

Sociologie juridique : théorie sociologique des sources du droit, 1960-1961

Avant propos	P 1
Introduction	P 9
Chapitre 1 ^{er} – Histoire de la sociologie juridique	P 9
Section I – La sociologie juridique spontanée	P 9
[Paragraphe 1] – Les philosophes	P 9
Paragraphe 2 – Les historiens	P 14
Paragraphe 3 – Les juristes	P 18
Section II – La sociologie juridique méthodique	P 19
Paragraphe 1 – Les courants français	P 20
Paragraphe 2 – Les courants germaniques	P 26
Paragraphe 3 – Les courants anglo-américains	P 28
Paragraphe 4 – Les courants internationaux	P 30
Chapitre II – Fonctions de la sociologie juridique	P 34
Section I – Fonction scientifique de la sociologie juridique	P 34
Paragraphe 1 ^{er} – La connaissance	P 34
[Paragraphe 2] – Existe-t-il des lois juridiques ?	P 38
Section II – Fonctions pratiques de la sociologie juridique	P 46
Paragraphe 1 – La sociologie appliquée à l'organisation	P 47
Paragraphe 2 – Sociologie juridique appliquée à la législation	P 51
Paragraphe 3 – La sociologie juridique appliquée à l'interprétation	P 62
Théorie sociologique des sources du droit	P 72
Titre 1 ^{er} – La règle de droit	P 74
Paragraphe 1 ^{er} – Caractère primitif de la règle de droit	P 74
A – Exposé des deux thèses	P 75
B – Examen des deux thèses	P 80
Paragraphe 2 – Les différentes manifestations de la règle de droit	P 86
A – Recherche d'un critère de distinction	P 87
B – Relativité de la distinction	P 90
Chapitre 1 ^{er} – La loi	P 93
Section I – L'élaboration de la loi	P 94
Section II – Entrée en vigueur de la loi	P 111
Section III – L'application de la loi	P 132
Chapitre 2 – La coutume	P 156
Section I – Mécanisme obligatoire de la coutume	P 156
Section II – Différentes manifestations de la coutume	P 167
Titre II – Le jugement	P 178

ASSOCIATION CORPORATIVE DES ETUDIANTS EN DROIT
12, PLACE DU PANTHEON - PARIS Vème

1960.- 1961

SOCIOLOGIE JURIDIQUE

THEORIE SOCIOLOGIQUE
DES SOURCES DU DROIT

1 - COURS

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

Mr J. CARBONNIER

PROFESSEUR A LA FACULTE DE DROIT DE PARIS

DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTE DE DROIT DE POITIERS

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

AVANT PROPOS

Je voudrais d'abord préciser que, dans mon esprit, l'expression de droit dogmatique, que j'aurai souvent l'occasion d'employer, ne comporte aucune signification péjorative. Je désigne simplement par là des formes classiques, traditionnelles de la science du droit, par opposition à ses formes sociologiques.

A vrai dire, droit dogmatique et sociologie juridique ne sont pas deux sciences distinctes, plutôt deux manières de voir les mêmes choses, deux angles de vision des mêmes matières. Je voudrais essayer de faire sentir ce qu'est cet angle de vision proprement sociologique des matières du droit et plus spécialement du Droit privé, puisqu'ici, nous faisons de la sociologie juridique appliquée au droit privé. Je voudrais, en donner une première idée, en premier lieu par des exemples, en second lieu par des définitions.

A - LES EXEMPLES :

a) - Le premier nous viendra de l'Histoire.

On se rappelle l'opposition entre pays de coutumes et pays de droit écrit sous le rapport du régime matrimonial de Droit commun : communauté de biens et régime dotal. Une vision purement dogmatique de la question, nourrie des seuls ouvrages de doctrine conduirait à penser que le régime total a été pratiqué dans les pays de droit écrit sans aucune solution de continuité de l'époque gallo-romaine jusqu'à la veille du Code Napoléon et qu'en particulier du XIII^e au XV^e siècle, ce régime a été le régime matrimonial de la masse des populations méridionales. Telle est bien l'impression que laisse, en effet, les textes de droit servant pour cette période et pour ces régimes.

Mais la réalité sociologique ne se laisse pas enfermer dans les textes de Droit savant. Ce qu'il faut savoir, c'est quel régime de biens les ménages pratiquaient effectivement. Les archives de notaires sont, à cet égard, plus probantes que les ouvrages de doctrine. Or, elles ont été récemment explorées par des historiens dans cet esprit sociologique, et elles ont révélé une image toute différente attestant des pratiques communautaires en plein pays de droit écrit (ainsi, pour la région de Montpellier, aux XIII^e - XIV^e - XV^e siècles).

b) Un second exemple sera puisé dans le droit public. Vous savez ce que sont les fonctionnaires. Vous avez étudié le fonctionnaire en droit administratif sous un angle de vision de droit dogmatique : c'est-à-dire qu'on vous a exposé, et il était utile de le faire - le statut du fonctionnaire, les conditions de son recrutement, de son avancement, les sanctions disciplinaires qui lui sont éventuellement applicables en cas de manquement à ses obligations. Bref, on vous a exposé une série de conditions et effets juridiques constituant le statut du fonctionnaire en droit dogmatique. Est-ce là uniquement la réalité du droit ? La réalité sociologique ? Non, et l'on a fait sur le fonctionnaire d'autres sortes de recherches ; on a étudié le bureaucrate et tout de suite le changement d'appellation vous révèle le changement d'angle de vision. On a essayé de saisir l'idée qu'il se fait de lui-même et celle que les usagers se font de lui ; on s'est livré à des enquêtes de psychologie sociale sur le comportement réciproque des "employés de guichet" et du public ; cela, c'est de la sociologie juridique. On reprend la même matière, mais sous un angle de vision tout différent, plus réaliste, plus vivant.

o) - Empruntons maintenant nos exemples au droit civil - objet direct de notre étude,

1°/ Voici une institution que vous avez étudiée en droit dogmatique, le priviège du co-partageant. Certainement, vous en avez étudié les conditions et les effets avec un certain luxe de complications techniques. Seulement, en sociologie juridique, nous devons nous poser une question qui ne se pose jamais en droit dogmatique : "le privilège du co-partageant existe-t-il réellement, fonctionne-t-il effectivement ? "

Or, dans une conservation des hypothèques, on a rarement vu inscrire un priviège du co-partageant et l'on en voit de moins en moins. Cette courbe ascendante de l'institution dans la réalité sociologique est un phénomène qui doit intéresser nos recherches, ce qui pourrait être le thème d'une enquête :

"Pourquoi l'institution a-t-elle une si faible vitalité ? Pourquoi les intéressés sont-ils indifférents à cette garantie que la loi a voulu leur donner ? Quelles sont les causes sociologiques de cette décadence de l'institution juridique ?

2°/ Vous avez étudié en seconde année les conditions de formation du contrat telles qu'elles sont énumérées par l'article 1108 du Code civil. C'est le point de vue dogmatique. Mais vous pouvez reprendre le thème sous un angle de vision qui sera celui de la sociologie juridique, en vous posant des questions du genre de celle-ci : "Quelle est l'origine du contrat ? Comment le contrat est-il apparu dans l'humanité, car ce n'est pas quelque chose de tellement facile à comprendre que cette apparition d'un mécanisme où l'individu est, en quelque sorte, lié à un autre par une émission de sa propre volonté ? "Il existe des hypothèses de sociologie juridique pour expliquer l'origine du contrat. Ainsi, des ethnologues ont étudié une cérémonie qui existe chez les peuplades primitives et qui s'appelle le potlatch, un échange de dons; Ce serait, d'après eux, l'origine du contrat. C'est un genre de recherche qui est proprement sociologique : on enquête sur la genèse des institutions à l'aube de l'humanité civilisée, dans les sociétés dites primitives. C'est une étude évidemment très différente de celle que l'on peut faire en droit dogmatique sur l'autonomie de la volonté. Ce n'est pas, d'ailleurs, seulement sur les sociétés primitives que des recherches sociologiques sont possibles ici. On pourrait envisager des enquêtes dans nos sociétés évoluées sur mécanismes contractuels, des sondages d'opinions. Ainsi on interrogeait un certain nombre d'individus déterminés par un échantillonnage plus ou moins scientifiquement établi, en leur posant une question telle que celle-ci : "Est-ce que vous ne vous sentez pas engagé à remplir une promesse que lorsque vous avez signé un écrit ? ". On sait que, selon le droit dogmatique, l'écrit n'est pas une condition d'existence de l'engagement juridique, mais seulement un moyen de preuve qui n'est pas toujours nécessaire. Dans la réalité sociologique en est-il de même ? Ce n'est pas sûr. Il n'est pas sûr que, dans notre France de 1960, la masse n'attache pas encore à l'écrit une valeur supérieure à celle que lui attache le droit dogmatique. La réalité sociologique peut diverger de la règle de droit dogmatique.

On voit que, malgré l'identité de l'objet étudié le contrat, l'autonomie de la volonté, la manière de voir, l'angle de vision n'est pas la même ; dans un cas le droit dogmatique ; dans l'autre la sociologie juridique.

Ces exemples pourraient être multipliés sur toutes les institutions du droit civil, la vision sociologique peut se poser aussi bien que la vision dogmatique. Ce sont, en quelque sorte, des projecteurs de couleurs différentes que l'on peut braquer sur une même réalité du droit.

Or l'emploi, le maniement de chacun de ces projecteurs suppose une technique différente, des aptitudes, des tempéraments différents. C'est pourquoi, la sociologie juridique s'est constituée, de nos jours, en une discipline distincte du droit dogmatique.

B - Les définitions :

a) - Définir, dans un premier sens, signifie tracer des frontières. Il s'agit de délimiter la sociologie juridique par rapport à d'autres sciences qui ont en commun avec elle ce caractère d'être, comme ont dit parfois, des sciences diagonales transversales, de ces sciences neuves qui prennent en écharpe les sciences traditionnelles.

La sociologie juridique est une science diagonale, mais il en est d'autres à l'intérieur des Facultés de Droit et, qui y sont enseignées depuis plus longtemps que la sociologie juridique. C'est du côté de ces disciplines là qu'il importe de tracer les frontières de la sociologie juridique.

1°/ Le problème des frontières se pose d'abord du côté de l'Histoire du droit.

L'Histoire du droit n'est pas sans rapport avec la sociologie juridique. Où sont les différences ? Entre les deux une première différence tient à la matière de l'Observation. L'Histoire, en principe, même lorsqu'elle est Histoire contemporaine porte sur le passé tandis que la sociologie juridique a pour matière, à égal titre le passé, le présent et même, dans une certaine mesure, l'avenir ; car la sociologie juridique, nous le verrons, aspire à établir des lois scientifiques, des lois causales qui permettraient, non pas de prophétiser l'avenir, mais de l'établir, scientifiquement (ce que font très normalement la physique, la chimie ou l'astronomie) La sociologie juridique prétend donc à un champ beaucoup plus vaste que celui sur lequel l'Histoire du droit peut opérer.

Au reste lors même que la sociologie juridique opère sur le passé, où il semble qu'elle va rencontrer l'Histoire, ce n'est peut-être pas exactement du même passé qu'il s'agit. On fait parfois remarquer que l'Histoire a pour milieu le temps astronomique, tandis que le milieu de la sociologie est le temps social. Un des champs favoris de la sociologie en général, de la sociologie juridique en particulier, ce sont les sociétés dites primitives. Or, ces sociétés primitives peuvent être regardées comme du passé vivant. Ce sont des échantillons de sociétés archaïques qui ont survécu jusqu'à nous grâce à des conditions d'isolement géographique. Elles représentent dans notre temps des stades plus ou moins anciens de l'évolution de l'humanité. L'observation de phénomènes juridiques qui nous sont contemporains équivaut donc ici à l'observation des faits du passé. Aussi les sociétés primitives peuvent-elles être légitimement qualifiées de sociétés archaïques parmi nous.

Mais si, entre la sociologie juridique et l'Histoire du droit, l'objet de l'étude diffère, l'esprit également est différent. En effet, l'Histoire du droit se préoccupe avant tout et très légitimement de reconstituer d'une façon aussi exacte que possible le déroulement des institutions dans le passé. Elle insiste dans cet esprit, sur l'originalité irréductible de chaque moment du passé historique, par rapport aux autres, car le déroulement historique, en principe, ne se répète pas.

Ce n'est pas ce que cherche la sociologie juridique (non plus que la sociologie générale) ; elle aspire à établir des lois scientifiques. Pour cela, il lui faut disposer de la répétition, et c'est ce qui explique qu'elle soit conduite à établir une typologie des institutions, c'est-à-dire à ramener les institutions, telles qu'elles se sont présentées dans le passé historique, à un certain nombre de types définis, fût-ce au prix de quelque arbitraires. Etablir une typologie c'est faire apparaître les institutions sous forme de types plus ou moins abstraits afin d'établir des comparaisons entre elles et d'essayer, à un stade ultérieur de découvrir les lois qui président à leur développement. Il y a là un point de vue très différent de celui de l'histoire.

Par son respect, d'ailleurs, pour l'irréductible originalité de chaque chose, l'Histoire du droit est mue par un souci d'authenticité qui la rapproche du Droit dogmatique bien plus que de la sociologie juridique.

Je m'explique par un exemple. Il n'est pas de juriste qui n'ait entendu parler des interpolations dont les textes du droit romain classique ont fait l'objet quand ils sont passés dans la compilation de Justinien.

La préoccupation majeure de l'historien du Droit romain est de faire la chasse aux interpolations, en vue de rétablir les textes dans leur pureté originelle, dans leur authenticité de droit dogmatique. Le texte remanié est frappé, à ses yeux, d'une sorte d'infériorité de principe par rapport au texte pur.

C'est l'inverse pour le sociologue : le texte remanié est bien plus intéressant à ses yeux, que le texte pur, parce que les remaniements successifs dont un fragment a pu être l'objet lui apparaissent comme autant de sédiments sociologiques successifs. La chasse aux interpolations va alors changer d'esprit : le but n'est plus de restituer une pureté juridique originelle, mais de faire apparaître par une coupe, l'évolution du droit. Les deux points de vue, encore une fois, sont légitimes, mais ils sont différents.

2°/ Un second problème frontières se pose du côté du droit comparé.

Le droit comparé, est encore une de ces disciplines diagonales, transversales par lesquelles le droit, à l'époque contemporaine, spécialement notre droit privé, s'est rajeuni.

Quelles différences faut-il mettre entre la sociologie juridique et le droit comparé ? Celui-ci est volontiers défini comme la méthode comparative appliquée au droit, mais, précisément, est-ce que cette définition ne conviendrait pas aussi bien à la sociologie juridique ? Ici encore, néanmoins, des différences apparaissent, qui permettent de tracer une ligne séparative entre les deux disciplines.

D'abord, des différences de matière. Ici comme du côté de l'Histoire du droit nous constatons que la matière de la sociologie juridique est plus étendue que celle du droit comparé. La série sociologique, comme l'on dit, la série des systèmes de droit qui sont justiciables de l'investigation sociologique, est beaucoup plus nombreuse, comprend beaucoup plus d'échantillons que la série comparative sur laquelle opère le droit comparé, du moins si l'on envisage celui-ci sous sa forme traditionnelle.

En effet, les comparatistes insistent, et avec raison, sur cette idée que la comparaison des droits ou plutôt, des législations, comme ils disent volontiers et l'expression caractéristique n'est vraiment fructueuse qu'à la condition de se limiter à des droits faisant partie d'une même famille. Pour prendre un exemple brutal, se ne serait pas à priori une très bonne étude de droit comparé que celle qui voudrait embrasser simultanément le droit civil français et le droit civil de quelque ethnie d'Afrique occidentale. La disparité des familles juridiques, hétérogénéité évidente, des deux systèmes à comparer nuiraient à la comparaison, la rendraient peu probante.

La sociologie juridique n'est pas embarrassée par cette objection, la série sociologique embrassera au même titre des sociétés primitives et des sociétés évoluées. Ce qui est une objection pour le droit comparé, ne l'est pas pour la sociologie juridique.

D'autre part, et c'est encore une différence d'objet, de matière, à l'intérieur des systèmes juridiques choisis pour comparaison, c'est l'aspect technique, proprement juridique, qui retiendra le comparatiste, tandis que c'est l'aspect social, extérieur aux textes, qui retiendra le sociologue.

Le comparatiste qui veut connaître quel est le système juridique applicable dans tel pays voisin, s'en informe à travers les lois et les arrêts de jurisprudence. Il démonte les mécanismes juridiques, techniques des institutions. En bref, sa connaissance du droit étranger ne pénètre jamais plus avant que celle d'un juriste dogmatique à l'égard de son propre droit national. Le sociologue, reprenant la même étude, s'efforcera, au contraire, d'aller plus loin ; il se demandera quelles sont les causes sociales qui, dans le pays étranger considéré ont déterminé l'apparition des textes qu'il rencontre, il se demandera quel est le degré d'application effective de ces textes, quelles en ont été les incidences sociales. Il s'intéressera à tout un environnement sociologique des règles du droit, qui n'intéresse pas le comparatiste du moins, s'il n'entend pas faire oeuvre aussi de sociologue.

Le but, d'autre part, n'est pas le même dans les deux ordres de recherches. Sans doute, on a pu s'interroger sur les fonctions du droit comparé. Mais il est bien certain que sa fonction primordiale, celle qui a le plus contribué à son développement, est une fonction de perfectionnement législatif. Aux systèmes étrangers entrant en comparaison, on espère pouvoir emprunter ce qu'il ont de meilleur en vue de perfectionner la législation nationale. Or, si ce but de perfectionnement législatif n'est pas nécessairement étranger à la sociologie juridique (nous constaterons que l'on a voulu lui attribuer une fonction législative). Ce n'est pas, tout de même, son but premier. Son but premier est de connaître et d'expliquer les phénomènes juridiques, de les coordonner en lois scientifiques. Le but est donc scientifique plutôt que pratique, et c'est là une différence d'esprit qui contribue à séparer la sociologie juridique du droit comparé.

Au demeurant, ces frontières que nous venons de tracer entre la sociologie d'une part et d'autre part, l'Histoire du droit ou le droit comparé, ne doivent pas être, durcies à l'excès. Il est bien certain qu'il existe des rapports étroits entre les trois disciplines et, des auteurs ont proposé d'en faire une discipline commune. M. Henry Lévy-Bruhl, qui a tant fait pour le développement de la sociologie juridique, a proposé l'appellation de juristique pour désigner une science non dogmatique du droit, qui serait la réunion de l'Histoire du droit, du droit comparé et de la sociologie juridique proprement dite. Trois branches de la méthode comparative dans son application aux phénomènes juridiques.

Il est, à tout le moins, indéniable que l'Histoire du droit et le Droit comparé fournissent à la sociologie juridique une bonne part de ses matériaux. Non pas tous, à la vérité, ne serait-ce qu'à cause des méthodes modernes d'enquêtes et de sondages d'opinions, où le sociologue paraît bien élaborer ses propres matériaux. Mais il reste beaucoup de cas où les sociologies du droit auront à travailler sur des données fournies par l'Histoire ou par le Droit comparé.

Sans doute, toutes les données historiques, toutes les données de droit étranger n'intéressent pas également la Sociologie juridique. Sur ces efforts extérieurs, elle fera des prélèvements : elle en retiendra ce qui importe à son objet propre, le replacera dans le cadre de concepts proprement sociologiques, l'intégrera selon ses propres expériences. Il n'empêche qu'elle demeure, quant aux matériaux, largement tributaire des autres disciplines comparatives.

3°/ Puisque nous parlons de frontières, ne faut-il pas considérer ici une troisième discipline diagonale ?

On en parle peu ; elle n'est pas enseignée dans les facultés de droit, mais elle a sa réalité théorique, et elle a été inconsciemment pratiquée en dehors des facultés de droit. On pourrait l'appeler la géographie juridique, la géographie du droit. Il est certain qu'il existe dans la géographie, de même que dans l'histoire, des éléments qui peuvent être extrêmement précieux pour le droit. C'est ainsi que Marc Bloch, dans son ouvrage très remarquable, intitulé "Les Caractères originaux de l'Histoire rurale française", éclaire vivement certains des esprits de notre droit des biens. Une opposition comme celle que font les géographes entre champs clos et champs ouverts (dans le Nord et l'Est de la France, les champs en général sont ouverts, tandis qu'ailleurs et notamment dans l'Ouest, Normandie, Bretagne, ils sont clos, limités par des haies). On est ici au carrefour de l'histoire et de la géographie, mais aussi de la sociologie - d'une sociologie appliquée au droit de la propriété rurale et des servitudes. La sociologie juridique aura à utiliser les matériaux qui lui viennent de la géographie du droit.

4°/ Une dernière délimitation à faire : c'est du côté de la philosophie du droit, laquelle est enseignée de nouveau chez nous après avoir subi une éclipse. La philosophie du droit a, à première vue, des rapports incontestables avec la sociologie juridique, les mêmes rapports, pourrait-on dire, que la philosophie générale avec la sociologie générale. Dans les programmes anciens de philosophie, ne distinguait-on pas plusieurs parties : psychologie, logique, morale, métaphysique, mais avant la métaphysique, sociologie ? La sociologie a fini par s'émanciper, par obtenir le rang de science distincte. Tout de même, pour beaucoup, elle reste un fragment détaché de la philosophie.

Semblablement, ne pourrait-on pas soutenir que la sociologie juridique fait partie de la philosophie juridique ? Dans la philosophie du droit au sens large du terme, nous distinguons une psychologie juridique, une logique juridique (elle n'est pas enseignée distinctement en France, mais dans la littérature allemande, la logique juridique se trouve représentée et enfin, la sociologie juridique, qui serait comme un rameau détaché de la philosophie du droit.

En théorie, il n'est pas douteux que cette conception globale de la philosophie du droit est fondée, mais il faut reconnaître que, dans la pratique française, la notion de philosophie du droit a pris un sens plus étroit. Les philosophes du droit ont toujours mis à part pour méditer là-dessus avec prédilection, ce qui correspond à la métaphysique en philosophie générale, c'est-à-dire les recherches sur les causes premières, les spéculations, sur l'essence du droit, et ceux qui pensent que la métaphysique est impossible, ont une tendance à penser que la philosophie du droit hoc sensu est également une impossibilité.

