et les différences pouvant exister entre ces deux disciplines. Ceci est une approche scolaire.

2) Un point de vue moins habituel : rechercher si, dans nos sociétés, le droit comparé en tant que discipline constituée, n'est pas un phénomène de sociologie juridique. Ce n'est plus comme voisin que le droit comparé intéresse la sociologie juridique, ici, c'est comme objet.

D'où deux paragraphes :

- Le droit comparé comme science;
- Le droit comparé comme phénomène sociologique.

- § premier -

Le droit comparé comme science

Nous n'envisagerons le droit comparé que par rapport à la sociologie du droit.

De sorte que nous établirons un parallèle entre les deux disciplines (§ premier) pour voir si une association entre les deux est possible (§ II).

- A -

Parallèle entre les deux disciplines

1) Les ressemblances.

Ce sont deux disciplines collatérales au droit dogmatique.  
(Le droit comparé est plus ancien.)

Deux disciplines "auxiliaires". Ceci est un trait extérieur de ressemblance.

On peut dire du comparatiste que lui aussi est extérieur au système juridique national : "Il connaît tous les droits; sauf le sien". C'est un peu la même chose pour le sociologue du droit : il connaît les phénomènes juridiques, mais pas comme juriste.

Ils utilisent également la méthode comparative.

La sociologie juridique c'est la méthode comparative appliquée au droit, a-t'on pu dire; pour le droit comparé, ceci vaut également, c'est évident.

Existe-t'il pour autant une coïncidence entre les deux disciplines ?

Certains l'ont admis. Ils les ont placées sous la notion générale de "méthode comparative appliquée au droit". Henri Lévy-Bruhl

réunissait histoire du droit, sociologie du droit et droit comparé sous le vocable commun de "juristique" : ceci montrait les connexions entre les trois disciplines.

L'histoire du droit, c'est la comparaison des droits dans le temps; le droit comparé, c'est la comparaison des droits dans l'espace.

A ce dernier point de vue : on a souvent jumelé, dans l'enseignement français, l'histoire et la géographie; aussi, on se demande : Est-ce qu'il n'y a pas une place scientifiquement concevable pour une géographie du droit qui serait autre chose que le droit comparé ?

La géographie du droit n'est pas une discipline constituée; néanmoins, des éléments permettent de saisir ce qu'elle pourrait être.

Exemple : l'opposition, dans les campagnes, entre les champs ouverts et les champs clos : ouverts (open fields) entre Paris et Orléans, clos dans l'Ouest breton, normand et poitevin (le bocage).

Il y a là une opposition géographique qui a des incidences dans le droit : au paysage de bocage correspond un sentiment juridique d'appropriation individualiste différent du sentiment communautaire de l'Île de France.

Marc Bloch ("Les caractères originaux de l'histoire rurale française") oppose l'esprit communautaire de l'Est (d'origine germanique) à l'esprit individualiste de l'Ouest (d'origine gauloise ou romaine).

Or, il y a là un sentiment juridique qui apparaît comme un phénomène de sociologie juridique.

Depuis la deuxième guerre mondiale, on a combattu la politique du bocage parce que celui-ci est incompatible avec la mécanisation. Ce combat s'est traduit par des dispositions juridiques : exemple : l'article 836 du Code rural, selon lequel le locataire peut supprimer les haies qui nuisent aux machines. Autre exemple : le remembrement rural. En réaction, certains disent que l'équilibre biologique de la campagne exige les haies et arbres. Il y a là une controverse qui intéresse le droit, qui est de géographie juridique.

## 2) Les différences

Elles sont indéniables, mais il ne faut pas les exagérer.

On les aperçoit d'abord dans les finalités respectives des deux disciplines.

Le droit comparé vise le perfectionnement du droit national.

Il est certain que le droit comparé a été constitué dans ce but; on a parlé d'abord de "législation comparée". Aujourd'hui, cette préoccupation constitue la préoccupation majeure de beaucoup de comparatistes.

Alors que la sociologie juridique aurait en première ligne pour objectif, la science, c'est-à-dire l'établissement de corrélations entre phénomènes.

Il faut nuancer ce premier contraste.

Il existe une sociologie appliquée à la législation; des sondages d'opinion publique peuvent orienter l'effort législatif.

A l'inverse, le droit comparé ne méconnaît pas l'esprit scientifique dans ses recherches. La connaissance elle-même a de la valeur.

Ce qui reste exact, c'est que les voies qui utilisent le droit comparé pour atteindre la perfection législative, sont souvent en antinomie avec les préoccupations du sociologue du droit.

Le comparatiste veut, par hypothèse, imiter le droit étranger. Il se fonde sur le postulat que le droit étranger pourra être imité par le droit national.

Le sociologue du droit émet un doute à ce sujet : dans ce transfert d'institutions juridiques, il observe des conséquences pathologiques. C'est cet ensemble de phénomènes que la sociologie juridique observe sous le terme d'acculturation juridique. Il y a acculturation toutes les fois que le législateur opère une greffe d'institutions étrangères sur le système juridique national. Or, la greffe risque de produire des déformations, à la fois pour le greffon lui-même et pour le système récepteur. Autant le comparatiste est ouvert à ce phénomène de greffe, autant le sociologue du droit est réservé.

A la limite, le comparatiste poursuit l'unification des législations. Le sociologue du droit ne partage pas nécessairement ce point de vue : il constate le pluralisme juridique et ce phénomène lui paraît naturel.

On recherche les différences ensuite sur le terrain de la matière de l'observation.

Au début, les comparatistes se bornaient à mettre en parallèle les lois, les Codes. A. de Saint-Joseph avait publié une "Concordance des Codes civils" en vigueur au début du XIX<sup>ème</sup> siècle. On aboutissait par exemple à la conclusion que le droit belge et le droit français étaient concordants.

Mais plus tard on constatait que les jurisprudences étaient divergentes, vu l'absence d'une Cour de Cassation commune. Par exemple, l'injure grave était une cause de divorce en France comme en Suisse, mais la jurisprudence suisse était restrictive, la jurisprudence française extensive. Cela parce que le Code civil suisse rendait possible le divorce chaque fois que lien conjugal se trouvait ébranlé.

Les comparatistes plus modernes, à la jurisprudence, ajouteront la pratique extra-judiciaire : c'est un effort pour intégrer une vision réaliste à la science comparatiste du droit. Voyez Kaonuma, la responsabilité civile au Japon, thèse de droit comparé (Paris, 1972) : Il y a dans cet ouvrage un souci de factualité qui fait glisser l'auteur d'un point de départ comparatiste vers une vision sociologique.

Il reste que les comparatistes continuent d'observer le droit en juristes, avec des catégories de juristes.

Est-ce que les sociologues du droit n'observeraient pas le droit avec des catégories différentes ?

On peut se demander si les différences ne subsistent pas ailleurs.

Le droit comparé observe uniquement des droits de la même famille. Ce n'est que dans cette condition-là que l'on peut concevoir une imitation.

Au contraire, la sociologie juridique ne déteste pas faire porter sa comparaison sur les droits archaïques. On parle ici d'ethnologie juridique, qui est cette branche de la sociologie juridique qui se restreint aux droits archaïques. L'ethnologie juridique paraît fructueuse aux premiers sociologues du droit.

Est-ce qu'il n'y a pas là une différence qui continuera à opposer droit comparé (qui s'intéresse surtout aux droits modernes) et sociologie du droit (qui s'intéresse également aux droits archaïques) ?

Cette différence ne doit être acceptée qu'avec relativité.

La sociologie juridique ne peut se passer d'une comparaison avec les droits des sociétés modernes.

Inversement, les comparatistes font entrer dans leurs observations, des droits qui ne sont pas de la même famille que le nôtre : par exemple, le droit musulman.

La comparaison entre les deux disciplines

Rien n'est plus à la mode que l'interdisciplinarité : Dans cette vue, on ferait une sorte de sociologie comparée du droit.

Pourquoi les sociologues du droit limiteraient-ils leurs recherches à leur propre système national ?

Théoriquement il leur est facile d'étudier les phénomènes des autres systèmes juridiques nationaux; pratiquement c'est difficile à cause des techniques mêmes de la sociologie juridique.

L'élargissement de l'espace du chercheur sociologique se heurte à la difficulté que constitue les frontières. Ceci à cause de deux méthodes sociologiques : la statistique et l'enquête.

Quant à la méthode de la statistique :

En sociologie comparée du droit, une bonne méthode consisterait à comparer des statistiques de deux ou plusieurs pays différents. Or, la statistique est un mécanisme d'État; en présence d'une statistique nationale, le chercheur en connaît le degré de crédibilité; quand il s'agit de statistique étrangère, cette appréciation est plus difficile.

D'autre part, la manière dont les statistiques sont établies peut être très différente. exemple : tiendra-t'on compte des demandes en divorce ou bien des divorces définitivement prononcés, pour établir les statistiques de divorce ?

On a tenu compte de cet obstacle dans les recherches de statistiques criminelles. Le Conseil de l'Europe, dès 1964, s'est occupé d'essayer d'unifier les statistiques nationales en matière criminelle. Voyez sur ce point la Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal comparé, 1968, page 309 et suivantes.

En Droit civil, il n'y a encore aucun effort en ce sens. Exemple : on cite parfois des taux de divortialité aux Etats-Unis, qui sont très élevés; mais il n'y a aucune statistique sérieuse en cette matière aux Etats-Unis (du moins couvrant l'ensemble du territoire américain).

Et quant à la méthode de l'enquête :

Il faut, pour mener une enquête sociologique dans plusieurs pays, vaincre une difficulté pratique qui est une difficulté personnelle : est-ce que le chercheur national peut être utilisé pour enquêter dans le milieu étranger ?

La difficulté s'est présentée sous son aspect le plus vif dans l'ethnologie générale : pour enquêter dans une ethnie primitive, peut-on utiliser un chercheur européen ? On a prétendu que le primitif ne

voudra pas s'ouvrir à un européen; si bien qu'on a dit qu'il fallait faire adopter le chercheur par la tribu. Mais les ethnologues sont en désaccord là-dessus : certains disent que la tribu ne prendrait pas au sérieux ce fils adoptif. Néanmoins, il faut que l'enquêteur soit en sympathie avec l'enquêté (donc à l'encontre de la froideur voulue par Durkheim).

Quant à la sociologie juridique : cette difficulté se pose aussi, par exemple pour ce qui concerne la sociologie juridique de la famille.

Est-ce que un questionnaire uniforme et présenté dans chaque pays par un chercheur de ce pays, pourrait surmonter la difficulté ?

Non. Il y a des questions qui passent dans un pays et pas dans un autre. exemple : un questionnaire sur la situation des femmes divorcées après divorce. Il avait été établi par un américain, W. Good, à l'intention des femmes américaines. Il y a des questions américaines qui ne passèrent pas en France et même que les enquêtrices françaises n'osaient pas poser. Notamment : "Il est possible que l'idée d'un remariage se soit présentée à votre esprit comme constituant une solution possible à vos difficultés financières. Cela vous est-il arrivé souvent, assez souvent, rarement,....?" La question fut transposée par les chercheurs français simplement en éliminant la perspective financière.

## - § II -

### Le droit comparé comme phénomène sociologique

C'est l'emploi du droit comparé dans les sociétés contemporaines, qui peut susciter la curiosité sociologique.

Le droit comparé apparaît comme une force agissante dans les sociétés modernes.

D'où :

- Dans un premier temps : description du phénomène;
- Dans un deuxième temps : essai d'analyse.

## - A -

### Description du phénomène

Ce phénomène est très ancien, il date de l'Antiquité. Des voyageurs allaient visiter des pays et tribus étrangers et revenaient.... émerveillés, parfois effrayés, parfois admiratifs. Ce qu'ils avaient

vu à l'étranger, c'étaient des coutumes juridiques : ils revenaient avec des constatations de droit comparé. Aujourd'hui qu'il y a le tourisme de masse, les voyageurs sont plutôt admiratifs à l'égard de ce qu'ils ont vu (cela contribue au prestige du voyageur lui-même; et puis, ce qui est nouveau est beau; et puis, les séjours à l'étranger sont brefs donc sans inconvénients); c'est aussi, en quelque sorte, du droit comparé : les voyageurs sont chargés d'un certain désir d'imitation et de réforme. Les mass-media jouent aussi un grand rôle de canal pour ce phénomène du droit comparé. A l'heure actuelle, le droit est souvent vulgarisé par les mass-média (exemple : les magazines féminins) : on raconte ce qui se passe à l'étranger sur tel point qui concerne le droit; et on en profite pour donner une leçon de législation étrangère sur le point considéré.

Les pouvoirs publics paraissent aussi utiliser le droit comparé: "Nous allons le faire, disent-ils, parce que cela se fait à l'étranger" (exemple : projet de loi visant à introduire le divorce pour cause d'aliénation mentale).

- B -

#### Analyse du phénomène

Question préalable : Est-ce que la référence étrangère ainsi utilisée, est vraie ?

Il y a certainement un emploi du droit comparé qui ne doit pas être scientifique, parce que il emporte des conclusions radicalement opposées. Il est vrai aussi que la science est elle-même contradictoire.

Mais : voyez la difficulté congénitale de disposer de statistiques comparables d'un pays à l'autre.

Exemple. Prenons la fiscalité. Est-ce que, dans la fiscalité directe, on fait entrer les impôts locaux ? Est-ce que, dans les taux de fiscalité, on fait entrer les charges sociales ? Suivant que les statistiques sont construites d'une manière ou d'une autre, on obtiendra des chiffres légitimement superposables ou pas. Autre exemple : est-ce que on tiendra compte de l'érosion monétaire pour déterminer le poids de la charge fiscale ?

Si bien que l'emploi du droit comparé peut être une autre forme de ce phénomène qui est la propagande. Et l'emploi du droit comparé peut ressortir à l'une de ces trois catégories qui sont : la véridicité, la fausseté de bonne foi et la fausseté de mauvaise foi.

Ce phénomène peut être rattaché à d'autres phénomènes plus généraux.

La psychologie sociale étudie les phénomènes de persuasion, d'autorité, d'influence (qui se regroupent sous la catégorie plus générale de l'influence).

L'influence peut opérer horizontalement ou verticalement; Elle peut opérer aussi par l'exemple : et ici, l'emploi du droit comparé paraît être un mode d'influence par l'exemple.

Il y a une forme plus originale de l'influence par l'exemple: l'exemple triangulaire, qui signifie que l'imitateur va être appelé à imiter, non celui qui parle mais un tiers dont celui qui parle espère que l'influence sera plus forte que la sienne propre.

Les professionnels connaissent bien ce phénomène de la publicité par persuasion triangulaire. Cela revient à demander, par exemple, à une vedette de cinéma d'écrire que tel dentifrice est bon. C'est ce que les États-Unis appellent le système des "testimonials".

Pourquoi ce système est-il considéré comme meilleur ? Parce que le tiers est censé être neutre (on ne songe pas qu'il soit payé) et prestigieux. Retenons ces deux traits pour ce qui concerne le droit comparé.

D'où les hypothèses explicatives du phénomène que nous étudions.

Il ne faut pas y voir une prise de conscience par la société française de la valeur intrinsèque du droit comparé. (Les comparatistes avaient soutenu que l'existence d'un droit commun législatif aurait valeur de droit positif pour le droit national.) En effet, les emplois du droit comparé, dont il s'agit, sont des emplois en ordre dispersé.

Il y a une autre explication qui est à rejeter : dans les droits archaïques, on constate parfois que le législateur qui apporte les lois à un pays vient de loi : il pourra d'autant mieux légiférer pour le pays qu'il est un étranger. On pourrait dire : le droit comparé légifèrera mieux pour nous parce qu'il est étranger. Mais ce n'est pas non plus la bonne explication.

Il reste un phénomène comparable au phénomène observé en publicité : l'appel à un tiers qui aura plus d'influence que soi-même parce qu'il est réputé neutre et qu'il est doté d'un certain prestige. Car on n'utilise pas n'importe quel droit étranger : on constate qu'il y a des législations étrangères qui sont plus couramment utilisées que les autres parce qu'elles sont considérées comme plus efficaces. Un droit étranger venu du Nord aura plus d'effet persuasif qu'un droit étranger venu du Sud. Les peuples nordiques ont la réputation d'être plus en progrès que nous.

A la fin du siècle dernier, les Anglais avaient un grand prestige.

Plus récemment, il y a eu le "modèle suédois".

La Suisse a toujours une assez bonne cote.

Les pays de l'Est jouent un assez grand rôle, ils sont évoqués volontiers par des esprits conservateurs (parce que il faut toujours essayer de tourner plutôt par la gauche que par la droite): exemple: "Nous devons avoir une législation plutôt restrictive en matière de divorce, parce que l'U.R.S.S. est devenue plus sévère en cette matière"/

Est-ce que le succès du procédé est assuré ?

Pour la publicité : il y a des opinions divergentes, certains enseignent l'inefficacité de la publicité.

Il faut compter avec la diversité des réactions individuelles. Il y a chez les individus des attitudes préalables plus ou moins favorables à la réception d'un modèle étranger.

Il existe des phénomènes "d'ethno-centrisme" et, à l'inverse de "xénophilie" juridique : ce dernier phénomène pourrait expliquer le mythe du "législateur qui vient de loin".

A l'inverse, il peut y avoir une attitude de xénophobie juridique.

## Section II

### La psychologie juridique

Dressons un tableau des sciences qui gravitent autour du droit dogmatique : ce tableau consiste en un rectangle divisé en quatre coins par deux droites qui se croisent, dans le coin supérieur gauche on écrit sociologie générale, dans le coin supérieur droit on écrit sociologie juridique, dans le coin inférieur gauche on écrit psychologie générale, dans le coin inférieur droit psychologie juridique.

On a tendance à penser que, à côté de la psychologie générale, il y a place pour une psychologie juridique.

Mais : est-ce que la psychologie juridique existe ? On en parle aujourd'hui, et même on part de quelques réalisations.

D'où :

- Paragraphe premier : quelques réalisations de la psychologie juridique;
- Paragraphe II : Est-ce que la psychologie a rapport avec le droit;

- Paragraphe III : Deux exemples de phénomènes que l'on pourrait considérer comme relevant de la psychologie juridique.

- § premier -

Les réalisations de la psychologie juridique

Nous rencontrons des oeuvres d'auteurs ou des passages d'oeuvres.

On peut être plus ou moins exigeant pour considérer tel ou tel auteur comme un précurseur de la psychologie juridique.

Aujourd'hui, la psychologie apparaît comme une science; mais, pendant des siècles, il n'y eu qu'une psychologie littéraire.

De même, on pourrait parler d'une psychologie juridique littéraire et d'une psychologie juridique scientifique.

- A -

La psychologie juridique littéraire

La psychologie générale a été, à l'origine, peu scientifique, mais plutôt littéraire. Elle a été faite par ceux que l'on appelle les moralistes. Malgré leur nom, ils mettaient l'accent davantage sur la psychologie que sur l'éthique.

S'ils font porter leur étude sur les rapports de l'homme avec des institutions du droit, alors on dira que ces moralistes font de la psychologie juridique.

On rencontrera de nouveau deux directions de recherche :

- Le thème de la théorie générale du droit;
- Le thème du droit de la famille.

Ce sont souvent des écrivains que nous rencontrons par l'histoire littéraire.

En voici quelques exemples.

Au XVIIème siècle, beaucoup d'écrivains (dont des moralistes) s'intéressent à ces phénomènes juridiques que sont le procès, la coutume, la justice. Exemple : les Plaideurs de Racine. Autre exemple : Nicole (le moraliste de Port-Royal); certaines Pensées de Pascal; certaines phrases de La Bruyère, de Molière.

Au XIXème siècle, l'oeuvre de Balzac toute entière. Exemple : César Biroteau fournit une psychologie de la faillite. Autre exemple : le Contrat de Mariage est une monographie de psychologie juridique. Alexandre Dumas Fils a écrit une pièce intitulée "Le Fils Naturel".

Au XXème siècle, citons Marcel Prévost et Paul Hervieu. Ils

étaient les psychologues du droit officiel de la troisième République. Paul Bourget aurait pu être également considéré comme tel. En 1904, quand on voulut profiter du centenaire du Code pour le réformer, on introduisit Prévost et Hervieu dans la commission de réforme.

- B -

### La psychologie scientifique

Aujourd'hui, la psychologie est devenue une science; aussi devons-nous nous demander s'il existe une psychologie juridique scientifique.

Cette psychologie juridique scientifique a moins de réalisations à son actif que la sociologie juridique; ces réalisations sont-elles peu de chose ?

On peut distinguer trois apports, d'origine différente et de contenu également dissemblable.

1) (Historiquement, ceci est la première couche.) Dans un secteur où il existait un appel de la pratique judiciaire : on a mis en oeuvre l'expertise mentale dans les procès. Procès pénaux, d'abord (l'aliénation mentale constitue une cause d'irresponsabilité pénale); ainsi s'est constituée une psychiatrie judiciaire. Dans certains procès civils, ensuite. Les procès en interdiction judiciaire ou en dation de conseil judiciaire; Les procès posthumes en annulation de testament (article 901 du Code Civil). Ici, la psychologie juridique est née en liaison étroite avec la médecine légale. En France, cela s'est fait empiriquement. (Il y a eu quelques manuels de médecine légale); à l'étranger, la théorie fut plus élaborée (On a traduit en français des "Manuels de psychologie juridique" dont le plus célèbre est celui de Mirá y Lopez qui est un ouvrage de psychiatrie judiciaire. Même remarque pour le manuel de l'italien Altavilla).

On peut faire une remarque négative : pour résoudre la question du discernement dans le procès pénal fait aux mineurs, on n'a pas, en France, recouru à l'expertise psychiatrique.

2) La critique du témoignage et l'analyse de la formation du jugement chez le juge. C'est ici de la psychologie judiciaire dans une application aux acteurs du procès, juge et témoins. Ces études psychologiques du témoignage ont été menées d'abord dans les pays germaniques, puis, plus tardivement (au début de ce siècle), chez nous. Plus tard sont apparues des études, notamment celle de Gorthe, sur la formation du jugement. (Voyez M. Le Roy, le contrôle de l'aptitude au témoignage, Dalloz, 1969, Chronique, 175.)