Nous n'avons pas à prendre parti dans ce débat. Il nous suffit de noter que, malgré les rapports historiques ou systématiques que l'on peut établir entre philosophie du droit et sociologie juridique, celle-ci a pris suffisamment d'autonomie pour que les problèmes propres à la philosophie du droit n'aient plus pour elle beaucoup d'importance.

Néanmoins de nous être posé la question de savoir si la sociologie juridique n'est pas un morceau détaché de la philosophie du droit, il nous reste une observation concernant la psychologie juridique.

La portée pratique de l'observation est la suivante : C'est qu'il ne faut pas laisser la psychologie juridique dans le "no man's land". Pratiquement, la philosophie du droit ne s'en occupe pas, parce qu'elle est tournée vers la métaphysique. La logique juridique ne s'en occupe pas davantage, parce que ce qui l'intéresse, c'est avant tout la structure de logique formelle des propositions juridiques. Si l'on ne veut pas que la psychologie juridique demeure dans le vide, il est légitime - et il est, en tout cas, sans inconvénient - de l'annexer, au moins provisoirement, à la sociologie juridique.

Aussi nous arrivera-t-il, dans cette étude de sociologie juridique, d'assumer, le cas échéant, les responsabilités de la psychologie juridique.

Sans doute est-il permis de s'interroger au sujet de cette alliance de la psychologie juridique à la sociologie juridique. Oui, l'alliance est légitime, répondra-t-on dans une première thèse, parce que la psychologie juridique est avant tout une psychologie sociale et que la psychologie sociale tend la main à la psychologie. La sociologie générale et la psychologie sociale sont, en fait, étroitement unies. Donc, il est naturel que la psychologie juridique soit réunie à la sociologie juridique.

Seulement, on peut opposer à cela que les phénomènes de psychologie juridique ne sont pas toujours des phénomènes de psychologie sociale. Il se rencontre parmi eux des phénomènes de psychologie individuelle, voire de psychologie solitaire. Que l'on essaie, par exemple, d'étudier le mécanisme de la formation du jugement chez un juge unique - je ne dis pas dans un tribunal collégial, car la collégialité réintroduisant des phénomènes de groupe, donc des phénomènes de psychologie collective - peut-on parler encore de psychologie sociale ? et, dès lors, cette sorte d'étude peut bien relever encore de la sociologie juridique ?

On arrivera toujours, il est vrai, à faire le rattachement en remarquant que, puisqu'il s'agit d'appliquer une règle de droit, la société est toujours à l'arrière plan. Le phénomène relève toujours d'une certaine psychologie sociale, parce que, tout phénomène juridique est a priori un phénomène social. Il n'y a pas de phénomène juridique solitaire, même quand il semble s'agir d'un phénomène de psychologie individuelle ; il se produit dans l'individu - juge - pour reprendre notre exemple - une réfraction d'une expérience sociale, et par conséquent, la sociologie juridique est fondée ici à réclamer ses droits.

C'est, en conclusion, une conception large de la Sociologie juridique qui est proposée ici, et qui sera appliquée dans le présent cours.

b) - Mais il est une autre manière de définir qui consiste, non plus à tracer des frontières avec ce qui est au-dehors, mais à essayer de préciser le contenu de la science, de la discipline considérée.

La sociologie juridique peut-être ainsi définie comme cette branche de la sociologie générale qui étudie les phénomènes sociaux que sont les phénomènes juridiques. Le postulat est que les phénomènes juridiques sont des phénomènes sociaux, mais nous postulons aussi, par cette définition, que le droit peut se résoudre en phénomènes, et c'est ce point de vue phénoménologique - sans mettre dans le qualificatif aucune précision d'école - qui définit le mieux la sociologie juridique par opposition au droit dogmatique.

Nous supposons ici que le droit peut se résoudre en une série de phénomènes, avec tout ce que le mot phénomène évoque, dans le langage philosophique, d'extériorité et d'apparence. Il existe des phénomènes juridiques primaires : la règle de droit et le jugement. Ce sont comme les pièces constitutives du droit, pour le juriste dogmatique, Mais nous les prenons ici par l'extérieur, comme des phénomènes, et il en sera de même pour ce que j'appellerai les phénomènes juridiques secondaires, correspondant aux diverses institutions concrètes du droit positif, le contrat, la responsabilité, par exemple. Ce sont des institutions pour le juriste dogmatique. Pour le sociologue du droit, ce sont des phénomènes juridiques secondaires.

Ce que le droit dogmatique étudie comme institution, la sociologie juridique l'étudie comme phénomène. En d'autres termes, elle étudie les institutions du dehors. Il y a là, je pense, quelque chose qui est comme le coeur de l'opposition entre droit dogmatique et sociologie juridique. Le juriste dogmaticien se place à l'intérieur d'un système juridique, à l'intérieur de son propre système juridique, car on n'est vraiment juriste dogmaticien que pour son propre droit. Le juriste dogmaticien peut prétendre légitimement influencer son propre droit. N'en fait-il pas partie, en effet ? Il est un élément de la doctrine, il est autorité, source du droit, il est dans le système. Tandis que le sociologue du droit est en-dehors du système juridique de son pays. Il l'observe du dehors, son opinion ne doit pas influencer son observation, et ne peut pas influencer le système juridique observé. Il existe une séparation radicale - qui est la séparation propre aux sciences dites expérimentales - entre l'observateur et la matière observée. C'est là, je crois, dans cette différence de position par rapport au droit, qu'est la différence essentielle entre le droit dogmatique et la sociologie juridique. Mais de cela, nous nous rendrons mieux compte chemin faisant.

INTRODUCTION

Chapitre 1^{er}

HISTOIRE DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE.

Dans l'histoire de la Sociologie générale, Auguste Comte représente la grande coupure, (le Tome IV de son "Cours de Philosophie positive" est de l'année 1839). Avant lui, il n'y avait de sociologie qu' empirique et rudimentaire ; avec lui, commence la Sociologie scientifique. Mais cette date n'a pas la même signification pour la Sociologie juridique : c'est sensiblement plus tard, vers la fin du XIX^e siècle, qu'il convient de placer le tournant à partir duquel la Sociologie scientifique se constitue, prend conscience d'elle-même, se sépare de la Sociologie générale. Au reste, la personnalité d'Auguste Comte a joué un moindre rôle dans l'évènement.

Il n'empêche que la Sociologie juridique, sous sa forme scientifique, n'a pas toujours existé ; avant la Sociologie juridique méthodique, conscient il y a eu une Sociologie Juridique empirique, instinctive. C'est pourquoi il est légitime de diviser l'histoire de la sociologie juridique en deux périodes

- l'une, qui est la période des précurseurs, qui correspond à ce que M. Gurvitch appelle la "Sociologie juridique spontanée" ;

- l'autre, qui est la période des fondateurs et qui correspond à ce que M. Gurvitch appelle, parallèlement, la "Sociologie juridique méthodique" /

Section 1 - LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE SPONTANÉE.

Nous rencontrerons là des auteurs qui manifestent, sans doute, des préoccupations sociologiques dans des domaines relevant du droit, mais qui les manifestent d'une façon peu systématique, et pour ainsi dire, sans l'avoir cherché.

Je ne m'astreindrai pas, dans cette Section, à suivre un ordre chronologique, j'essaierai plutôt de me livrer à un classement, à un classement selon la formation des auteurs considérés, selon leur origine, je ne dis pas "leur origine professionnelle", mais c'est presque cela - et, de ce point de vue, je distinguerai, dans cette première période de la sociologie juridique spontanée, les philosophes, les historiens et les juristes, car nous trouvons ces trois catégories de personnes qui ont eu la préoccupation sociologique dans des domaines relevant du droit, ou orientés vers le droit.

§ Les Philosophes.

A la vérité, c'est surtout au droit public que mène la pente philosophique, plus exactement, à ce que nous appellerions, aujourd'hui, la "science politique". Mais les philosophes, intéressés par la science politique, ont rencontré, sans y penser, la sociologie juridique, dans leurs réflexions sur la cité, l'Etat, la société.

Je ne ferai point ici une histoire linéaire et complète ; je me bornerai à signaler quelques tendances, les unes dans l'antiquité grecque, les autres dans les temps modernes.

A) L'antiquité grecque.

La pensée philosophique, politique, sociologique, et du même coup, la pensée de sociologie juridique, dans une certaine mesure, reste largement tributaire de la Grèce. Or, de ce point de vue, on peut dire que la pensée grecque a alimenté deux grands courants, encore aujourd'hui significatifs, sur l'importance du droit (je prends cette expression dans ce qu'elle a d'un peu vague).

Quel degré d'importance convient-il de reconnaître au droit dans la vie sociale ? . . . Dans une première tendance, qui pourrait être qualifiée de "tendance panjuridique", on considère que le droit est partout, que le droit est l'harmonie même de la vie sociale, et même que le droit s'identifie à l'ordre cosmique. En d'autres termes, cette première tendance attache une très grande importance au droit.

A l'opposé, il existe un courant antijuridique, qui cherche à "minimiser" le droit (suivant une expression de notre époque), un courant critique à l'égard du droit.

Les deux courants sont représentés dans la pensée philosophique grecque.

Aristote nous intéresse par certains de ses écrits, sa "Politique", l'"Éthique à Nicomaque". On lui doit un certain nombre d'idées maîtresses de la Sociologie moderne, j'entends de la Sociologie générale, mais de la Sociologie politique plus spécialement, et, par là même, nous rejoignons la sociologie juridique.

Ainsi, on rencontre déjà chez lui, l'idée que la société est un être vivant, soumis à la loi de naissance, de croissance et de mort, cette idée "organiciste", comme on dit, qui assimile la société à un corps vivant, y introduit une sorte de comparaison biologique constante dans la description des mécanismes sociaux. Aujourd'hui encore, des sociologues procèdent de cette tendance. Ainsi, M. Sauvy, - qui, à certains égards, est d'accent si moderne - se rattache à ce courant par son ouvrage sur "la nature sociale".

Aristote, d'autre part, croit que le changement, - et c'est une idée profondément sociologique - est la condition même de la vie d'une société, ce qui va introduire un relativisme dans la compréhension de l'État et dans la compréhension du droit, du même coup.

Ici, Aristote prend toute son relief en face de Platon. Platon croit à une immutabilité de la société, tandis qu'Aristote, pense que la société change et ne peut pas ne pas changer, en quoi il paraît plus sociologique.

D'Aristote encore, cette formule qui est devenue si célèbre, que "l'homme est un être essentiellement social" ; "Zem Politicon" - on pourrait aussi bien traduire, dans une vue panjuridique, "un animal juridique".

Et encore, l'idée optimiste, panjuridique dans son optimisme, d'un équilibre harmonieux du corps social ; l'idée sous-jacente, partout, que le droit est le rythme même du monde.

Pourtant, chez Aristote lui-même, on pourrait relever des éléments en sens contraire, qui viendraient contredire l'idée panjuridique. Aristote, en effet, a développé cette observation que les relations sociales ne sont pas toutes des relations juridiques ; qu'à côté des relations proprement juridiques, il y a une zone des relations d'amitié, la zone de la philotès. Il suggère ainsi l'idée qu'existe, à côté du droit, sous le droit, un monde peut-être beaucoup plus étendu, beaucoup plus profond, le monde du non-droit. Par là, peut s'introduire un esprit critique à l'égard du droit.

Mais, chez d'autres Grecs, ce courant critique est beaucoup plus accentué, nous songeons aux sophistes.

Les sophistes, en thèse générale, nient toute vérité objective. Par ce côté, ils apparaissent comme antiscientifiques au premier chef, car la Science, au sens moderne, paraît reposer sur le postulat qu'il existe une vérité objective, objectivement observable.

Seulement, du même coup, les sophistes ont été amenés à nier aussi l'existence du juridique comme un absolu, l'existence d'un droit idéal (droit naturel, dans la terminologie moderne) qui serait supérieur au droit positif. Le droit, pour eux, est relatif ; ce n'est qu'une opinion variable des hommes, l'expression d'un arbitraire.

- "Est juste ce qui plaît aux forts" ; le droit est un bien pour celui qui commande, mais un mal pour celui qui obéit - voilà quelques formules de sophistes. Autant de formules pessimistes, critiques, à l'égard du droit, et qui prennent leur originalité si on les place en face des conceptions d'Aristote, de Platon et de leurs disciples (que le droit s'identifie avec la justice, qu'il est le rythme, l'ordre du monde).

Plus profondément encore, c'est chez Héraclite, d'Ephèse, que la sociologie juridique trouvera son compte, dans la mesure où elle est une réflexion critique et peut-être pessimiste sur le droit. Nous ne faisons pas tellement allusion par là à son évolutionnisme devenu si élémentaire, et trop bien connu ("tout s'écoule"). Mais il y a plus sociologique dans sa pensée, il y a l'intuition que le droit est un conflit, une lutte, une guerre, et aussi une contradiction. Il y a une contradiction dans le droit, un assemblage de contraires en perpétuel combat.

Témoin cette maxime : " Il faut savoir que le conflit est communauté, la discorde justice ; tout devient par discorde et nécessité". Ce n'est pas d'une simplicité lumineuse, mais, chez Héraclite, rien n'est simple ni lumineux. Néanmoins, des éclairs luisent dans cette obscurité, ils pourraient s'exprimer ainsi, en langage d'aujourd'hui : le droit est tissu de contradictions, tissu aussi d'intérêts, d'intérêts en conflit ! le droit est le produit des conflits, régis par un déterminisme aveugle. En bref, c'est la négation de la justice, en tant qu'absolu, extérieur et supérieur aux phénomènes.

B) Les temps modernes.

Quelques échantillons très arbitraires, Montaigne, d'abord. Il est bien connu que Montaigne intéresse le droit et la philosophie politique, mais intéresse-t-il la sociologie juridique ? ...

Il est sociologique par sa curiosité pour les mœurs des autres peuples, en particulier, pour les mœurs les plus différentes des mœurs françaises de son temps. Avec l'érudition un peu hétéroclite de l'humaniste du XVII^e siècle, il collectionne les traits singuliers empruntés, soit à l'antiquité, soit, même, aux récits des voyageurs contemporains.

Montaigne est du siècle des grandes découvertes. En un sens, on peut dire qu'il inaugure les procédés de l'ethnographie, de l'ethnologie et l'ethnologie est un pan de la sociologie. Mais, en outre, par ses procédés d'investigation sociologique, il aboutit à un scepticisme notoire devant le droit, à une sorte d'agnosticisme à l'égard du concept de justice, de justice idéale. Pour lui, - du moins, on peut, à certains moments des "Essais", lui prêter cette opinion, - la justice ne peut pas être connue. Cette sorte d'agnosticisme à l'égard du juste absolu a quelque chose de sociologique. Il aboutit, d'ailleurs, à l'immobilisme. Montaigne est adversaire des réformes. Il ne pense pas que le droit puisse être une construction rationnelle. Par ce côté, il est tout à fait aux antipodes de ce que croiront les rationalistes du XVIII^e siècle et de la Révolution. Il est conservateur, et ce conservatisme même n'est pas sans résonance sociologique. Il est patent que les sociologues et, plus encore peut-être, les ethnologues, aboutissent souvent, dans le plan pratique, à des conclusions conservatrices : les coutumes d'un peuple devraient en principe être conservées, parce qu'elles forment un mécanisme complexe, et que nous ne pouvons mesurer d'avance les conséquences de nos réformes.

L'importance de Montaigne pour la Sociologie juridique tient, d'ailleurs, aussi à sa descendance. Il y a un lien de filiation intellectuelle entre Montaigne et Montesquieu, et la sociologie juridique y est intéressée. C'est que Montesquieu, dans la sociologie juridique des précurseurs, mérite une place de choix. On peut considérer "L'Esprit des Lois" (1748) comme un des premiers ouvrages de sociologie juridique.

Montesquieu part d'une "typologie des gouvernements", opposant au gouvernement démocratique le gouvernement aristocratique et le gouvernement monarchique, C'est vraiment une typologie à des fins comparatives, avec le sens que la sociologie moderne donne au procédé.

Montesquieu s'efforce du reste, de découvrir les causes des lois. "L'esprit des lois" est une recherche des causes qui déterminent l'apparition, le développement, la disparition des règles de droit, et cette recherche des causes de la règle juridique, - recherche réalisée dans plusieurs directions (par exemple du côté du climat, de la population) - est quelque chose d'éminemment sociologique.

En somme, Montesquieu traite la règle de droit comme un phénomène, observable du dehors, comme une chose. C'est le point de vue de la sociologie juridique. Il part d'une observation non dogmatique de la réalité juridique.

Ce qui l'intéresse, dans les lois, ce ne sont pas les textes, mais bien les causes et les conséquences de la règle de conduite sociale.

Il opère, d'autre part, selon la méthode comparative, cette méthode comparative devant servir à l'établissement de lois scientifiques. Il y a, chez lui la conviction que l'homme peut arriver à établir des lois scientifiques en matière juridique. On connaît sa définition liminaire : " Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses " - définition ambiguë, sorte de jeu de mots, puisque, dans cette phrase, le terme "lois" est employé, à la fois, dans le sens de lois humaines et dans le sens de lois naturelles (de lois scientifiques). Il n'empêche que, sous cette ambiguïté, se retrouve l'idée que l'on peut, dans le domaine juridique, aboutir à l'établissement de lois scientifiques, donc à des postulats de la sociologie juridique moderne, de la sociologie durkheimienne.

Sans doute, il reste, le principe étant posé, l'application, et l'application, chez Montesquieu, appelle beaucoup de réserves, du point de vue scientifique. On sait comment opère Montesquieu. Il collectionne, comme faisait Montaigne, mais d'une façon plus systématique, plus méthodique, une masse de petits faits, une masse d'observations qui sont des observations de sociologie juridique. Il dispose d'une information très riche sur les phénomènes juridiques de tous les peuples, les us et coutumes de toutes les sociétés, et notamment, des sociétés primitives des "sauvages". C'est ce matériel-là qu'il utilise, et c'est ce qui nous semble avoir vieilli dans "L'esprit des Lois" parce que, depuis, l'ethnologie et même l'esprit critique en ethnologie ont fait des progrès.

Il est certain que, par exemple, lorsque, dans son Livre VII, chapitre V, Montesquieu examine cette loi du Malabar, d'après laquelle la femme peut avoir plusieurs maris, ce n'est pas la constatation qui est surprenante, c'est l'explication finaliste qu'il en donne : car il nous dit que cette loi s'explique très simplement parce que la population dont il s'agit est une caste guerrière ; la loi n'ayant voulu accorder qu'une femme à plusieurs hommes afin de diminuer l'attachement que chacun aurait pour la famille, et de les rendre par là, psychologiquement plus disponibles pour le service militaire.

Si l'exemple (et il y en aurait une infinité d'autres à citer) montre à l'évidence que la méthode de Montesquieu a bien vieilli, le seul enseignement à en tirer, c'est, pour nous-mêmes, d'être prudents quand nous interprétons les phénomènes ethnologiques.

Une réflexion d'un autre ordre, que l'on peut être amené à faire sur cet exemple est que Montesquieu, dans son interprétation, fait une très grande place à la volonté des hommes. C'est précisément ceci qui, aujourd'hui, paraît peu scientifique.

Au lieu de penser que la coutume de polyandrie signalée au Malabar est le produit d'une série de causes qui échappent à la volonté humaine ; au lieu de penser que l'ethnie en question subit la polyandrie, il paraît croire que ses gouvernants l'ont voulue pour elle, afin d'obtenir certaines fins pratiques.

Tout le XVIII^e siècle est là : l'idée que le droit est un produit de la volonté des gouvernements ... Ceci nous paraît antiscientifique. Nous pensons aujourd'hui, que les phénomènes juridiques sont déterminés par des nécessités étrangères aux volontés humaines. Nous avons transporté ce déterminisme de la sociologie générale à la sociologie juridique.

Peut-être y a-t-il un excès dans cette transposition pure et simple des données de la sociologie générale à la sociologie juridique. Les phénomènes juridiques sont, probablement, déterminés, pour une très large part, par des nécessités échappant aux volontés humaines, mais on ne peut s'empêcher, de remarquer que le droit n'est pas un phénomène social comme les autres, que la règle de droit, que le jugement, phénomènes juridiques primaires, sont aussi, pour une grande partie, - c'est une constatation scientifique à faire - des produits de la volonté humaine.

La volonté est un élément qui joue, en sociologie juridique, un rôle inférieur à celui qu'elle peut jouer dans d'autres secteurs sociologiques. Tout n'était donc pas absolument mauvais et condamnable, a priori, dans cette sorte de sociologie volontariste qui est celle de Montesquieu, qui fut celle, aussi, de tous les philosophes de son temps, en particulier, celle de Voltaire.

Je ne veux pas citer Voltaire comme un parangon de la sociologie juridique. Chez lui, le volontarisme est encore plus poussé que chez Montesquieu. En face de toute coutume étrange pour un parisien, Voltaire ne manque pas de conclure qu'elle a dû être forgée par des imposteurs, imaginée par des tyrans ou par des prêtres, pour mieux brider leurs sujets. Ainsi, ce serait une volonté souvent condamnable, mauvaise, malicieuse, qui serait à la base des phénomènes juridiques. Telle est la sociologie juridique voltairienne, volontariste comme celle de Montesquieu, mais avec une nuance sceptique.

§ 2 - Les Historiens -

Il s'agit d'auteurs qui, sans être toujours des historiens au sens pleinement professionnel du terme, ont été amenés, plus ou moins inconsciemment d'ailleurs, à des réflexions de portée sociologique par des observations d'ordre historique. La catégorie réunit deux sortes d'auteurs : les "antiquaires" et les "doctrinaires".

A) Les antiquaires - (dans un sens un peu spécial, le mot désigne des collectionneurs de faits, de menus faits historiques).

De tous temps, il y a eu des érudits pour appliquer leur curiosité aux phénomènes du passé, aux phénomènes juridiques du passé, à des phénomènes quelquefois mineurs, mais cette curiosité du détail a permis les grandes synthèses ultérieures.

Ainsi, Varron, Macrobe, AuluGelle, antiquaires de l'Histoire romaine, ont été extrêmement précieux pour la connaissance sociologique du très ancien droit romain ; et de même Plutarque (pour Rome aussi bien que pour la Grèce).

Mais ce qu'il faut remarquer, c'est qu'ils n'ont pas seulement à notre sociologie juridique de modernes ; c'est que déjà, à leur époque (l'époque classique du droit romain, ils ont pu représenter une certaine sociologie juridique, inconsciente, rudimentaire, une sociologie juridique tout de même.