3) L'oeuvre de la psychanalyse. On pourrait qualifier cette troisième couche de psychanalyse juridique. Cette couche a pris son départ dans les théories de Freud. Exemple : le mythe du parricide originare peut être considéré comme explicatif de l'origine de la contrainte juridique. C'est spécialement aux Etats-Unis que les théories psychanalytiques ont trouvé un emploi : dans l'explication des relations familiales (complexes d'Oedipe et de Phaéton).

On a transporté également ces recherches dans le domaine des contrats de vente : la question des persuasions publicitaires. Vance Packard disait : "Les persuasifs cachés" : c'est une tentative pour expliquer les effets cachés de la publicité sur l'acheteur potentiel.

Autre domaine concerné : celui de la responsabilité pour faute non intentionnelle : la psychanalyse dit que l'erreur de conduite de l'automobiliste recouvre une agressivité latente. Des recherches ont été faites dans ce domaine. Voyez K.Hoyos traduit en français sous le titre "Psychologie de la circulation routière", 1958.

Tous ces courants peuvent être réunis sous le vocable de psychologie juridique scientifique.

## - § II -

### Les rapports entre la psychologie et le droit

Ces rapports entre les deux disciplines peuvent être envisagés en deux combinaisons très différentes. La combinaison la plus attendue est celle où la psychologie vient servir d'auxiliaire au droit. C'est ainsi que l'on comprend la psychologie juridique, un peu comme on comprend la sociologie juridique. Il s'agit ici de rechercher quelle est la part du psychique dans les phénomènes de droit. On peut aussi renverser les rôles des deux disciplines : est-ce que le droit ne pourrait pas faire un apport à la psychologie générale ? N'y a-t'il pas une part de droit dans les phénomènes psychiques en général.

## - A -

### La part du psychique dans les phénomènes de droit

#### Préalables

En thèse générale, comment s'opère la distinction entre la psychologie et la sociologie ?

A quoi répond la distinction du psychique et du social ?

(Les deux matières paraissent distinctes dans l'enseignement et dans la recherche.)

Malgré cette dichotomie, est-ce que la distinction est claire dans la nature des phénomènes ? Non. Les phénomènes qualifiés de sociologiques se manifestent dans des comportements de l'individu qui paraissent animés par des états de conscience; ces phénomènes qui semblent sociologiques, sont aussi psychologiques. Exemple : le suicide, qui a été étudié par Durkheim comme un phénomène sociologique, est aussi un phénomène psychologique. D'où : y a-t'il une ligne de partage entre le psychique et le social ? Durkheim : "Il n'y a pas d'inconvénient à ce qu'on dise que la sociologie est une psychologie, pourvu qu'on dise que la psychologie sociale a ses lois propres". Il lançait par là le mot de psychologie sociale qui allait faire fortune.

Mais, en quoi la psychologie sociale se distingue-t-elle de la psychologie individuelle ? Voyez J.Stoetzel, la Psychologie sociale, chapitre second : il est certain qu'il y a une part d'identité entre les deux disciplines. Toutes deux étudient des fonctions psychologiques. Du même coup, on sent qu'il y a une difficulté à séparer la psychologie sociale de la psychologie individuelle. Néanmoins, il y a des séparations : les méthodes de la psychologie sociale sont plutôt celles de la sociologie que celles de la psychologie individuelle; en particulier, la psychologie sociale laisse de côté la psycho-technique, mais elle prend à son compte les phénomènes de groupe. Stoetzel voit surtout la différence en ce que la psychologie individuelle étudie les comportements psychologiques en eux-mêmes ou dans leurs concomitants physiques ou physiologiques, tandis que la psychologie sociale étudie les rapports des phénomènes psychologiques avec le système culturel environnant, la situation sociale concrète des sujets, peut-être aussi avec le système juridique environnant.

En quoi un phénomène psychique peut-il être regardé comme juridique ?

Comment, dans la catégorie générale "phénomènes psychiques", distraire une catégorie spéciale : "phénomènes psychiques juridiques"?

Le droit vient ici s'insérer de différentes manières selon les cas.

1) Il ya des phénomènes psychiques qui seraient juridiques par définition : le droit serait l'objet même de l'état de conscience. Autrement dit, l'état de conscience serait le droit. Exemple : la connaissance ou la conscience du droit. Même remarque pour le phénomène

que l'on qualifie de "sentiment du droit" ou de "conscience juridique" (ce mot est employé dans les pays socialistes), qui est une sorte de sensibilité au droit, une intuition d'équité. Voilà des phénomènes psychiques qui sont juridiques par l'objet.

2) Plus particulièrement, dans les analyses relatives à la formation de la coutume, on dit que pour qu'une coutume se forme, il faut un élément matériel (corpus), une pratique, et un élément psychologique (animus), lequel est la conviction que cette pratique est obligatoire ("opinio necessitatis" ou "opinio juris", dit cette théorie romano-canonique).

3) Il y a des phénomènes psychiques qui sont davantage juridiques parce qu'ils entraînent des effets de droits. Exemple : la faute extra-contractuelle ou même l'imprudence ou l'intention coupable, sont des phénomènes psychiques qui déclenchent la responsabilité civile.

De même, le consentement contractuel, phénomène psychique, est nécessairement un phénomène psycho-juridique. C'est un phénomène qui est juridique parce que il porte sur le droit, qu'il met en action du droit, qu'il se raccroche au droit, qu'il n'est que parce que il existe un système juridique.

Ultime question : est-ce que les phénomènes de psychologie juridique peuvent être des phénomènes de psychologie individuelle, ou ne sont-ils pas nécessairement des phénomènes de psychologie sociale ? Il semble qu'une contradiction apparaisse quand on veut dire d'un phénomène qu'il est tout à la fois de psychologie juridique et qu'il ne serait pas de psychologie sociale. Car si le droit fait irruption dans un état de conscience, est-ce que la société n'y fait pas irruption également ? La société est entrée avec le droit. On dit parfois : l'individu n'est plus seul quand le phénomène est juridique; mais il est avec d'autres individus, sans être avec la société. Dans cette thèse, les phénomènes de psychologie juridique seraient des phénomènes de psychologie inter-individuel mais non de psychologie sociale. Cela ne semble pas exact. Exemple : l'amitié est un phénomène de psychologie intr-individuel; or, de ce phénomène, le droit est absent. Un autre phénomène paraît être identique : c'est le contrat. Le rapport contractuel et le rapport amical ont de fortes ressemblances, à un point près : il y a du droit dans le contrat, il n'y en a pas dans l'amitié. La différence, c'est que dans le contrat, on a la société; tandis que dans le rapport inter-individuel, le droit n'est pas entré parce que la société n'est pas entrée.

Il existe encore des phénomènes de psychologie solitaire :

exemple : le testament, acte unilatéral. Néanmoins, si l'on fouille davantage, le testament apparaît comme un phénomène psychique qui n'est pas purement individuel parce qu'il est juridique. En effet, en testant, le testateur se réfère à la société. De même le juge unique : quand il délibère, il délibère seul; mais malgré que sa conscience soit unique, elle se relie au droit, et la société est présente dans la conscience du juge. C'est pourquoi le délibéré du juge, même unique, demeure un délibéré. Voyez à cet égard, Chambre Criminelle, 8 juillet 1971, Semaines Juridiques, 71,2.16876.

Conclusion : la psychologie juridique sera toujours par quelque aspect une psychologie sociale.

- B -

La part du droit dans les phénomènes psychiques en général

Nous partons de phénomènes qui ne paraissent pas, de prime abord, juridiques. Est-ce que tout de même le droit est toujours absent ?

Il faut savoir que beaucoup de psychologues contemporains admettent que dans des phénomènes qui semblent être des phénomènes de psychologie individuelle, la société n'est jamais complètement absente. C'est que l'homme est un être social. Il n'est pas né solitaire ni n'a été élevé solitairement sur la planète. Et il y a une composante sociale de la conscience à côté de la composante individuelle.

"Je pense, donc je suis"; mais quand je pense, je pense nécessairement en langue; et la langue est un phénomène social, je la dois à la société.

De même pour l'amour : il appelle l'exclusivité; or, l'exclusivité c'est l'élimination des autres, des autres dans leur indétermination.

Mais : est-ce que le droit ne peut pas être présent, du moins dans certains cas ? Est-ce qu'il n'existe pas dans la psyché de l'individu, une fraction de la conscience sociale et même une composante juridique ?

Il semble que l'on puisse admettre la présence de cette composante juridique dans certains cas de psychologie générale. Exemple : la psychologie différentielle des sexes. Cette psychologie obéit à des causalités complexes. Pour une part, elle provient de la société. Comment la société réalise-t-elle cette éducation différentielle des

sexés ? Par le système des Mores et par celui des Folkways, mais aussi par la diversité des institutions juridiques applicables à l'homme et à la femme.

Autre exemple : le sentiment d'être soi, le sentiment d'identité. Ce sentiment est pour une part inévitablement juridique, parce que dans notre identité, il existe une part de juridique : par exemple, notre système onomastique. Les variations du système onomastique peuvent agir sur la manière dont se constitue notre sentiment d'identité. Par exemple, la transmission du nom à l'intérieur du couple agit sur la consistance interne de celui-ci. Notre système onomastique français favorise un certain sentiment d'identité à soi-même par opposition à tous les autres individus (du moins s'ils ne portent pas le même nom), et aussi un certain sentiment d'appartenance à un groupement familial.

Dernier exemple : la signature. Dans notre système juridique, c'est l'affirmation d'une volonté juridique. Le passage de la velléité à la volonté se caractérise par la signature, mécanisme pris en charge par le droit. Nous signons parce que nous voulons, mais nous voulons parceque nous signons, que nous nous sentons engagés par notre signature. Si nous voulons fortement, nous signons énergiquement : les graphologues le diront.

- § III -

Analyse de deux phénomènes juridiques

(Dans lesquels l'élément psychologique est évident)

Il s'agit d'illustrer par deux exemples la section dernière de la partie générale du cours.

En même temps, il s'agit d'une anticipation sur la partie spéciale: Les deux phénomènes en question seront de nouveau sous notre observation, mais d'un point de vue différent.

Ces deux phénomènes sont le Testament et le Consentement au contrat.

- A -

Le Testament

Cadre de référence : le Droit positif français.

On observe le passage de l'institution au phénomène individuel: le testament considéré comme l'expression de la volonté d'une personne.

L'accumulation des phénomènes-cas finit du reste par constituer l'institution testamentaire.

Analysons le testament comme phénomène de psychologie juridique.

a) Disons d'abord qu'il ne s'agit pas d'un phénomène de psychologie juridique individuelle. Pourtant, le testament est un acte juridique unilatéral, ce qui suppose une autonomie de la volonté individuelle (par opposition au contrat qui paraît être un mécanisme beaucoup plus social, du moins à première vue). La volonté du testateur est seule et peut-être aurons-nous ainsi une volonté atypique, originale. Ceci étant accentué par l'approche de ce phénomène de destruction de soi-même qu'est la mort. Cependant, le formalisme testamentaire paraît réintroduire le contrôle social. Ceci est particulièrement vrai pour le testament notarié. Si l'acte proposé est trop original, le notaire se refusera à y coopérer. Du reste, sa seule présence est de nature à intimider le testateur. Les graphologues ont observé que l'écriture d'une personne écrivant devant un homme de loi, est moins spontanée que celle du même personnage écrivant devant des amis. Néanmoins, dans notre droit, il existe, à côté du testament notarié, le testament olographe. Le testateur est seul et donc le contrôle social s'affaiblit. C'est un testament secret. Il nous vient du droit romain du Bas-Empire. Von Ihering a eu des paroles très dures pour ce testament : il a dit : "C'est le palladium de la lâcheté." Cependant, même dans le testament olographe subsiste une crainte de contrôle a posteriori (Procès en nullité) :

le testateur peut s'en douter, mais aussi il peut placer la mort au-delà du contrôle social.

Tout ceci pour dire l'importance pour la sociologie juridique d'une étude de la psychologie des testateurs.

b) Si l'on essaie de classer les motivations de ceux-ci pour recourir au testament, on voit des mécanismes rationnels et des mécanismes passionnels.

Motifs rationnels : répartir les biens entre les héritiers; exhériter des parents éloignés indifférents au testateur et faire venir des parents plus proches à la succession. Au siècle dernier, sous l'empire du système successoral du Code Napoléon, qui considérait en thèse le conjoint comme un étranger, celui-ci ne venait que en dernier lieu. Et cela était corrigé par un testament. Mais, sur ce point, les réformes du Code Civil ont une incidence sur la pratique du testament. Voyez par exemple la loi de 1937. Ici, l'utilisation rationnelle du testament a un peu tendance à s'effacer.

Dans des cas un peu différents, il s'agit de modifier la conception même que la loi se fait de la dévolution ab intestat. Exemple : la fente : celle-ci a pour résultat de faire venir un collatéral relativement éloigné avec un collatéral très proche. Par exemple, le neveu sera en concurrence avec un cousin éloigné. Ceci est à la base d'une utilisation du testament que nous cite Marcel Proust (Du côté de chez Swann, Ière partie). Le sentiment qu'avait la grande tante de Proust est que il existait un impératif non légal qu'il fallait traduire par un moyen légal.

Enfin, le testament peut avoir pour objet, entre des enfants, d'assurer la dévolution de l'entier patrimoine à un seul des héritiers, c'est-à-dire de "faire un aîné". Dans les limites de la quotité disponible, on peut encore faire un aîné.

Dans toutes ces hypothèses, nous constatons des motivations rationnelles; bien souvent, ce sont des motifs passionnels qui guident les testateurs.

Dans le testament, on découvre un aspect implicitement négatif. Si l'on fait venir un légataire, c'est que l'on veut écarter des héritiers. Cela cache parfois une aversion, voire une véritable haine familiale. Même la positivité (l'intention libérale) du testateur aurait besoin d'être scrutée. Elle reposera par exemple sur un désir de domination posthume du gratifié. Quelquefois, la passion devient pathologique et le testament traduit cet aspect. Lequel fut exploré : est-ce que la volonté des testateurs répond à l'exigence de santé d'esprit inscrite à l'article 901 du Code Civil. Il existe une jurisprudence abondante sur

ce point. Les héritiers ab intestat écartés ont tendance à soutenir que l'auteur du testament était atteint d'aliénation mentale. Il existait aussi, dans notre ancien droit, la catégorie particulière du testament ab irato, testament fait sous l'empire de la colère contre l'héritier écarté. Ce testament est en principe valable dans notre droit, mais la jurisprudence a corrigé la rigueur de ce principe en s'appuyant sur l'idée que la colère trop violente a détruit la santé d'esprit.

Il y a des maladies mentales du testament : le testament du persécuté, de l'impulsif, de l'aboulique (qui n'a pas de volonté et est susceptible de captation), du maniaque (certaines personnes âgées passent ~~leur~~ temps à faire des testaments : c'est la "manie testamentaire")

c) Comment pousser scientifiquement l'investigation dans ce domaine ?

Ce qui fait la difficulté de la recherche, c'est que, dans notre droit positif, une large part des testaments reste secrète tant que le testateur est vivant. La statistique est donc difficile. Mais l'enquête probabiliste par sondage national reste possible. Voyez l'enquête sur le droit successoral faite par l'IFOP à la demande du Ministère de la Justice en Décembre 1965. Nous pouvons en induire des pourcentages valables notamment sur la pratique testamentaire. (Revue Sondages, N° 4 de 1970). Il résultait de ce sondage que une personne sur dix avait fait son testament; ce qui consolide ce résultat, c'est que, une dizaine d'années auparavant, une tentative analogue arrivait à des pourcentages voisins. Le sondage de l'IFOP passait aux intentions testamentaires: il en résultait que 15% des gens avait songé à faire un testament.

- Ont déjà fait un testament : 11% des enquêtés, parmi lesquels 5% ont fait un testament olographe et 6% un testament notarié;
- Ont déjà pensé à en faire un : 15%;
- N'y ont jamais pensé : 74%.

Il y aurait donc égalité entre testaments olographes et testaments notariés. (Il est vrai qu'on entend aussi par testament notarié, un testament olographe rédigé par le testateur devant le notaire et sous son conseil.)

Voilà quelques chiffres sur la propension testamentaire.

De ce même sondage, on tire des indications sur les motivations. La question suivante était posée : êtes-vous pour le testament ou pour la dévolution successorale ab intestat ?

(Montaigne déjà disait que la coutume en savait peut-être plus long que l'individu.)

Voici quelques raisons justifiant de faire un testament :

- Le testament est utile pour éviter des mésententes entre les héritiers (beaucoup de réponses en ce sens);
- Pour pallier à certaines conséquences fâcheuses de la loi (les lois ne sont pas toujours bien faites); ou pour faire bénéficier le conjoint s'il y a des enfants;
- Pour avantager un enfant méritant ou malade;
- Pour récompenser le dévouement d'une personne, pour doter une oeuvre;
- (Remarquable) Pour agir selon sa propre volonté, on donne ce qu'on veut à qui on veut. On sait où va le fruit de son travail. C'est une prolongation de la conception du droit de propriété conçu comme une maîtrise.

Contre le testament :

- On ne s'y connaît pas assez et on espère que les lois sont bonnes et justes (donc, une sorte d'abandon à la loi);
- Le testament est inutile; ça doit porter malheur de faire un testament ("Ca me fera mourir").

- B -

### Le consentement contractuel

La matière relève, prima facie, de la psychologie juridique : nous sommes devant un acte de volonté individuelle; mais, en même temps, le consentement contractuel déclenche un mécanisme juridique, donc social. Nous sommes sur un terrain mixte.

Avec le droit dogmatique, on distinguera deux aspects : l'existence du consentement et les vices du consentement.

- I -

### L'existence du consentement

Il y a deux théories de psychologie sociale qui pourraient s'appliquer ici : la théorie des motivations et la théorie du marchandage.

1) Les psychologues de psychologie sociale ont analysé le concept de motivation. Ils y ont perçu une donnée élémentaire de leur matière : "Pas d'action sans motivation". (En matière de publicité, voyez Marcus Steiff, les *Etudes de motivation*, 1961.) Notre théorie dogmatique de la cause pourrait trouver un rapprochement avec les théories psychologiques des motivations. Les psychologues nous laissent une impression qui induirait à douter de la conception que nous nous faisons de la cause. Car la cause est objectivée en droit dogma-

tique, tandis que les psychologues vont loin dans la subjectivation de l'objet. Ils font penser que les juristes dogmaticiens ne vont pas assez loin dans la subjectivation de la cause. Ils disent que la motivation de l'acheteur, c'est l'acheteur lui-même: l'acheteur projette dans la chose à acheter sa propre personnalité. "Il est fidèle à lui-même à travers la marque." Stoetzel dit que "Un sujet recherche un produit tel qu'il existe un accord entre l'image qu'il se fait de lui-même et l'image qu'il se fait du produit". L'achat est de moins en moins une consommation, de plus en plus une existence pour l'individu qui achète.

## 2) Le phénomène du marchandage

En droit dogmatique, c'est la rencontre des volontés : offre, acceptation, contre-offre.... Le droit dogmatique veut découvrir le moment de la formation du contrat. Il découvre aussi que le contrat d'adhésion supprime le marchandage. Qu'en est-il du marchandage ? Il est typique de la formation **du contrat dans les sociétés** archaïques. Exemple : le marchandage de bazar. Ce phénomène n'est pas pathologique: il met en relief un aspect que les sociétés modernes n'éliminent pas complètement du contrat : l'aspect ludique, l'aspect de jeu. Dans le conflit économique entre les grandes surfaces et les petits commerçants, il y a un conflit entre le contrat anonyme et le contrat venu des sociétés archaïques. En fait, même quand il s'agit de petits commerçants, on ne marchandage plus guère dans nos sociétés modernes. On se borne à choisir l'objet. Dans les sociétés anciennes le jeu est double: choix de l'objet, fixation du prix. Chez nous, le marchandage est éliminé. La vente à prix fixe a été un progrès que l'on peut dater de la deuxième moitié du XIX<sup>ème</sup>.siècle; parce que notre société a besoin de vitesse. Et ici se vérifie la loi de Max Weber. Il y avait eu des symptômes dans les siècles précédents : Savary nous a laissé un "Dictionnaire Universel du Commerce" datant de la fin du XVII<sup>ème</sup>.siècle. Il étudie le phénomène du marchandage sous le mot "mot". Ses formules se rapportent à la pratique du commerce à cette époque. Ce "mot" se rapporte au débat contractuel entre le vendeur et l'acheteur : le mot, c'est le prix proposé par l'acheteur ou demandé par le vendeur. Et Savary dit que déjà la Anabaptistes ou les Quakers pratiquent la vente à prix fixe; et il se méfie de cette pratique pour la raison que le prix fixe pourrait être surfait. Cette analyse serait encore valable pour l'appréciation de notre contrat d'adhésion.

Les vices du consentement

En droit dogmatique, les vices du consentement apparaissent comme un phénomène individuel: c'est l'un des deux contractants qui en est victime. Constatons d'emblée, du point de vue sociologique, la faiblesse relative de l'émergence du phénomène de ce contentieux en droit français. En égard à l'immensité de la masse des contrats, il est frappant de voir que dans le contentieux, les vices du consentement sont rarement invoqués. Pourquoi cette très faible émergence dans le contentieux, de cette catégorie étudiée si soigneusement en droit dogmatique ?

- Parce que les contrats sont souvent d'une si faible envergure que le préjudice subi par le contractant victime d'un vice n'atteint pas le seuil de préjudice à partir duquel le contentieux est utile. D'où le procès n'aura pas lieu. Le seuil de judicialité n'est pas atteint. (Le coût du droit aboutit à fixer ce seuil.)

- Parce que l'opinion est indulgente à l'égard des vices du consentement et des actions illicites et immorales que suppose l'existence d'un tel vice dans le chef du cocontractant. Nous retrouvons ici l'aspect ludique du contrat : jeu, ici, dans le sens de jeu d'argent. Où, par conséquent, il est moral de perdre. De cette indulgence coutumière, on trouve des traces dans les proverbes de Loysel. Exemple : Le numéro 405 (dans l'édition de La Boulaye): "Il n'est pas marchand qui toujours gagne"; le numéro 406 : "Tant vaut la chose comme on en peut avoir", c'est-à-dire que la lésion n'est jamais illicite: la réflexion du droit coutumier est ici tournée contre l'acheteur; le numéro 403 : "Il y a plus de fols acheteurs que de fols vendeurs"; le numéro 404 : "Jamais bon marché ne fut net". En tout ceci, il y a l'idée que le marché n'est jamais tout à fait honnête. Le système proverbial vient contredire le système du droit dogmatique. Voilà une explication partielle de la faible émergence des vices du consentement dans le contentieux : parce que l'opinion publique s'en moquerait.

- (Idée différente mais jouant dans le même sens) Parce que dans le contrat, il y a une espèce de guerre entre les contractants où la ruse est permise. C'est la loi de la guerre, analogue en profondeur, à la règle du jeu. Exemple : les contrats passés avec le diable, rusé par excellence, et où il est vaincu parce que une ruse supérieure est employée par le cocontractant. Autre exemple : la farce de Maître Pathelin : l'avocat rusé est roulé par son propre client.

Du reste, dans l'arsenal juridique, une notion fait apparaître un autre système de normes que la système juridique : le "bonus dolus". C'est seulement le "malus dolus" qui est cause de nullité du contrat. Le "dolus bonus", c'est le domaine des mœurs et non du droit. En le reconnaissant, le droit reconnaît qu'il est borné par d'autres systèmes de normes.

Nous sommes très proches, ici, du phénomène de la publicité. Ce phénomène fait apparaître les vices du consentement sous leur aspect non plus individuel mais collectif. Les vices du consentement sont de plus en plus des phénomènes de psychologie collective. La théorie de la publicité a retenu l'attention des psycho-sociologues; sans préoccupation juridique, évidemment; mais nous disposons ainsi de toute une littérature, qui s'est développée dans un esprit d'application au commerce. Voyez Vance Packard, "Les Persuadeurs cachés" : cet ouvrage est un "classique" de la théorie de la publicité. On a étudié le phénomène d'abord d'une façon psychologique, voire psychanalytique: on étudiait le rôle de l'inconscient dans la publicité (ce qui explique la formule de Packard): exemple : le rôle de l'érotisme dans la publicité. Il y a eu d'abord une affirmation de la toute-puissance de la publicité; c'était une publicité pour les entreprises de publicité. Dans une seconde phase (à partir de 1960), une réaction s'est produite : dans le secteur technique de la publicité, on a fait la réflexion que les études de motivation ne permettent pas de dire d'avance:

- Si, étant donné certaines caractéristiques des acheteurs d'un certain groupe, ils achèteront;
- Quelle est la proportion des acheteurs potentiels appartenant à ce groupe, dans la population à prospector (Etudes de marché).

Mais la critique a été portée sur un autre terrain. Certains auteurs sont arrivés à la conclusion que la publicité n'est pas irrésistible. Son effet doit être relatif. Elle est variable selon le milieu, le moment. Une contestation radicale a été présentée par Marcus Steiff. Plus récemment, dans la Revue Française de Sociologie, 1969, page 279 et suivantes, Steiff a nié ouvertement l'effet de la publicité sur les ventes. Ce n'est pas la publicité qui développe les ventes, dit-il, c'est le luxe que se donnent les grandes entreprises.

Il faut faire intervenir dans ce dernier stade, les juristes et les moralistes. Les publicitaires eux-mêmes, comme Packard, ont compris que tout n'était pas moralement possible : il y a une déontologie de la publicité. Voyez les Annales de l'Université de Toulouse, 1971, page 227 et suivantes : étude de Mr. Lavergnhe, intitulé "De la réglementation à la déontologie publicitaire". Retenons l'intervention spécifique du

droit. Ici, il est clair que l'action en nullité serait inefficace : la publicité mensongère aurait vicié des milliers de contrats de vente, et le mécanisme individualiste de l'action en nullité serait inopérant. Donc, il faut agir à la source et réglementer la publicité. Avec à la clé des sanctions pénales. C'est dans cette voie qu'on s'est engagé dès le début du siècle : Une loi du 1er Août 1905 sur les fraudes resta cependant peu opérante quant à la publicité mensongère. Il fallait aller plus loin : une loi du 2 Juillet 1963 réprime toute publicité faite de mauvaise foi lorsque les allégations sont précises. La définition de la publicité mensongère que donne cette loi, permet cependant de nombreuses échappatoires aux hommes de loi. Exemple : la porte est réouverte au bonus dolus. Néanmoins, il y a eu une certaine application de cette législation, au moins préventive (menace d'engager des poursuites pénales). Voyez Guérin, dans le Semains Juridique, 1964.1.1864, sur la mise en oeuvre de cette réglementation de la publicité. Une question : qu'en est-il de la protection du consommateur ? L'idée qui devrait être à la base du système, est que chaque consommateur puisse agir civilement sur la base de la réglementation pénale existante. Cette action civile rencontre des difficultés : elle est coûteuse pour un préjudice qui peut être insignifiant. Mais il y a des associations de consommateurs : est-ce que celles-ci ne pourraient pas manier l'action civile ?

Sur les difficultés de cette action civile, voyez l'arrêt de la Chambre Criminelle du 14 Janvier 1969, Dalloz, 1969, page 583, analysé dans la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1970, page 181, par Monsieur Durry (Il s'agissait d'un élixir présenté comme ayant des vertus diététiques mais comme n'étant pas un médicament. L'Ordre National des Pharmaciens intenta une action; mais la difficulté était qu'il ne s'agissait pas d'un médicament; l'Ordre n'était donc pas fondé à se plaindre).

PARTIE SPECIALE

La sociologie juridique peut avoir pour thème des phénomènes juridiques primaires qui, dans l'étude dogmatique, se situent dans la théorie générale du droit (Exemples : le jugement, la loi, la décision administrative : ce sont des phénomènes-sources); mais on conçoit une sociologie juridique qui prennent les institutions du droit particulières une par une (exemples : le mariage, la concession administrative): ce sont des institutions dérivées d'institutions plus générales qui les ont engendrées: ce sont des phénomènes juridiques secondaires. Tel serait l'objet d'une sociologie juridique particulière. Il y aurait ainsi une sociologie du mariage, une sociologie de la concession administrative, une sociologie du contrat de vente.

Il n'est pas question, dans cette partie spéciale, de multiplier les exemples. D'où deux chapitres : l'un consacré au droit du patrimoine, l'autre aux discriminations du droit civil.

Si l'on songe que dans le droit civil, il existe deux morceaux: d'une part, le droit des personnes et de la famille, d'autre part, le droit du patrimoine, on peut dire que le chapitre premier se rattachera au droit patrimonial et le chapitre II au droit des personnes.

CHAPITRE PREMIER

Sociologie du droit patrimonial

Les recherches de sociologie juridique sont beaucoup plus denses dans le droit des personnes et de la famille que dans le droit du patrimoine, parce que les organismes spécialisés dans la recherche ont été plus orientés vers la famille qui est à la fois phénomène de droit et phénomène de mœurs. Les sociologues de sociologie générale ont déjà pu s'intéresser à la famille. Tandis que le droit du patrimoine (contrat responsabilité civile) avait une réputation de plus haute technicité juridique, si bien que les sociologues de sociologie générale ne s'y intéressaient pas. Même à l'heure actuelle, des recherches intéressantes le droit du patrimoine sont menées non par le Ministère de la Justice, mais par des organismes dépendant du Ministère de l'Economie (exemple: l'INSEE).

Quelques exceptions (qui confirment la règle parce que il ne s'agit pas de droit patrimonial à l'état pur): il y a eu des recherches sur la co-propriété des immeubles à appartements; ces recherches menées ne sont pas des recherches de droit patrimonial à l'état pur : la co-propriété est aussi un groupe, une personne morale, des relations entre personnes membres de ces groupes: il y avait à l'arrière plan un aspect humain. De même, il y a eu des recherches sur la responsabilité dans les accidents de la circulation, parce que la responsabilité est une notion où la sociologie juridique côtoie la sociologie criminelle. Si bien que finalement, il y a une carence de la recherche sociologique en droit patrimonial.

Voici quelques exemples de directions où la recherche serait possible :

1) Les contrats et le crédit : tel sera l'objet d'une section II de ce chapitre;

2) La monnaie et l'impôt (section III).

En guise de préambule, une section première sera intitulée "Sociologie et économie"; nous y retrouverons quelques problèmes généraux.

### Section première Sociologie et Economie

Cet intitulé paraît annoncer l'étude des rapports entre deux disciplines dont aucune n'est, proprement, la nôtre: sociologie générale et économie.

En fait, les relations entre ces deux disciplines ne nous sont pas indifférentes, mais notre objet est autre. On va montrer qu'il existe un combinat scientifique entre la sociologie et l'économie. L'approche sociologique des phénomènes économiques est possible et aboutit à mettre en lumière la dimension économique des études sociologiques. Cette approche interdisciplinaire est également applicable en sociologie juridique: aux phénomènes juridiques comme aux phénomènes sociaux.

Notre conclusion étant que la sociologie juridique, comme la sociologie générale, peut avoir une dimension économique, on envisagera l'application de cette dernière, d'abord en sociologie générale, puis en sociologie juridique.

- § I -

La dimension économique dans les recherches de sociologie  
générales

Dans un sens, il y aurait une hétérogénéité entre les deux disciplines. En effet, il existe une définition, assez courante actuellement, des phénomènes économiques, qui peut aussi servir à définir le domaine de l'économie politique: ce sont des phénomènes régis par le calcul rationnel, de sorte que les sciences économiques seraient des sciences ayant pour objet des phénomènes régis par ce calcul; a contrario, la sociologie générale aurait pour objet des phénomènes qui sont régis par une espèce d'irrationalité.

Définition théorique assez aimée; reste toutefois que l'économie politique, comme la sociologie générale, sont des sciences sociales; qu'elles étudient des phénomènes sociaux; de sorte que l'interdisciplinarité n'a rien d'inattendu.

Mais cette interdisciplinarité s'est-elle réalisée dans l'histoire ? La formation historique a séparé la sociologie générale et l'économie politique: l'économie politique semble avoir pris conscience de son objet avant la sociologie. Deux exemples: Rousseau et Durkheim.

Rousseau est un précurseur de la sociologie; mais c'est un sociologue sans le savoir. Tandis que expressément, s'il ne s'est pas su sociologue, il s'est cru économiste, puisqu'il a laissé un "Discours sur l'économie politique". Il s'agit là d'un article sur l'Encyclopédie, rédigé en 1755. Dans cet article, Rousseau a dû se comprendre comme économiste. On peut objecter que ce discours traite avant tout de la science politique, du gouvernement, de l'administration (mais pas de la législation). Donc l'accent est mis sur le mot "politique". Mais, si l'on poursuit, l'on constate que Rousseau étudie, dans une seconde partie, la manière de pourvoir aux besoins de l'Etat, et il développe une théorie de l'impôt. Le voilà économiste financier. Ses thèses nous paraissent archaïques, fondées sur l'économie agricole et dirigées contre le commerce. N'empêche qu'il y a un aperçu sur la progressivité de l'impôt.

Durkheim, quant à lui, écrit à une époque où l'économie politique est déjà développée; exemples : Ricardo, Malthus, Marx; avant eux, Adam Smith, célèbre par une théorie de la division du travail (Voyez la thèse de Durkheim sur la division du travail social). Cependant Durkheim n'a pas fortement subi l'influence des économistes anglais. Il a su qu'il y avait une économie politique mais il ne reconnaissait pas celle-

ci comme science distincte. Pour lui, l'économie politique était une branche des sciences sociales lato sensu, celles-ci étant identifiées à la sociologie. Quant à Marx, Durkheim ne l'a pas ignoré, mais il n'a pas admis sa thèse du matérialisme historique. D'où son discrédit chez une partie des sociologues contemporains. Donc : chez le fondateur de la sociologie, il y a un malentendu avec la science économique.

Toutefois, il y a un groupe d'économistes avec lesquels Durkheim fut en rapport : les économistes, essentiellement allemands, qu'on a, dans l'histoire des doctrines économiques, étudié sous le nom de "socialistes de la chaire" car ils étaient professeurs dans les Universités allemandes; mais leur socialisme n'était pas un socialisme révolutionnaire, mais un socialisme d'Etat. Quelques noms : Schmoller, Adolf Wagner, Schäffle qui est sociologue en même temps qu'économiste, Sombart qu'on rapproche assez facilement de Max Weber car il fut historien. Tout comme les autres représentants de cette école qui faisait un large appel à l'histoire économique. Ces gens prolongeaient une tradition allemande très significative pour la sociologie juridique : la tradition des sciences "camérales" c'est-à-dire pratiquée par ceux qui se préparaient à faire partie des Chambres qui devaient se prononcer sur des problèmes de fiscalité, de législation économique. Aussi ces gens ne sont-ils pas restés sans influence sur le droit. Ils ont influencé la législation sociale de Bismarck (en particulier la législation sur les accidents du travail qui devait fournir une source à la loi française de 1898). Or, Durkheim a connu des socialistes de la chaire et il concevait l'économie sous cette forme là : une économie pratique, proche des préoccupations de notre sociologie législative.

A l'heure actuelle, quel est l'état des relations entre les deux disciplines ?

Sociologie et science économiques reconnaissent mutuellement leur existence. En même temps, nécessité d'une coopération entre les deux disciplines. Mais l'interdisciplinarité peut être conçue dans deux directions :

1) On s'attache à faire apparaître ce qu'il y a de sociologique dans les phénomènes qu'étudient les sciences économiques. Des phénomènes économiques, se dégage une certaine sociologie qu'on appellera sociologie économique. Certains ouvrages portent ce titre; exemple: Jacques Wolff, Sociologie Economique, tome I, 1971. La sociologie économique est la sociologie de l'organisation, de la décision, de la connaissance économiques.

2) La démarche inverse est concevable : l'économie peut être

conçue comme appliquée aux recherches de la sociologie. On peut concevoir une économie sociologique. C'est celle qui nous intéresse. Les phénomènes qu'étudie la sociologie ont une dimension économiques qu'il appartient à la science économique de faire apparaître. On a déjà recherché dans ce sens; exemple : Steiff sur la publicité. Pour essayer de découvrir la réalité de l'effet publicitaire sur les ventes, Steiff eut pu recourir à la méthode de l'enquête (interroger des acheteurs); il pouvait aussi opérer par une démarche économique (et c'est ce qu'il a fait), c'est-à-dire mettre en corrélation d'une part, les statistiques de la production de certaines entreprises, et d'autre part, les statistiques de dépenses de publicité. Cette démarche-ci est économique. Ici, la science économique est mise au service de la sociologie générale.

La même démarche est-elle concevable en sociologie juridique ?

- § II -

La dimension économique dans les recherches de sociologie juridique

On répondra par l'affirmative : la mise de l'économie au service de la sociologie juridique a été réalisée.

Deux exemples :

- Le coût du droit;
- La spéculation sur le droit.

Cela montre l'interdisciplinarité de la sociologie juridique et de l'économie.

- A -

Le coût du droit

L'éthique individuelle porte avec elle son propre accomplissement: tout se passe dans la conscience morale de telle sorte qu'il y a une certaine gratuité qui accompagne l'accomplissement de la morale individuelle. Tandis que le droit demande une machinerie pour devoir se réaliser. Et cette machinerie est à titre onéreux. Il existe ainsi un coût du droit à trois niveaux : pour la société; pour l'individu; pour une affaire en particulier.

1) Le coût du droit pour la société (qu'on appelle aussi le coût social du droit). De quoi s'agit-il ? suivant une méthode rudimentaire, on assimilera la réalisation du droit dans une société telle que la société française et ce que fait le Ministère de la Justice; on répon-

dra dès lors: le coût du droit est égal au coût du fonctionnement des services de la Justice. Cette méthode est rudimentaire. On sera amené à proposer des additifs. Exemple: les services de police ressortissent au budget de l'Intérieur. Et la gendarmerie ressortit au budget du Ministère de la Défense. Et des correctifs: il y a des recettes judiciaires (amendes, récupération des objets volés). De plus: de l'existence de la police, etc..., il résulte une certaine protection des vies humaines et des propriétés. Cette prévention est un bénéfice que l'on paierait à une compagnie d'assurance. Montesquieu disait que l'impôt était une sorte de prix payé pour avoir la jouissance du reste de son patrimoine. Dans un secteur plus limité: le recouvrement des obligations alimentaires, si la machinerie juridique permet ce recouvrement, cela vient au bénéfice de la société qui autrement aurait les créanciers d'aliments à sa charge. Il est évident, plus généralement, que de l'existence du droit dans une société, résulte une sécurité, un ordre: ce sont des "qualités de la vie", et cela se paie. Ces "qualités de la vie" ont une valeur patrimoniale.

Les gouvernements, pour faire leurs comptes dans ce domaine de l'accomplissement du droit, n'opèrent pas de la manière décrite ci-dessus. Ils prennent, non le coût du droit, mais le coût de son contraire. On essaie d'évaluer le coût social de la criminalité. L'inconvénient de cette méthode, c'est que on ne voit que le droit pénal. Il y a des recherches entreprises par le Ministère de la Justice en vue d'une rationalisation des choix budgétaires. Certaines études au débit de la criminalité, mettront les vies humaines supprimées; et au crédit, les propriétés recouvrées grâce à l'intervention du droit, les amendes....

Retenons de cette démarche l'existence d'une prise de conscience du coût social de notre machinerie juridique moderne.

Plus concrètement, la question fut débattue sur le terrain de la responsabilité civile des accidents de la circulation. Il est notoire que notre système donne lieu à un contentieux abondant, encore multiplié par la multiplication des recours. Exemple: entre les administrations sociales et le responsable. Il y a ainsi un enchevêtrement des recours. Ce contentieux très développé a un coût social. On s'est dit (pas seulement en France mais d'abord aux Etats-Unis): ne serait-il pas préférable que chacun supporte le dommage qu'il subit, à condition que ce dommage soit couvert par une assurance automatique? Sans qu'il y ait à se préoccuper des problèmes de faute. Ce système diminuerait la part de l'appréciation judiciaire et donc de l'intervention de la machinerie judiciaire. Ce ne serait pas la suppression absolue du droit mais sa réduction. Telle était l'économie du projet Tunc ("la Sécurité

Routière", 1966). Ce système aurait été comparable dans son automatisation, au système de la Sécurité Sociale. Dans la pensée de l'auteur, la finalité était en première ligne d'assurer une meilleure protection des victimes. A l'heure actuelle, notre système, fondé sur les articles 1382 et suivants du code civil, laisse subsister des zones de non-réparation. Tandis que la sécurité routière aurait assuré une réparation en principe générale. C'était l'objet premier. Subsidiairement, il y avait l'idée de réduire la part du droit dans l'accomplissement des réparations et donc le coût du droit. Ce qui suscita des réactions vives, parfois passionnées, de la part des assureurs (qui craignaient d'être entraînés dans un système de réparations plus étendu qu'à l'heure actuelle, sans pouvoir remonter les primes) et des barreaux (dont les motifs ne furent pas exposés très clairement). Il faut bien reconnaître que le coût social du droit se traduit par la vie, pour partie, des agents du droit. (Pour partie.) Dès lors, il n'est pas inconcevable que les agents du droit fassent valoir leurs intérêts. Nous rencontrons là un phénomène constant dans l'économie: Une certaine sclérose des structures par les intérêts en place et les situations acquises. Il est évident que le système de la sécurité routière avait l'inconvénient de heurter ceux-ci.

2) Le coût du droit par rapport à l'individu.

Il s'agit de rechercher ce que le droit (en général) coûte à un individu, soit sur sa vie entière, soit en moyenne annuelle.

Le coût varie en fonction de "variables" qu'on va caractériser.

- En fonction de variables économiques, c'est-à-dire des propriétés que peut avoir l'individu. La propriété est source de juridicité. Un vieux proverbe dit : "Qui terre a, guerres a". A l'époque féodale, ceci pouvait être pris à la lettre; ensuite, la guerre, c'est les procès. La propriété foncière cause des procès. Ce n'est pas nécessairement l'étendue de la propriété qui est décisive du volume de droit auquel l'individu va être en proie; c'est les longueurs des frontières (procès de voisinage). Exemple: le Loir-et-Cher où des zones de vignobles (plus restreints) coexiste à côté de zones de terres arables (plus vastes): le nombre de procès était beaucoup plus élevé dans la zone viticole que dans les autres zones rurales. Parce que la propriété viticole est peu étendue.
- En fonction de la variable professionnelle. Un commerçant a plus d'occasions de "faire du droit" qu'un simple particulier, et la grande affaire plus que la petite (même proportionnellement au chiffre d'affaire: parce que la grande banque, par exemple, a des contentieux organisés). Est-ce que, dès lors, le droit leur coûte

plus cher ? En fait, il y a des rejets dans le domaine fiscal: l'entrepreneur va rejeter le coût du contentieux (c'est-à-dire du droit) sur la clientèle. C'est en réalité celle-ci qui paiera le droit.

- En fonction de variables psychologiques. Si le droit peut être ramené au contentieux, la processivité variable des individus peut agir sur ce que le droit leur coûte. Il est difficile de ramener la processivité à d'autres caractères discernés par la psychologie générale. Exemple: est-ce que la processivité n'est pas la forme juridique de l'agressivité ? L'identification serait trop sommaire. Il peut y avoir autre chose que de l'agressivité dans la processivité. Car dans celle-ci, il y a l'appel à un tiers médiateur et, du même coup, quelque chose qui ne peut pas se ramener à l'agressivité. De plus, dans le procès entre une part de jeu (surtout dans les procès des sociétés archaïques). Le procès est un hasard et cet aspect ludique contribue à donner au processif un tout autre aspect que l'agressivité.

Que coûte le droit pour chaque individu, en dépense monétairement chiffrable ?

Disons d'abord ce que le droit représente en dépense de temps.

(A côté du budget familial-argent, on parle du budget familial-temps: il y a pas mal de recherches de budget-temps à notre époque. Exemple: c'est par une série d'enquêtes qu'on peut déterminer le budget-temps d'une famille ouvrière.)

Est-ce que, dans le budget-temps, on peut faire apparaître la part du droit ?

Il ne semble pas que les recherches menées y soient parvenues.