Si, faisant un bond à travers l'Histoire, nous nous transportons maintenant au XIXe siècle, nous y trouvons des antiquaires dont l'oeuvre présente un degré d'élaboration plus poussé dans l'ordre de la sociologie juridique.

Je citerai, pour l'Allemagne, Jacob Grimm (le frère de l'auteur des "Contes"). Il vécut de 1785 à 1863 ; son ouvrage fondamental en la matière, "Les Antiquités du droit germanique" parut en 1828.

Il eut des émules en France, le plus illustre fut Michelet, qui a composé un recueil d'antiquités juridiques intitulé "Les origines du droit français, recherchées dans les symboles et formules du droit universel" (1837). Comme le titre l'indique (symboles et formules du droit universel), il s'agit d'une application de la méthode comparative - cette méthode qui est l'instrument par excellence de la sociologie juridique moderne. De fait, Michelet, suivant les traces de Grimm, a fondé ici une véritable science qui est un volet de la sociologie juridique ; On l'appela alors la symbolique du droit. Aujourd'hui, on parlerait plutôt de folklore juridique.

A cette même discipline ressortit un ouvrage assez peu connu dans les facultés de droit, mais remarquable en ce qu'il ne se borne pas à la collection des faits, mais contient un essai de systématisation scientifique, l'ouvrage de Chassan, intitulé "Essai sur la symbolique du droit" (1847). Chassan est un grand érudit ; il connaît la littérature des antiquaires germaniques. Il a eu d'autant plus de mérite à s'évader des cadres du droit dogmatique qu'il était lui-même magistrat.

La méthode générale de ces antiquaires est une méthode que l'on peut définir ainsi : ils recueillent de petits faits, des faits négligés par les grands historiens du droit ; ce qui les intéresse, ce ne sont pas les contours généraux des institutions juridiques, ce sont les menus faits très extérieurs, les faits de symbolique, de folklore. De cette collection de faits ils essaient de tirer des conséquences. Ils s'efforcent de pénétrer l'esprit de l'institution à travers ces menus faits. On peut dire que c'est déjà de la sociologie juridique ; du moins, cet aspect de la sociologie juridique qu'est le folklore juridique.

Des antiquaires, on pourrait rapprocher les voyageurs. Les antiquaires voyagent à travers le temps comme les voyageurs à travers l'espace. Or, il est des voyageurs qui ont su voyager avec les yeux ouverts sur les phénomènes juridiques. Ils ont été les précurseurs de notre ethnologie juridique.

Ce serait une tâche utile que de dépouiller les récits des voyageurs de jadis en triant ce qui, dans ces récits, peut intéresser la sociologie en droit.

Un exemple : les "Lettres sur l'Italie" que publia, en 1785, Dupaty.

Si Dupaty transportait dans ses voyages une vision de sociologie juridique c'est qu'il était lui-même magistrat, et, si peu juristes que fussent les magistrats des Parlements de l'Ancien Régime, ils savaient tout de même assez de droit pour s'intéresser à ce que nous appellerions, aujourd'hui, la sociologie juridique.

Il arrive à Dupaty de condenser ses observations en forme de lois, qui seraient comme des lois naturelles de la sociologie juridique. Celle-ci, par exemple : "Le soleil veut un roi à Naples et, peut-être "même un despote". C'est de la science politique, mais on admirera le tour lapidaire donné à cette réflexion sur les rapports du climat au régime politique.

Et voici du droit privé. Dupaty a rencontré, dans l'Italie du Nord, un phénomène, signalé par d'autres observateurs (Stendhal en a parlé) un phénomène un peu tombé dans l'oubli aujourd'hui, mais qui pourrait faire un sujet de thèse de sociologie juridique : le phénomène du sigisbée. Le sigisbée dans les moeurs italiennes du XVIIIe siècle, est un personnage qui, avec l'agrément de la famille et du mari, se substitue à celui-ci pour accompagner la femme mariée dans les fêtes, au spectacle, etc - un chevalier servant, rien de plus.

Mais il faut souligner la méthode que Dupaty emploie pour traiter de ce phénomène juridique collatéral au mariage. Il se pose une série de questions :

- Qu'est-ce en apparence, que le sigisbée ?

(Description extérieure du phénomène ; c'est toujours par là qu'il faut commencer en sociologie juridique).

Puis, il essaie d'entrer plus avant dans le réel :

- Qu'est le sigisbée dans la réalité ? ..."

- Comment une femme en prend-elle un ?"

Comment un homme accepte-t-il de l'être ? ..."

Autre question, qui vient assez facilement à l'esprit :

- Comment le mari souffre-t-il la présence de ce personnage ? ..."

Sur ces différentes questions, il est amené à formuler des hypothèses de portée sociologique : - savoir, si le sigisbée n'est pas le lieutenant le représentant du mari.

Recherche sociologique encore :

- Quelle est l'origine de cet usage ? ... "

- Quelles causes entretiennent cet usage, ou l'altèrent, dans les moeurs italiennes ? ..."

- Quelle influence a-t-il sur les moeurs ? ..." (la recherche des conséquences, après celle des causalités).

- Où trouve-t-on des traces ou des approximations de cet usage dans les moeurs des autres peuples ? (c'est la méthode comparative).

Il n'y a qu'une question qu'il ne se pose pas, et que la sociologie juridique contemporaine ne manquerait pas de se poser, Marx est passé par là :

- Dans quelle classe sociale existe le phénomène ? et pourquoi est-il lié à cette classe ? (car il n'existait que dans l'aristocratie).

Nous en avons, sans doute assez dit pour faire sentir quelle abondante mine de matériaux la sociologie juridique pourra trouver dans une étude systématique des antiquaires.

B) - Les doctrinaires -

Ce que nous envisageons sous cette rubrique, c'est essentiellement l' "Ecole Historique Allemande".

Un grand nom la domine, illustre dans les Facultés de Droit, celle du romaniste Charles de Savigny (1779 - 1861). Mais Savigny n'est pas isolé. Il faut citer, à côté de lui, Puchta, et mentionner les influences philosophiques qui s'exercent dans le même sens : celle de Hegel, plus anciennement celle de Herder, le philosophe du devenir (du "werden"), Herder nous intéresse très directement parce que Portalis, exilé en Allemagne après le 18 fructidor, avait connu la philosophie de Herder et en avait éprouvé la séduction. Peut-être vous souvient-il de cette phrase, si souvent citée, le discours préliminaire du Code Civil (je cite de mémoire) : "À proprement parler, on ne fait pas les lois d'une nation ; elles se font avec le temps". Cette idée d'un devenir du Droit, c'est de Herder que Portalis la tenait.

A la vérité, le "Werden" de Herder n'était pas un devenir déterminé par des causes aveugles, c'était un devenir providentiel, car Herder était imprégné d'une vive religiosité. Il reste que son évolutionisme avait quelque chose de sociologique.

La doctrine de l'école historique se caractérise par un respect profond pour la réalité historique, vivante du droit. Le droit effectif, d'après Savigny, selon cette doctrine, ne connaît qu'un développement inconscient, impersonnel, il est le produit de forces anonymes, de forces populaires. D'où une préférence marquée pour la coutume, qui représente plus directement cette élaboration du droit par le peuple tandis que la loi écrite peut n'être que la volonté arbitraire d'une élite de dirigeants.

Or on sait comment Savigny s'opposa avec violence au maintien du Code Civil dans les Etats de l'Allemagne où il avait été introduit par la domination napoléonienne. Il nia, avec la même violence, l'utilité d'une codification pour l'Allemagne. C'était le droit coutumier qui, pour lui, constituait le droit par excellence, parce qu'il sortait des profondeurs de la nation.

Savigny est nationaliste contre l'universalisme des codificateurs rationalistes, contre l'universalisme de la Révolution. Il est "populiste" contre ceux qui préconisent un droit savamment construit par une élite de législateurs. Il affirme la préséance du "Volksrecht", du droit du peuple sur le "Juristenrecht", le droit des juristes.

Cette opposition entre droit du peuple et droit des juristes devait dominer les controverses des juristes allemands au XIXe siècle. Ceux qui réclamaient une codification -- et qui finirent, d'ailleurs, par l'obtenir à l'aube de 1900 -- se réclamaient du juristenrecht. Leurs adversaires s'opposaient à la codification au nom du Volksrecht.

Dans sa défense du Volksrecht, l'Ecole historique fut amenée à poser une sorte d'entité, le "Volksgeist", l'esprit du peuple. Le droit du peuple est le produit de l'esprit du peuple. Or, cette notion de l'esprit du peuple préfigure une notion capitale de la sociologie durkheimienne, l'idée de conscience collective. Durkheim affirmera, et ses disciples affirmeront après

lui, l'existence d'une conscience collective, distincte des consciences individuelles.

Savigny affirme qu'il y a une conscience juridique collective, une conscience en suspension dans la masse de la nation, et c'est cette conscience -là qui, s'exprimant à travers la coutume, guide le développement du droit dans chaque peuple.

A la vérité, Savigny excella davantage à affirmer la théorie qu'à la mettre en œuvre. Sa formation de romaniste était gênante pour lui. L'esprit du peuple allemand, était-ce bien le droit romain ? Il était plus naturel de le trouver dans les coutumes germaniques. Savigny avait été obligé, pour remettre de l'ordre dans ses affirmations théoriques, de présenter le droit romain comme devenu du droit populaire allemand à la suite de la réception du XIVe siècle. Mais cette présentation n'était pas très convaincante.

Les successeurs de Savigny qui n'avaient pas une formation romaniste, furent beaucoup plus à l'aise pour reprendre les mêmes idées, non plus au profit du droit romain, mais au profit des coutumes germaniques. Tel fut le cas de Gierke, à la fin du XIXe siècle.

§ 3 - Les juristes -

Le bilan est, ici, beaucoup plus bref, car la participation des juristes à cette première formation de la sociologie juridique a été somme toute, assez peu de chose. Encore faut-il reconnaître que les juristes de l'Ancien droit étaient moins éloignés de la sociologie que ceux qui vinrent après le Code Napoléon. Comme toute codification inmanquablement, le Code Civil a constitué une sorte de stérilisation de l'esprit sociologique. Chez les vieux jurisconsultes, plus libres à l'égard des textes, plus fantaisistes, moins rigoureux, la touche sociologique se manifeste plus souvent.

L'un des plus anciens monuments de la sociologie juridique n'est-il pas au Digeste ? c'est la Lex Origo (Dif. 18.1.1), sur l'origine du contrat de vente. L'origine de la vente, écrit Paul, ce fut l'échange. L'hypothèse de sociologie juridique, d'ailleurs, est fortement battue en brèche, à notre époque où l'on opine plus volontiers l'origine de la vente est dans le don. Ce qui n'empêche que, dans ce fragment de Paul, il y a déjà de la sociologie juridique.

De même, chez les juristes humanistes du XVIe siècle, il y a de la sociologie juridique. C'est que leur méthode d'argumentation juridique consiste à accumuler les autorités, les citations, tirées des auteurs les plus hétéroclites, littéraires ou historiques, aussi bien que juridiques. Dans cette accumulation d'arguments divers, il leur arrive de faire une place à des données sociologiques. Par exemple, Tiraqueau, jurisconsulte poitevin du XVIe siècle, dans son traité du droit d'aînesse (de jure primogenitorum) en vient à s'interroger sur la raison d'être de l'institution qu'il étudie. Cette recherche des causalités à quelque chose de sociologique, car il s'agit de causalités que l'on peut regarder comme naturelles (ex. l'aîné est le plus fort, le plus en état de porter les armes au moment de la mort du père ; le plus aimé de la mère, parce qu'elle a souffert davantage de son accouchement, etc ..)

Comme le montre ces exemples, ce sont des informations sociologiques de détail qu'il faut attendre de nos vieux auteurs, plutôt qu'une doctrine sociologique.

Une doctrine sociologique, tout de même, est-ce que l'École du Droit naturel ne nous en propose pas une ?

Je prends le terme "école du droit naturel" dans son acception la plus technique. Il ne s'agit pas de tous les juristes qui ont cru au droit naturel, mais de cette École du droit de la nature et des gens que fonda Grotius et qui se développa surtout au XVIII^e siècle avec Puffendorf, Barbeyrac, Vattel et tant d'autres.

Dans la ligne générale de l'école il y a quelque chose qui est a priori sociologique, savoir : la recherche d'un droit naturel, fondé sur la nature des choses, pour peu que l'on interprète "nature des choses" dans un sens de physique sociale : la "nature sociale", suivant l'expression de Sauvy, quelque chose qui est donné en dehors de la volonté arbitraire des législateurs.

Dans la mesure où l'école du droit naturel a conçu ainsi le droit naturel, on peut admettre qu'elle a fait, sans le savoir, de la sociologie.

Seulement, si cette conception physique, quasi biologique du droit naturel se rencontre bien, parfois, chez les tenants de l'école, elle n'y est pas seule, et même, probablement, elle n'y est pas prépondérante. Le droit naturel, le plus souvent, dans cette école comme ailleurs, c'est un droit idéal, un droit qui n'est pas donné dans la nature de société, mais plutôt dans la Raison dans une Raison universelle, qui pourrait bien être, pour certains, Raison divine. On s'éloigne alors considérablement de toute conception sociologique pour passer dans le domaine de la philosophie du droit.

Ce qui reste vrai, cependant, c'est qu'il y avait dans l'École du droit naturel, par définition, un esprit critique à l'égard du droit positif. Le droit naturel, par opposition au droit positif. Les postulats même de l'École impliquaient une "relativisation" du droit positif. C'était un antidote précieux contre les abus du dogmatisme.

Dans cette mesure encore on peut dire que l'École du droit naturel évoque la sociologie juridique, mais sans la constituer encore. La sociologie juridique méthodique s'affirmera que bien plus tard et elle s'affirmera, du reste dans une répudiation du droit naturel, considéré comme une métaphysique, comme du métadroit, aussi bien que dans une répudiation du droit dogmatique.

Section II - LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE MÉTHODIQUE

A partir d'une certaine époque, des auteurs, plutôt, d'ailleurs, philosophes que juristes, ont aperçu nettement la possibilité d'une science qui traiterait le droit comme phénomène, comme une série de phénomènes, de phénomènes sociaux.

Pour décrire cette période de la sociologie juridique méthodique, un plan géographique, en quelque sorte, peut offrir des avantages. En effet, malgré des influences réciproques, malgré la présence de courants internationaux, la sociologie juridique méthodique est apparue sous des formes distinctes dans différents groupes de pays. On peut parler de courants

français de courants germaniques, de courants anglo-américains. On peut parler aussi, du reste, de courants internationaux qui prennent les précédents en écharpe.

§ 1er - Les Courants français -

A/ - Le courant positiviste -

Il convient de répéter qu'Auguste Comte n'a pas eu, pour la sociologie juridique, le rôle de fondateur qu'il a eu pour la sociologie générale. Ce n'est pas que des éléments intéressants pour le droit ne se trouvent pas dans la sociologie générale d'Auguste Comte même en laissant de côté, les aspects de droit public : (on sait qu'il tenta d'édifier un système de politique positive).

Il faut rappeler, à cet endroit l'importance qu'Auguste Comte attache aux groupements et à la famille en particulier, ce qui est important pour une sociologie du droit civil ; son assertion qui n'est pas sans résonance dans le plan successoral que l'humanité est composée de plus de morts que de vivants, tout cela a une valeur pour le droit, mais, d'une façon générale Auguste Comte n'était pas prédisposé à nous laisser une sociologie juridique et cela pour deux motifs.

Le premier, qui est plutôt formel, est qu'il était par méthode, opposé à l'établissement de branches distinctes à l'intérieur de cette science qu'il avait constituée sous le nom de "Sociologie".

Mais, en outre et plus profondément, on peut observer qu'il ne comprenait pas très bien le droit, ou, alors, il le comprenait trop bien.

C'est lui qui a qualifié le droit de "vestige métaphysique, absurde autant qu'immoral". Il croyait que le positivisme ferait disparaître irrévocablement l'idée du droit. Le point de vue social, qui était le sien, ne pouvait se satisfaire que de devoirs, de devoirs d'après les fonctions, et ces devoirs lui semblaient découler directement de la morale et de l'amour.

Il y a donc, chez Auguste Comte, un refus de principe à l'égard du droit. C'était une mauvaise préparation à faire de la sociologie juridique. Ou bien, sautant par-dessus beaucoup d'échelons intermédiaires, l'introduction à une sociologie juridique supérieure, dans laquelle le non-droit est mis au-dessus du droit.

Mais, pour en rester à des échelons plus terre-à-terre, Auguste Comte n'a rien donné directement à la sociologie juridique telle qu'elle est ordinairement conçue, et il a fallu attendre environ un demi-siècle pour apercevoir les premières impulsions données à la sociologie juridique.

Ces premières impulsions vinrent des Facultés des Lettres. Les localiser ainsi universitairement n'est pas inutile ; beaucoup d'orientations doctrinales s'expliquent par là.

Les premiers développements de la sociologie juridique sont dus à des sociologues de sociologie générale, et même à des philosophes (du moins, à des professeurs de philosophie), puisque, à cette époque (fin du XIXe, début du XXe siècle), la sociologie n'est pas encore constituée encore en enseignement distinct, détaché de la philosophie.

Il faut citer ici le nom, le grand nom d'Emile Durkheim (1858 - 1917). Durkheim est un disciple d'Auguste Comte, c'est un positiviste, mais il a transformé profondément la conception qu'Auguste Comte se faisait de la sociologie, il l'a débarrassée de ses éléments romantiques. La sociologie va prendre des contours beaucoup plus rigoureux.

Emile Durkheim a puissamment contribué à orienter les préoccupations des sociologues vers le phénomène juridique.

Emile Durkheim, - pour des raisons, d'ailleurs, en partie personnelles, parce que, à Bordeaux où il enseignait la philosophie, il avait été en contact avec des juristes de la Faculté de Droit, et notamment, avec le publiciste Léon Duguit - Emile Durkheim s'intéressait beaucoup au droit et, par là, aux phénomènes juridiques en tant que phénomènes sociaux. Si bien qu'il fit une place à la sociologie juridique dans sa vision scientifique, méthodique, de la sociologie générale. Et si ses ouvrages ne sont pas directement consacrés à la sociologie juridique, ils ont pour celle-ci, une très grande importance.

Tel est le cas de sa thèse de doctorat : "la division du travail social", (1893), comme aussi de son très substantiel petit livre intitulé, "Les règles de la méthode sociologique" (1ère édition 1895), qui reste fondamental pour toute sociologie.

Durkheim attache une valeur particulière, entre tous les phénomènes sociaux, au phénomène juridique. Il lui semble que le phénomène juridique est le phénomène social par excellence. Pourquoi cela ?... Parce que, pensait-il, c'est le phénomène social le plus facile à saisir objectivement, à saisir comme une chose. Beaucoup de phénomènes sociaux, sont moins faciles à saisir objectivement parce que la psychologie y joue un plus grand rôle. Le phénomène juridique est plus objectif, ne serait-ce que parce qu'il se coule, se matérialise dans les lois, dans des textes que le chercheur pourra étudier comme des choses.

Il se peut que Durkheim se soit exagéré l'objectivité des phénomènes juridiques. Les juristes de profession seront enclins à y apercevoir moins de matérialité, plus de psychologisme ; et ils savent du reste que le droit ne s'identifie pas avec les textes. Mais une autre considération avait conduit Durkheim à reconnaître au droit, une place privilégiée dans sa sociologie. C'est que le phénomène juridique est, de tous les phénomènes sociaux, celui qui accuse avec le plus de relief l'idée de contrainte sociale.

Or, cette idée joue un rôle capital dans la sociologie Durkheimienne, C'est pourquoi la règle de droit, qui est de toutes les règles de conduite sociale celle qu'assortit la contrainte la mieux caractérisée, et plus spécialement la règle de droit pénal, où la contrainte est portée au paroxysme, constituait pour cette sociologie un excellent terrain de démonstration.

Il y a, du reste, dans ce que l'on pourrait appeler la philosophie de la sociologie de Durkheim, une sorte de sévérité, d'austérité, à quoi s'accorde bien l'importance donnée à la règle de droit. Tout cela n'est pas exempt d'une sorte de tristesse. Durkheim est le contraire d'un sociologue laxiste. Il croit que la règle de droit - est une application rigoureuse de la règle de droit - nécessaires à la vie de la société. Ce qui explique qu'en matière familiale, il ait été réservé devant le développement du divorce, et même devant les facilités croissantes que la législation du XXe siècle allait donner à l'enfant naturel.

Cette tonalité moralisante est personnelle à Durkheim : elle est loin de se retrouver dans sa descendance intellectuelle. Il n'empêche que son influence abstraite faite de ce point, a été considérable. On peut parler d'une école Durkheimienne, avec laquelle, dans une large mesure, s'identifie la sociologie française, même aujourd'hui.

Lucien Lévy-Bruhl se rattache à l'École Durkheimienne, mais avec une forte personnalité. Il a scruté la mentalité "primitiva". Mais identifiée par lui avec la mentalité "prélogique". Mais c'est peut-être son ouvrage intitulé "La morale et la science des mœurs", le plus fondamentalement la sociologie juridique, cet ouvrage fit sensation, voire un peu scandale chez les philosophes, les moralistes classiques, aux environs de 1903. Il concerne la morale, non pas le droit. Mais nous nous sentons, en le lisant, constamment sollicités de transposer au droit ce qu'il affirme de la morale.

Or, Lucien Lévy-Bruhl pense que notre morale, la morale qui nous est enseignée dogmatiquement, est en réalité une métamorale, une morale métaphysique qui n'est pas fondée scientifiquement. C'est la sociologie, la science des mœurs, qui arrivera, un jour, à donner une base scientifique à la morale d'avenir. Provisoirement, conservons la morale traditionnelle, certes, parce qu'il nous faut des règles de conduite pour agir devant les problèmes moraux que nous pose la vie de chaque jour ; seulement, disons-nous que cette morale n'a pas de base scientifique, qu'elle est le résultat de prénotions, de préjugés, dont les origines historiques, sociologiques, se sont effacées.

Il est probable qu'après un certain temps, peut-être un certain nombre de siècles, d'observations sociologiques sur les mœurs, nous nous apercevrons que telle ou telle règle morale traditionnellement suivie est irrationnelle, et nous construirons une règle morale différente, voire inverse ; nous la construirons par la science des mœurs, par la sociologie.

La comparaison avec les sciences physico-chimiques est constante dans l'ouvrage de Lucien Lévy-Bruhl ; de lois scientifiques préalablement établies on déduira, en morale, des applications de plus en plus fécondes - à l'exemple de ce qui s'est passé dans les sciences physico-chimiques.

La possibilité d'une transposition au droit est évidente. Sommençons patiemment, par recueillir les faits, les observer, en dégager des lois causales, et quand nous connaissons ces lois constantes, scientifiques qui président à la naissance, au développement, à la disparition des phénomènes juridiques, nous pourrions construire un droit. Les applications de la science se déduisent des lois scientifiques, qui seules peuvent nous donner prise sur le réel. Le processus ne peut pas être, pour les sciences dites morales, comme la morale ou le droit, différent de celui qui a été observé, à partir du XVIII^e siècle, pour les sciences physico-chimiques.

Ainsi, dans "La morale et la science des mœurs", le programme de l'École durkheimienne en matière de sociologie juridique paraît virtuellement tracé : d'abord, des années, des siècles peut-être d'observations patientes sur les faits ; et en attendant, provisoirement, conservons le droit traditionnel ; puis, quand nous aurons décelé quelles sont les lois scientifiques, les lois causales qui président à l'apparition, au développement, à la disparition des institutions juridiques, nous pourrions édifier un droit rationnel qui sera à la sociologie juridique ce que les sciences appliquées sont aux sciences théoriques.

Je vous citerai un autre nom de l'Ecole durkheimienne, : Marcel Mauss (mort en 1950), disciple direct de Durkheim. Il se dispersa dans une quantité d'études d'ethnologie, dont beaucoup de ses études intéressent le droit.

C'est en particulier, à Marcel Mauss qu'est due la fameuse formule : "le don est la forme primitive de l'échange", qui a une importance manifeste pour une analyse sociologique de la distinction juridique entre le titre gratuit et le titre onéreux.

On peut dire que, par l'attention que Durkheim, Lévy-Bruhl, Mauss portèrent aux sociétés primitives, ils ont contribué à fonder l'ethnologie en France. Il existe une Ecole française d'Ethnologie qui est, à l'heure actuelle très active. Cette circonstance politique que fut l'Empire colonial français a favorisé l'essor de l'ethnologie, partant de l'ethnologie juridique, et ouvrant aux chercheurs de nombreux champs de recherches,

Tel a été l'apport des Facultés des Lettres.

Quel fut, en regard, celui des Facultés de Droit ? ... Dans les Facultés de Droit, la sociologie juridique a été pratiquée, dès le début de ce siècle, par quelques juristes. Je ne citerai que les disparus.

Les uns étaient historiens. Ainsi Frédéric Girard, le romaniste, avait des préoccupations sociologiques, qui transparaissent dans les Notes de son manuel de Droit romain. Il ne fit pas de la sociologie juridique originale, mais il rendit compte des ouvrages, et notamment des ouvrages allemands, qui s'efforçaient déjà d'éclairer par la sociologie juridique originale, mais il rendit compte des ouvrages, notamment des ouvrages allemands, qui s'efforçaient déjà d'éclairer par la sociologie certains aspects du très ancien droit romain. Il faut encore nommer Huvelin, qui fut attentif au rôle de la magie dans les institutions de la Rome antique, et Jobbé-Duval, qui nous a laissé des études de folklore juridique ("les idées primitives dans la Bretagne contemporaine").

D'autres étaient économistes ; René Maunier, qui s'intéressa à la sociologie coloniale, à la rencontre des civilisations, notamment des civilisations juridiques, déterminée par les phénomènes de colonisation.

Parmi les publicistes, il faut mettre en relief Léon Duguit (1859-1928). C'est pour le droit constitutionnel, un juriste de premier plan. Mais ce qui nous intéresse ici, ce sont ses tendances sociologiques. Elles lui étaient tenues en partie de ses relations personnelles avec Emile Durkheim. C'est un fait que les idées de Durkheim sur la division du travail social ont laissé des traces dans sa conception que Duguit s'est faite des fondements généraux du Droit (solidarité par différenciation et solidarité par similitude). Mais dans quelle mesure est-on autorisé à considérer Duguit comme un véritable sociologue ?.. Il est permis d'être assez réservé. De fait, si l'on examine dans le détail son oeuvre de droit constitutionnel, on constatera qu'il y traite les problèmes concrets du droit constitutionnel en pur dogmaticien. Sa méthode d'interprétation des textes ou de construction des solutions ne se ressent à aucun moment des affirmations sociologiques affichées en exergue. C'est la méthode traditionnelle, dogmatique, voire exégésique; des juristes de la fin du XIXème siècle.

Ce que l'on trouve de plus sociologique chez lui, c'est un certain sens de l'évolution du droit, un certain évolutionnisme juridique. Duguit a en conscience d'une transformation du droit, à son époque, sous l'influence des changements sociaux et économiques. Il pensait que le mouvement avait une direction incontestable et irréversible : la socialisation croissante du droit. Il a consigné ses vues quant au droit civil, dans un recueil de conférences qui a pour titre "Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon" (1911).

C'est un petit ouvrage très incisif, où Duguit, avec une certaine joie du mal, la joie d'ennuyer ses collègues civilistes, leur montre que, depuis le Code Napoléon, le droit civil est en pleine révolution, sans que les civilistes, bien entendu, s'en soient aperçu ; que le droit civil se socialise de plus en plus ; la propriété, le contrat, la responsabilité se sont socialisés depuis la fin du XIXe siècle, sous l'influence des transformations générales de la sociétés, de l'avènement de l'âge industriel.

Ces idées évolutionnistes sont entrées aujourd'hui dans le patrimoine commun des civilistes. Il n'en est plus un seul qui ne parle des transformations du droit civil, et l'on peut même craindre que cet évolutionnisme élémentaire ne tiennne lieu, pour beaucoup, de la véritable sociologie.

Ce n'est pas que l'évolutionnisme ne puisse être pas sociologique. Mais il faut être mis en garde contre la rapidité des conclusions. Durkheim, Lévy-Bruhl parlaient de longues observations qui seraient nécessaires en sociologie, avant d'aboutir à dégager des lois scientifiques. Mais la tentation permanente, pour le chercheur, c'est de formuler des lois immédiatement, à partir d'un petit nombre d'observations, d'un trop petit nombre d'observations. Cette hâte excessive à conclure peut certainement être imputée à Léon Duguit.

Qu'ils soient venus des Facultés de Droit ou des Facultés de Lettres, les auteurs dont il a été fait état jusqu'ici se rejoignent au fond, par une même filiation, ils procèdent du positivisme. Il y a, malgré de très grandes différences de personnalité, une affinité de pensée entre tous ces auteurs ; ils représentent assez volontiers une orthodoxie dans la sociologie française ; c'est le courant positiviste.

B) - Les Courants Dissidents. -

On peut qualifier de dissidents parce qu'ils sont en dehors de l'orthodoxie positiviste, durkheimienne, dominante en France, ou même, plus largement, de l'orthodoxie universitaire car, au fond tous les auteurs qui viennent d'être passés en revue avaient ce trait commun d'être des universitaires.

Ceux dont il va maintenant être question ne sont pas des universitaires et leurs vues s'éloignent, parfois, considérablement des vues du groupe précédent. Non pas qu'ils rejettent toujours complètement la méthode positive en ce qu'elle a de plus élémentaire : eux aussi prétendent partir de l'expérience, de l'observation des faits ; ce sont des empiristes, si ce ne sont pas des positivistes. Mais ils se singularisent, par rapport aux précédents, par un certain non-servatisme. On pourrait dire (d'une formule très grossière et, qu'il ne faudrait pas prendre au sens politique) qu'ils sont plus à droite. Leur pensée se caractérise par un moindre évolutionnisme, une moindre croyance en un progrès surtout en un progrès linéaire de la société et des institutions juridiques, par un moindre optimisme, par conséquent.

Si nous voulions remonter à l'inspiration première de ce groupe, nous trouverions des philosophes, très peu sociologues en apparence, mais qui, tout de même, ont appliqué au droit une sociologie inconsciente. Ils font le pont avec la période de la sociologie spontanée.

C'est ici le lieu de M. de Bonald et Joseph de Maistre. M. de Bonald a laissé un ouvrage intitulé : "Législations primitives", où il a fait de l'ethnologie juridique avant la lettre. Quant à Joseph de Maistre, qui avait fait son droit, il a envisagé la méthode expérimentale dans son application à l'étude des sociétés. En réaction contre le rationalisme de la Révolution, il invoquait l'autorité de l'expérience, l'autorité de l'observation sociologique, dirions-nous aujourd'hui.

Il avait, au demeurant, un conservatisme foncier, qui se traduisait par une exaltation de la coutume, du "mos majorum". Or, il y a, dans toute préférence donnée à la coutume, un aspect sociologique qu'il ne faut pas sous-estimer.

C'est, en tous cas, dans la filiation de Joseph de Maistre qu'il faut classer Frédéric Le Play (1806-1888). Il a fait de la véritable sociologie méthodique, et orientée vers certains problèmes du droit privé.

Ce fut un fondateur d'école, l'école dite "de la réforme sociale", qui eut sa vogue à la fin du siècle dernier, dans les milieux conservateurs et catholiques français, mais qui ne fut pas sans influence non plus à l'étranger (en Angleterre, par exemple).

Il y a, dans le Play, une doctrine sociale, d'inspiration religieuse. C'est une doctrine catholique de réforme de la société et de réforme du droit. Le Play est connu par les attaques qu'il dirigea contre le droit successoral du Code Napoléon, contre le système du partage égal des successions ; il attribuait à l'abolition de la liberté testamentaire du père de famille - sur laquelle il se faisait peut-être quelques illusions historiques - la désagrégation de l'institution familiale en France (au milieu du XIXe siècle déjà). Plus tard, ses disciples attribuèrent à ce même système du partage égal la décadence de la natalité française.

Cet aspect des théories de Le Play est très connu et a, d'ailleurs, remporté des succès dans le plan législatif. On connaît l'esprit général de nos réformes successorales de 1938 : en 1938, le droit successoral français a marqué un tournant : pour la première fois, une réaction s'est produite contre le système du partage égal, du moins sous la forme du partage égal en nature qu'avait institué le Code Napoléon. C'est en 1938 qu'a été institué, notamment, le mécanisme de l'attribution intégrale de l'exploitation agricole à l'un des enfants, moyennant indemnité accordée aux autres ; que le principe du rapport en valeur a été substitué à celui du rapport en nature. Nous sommes ici en présence de conséquences législatives, normatives, de la sociologie de Le Play. Le point est à marquer car il n'est pas tellement fréquent que les doctrines sociologiques aboutissent à des conséquences normatives. Le Play y est arrivé post mortem, la conjoncture politique aidant et peut-être n'est-ce pas fini, puisqu'un projet gouvernemental est actuellement en instance devant le Parlement, tendant à rétablir, comme on l'a dit le droit d'aînesse, en matière agricole. L'exploitation agricole, de plein droit désormais, serait attribuée, non pas nécessairement à l'aîné d'ailleurs, mais à celui des enfants qui aurait participé effectivement à la

marche de l'exploitation, du vivant du père de famille. Ce serait encore une conséquence des théories de Le Play.

On peut discuter de la politique familiale préconisée par Le Play et on n'a pas manqué de le faire. Ce qui doit être souligné sur un terrain plus objectif, c'est que la méthode employée par lui se présente comme une méthode sociologique, que ne désavouerait pas dans son principe la sociologie scientifique telle qu'elle est pratiquée de nos jours. En effet, Le Play s'est livré très partiellement à la constitution de monographies, monographies de famille, c'est-à-dire qu'il a procédé par la méthode de l'enquête, de l'enquête sociologique, étudiant "sur le terrain" des cas familiaux.

C'est une méthode qui est appliquée par les sociologues contemporains, qui ont travaillé notamment sur les conditions de vie des familles ouvrières. Ils l'ont fait, sans doute, à une échelle beaucoup plus considérable, et avec des moyens perfectionnés. Mais le principe de la méthode était déjà dans Le Play.

Dans les courants dissidents, il faut encore placer Maurice Hauriou (mort en 1929), et ici c'est avec Léon Duguit que l'antithèse s'offre à l'esprit, car Maurice Hauriou fut le grand rival de Léon Duguit dans la doctrine de droit public.

Or, Maurice Hauriou entendait, lui aussi, être sociologue, mais dans un esprit tout différent de celui de Duguit. Il nous a laissé un volume intitulé "la science sociale traditionnelle", (1896), dont le titre même montre que ce n'est pas de la sociologie positiviste et évolutive qu'il s'agit.

De fait, la sociologie de Maurice Hauriou est une sociologie conservatrice. Il part du postulat que, de même qu'il existe, pour l'individu, l'évidence individuelle - il existerait, pour les sociétés, une évidence collective. Il faut sous-entendre qu'il existe une conscience collective, et celle-ci pourrait être illuminée par une évidence collective. L'évidence collective montrerait aux sociétés des directions qui seraient des directions irréfutables. Il n'y aurait donc pas à se préoccuper tellement de l'observation : l'évidence, l'illumination collective pourraient suffire.

C'est dire que l'on est très loin de la méthode d'observation que préconisent les durkheimiens.

§ 2. - Les courants germaniques.

En Allemagne et en Autriche, la sociologie juridique a eu, des développements propres qui ne paraissent pas se ressentir, au moins directement, de l'influence durkheimienne. Il faut dire que le milieu juridique allemand était peut-être prédisposé à recevoir l'impulsion sociologique plus que le milieu juridique français? D'abord parce que la construction juridique était plus libre, au XIXe siècle, en Allemagne qu'en France à la même époque, ne serait-ce qu'à cause de l'absence de codification (toute codification tend à dogmatiser le droit).

Il faut, ici, donner sa place à Ihering. L'importance de Rudolf von Ihering pour la science romane allemande est bien connue. Ce qui doit être souligné ici, c'est l'esprit sociologique qu'il appliqua à l'étude du

droit romain, Thering voit facilement le droit comme le produit d'une lutte d'intérêts, de forces sociales en action, et cette vue-là a quelque chose de sociologique.

Décrivant historiquement le droit comme la résultante d'une lutte d'intérêts, Thering avait frayé la voie à une méthode d'interprétation qui fut célèbre en Allemagne sous le nom de jurisprudence des intérêts (Interessenjurisprudenz) ; entendez la méthode d'interprétation par l'appréciation des intérêts en présence, par opposition à la jurisprudence des concepts, (Begriffsjurisprudenz).

Si vous partez du postulat, qui est un postulat sociologique, qu'une règle de droit est la résultante d'un conflit d'intérêts, n'est-il pas rationnel, pour interpréter cette règle, de rechercher quel fut l'intérêt prédominant décisif, au moment du conflit d'intérêts. Rechercher quel fut l'intérêt prédominant, c'est en effet, interpréter la règle dans le sens qui lui convient le mieux, puisque cette règle, par hypothèse, est le produit de cet intérêt prédominant.

Tel était le sens général de cette Interessenjurisprudenz, qui eut ses sectateurs, et qui ouvrait les esprits, par la force des choses, aux préoccupations sociologiques. On était amené, par cette méthode d'interprétation, à rechercher quelles avaient été, à l'origine de la règle de droit, les forces créatrices, les forces sociologiques qui l'avaient emporté.

Dans les courants germaniques de la sociologie juridique, deux noms émergent : Max WEBER et Eugène EHRLICH.

Max Weber (mort en 1920) est très connu non seulement des spécialistes de la science politique (grâce, en particulier, aux travaux de Raymond Aron), Par certains côtés, on pourrait trouver qu'il est plus philosophe, porté vers les grandes synthèses, que sociologue, résigné aux patientes recherches. N'empêche qu'il y a chez lui une foule de notations qui peuvent intéresser la sociologie juridique, surtout celle du droit public. Et d'une façon générale, l'importance qu'il attache aux relations historiques de l'économie et de la société a déjà à priori quelque chose de sociologique.

Son oeuvre, dans un allemand difficile, n'est pas toujours très perméable à nos esprits. L'intermédiaire de la traduction anglaise de Pheinstoin est déjà un progrès. Mais une traduction française serait hautement désirable. (à signaler une très bonne thèse qui n'est encore que dactylographiée consacrée à l'oeuvre de sociologie juridique de Weber : Grosclaude, th. Strasbourg - 1960).

Eugène EHRLICH, autrichien (mort en 1923) a une renommée plus modeste mais il intéresse plus spécialement la sociologie du droit privé.

Son oeuvre, essentielle en la matière s'intitule "Fondement de la Sociologie du droit" (la première édition est de 1913).

Il y a, dans son oeuvre, une partie critique, une attaque de la conception dogmatique du droit. Il montre que la soi-disant science du droit des juristes n'est qu'une technique très relative poursuivant des buts pratiques contingents, et ne saisissant qu'une très faible partie de la réalité juridique. A côté de cette partie critique, il y a une partie positive où Ehrlich explique ce qu'est selon lui la réalité juridique. Voici une phrase caractéristique :

- " Le sens du développement du droit à notre époque, comme sans doute autrefois, ne doit être recherché ni dans la loi " -

(Je vous dirai que ceci était déjà admis en France en 1913, mais Ehrlich poursuit, et ceci est nouveau) :

". . . . ni dans la jurisprudence ou dans la doctrine, ni plus généralement dans un système de règles, mais dans la Société elle-même".

C'est le programme d'une conception sociologique du droit. Le droit n'est pas contenu dans les règles, fût-ce dans les règles jurisprudentielles, qui pourtant sont considérées comme représentant un degré supérieur de réalité par rapport aux règles de droit : le droit véritable est dans la société elle-même, dans cette profondeur des faits qui constitue la réalité sociologique.

Ehrlich d'ailleurs, ne s'est pas borné comme c'est toujours le péril en sociologie, à faire de la méthodologie, et rien que de la méthodologie. Il a essayé des applications de la méthode qu'il préconisait. C'est ainsi que, dans un autre ouvrage, il a appliqué sa méthode à un problème juridique qui était très débattu au début du siècle, celui de la déclaration tacite de volonté. Il a examiné les arrêts relatifs à ce problème, non pas d'un point de vue dogmatique, mais d'un point de vue sociologique (nous verrons plus tard en quoi consiste une étude sociologique de jurisprudence).

§ 3 - Les courants Anglo-Américains -

Dans la mesure où la sociologie juridique se présente comme une recherche des faits, des petits faits concrets. On peut pressentir que les anglo-américains y excellent car leur esprit des anglo-américains est facilement tourné vers le concret avec, corrélativement, une certaine répulsion pour la théorie. De fait, la sociologie juridique, comme la sociologie générale, sont actives dans les pays anglo-saxons.

A - le XIII^e siècle -

Sir Henry Maine (on dit souvent chez nous : Sumner Maine) est un historien du droit, un historien comparatiste. Il avait une très riche expérience dans ce domaine, ayant enseigné notamment à Calcuta. Son ouvrage le plus connu (*Ancient Law*, traduit en français sous le titre : *L'Ancien Droit*, c'est à dire le droit primitif) est de 1861. Contemporain de Ihering il est plus franchement sociologique que lui. Une loi sociologique, loi scientifique de sociologie juridique, porte son nom. Cette loi de Maine s'énonce ainsi : "le statut précède le contrat".

L'anglais Herbert Spencer est un sociologue de sociologie générale. Ses "Principes de Sociologie" ont été traduits en français, (c'est une preuve de leur succès) à la fin du siècle dernier cette oeuvre de sociologie générale contient beaucoup d'éléments intéressants pour la sociologie juridique. Nous avons parlé de Marcel Mauss et de sa fameuse formule : "le don est la forme primitive de l'échange". La formule ne se trouve pas sous sa teneur percutante dans Spencer, mais l'idée y est exposée tout au long, ce qui atteste un sociologue pénétrant, bien qu'il n'eût pas peut-être toute l'expérience ethnologique que devait avoir plus tard Marcel Mauss.

B - Les contemporains -

A l'heure actuelle, c'est surtout l'Amérique qui est en vedette pour la sociologie générale et la sociologie juridique.

Mead Moreno sont représentatifs des tendances de la sociologie américaine contemporaine, parce qu'ils sont, à bien des égards, psychologues autant que sociologues. C'est un aspect très important de la sociologie américaine, et d'ailleurs un motif des griefs que lui adressent les sociologues européens, notamment ceux de l'Ecole Durkheimienne. Cette sociologie américaine est volontiers subjective, une très large part, non seulement à la psychologie sociale, ce qui va de soi, mais même à la psychologie individuelle.

Mead dans son ouvrage qui n'a pas été traduit en français et qui est assez difficile à pénétrer, a procédé par des analyses extrêmement fines des mécanismes sociaux. Il montre comment le sentiment de la sociabilité et, partant, le sentiment du droit apparaissent dans l'individu lorsque l'individu est capable de se mettre mentalement à la place de "l'autre". L'idée de "l'autre" est fondamentale dans la psychologie sociale de Mead, et on peut la transposer dans des hypothèses sur la genèse du mécanisme contractuel : le contrat apparaît quand "l'un" est capable de se mettre mentalement à la place de "l'autre".

Moreno, dont l'oeuvre essentielle a été traduite en français, en 1954, sous le titre "Fondement de la sociométrie", est le fondateur d'une école qu'on appelle sociométrique (L'expression évoque une application des mathématiques à la sociologie. Mais, à la vérité, ce n'est là qu'un aspect de la théorie de Moreno, et peut-être même pas le plus important. Moreno s'est livré à l'analyse des "attractions" et des répulsions" qui se produisent à l'intérieur d'un groupe. La sociologie américaine étudie volontiers les petits groupes (sociétés, associations, bandes, internats, etc). C'est dans ces petits groupements que se manifestent les phénomènes psycho-sociologiques étudiés par Moreno. Ce genre d'études présente un intérêt pour certains secteurs du droit privé, où l'on se préoccupe aussi des groupements.

Cela ne fait que deux noms, et la sociologie américaine est bien plus riche. Elle dispose d'un personnel extrêmement nombreux de chercheurs. Elle a des moyens très puissants. Elle a mis à la mode la méthode des enquêtes, des sondages d'opinion ; elle peut y appliquer beaucoup de personnel, beaucoup d'argent, et a de ce fait acquis une avance sur la sociologie européenne.