Dans l'"Almanach pittoresque" de 1861, il est montré la répartition du temps passé dans une vie de 95 ans. En fait, c'est la vie d'un rentier qui est ici décomposée: 8 ans auront été consacrés à l'étude ou au travail (2 heures par jour); 32 ans au sommeil; 1/4 de la vie aux maladies, aux voyages, aux procès et aux accidents (il n'y a pas de sous-ventilation entre ces quatre catégories dont il faut noter le rapprochement). La part des procès doit être assez considérable. Il y a là un trait de mœurs: à cette époque la part des procès était plus importante que chez nous. Néanmoins, il faut observer que le contentieux en tant que forme de la juridicité, est remplacé par autre chose: la formalité administrative, la formalité de guichet. il faudrait comptabiliser, dans le budget-temps du français moyen, l'attente au guichet de la Sécurité Sociale. C'est une forme de faire valoir son droit. Même remarque pour la rédaction de la déclaration

fiscale. Ce sont là les formes modernes de la réalisation du droit.

En outre, il y a du droit qui se cache sous beaucoup d'actes de la quotidienneté. Il est difficile de déterminer quelle est la part du droit dans ces phénomènes. Il y a une part de Folkways. Exemple: si nous devons aller chez un notaire pour une acquisition d'immeuble, nous avons le sentiment que c'est du droit. Si nous achetons un objet chez un marchand, il y a là une parcelle de droit qui est incluse; mais nous n'avons pas le sentiment que cette part de droit prend du temps. Autre exemple: le temps que la mère de famille passe à l'éducation des enfants inclut également une part de droit. Car la relation de la mère à l'enfant est aussi une relation juridique.

3) A un dernier niveau, recherchons quel peut être le coût du droit pour une affaire en particulier. Ici, l'individu est mis en face d'une décision juridique particulière. Le sujet calculera le coût du droit impliqué dans l'une ou l'autre branche de l'option. Il existe une convention dont le mécanisme repose en partie sur cette évaluation: la transaction (articles 2044 et suivants du Code Civil) où chacun des contractants apprécie ce que lui coûterait la poursuite du droit qu'il prétend avoir, par rapport à l'enjeu de l'affaire. Si le droit lui paraît plus cher que l'enjeu, il consent une transaction. C'est donc en partie le coût du droit qui est la cause de la transaction. En partie seulement: il entre aussi des éléments affectifs, par exemple, la haine des procès, l'amour du prochain. Est-ce qu'on peut pousser plus avant l'analyse de cet esprit de transaction? Il existe des tests de la transaction. L'un a été utilisé dans une enquête sur échantillon national relative aux accidents de la route (1968). Il y figurait cette question (qui était une question-test, c'est-à-dire destinée à provoquer l'enquêté à faire apparaître sa propre personnalité): " Imaginons que vous ayez été victime d'un accident de la circulation et que vous ayez subi un préjudice de trois millions d'anciens francs. L'assurance de l'adversaire ne conteste pas le montant du préjudice, mais elle n'est pas d'accord sur les causes de l'accident, donc on voit se dessiner une possibilité de procès. Il y a des témoins pour vous, il y en a aussi pour votre adversaire. Il y aura un procès s'il n'y a pas une transaction. A quel montant accepteriez-vous cette transaction ?"

- A 1 million d'ancien francs, 7% des enquêtés cèdent et déclarent qu'ils accepteraient la transaction;
- A 1 million 1/2, 12%;
- A 2 millions, 32%;
- A 2 millions 1/2, 65%;

- Mais il y en a 29% qui résisteraient encore quoique le procès soit aléatoire;

- Et 6% n'avaient pas d'opinion.

Voilà un test de processivité.

Remarque : Ici, le choix n'est pas exactement entre le droit et l'absence de droit; le choix est entre deux solutions juridiques; mais qui le sont avec une intensité variable. Le procès est plus intensément juridique que la transaction. Cela parce que le procès est quelque chose de très "agonistique".

Une autre orientation : la remarque que l'insignifiante du préjudice peut créer des seuils de non-juridicité. C'est-à-dire: il est des relations sociales qui restent dans le domaine des mœurs parce que le coût de leur mise en oeuvre dépasserait de beaucoup le profit à atteindre. D'où l'impossibilité de construire un droit de la vente des journaux au détail. Les aspects juridiques ne dépassent pas ici le seuil de la juridicité. Le droit en a eu conscience et dans un cas au moins a constaté l'existence de ces seuils. C'est l'adage "De minimis non curat praetor", c'est-à-dire: l'insignifiante de l'intérêt ne permet pas de saisir le juge. En effet, dans les conditions procédurales de recevabilité de l'action en justice, figure l'intérêt qui doit être "sérieux" par opposition à "futile". Autre maxime "Parum pro nihilo", c'est-à-dire: ce qui est peu est réputé équivalent au néant. Un intérêt pratique découlait de la maxime: lorsque l'huissier se présente pour procéder à une saisie-exécution, s'il n'y a rien, il dresse un "procès-verbal de carence". Mais, ajoutaient les procéduriers (et les huissiers les suivaient), lorsque l'huissier trouvait dans l'appartement un mobilier saisissable de faible valeur, il devait le laisser. Autre exemple: notre Préfet de police prend des règlements pour déterminer la destination des objets trouvés dans le Métro; et récemment encore il y avait deux catégories d'objets soigneusement distingués: les objets de valeur nulle, par exemple les emballages, et les objets de valeur insignifiante (exemple: journal). On ne devait pas prendre de dispositions particulières pour ces deux catégories: elles étaient assimilées l'une à l'autre.

Mais cette attitude du droit n'est pas sans nuances. Une autre attitude s'est traduite dans le passé par des proverbes. Exemple (contraire de "Parum"): "Judicandum de parvo sicuti de magno", c'est-à-dire: on doit juger des petites choses comme on juge des grandes, et "Qui vole un oeuf vole un boeuf", c'est-à-dire: il ne faut pas pardonner aux petits voleurs. Ce qui est de petite valeur pour un riche peut être de

grande valeur pour un pauvre. Il n'y a donc pas à distinguer selon le coût du droit.

Et il y a toujours eu dans la vie juridique un type de champion du droit qui croyait devoir faire des procès pour réaliser le droit. Von Ihering avait exalté cette attitude dans "Le Combat pour le Droit": C'est un devoir pour chaque citoyen de réaliser son droit en combattant. Et il y a eu de ces champions. Exemple: si on analyse le contentieux des Chemins de fer à la fin du siècle dernier, on voit qu'il y avait là des procès faits pour des intérêts extrêmement minimes (exemple: arrivée du train avec 15 minutes de retard); les Chemins de fer étaient à ce moment de grandes compagnies privées.

La notion de coût du droit est importante parce que elle est là comme un frottement, un frein de la machine judiciaire.

- B -

#### La spéculation sur le droit

Il convient d'expliquer cette formule: l'idée est que les sujets de la règle de droit peuvent se livrer, à propos de son application présente ou future, à un calcul économique. L'ensemble de ces calculs finirait par constituer une espèce de marché invisible des lois.

Au départ: il y a une certaine problématique de l'application des lois. Le droit dogmatique suppose que les lois s'appliquent; il postule l'effectivité de la loi. L'époque des Lumières a contribué à nous faire accepter la croyance en la toute-puissance de la loi. Les économistes partagent cette croyance. Ils tendent à considérer que la loi est un élément toujours efficace d'intervention dans la vie économique: des sanctions civiles et pénales suffiront à assurer l'efficacité de la règle. C'est méconnaître des phénomènes que la sociologie juridique considère comme naturels: d'abord l'inefficacité de la loi. Pour des pourcentages variables, les lois ne sont pas appliquées. Elles peuvent éprouver des échecs. Historiquement, on voit que des lois d'intervention économique ont manqué leur but. On peut se demander si les lois caducaires d'Auguste ont réussi à faire remonter la natalité; les historiens répondent que non. Un exemple plus récent: les lois de taxation (loi du maximum sous la Révolution). Depuis 1940, nous n'avons jamais rejeté le principe de la taxation des prix; or il est constant qu'il a fallu continuellement remonter le taux de la taxe. Evidemment, ce n'est pas parce qu'une loi ne s'applique pas qu'elle est ineffective. Exemple: les lois de taxation ont pu

avoir l'action de retarder la hausse du coût de la vie. On pourrait se demander s'il y a des causes à l'ineffectivité des lois. Exemple: pour les lois de taxation, ce peut être la multiplicité des points de vente. Plus généralement, la sociologie juridique peut se demander s'il n'y a pas des niveaux de saturation juridique (c'est-à-dire si, à un certain moment, il n'y a pas trop de lois dans la société) ou (plus fondamentalement) s'il n'y a pas une attitude de désobéissance aussi naturelle à l'homme que l'attitude d'obéissance.

Donnons quelques exemples de spéculation sur le droit.

1) La spéculation sur les lois positives actuelles.

Des lois (dans le sens de règles de droit) interdisent la stationnement dans les rues; c'est une règle assortie de sanctions. Or, l'usager peut faire un calcul de probabilité sur l'application de la loi. Le phénomène n'est pas ici d'effectivité ou d'ineffectivité, mais d'incidence (au sens de la loi fiscale: c'est-à-dire que l'individu aurait la possibilité de rejeter sur autrui le poids de la règle). Le phénomène d'incidence n'est pas spécial à l'impôt. Il est concevable pour toutes les lois. Concernant la sanction spéciale contre le stationnement interdit (amende): le professionnel qui met sa voiture en stationnement interdit pour le compte du client, va évaluer la probabilité pour lui d'éviter la sanction pénale; et les livreurs parisiens font entrer dans leur prix de revient le risque de contravention. C'est une manière de rejeter la charge de l'amende sur le client.

Il existe des marchandises illicites. Exemple: le sel sous l'Ancien Régime, le tabac actuellement: ces commerces faits par des particuliers sont illicites. Autre exemple: la drogue, les stupéfiants. Il est connu que les contrebandiers font entrer dans leurs prix le risque qu'ils courent de la sanction pénale.

Pendant l'occupation allemande, il y a eu le phénomène du marché noir qui a offert un large champ d'observations de sociologie juridique: c'étaient des lois de rationnement et de taxation qui expliquaient la formation du marché parallèle. Les prix de celui-ci étaient plus élevés; mais, en contre partie, il y avait des marchandises. Certains économistes, à notre époque, ont travaillé dans cette direction: il y a des marchés noirs provoqués surtout par la législation de sécurité sociale: le travail "noir". Certains économistes commencent à étudier scientifiquement ces phénomènes qu'ils appellent d'"underground economy". Sous l'économie saisie régulièrement par le droit, il existe une économie "souterraine". Il existe des nuances

dans la noirceur de cette économie: des dissidences plus ou moins prononcées par rapport aux différents systèmes de normes. Il y a des économies d'illicéité absolue dont les tenants se sentent en marge, non seulement du droit positif, mais même d'une espèce de droit naturel (exemple: prostitution). Il existe une zone d'illicéité relatif dont les tenants se sentent en marge, non d'un droit naturel supérieur mais seulement de lois passagères. Sans doute y a-t'il entre l'illicéité absolu et le relatif, des passerelles; mais il faut constater que, sous l'économie officielle, il y a une autre économie. Exemple: en Italie, le Conseil de l'Economie et du Travail a dit qu'il y avait de 0,6 à 1 million de travailleurs occultes dans l'agriculture, contre 4 millions de travailleurs déclarés. Ce même Conseil évaluait à 35 milliards de francs français les gains dépendant de cette économie souterraine.

2) On peut spéculer, **pas** seulement sur la loi actuelle, mais sur la lex ferenda. C'est-à-dire sur un changement de législation à plus ou moins long terme. En voici un indice chiffrable, pour lequel il existe un marché (ne traduisant à l'état pur le phénomène): le marché libre de l'or comportant plusieurs articles, lingots, pièces de monnaie de différents types comme le Napoléon. Or, c'est un phénomène bien connu que le napoléon depuis qu'a été rétabli le marché libre de l'or en 1948, a constamment fait une prime par rapport au lingot: les particuliers qui achètent des pièces de vingt francs consentent à payer une prime plus ou moins élevée par rapport au lingot (le 12 Janvier 1973, elle était de 30,24 %). Pourquoi cette prime? Peut-être parce qu'il y a un afflux d'acheteurs de napoléons qui ne pourraient pas être acheteurs de lingots. Mais aussi parce que chez ces acheteurs, il y a le souvenir d'un temps où la détention d'or était illicite. Le raisonnement est que il sera plus facile de se débarrasser de quelques pièces d'or que d'un lingot. On peut dire plus facilement que la pièce d'or est un "souvenir de ma grand'mère". Cela explique qu'il y a des variations entre les monnaies des pays différents: les Etats emetteurs sont cotés différemment, car pour certains états comme la Tunisie, on a conscience qu'on ne pourra pas facilement aller en Tunisie pour se débarrasser de ces pièces. C'est le contraire pour la Suisse.

## Section II

### Les contrats et le crédit

On ne se préoccupera pas de la formation du contrat. Ce sont les effets des contrats qui retiendront notre attention. On envisagera les contrats en tant qu'instruments de crédit.

Qu'est-ce que le crédit ? C'est la confiance contractuelle. Le contrat envisagé comme instrument de crédit, suppose un mouvement de confiance contractuelle. On rencontre ici un phénomène de psychosociologie juridique: la confiance contractuelle.

Une fois ce contrat conclu, le contractant à qui il a été fait confiance est endetté. Si bien que, source de crédit, le contrat est aussi source d'endettement.

Donc notre réflexion ne concernera pas tous les contrats, mais seulement ceux qui sont générateurs de crédit.

#### - § I -

### La confiance contractuelle

On peut considérer qu'il y a un schéma élémentaire de psychologie ou de psycho-sociologie par lequel un individu fait confiance à un autre.

Si l'on prend ce schéma sous son premier aspect, on dira qu'on est dans le domaine des moeurs et non du droit. La première forme de la confiance contractuelle, c'est le prêt en nature entre voisins. A usage ou de consommation. Cela intervient dans le domaine de la "philia" (comme disait Aristote). (En droit romain, les contrats de prêt ont été des relations d'amitié avant d'être munis d'action juridique par le prêteur). Pour que l'opération se noue, il faut que le prêteur se montre confiant, "crédule". L'Ecole écossaise de psychologie estimait qu'il existait un instinct de crédulité chez l'homme. Cette analyse était-elle fondée ?

La confiance contractuelle n'est pas si naturelle que cela. La défiance est peut-être aussi naturelle. Elle conduit à ne contracter que au comptant. Pour contracter, il faudra que l'homme vainque trois facteurs de défiance, facteurs se situant dans le temps, dans le débiteur, dans les autres.

1) Premier obstacle: le temps.

Juridiquement, la première forme du crédit, c'est le terme,

évènement futur et certain. Du moins, c'est ce que nous disons aujourd'hui; mais la certitude n'est venue, psychologiquement, que à la longue: dans les sociétés archaïques, on n'était pas sûr que le terme arrive jamais. Certains préhistoriens du droit (L.Gernet pour la Grèce) ont observé que la machine du droit à cette époque n'avait pas de prise sur l'avenir. Autrement dit, le droit archaïques n'admet pas l'anticipation sur l'avenir. Alors que dans les relations d'amitié, cela paraît tout simple. et Gernet cite des formules grecques pour lesquelles, quand le prêteur a suivi la foi de l'emprunteur, il n'aura pas d'action en droit. Parce que il a anticipé sur l'avenir. En droit romain, le vendeur qui a suivi la foi de l'acheteur n'a plus de droits sur la marchandise, disent les textes. Tandis que celui qui a vendu au comptant reste propriétaire de la chose jusqu'au paiement du prix. Autre exemple: le gage, chez les primitifs, n'est pas compris comme chez nous (Pour nous, c'est un objet sur lequel l'exécution pourra porter). Chez les primitifs, le gage actualise l'obligation: c'est la présence actuelle du gage qui fait que l'obligation assortie d'un gage pourra être juridique: parce qu'on sait que l'avenir ne fera pas obstacle. Idem pour le cautionnement. Aujourd'hui nous disons: c'est un mécanisme parfaitement économique; dans le droit archaïque, la caution est un otage sur lequel le créancier a la mainmise. C'est le phénomène qui confère à l'obligation sa juridicité. Autre exemple: le "nexus" à Rome. Le débiteur est là, dans les liens du créancier: c'est ce qui actualise l'obligation.

Dans une seconde phase, le droit va prendre possession de l'avenir. Le droit romain classique connaît des contrats de crédit (Même dans les droits historiques, on peut en signaler des traces). Exemple: dans la formule du contrat "verbis" (la stipulation), il y a un type primitif (spondesne ?) et une formule plus récente (dabisne ?). La formule ancienne est au présent, la formule plus élaborée est au futur. Voyez également la coutume qu'on retrouve dans beaucoup de droits anciens, notamment dans le droit hébraïque, qui libère périodiquement tous les débiteurs: l'année sabbatique (tous les 7 ans) et l'année jubilaire (tous les 49 ans). Le droit arrive à appréhender l'avenir, mais pas pour trop longtemps. Tous les 49 ans, chacun rentrait dans ses propriétés: ceux qui avaient vendu rentraient en possession de la propriété vendue. L'idée est toujours la même: une limite dans le temps le crédit ne peut pas se prolonger trop longtemps. Des publicistes du XVIIIème siècle en France disaient que "lorsque le roi meurt les dettes de l'Etat meurent aussi".

Une phase de plus : dans l'ère capitaliste, la prise du droit sur l'avenir devient totale. Exemple : les rentes perpétuelles émises par l'Etat au XIXème siècle. C'est l'idée que le crédit peut être éternel. (C'est très différent de ce qu'était la rente perpétuelle au Moyen Age.)

Cela ne durera pas. Après la Guerre 14, avec les phénomènes inflationnistes, les droits seront conçus plutôt pour le débiteur que pour le créancier. Aujourd'hui, le crédit à long terme est un crédit de 15 ans.

Voilà l'évolution des attitudes du droit à l'égard du phénomène-temps.

## 2) Deuxième obstacle : le débiteur.

Ici, le risque est que le débiteur soit insolvable. Au jour du contrat il veut et peut payer; que voudra-t'il et que pourra-t'il dans quelques années ? c'est un phénomène complexe que la solvabilité: il comprend des éléments économiques (capacité de paiement) et psychologiques (volonté de paiement). La capacité de paiement, c'est la base économique du crédit; mais il y a une clé juridique à cette capacité: il faut que le système juridique permette de réaliser la valeur économique qui satisfera le créancier. D'où l'institution des voies d'exécution. Dans les droits archaïques, la base économique du crédit, c'est la force de travail du débiteur: le créancier sera satisfait par une exécution directe sur le débiteur, il s'appropriera la force de travail de celui-ci en le réduisant en esclavage. Cette réduction peut porter sur le débiteur ou sur sa famille (enfants, lesquels sont quelque fois donnés en gage par le débiteur). Le droit romain avait connu le système de l'exécution sur les biens, mais au Moyen Age, on constate une réduction de la base économique du crédit: dans la plupart des systèmes coutumiers, l'exécution ne peut porter que sur les meubles. Les immeubles sont des biens qui ne doivent pas être aliénés. Le siège des dettes c'est la partie mobilière du patrimoine. La partie immobilière n'appartient pas au débiteur lui-même mais à sa famille. De ce droit médiéval, on a conservé une trace dans le Code Civil, aujourd'hui dans la loi "extravagante" qu'est le décret du 1er Mars 1876 sur la saisie immobilière ("Discussion du mobilier": en première ligne, ce sont les meubles qui doivent être saisis). L'esprit des droits modernes, c'est que le patrimoine tout entier est la base économique du crédit.

Encore faut-il que la base économique du crédit soit animée par la volonté de payer. Il a toujours existé des mauvais payeurs. Si l'on scrute plus avant cette psychologie, on constate que c'est

moins la malhonnêteté que le manque d'énergie, l'ataraxie sans coloration morale, qui pousse le débiteur et explique ce que l'on considérerait comme le non-vouloir payer. Le problème de l'exécution va ici se déplacer. Elle sera destinée, non à fournir des valeurs économiques au créancier, mais à lui procurer par un détour psychologique (la volonté de payer), un paiement volontaire. On fera pression sur le débiteur. A toute époque, on voit que le mécanisme d'exécution des créances ne consiste pas seulement dans l'exécution immédiate mais aussi dans la pression faite sur le débiteur. Ici aussi, on peut retracer des époques. Dans beaucoup de systèmes archaïques, la pression exercée sur le débiteur est de nature magique ou religieuse. Le débiteur est voué aux Dieux infernaux s'il ne paie pas (Damnatio). Il faut ici faire mention du jeûne à la porte du débiteur. Le créancier jeûne jusqu'à mourir d' inanition devant la porte du débiteur. Celui-ci ne voudra pas avoir la conscience chargée de cette sorte de suicide. On constate ce système dans les Indes ex-anglaises sous le nom de "Oharna" et dans les droits celtiques; ce qui a fait dire aux ethnologues du droit que cette institution est antérieure à la dispersion de la race indo-européenne et en Irlande au XIXème siècle, cette pratique fut réemployée sous la forme de la grève de la faim, par des prisonniers. Le débiteur résiste mal; et ce mécanisme psychologique n'est pas inefficace. Certains ethnologues ont observé (et ce n'est pas sans intérêt) que le jeûne du créancier à la porte du débiteur ne fonctionne que quand le débiteur est socialement supérieur ou égal au créancier. Sinon, il sera recouru à la saisie. Cette institution rejoint donc la damnatio ou devotio: si le créancier meurt, il reviendra de l'au-delà pour tourmenter le débiteur.

Dans des systèmes juridiques qui nous sont plus connus, nous rencontrons la contrainte par corps (abolie en France par la loi de 1867). Ce n'était plus un moyen de capter la force de travail du débiteur: le créancier devait faire l'avance de la nourriture du débiteur: et les "dettiers" (détenus pour dettes) n'étaient nullement tenus à travailler. A notre époque, la contrainte par corps n'existe plus. On a néanmoins, au XXème siècle, fait état d'un retour à ce système de pression psychologique par le jeu de sanctions pénales: création de délits consistant à ne pas payer certaines dettes. Exemple: création en 1924 du délit de l'abandon de famille. A côté du droit, il y a des pratiques de fait qui sont dans la même idée de contraindre le débiteur; exemple: la pratique du chèque de garantie. Le créancier fait signer au débiteur un chèque avec une indication de date future (ou sans date) Muni de ce chèque, le créancier peut agir sur le débiteur en le mana-

çant de poursuites pour émission de chèque sans provision.