Si l'on essaie de marquer à grands traits la sociologie américaine, en faisant abstraction de sa diversité, qui est évidemment immense, on peut dégager les caractères généraux suivants :

D'abord, le caractère pratique. Les Américains se préoccupent beaucoup des applications pratiques que peuvent comporter leurs découvertes sociologiques, applications pratiques dans le domaine notamment des public relations. C'est un domaine qu'ils ont exploité à fond, parce qu'il leur paraissait présenter un intérêt pratique. Ils font de la sociologie appliquée, industrielle, appliquée aux public relations à l'intérieur des usines, des entreprises.

Nous retrouverons ce point à propos de la fonction pratique de la sociologie juridique. Les Américains sont très préoccupés par ce côté pratique de la sociologie. Il arrive là-bas que des études de sociologie, même de sociologie juridique, soient subventionnées par de grandes sociétés ou par des administrations.

Un second trait général de la sociologie américaine est l'individualisme. La remarque faite tout à l'heure à propos de Mead et de Moreno peut être généralisée. Les Américains tendent à ramener les relations sociales à des relations psychologiques. Plutôt que de véritables relations sociales, il s'agit pour eux de relations inter-individuelles. L'aspect collectif des phénomènes sociologiques s'estompe au profit de l'aspect proprement psychologique. Ce qui peut être un motif de défiance pour l'École durkheimienne.

Enfin, une troisième trait commun de cette sociologie est sa tendance à quantifier la sociologie, la tendance à exprimer en chiffres, statistiques, pourcentages (dans les sondages d'opinion) les résultats des recherches sociologiques.

Il faut remarquer que même en Amérique, des voix commencent à s'élever contre les abus de la méthode américaine, contre les abus d'une sociologie marquée par les caractères qui viennent d'être énumérés. En particulier, le sociologue Sorokin, un ouvrage qui a été traduit en français sous le titre significatif : "Tendances et déboires de la sociologie américaine", s'est élevé contre les excès de cette sociologie "factualiste", comme on dit là-bas (C'est à dire soumise à la tyrannie des faits, et souvent des menus faits), la traduction française a été publiée avec une préface de M. Gurvitch, qui, du reste, dénonce la contamination de la sociologie française par ces méthodes d'outre-Atlantique.

Ces critiques, cependant, ne doivent pas nous faire perdre de vue le très grand intérêt de la sociologie américaine.

§ 4.- Les Courants Internationaux -

Il s'agit de deux grands courants qui ne sauraient être localisés dans leurs pays d'origine, des courants universels qui n'ont pas été sans influencer la sociologie juridique : le Marxisme et le Freudisme.

A - Le Marxisme -

Il y a une sociologie juridique dans le Marxisme. Pour Marx, le droit dépend de l'infrastructure économique. La création du droit est un reflet de la lutte des classes et les solutions du droit, à un moment donné du devenir historique, expriment une situation de classe déterminée. Ces propositions schématiques rendent compte de ce qu'il y a d'essentiel dans la sociologie juridique du marxisme.

Le fidèle compagnon de Marx, Engels, a consacré un ouvrage qui est devenu un classique du marxisme, à l'origine de la famille", de la propriété privée et de l'Etat, (1884), méthode qui, d'ailleurs, devait faire fortune, il s'est proposé de ruiner les colonnes du droit "bourgeois", famille, propriété, Etat, par la génétique, en montrant l'origine relative, contingente, troublée de ces différentes institutions, en montrant qu'elles ont eu un commencement, ce qui laisse conjecturer qu'elles auront une fin.

Il y a eu, chez quelques marxistes, des tendances sociologiques plus originales, des tentatives pour adapter les idées essentielles de Marx aux problèmes particuliers de la sociologie.

De ce point de vue, on peut citer, en ce qui concerne plus particulièrement la sociologie juridique, Karl Renner (qui fut président de la République Autrichienne). Dans un ouvrage intitulé "Les institutions du droit privé et leur fonctionnement social" (1904) Renner étudie les rapports entre le Droit et l'économie. Il soutient qu'une transformation radicale de la société n'implique pas toujours une transformation symétrique de la structure juridique. Ainsi, le droit de propriété est resté individualiste dans la société industrielle du XXe siècle alors que socialement, économiquement, il est devenu un instrument, de domination collective, au profit d'une équipe, d'une association de capitalistes sur la masse des salariés. La domination des capitalistes sur les salariés s'établit comme une domination de classe sur une autre classe, donc comme un mécanisme collectif, et cependant, la propriété est restée individuelle. Il y a là une sorte de contradiction, que Renner s'efforce de résoudre.

La sociologie marxiste, comme on peut s'y attendre, exerce son influence dans les pays socialistes, une influence limitée toutefois par les nécessités de la révolution. Les juristes des pays socialistes manifestent, à l'occasion, une certaine réserve pour la sociologie juridique, car elle comporte parfois des tendances conservatrices. La sociologie juridique peut, pratiquée sous un certain angle, empêcher une révolution. Si la Révolution française avait eu des sociologues, au lieu d'avoir simplement des légistes, nous payerions encore des droits féodaux, parce qu'il y aurait eu de bonnes raisons sociologiques pour montrer qu'il ne fallait pas causer de traumatismes aux seigneurs.

Au reste, dans les pays capitalistes, la vision marxiste de la sociologie juridique n'est pas restée sans influence. Le schéma élémentaire dont je parlais au début, savoir, que le droit dépend de l'infrastructure économique est devenu sur des lieux communs de notre enseignement du Droit privé. Cette recherche des infrastructures économiques, tous les civilistes la pratiquent, peu ou prou, chez nous. C'est là, si l'on veut, une certaine forme de sociologie juridique, peut-être élémentaire. Ainsi, nous analysons volontiers

le contrat comme un rapport de forces économiques. Nous appliquons, en particulier, cette analyse au contrat d'adhésion (où nous discernons un puissant et un faible) et nous essayerons d'en tirer des effets juridiques. C'est une position qui se ressent du schéma marxiste.

B - Le Freudisme -

Il faut en parler dans un cours de sociologie ; bien qu'a priori, le freudisme paraisse aux antipodes de la sociologie, puisque la contemplation des phénomènes individuels y est portée à son paroxysme.

Cependant, le freudisme n'a pas été sans influence sur la sociologie juridique, car il a attiré l'attention sur des phénomènes de contrainte, de "censure", comme il dit, qui ne sont pas sans intérêt pour la sociologie du droit, du droit de la famille en particulier, et même pour la sociologie du droit public (car on établit une corrélation des rapports entre père et enfant, aux rapports entre Etat et sujets).

Chapitre II.

FONCTIONS DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE.

On fait de la sociologie juridique, mais à quoi cela sert-il ?

Cela sert à la vérité, c'est la fonction proprement scientifique, de toute discipline. Cependant, quand il s'agit d'une discipline qui n'est pas encore éprouvée, pas encore bien assise dans la société, il n'est pas mauvais qu'elle puisse se recommander aussi en dehors de sa vérité et de sa fonction scientifique, qu'elle puisse se recommander aussi d'une fonction pratique, d'une utilité de tous les jours. Peut-être, est-ce plus nécessaire encore pour la sociologie juridique, parce qu'elle vit dans les facultés de droit, où la soif des intérêts pratiques y est très grande. Les juristes sont des hommes pratiques, ce sont des "pragmatici", comme disaient les Anciens. Par conséquent, il est bon que la sociologie juridique, si elle veut se faire accepter d'eux, puisse justifier de quelque fonction pratique.

Aussi nous attacherons nous à faire apparaître deux sortes de fonction de la sociologie juridique : la fonction scientifique et la fonction pratique.

Section I. - FONCTION SCIENTIFIQUE DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE -

On a soif de voir et connaître : bien sûr, mais aussi de connaître les causes des phénomènes, c'est-à-dire d'expliquer - répondre à ce besoin de connaître et d'expliquer, c'est la première fonction de toutes science. La connaissance et l'explication sont les deux aspects possibles de la fonction scientifique de la sociologie juridique.

La seconde sera évidemment plus exigeante que l'autre, elle se réfère semble-t-il, à un état plus parfait de la science. Nous nous placerons successivement à ces deux niveaux : celui de la connaissance et celui de l'explication.

§ 1 - La Connaissance -

En toute hypothèse, il faut commencer par là, et certaines conceptions de la sociologie générale ou juridique s'en tiennent très volontiers à ce stade admettant, que l'on ne pourra jamais pénétrer les causes, que l'on ne pourra jamais aller plus loin que les apparences, les phénomènes que nous pouvons constater par l'observation.

Dans cette première conception de la fonction scientifique de la sociologie juridique, il ne s'agirait pour elle que de décrire du dehors le phénomène juridique. Il faut avouer, d'ailleurs, que déjà il y aurait suffisamment de quoi s'occuper avec ce premier stade de la connaissance. Quel serait en effet l'objet de la connaissance de la sociologie juridique ?

A - Les phénomènes juridiques -

Qu'entendre par phénomènes juridiques ? ...

Différentes conceptions du phénomène juridique sont possibles. On peut essayer de les faire saisir par des exemples. Raisonnons sur le divorce :

1°/ - On peut concevoir le phénomène divorce d'abord, sous l'aspect d'un cas. Le divorce est la dislocation d'un couple concret. Chaque divorce est un phénomène, un cas en lui-même. Il y a un "divorce", comme dans le roman de Paul Bourget ... Est-ce à dire qu'il n'y aura place ici que pour une étude de psychologie juridique ? Ce serait inexact. La sociologie peut être présente dans cette étude du cas. Ainsi, on peut rechercher à propos d'un divorce déterminé, de la dislocation d'un couple concret, quels étaient les antécédents sociaux des deux époux, ou bien quel déclassement social résultera du divorce au détriment de chacun des époux. Ce sont là des recherches proprement sociologiques. Elles se rapportent à un phénomène isolé, à un phénomène qui est un cas.

Les études de cas peuvent être multipliées et rapprochées. On peut lier entre eux, pour étude, une série de cas, analogues sinon identiques, une série de divorces qui se seront produits dans un certain secteur géographique et historique. On peut par exemple, étudier les divorces prononcés dans le département de la Seine, de 1938 à 1958.

Cette réunion d'une multiplicité de cas a-t-elle pour conséquence de transformer l'objet de la connaissance. Sommes nous encore ne présence du phénomène - cas ou déjà en présence du phénomène institution ?

2°/ - On peut, en effet, envisager également le divorce comme une institution. Le chercheur étudiera le divorce - ou même (la précision ne changerait pas la nature de l'objet) : le divorce en France depuis son rétablissement par la loi Maquet, (ce sera toujours une institution que l'on aura sous les yeux).

Ainsi, le phénomène n'est plus ici le cas, ni même une série de cas, c'est l'institution, quelque chose de plus abstrait, qui se dégage par abstraction de la considération d'une infinité de cas.

Ce qui vient d'être dit sur le divorce pourrait être transposé à d'autres phénomènes juridiques, à la vente immobilière, par exemple, ou bien à la dévolution successorale au profit du conjoint survivant.

La sociologie juridique peut toujours osciller, quant à son objet, entre deux possibilités : le cas ou l'institution. Malgré l'abstraction du second objet (car l'institution est véritablement quelque chose d'abstrait, de conceptuel), le second procédé n'a rien que de scientifique. Il est même peut-être le plus profondément scientifique. Les sciences physico-chimiques n'opèrent pas autrement. Il n'est de science, a-t-on dit, que du général.

Transportons cet aphorisme dans le domaine du droit. Nous dirons qu'il n'est de sociologie juridique scientifique que celle des institutions. Max Weber donnait un relief particulier à la nécessité du procédé, en montrant que la sociologie (générale ou juridique) devrait nécessairement procéder par la constitution de ce qu'il appelait des types idéaux (Idealtypen). Les types idéaux ne sont pas donnés dans la réalité sociologique, mais ils sont nécessaires à la constitution de la sociologie, parce que ce n'est que par le moyen de ces types idéaux que l'on pourra comprendre, saisir le réel, comme dans un filet, dans une grille.

On peut dire que notre concept de l'institution juridique - qui nous vient du droit dogmatique - préfigure ce que Max Weber a appelé le type idéal ; l'institution juridique peut constituer l'instrument que réclamait Max Weber quand il préconisait la constitution de types idéaux. Ce sont des instruments abstraits, conceptuels, nécessaires pour appréhender le réel cette seconde démarche possible de la sociologie juridique à la recherche de son objet, savoir l'étude des institutions est donc tout aussi légitime que l'autre, l'étude des cas, bien que celle-ci puisse, à première vue, sembler plus prêt du réel.

En conclusion, il faut toujours avoir présente à l'esprit cette dualité d'objets possibles de la connaissance en sociologie juridique : les cas ou les institutions. Il est compréhensible que l'explication, dont nous parlerons plus tard, ne puisse pas avoir la même portée selon qu'elle concerne les cas concrets ou les institutions idéales.

B - Les Causes perturbatrices de la connaissance en sociologie juridique.

Nous avons, en sociologie juridique, des difficultés particulières à connaître le réel. Ces difficultés tiennent à la nature même du droit.

Le droit, en effet, par nature, attire notre attention sur certaines apparences qui nous masquent la réalité sociologique profonde - ce sont : le formalisme et le contentieux.

A Le formalisme.

Le formalisme sera entendu ici dans un sens large, incluant d'ailleurs ce formalisme stricto sensu dont il est question à propos des contrats.

C'est une règle de la méthode sociologique en général, et Durkheim a insisté sur ce point, que de s'attacher aux phénomènes qui ont une matérialité.

Or, de ce point de vue, nous pouvons dire que nous, juristes, sommes bien servis parce que nous avons à faire à des phénomènes qui se matérialisent souvent dans des formes extérieures. On sait quelle est l'importance de la forme dans le droit.

Les phénomènes juridiques qui se matérialisent dans une forme sont les plus traditionnels. A cause de leur forme, qui fixe nos sens, ils nous paraissent avoir plus de valeur que les autres.

Nous avons donc une tendance à retenir les phénomènes juridiques d'autant mieux qu'ils se présentent à nous sous une forme matérielle. Le reste de la réalité de sociologie juridique, c'est un peu comme les parties molles du corps humain qui la mort venue, sont appelées à se décomposer, il ne restera que le squelette. Le danger pour la sociologie juridique, c'est de prendre le squelette pour la réalité totale de l'institution. Le risque pour nous, c'est que, dans une étude sociologique de la famille, nous ne retenons que le divorce et le mariage parce qu'ils sont matérialisés dans des formes (actes d'Etat-civil, jugements) faciles à retrouver par leur matérialité. Mais l'union libre, la séparation de fait, se déroulent sans laisser de trace documentaire. Pas de forme, alors, il n'y a rien. De même, une étude sociologique des contrats risque de porter de préférence sur les contrats notariés, parce qu'ils ont une forme, voire sur les contrats écrits, parce qu'ils ont encore une forme (pas au sens dogmatique du terme, mais sociologiquement) et au contraire, nous laisserons passer les contrats verbaux qui ne laissent pas de trace, les contrats manuels, pourrions-t-on dire, toutes ces ventes au comptant, de la main à la main, qui ont lieu sur les marchés, et dans les boutiques.

Pareillement, s'il faut étudier le problème de l'égalité successorale, nous aurons tendance à ne tenir compte que des donations régulières, notariées, comme moyens de rompre cette égalité. Mais ces donations sont rares. Bien plus souvent, c'est par le moyen de donations déguisées et surtout de dons manuels que les intéressés cherchent à rompre l'égalité entre les héritiers. Or, ces combinaisons, dans la mesure où elles ne laissent pas de trace, échappent à la première investigation de la sociologie juridique.

Il y a là un obstacle sérieux à une exacte connaissance des phénomènes pris dans leur ensemble : la forme de quelques uns accapare l'attention des chercheurs.

B. Le Contentieux.

En droit dogmatique, nous avons tendance - qui s'explique en égard aux fonctions du droit dogmatique - à identifier le droit avec le procès auquel il donne lieu. L'institution juridique sera examinée à travers le contentieux les procès, la jurisprudence. Mais cette tendance admissible en droit dogmatique, est déplorable en sociologie juridique, car elle tend à ne nous présenter de la réalité sociologique qu'une très mince surface.

Qui plus est le contentieux, loin de refléter la réalité sociologique du droit, déformée celle-ci. C'est que le procès a quelque chose de pathologique. Et cette pathologie qui n'est même pas représentative de la partie saine du droit. On ne peut pas escompter que le procès va nous présenter par correspondance l'image de ce qu'est le droit normal, tel qu'il se déroule sans contentieux. Il y a toute une partie de la société qui ne plaide pas, soit manque d'argent, soit manque de tempérament processif. Car il ne suffit pas de l'Assistance judiciaire. Il faut des certaines prédispositions psychologiques pour recourir au contentieux. De là, un risque de déformation si l'on envisage le droit uniquement à travers les procès.

On a beaucoup loué Bonaparte d'avoir fait appel pour la rédaction du Code Civil, plutôt qu'à des théoriciens, à des praticiens du droit. De fait, parmi ceux qui ont participé à la rédaction du Code, on trouve des magistrats, des avocats, mais non des professeurs. On soutient par là que le Code Civil a pu s'assurer un contact plus étroit avec la réalité sociologique disons plutôt avec : "une" réalité sociologique, celle du contentieux, mais c'est la plus superficielle. Et elle a même parfois induit le législateur en erreur sur la réalité sociologique la plus profonde. Ainsi, on relève toujours l'insuffisance du Code Civil en ce qui concerne le contrat de travail (le louage de service). L'excuse courante est que la grande industrie n'était pas encore née en 1804. Sans doute Cependant, il y avait eu déjà, sous l'Ancien Régime, des difficultés ne donnant pas lieu à des procès. D'abord, parce que les salariés ne plaidaient guère. En outre parce que beaucoup de ces questions faisaient l'objet d'une réglementation de police sans contentieux organisé. Les rédacteurs du Code Napoléon ne connaissaient que les procès civils, et point, ou très mal, cette réglementation de police. Le résultat fut le quasi-silence du Code Civil sur la question. Notez qu'aujourd'hui encore, si l'on voulait réglementer davantage le contrat de travail, et en particulier réformer l'art. 23, liv. Ier du Code du Travail sur le congédiement, la jurisprudence existante serait un guide trompeur, car elle concerne beaucoup plus les "cadres" et même les cadres supérieurs que la masse des "manoeuvres-balais". Ceux-ci plaident peu, relativement à leur nombre. Etudier le congédiement à travers son contentieux c'est donc étudier une image très déformée de la réalité.

Pour atteindre celle-ci, il faudrait faire abstraction de cette pellicule de contentieux, et rechercher directement comment le congédiement s'opère en pratique, même dans cette majorité de cas où aucun procès n'en découle.

Constamment, nous aurons à lutter contre une tendance, trop naturelle à identifier le droit avec la chose jugée. Certes, substituer comme objet d'études la jurisprudence au texte nu de la loi (réclusion opérée chez nous par Gény, par Planiol) - ce fut déjà un progrès dans le sens réaliste. Mais ce n'est pas encore assez. Il y a dans le droit autre chose que la jurisprudence, autre chose que le procès, il y a une réalité sociologique profonde qu'il faut s'efforcer d'appréhender directement.

A Existe-t-il des lois juridiques ?

Toute science nouvelle se cherche en dehors d'elle des analogies, des répondeurs, des promesses, par conséquent. Chez Durkheim et les durkheimiens l'accent est mis sur une analogie entre la sociologie générale et les sciences physico-chimiques. Aujourd'hui personne n'envisagerait plus les sciences physico-chimiques en l'absence de lois causales. Durkheim et Lucien Lévy-Bruhl pensaient que viendrait un jour où il en serait de même pour la sociologie générale.

A la vérité, ce n'est peut-être pas du côté des sciences physico-chimiques qu'il faudrait chercher des analogies à la sociologie en général et à la sociologie juridique en particulier. Ces analogies, il conviendrait plutôt

de les chercher du côté des sciences linguistiques, car avec les phénomènes linguistiques, nous sommes en présence de phénomènes à la fois sociaux et individuels qui ont des suggestives parentés avec les phénomènes juridiques.

La linguistique n'a-t-elle pour matière l'observation de règles, tout comme la sociologie juridique (il y a des règles de grammaire, de syntaxe, etc...) ? Nous sommes en présence d'une science qui prétend observer des règles du dehors, comme des phénomènes. Ces règles se sont élaborées par une série de phénomènes complexes, d'origine à la fois populaire et savante, technique, tout comme les règles de droit.

Or, c'est un fait que les linguistiques recherchent et établissent des lois d'évolution et de structure du langage. N'est-ce pas là un exemple qui peut être encourageant pour la sociologie juridique ?

Cependant, l'établissement de lois causales en sociologie juridique paraît se heurter à des difficultés qui tiennent au caractère propre du phénomène juridique.

1°- L'unicité du phénomène juridique.

Le phénomène juridique ne se répète pas, il est par essence un phénomène unique. Du moins l'affirme-t-on. Mais peut-être convient-il de faire une distinction entre les phénomènes juridiques, une distinction que nous avons déjà rencontrée.

Si par phénomène juridique nous entendons une institution juridique considérée dans l'évolution historique, on peut admettre son unicité. Les institutions juridiques ne se répètent pas, à proprement parler. Nous ne pouvons arriver à trouver plusieurs institutions juridiques comparables qu'à la condition d'opérer sur des schémas très dépouillés, qui ne correspondent pas à la réalité. Il est certain que le divorce français du XIXème siècle n'est pas identiquement le même que le divorce romain du Bas-Empire ou même que le divorce allemand dans la loi allemande contemporaine. Ne serait-ce que parce que l'aliénation mentale est cause de divorce en Allemagne et ne l'est pas chez nous. Cela établit une différence suffisante entre les deux institutions, malgré une certaine parenté, pour que l'on puisse admettre que ce ne sont pas deux institutions identiques.

Ce qui, en fait, a favorisé l'idée qu'il pouvait y avoir des répétitions en sociologie juridique, et par conséquent qu'on pourrait en dégager des lois, c'est que dans les études historiques auxquelles nous nous livrons traditionnellement en France, deux évolutions paraissent se répondre à un millénaire environ de distance : l'évolution du Droit Romain et celle de l'Ancien Droit Français. A condition de ne pas trop regarder aux détails, le droit de la période franque semblera faire écho au droit des XII Tables. Ici et là, nous constaterons un passage progressif du formalisme au consensualisme. N'est-on pas autorisé, dès lors, à poser comme une loi générale que le formalisme précède le consensualisme ?

Au point de vue scientifique néanmoins, ce n'est pas très probant. Il faudrait disposer d'un plus grand nombre de répétitions pour en induire une loi.

En outre, il est certain que, pour arriver à faire le rapprochement il a fallu faire abstraction de beaucoup de traits qui sont peut-être des traits essentiels. L'exemple n'est donc pas assez concluant pour que nous ces-

sions de poser en thèse l'unicité du phénomène juridique.

Si, au contraire, par un phénomène juridique nous entendons les manifestations particulières, individuelles d'une institution juridique, des manifestations considérées aux fins de recensement statistique, le caractère d'unicité du phénomène juridique ne paraît plus s'imposer. On peut même admettre a priori que l'unicité des phénomènes juridiques est moins unique que les phénomènes sociaux non juridiques. Un exemple pourra l'expliquer.

Considérons le divorce comme un phénomène particulier, individuel, (je vous disais supra que le divorce peut être considéré comme un cas). Chaque divorce est un cas unique, parce que chaque divorce met en cause des éléments sociaux, économiques et surtout psychologiques qui ne se répètent pas. Il y a une extrême diversité entre tous les divorces qui peuvent être prononcés en France dans une année statistique donnée, même pour une cause identique (Exemple : l'adultère de la femme). Mais cette diversité, si sensible tant que l'on considère le contenu extra-juridique du phénomène disparaît dès que l'on a égard à la forme juridique dans laquelle il vient se couler. Tous ces divorces qui, psychologiquement, affectivement, humainement, constituent autant de cas irréductibles les uns aux autres, sont, juridiquement, des jugements uniformes prononcés en vertu d'un même article de code. Le moule juridique vient imposer au phénomène social une certaine unité, qui ne lui appartiendrait pas en dehors du droit. Du même coup, le phénomène social devenu phénomène juridique peut se prêter à un recensement statistique plus facilement qu'un phénomène social non-juridique, parce qu'il est obligé de répondre pour constituer un phénomène juridique à certains critères préconstitués. Cette unité peut être artificielle d'un point de vue extra-juridique. Il y a une part d'artifice à rapprocher des divorces qui, affectivement, répondent à des situations très très différentes, mais du point de vue du droit, le rapprochement est légitime. Ainsi il est permis d'écarter l'objection tirée de l'unicité de phénomène juridique : les phénomènes juridiques étant de passer à travers la grille d'une certaine définition de droit, il se produit une sorte de dépouillement qui permet de les ramener à une même notion, ce qui permet d'en faire un dénombrement statistique. Aussi s'explique-t-on que dans les études démographiques, qui sont aussi des études de sociologie juridique, on ait pu rechercher les lois qui gouvernent le phénomène divorce (le phénomène de la situation en démographie), essayer de déterminer des relations causales ou du moins des corrélations entre le divorce et d'autres phénomènes. Cela a été possible, parce que grâce à des définitions juridiques tous les divorces individuels avaient été ramenés à une seule et même notion, les uns aux autres.

2° - L'indétermination du phénomène juridique.

L'objection paraît grave. Le droit, à certains égards paraît, plus que tout autre domaine social, aux antipodes du déterminisme, qui est le postulat des sciences physico-chimiques. Il est permis de se demander si la volonté n'est pas, par définition, le moteur du droit ? Or, la volonté c'est l'indétermination.

Ici, encore, il convient de faire des distinctions entre les phénomènes juridiques : ce caractère d'indétermination ne présente pas la même importance pour tous.

La Volonté a un rôle particulièrement actif dans les phénomènes juridiques primaires : la règle de droit et le jugement. Non pas qu'il n'y ait pas des causes objectives de la règle de droit, Montesquieu déjà les recherchait. Mais il n'empêche qu'il y a aussi une part de volonté individuelle dans la règle de droit. La règle de droit, du moins non pas coutume, dans la mesure où elle est loi, est un acte de volonté. Et cette volonté peut n'être pas déterminée par des causes extérieures. La volonté non déterminée porte un nom dans le domaine juridique, c'est l'arbitraire. Or l'arbitraire est un facteur essentiel de la formation du droit. Il va constituer un obstacle considérable à l'établissement de lois scientifiques, de lois causales régissant l'apparition des règles de droit.

L'arbitraire se retrouve encore dans les jugements. Sans doute, le jugement peut être déterminé lui aussi par des causes. Il peut être - c'est une forme de jugement qui est classique - l'application d'une règle de loi pré-existante qui elle-même a été déterminée par des causes naturelles. Il apparaît alors lui-même comme déterminé. Mais il y a aussi des jugements qui ne sont déterminés par aucune cause objective et qui correspondent à ce qu'est l'arbitraire dans la formation de la règle de droit. Il y a toujours eu des jugements d'équité, des jugements intuitifs, les Anglo-Saxons parlent du Hunch du juge, c'est-à-dire d'un mouvement intuitif du juge. Or, cette intuition, l'origine du jugement, introduit l'indétermination dans un phénomène juridique primaire et du même coup élève un obstacle à l'établissement de lois causales.

Mais, si nous quittons les phénomènes juridiques primaires pour passer aux phénomènes juridiques individuels aux applications individuelles de la règle du droit et des institutions juridiques, l'indétermination va-t-elle apporter le même obstacle à l'établissement de lois scientifiques ? Sans doute, il semble que les institutions juridiques soient souvent mises en mouvement par des actes et des faits juridiques. Or, l'acte juridique, c'est une manifestation de volonté, et dans le fait juridique lui-même, il entre un élément de volonté (ainsi le délit est un fait volontaire sinon intentionnel). Avec le rôle de la volonté humaine dans la mise en mouvement des institutions juridiques, il semble que l'indétermination rentre en scène.

Pourtant, nous constatons que l'intervention de la volonté humaine à travers les actes et les faits juridiques n'empêche pas qu'il puisse y avoir des statistiques de certaines institutions juridiques et des régularités tendanciennes dans ces statistiques.

C'est la même chose pour la plupart des activités humaines. Elles sont libres, l'homme est libre d'agir ou de ne pas agir dans tel ou tel sens. Seulement, si nous considérons, non pas les actions d'un homme isolé, mais les actions réunies de toute une population, nous observons des régularités tendanciennes. Il y a des statistiques qui montrent chaque année une certaine constance dans l'accomplissement de certains actes qui, pourtant, à l'échelle de l'individu sont des actes volontaires. Il en est ainsi pour beaucoup de phénomènes juridiques. Ainsi le mariage est à base de liberté et de volonté. Cependant pour pays donné on constate une régularité, une constance dans la statistique des mariages.

Certains faits de la vie quotidienne attestent que, malgré l'indétermination des phénomènes juridiques individuellement considérés, il peut exister un certain déterminisme (donc la possibilité de lois causales), si nous rassemblons tous les phénomènes individuels pour en faire une statistique. Chaque automobiliste est libre de rouler ou ne pas rouler ; il dépend au moins en partie de sa volonté de causer ou non des accidents. Il dépend même de la volonté des juges de réparer plus ou moins intégralement le dommage causé par l'accident. Cependant, les compagnies d'assurances de responsabilité automobile peuvent fonctionner, parce qu'il y a une certaine régularité dans les statistiques, non seulement des accidents, mais aussi des dommages-intérêts accordés à la suite des accidents d'autos. Semblablement, la recessivité dépend pour une large part. Chaque individu est libre de faire ou ne pas faire un procès. Plus profondément, chaque individu est libre de porter ou non atteinte aux droits d'autrui, et par là de s'exposer à un procès. Tout cela est volontaire. Néanmoins, il existe une régularité dans le nombre des procès. La preuve en est que les offices d'avoués peuvent avoir une valeur vénale.

En conclusion, il n'y a donc pas d'impossibilité à priori dans l'établissement de lois scientifiques en sociologie juridique, du moins pas d'impossibilité générale, car il peut y avoir un certain nombre de domaines rebelles au déterminisme scientifique.

B - Existe-t-il des lois en sociologie juridique ?

Il n'est rien de tel que de démontrer le mouvement marchant. Il est bien certain que si la sociologie juridique nous apportait des résultats probants, irréfutables, toutes les objections que l'on élève contre l'impossibilité de lois scientifiques en sociologie juridique seraient réduites au silence. Mais qu'en est-il ?

Au départ, à la fois comme d'une preuve qu'il existe des lois scientifiques en sociologie juridique et peut-être aussi comme d'un apologue pour montrer que ces lois scientifiques ne sont pas de l'espèce ordinaire. Je voudrais vous parler d'une loi fort célèbre, la loi de Parkinson.

Parkinson est un auteur anglais, sociologue sans doute de son état, mais humoriste aussi. La loi de Parkinson paraît concerner le droit public plutôt que le droit privé. Cependant elle se situe dans cette zone du droit public très générale, (qui est comme le cadre constitutionnel de toutes les branches du Droit. Il s'agit de la loi du développement de la bureaucratie moderne, et elle est vérifiée par l'expérience quotidienne de tous les citoyens.

La loi de Parkinson s'exprimerait sous cette forme remarquable : tout travail s'étend de façon à remplir de temps inpartit pour son exécution. Partant de là, le Professeur Parkinson formule une série de corollaires, notamment ces deux-ci

- 1°) Un fonctionnaire entend multiplier ses subordonnés, mais non pas

ses rivaux.

2°) Les fonctionnaires se créent mutuellement du travail.

Puis il aboutit à cette conclusion : les administrateurs sont plus ou moins condamnés à se multiplier.

Il y aurait donc au moins une loi en sociologie juridique... Seulement elle est humoristique. Peut-être faut-il lui attribuer une signification exemplaire : si l'on parle de lois en sociologie juridique, c'est toujours avec un certain sourire, même quand la loi est vraie....

Je distinguerai deux sortes de loi de sociologie juridique : les lois d'évolution (génétiques) et les lois de structure. Ce sont les premières qui ont le plus retenu l'attention, bien que les lois de structure, plus modestes, puissent être plus fondées.

1°) Les lois d'évolution.

J'ai déjà eu l'occasion de vous citer Sir Henry Maine. La loi de Maine s'exprime ainsi : le statut précède le contrat.

Cela veut dire, le droit imposé, le droit d'ordre public, dirions-nous dans notre terminologie moderne française, précède le droit volontaire, l'autonomie de la volonté. Maine avait cru observer que l'autonomie de la volonté est un phénomène relativement récent dans l'évolution des sociétés humaines ; les sociétés primitives ignorent l'autonomie de la volonté (nous savons que Maine se fondait sur une information ethnologique).

Seulement, cette loi établie sur des bases objectives ne manque pas de subjectivisme. Maine est un Anglais libéral, influencé par les idées de son temps et de son pays. Il croit profondément que l'autonomie de la volonté représente un perfectionnement, un progrès dans la marche de l'humanité par rapport au droit contraint, au droit d'ordre public et parce que selon lui il y a là un progrès, Il faut que, dans l'établissement de sa loi génétique, l'autonomie de la volonté vienne après l'ordre public : le statut précède le contrat.

Mais, depuis cent ans, notre expérience s'est bien enrichie. A près cet épanouissement de l'autonomie de la volonté que connut la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle, nous avons assisté, depuis les grandes guerres mondiales surtout, à une montée prodigieuse, à une répression de la liberté contractuelle. Si bien que, si nous voulions raisonner uniquement sur notre siècle, nous devrions plutôt inverser la loi de Maine, et avec la même probité scientifique, nous dirions : le contrat précède le statut. Ce serait aussi vrai dans les limites d'une expérience historique. Mais toute généralisation serait téméraire. L'exemple de cette loi -pourtant parmi les plus sérieuses- montre que l'on ne peut accorder aux lois sociologiques la même valeur qu'aux lois physico-chimiques.

Il est d'autres lois génétiques qu'on peut rattacher à la sociologie juridique. Je laisse de côté celles qu'ont développées les cri-

minologues, ainsi la loi de Niceforo, d'après laquelle l'évolution de la criminalité se ferait constamment (je schématise) des crimes de violence aux crimes d'astuces de la criminalité de sang, de meurtre, vers la criminalité de vol et plus encore d'escroquerie, d'abus de confiance.

Mais on cite encore, dans la sociologie de la famille qui intéresse le droit, la loi de précession de la famille qui s'établit dans une relation de l'enfant à la mère et aux parents de la mère. L'enfant n'a pas de relations de parenté avec le père, il n'en a qu'avec la mère et les parents de celle-ci. Le plus proche parent mâle de l'enfant est son oncle utérin. Ce n'est pas le matriarcat, comme on le dit trop souvent car il ne s'agit pas d'une autorité exercée par la mère. Or, dans beaucoup de sociétés primitives, on rencontre la famille matrilineaire ; dans des sociétés plus évoluées, quoique encore archaïque, la famille patrilineaire (agnatique, patriarcale). D'où la tentation d'induire que la seconde est sortie de la première et d'en faire une loi générale (mais les hypothèses proposées pour expliquer ce passage, qui est un renversement, ne sont pas très satisfaisantes).

Quelques lois d'évolution concerneraient notre époque. On a parlé d'une loi de complexivication croissante du droit (le droit se compliquerait de plus en plus par une nécessité qu'il faudrait mettre en rapport avec le progrès des techniques. La croyance à une loi de socialisation croissante du droit privé, semble être à la base de beaucoup d'ouvrages évolutionnistes en matière de droit civil (ainsi les "Transformation du droit privé depuis le Code Napoléon", par Léon Duguit ; les "Métamorphoses du droit civil", par le Doyen Savatier -ou, avec une tonalité pessimiste, le "Déclin du Droit" par Ripert). En droit financier, on fait volontiers état d'une loi d'accroissement continu des dépenses publiques. C'est une loi d'autant plus remarquable qu'il est facile de la rendre vraie. Les lois de structure sont-elles plus sérieuses ?

2°) Les lois de structure

On peut concevoir des lois de structure en sociologie juridique, comme il y en a en biologie ; des corrélations organiques entre divers éléments du même type, de sorte que l'un des éléments étant donné, il est légitime d'induire la présence de l'autre. On peut se placer pour rechercher ces corrélations à deux plans différents : soit au plan d'une institution juridique particulière soit au plan d'un système juridique considéré comme un ensemble.

À l'intérieur d'une institution juridique, conçue comme un corps, comme un organisme, on peut imaginer qu'il existe des corrélations nécessaires. Il est possible d'interpréter ainsi, comme une loi structurelle, la fameuse loi de correspondance des formes, dont vous avez entendu parler en droit romain. Le digeste la mentionne parmi les Régulae juris antiqui : Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere quo

colligatum est (il n'est rien de si naturel que de dénouer de la même manière que l'on a noué) les procédés d'extinction des obligations correspondent aux procédés de leur formation. Le contrat qui se forme sera dissous, éteint, par la restitution de la chose. Le contrat formé consensu sera dissous mutuo dissensu ; le contrat formé par stipulation pourra être éteint par acceptilation, etc.... Il semble exister dans les mécanismes juridiques répondant à un besoin de l'esprit humain ou du moins de la mentalité primitive. A quoi on peut objecter qu'il y a des arts archaïques (amérindiens, par exemple) qui sont asymétriques, qui ne manifestent point ce goût de la symétrie que l'on rencontre dans nos civilisations occidentales.

La sociologie américaine pourrait fournir d'autres exemples de lois de structure, quand elle étudie la psychosociologie des petits groupes, des groupements particuliers (en fait, des sociétés et des associations). C'est ainsi que l'on peut voir une sorte de loi de structure dans ce qu'elle appelle le théorème de la satisfaction différentielle des besoins. Il semblerait que dans un groupement, dût régner un esprit de coopération, que tous les membres du groupement dussent marcher vers le même objectif. C'est l'apparence, mais, observent les sociologues américains, dans une analyse qui ne manque pas de finesse, l'apparence est trompeuse, et en réalité derrière la coopération, ce qui fait le fond des groupements particuliers, c'est que chacun des membres y cherche la satisfaction de besoins différents. Les besoins auxquels répond un groupement donné pour certains de ses membres, ne sont pas les mêmes que ceux que cherchent à satisfaire les autres membres, et l'on peut formuler un corollaire : en général, les groupes servent à satisfaire les besoins des dirigeants, plus exactement que ceux des simples membres.

Nous pourrions appliquer ce théorème et son corollaire à notre droit des sociétés anonymes. Les besoins que les administrateurs cherchent à satisfaire dans la société anonyme ne sont pas les mêmes que les besoins que cherchent à y satisfaire les actionnaires. Le groupement paraît bien unique, tout le monde paraît y être entré pour les mêmes fins, c'est le théorème de la satisfaction différentielle des besoins.

On peut chercher des lois de structure qui concernent l'ensemble d'un système juridique. Dans la typologie du droit comparé classique, on pourrait dire dogmatique, le procédé est déjà connu. Les comparatistes se plaisent à marquer les corrélations nécessaires qui peuvent lier entre elles deux règles de droit, de telle sorte que, de la présence de l'une dans un système juridique, on peut induire la présence de l'autre.

Il est, en effet, des règles de droit, ou des institutions juridiques, qui paraissent aller ensemble. On les trouve constamment ou presque constamment conjuguées dans la série comparative. Il semble plausible d'en conclure qu'il y a là une loi de structure des systèmes juridiques.

On peut raisonner sur un exemple un peu violent, car il

concerne deux institutions juridiques qui de prime abord ne semblent pas être rationnellement liées : le divorce pour cause d'aliénation mentale, d'une part, et d'autre part la prépondérance d'un organe étatique (ainsi, d'un tribunal des tutelles) dans le contrôle de la gestion du tuteur. La corrélation se vérifie pour beaucoup de pays, (ex : Allemagne, Suisse, Mexique), à telle enseigne que l'on est tenté de supposer une loi de structure, dont il resterait d'ailleurs, à analyser la cause. Toutefois la corrélation n'est pas absolue, et l'on pourrait citer le Code civil italien de 1942, qui ignore tout divorce, bien qu'il admette le contrôle étatique sur les tutelles.

Cette notion de structure, l'ethnologie l'a reprise sous une autre forme, en parlant de constellation culturelle.

Certains groupes, certaines constellations d'institutions juridiques, se trouveraient avec constance à travers toute la série sociologique. Par exemple il existerait une constellation culturelle et juridique entre :

- 1° - la polygamie,
- 2° - la dot prix d'achat de la femme (payée par le futur aux parents de la future) ;
- 3° - le mariage des filles à un très jeune âge.

Ces trois phénomènes qui sont des phénomènes juridiques vont ensemble, et l'on peut établir entre eux une corrélation, qui est d'ailleurs une corrélation logique. Là où la polygamie est admise, elle détermine une pénurie de filles disponibles pour le mariage, ce qui tend à faire monter les prix d'achat et à faire acheter des femmes plus jeunes.

Les lois de structure sans jamais apporter la conviction, semblent relativement plus sûres que les lois d'évolution. C'est que celles-ci rencontrent une difficulté supplémentaire, en ce qu'elles prétendent explorer l'abîme des temps. Les lois de structure, opérant dans un milieu plus restreint, ont à priori de meilleures chances de certitude.

Section 2. - FONCTIONS PRATIQUES DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE.

La sociologie juridique peut-elle espérer déboucher, passer dans le monde de l'action et en particulier sur la constatation des faits, sera-t-elle jamais capable de bâtir des normes ?

Des obstacles de principe ont été élevés contre cette fonction pratique de la sociologie juridique, comme d'ailleurs de la sociologie en général. Il faut se rappeler la formule qu'Henri Poincaré déjà opposait à Lucien Levy-Brihl, qui soutenait que la science des moeurs serait un jour capable de construire une nouvelle morale sur l'observation des faits : vous aurez beau entasser un million d'indicatifs les uns sur les autres, vous ne serez jamais fondés à en faire sortir un impératif.

Chez les juristes, Velsen a donné à la même idée une forme très frappante, en distinguant le monde du "sein" et le monde du... "sollen", entre lesquels, soutient-il, il n'est point de passage.

Ce sont là des problèmes qui sont des problèmes philosophiques. Je n'entends pas entrer cette année dans leur examen.

Me plaçant à un point de vue plus terre à terre, je vais seulement rechercher quelles sont les possibilités présentes ou en tout cas prochaines, de la sociologie juridique appliquée, car c'est de sociologie juridique appliquée qu'il s'agit ici.

Ces possibilités peuvent être recherchées dans trois directions :

- La direction de l'organisation, j'emploie ce terme avec beaucoup de réserve, il est fort vague, mais nous verrons qu'il renferme des choses très concrètes, et c'est peut-être même là que les
- réalisations les plus tangibles se situent pour l'instant.
- Puis, la direction de la législation,
- enfin, l'interprétation.

& 1 - La sociologie appliquée à l'organisation :

Cette utilisation de la sociologie est déjà entrée dans les mœurs, pourrait-on dire, pour des domaines qui, à la vérité, n'ont rien, à priori, de juridique, mais l'extrapolation à des domaines juridiques se conçoit aisément. Vous avez entendu parler des public relations, des public relations dans les entreprises industrielles. Il s'agit d'organiser les relations de l'entreprises avec le personnel, avec la clientèle, éventuellement avec les actionnaires. C'est un secteur de l'organisation des entreprises qui a pris beaucoup d'importance depuis quinze ans. Or, cette organisation des public relations fait appel à la sociologie. Plus exactement, à la psychosociologie. La meilleure preuve que la fonction existe, c'est que les fonctionnaires sont déjà arrivés. Le principal débouché privé de la sociologie à l'heure actuelle se trouve précisément dans les entreprises qui embauchent des psychosociologues pour l'organisation de leurs public relations.

Il s'agit plutôt de psychosociologie générale que de sociologie proprement juridique, mais la transposition est possible, et pour partie, s'est déjà accomplie, sans que ce soit toujours très conscient.

L'analogie peut-être immédiate : puisqu'il existe des public relations dans les entreprises privées, pourquoi n'en existerait-il pas dans les administrations publiques ? De fait, certaines ont déjà une organisation de ce genre. C'est le droit public qui est intéressé, pas le droit civil. Mais on pourrait imaginer des public relations du forma-

lisme. Vous savez ce qu'est le formalisme en droit privé. Il dresse une barrière entre le droit et les usagers du droit, le public. Aplanir cette barrière, créer des public relations serait une tâche possible de la sociologie juridique.