Il faut remarquer que l'élément matériel et l'élément psychologique peuvent se combiner: l'incapacité de payer peut entraîner un découragement du débiteur. Plus encore, la volonté de ne pas payer peut déterminer l'incapacité de payer. Chez les débiteurs malhonnêtes, le débiteur organise son insolvabilité. Chez les autres, il y aura manque de zèle dans la réunion des moyens de paiement. Il existe ainsi un profil caractériel du mauvais débiteur. Il faut remarquer que l'élément psychologique peut difficilement être connu d'avance. Dans la pratique, les établissements de crédit essaient de dessiner le profil économique-caractériel des débiteurs.

A l'époque moderne, la relation créancier-débiteur est souvent collectivisée, massifiée. Ces phénomènes nouveaux vont déterminer ici des transformations. Pour une grande entreprise de vente à crédit, le problème du crédit n'est plus à l'échelle des individus. Peu importe qu'il y ait chaque année des défaillances. Le problème est en première ligne un problème de masse qu'il faut traiter statistiquement. Il y a un risque collectif d'insolvabilité; or ce risque est assurable. D'où l'assurance-crédit. L'Etat intervient parfois pour faciliter ces opérations d'assurance (crédit à l'exportation). Mais il y a un autre aspect. C'est un fait que parmi les débiteurs, les collectivités publiques sont parfois les plus importantes. Or le problème est ici différent: le problème de l'insolvabilité de ces collectivités se pose en des termes très différents. Quant à l'Etat, il n'est jamais insolvable: "Fiscus semper solvendo". Idem pour les collectivités publiques. Les sociétés nationalisées ne peuvent pas être mises en faillite: elles sont censées toujours solvables. Parce que leur insolvabilité déclencherait une crise financière trop grave. Seulement, ce qui est exclu, c'est l'incapacité de payer (au moins de payer avec une monnaie qui peut être sujette à dépréciation).

3) Troisième obstacle: les autres.

Des tiers par rapport au contrat sont là; leur présence peut altérer les relations entre le créancier et le débiteur. Ils peuvent se transformer en adversaire du créancier. Qui sont ces tiers?

- Les autres créancier du même débiteur. D'avoir le même débiteur, cela crée des liens entre les créanciers. Plus généralement, à ceux-ci, le droit confère une certaine condition. La communauté des créanciers du même débiteur est ambiguë: parfois il y a une position de coopération, parfois de compétition entre eux. La coopération est artificielle et elle n'est pas toujours soutenue par le droit et animée par la conscience collective des individus.

Les procédures collectives d'exécution (exemple: faillite) supposent une collaboration juridiquement organisée entre les créanciers. Ils sont organisés en une masse dotée de la personnalité morale. Mais il y a plus: certains créanciers sont d'avance organisés en personnes morales. Exemple: les créanciers d'emprunts obligataires forment une masse qui est là pour surveiller le débiteur commun (qui est une société anonyme) et pour éventuellement agir en justice (loi sur les sociétés anonymes, articles 293 et suivants). Il y a là une collaboration un peu forcée. Dans les faits, nous avons des phénomènes d'opposition qui peuvent être constatés à l'intérieur de ces masses. C'est que la compétition paraît beaucoup plus naturelle dans ces groupements. Les techniques traditionnelles laissent apparaître cette "loi de la jungle" entre les créanciers. Voici quelques expressions qui montrent cela: "Loi du concours", ce qui signifie que chacun nuit aux autres et que les plus récents créanciers vont concourir avec les plus anciens qui dès lors se sentiront frustrés; "Le paiement est le prix de la course", c'est-à-dire: bien qu'il n'y ait pas chez nous de privilège du premier saisissant, celui-ci se paiera le premier sur le prix de la saisie; l'on dit à ce sujet: "Tarde venientibus ossa", parce que la chair aura été dévorée par le premier saisissant; La notion de "privilège": le créancier privilégié est l'ennemi-né des chirographaires; plus généralement, les créanciers qui obtiennent du débiteur une garantie; plus encore qu'une méfiance envers le débiteur, la garantie est une mesure de défiance contre les autres créanciers. A l'heure actuelle, dans la technique française du crédit, l'opposition est vive entre les créanciers chirographaires et une partie toute particulière de créanciers privilégiés: l'Etat en tant que fisc et l'Etat sous les espèces de la Sécurité Sociale. On leur reproche de laisser les débiteurs accroître leur passif pendant un certain temps, ce qui diminue le gage des autres créanciers.

- L'Etat intervient entre les créanciers et les débiteurs privés. En agissant sur le droit, il peut agir sur l'obligation. Il peut suspendre l'exigibilité de la créance: il reporte l'échéance des débiteurs, c'est la technique des moratoires. Il peut abolir complètement les dettes du débiteurs (cela a joué un rôle important dans l'Antiquité). L'Etat moderne vide l'obligation de sa substance par la technique de la dépréciation monétaire: c'est une technique d'aide au débiteur. Aujourd'hui, le risque de dépréciation monétaire est devenu plus considérable que le risque d'insolvabilité. Le crédit, dans notre pratique du XXème siècle, est devenu une opération triangulaire où le créancier fait crédit au débiteur et plus encore à l'Etat.

L'endettement contractuel

Quelques précisions préalables.

Il est connu en droit dogmatique que le contrat est une source d'obligations (art. 1101 du Code Civil); mais il y a des obligations peu significatives, par exemple celles dont l'exécution est instantanée. Autre exemple, l'obligation de livrer en nature, ou l'obligation de faire. Tout cela ne nous intéresse pas. Ce qui est significatif ici, c'est l'obligation à terme de somme d'argent: par exemple la vente à crédit. Il existe des endettements qui peuvent résulter d'une autre source que la source contractuelle (par exemple d'un délit); mais cela ne nous intéresse pas.

De ce que l'endettement a sa source dans l'accord de volontés, certaines colorations de l'endettement résultent. Le débiteur est dans cette situation parce qu'il l'a voulu. Pour le droit dogmatique, c'est une circonstance décisive: *volenti non fit injuria*. Pour la sociologie juridique, cette circonstance est-elle aussi décisive: est-ce que la volonté du débiteur n'a pas été contrainte (par exemple, par une situation de nécessité économique)? Il est certain que la volonté peut n'être pas à l'abri de tout vice psychologique du consentement. Cependant, il n'est pas indifférent de remarquer que le débiteur est endetté parce qu'il l'a voulu. Cette circonstance va agir sur l'opinion publique de tous ceux qui s'abstiennent de recourir au crédit. En effet, il y a une espèce de défiance collective à l'égard du crédit. Une ombre, du point de vue moral, entoure les opérations de crédit. Evidemment, la psychologie collective peut être différente à cet égard d'un pays à l'autre (exemple: France et Etats-Unis). Mais, dans les archétypes collectifs, il existe une appréhension à l'égard du crédit. Exemple: Mr. et Mme. Sautel, dans les *Mélanges Tetot*, pages 507 et suivantes, font une étude sur l'adage: "Comme les boeufs, par les cornes ont lie, ainsi les gens par leurs mots font folie": ils font remarquer que le fond de la maxime révèle une certaine crainte devant le contrat générateur de crédit. Voyez également cette autre maxime: "Bele parole fet fol lié", qui date du XII<sup>ème</sup>.siècle et qui signifie: d'endetter par contrat est un acte qui n'est pas raisonnable.

Les sources de l'endettement

On raisonne sur l'endettement contractuel; il s'agit donc de

**contrats.** Tous les contrats comportant une obligation à terme de somme d'argent, constituent des sources d'endettement.

Citons: le bail à loyer ou à terme, qui peut être une source d'endettement par l'accumulation des "termes" impayés. L'endettement du locataire a tenu une grande place sociologique au XIXème. et au début de ce siècle. Spécialement à Paris. Dans toutes les périodes de tension politique, ce problème apparaît (exemples: 1848, 1871). De même, les guerres ont attiré l'attention sur ce problème du paiement des loyers (exemple: 1914). On vit apparaître la technique des moratoires de loyers: le gouvernement intervient pour suspendre les poursuites contre les débiteurs de loyers impayés. Le problème a perdu son acuité de nos jours; nous avons une législation sur les loyers, mais elle est le reflet d'une politique socio-économique transformée. De nos jours, ce n'est plus l'argent qui manque, c'est les logements.

Le prêt à intérêt pourrait être considéré comme l'instrument par excellence du crédit. Il englobe inévitablement un autre problème: le problème de l'intérêt. Dans l'économie moderne, le prêt se fait à intérêt. D'où le problème de l'usure.

Autre source très moderne du crédit la vente à crédit. De cette source, il existe des variétés nombreuses: la vente à crédit peut porter sur des immeubles ou des meubles; tenons-nous en aux ventes mobilières, et plus particulièrement aux ventes au détail. Voyez Melle. Cornaert, le Commerce de détail dans l'Année Sociologique, 1966/ La vente de marchandises au détail donne souvent lieu à crédit. Quelle était la pratique de cette vente au moment de la rédaction du Code Civil? Voyons certains textes de celui-ci. L'article 2101 du Code Civil énumère les privilèges généraux; on y trouve une liste de créanciers privilégiés et sous le N° 5 (remanié en 1964) on voit que les fournitures de marchandises de subsistance faites par les "marchands en détail" (boulangers, bouchers) sont privilégiées. (On peut en déduire que la consommation de viande à la fin de l'Ancien Régime n'était pas si exceptionnelle.) Voyez également l'article 1333 du Code Civil: le mode de preuve par les tailles. On a laissé subsister cet article bien que la pratique des tailles ait disparu même dans les campagnes les plus reculées. Mais cet article était une allusion à une espèce de vente à crédit.

A travers quelques débuts d'enquêtes en la matière, on constatera un conflit entre deux attitudes auxquelles donne lieu la pratique de la vente au détail à crédit. D'un côté, le marchand, au XIXème siècle, a toujours cherché à écarter l'achat à crédit. Ainsi y a-t'il des types d'affiches dissuasives qui étaient disposées dans les boutiques:

c'était parfois des affiches imagées destinées à signifier aux consommateurs que le marchand ne ferait pas crédit. Ce type d'affiche a été très étudié par les folkloristes: c'est l'affiche "crédit est mort" (parce que les mauvais payeurs l'ont tué). Il y a dans cette imagerie une chaîne universelle (remontant au XVIème siècle): les mauvais payeurs sont les militaires, les musiciens et les peintres. On remarque aussi sur l'affiche, la présence d'une oie accompagnée de la légende: "Mon oye fait tout", c'est-à-dire: la monnaie fait tout (avec de l'argent comptant, on peut tout obtenir, sans argent, rien).

Autre type d'affiche: on représente un coq en disant dans la légende: "Quand ce coq chantera, on fera crédit".

On a fait la remarque que ce thème a fait de nouvelles poussées aux époques de désordres financiers (exemple: après les guerres). Si le marchand cherche à écarter le crédit par des moyens dissuasifs (remarque. Tout en disant: "Je ne ferais pas crédit", ce qui est une invocation du droit, le commerçant adoucit la rigueur de la règle juridique en maniant l'humour; c'est une idée à retenir: le droit serait insupportable s'il était appliqué à nu entre les particuliers), il peut aussi chercher à encourager la vente au comptant. C'est la pratique de l'excompte: si le client paie comptant, on lui consentira un léger rabais sur le prix.

De l'autre côté, le consommateur va utiliser des moyens variés pour obtenir un crédit. Il va parfois faire du charme. Voyez *Germinal* de Zola. La famille de mineur qui est au centre du roman, est obligée de recourir au crédit auprès d'un marchand au détail qui consent du crédit avec des sentiments assez troubles à l'égard de la jeune fille de la famille. Même à notre époque, on a vu se produire ceci: la famille désireuse d'obtenir du crédit envoie l'enfant faire les courses sans argent.

Mais la vente à crédit a, à notre époque, une grande importance sous une autre forme: la vente à tempérament d'appareils ménagers, de postes de télévision et d'automobiles. Ce mécanisme s'insère aujourd'hui dans des préoccupations d'économie nationale et c'est de la sorte que ce type de vente a été réglementé: parce que l'ampleur de ces ventes risque de provoquer l'inflation et la dépréciation monétaire. D'où le décret du 20 mai 1955, base d'un système par lequel les pouvoirs publics peuvent fixer le volume maximum du crédit qui puisse être consenti en matière de ventes à tempérament.

Néanmoins, on peut constater certains aspects de droit privé de l'opération. Ainsi, dans l'article 220, alinéa 3, du Code Civil, inséré par la loi du 13 Juillet 1965, on voit que la vente à tempérament ne

fait jouer la solidarité des époux pour le paiement des dettes ménagères qu'autant qu'il y aura eu la double signature. Cette disposition, édulcorée devant le Parlement sous la pression des sociétés venderesses d'appareils, a été motivée par la constatation que dans les grands ensembles de la Région Parisienne, les femmes restées seules à la maison étaient souvent victimes de démarcheurs faisant remarquer à la femme que l'appareil vanté ne coûterait pas grand chose (à notre époque, il y a parfois des phénomènes d'usure qui se déguisent sous les ventes à tempérament.) Le décret de 1955 exige aussi que le vendeur remette une attestation des clauses de l'opération.

Autre observation: dans quelle mesure l'acheteur à tempérament se sent-il propriétaire de l'objet acheté à tempérament ? Ou bien, se sent-il une âme de locataire ? Il y a là des états de conscience incertains. Chez les copropriétaires d'appartements dans un grand ensemble, l'état d'esprit apparaît bien davantage comme un état d'esprit locatif que comme un état d'esprit propriétaire. Exemple: le syndic est considéré comme un mandataire d'un propriétaire mythique. quant aux ventes mobilières à tempérament: on a constaté que, quand l'acheteur d'une automobile à tempérament avait démoli la voiture avant le paiement de tous les termes, il se considérait comme entièrement libéré: dans son esprit, l'obligation était liée à la chose.

Le cautionnement. Dans les droits archaïques, c'est une opération très riche du point de vue sociologique. On constate là que le véritable débiteur ne s'engage pas lui-même: il donne un tiers pour otage, et s'il n'exécute pas lui-même, le créancier s'en prendra à l'otage qui est ainsi une caution. Celle-ci sera souvent un parent du débiteur principal. Celui-ci sera déshonoré s'il ne fait pas l'impossible pour délivrer l'otage: pour délivrer son ami, on ferait peut-être plus de sacrifices que pour se délivrer soi-même. Il y a là un moyen efficace du droit. (L'otage a survécu dans une certaine mesure dans le droit international public moderne. Il n'est pas exceptionnel que le droit des gens aie conservé des institutions qui avaient disparu depuis longtemps en droit interne.) Cela a permis à des sociologues de soutenir que l'obligation de la caution était antérieure à l'obligation principale qui a été d'abord une obligation d'amitié seulement sanctionnée par les moeurs. Dans la pratique du cautionnement, on relève un trait du droit primitif: on n'est jamais vraiment seul dans le contrat, on a derrière soi sa famille. Pour le cautionnement ancien, cela est très clair, et cela explique que le cautionnement se soit mieux conservé dans le milieu rural communautaire que dans le milieu urbain. On a décelé souvent dans ce milieu une propension à cautionner

inconsidérément. Voyez par exemple l'arrêt de la Chambre Civile, 25 Mai 1964, Dalloz, 1964, page 626. Dans certains cantons de Suisse montagnarde, il a même fallu prévenir les intéressés par des exigences de forme. On se cautionnait comme on s'enivrait de concert. D'où une loi fédérale de 1961: le contrat doit être authentique.

- B -

### Les effets de l'endettement

1) L'endettement fait naître une certaine condition juridique de débiteur, plus sociologiquement d'endetté. C'est une condition bipolaire, un rapport entre l'endetté et le créancier. C'est un phénomène individuel. Beaucoup d'éléments sont fournis par l'ethnologie juridique. Il convient de partir d'une espèce d'esclavage de l'endetté: l'ethnologie établit une certaine analogie entre l'endettement et l'esclavage. Il se peut qu'au début (très ancien droit romain), faute d'exécution volontaire, le créancier pouvait réduire l'endetté en esclavage (legis actiones). Des résurgences de fait de cette réduction en esclavage ont pu être relevées encore à notre époque: en Amérique du Sud, on a voulu voir dans le péonage une forme atténuée de l'esclavage: or, la source de celui-ci était dans beaucoup de cas l'endettement. Claude Lévi-Strauss, dans "Tristes Tropiques", relève, dans le nord du Brésil vers 1935, que beaucoup de vendeurs à crédit essayaient de se procurer de cette manière-là de la main-d'oeuvre à bon marché.

En dehors de ces résurgences de fait, il y a à observer des maximes: Publius Syrus, contemporain de Cicéron, nous a laissé des maximes dont l'une est ainsi conçue: "Aes alienum, acerba servitus", c'est-à-dire: l'argent d'autrui est un esclavage amer. Dans les Proverbes (Chapitre 22, verset 7): "Celui qui emprunte est le serviteur de l'homme qui prête". C'est le même archétype. Dans une pièce d'Ibsen, la "Maison de poupée" (1879), où les dettes jouent un grand rôle, une phrase exprime la même idée.

Ce qu'il y a là de dramatique peut se trouver atténué par des accommodements dont il appartient à la sociologie juridique de faire état. Le débiteur est devenu tel à la suite d'un accord de volontés. Les accommodements dont il s'agit sont des accommodements de fait, de moeurs. Comment expliquer ces adoucissements? Il faut tenir compte d'une pression diffuse de l'opinion: la règle de droit est tempérée par des règles de Mores. Exemples: Shylock dans "Le Marchand de Venise", Mr. Vautour au XIXème siècle, sont des exemples à ne pas suivre. Les créanciers craignent d'être taxés de cette manière. Il existe aussi une

certaine tendresse humaine dans le coeur des créanciers, personnes physiques. Certains ouvrages portent des traces de ces accommodements. Exemple: "Le parfait négociant" de Savary: "Comment faut-il se comporter dans sollicitation des dettes" est un passage où Savary met au point toute une tactique pour récupérer des dettes. Et l'auteur dit que la patience est une vertu importante. Elle est du reste répandue chez les créanciers. Dans la pratique du prêt hypothécaire, il est caractéristique que le créancier accordera souvent des termes. Même si l'on prend une institution dogmatique comme la mise en demeure (article 1146 du Code Civil), l'on voit que celle-ci est la traduction dogmatique de la patience du créancier.

La pratique du commerce peut tendre à éliminer ces éléments de psychologie inter-individuelle. Certains procédés de recouvrement des créances introduisent l'anonymat et donc l'insensibilité. Exemple: les agences de recouvrement, la technique du factoring, ont pour résultat d'éliminer ces considérations, ces patiences, ces tendresses que connaissait le droit traditionnel. L'arrêt de la Chambre Civile, 7 janvier 1970, Dalloz, 1970, page 287, montre que les tribunaux essaient de freiner l'ardeur de ces agences qui essayaient d'usurper des fonctions officielles (Huissier).

Depuis que le crédit est devenu élément d'une politique économique, l'Etat peut intervenir pour recommander des ménagements à certains créanciers sur lesquels il a des moyens d'influence, de persuasion. Il ne faut pas que les voies d'exécution se multiplient. Parfois on assistera à un retournement du rapport des forces. A force de faiblesse du créancier. Car celle-ci est une réalité: et le créancier peut être rejeté dans une position de subordination vis à vis d'un débiteur hardi. L'art de ne pas payer ses dettes est réel: voyez la scène entre Don Juan et Mr. Dimanche, de Molière (Acte IV). La pratique des grandes faillites a souvent montré que le débiteur en faillite était remis par acclamations à la tête de ses affaires. Tant la confiance des créanciers dans le débiteur est grande. Peut-être entre-t-il une part de calcul dans ces concordats généreusement accordés.

2) L'endettement, dans ses effets, est aussi un phénomène collectif. Comme tel, il revient avec fréquence. Il est accompagné de phénomènes sociologiques conséquents: les efforts de la classe des débiteurs pour soulager le poids des dettes qui l'accablent. On constate des révoltes des débiteurs. De cette lutte nouée entre des créanciers et des débiteurs, la Cité ne peut se détourner. Le choix est le plus souvent fait en faveur des débiteurs. Pourquoi ? Parce que ceux-ci constituent sans doute la classe la plus nombreuse. Peut-être aussi parce que, dans les Etats modernes, l'Etat est le débiteur le plus considé-

nable.

Voyons quelques faits. Dans l'Antiquité (grecque ou romaine): on a trace d'une réduction des dettes décidée en Grèce par Solon. A Rome, derrière le conflit entre les plébéiens et les patriciens, il faut voir le problème des dettes. Dans l'ancien droit, on voit apparaître des conflits débiteurs-créanciers. Exemple: en 1593, pendant le siège de Paris, les marchands font requête de suspendre le recouvrement des dettes (Finalement, cette requête sera rejetée). En 1848, il y avait à Paris une masse de créances en souffrance: des débiteurs réclamèrent d'être dispensés de payer une partie de leurs dettes; ce fut repoussé par l'Assemblée Nationale. En 1867, la contrainte par corps fut abolie: c'est une mesure en faveur des débiteurs. Henri Capitant voyait une coupure dans l'histoire de notre droit civil post-napoléonien. C'est une période d'esprit démocratique et humain qui s'ouvre dans notre droit civil, dit-il. Cette loi de 1867 ne fut votée qu'à une faible majorité. C'est l'action personnelle de Napoléon III qui emporta la décision: dans sa jeunesse, certaines de ses idées avaient été "socialistes". Cet esprit favorable aux endettés se prolongea au XXème siècle. Il eut une occasion historique: la crise économique dite de 1929, qui commença à faire sentir ses effets en France vers 1933. A partir de ce moment (où une certaine déflation de l'économie se traduisit par une pénurie de moyens de paiement pour les débiteurs), les pouvoirs publics intervinrent en faveur des débiteurs. Voyez Georges Ripert, Régime démocratique et Droit civil moderne, 1ère édition, 1937, Ns° 69 à 80 (spécialement le n°75). Cette intervention des pouvoirs publics a pris à notre époque d'autres formes. Hormis cette époque de déflation, le pays a vécu en état d'inflation généralisée. Or la dépréciation monétaire est la technique la plus efficace pour alléger la condition des débiteurs. On a parlé dans ce cas de l'"euthanasie des droits des créanciers".