On en a eu conscience à toute époque, et je citerai une institution traditionnelle de notre droit, qui est très significative à cet égard. Il existe des courtiers maritimes, mais le titre originaire, un peu tombé en désuétude, était courtiers interprètes et conducteurs de navires. Il ne s'agissait pas de piloter les navires à l'entrée du port, mais bien de piloter leurs capitaines, et spécialement les capitaines étrangers, dans les méandres des formalités portuaires. Pour un étranger qui arrive dans un port français, ces formalités de douane, de police, de santé, etc... qui sont exigées par la réglementation française, un interprète conducteur de navire, quelque'un d'expérimenté qui lui rendra le formalisme du droit français moins abrupt, plus accueillant.

Tel est le point de départ. Au fur et à mesure que la vie juridique pratique s'est compliquée, des professionnels se sont proposés pour accomplir les formalités à la place des intéressés, de plus en plus perdus. Il n'est que de songer au rôle des assistantes sociales dans les maternités, par exemple, pour les public relations des mères, avec notre droit de l'état-civil; au rôle des secrétaires de mairie, ou même des employés des pompes funèbres (qui, de plus en plus, font des formalités devenues de plus en plus compliquées pour les familles). Le besoin de public relations a fait naître ces personnages qui servent d'intermédiaires entre le droit et le public.

Même notre notariat a compris ce rôle. Voyez le sens du décret-loi du 4 janvier 1955 dans la mesure où il a rendu pratiquement inévitable l'intervention d'un notaire dans la rédaction des ventes d'immeubles. Auparavant, la vente d'immeuble pouvait avoir lieu sous seings privés. Mais il y a tellement de formalités, ~~maintenant~~ vente d'immeuble (publicité foncière, enregistrement, urbanisme etc...) que l'intervention d'un tiers personnage, qui joue un rôle de public relations, est devenue indispensable.

L'Etat lui-même préfère avoir affaire à ces intermédiaires spécialisés, il pense que les formalités seront ainsi mieux faites. Mais il faut voir aussi quelle est la conséquence, pour l'esprit général du droit, de cette intervention, le droit s'est de plus en plus éloigné de la masse.

Un second aspect de cette application de la sociologie juridique, (de la psychosociologie juridique) à ce que j'appelle l'organisation est constitué par les expertises psychosociologiques.

Ces expertises ont pris une place importante dans notre droit civil. Il s'agit d'enquêtes, de consultations, d'expertises données par

des psychosociologues sur des points qui intéressent notamment le droit de la famille. Nous trouvons l'expertise psychosociologique obligatoire dans notre droit de l'enfance. Pas seulement le droit pénal, mais aussi le droit civil ainsi, l'enquête sociale dans la procédure de divorce, suivant l'article 238 du c. c., tel qu'il a été rédigé en 1945. Il faut, dans ce texte, souligner la dernière formule : l'enquête portera sur les mesures à prendre éventuellement quant à la garde définitive des enfants - formule qui montre bien la fonction pratique de la psychologie juridique, elle va commander la décision du juge ou à tout le moins l'influencer.

L'ordonnance du 23 Décembre 1958 a introduit également l'enquête psychosociologique, et même avec une formule plus explicite, dans l'article 367 du C. civ. pour les mesures d'assistance éducative qui peuvent être appliquées à un enfant mineur, (elles ont à remplacer les anciennes mesures de correction paternelle).

La consultation psychosociologique en matière de mariage n'a pas, au contraire, pénétré dans nos textes. Elle n'est même pas, chez nous, beaucoup entrée dans les moeurs.

Cependant il existe aujourd'hui de ces organismes d'orientation nuptiale. La mode en a pris naissance dans les pays germaniques, puis s'est répandue dans les pays anglo-saxons. Il s'agit de consulter des orienteurs, qui semblent être des psychosociologues, avant de prendre femme. Remarque à faire, du point de vue de la sociologie juridique, cette pratique tend à revaloriser le mariage de raison. Mais, celui-ci était autrefois arrangé entre les deux familles ; la famille ne jouant plus son rôle, on la remplace par la science...

Ces consultations psychosociologiques peuvent intervenir avant le mariage, mais elles peuvent intervenir aussi en cours de mariage, et le problème s'est posé de savoir s'il n'y aurait pas lieu de les introduire dans la procédure du divorce. Au lieu du juge conciliateur, qui n'est pas un spécialiste de la psychosociologie, qui ignore comment résoudre scientifiquement un problème de l'insociabilité familiale, (c'est le noeud psychosociologique du divorce), qui seraient chargés non pas à proprement parler de concilier les époux, mais d'expertiser les possibilités de réconciliation.

La double question des consultations psychosociologiques anté-nuptiales et des consultations psychosociologiques dans la procédure de divorce a été envisagée par le Colloque de l'Association des Sciences juridiques, dans sa réunion de Chicago en 1957.

Le colloque avait pour thème les moyens de promouvoir la stabilité des mariages. Ses conclusions ont été positives sur les consultations prénuptiales. Non pas qu'il ait opiné qu'il y avait lieu de rendre ces consultations obligatoires par une sorte de renforcement des certificats prénuptiaux. Mais il a estimé qu'elles pouvaient être utiles, à titre

facultatis. Au contraire, en ce qui concerne le divorce, il s'est montré plus hésitant, car il lui a semblé que les données expérimentales et statistiques qu'il possédait étaient insuffisantes pour permettre une certitude scientifique. Il a préconisé, en conséquence, une vaste et minutieuse enquête sur le problème.

Enfin, un troisième exemple de cette application possible de la sociologie juridique à l'organisation pourrait être trouvé dans ce que l'on a nommé la planification des collectivités.

A l'heure actuelle, qu'il s'agisse d'acheter une maison dans un lieu plutôt que dans un autre appartement dans un immeuble collectif ou qu'il s'agisse d'entrer dans une association ou dans une société, les gens se rassemblent au petit bonheur, suivant parfois des affinités électives qui sont fort empiriques. Ceci, à dire de sociologues, pourrait être l'objet d'une science. L'école sociométrique de Moreno qui a développé ce point de vue. Moreno a établi une loi de gravitation sociale tenant compte des attractions et des répulsions que les individus éprouveraient les uns pour les autres. Partant de là, des praticiens de la psychosociologie offrent leurs services pour une planification architecturale, harmonieuse des collectivités. L'Armée américaine a utilisé leurs services pour la constitution de groupes de combat, d'escadrilles d'aviateurs. En gros, il s'agissait de demander, par voie d'interview psychosociologique, à chacun des militaires considérés qu'il désirait avoir pour chef, pour commandant en second, pour compagnon, pour subordonné et suivant les réponses, scientifiquement interprétées, on pouvait constituer des escadrilles psychologiquement, plus homogènes, plus cohérente et par conséquent, ayant une plus grande valeur combative.

La transposition de cette technique au droit privé n'est pas inconcevable. On pourrait imaginer des enquêtes de ce genre quand il s'agit de constituer une collectivité, un groupement de droit privé, une société ou une association. On pourrait y penser surtout pour la constitution des communautés de voisinage. A l'heure actuelle, on est voisin parce que le hasard vous y a mis, mais ceci peut aboutir à des heurts, des frictions. Le voisinage gagnerait sans doute à être psychosociologiquement aménagé. S'il en était ainsi les murs mitoyens deviendraient moins litigieux. Et le remembrement, qui est une grande entreprise de notre droit rural, ne conviendrait-il pas d'y introduire des critères de psychosociologie ? Tout cela repose, d'ailleurs, soit dit au passage, sur une psychologie assez élémentaire. On parle de postulat que l'attraction et la répulsion, l'amitié et l'inimitié sont des sentiments simples. Alors qu'une étude plus approfondie, plus littéraire, permettrait probablement d'apercevoir que ce sont des sentiments variables qui peuvent changer d'un moment à l'autre, disparaître et reparaître et souvent sont mitigés. Il est des haines dont on ne peut pas se passer. On sait bien qu'il y a des paysans qui détestent leurs voisins parce que ce voisin est leur contraire absolu, ils le détestent, mais seraient navrés qu'on le transportât à l'autre bout de la commune en vue de planifier archi-

tecturalement la communauté. Ils dépériraient si on les privait de ce mauvais voisinage qui leur permet d'affirmer leur personnalité.

§ 2 - Sociologie juridique appliquée à la législation.

C'est la fonction pratique qui a le plus de relief, qui concentre le maximum des espoirs des sociologues, et aussi le maximum des critiques, des craintes mêmes, des juristes dogmaticiens.

Les applications de la sociologie juridique à la législation peuvent être envisagées à deux niveaux d'ambition. L'application la moins ambitieuse, ce serait l'application à une tâche d'information générale ; la sociologie juridique aurait une fonction non pas directement normative mais simplement documentaire. Ce serait simplement des services sociologiques de résiliation que la sociologie juridique pourrait vous aider à constituer.

A un niveau plus ambitieux, on soutient que les constatations de la sociologie juridique ont une vocation, voire un titre constitutionnel à se transformer plus ou moins immédiatement en règle de droit. Ici, la sociologie juridique aurait une fonction, non pas seulement documentaire, mais normative. Ce serait réellement la législation sociologique.

Il y a ainsi deux sortes de réalisation qui peuvent être considérées ! la moins ambitieuse, ce sont les services sociologiques de législation ; la plus ambitieuse, c'est la législation sociologique.

A - Les services sociologiques de législation.

Il est raisonnable, que le législateur ne légifère pas dans l'abstrait, qu'il cherche à s'informer avant de légiférer, ou même après avoir légiféré, qu'il puisse s'informer pour savoir si son oeuvre marche bien et n'a pas besoin de réforme.

On comprend qu'un législateur veuille être informé sur les pratiques, les conduites effectives qu'il est amené à régler avant de se décider à le faire ; et également sur la position de l'opinion publique à l'égard de son projet. Cela s'est toujours fait empiriquement.

La réformation des coutumes au XVI^e siècle ne se fit pas dans le silence d'un cabinet, et en enchaînant des principes rationnels comme des déductions géométriques. Il y eut une procédure d'enquête sur le terrain comme on dirait aujourd'hui, d'enquête dans les provinces, toute une procédure longue et minutieuse. C'était déjà de la sociologie empirique. Il ne faut pas dire que le code civil a été fabriqué en vase clos. Sans préjudice de l'utilisation de sources documentaires, il y eut cette procédure des observations des tribunaux qui fut comme une enquête empirique en milieu techniciens.

Seulement, la sociologie juridique d'aujourd'hui peut reprendre cette tâche d'information du législateur avec des moyens accrus, par des méthodes plus scientifiques. Elle peut surtout - et c'est peut-être la différence capitale - ne plus se limiter à opérer sur les techniciens du droit - ce qu'on a fait pour le Code civil ou pour la rédaction des coutumes au XVI^e siècle - mais opérer sur la masse.

Avec ses méthodes de sondages d'opinion, elle a des moyens, relativement simples, d'atteindre la masse, que l'on n'avait pas autrefois.

Quel peut-être l'emploi du procédé. C'est ici le lieu de citer des exemples.

1°) Tout d'abord, un exemple négatif. Le législateur de Vichy voulait, en 1940, agir contre l'accroissement des divorces. Il décida, entre autres mesures, que l'action en divorce serait irrecevable dans les trois premières années du mariage (ancien art. : 233 C. civ.). Pourquoi trois ans ? Parce qu'il pensait, par des observations empiriques de magistrats ou d'avocats, que la plus grande fréquence du divorce se situait dans cette première période conjugale.

Cependant, s'il avait consulté les statistiques, ce qui eût été faire de l'information sociologique, il aurait constaté que la période de plus grande fréquence du divorce, la plus critique, se situait sensiblement plus tard, vers la septième année du mariage. Faute d'information sociologique, le législateur avait donc mal réglé son tir.

2°) L'ordonnance du 27 Décembre 1958 est venue instituer une nouvelle unité monétaire, le nouveau franc, représentant la centième partie du franc ancien. Mais la nouvelle unité monétaire ne devait être mise en circulation qu'à partir du 1^{er} Janvier 1960. L'intervalle a été donné au public pour lui permettre de se familiariser avec la nouveauté. C'était déjà en soi une idée sociologique, que de permettre au public de s'accoutumer à une loi nouvelle avant que de la rendre obligatoire. En matière monétaire, c'est peut-être plus indispensable encore qu'ailleurs; parce que la réception de la monnaie par le public est quelque chose d'essentiel à la notion même de la monnaie.

Or, au milieu de l'année 1959, le législateur conçut quelques inquiétudes sur l'accueil que sa réforme allait recevoir dans la masse, et il décida de procéder sociologiquement. Il s'adressa à l'Institut Français d'Opinion publique (J F O P), qui est un organisme semi-public, et lui demanda d'effectuer, sur le sujet, une enquête par sondage.

Les résultats de cette enquête furent défavorables, révélant que la masse comprenait mal la substitution de la nouvelle unité monétaire à l'ancienne et se faisait parfois des idées aberrantes sur le franc "lourd" dont il avait été question. Ainsi informé par la sociologie, le gouvernement se préoccupa de rendre la réforme plus accessible au public. Il multiplia les précautions dans une circulaire d'application beaucoup

plus détaillée que les textes de base. Il fit également un effort de propagande, par l'intermédiaire des banques et des administrations financières.

3°) Vers 1958, on s'est demandé s'il ne serait pas utile, d'un point de vue économique notamment, de relever l'allocation de salaire unique (en gros, on sait que cette allocation est versée dans l'hypothèse où un seul salaire entre dans la maison, et à l'origine plus spécialement quand la femme ne travaillait pas).

Au début de 1958, l'Administration voulait savoir si un relèvement de l'allocation déterminerait un certain nombre de mères de famille à rester chez elles. Elle recourut à un sondage, pour lequel elle s'adressa à l'Institut National d'Etudes Démographiques. Il résulta de l'enquête qu'à Paris, 16 % des allocataires qui exercent une profession cesseraient de l'exercer pour recevoir l'allocation augmentée. Donc, à Paris, l'incidence d'un relèvement du taux pour déterminer un certain nombre de femmes travaillant actuellement à ne plus travailler, était très faible. En province, le pourcentage était plus élevé : 22, à 28 % suivant les cas. Néanmoins, il semble que la détermination de la mère de famille à travailler ou ne pas travailler ne soit pas déterminée par le taux de l'allocation. Ce fut un élément de décision pour la politique du gouvernement.

4°) Cette année même, le gouvernement s'est attaqué une fois de plus au privilège fiscal, toujours renaissant; des bouilleurs de cru. Pour savoir s'il était soutenu par l'opinion publique, il a fait procéder par l'I. F. O. P. à une enquête sur la question 28 % des personnes interrogées étaient favorables au maintien du privilège, 25 % à sa disparition, et 20 % à sa disparition progressive (par extinction du privilège, qui prendrait un caractère personnel).

Il paraît donc bien que la méthode d'information sociologique entre dans les moeurs. Il faut en marquer, tout de même, les difficultés, que le juriste ne peut pas ne pas apercevoir. Le matériau d'observations sociologiques étant fourni au législateur, c'est à celui-ci qu'il appartient de l'élaborer. Mais cette élaboration reste délicate. Il ne peut pas être question d'une traduction mécanique de constatations des faits.

Voici, par exemple, en matière d'adoption, un problème classique que l'on peut regarder comme un problème appelé problème de psychologie juridique ? Médecins et psychologues ont consacré des études au problème (cf en particulier le numéro spécial de "Sauvegarde de l'Enfance", n°5 de 1951). L'opinion la plus générale dans les milieux scientifiques est qu'il vaut mieux révéler à l'enfant son origine d'enfant adopté. N'oublions pas, d'ailleurs que la science est toujours de son siècle, l'excitation par notre époque des qualités de franchise, de sincérité, sa confiance dans le rôle libérateur de l'aveu.

Or, notre droit positif précisément, paraît aller contre cette

donnée de la psychosociologie juridique. C'est ainsi que l'ordonnance du 23 Août 1958, qui a modifié l'article 57 du c. c. semble avoir tout au contraire, donné caractère plus rigoureux au secret de l'origine de l'enfant adoptif puisqu'il prescrit que l'acte de naissance de celui-ci soit désormais délivré avec la seule indication des parents adoptifs sans aucune indication de la filiation originelle. Aussi, certains juristes, bien intentionnés, se sont-ils élevés contre la réforme en disant qu'il y avait là une méconnaissance des données les plus certaines de la science. Mais, à y bien réfléchir, il n'est pas sûr que le législateur mérite ces critiques. Bien au contraire, l'introduction mécanique la donnée psychosociologique la plus visible pourrait avoir des inconvénients, car en réalité, d'autres données secondaires, en apparence, viennent tempérer les conclusions trop rapides que l'on pourrait tirer de la première. Il est essentiel, en effet, que les adoptants demeurent maîtres de la révélation du secret. A supposer qu'il faille le révéler à l'enfant, c'est aux parents adoptifs de choisir le moment de cette révélation, de la graduer, de la nuancer. Il vaut mieux d'autre part, que, l'enfant ne soit pas à la merci de tiers qui pourraient se procurer l'acte d'état-civil révélateur de son origine. Bref, il y a des considérations d'opportunité doivent corriger la donnée scientifique brute. Il est même très possible, tout compte fait, que la donnée psychosociologique de base ne soit pas destinée à se traduire en règle de droit, qu'il vaille mieux la laisser dans le domaine des relations de fait, des relations affectives, dans le domaine, dirai-je, du non-droit.

Voici un autre exemple. La psychosociologie, à l'heure actuelle, s'intéresse beaucoup au phénomène, assez remarquable en effet, des vacances. Il y a toute une sociologie des loisirs qui a pour chef de file H. Dumazedier, qui s'intéresse beaucoup à ce problème des vacances, phénomène collectif et individuel tout à fait remarquable au point de vue sociologique, et même au point de vue de la sociologie juridique car il y entre un certain relâchement du droit. C'est une sorte de relâche dans la pression sociale, laquelle est pour une large part une pression juridique.

On peut alors se demander comment traduire dans le plan législatif la phénomène constaté par les psychosociologies. Le droit doit-il accompagner la phénomène ? ceci conduirait à introduire dans le droit une indulgence particulière pour ceux que l'on appelle affreusement les "vacanciers". C'est un fait que cet état d'esprit s'est traduit parfois dans l'application des règlements locaux de police, des agents recevant l'ordre de ne pas dresser de procès-verbaux aux touristes, parcequ'il ne faut pas gâcher leurs vacances.

Seulement, on pourrait imaginer une traduction législative tout opposée de la constatation psychologique, et l'on conclurait que le droit a pour devoir de combattre chez les touristes ce sentiment que vacances la pression sociale est en vacances, car d'avoir trop vécu dans cette

société de loisirs que représentent les vacances risque de rendre plus difficile pour eux la réadaptation à la vie normale. Il faudrait donc exercer sur les "vacanciers" un contrôle social plus strict que de droit commun.

Ainsi, la sociologie juridique apporte une matière première, mais le raisonnement législatif continue à appartenir au législateur. C'est un problème de politique législative qui ne peut se résoudre uniquement par des constatations.

§ 2 - La sociologie juridique appliquée à la législation.

La législation sociologique soulève plus de difficultés. Elle nous découvre à vif les difficultés de la sociologie normative, les difficultés d'une transmutation du fait en droit, des constatations objectives en normes de conduite.

Cette utilisation de la sociologie juridique est possible ?

C'est là que les objections sont les plus fortes. Je vous les présenterai par un exemple. Vous avez entendu parler de ce rapport Kinsey, qui a été publié il y a quelques années sur le comportement sexuel des Américains. C'est un rapport qui a l'ambition d'être une enquête sociologique menée scientifiquement. Même de ce point de vue sociologique, la méthode suivie par Kinsey a pu être contestée. Mais peu importe ici.

Le rapport Kinsey conclut -négligeons ici les nuances- que la majorité des Américains mariés ne sont pas fidèles. Si, nous emparant de cette constatation de fait, et la tenant pour scientifiquement valable, nous en concluons, dans le plan de la législation, qu'il y a lieu de rayer le devoir de fidélité de la liste des devoirs entre époux, il est à prévoir que la déduction sera contestée à plus forte raison, si nous prétendions en tirer la conclusion qu'il faudrait introduire la polygamie dans les sociétés occidentales.

L'objection est tellement plausible que l'on peut craindre qu'elle ne conduise à son tour à une conséquence excessive, à cette conséquence qu'il serait constamment et absolument impossible de tirer des conclusions normatives d'une constatation sociologique.

Je vous demande cependant d'y réfléchir et de faire des distinctions. Comme il advient souvent en sociologie juridique, surtout quand la sociologie juridique est maniée par des non-juristes, on s'est fait de la règle de droit une conception beaucoup trop uniforme et trop rigide. On a raisonné comme si la règle de droit était d'un type unique, et du type le plus rigide, le moins flexible celui que nous voyons fonctionner en droit pénal. Les sociologues de sociologie générale ont trop tendance à identifier la règle de droit avec la règle de droit pénal. Ce n'est pas inattendu, car c'est la règle de droit pénal qui se

manifeste de la manière la plus visible au grand public. Il est certain que la masse connaît le droit pénal mieux que le droit civil, ne serait-ce que grâce aux journaux, qui font une plus grande place aux procès répressifs qu'aux procès civils.

Mais nous, juristes, savons qu'il n'y a pas une notion unique de la règle de droit. Et peut-être, dans la présente recherche, convient-il de mettre à part certaines règles de droit, parce qu'elles ont précisément pour nature d'être calquées sur les constatations de fait.

Quelles sont ces règles de droit ?

Ce sont celles qui sont fondées sur le plerumque fit, sur ce qui se fait le plus souvent, le plus couramment.

A - Les règles de plerumque fit.

Il y a des règles qui sont des règles de plerumque fit. Ainsi, les lois interprétatives de volonté en matière contractuelle, ou encore les règles de droit contenant des présomptions du moins certaines présomptions.

1°) Considérons, d'abord, les lois interprétatives de volonté. Elles constituent suivant une expression qui nous est familière, le contrat présumé des intéressés, leur contrat tacite. Si le législateur les a édictées, c'est, semble-t-il, en partant de la considération qu'elles répondaient à la volonté de la plupart des intéressés, qu'elles répondaient au courant dominant dans la pratique contractuelle.

Si, par conséquent, il est constaté sociologiquement que le courant, à une certaine époque, a changé, que les préférences des intéressés se portent dans une autre direction, il semble scientifique d'en déduire que la règle de plerumque fit, la règle fondée sur le courant dominant, doit, par voie de conséquence, s'infléchir à son tour.

On peut admettre que, si le Code Civil a adopté comme régime matrimonial de droit commun la communauté de meubles et d'acquêts, (notre communauté dite légale), c'est parce qu'il a considéré que cette combinaison était celle qui répondait le mieux à la volonté, au désir des intéressés.