Ainsi voyons-nous une sorte de conflit entre la classe des créanciers et celle des débiteurs. Comment interpréter ce phénomène? Certains historiens disent que la lutte entre la classe débitoriale et la classe créancière serait plus vaste: Historiquement, elle serait la lutte des classes au sens marxiste. Chez Saint-Simon, il y a une présentation analogue à cela: conflit entre la classe des débiteurs et celle des rentiers. Marx avait été attiré par la Révolution de 1848: dans "La Lutte des classes en France", il a intégré ce conflit entre la classe débitoriale et les créanciers à son schéma général de la lutte des classes. On ne peut s'empêcher d'observer que la classe débitoriale ne coïncidait pas avec le prolétariat. On y trouvait beaucoup

de petits commerçants et de petits propriétaires fonciers. Marx dit que l'endettement aboutit à la prolétarisation d'un nombre croissant de petits capitalistes: ainsi arrive-t'il à faire la synthèse entre la classe débitoriale et le prolétariat.

### Section III

#### La monnaie et l'impôt

En apparence, ces deux institutions sont hétérogènes; cependant, on aperçoit des liaisons entre les deux. A la racine des deux, il y a des prérogatives étatiques: l'Etat bat monnaie et prélève l'impôt. Ces deux institutions relèvent donc du droit public, sous certaines réserves: à l'origine, la monnaie a pu apparaître dans des rapports inter-individuels; aujourd'hui encore, il y a des monnaies privées: les économistes insistent sur la création privée de monnaies: les grandes banques, par le jeu du crédit, sont créatrices de monnaies. Dans le volume de monnaie, on fait entrer non seulement la monnaie scripturale, mais aussi le crédit accordé par les grandes banques. De même, on pourrait découvrir des phénomènes sociologiques d'impôts privés: exemples: des phénomènes de rackett, de maffia, ou encore de collectes. Mais, en général, impôt comme monnaie sont des phénomènes d'origine étatique. Et leurs effets peuvent être analogues.

A partir du moment où la monnaie a été utilisée par le prince pour se procurer des moyens de paiement, elle est devenue une institution comparable à l'impôt dans ses effets. Pour ce qui est des Etats modernes, c'est topique: l'Etat se procure de l'argent par l'impôt et par la dépréciation monétaire. Celle-ci fonctionne comme un impôt sur le capital d'expression monétaire. Cet impôt ne frappe que les capitaux ayant une expression monétaire. Cette dépréciation ne joue pas seulement au profit de l'Etat mais aussi au profit des débiteurs privés. Il y a ainsi une alliance tacite entre le prince et la classe débitoriale. Tout notre droit des obligations doit être conçu en fonction de ce dernier phénomène.

#### - § I -

#### La monnaie

C'est une institution juridique et un phénomène économique. Les études économiques l'ont considérée plutôt sous son aspect économique. Néanmoins, il y a certains éléments qui peuvent être retenus pour une sociologie du droit monétaire. Voyez l'ouvrage de Simmel, Philosophie

des Geldes, 1900. Philosophie, mais aussi ethnologie et psychologie. On va d'abord rechercher quelle est l'origine ethnologique de la monnaie; puis, on essaiera de déceler des phénomènes de pluralisme monétaire à mettre en rapport avec les phénomènes de pluralisme juridique. Le XXème. siècle finissant est assez désagrégateur vis à vis du monisme que l'époque de la codification napoléonienne avait mis en relief.

- A -

### Origine de la monnaie

Il s'agit d'une origine qui se situe dans les sociétés archaïques, les sociétés très anciennes (passé mort ou passé vivant, ce qui est les ethnies vivants actuellement mais qui représentent parmi nous des époques disparues). Dans cette recherche, les esprits se divisent entre deux grandes hypothèses. Dans une première doctrine, on prête à la monnaie une origine utilitaire, rationalisante; dans une deuxième doctrine, une origine mystique, irrationnelle. Cette dualité se rencontre quant à l'origine de beaucoup d'institutions juridiques.

L'hypothèse que la monnaie procède d'une invention utilitaire est avancée par Paul dans la lex origo (Digeste, I8, I, I, principium: "Origo emendi vendendique", c'est-à-dire, l'origine du contrat de vente) où il formule une hypothèse sur l'origine de la monnaie. "L'acte d'acheter et de vendre (plutôt que l'acte d'achat et de vente) tire son origine des échanges. Jadis, en effet, il n'y avait pas de monnaie et l'on ne qualifiait point l'une des marchandises de prestation et l'autre de prix....Chacun se débarrassait de ce qu'il avait en trop....Mais....une matière fut choisie (electa materia est) dont l'évaluation publique et constante remédierait aux difficultés des échanges par l'égalité quantitative (numérique: et ceci atterrira dans l'article 1895 du Code Civil); et cette matière frappée d'une forme donnée par l'autorité publique tire son usage et son appropriation moins de sa valeur que de sa quantité." Ce texte romain est à la fois une très ancienne approche ethnologique de la monnaie, et sur le terrain dogmatique, ce fut un appui textuel de la théorie dite nominaliste de la monnaie. Dans ce texte, Paul invoque l'origine de la vente, et par là-même, l'origine de la monnaie, aux fins d'en tirer argument pour la solution d'un cas précis: peut-il y avoir encore vente quand le prix n'est pas exprimé en argent? Les Sabinieniens tenaient que le contrat pouvait demeurer une vente, et ils tiraient argument de l'origine de la vente (la vente n'est que une variété de l'échange, disait-il)

A l'appui, Sabinus invoquait le témoignage de l'Illiade où les Grecs acquéraient du vin contre du bronze (les Romains avaient là le sentiment que c'était du droit archaïque: mais parce que tel, c'était un droit ayant une valeur particulière, parce que il pouvait être étayé par le mythe). Dans cette conception, la monnaie est une chose substantiellement quelconque mais qui a été choisie par l'autorité publique pour jouer le rôle d'un instrument dans les échanges. Cette conception est devenue classique (notamment chez les économistes du XIXème. siècle).

Deux orientations nouvelles de l'ethnologie ont fait surgir une autre explication. C'est le moment où les ethnologues développent la théorie de la mentalité archaïque. Suivant Lucien Lévi-Bruhl, celle-ci est prérationnelle, mystique. L'origine de la vente et de la monnaie ne peut échapper à cette nouvelle explication. La monnaie ne peut pas être une invention rationnelle, utilitaire. Son rôle sera mystique. Elle est là non comme une marchandise à substituer à d'autres; elle est un symbole lié à des représentations mythiques. Il y a irréductible originalité de la vente et de la monnaie. Cette dernière inclut un élément mystique: "Nummus numen": il y a une sorte de divin qui entoure la monnaie. C'est un élément équilibrant que la monnaie. C'est quelque chose qui vient des Dieux. A l'appui de cette analyse, on invoque le fait que dans la monnaie primitive, l'effigie des Dieux est souvent représentée. Rien de commun avec l'idée d'une marchandise dont les pouvoirs publics attesteraient la valeur.

Quand on pousse plus avant cette analyse, on distingue des variantes chez les auteurs. Certains voient le besoin irrationnel sous les espèces d'un besoin de parure. Ce besoin est constant dans les sociétés primitives. C'est la parure de la femme qui paraît la plus essentielle: la "parure de publicité"; mais si c'est la femme qui inventa la parure, c'est l'homme qui la transforma en monnaie. C'est le bijou qui a inventé la monnaie et non l'inverse. Ce qui explique que les premières monnaies, dans les sociétés primitives, étaient constituées par des coquillages. Ce sont les parures du chasseur. Voyez en ce sens, *Metals, Une monnaie archaïque: la cordelette de coquillages*, l'Année Sociologique, 1949-1950, pages 33 et suivantes. Mais, a-t-on objecté, n'y a-t'il pas ici une contradiction? La monnaie serait fondée sur le besoin de se différencier; tandis que un objet doit être partout reçu pour constituer une monnaie. On répond à cela que la première circulation de la monnaie n'a pas été une circulation d'échange mais une circulation de don entre amis, entre compagnons d'armes: donc une sorte de participation au prestige. On ajoute que pour les

sociétés primitives, la thésaurisation de la monnaie est plus importante que sa circulation.

Plus différemment, on présente le besoin irrationnel à la racine de la monnaie comme un besoin mystique. La monnaie est un objet sacré. C'est un objet de culte destiné à être offert en sacrifice: tel est son rôle premier. De cette origine mystique, on relève des traces à l'époque historique. Exemple: en droit romain, la répression du faux monnayage, même à l'époque impériale, paraît fondée, beaucoup plus que sur le préjudice pécuniaire, sur l'offense faite aux effigies sacrées des empereurs et des dieux. Voyez le Codex, livre 11, titre 11, Constitution 3 ("aeternales vultus"). On trouve de ces traces jusque dans la Bible. Avant la guerre de Judée (voyez Exode, chapitre 30), les Juifs devaient verser la capitation au Temple au moyen d'une monnaie spécialement fabriquée à cette fin (représentant peut-être la verge d'Aaron). Lorsque les Romains conquièrent la Judée, ils firent circuler des deniers à l'effigie de César; et ces deniers étaient destinés à payer l'impôt romain. La parole sur le denier de César peut s'expliquer ainsi. Ceci nous met en présence d'un phénomène de pluralisme monétaire.

- B -

#### Les phénomènes de pluralisme monétaire

On a déjà rencontré le pluralisme normatif; cela consiste en ce que, sur un même territoire sujet à des normes, il peut y avoir plusieurs systèmes de normes concurrents. Or, la monnaie n'est-elle pas par elle-même une norme? La norme, ce n'est pas seulement un commandement; plus primitivement, la norme, c'est une mesure (nomos). Voyez la relation: numisma-nomos: la monnaie est la norme. La monnaie fait partie du système des poids et mesures; et ce système est une pièce du système juridique dans son ensemble. On peut observer que la monnaie est virtuellement incluse dans toutes normes de droit patrimonial: si l'obligation est inexécutée, elle se dissout en argent.

Les phénomènes de pluralisme monétaire sont des phénomènes de pluralisme normatif et même de pluralisme juridique. Ils créent des conflits entre les individus qui sont saisis par eux (conflits d'ordre psychologique, psycho-sociologique). L'individu aura le sentiment d'appartenir à différents systèmes juridiques. Exemple: de nos jours, la sortie de tel pays dépendant jadis de la zone franc, est perçue comme une conquête de souveraineté. Néanmoins, entre les systèmes monétaires concurrents vont s'établir des passerelles. Exemple: cer-

taïns mécanismes juridiques comme le change.

On distingue deux sortes de phénomènes de pluralisme monétaire: dans l'espace et dans le temps.

1) Dans l'espace. L'hypothèse est que, synchroniquement, plusieurs monnaies ont cours (sans précision sur la nature juridique du "cours") au même moment sur le même territoire. Le pluralisme peut tenir à ce que des monnaies relevant de plusieurs souverainetés monétaires ont cours sur le même territoire donné. Cette situation fut celle du Moyen Age: les monnaies de plusieurs pays, à cette époque uniquement métalliques, étaient en concurrence. On a parlé d'anarchie monétaire à ce sujet; les hommes du Moyen Age ne le percevaient pas comme tel. Il y avait d'ailleurs des mécanismes d'accomodement: exemple: la pesée des monnaies. A notre époque, on a vu des situations dans lesquelles le système monétaire national était en concurrence avec des monnaies étrangères. Exemple: l'Union Latine: entre les Etats qui y participaient (France, Belgique, Suisse, Italie), on avait admis un cours légal pour les monnaies divisionnaires relevant des Etats participants. Aujourd'hui encore, voyez l'unité de compte européenne: il en résulte un pluralisme transnational.

A l'intérieur d'un seul système monétaire national, il peut y avoir sission. Ce fut la situation française sous l'Ancien Régime: il y avait dualité entre la monnaie réelle (l'écu) et la monnaie de compte (la livre). C'est sur cette dualité que reposait le mécanisme de la dépréciation monétaire. Quand le Gouvernement voulait libérer les débiteurs, il décidait que les débiteurs pourraient payer leurs dettes en livres avec une moindre quantité d'écus. Les variations étaient d'ailleurs assez limitées. A l'heure actuelle: si l'on analysait les clauses d'indexation, on verrait qu'elles aboutissent à une dissociation intellectuelle de l'unité monétaire.

2) Dans le temps. même dans l'hypothèse du pluralisme monétaire dans le temps, les monnaies circulent en concurrence à un même moment. Mais elles procèdent d'émissions se plaçant à des moments différents. Il y a une survie d'un système monétaire qu'on a voulu abolir. Exemple: lorsque le franc de la Révolution (loi de Germinal) a été mis en circulation (il se rattachait au système décimal, au contraire des monnaies de l'Ancien Régime), il succédait à la multiplicité des monnaies de l'Ancien Régime. Or, l'observation sociologique montre la lenteur avec laquelle le nouveau système monétaire a pénétré dans la pratique. Elle montre l'attachement au passé quand il s'agit de poids et mesures. Il fallut attendre 1837 pour prendre une mesure décisive en ce qui concerne les poids et mesures (la loi s'adressait surtout aux officiers

ministériels). La coutume est forte dans ces domaines-là. Nous vivons une expérience voisine: la substitution du nouveau-franc, franc-lourd-franc, au franc ancien. Cette substitution ne se fait sous nos yeux que lentement. D'autant que on n'a pas voulu changer l'appellation: un tel changement est très difficile (Voyez l'expérience belge du "belga", qui a échoué). L'usage du franc ancien reste très étendu. Quelque fois, c'est un usage net; quelquefois, un usage à titre de traduction de la nouvelle monnaie. Suivant qu'on veut forcer la note ou au contraire la réduire, on utilise telle ou telle unité monétaire. Voyez sur ce point, l'arrêt de la Chambre Commerciale, 14 Janvier 1969, Dalloz, 1970, page 458; l'arrêt de la Chambre Civile, 12 Janvier 1970, Semaine juridique, 70.2.16261.

On relève un phénomène particulier: le franc nouveau est plus facilement reçu pour les petits montants d'obligation que pour les grands. Exemple: on passera de neuf francs à mille francs. A l'arrière-fond de tous ces phénomènes, existe ce que l'économiste Simiand a étudié en 1932 sous le nom de la magie des gros chiffres (notamment en matière de salaires).

- § 2 -

L'impôt

Il est très important dans les sociétés modernes pour la sociologie juridique. Avec la route et (partiellement) le service militaire, il est le lieu de la plus intense perception du droit.

Les responsables nationaux en ont conscience.

Exemple: le ministre des Finances, le 20 Novembre 1972, déplore l'"allergie fiscale" de notre société. L'arrière-pensée est que la répulsion instinctive qu'il constate pourrait être supprimée par une meilleure organisation des "public relations" de la fiscalité. C'est-à-dire par des adoucissements psychologiques. En vérité: le problème de l'impôt met en jeu des données plus profondes que la psychologie superficielle. On ne peut pas faire abstraction, par exemple, de l'histoire nationale.

La sociologie de l'impôt a fait l'objet d'études; pour la France, voyez la thèse de Jean Dubergé, "La psychologie sociale de l'impôt", 1961; l'auteur était conseiller référendaire à la Cour des Comptes. Il a opéré sur un échantillon de 792 contribuables. C'est un échantillon empiriquement constitué, donc pas un véritable échantillon national.

Il a échantillonné les enquêtés selon des catégories socio-professionnelles mais non suivant des diversités régionales. Il n'a pas pu vérifier que le Midi est encore plus allergique à l'impôt que le Nord. Il n'a pas différencié suivant les sexes: c'est que la plupart des déclarations fiscales sont rédigées par les hommes, même quand le contribuable est la femme (ce qui mérite d'être relevé).

Nous allons considérer d'abord la loi fiscale.

Puis, la résistance à la loi fiscale.

- A -

### La loi fiscale

On se place d'abord sur un terrain de statique législative.

Le contribuable rencontre la loi fiscale parfois sans s'en apercevoir (achat de tabac), parfois directement (impôt direct).

La déclaration requise des contribuables pose un problème de psychologie sociale.

"Au début de chaque année, demandait Dubergé, la seule pensée d'avoir à remplir les feuilles de déclaration constitue-t-elle pour vous un souci sérieux, léger, peu important, ou négligeable ?"

- On répond: un souci sérieux : 39 % des enquêtés;
- Un souci léger : 26 %;
- Un souci peu important : 51 %;
- Un souci négligeable : 4 %.

Le souci sérieux est important. Néanmoins, Dubergé a voulu vérifier le point suivant: "Pourquoi est-ce un souci ?", a-t'il demandé à la suite des réponses stéréotypées. Parmi ceux qui ont répondu: "un souci léger", certains ont donné des motifs quasiment dramatiques. Exemples: "J'ai peur des pièges de l'administration"; "Il faut y penser longtemps à l'avance"; "Je tremble à la pensée de me tromper".

Quelques réflexions sociologiques là-dessus. Dans une typologie psychologique des lois, une loi imposant une déclaration fiscale entre dans une catégorie (qui n'est pas constituée uniquement par les lois dont il s'agit) qui est celle des "lois-tests", c'est-à-dire celle qui impose à la personne une projection de sa propre personnalité. Exemple: au XVIIème siècle en Angleterre, le Test Act de 1673 imposait une déclaration concernant les convictions religieuses. Corrélativement, une telle loi est ce qu'on appelle une loi de tentation. Elle a pour conséquence de placer le sujet entre son intérêt et son devoir. Il n'a d'autres limites que sa conscience: cette loi l'induit en tentation.

S'il y avait une déontologie législative, ce qui n'a guère été entrepris (à cause de la conviction que la loi est toute-puissante et toujours juste), le législateur devrait être circonspect à l'égard de ces techniques que sont les lois-tests et les lois-tentation. Celles-ci se comprennent en morale, moins en droit où il faut une certaine objectivité.

Quant à l'impôt indirect: Mr. Dubergé (en 1957; rappelons-nous cette date) avait posé des questions sur les mérites comparés des impôts directs et des impôts indirects: "L'impôt indirect vous paraît-il satisfaisant ?" 58 % des enquêtés ont répondu : oui; 39 % : non; 7 % étaient sans opinion. Le pourcentage des satisfaits montait chez les commerçants: quand ils sont soumis au système du forfait, 83 % répondent : OUI; pour les autres : 74 %. Pourquoi ? Dubergé posait le problème des motifs. Le motif le plus important de cette satisfaction:

- L'impôt indirect est invisible du fait de son incorporation dans les prix (60 %);
- Le contribuable peut s'en abstenir en n'achetant pas (10 %);
- Il frappe indistinctement tous les consommateurs (24 %);
- Autres raisons (6 %).

L'invisibilité de l'impôt indirect était retenue comme motif principal. Nous avons là peut-être une définition psycho-sociologique de cette sorte d'impôt. L'impôt indirect est celui qui est perçu sans qu'on s'en aperçoive. (Est-ce que la sociologie juridique ne peut pas contribuer à certaines définitions du droit dogmatique ?)

La législation fiscale est mobile; est-ce que certaines remarques peuvent être faites sur les changements de la législation fiscale ? La Direction Générale des Impôts avait déclaré au début de 1968: il est admis qu'un impôt ne paraît simple qu'après vingt ans d'application. C'était un lieu commun chez les fiscalistes que les vieux impôts étaient les bons (parce que en soi il n'y a pas de bon impôt). L'enquête de Dubergé permet d'une certaine façon de vérifier cette hypothèse. A l'époque de l'enquête, la "vignette" venait d'être mise en application. Or Dubergé avait dû faire son enquête pour partie en 1956 et pour partie en 1957. Et il faut remarquer que la haine pour la vignette avait sensiblement décréu après une année d'application. Autre remarque: il apparaît que l'impôt sur le revenu n'était pas aimé par les contribuables vers 1957; 50 % des enquêtés déclaraient qu'il était satisfaisant, 46 % qu'il ne l'était pas; parmi les 50 %, il y en avait 56 % qui ne se satisfaisaient que parce que ils redoutaient ce qui pourrait suivre une éventuelle abolition de l'impôt sur le revenu. Ceci atteste que un changement de la législation fiscale est redouté en

France. Ceci sans doute par référence à des expériences vécues dans le passé; mais aussi parce que la loi, d'une façon générale est mieux acceptée quand elle est recouverte par une espèce de coutume. Le temps est une dimension du droit. Tant que la loi n'est pas entrée dans les moeurs, il y a un réflexe misoniciste chez le sujet de droit. Pour la loi fiscale, c'est encore plus vrai: elle donne lieu à des phénomènes de translation et d'incidence. Or l'incidence ne s'opère que après un certain temps. Si la loi fiscale change, il faudra du temps pour renouveler les habitudes en matière d'incidence.

- B -

### La résistance à la loi fiscale

La matière imposable n'est pas inerte mais vivante. Il existe des réactions du contribuable; ce sont des phénomènes de psycho-sociologie juridique.

Il y a une résistance croissante avec la lourdeur de l'impôt : plus l'impôt est lourd, plus la résistance s'accroît. C'est la loi dite de von Gerlof: du nom d'un fiscaliste allemand de ce siècle. (Mais peut-il y avoir des lois déterministes en sciences humaines ?) Cette loi est mise en relation avec la loi d'Adolf Wagner (économiste de la chaire), souvent reproduite par les auteurs de notre siècle: la loi d'augmentation croissante des dépenses publiques. Dans nos sociétés, les dépenses publiques seraient sujettes à une loi d'augmentation croissante. De sorte que la loi fiscale est appelée chez nous à rencontrer une résistance croissante, semble-t'il résulter de la combinaison de ces deux lois.

Mais peut-être y a-t'il chez nous une certaine constance de la résistance à la loi fiscale. Parce qu'il y a d'autres facteurs: il faut tenir compte du prélèvement fiscal. On doit tenir compte du caractère utile et du caractère autotitaire du prélèvement fiscal. Quant à l'utilité: voyez la définition de l'impôt: il y a une définition structuraliste où l'on retient comme un des caractères de l'impôt que l'impôt est une prestation sans contre-prestation. Donc sans utilité directe (C'est pourquoi, disent certains sociologues, il y a quelque chose dans l'impôt qui s'attaque à l'un des instincts les plus puissants de l'homme, l'instinct du donnant-donnant.) Cependant, il faut nuancer cette constatation. D'abord, il existe des impôts à contre-prestation: la taxe (au sens strict). En outre, la contre-prestation n'est pas nécessairement une contre-prestation matérielle: ce peut être une contre-prestation en prestige. Les régimes censitaires l'ont compris:

les plus forts contribuables auront des droits de vote spéciaux. Est-ce vrai également dans les droits fiscaux modernes, ou est-ce le contraire ?

Quant au caractère autoritaire: le caractère autoritaire donne à la pression fiscale un caractère de traumatisme psychologique beaucoup plus fort. Les législations modernes ont atténué ce caractère. L'impôt est présenté comme le résultat, non d'un prélèvement autoritaire, mais consenti par la majorité des contribuables. Mais est-ce pris encore au sérieux par notre société actuelle ?

Il se peut que dans cette psycho-sociologie de l'impôt, le taux ait une action qui ne soit pas purement proportionnelle. Il est possible qu'il existe dans ce domaine des seuils psycho-historiques importants. On n'a peut-être pas suffisamment étudié quel peut être l'effet psychologique d'un archétype collectif comme celui de la Dîme (qui plonge ses racines dans l'Ancien Testament et a fait un détour pour parvenir à l'ancien droit). Il n'est pas sûr que ce taux de 10 % n'ait pas encore une valeur psychologique: au-dessus de ce taux, l'impôt serait perçu comme spoliateur. D'où la fraude fiscale et la révolte fiscale, deux phénomènes caractéristiques de la loi fiscale.

1) La fraude fiscale. C'est un thème vaste. C'est un aspect de la "criminalité en col blanc". Elle a fait l'objet d'une étude non proprement sociologique, de Mr. Lauré dans son "Traité de politique fiscale", 1956, pages 361 et suivantes: cela a eut un impact assez fort sur la politique fiscale.

La sociologie juridique relie ce problème à la sociologie des normes, et à cet égard, on constate la distinction entre l'illicite absolu, et l'illicite relatif. Si la loi fiscale est fréquemment violée, dira-t'on, c'est parce que elle n'est soutenue que par le droit positif. Pour beaucoup d'autres normes, la loi est soutenue par d'autres systèmes normatifs: il y a coïncidence entre le système juridique et les autres systèmes normatifs (moeurs ou éthique); en conséquence, l'individu sera mieux amené à obéir. La loi fiscale, par contre, ce n'est que de la loi positive. C'est pourquoi les gouvernements ont fait appel à d'autres systèmes de normes pour renforcer la loi fiscale (la morale; l'idéologie: par exemple la volonté nationale; ou encore la justice: la justice de l'impôt doit contribuer à le faire accepter). Mais que signifie le concept de justice fiscale ? Le concept de justice n'est pas sociologique en lui-même; mais la façon dont la justice est conçue dans une société donnée est un phénomène psychologique. Que dire du concept de justice fiscale ? C'est un concept évolutif, qui a évolué au cours des temps. A une certaine époque, la justice fiscale fut l'impôt proportionnel; maintenant, c'est l'impôt

progressif. Ce n'est que en 1913 que l'impôt progressif a été reçu par les normes juridiques. Bien que l'idée en eût déjà été développée par Rousseau et Montesquieu (Livre 13, chapitre 7 de l'Esprit des Lois: "L'impôt doit être proportionné aux besoins de ceux qui le paient": c'est l'idée qui est à la base de la progressivité). C'est seulement les marginalistes du XIX<sup>ème</sup>.siècle qui ont défini la base scientifique de l'impôt progressif. Une autre transformation est moins connue: la justice fiscale a été conçue autrefois comme individuelle; aujourd'hui elle est collective, c'est une justice par catégories, ce qui conduit à établir une solidarité à l'égard d'une même classe de l'impôt. On part de la considération que, dans certaines catégories sociales, il y a un pourcentage élevé de fraude : agriculteurs et commerçants.(il est probable que la présomption de fraude qui pèse sur eux a une justification.) Puisque dans cette catégorie sociale, la fraude est forte, il faut que le taux de l'impôt soit plus fort pour compenser la fraude couramment pratiquée. Ce raisonnement est officiel, fréquemment développé devant le Parlement. Il emporte une conception remarquable de la justice à travers la justice sociale. Individuellement parlant, il n'est peut-être pas très juste (pour les individus appartenant à cette classe qui ne frauderaient pas). Cela implique une conception collective de la justice, l'idée de la responsabilité collective (qui est un vieil archétype). D'autant que les contribuables ne sont pas longs à s'apercevoir du raisonnement. En 1957, on voit assez bien quel a été son effet psychologique. Dubergé avait posé une question sur la fraude: elle est souvent jugée avec indulgence, disait-il:

- 42 % des enquêtés pensaient: on a tort de frauder (les 2/3 appartenaient à des catégories où la fraude est techniquement impossible);
- 21 % : partiellement tort;
- 31 % : on a raison;
- 6 % étaient sans opinion.

Dans les 31 %, 1/4 justifiaient leur réponse ainsi: ils disaient: le taux des impôts est calculé en tenant compte déjà d'un certain pourcentage de fraude.

A la limite technique on rencontrerait le phénomène de l'impôt de répartition (Puisque on établit une solidarité par catégories socio-professionnelles, ne vaudrait-il pas mieux un certain montant à charge de chaque catégorie, quitte pour ces dirigeants à répartir ce montant parmi ses membres). L'impôt de répartition était le système classique du Bas-Empire (les "curiales" répartissaient l'impôt entre les citoyens de la communauté territoriale); il y provoqua des phéno-

mènes de fuite des curiales.

## 2) La révolte fiscale

Beaucoup d'émeutes de l'Ancien Régime furent suscitées par la lourdeur des impôts ou le changement de la loi fiscale. Cela doit être rapproché du phénomène de la lutte contre les créanciers. Les auteurs marxistes se sont demandé s'il y avait là un phénomène de lutte des classes. L'historien soviétique PORCHNEW avait travaillé sur les soulèvements paysans français du XVIIème siècle (citons sous Richelieu la révolte des croquants en 1634-1635, et la révolte des nu-pieds en Normandie en 1639). L'ennui, c'est qu'il y avait souvent des aristocrates qui prenaient la tête de ces soulèvements. A notre époque, il y a une certaine mystique qui entoure ces révoltes fiscales de l'Ancien Régime. Il y a quelques mois, on a essayé de réhabiliter Mandrin, chef de contrebandiers vers 1750. L'ORTF l'a présenté comme un précurseur de la lutte des classes.

Il est notoire que le prélèvement fiscal a joué un rôle dans la Révolution de 1789. Dans l'entre-deux guerres, il y eut des menaces de grèves des contribuables; ces grèves sont interdites par l'article 1747 du Code Général des Impôts. Voyez également les émeutes poujadistes de 1956-1957.

## CHAPITRE II

### Les discriminations de droit civil

Discrimination: c'est le revers de l'idée d'égalité. Les théories sur l'égalité ont leur importance dans la philosophie politique et dans la philosophie du droit. Voyez "L'égalité", articles publiés par le Centre de philosophie du droit de Bruxelles, 1971. Voyez surtout "L'inégalité en droit romain" de Mr. Michel; "Le principe de l'égalité dans le droit de la République Fédérale Allemande" par Mr. Chomet (?): dans la constitution de la République Fédérale Allemande, il y avait un principe très général d'égalité qui était inscrit; la Cour fédérale en a tiré des conséquences en droit civil: ainsi la puissance paternelle fut-elle mutée en autorité parentale.

Que peut-on dire en sociologie juridique ? Voyez Henri Lévi-Bruhl, Le mythe de l'égalité juridique, dans les Cahiers internationaux de sociologie, 1955. Lévi-Bruhl essaie de distinguer égalité de droit et égalité de fait. Il y a des inégalités économiques, par exemple, qui peuvent paralyser toutes les proclamations de l'égalité de droit.

On ne traitera pas de toutes les discriminations existantes; on retiendra les incapacités selon le code napoléon et les inégalités successorales.

### Section I

#### Les incapacités selon l'article 1124 du code napoléon

Si l'on remonte à la rédaction première du Code napoléon, on constate que trois sortes d'incapacités étaient ici retenues: celle des mineurs; celle des interdits; celle des femmes mariées dans les cas prévus par la loi. Cette insertion de la femme mariée avait donné lieu à beaucoup de critiques: la femme était rapprochée des mineurs et des fous.

Néanmoins, une tradition sociologiquement intéressante s'était instaurée. Considérée comme incapable selon la loi, la femme mariée avait cependant dans le ménage une position importante de par les mœurs. A notre époque, les femmes ont été biffées de l'article 1124; on dit aujourd'hui que la femme est égale du point de vue du droit; mais les inégalités de fait demeurent.

Aujourd'hui, le texte ne vise plus que les mineurs et les majeurs protégés au sens de l'article 488 du Code Civil.

Il y a donc à retenir deux grandes incapacités: l'"incapable majeur" (terminologie depuis 1968) et le mineur.

### - § I -

#### L'incapable majeur

Il s'agit du fou.

Sur la folie, la doctrine est considérable. Cette matière a donné lieu à une intense activité à notre époque. Ce n'est pas seulement la psycho-pathologie qui s'y est intéressée à notre époque, encore que elle se soit beaucoup transformée. C'est de la sociologie de la folie qu'on dira un mot.

L'attitude générale de la société vis à vis de la folie a fait l'objet d'une étude à notre époque. Exemple: "Sociologie des maladies mentales" de Roger Bastide, 1966.

Essayons de retracer quelle a été l'attitude des sociétés à l'égard de la folie.

On doit envisager plusieurs périodes. L'observation sociologique

montre que dans les sociétés primitives, le phénomène folie est intégré à la société. Le fou est intégré à la société archaïque. Il est conçu par l'inconscient collectif de la société comme nécessaire par sa présence à la santé de tout le corps social. Il y a une utilité du fou pour la société: le fou, c'est le modèle de ce qu'il ne faut pas faire. La présence du fou renforce la tendance à la sagesse. De cette intégration du fou dans la société, on retrouve des applications dégradées dans l'époque historique. Exemple : le fou du roi sous l'Ancien Régime. Le problème aussi des tribunaux de fous dans les coutumes germaniques: des jeunes gens vont juger le village d'une manière folle, c'est le Narrengericht. Encore entre les deux guerres il y en avait quelques survivances. Tout à fait à la limite, les journaux satiriques jouent un peu ce rôle. Sur ce rôle du fou dans les sociétés voyez Roumeguère, Mélanges Gurvitch, pages 289 et suivantes. Même au début de notre siècle, l'innocent du village apparaît comme le fou intégré. Il n'est pas ségrégué du corps social. Mais l'industrialisation a rendu difficile cette tolérance. L'observation historique montre au contraire un phénomène inverse: ségrégation de la folie. On va mettre à part le fou, pour se protéger de lui. C'est l'idée que la folie est déterminée par des fautes de l'individu aliéné. Les fous apparaissent comme des hérétiques mentaux. Telle a été la condition de beaucoup de fous sous l'Ancien Régime et même au XIXème siècle sous le régime instauré par la loi de 1838, même si celle-ci n' s'est appliquée qu'à une certaine fraction des malades mentaux. Il y a là un régime de protection de la société qui a été de plus en plus le régime de droit commun. Tout ceci a été décrit par Michel Foucault, Histoire de la Folie, 1961.

En droit civil, la loi du 3 Janvier 1968 n'a eu qu'une portée limitée: elle ne touche que la condition patrimoniale des fous. Elle laisse de côté la partie de la loi de 1838 relative à la personne. Il n'empêche que la loi de 1968 part de l'idée de malade protégé. On protège, non plus la société, la famille du malade, mais le malade lui-même. Mais: est-ce que, en les protégeant on ne les infantilise pas ? Certains psychiatres le disent. Que substituer, alors, à la notion de protection ? C'est peut-être la *lex ferenda*; mais des écoles psychiâtriques disent: la notion de participation. Participation à quoi ? Les solutions pratiques sont variables; dans certains asiles, on a essayé de faire fonctionner des communautés asilaires où les malades vivent en communauté avec les médecins et les soigneurs. Et puis, il y a l'anti-psychiâtrie, avec l'américain Cooper ("Psychiâtrie et anti-psychiâtrie", 1970) et l'italien Basaglia ("L'institution en négation", 1970).

Du point de vue de la sociologie juridique, on peut dire que la sociologie de la folie n'a pas été une sociologie du droit de la folie. Une sociologie du droit de la folie devrait compléter la sociologie de la folie. Le noeud de l'affaire est peut-être dans la société plutôt que dans le groupe dissident. C'est un peu le problème que rencontre la sociologie criminelle: celle-ci ne doit-elle pas être une sociologie de la loi pénale autant que une sociologie de la criminalité ?

- § 2 -

Le mineur incapable

Le mineur, à toute époque, a été atteint d'une incapacité qui n'a pas été générale; ni quant aux actes, ni quant à la durée. Il n'empêche, on rencontre partout une condition juridique du mineur qui est inférieure à celle du majeur. Il y a l'individu "en âge" et l'individu "sous-âgé". Il y a toujours deux temps dans la vie de l'homme. Le "jeune" est soumis à une condition juridique qui n'est pas celle de l'adulte. Or, c'est l'adulte qui a le pouvoir et dit le droit pour l'ensemble de la société. A l'égard de ses membres jeunes, la société oscille entre deux conceptions: tantôt, elle le voit comme un être différent de l'adulte; tantôt elle projette l'avenir du mineur et celui-ci lui apparaît comme un modèle réduit de l'adulte. Le problème du mineur ne se pose pas de la même manière que le problème de la femme: il existe entre les deux sexes une complémentarité qui impose l'association; tandis que la vie commune parents-enfants cesse rapidement. Autre différence: la situation du mineur est fluide, instable. Sur cette situation, on ne peut pas construire une condition stable. Si l'on observe sociologiquement l'attitude du droit à l'égard des mineurs, on verra que cette attitude résulte d'une tension entre deux pôles. Au long de l'histoire des sociétés archaïques à notre époque, on observe des périodes où la société ségrège les mineurs et d'autres où elle cherche à les intégrer. L'intégration peut se faire de deux façons: dans la famille ou dans la société.

D'où trois développements.

- Ségrégation;
- Intégration à la famille;
- Intégration à la société.

- A -

### La ségrégation

L'observation ethno-historique montre deux grands modèles de ségrégation des jeunes correspondant à des phases d'évolution différentes.

Le modèle le plus ancien est celui des classes d'âge.

Puis vient celui de l'incapacité du mineur.

#### 1) Le système des classes d'âge.

C'est une ségrégation matérielle sur le terrain écologique. Le phénomène a été fort étudié par les ethnologues: voyez SCHURTZ, "Classes d'âge et ligues d'hommes", 1902. L'idée fondamentale exprimée par ce titre est que dans l'ethnie primitive, il s'opère des scissions institutionnelles suivant les âges: il y a des classes d'enfants. Les jeunes vivent à part du reste de la tribu jusqu'au rite d'initiation de la puberté. Ils s'élèvent en bande en dehors du village. Ce phénomène présente une certaine généralité en ethnologie. On y voit une loi générale dans le développement de l'humanité. Les lois de Lycurgue montrent bien ce modèle.

Il est possible que dans la Rome très archaïque, il y ait eu des phénomènes de ce genre. On aperçoit que les "adulcentes" constituent une bande à part. Voyez Gagé, Cahiers internationaux de sociologie, 1938, pages 34 et suivantes.

C'est dans les ethnies du passé vivant que l'on a recensé des phénomènes de ce genre, en Mélanésie et en Afrique noire.

Quelle interprétation faut-il donner de ces phénomènes de ségrégation dans les ethnies archaïques ?

Beaucoup d'ethnologues établissent un rapport avec la parenté classificatoire, c'est-à-dire la parenté par classes. (Pour nous, la parenté est un rapport inter-individuel; il semble que dans certaines sociétés archaïques, il ait existé une autre sorte de parenté, une parenté par classes d'âge.) Ici, les relations de parenté s'établissent de génération à génération. Chaque enfant est l'enfant de tous les adultes de l'ethnie et le frère de tous les enfants de la même génération.

Peu importe que cela ait survécu à une époque où les couples étaient formés et où il n'y avait plus de promiscuité familiale.

On conçoit que dans un tel système de parenté, le phénomène de ségrégation des jeunes puisse plus facilement s'établir.

Mais l'aspect essentiel est ailleurs. Quel est le sens de la

ségrégation ?

Cette mise à part des jeunes n'est pas une séparation à l'amiable; c'est une séparation sur un pied d'hostilité. Diffuse ou même active. Une hostilité institutionnalisée, qui fait partie du processus d'éducation des adolescents. La société des jeunes n'a pas d'autres moyens de subsistance que d'aller piller la société adulte. Il y a des chapardages institutionnalisés pour faire vivre les jeunes. Exemple: le vol favorisé à Sparte. Eventuellement des violences légères à l'égard de la classe des adultes. Tout cela est institutionnalisé.

De ce phénomène, on entend découvrir des survivances dans les sociétés modernes. Cela pose un problème général. Comment cette survivance est-elle concevable ? Ne faut-il pas plutôt dire que les mêmes causes produisent les mêmes effets et qu'il n'y a plus de phénomène de transmission ? Ou faut-il admettre qu'il y a des archétypes collectifs à la Jung ?

Quoiqu'il en soit de la survivance, explication difficile à présenter, voyons de quelles survivances on fait état.

- Pour la parenté classificatoire: si l'institution de l'adoption a pu se répandre avec une grande force d'expansion, c'est que l'adoption trouvait un terrain favori dans les archétypes de la parenté classificatoire. Il y a chez tous les hommes un intérêt latent pour les enfants d'autrui.

Autre survivance invoquée: c'est un mécanisme juridique (contesté dans notre droit dogmatique): le droit de coercition qui appartiendrait à tout adulte sur l'enfant d'autrui. Dogmatiquement, la véritable procédure serait de s'adresser aux parents de l'enfant. Mais est-ce que l'instinct ne pousserait pas à opérer directement sur l'enfant ? On en a beaucoup discuté. En Allemagne, on a soutenu qu'on pouvait opérer soi-même (mécanisme de la gestion d'affaires).

- Pour les classes d'âge: certains sociologues pensent que dans le conflit des générations, il faut observer une espèce de survie du phénomène des classes d'âge. Les deux générations vivent sur un pied d'hostilité diffuse qui nous ramène vers le système du droit archaïque.

En fait, l'explication la plus courante est psychologique: le conflit des générations est plus couramment observé comme le fruit d'une relation inter-individuelle d'origine psychologique: la crise d'adolescence pendant l'adolescent affirme son moi. Voyez Debesse, Thèse, 1941. Voyez également la rivalité freudienne entre le père et le fils.

Cette interprétation courante fait peut-être bon marché de certaines données: le phénomène de la sociologie criminelle qui est les bandes d'adolescents. Ce serait un échelon intermédiaire entre les classes d'âge et les conflits de générations. Avec ces bandes, on a un rappel présent du modèle ethnologique. Mais ce phénomène des bandes est devenu un phénomène de déviance.

Autres survivances : les oscillations pédagogiques entre l'éducation privée et l'éducation publique.

Même à l'intérieur du concept d'éducation publique, il y a deux variantes : l'internat et l'externat. La société française a eu des faveurs pour l'internat et d'autres pour l'externat. A l'arrière fond de ces aptitudes pédagogiques, on peut voir des survivances du phénomène des classes d'âge.

Voyez Philippe Ariès : l'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime, 1960 : tantôt il y a eu faveur pour la vie dans la famille, tantôt pour l'internat et la ségrégation.

## 2°. Le système de l'incapacité.

Ici, la ségrégation va être obtenue d'une façon plus subtile : elle va être purement intellectuelle. Le mineur demeure dans sa famille. Il est séparé du monde adulte par une barrière qui est son incapacité. Telle est la solution suivie par les droits modernes et les droits européens à l'époque historique. Toutefois, on peut observer des variations. Dans une conception qui considère le mineur comme un être absolument différent de l'adulte, le système de l'incapacité comporte une mutation brusque à partir d'un certain âge : l'âge de la majorité (21 ans). Au contraire dans une conception qui considère l'enfant comme un modèle réduit de l'adulte, la coupure ne sera pas aussi tranchée et le système juridique comportera une espèce de continuum entre l'enfance et l'âge adulte.

Or : suivant les époques, on constate que les systèmes juridiques peuvent admettre la première conception ou la seconde. Après avoir été les metteurs en œuvre de la première conception, les systèmes juridiques, par une sorte d'affaiblissement, admettent un continuum.

En droit romain (comme dans le code Napoléon), après avoir coupé des périodes nettes dans la vie de l'être humain, on a admis des gradations : à la fin, en droit romain, il y a l'infans (qui fari non potest), l'enfant qui parle, l'impubère proche de la puberté, le pubère ....

Et si l'on prend le code Napoléon dans sa teneur la plus simple, il y a la coupure des 21 ans. Peu à peu, une gradation s'est établie et l'on peut parler des émancipations spéciales du mineur. Exemples : cer-

taines lois spéciales ; l'adoption : les caisses d'épargne : le droit du travail. Bref : la barrière uniformes des 21 ans n'est qu'une illusion.

A l'heure actuelle, depuis la loi de décembre 1964 sur la tutelle, les articles 389 - 3 et 450 du code civil reconnaissent aux mineurs une capacité pour agir personnellement dans tous les actes où l'usage renvoie à la coutume.

Observations générales relatives à la sociologie des normes : Il semble qu'il y ait là un phénomène générale de l'évolution des lois, que celles-ci soient soumises elles-mêmes à une loi scientifique : la loi, à l'origine, est la règle générale abstraite ; Et puis elle tend à se diversifier, à se pulvériser en une série de lois particulières, d'exceptions.

Sur ce système de l'incapacité, on peut faire d'autres réflexions sociologiques.

N'y a-t-il pas une part d'illusion dans les catégories dogmatiques : capacité (du majeur) et incapacité (du mineur) ? N'y a-t-il pas à distinguer la majorité juridique et la majorité sociologique ? (On retrouve l'opposition entre l'égalité de droit et l'égalité de fait.) Est-ce que ceci n'est pas influencé par la classe sociale ? Dans les classes pauvres, une majorité plus précoce que celle du code civil apparaît sans conséquence pratique, parceque il n'y a pas de patrimoine à gérer. Donc l'abaissement de l'âge de la majorité peut apparaître plus facile dans ces classes là.

Quant à la disposition suivant laquelle le mineur peut avoir des revenus de son travail, celle-ci est paralysée partiellement par une règle de moeurs : celle qui l'oblige à remettre une partie de ces salaires (mais quelle partie ?) à sa mère au titre de contribution aux charges du foyer commun.

(Il y a là une règle de moeurs manifestement liée à celle qui contraint le mari à remettre les salaires à la femme pour que celle-ci puisse faire face aux besoins du ménage.)

Cette règle de moeurs continue à s'appliquer même après les 21 ans.

Dans les classes aisées, capitalistes, la minorité peut se trouver prolonger par la dépendance économique. On voit ici la notion de minorité économique se substituer à la notion du droit dogmatique. L'entrée de l'adolescent dans la vie pratique est retardée par la prolongation des études.

L'indépendance de l'habitat, condition sociologique de l'indépen-

dance a été vivement ressentie pendant la période qui a suivi la deuxième guerre mondiale (car il y avait des pénuries de logements).

Autre considération : l'allongement de la vie humaine (dans lequel il y a quelque chose de vrai; mais dans quelle mesure précise ?) (En l'occurrence celle des parents) a pour effet de retarder la dévolution des patrimoines. En conséquence, l'adolescent doit attendre avant de se trouver à la tête d'un patrimoine .

Remarquez que la liberté testamentaire, dans la mesure où elle existe (quotité disponible) comporte un certain pouvoir d'exhérédation partielle. Ce pouvoir, entre les mains du père de famille est un instrument de la puissance paternelle ou de l'autorité parentale.

L'autorité morale des parents au-delà des 21 ans est de plus un élément dont la sociologie juridique doit tenir compte : cela montre que le pater familias peut continuer à gérer le patrimoine des enfants majeurs. Voyez l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier, 16 juin 1964 Dalloz 1965 Page 101.

- B -

#### L'intégration à la famille

Nous connaissons bien les institutions juridiques que l'on rencontre ici : la puissance paternelle (autorité parentale, selon le style nouveau), l'incapacité (qui concourt aux mêmes fins : elle a pour résultat, par son côté négatif qui est d'enlever tout pouvoir aux mineurs de concentrer tout pouvoir juridique entre les mains des parents).

Comme corollaire de ce mécanisme d'intégration, il faut ajouter la responsabilité civile des parents pour les actes dommageables des mineurs à l'égard des tiers (article 1384 du code civil). C'est une conséquence et une justification du pouvoir. L'autorité parentale est manifestement sous-jacente à une institution qui paraît conçue surtout dans l'intérêt des tiers. Il y a aussi l'intérêt de la société. La société ne peut pas tout faire elle-même : elle renonce à suivre tous les responsables individuellement. Il est bon pour les sociétés d'avoir des "relais" d'autorité où l'autorité se fera sentir sans qu'il y ait besoin de la faire descendre du plus haut. Remarquez qu'il existe, dans notre droit pénal, une responsabilité de père et mère pour certains types de délits commis par les mineurs : les "amendes (dites) fiscales" pour les délits de chasse, pêche, ...

On pourrait trouver, sur l'intégration du mineur dans la famille, beaucoup d'aspects dans la sociologie générale. Spécialement sur les rapports avec les parents. Les tendances psychanalytiques se sont donnée

libre cours dans l'analyse de ce type de relations (où le père est présenté comme plus répressif et la mère comme plus permissive). Sur tout ceci, on peut faire la réserve que le grand absent dans tout cela, c'est le droit : c'est d'un point de vue de mœurs que l'analyse est conduite. Il y a par endroits une certaine méconnaissance de l'histoire du droit qui conduit les auteurs à considérer comme nouveaux des phénomènes qui sont de tous les temps.

- C -

#### L'intégration à la société.

C'est la socialisation de l'enfant. Qui se fait par la famille, par l'école (pas seulement du fait de l'enseignement, mais du fait des camarades) et par l'"école parallèle" : les masses media, la rue. On pourrait faire une remarque sur les études menées dans notre propos : le droit est assez absent ; ici, c'est peut être plus légitime. Car si, dans le concept de socialisation, on peut découper une espèce de spécialité qui serait la "juridicisation" (le futur citoyen doit être "juridicisé") ce dernier processus est relativement secondaire par rapport au processus général de la socialisation. Mais, il faudrait voir comment s'opère la juridicisation de l'enfant et de l'adolescent.

Ne voyons pas là une idée de notre temps : l'idée que l'enfant doit faire l'apprentissage du droit appartient au passé : voyez l'instruction civique sous la troisième république.

Peut être pourrait-on, à travers un certain échec (l'échec final) de l'instruction civique, apercevoir les difficultés congénitales du processus de juridicisation de l'enfant.

Mais voyons les rapports de la société globale et de la famille.

Il faut partir d'une analogie historique qui est une analogie créatrice. C'est l'analogie entre la cité et la famille, l'Etat et la famille. La cité est un agrégat de famille. La famille est une cité en réduction. Ce transfert est constant dans la littérature politique ou familiale de toutes les époques. Du même coup, la relation du prince et de ses sujets est une relation analogue à celle qui existe entre le père et l'enfant. (Car il y a l'idée sous-jacente que la famille est antérieure à la société.) Voyez la phraséologie de la monarchie absolue : Louis XIV parle de son "amour paternel" pour tous ses sujets ; Louis XV se dit, le "père commun de tous ses sujets". Et tous les politologues de la monarchie ont mis cette idée en vedette. Exemple : Jean Bodin, Bossuet ("l'autorité royale est paternelle"; le paternalisme introduit ici un élément

de tendresse humaine). De cette théorie, il y eut, à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle en Angleterre, une forme plus élaborée celle de Sir Filmer Robert, célèbre par la réfutation que Locke en a faite. Filmer l'a exposé dans un livre (1680) intitulé : "le Patriarche ou l'autorité paternelle fondée sur le droit divin et la primogéniture". Filmer part d'Adam qui avait un droit naturel de domination sur ses enfants. Ce droit naturel, il l'a transmis successivement à tous ses descendants : il y a là un modèle : celui qui donne la vie a le droit de la reprendre. (L'ancien droit romain donne de ce droit des exemples mythiques). Aujourd'hui, dit Filmer, le roi a remplacé le patriarche.

Locke s'insurgea là-contre dans son premier traité du gouvernement. Il fit valoir que celui qui donne la vie n'as pas toujours le droit de la reprendre : Le père en engendrant, ne sait pas toujours bien ce qu'il fait.

On voit bien l'analogie entre la famille et l'Etat.

Est-ce-que, de cette analogie, des conséquences se déduisent entre ces trois entités; Etat, famille, enfants ? On pourrait dire : l'Etat va s'appuyer sur les familles. C'est la conception traditionnelle. Donc, la famille et l'autorité parentale forte sont nécessaires à la cohésion de la société. Cette conception n'a jamais été mise en question : l'Etat s'est toujours appuyé sur les parents. Mais, dans la réalité sociologique, il y a d'autres données : il existe une méfiance des Etats à l'égard des corps intermédiaires ; et finalement la famille en est un. A notre époque, un sociologue, Banfield, a développé une théorie opposée à la famille. Il étudie ce qu'il appelle le caractère anti-social de la famille. (Son observation n'est peut être pas transposable dans la société française : il a étudié les familles de l'Italie de Sud.) Son idée est que un groupe familial trop fort ne favorise ni le développement politique ni le développement économique. Cette idée n'est pas nouvelle : les gouvernements ont redouté la conspiration de la famille ; car cette conspiration est cimentée à tous les instants. Si bien que l'Etat a pu essayer de seservir de membres de la famille pour pénétrer dans la famille. Les alliés les plus naturels, ne sont pas la femme, ils sont les adolescents parce que ceux-ci sont en état de révolte contre l'autorité parentale. D'où l'utilisation de la jeunesse contre l'autorité parentale qui est un phénomène récurant de la sociologie politique. Exemples : Savonarole, à la fin du XV<sup>e</sup> siècle, avait mobilisé la jeunesse de Florence d'une manière massive (carnaval de 1496); Cent ans plus tard, à Paris, la Ligue avait semblablement mobilisé les enfants : qui réclamèrent la lutte à outrance. Voyez également les jeu-

nesses nazies et la révolution culturelle en Chine.

## Section 2

### Les inégalités successorales

Eliminations préalables. Il peut y avoir des inégalités entre toutes sortes de successibles ; on élimine ceux qui appartiennent à la ligne collatérale ou à la ligne ascendante (Cette remontée du patrimoine vers le haut a quelque chose de troublant. N'est-ce pas une fausse dévolution successorale ?).

Parmi les successibles en ligne descendante, on élimine les enfants naturels et adultérins.

Il existe deux sortes de successions pour la sociologie juridique : la succession patrimoniale et la succession extra-patrimoniale (ce que les sociologues de sociologie générale étudient sous des vocables variés comme la succession aux avantages). C'est une forme invisible de succession. On élimine la succession extra-patrimoniale. Et même dans la succession patrimoniale dévolue à des descendants, il y a deux sortes d'inégalité en valeur et en nature : dans la vocation successorale et dans le partage des biens. On ne s'occupera que de l'égalité ou inégalité en valeur, c'est-à-dire portant sur les vocations successorales.

L'objet de cette section sera : l'égalité ou l'inégalité entre frères et soeurs légitimes dans la dévolution successorale.

Nous avons à faire un choix entre l'égalité et l'inégalité. Il y a là un choix causé à l'individu et au législateur. Celui-ci peut avoir à choisir entre une solution d'égalité et une solution d'inégalité. D'autre part, chaque père ou mère peut avoir aussi à choisir entre les deux : il (elle) peut user ou pas de la liberté testamentaire pour avantager un descendant au dépens des autres. C'est ainsi que la question se présente à chaque individu ayant plusieurs enfants en droit positif français.

Du point de vue sociologique, ces deux aspects du phénomène (législatif et individuel), quoique différents, peuvent être conjoints pour l'étude. Celle-ci va porter sur les déterminations et sur les conséquences du choix.

D'où deux paragraphes.

Paragraphe I  
Les déterminations du choix

Il faut analyser la situation de plus près. On observera que la décision (du législateur ou testateur) peut comporter deux stades. Il faut d'abord prendre parti sur le principe : égalité ou inégalité ? Et si l'on se prononce pour l'inégalité, il faut voir en faveur de quel descendant on fera jouer l'ingé~~l~~ité. Voyons successivement ces deux décisions successives.

- A -

Le choix de principe

Il va s'établir comme la résultante d'un conflit entre des forces antagonistes s'exerçant sur le législateur ou le testateur, dans le sens de l'égalité ou de l'inégalité successorale. Nous sommes en présence de phénomènes de psychologie collective s'exprimant dans la forme de règles coutumières avant que d'être des règles écrites. De ce conflit, la solution n'est pas donnée d'avance : il y a dans la série sociologique, des phénomènes très différents à propos de ce principe.

Comme déterminants de la décision :

1) Faisons d'abord l'inventaire des causes qui s'exercent dans le sens de l'inégalité.

Le problème fut actuel au lendemain du code Napoléon. Parce que, dans l'opinion, celui-ci avait adopté une solution voyante contre le droit d'aînesse de l'ancien droit. Dans l'Ancien Régime, il y avait un mythe du droit d'aînesse. Or, la révolution l'avait aboli et dans l'article 745, le code Napoléon avait suivi celle-ci.

Cela avait frappé l'opinion non seulement en France mais aussi à l'étranger. Est-ce que l'exemple français allait être suivi à l'étranger ?

La question fut fort débattue en Angleterre.

En 1824, il y eut une controverse entre deux économistes. James Mill, père de Stuart Mill, se prononça contre le droit d'aînesse (Revue de Westminster). Mais Mac Culloch (Revue d'Edimburg) se prononça pour. D'un côté, on faisait valoir la nécessité économique de maintenir la succession dans un état d'unité (Mac Culloch). Mais, comment cet argument doit-il être entendu ? Cette exigence d'unité avait été entendue sous le couvert du droit d'aînesse de façons différentes à des époques différentes. Vers le XI<sup>e</sup> siècle, l'unité de la succession c'était l'unité de la fonction. La fonction militaire du seigneur devait être indivi-

sible : il fallait l'unité du commandement. Mais, parallèlement à ce droit d'aînesse féodal, il y a probablement toujours eu une espèce de droit d'aînesse paysan où l'unité de la succession est l'unité de l'exploitation agricole. Cet aspect demeure important à notre époque (inégalité dans le partage par attribution préférentielle). Mais, sous l'Ancien Régime, ce qui était en cause, c'était l'unité du patrimoine ; il fallait maintenir la fortune dans son intégralité et éviter le morcellement de celle-ci. Pour que le titulaire du nom ait un patrimoine "considérable".

Mais, dans la controverse Mill-Mac Culloch, il y avait un autre argument que l'on invoquait en faveur du droit d'aînesse : celui-ci est un stimulant du dynamisme des cadets. Ceux-ci sans fortune seront rejetés vers les métiers actifs. A quoi Mill répondait : n'est-ce pas bon aussi pour les aînés ?

Il y a là peut-être un argument intellectuel, forgé après coup, mais qui fut fort dans l'Angleterre du XIX<sup>e</sup> siècle (Ere coloniale qui postule une abondante émigration : que l'on trouvera parmi les cadets).

Aujourd'hui et déjà au XIX<sup>e</sup> siècle, dans le contexte français, il y a un autre argument économique l'argument démographique. Le droit d'aînesse est favorable à la natalité et le régime d'égalité fut chargé de l'accusation d'avoir entraîné une baisse démographique. Il y a là certainement une explication des réformes successorales de 1938, qui pour la première fois en France tournèrent le dos à la position égalitaire de 1804.

2°) Et dans le sens de l'égalité ?

Il y a une cause de psychologie ou de sociologie juridique. C'est un sentiment de justice. Justice, égalité, sont deux notions allant de paire. Le sentiment de justice est un phénomène concret de psychologie juridique. Il y a là quelque chose qui peut jouer soit dans le partage entre enfants, soit même dans la société.

a) Il est naturel que les parents aient un sentiment égal pour leurs enfants. Même quand le système juridique de principe était un système d'inégalité, on constatait que les pères de famille essayaient de revenir à l'égalité en usant de la liberté testamentaire. Voyez à ce propos une des formules de Marcus (fin du VII<sup>e</sup> siècle), par laquelle il est proposé au père de famille d'appeler à la succession la fille qui en serait écartée " par une vieille coutume impie". Dès cette époque se remarque la sensibilité des pères de famille.

Il n'est pas inattendu que ce sentiment d'égalité, chez les enfants intéressés, soit très répandu. Un sentiment de justice distributive est quelque chose de très précoce à l'intérieur de la famille. Jean Piaget, dans "le Jugement Moral chez l'enfant" (première édition 1932), a étudié l'apparition dans la psychè de l'enfant, du sentiment de justice égalitaire ; et ce genre de recherche n'est pas sans intérêt pour la sociologie juridique. Piaget a opéré par la méthode des tests . Citons en deux : "un grand et un petit font une longue course en montagne ; à midi ils ont faim et constatent qu'il y a trop peu de provisions pour les deux. Que faut-il faire ? Partager également ? Partager inégalement en faveur du grand ou du petit ?" Ce test a donné les résultats suivants : les petits (six à neuf ans) sont soit pour l'égalité absolue (partage moitié-moitié), soit pour que l'on donne davantage au plus grand. Ce respect de l'âge peut s'expliquer parce que ils sont sous une contrainte diffuse de leur éducation : on leur a dit que les grands ont davantage de besoin alimentaire. Des enfants de plus de dix ans ont répondu soit la solution d'égalité absolue, soit une solution équitable consistant à donner plus aux plus petits (le plus faible a besoin que l'on compense sa faiblesse par un avantage. C'est une idée de grâce). Le second test a cet intérêt qu'il place l'égalitarisme dans un conflit avec le sentiment de la justice rétributive. Or, la justice rétributive n'est pas un sentiment qui puisse être laissé de côté dans une appréciation de l'inégalité successorale : celle-ci peut être perçue comme un instrument de justice rétributive (on donne plus à l'enfant qui mérite plus). Voici la question qui était posée : "une mère avait deux filles ; l'une était obéissante et l'autre pas ; la mère aimait mieux la première et lui donnait plus de gâteau. Quand penses-tu ?" approuvaient la conduite rétributive : parmi les enfants de six à neuf ans 70 % ; de dix à treize ans : 30 % ; après treize ans 25 %. Dans les motivations on voit cette explication : il ne faut pas susciter de jalousie. On peut penser qu'il y a là, un sentiment qui se fortifie lors de l'âge adulte.

b) C'est aussi dans la société que l'on trouve le sentiment conduisant à l'égalité successorale. Il y a, dans beaucoup de sociétés, le mythe des frères ennemis (Caïn et Abel) : ce mythe est porteur d'une certaine leçon, c'est que pour éviter la jalousie entre frère, il faut que les parents agissent avec eux dans un sentiment de très grande égalité. La mythologie à l'époque moderne est reliée par des masses-media (exemple : les manuels : "comment élever votre enfant"), à l'ensemble

des familles. L'opinion publique prend aussi le relais. Comment perçoit-elle le problème ? Voici deux témoignages empruntés à la France.

- En 1824, une lettre de De Villèle (président du Conseil de 1822 à 1828, conservateur) à Polignac, alors ambassadeur à Londres. Il s'agit de savoir s'il y aurait lieu d'établir en France un système d'inégalité successorale. De Villèle ne croit pas à la possibilité de revenir en arrière sur ce point. Un projet de loi de 1826 visant à rétablir très partiellement l'inégalité successorale fut rejeté par la Chambre des pairs.

- Pour la période contemporaine, voyons toujours l'enquête de 1966. Un sondage a eu lieu ; il comprenait des questions sur l'égalité successorale.

- D -

#### Qui choisir entre les descendants ?

Il existe à cet égard des modèles traditionnels et des modèles rationnels.

1) Les archétypes, c'est-à-dire les modèles traditionnels. Il en existe deux grands. On pense toujours au droit d'aînesse, à la primogéniture, (comme dit l'article 745 du code Napoléon). Ce n'est pas le seul modèle. L'ultimogéniture est un modèle très représenté dans les sociétés agraires : c'est la préférence accordée au plus jeune des enfants (accordée par le testateur ou par la coutume), parce que les plus âgés sont partis déjà, ils ont quitté l'exploitation agricole, ils ont été gagner leur vie ailleurs ; et le plus jeune reste en place quand le problème de la succession va se poser.

Donc, il y a là deux modèles opposés. C'est le premier qui est le plus voyant pour l'opinion publique. Dans le sondage de 1966, il apparaît que la faveur de l'aîné est un "truc ancestral". Comment expliquer sociologiquement ce droit d'aînesse ? Il y a des explications variables. Les auteurs de l'ancien droit donnaient des explications de psychologie juridique : Tirapeau, au XVI<sup>e</sup> siècle, au moment où le droit d'aînesse fut remis en question, a écrit un traité du droit d'aînesse en latin ; il donne des arguments variés comme : "la truie donne d'abord la mamelle à l'aîné de ses pourceaux" ; "c'est de l'aîné que l'enfantement a été le plus douloureux pour la mère" ; "il y a des systèmes juridiques où l'on défend le droit d'aînesse par l'argument que l'aîné est l'enfant de l'amour : c'est le moment où le mari aime le plus sa femme". (Mais il y a contradiction : dans l'Inde brahmanique, on défend le droit d'aînesse par l'argument que l'aîné est l'en-

fant du devoir : devoir de donner des enfants en remplacement des ancêtres). Ces explications ne sont pas sociologiquement les bonnes. L'explication la plus probable du droit d'aînesse est objective : c'est l'aîné qui est mûr et apte le plus tôt à assumer la succession.

A notre époque, on a essayé de rechercher s'il n'y avait pas des causalités scientifiquement démontrables qui pouvaient expliquer le droit d'aînesse : est-ce que l'aîné n'est pas plus doué que les plus jeunes ? Un américain, Harris l'assure. Mais est-ce que ceci tient à des causes psychologiques ou plutôt à des causes pédagogiques (les parents feraient plus de sacrifices pour l'éducation des aînés). Cette explication ci est en tout cas franchement donnée après coup.

Le raisonnement législatif est sans doute fondé sur l'enfant qui était le plus tôt prêt.

2°) Mais il y a aussi une causalité irrationnelle : c'est le sort qui désigne l'aîné : c'est lui qui a été là le premier. C'est les Dieux qui en ont décidé ainsi. De même "Prior tempore, potior jure" est un adage archétypal.

A notre époque le problème de la préférence des enfants se présente sous un jour nouveau. Le groupe le plus important de motivations se situe ainsi (enquête de 1966) : l'enfant qui aide moralement ou matériellement ses parents, qui donne à ses parents le plus de satisfactions a droit à un avantage successorale (idée de rétribution). D'un autre côté, l'handicapé physique, le malade, parce qu'il ne peut pas travailler comme les autres a aussi droit à cet avantage (idée de compensation). D'un autre côté encore : le moins favorisé matériellement (même si c'est par sa faute) ; celui qui a des charges familiales plus grandes ; celui qui fera fructifier l'affaire familiale (idée économique) ; l'enfant qui travaille avec ses parents, qui reste à la ferme, parce qu'il le fait sans être payé (idée du salaire différé : toujours la compensation) ; le dernier, le plus jeune, parce que on le préfère (idée de primogéniture), etc.

- § 2 -

Les conséquences du choix.

Il faudrait rechercher quel a été exactement l'effet du régime successorale du code Napoléon sur l'évolution démographique de la France depuis 1804 et quel en a été l'effet sur le morcellement ou la concentration des fortunes en général et des exploitations agricoles en particulier. La recherche n'a pas été menée scientifiquement.

Voici deux textes.

- Un texte de l'Encyclopédie, au mot population. "Le droit de primogéniture .... empêchera les enfants de naître : le père ne pouvant avoir qu'un enfant qui soit riche, ne veut pas en avoir plusieurs". Donc, l'égalité aurait pour effet la propagation de l'espèce.

- Balzac, hostile à l'idéologie égalitaire du code civil, dans les "Mémoires des jeunes mariés", dit que "deux enfants sont deux honneurs deux bienfaits, deux créations en harmonie avec la loi naturelle et la loi actuelle..... La famille ne doit pas se ruiner elle-même." Il y a ici un modèle de famille construite conformément au code Napoléon : le mariage réunit deux moitiés patrimoniales égales que la succession divisera à égalité. D'où stabilité économique et sociale par combinaison de la natalité et du régime juridique du code Napoléon.

FIN