Mais si, aujourd'hui il était constaté que les préférences des intéressés se portent d'une manière indubitable dans une autre direction, se portent, par hypothèse, sur la séparation de biens, la déduction scientifiquement valable serait que la règle de droit supplétive de volonté doit être transformée en conséquence. C'est une règle qui n'avait de raison d'être que parce qu'elle était censée épouser les désirs de la masse des intéressés. Il est donc légitime d'essayer de connaître par enquête quels sont les désirs de cette masse et de modifier en

conséquence la règle de droit.

Où encore, supposez qu'il soit constaté d'une manière durable, avec les garanties scientifiques qui peuvent être requises, que la grande majorité des individus ayant à la fois, au moment de leur mort, dans leur entourage familial un conjoint et des cousins germains, font systématiquement des testaments pour appeler le conjoint survivant à la succession de préférence aux cousins germains, à partir de ce moment-là, on est en droit de déduire que la règle de dévolution successorale, celle qui était inscrite au Code Napoléon, et donnait la préférence aux cousins germains sur le conjoint survivant, est devenue antiscientifique car la succession ab intestat, au moins dans une certaine analyse, est présentée comme le testament tacite du défunt comme reposant sur son affection présumée. Puisque la hiérarchie des affections a en général changé, il est rationnel de modifier en conséquence le testament tacite des Français et de donner la préférence, dans la dévolution successorale, au conjoint survivant sur les cousins germains. C'est précisément ce qu'a fait la loi du 26 Mars 1957, mais elle a opéré empiriquement : il n'y a pas eu d'enquête, pas de sondage d'opinion pour savoir ce que pensaient les intéressés se trouvant dans la situation successorale indiquée. C'est par l'impression que le législateur a légiféré.

La chose est d'autant plus à relever que le législateur anglais, dans une hypothèse analogue, lorsqu'il s'est agi pour lui de réformer la dévolution successorale ab intestat (ce qui allait devenir l'acte sur les successions des personnes intestates de 1952) a procédé par une méthode que l'on peut dire scientifiquement sociologique. Il faut dire qu'en Angleterre la chose était plus aisée, car les testaments y sont déposés dans des archives publiques, de sorte que le législateur anglais avait à sa disposition un riche stock d'affections déclarées des défunts.

Ainsi, l'existence des règles supplétives ou interprétatives de volonté, est de nature à combler l'abîme que l'on disait infranchissable a priori, l'abîme entre le Sein et le Sollen. En réalité, cette catégorie de règles de droit apparaît comme une catégorie intermédiaire, quelque part entre l'être et le devoir.

Le point admis, il ne resterait plus qu'un problème de mise en oeuvre : à partir de quel seuil, comme disent les sociologues, l'indication du fait a-t-elle une valeur normative ? Le problème ressortit à la théorie des opinions mais aussi à l'idée que l'on se fait de la législation, ce qui en fait un problème de sociologie proprement juridique.

Seulement, il est permis à des juristes de s'interroger davantage sur la nature même de la règle supplétive de volonté. Est-ce que cette règle n'est jamais que le contrat tacite des intéressés ? N'a-t-elle pas un autre rôle dans la théorie juridique ? Certains soutiendront qu'elle a une valeur pédagogique, qu'elle a pour mission d'enseigner aux contractants éventuels un modèle auquel ils n'auraient pas pensé tout seuls.

S'il en est ainsi, les constatations de faits ne sont plus seules en cause. D'autres éléments peuvent intervenir dans le choix législatif. Supposons que le législateur se convainque, par une analyse théorique du problème, que le régime de participation aux acquêts est le meilleur régime matrimonial, qu'il est utile socialement, politiquement, de le prononcer. Or, ce régime est inconnu dans la pratique française. Tout de même, le législateur français pourrait être en droit, dans sa mission, de proposer le régime de participation aux acquêts comme modèle aux futurs époux français.

La vérité est qu'il y a deux conceptions possibles de la loi supplétive de volonté.

Suivant la conception la plus répandue, cette loi est destinée à informer, au sens d'Aristote, une pratique pré-existante. Il est alors légitime de modifier la règle supplétive de volonté en fonction des changements que l'on peut constater dans les courants de la pratique.

Mais il y a une autre conception : c'est que la loi supplétive de volonté est une proposition, un modèle, destiné à modeler les relations sociales. Ce qui justifie une action duéchice de la loi sur les faits, et non l'inverse.

2°) Considérons maintenant les présomptions légales. Elles reposent au moins certaines, sur un calcul de probabilité. De ce que les choses se passent le plus souvent d'une certaine manière, le droit déduit qu'elles doivent toujours se passer de cette manière-là.

Le passage du fait au droit est ici évident. Si un changement se produit dans la répartition statistique des faits, un changement législatif devrait logiquement s'ensuivre. Une législation sociologique est ici scientifiquement valable, semble-t-il.

S'il était démontré que la majorité des épouses sont infidèles, il paraîtrait scientifiquement plausible de supprimer la présomption de paternité, puisqu'elle repose sur la probabilité de leur fidélité.

Voici un exemple plus pacifique. L'art. 1282 Code Civil dispose que la remise volontaire du titre sous seing privé fait présumer la libération du débiteur. On est parti d'une probabilité : lorsqu'un créancier, qui ne dispose comme preuve de sa créance que d'un acte sous seing privé, se démeni de cette preuve, c'est apparemment qu'il est déjà payé. Mais supposez qu'il soit constaté par des enquêtes sociologiques que les créanciers, le plus souvent, remettent d'avances leurs titres sous seing privé à leurs débiteurs, afin que ceux-ci aient la possibilité de vérifier l'existence de la dette (c'est pure hypothèse). A ce moment-là, il serait légitime de supprimer cette présomption dont le fondement sociologique aurait disparu.

Pourtant, ici encore, des réserves sont nécessaires car si l'analyse d'après laquelle la présomption légale repose sur un calcul de probabilités est assez largement exacte, elle ne rend peut-être pas compte entièrement de ce que sont les présomptions.

Ainsi, vous connaissez les présomptions légales relatives aux co-hourants, et notamment celle qui résulte de l'article 721, al. 3 C. civ. : d'où il résulte qu'un enfant en bas âge, qui n'a encore aucune autonomie motrice, est censé survivre à un homme de 61 ans. On peut imaginer que des expériences sociologiques faciles à imaginer démontreraient sans peine la fausseté de la présomption légale.

Mais dans l'art. 721 il n'y a pas seulement un calcul de probabilités, il y a aussi une règle de fond, cette idée philosophique que, tel étant l'ordre de la nature, et son souhait (que l'enfant en bas âge survive à un vieillard qui n'a plus d'avenir), telle doit être la règle de droit.

On peut faire une remarque analogue sur la présomption de bonne foi (art. 2268 C. civ.). Est-ce un calcul de probabilité ? En réalité, c'est une règle de fond. Elle se relie à la présomption d'innocence, au privilège de la défense.

Nous rencontrons ici, précisément, un paradoxe bien connu. Bentham étudia, avec l'esprit scientifique de son temps, la théorie des preuves. Or, il observa que la majorité des demandeurs obtenaient gain de cause dans les procès. Même à l'heure actuelle, on peut estimer que les statistiques démontreraient la même tendance. Puisque la majorité des demandeurs ont en fait gain de cause, il serait logique, concluait Bentham, de présumer que le demandeur a raison, donc de ne plus lui imposer le fardeau de la preuve ; c'est le défendeur qui devrait être obligé de faire sa preuve, car il est statistiquement suspect. Mais qui ne voit le sophisme. Si la plupart des demandeurs obtiennent gain de cause c'est que, dans l'état du droit positif, seuls intentent des procès ceux qui ont le moyen de prouver leur droit. Si l'on supprimait le principe Actori incumbit probatio, il y aurait un flot de demandes abusives, les gens qui sont sans droit intenteraient également des procès.

Néanmoins, malgré les réserves que je viens d'indiquer, aussi bien pour les règles de présomptions que pour les règles supplétives de volonté, il apparaît qu'il existe un secteur de règles de droit où la fonction normative de la sociologie paraît plus aisément admissible.

B - Les autres règles de droit.

Il existe beaucoup d'autres règles de droit que ces règles de plurimum fit, et pour ces autres règles de droit, il est certain que les objections de principe subsistent, et seront extrêmement difficiles à

dissiper. Quelles sont ces objections ?

Elles ne viennent pas toujours du même côté : tantôt on reproche à la législation sociologique, à la sociologie normative, d'aller trop loin, d'être trop progressiste, si l'on peut employer ce vocable un peu schématique, tantôt, à l'inverse, d'être trop conservatrice.

La première objection est fréquente chez les juristes dogmatiques. Ils craignent que la législation sociologique n'érige en normes des phénomènes sociaux qui sont des phénomènes pathologiques, des phénomènes de déviance. Dès que ces phénomènes de déviance deviennent prépondérants la sociologie a tendance à conclure qu'il y a lieu de modifier la norme. Souvent, elle donne un tour réaliste à son raisonnement : il vaut mieux, dira-t-elle une norme respectée, une norme en rapport avec les conduites effectives, qu'une norme qui n'est plus observée.

Or, ceci n'est pas certain. On peut reprocher ici à la législation sociologique de méconnaître la valeur pédagogique de la règle de droit. Même si elle paraît abandonnée dans la majorité des cas, elle peut encore jouer un rôle social utile, un rôle de frein.

Il n'est pas sûr qu'en l'abolissant sous prétexte qu'elle n'est plus respectée, que les faits lui sont contraires, on aboutira à un résultat socialement meilleur.

L'objection inverse existe, mais elle ne vient pas du même coin. Si la norme doit être donnée par les faits, objecte-t-on, il devient impossible, de faire des réformes et a fortiori de faire des révolutions. On va être indéfiniment lié aux constatations pré-existantes, aux faits pré-existants, aux routines. Ce conservatisme que l'on impute à la sociologie, très perceptible, notamment chez certains ethnologues, et il se traduit à l'heure actuelle dans le plan de la pratique, car il y a des problèmes de politique juridique qui se posent aux Etats récemment parvenus à l'indépendance (spécialement dans les nouvelles républiques de l'Afrique Noire, qu'elles soient d'expression anglaise où le problème s'est posé plus tôt ou d'expression française).

Le problème de politique législative est le suivant, à l'heure actuelle : ces Etats doivent-ils se donner une législation inspirée des pratiques actuellement existantes dans leurs populations, c'est-à-dire des pratiques que nous qualifions d'archaïques ? ou à l'inverse, ces nouveaux Etats qui se sont donnés des constitutions copiées sur le modèle occidental, européen, ne doivent-ils pas se donner également des législations civiles d'inspiration occidentale ?

Le problème est parfois présenté sous une forme plus ramassée : Ces nouveaux Etats doivent-ils se borner à rédiger leurs coutumes ancestrales, autochtones, ou bien doivent-ils se donner des Codes Napoléon en ce qui concerne le droit civil ?

Il existe une série de points sensibles en droit civil : la polygamie, la dot qui, suivant les coutumes d'Afrique, est généralement une dot payée par le mari aux parents de la femme, le mariage des filles inpubères. Il y a là une série de pratiques qui sont certainement en désaccord avec le droit civil occidental. Y-a-t-il lieu, pour ces nouveaux Etats, d'abolir ces pratiques, de se donner une législation civile à l'occidentale, ou au contraire de rédiger simplement leurs coutumes ancestrales et de maintenir ces pratiques que le droit occidental considère comme insolites, sinon comme aberrantes ?

Or, précisément, les ethnologues, dans la mesure où ils ont été appelés, chez les Anglais comme chez nous, à conseiller les dirigeants de ces nouveaux Etats, sont assez souvent enclins à préconiser une simple rédaction des coutumes, à prendre par conséquent, au non de la sociologie, une position conservatrice. La transmutation du fait en règle ici, très visiblement, conduit à une cristallisation des coutumes et paraît s'opposer à une évolution, plus exactement à une révolution qui, au contraire, serait souhaitée par beaucoup de dirigeants de ces nouveaux Etats. Pourquoi les ethnologues sont-ils ici conservateurs ? Ce n'est pas, comme parfois on les en avait accusés, uniquement pour des considérations corporatives. Certes, les coutumes d'Afrique, c'est l'objet de leur science et, au fond, comme nous tous, ils seraient fort ennuyés si l'objet de leur science venait à disparaître. Mais, objectivement, on peut penser qu'il y a autre chose : la crainte qu'une transformation trop brutale dans les coutumes actuellement existantes n'amène ce que l'on appelle volontiers un traumatisme psychique dans les populations intéressées, un état de tension. Or, c'est un idéal de la science moderne que d'éviter les traumatismes psychiques, les tensions, que ce soit aux individus ou aux collectivités.

Cette conception n'est pas, cependant, sociologiquement incontestable. Dans la position des dirigeants de ces nouveaux Etats, qui souhaiteraient, parfois contre l'avis des sociologues, aller de l'avant et faire des transformations plus profondes dans la législation, il y a une part de vérité. Pas plus que dans l'éducation des individus, on ne peut toujours éviter dans l'éducation des peuples, si l'on peut faire pareille comparaison, les traumatismes et les tensions.

D'autre part, les ruptures dans l'évolution, les ruptures de continuité, les révolutions, pour traduire juridiquement, sont des phénomènes sociologiques normaux. Je ne dis pas qu'il faut en faire des phénomènes juridiques constants. La révolution permanente serait une chose bien dangereuse. Mais poser en absolu qu'un pays n'aura jamais de révolution, ce n'est pas une attitude scientifiquement défendable. Nous avons eu nous-mêmes nos révolutions. Rétrospectivement, on est obligé de se dire que, s'il y avait eu des sociologues en 1789, nous aurions encore des droits féodaux à payer.

Il ne faut donc pas abuser du conservatisme sociologique. Il est

des cas où il faut intégrer à la sociologie la rupture avec les faits pré-existants.

§ 3 - La sociologie juridique appliquée à l'interprétation.

L'objectif, ici est moins vaste, et plus à portée de notre main car tout juriste n'est pas législateur mais il a vocation à être interprète, soit comme magistrat, soit à tout le moins comme avocat, juriconsulte. Nous sommes tous appelés à faire de l'interprétation.

La sociologie juridique pourrait exercer auprès des interprètes, auprès de magistrats notamment, une fonction documentaire analogue à celle que nous lui avons vu remplir sans grande difficulté auprès du législateur.

De même qu'un service sociologique de législation est concevable, on concevrait un service sociologique de documentation, auprès des juridictions, spécialement auprès de la Cour suprême.

Ainsi, des juges qui sont saisis d'une demande de dommages-intérêts formée par une concubine en cas d'accident mortel survenu au concubin, auraient intérêt à disposer d'une information sociologique sur ce qu'est le concubinage en France à l'heure actuelle. Il n'est pas indifférent, par exemple, de savoir que le concubinage est beaucoup plus un état forcé, contraint, qu'un état délibérément choisi (cf. l'article de M. Théry, Rev. trimestrielle de droit civil, 1960, p. 33).

Autre exemple. Lorsque la victime d'un accident mortel laisse des enfants en très bas âge, un ou deux ans, est-il raisonnable de leur accorder des dommages-intérêts pour préjudice moral en très bas âge, enfants de moins de trois ou quatre ans ? L'objection qui avait été faite par des Tribunaux, à une certaine époque, c'était que l'enfant en très bas âge, n'est pas capable d'éprouver une douleur. Donc, pour lui, le pretium doloris est un non-sens.

Mais, plus récemment, des psycho-sociologues ont démontré que l'enfant, même en bas âge, pouvait être sensible à une carence affective déterminée par la disparition de sa mère ; que, partant le pretium doloris n'était pas du tout inconcevable pour lui. Et des tribunaux ont tenu compte de cette donnée psycho-sociologique. Voilà donc un point où la sociologie juridique a exercé sa fonction pratique de conseil, de documentation auprès des Tribunaux.

Mais, tant qu'il ne s'agit que de documenter et de conseiller, il n'y a pas de difficulté. Quand on parle d'interprétation sociologique, on songe à quelque chose de plus précis, de plus directement obligatoire.

Il nous faut, préalablement, nous arrêter quelques instants sur

une signification particulière que l'on a quelquefois attachée à l'expression "jurisprudence sociologique". C'est surtout, à l'étranger que l'on en a parlé et plus spécialement aux Etats-Unis. Mais il faut prendre garde que l'expression anglaise "sociological jurisprudence" n'a pas tout à fait le sens que peut évoluer pour nous la formule "jurisprudence sociologique". Car ce que les Anglais appellent jurisprudence, ce n'est pas l'ensemble des solutions que les tribunaux donnent à une question de droit ; c'est en réalité, sinon la philosophie du droit, du moins la théorie générale du droit, la science du droit dans ce qu'elle a de plus théorique. Aussi conviendrait-il plutôt de traduire "sociological jurisprudence" par "théorie sociologique du droit".

La sociological jurisprudence des Anglo-Américains recouvre du reste, une certaine méthode d'interprétation, et une méthode d'interprétation qui se veut sociologique. C'est une méthode qui a été préconisée et appliquée aux Etats-Unis, notamment par quelques grands Juges de la Cour Suprême qui ont eu une autorité doctrinale considérable. Certains, notamment, coopérant au New-Deal de Roosevelt, s'efforçant, dans les questions litigieuses, de faire prévaloir l'interprétation la plus conforme à cet esprit social qui était l'esprit du New-Deal. Les juges fédéraux Holmes, Cardozo, Brandeis, ont ainsi fait de la "jurisprudence sociologique". Cela voulait dire qu'ils s'efforçaient de juger selon les exigences du bien-être social conformément à l'idéal du "welfare state".

Cette sorte d'interprétation sociologique n'est certainement pas sans équivalent chez les magistrats européens, français particulièrement. Mais il vaut mieux se faire une conception plus précise, plus scientifique, moins politique, de l'interprétation sociologique. Que faut-il alors entendre par là ?

L'interprétation sociologique au sens propre du terme doit être comprise comme une réaction contre le dogmatisme, le formalisme juridique. Le formalisme juridique envisage les notions sous leur aspect le plus dogmatique, en les vidant de leur contenu sociologique, de leur contenu le plus vivant.

Réciproquement, l'interprétation sociologique, devrait consister à prendre dans les problèmes d'interprétation l'attitude la moins formaliste, l'attitude la plus réaliste. Mais comment préciser ?

A la vérité, sous cette formule de l'interprétation sociologique, on réunit au moins deux méthodes d'interprétation : l'une consistera à faire prévaloir l'interprétation qui est réellement déjà en application dans les faits (ce que l'on peut appeler l'interprétation par la coutume), l'autre, allant plus avant dans le contact avec la réalité sociologique, cherchera à faire prévaloir l'interprétation la plus proche de

la réalité vivante (c'est ce que j'appellerai l'interprétation proprement sociologique).

A - Interprétation par la coutume

Cette méthode est en réalité ancienne ; elle relève de la sociologie spontanée, inconsciente. C'est de la sociologie avant la lettre.

L'idée générale est la suivante : entre deux interprétations possibles qui ont été également élaborés par les procédés de droit dogmatique, l'interprète choisira celle qui est effectivement suivie dans la pratique. En quoi nous voyons ressurgir quelque chose de ce conservatisme inhérent à la sociologie. Le fait avant tout, mais le fait, c'est le fait passé, donc un certain conservatisme.

L'idée est très ancienne, elle est déjà dans le Digeste (1-3-37) :

"le meilleur interprète des lois, c'est la coutume".

Cette maxime fut reproduite et appliquée constamment dans notre ancien droit avec une nuance conforme à l'esprit de celui-ci. L'ancien droit est réaliste, pense les rapports juridiques en termes de droits réels plutôt que d'obligations personnelles. Aussi parlait-il ici de possession. Il considérait que les intéressés étaient en possession de l'interprétation ancienne. Modifier cette interprétation c'eût été léser leur possession, donc porter atteinte à la paix. Coutume et possession allaient de pair. La loi devait s'interpréter par la possession et la coutume.

Avec l'avènement du Code Civil, qui devait déterminer une confiance aveugle dans le principe de légalité, cette idée d'une interprétation par la coutume devait nécessairement s'estomper. Pendant tout le XIX^e siècle, on ne s'en préoccupa plus. L'interprète était saisi exclusivement de la loi et devait s'efforcer de l'interpréter par des procédés purement rationnels. Faire appel à la coutume, à la possession, pour l'interpréter, c'eût été faire intervenir des éléments extérieurs à la légalité.

Mais, vous le savez, une réaction s'est produite à partir du début de notre siècle. Le légalisme a reculé. On a assisté à une remontée de la coutume, et plus encore peut-être à un engouement pour la pratique. Mais ce n'est pas exactement la même chose.

La pratique, chez les civilistes du XX^e siècle, joue un très grand rôle. Il y a un culte de la pratique, une révérence de la doctrine pour les besoins de la pratique. Cette notion peut faire revenir à la surface l'interprétation sociologique, mais sous une forme un peu différente. L'idée n'est pas absente dans la doctrine civiliste que l'interprète doit avoir égard à ce qui se fait dans la pratique. Si une interprétation venait renverser la pratique pré-existante, elle ébranlerait la sécurité

et serait sondable à ce titre. La doctrine civiliste moderne insiste beaucoup sur le besoin de sécurité. C'est une des fonctions du droit que la sécurité des affaires.

En Angleterre, les juges ont tendance, sans le doute sur un point de droit des contrats à faire application des formulaires notariaux, en partant de cette idée que ces formulaires représentent ce qui est, une réalité qui a déjà reçu application.

Chez nous, il n'est pas sûr que la jurisprudence française soit absolument imbue du même esprit. Néanmoins, quelques exemples montreront que le problème a pu se poser.

1°) La clause commerciale, appliquée à un fond de commerce propre

Cette clause avait été insérée dans un très grand nombre de contrats de mariage au début de ce siècle. Les notaires n'y avaient pas vu malice et pensaient que cette clause s'exécuterait sans difficulté. Mais des héritiers vinrent soulever cette difficulté imprévue, que la combinaison constituait un pacte de succession future, était illicite et devait être annulée selon l'art. 1130, al. 2,

Il y avait bien là une pratique déjà formée. N'allait-on pas ébranler la sécurité des affaires, en donnant de l'art. 1130, al. 2, cette interprétation qui n'avait pas été celle de la pratique ?

L'argument fut présenté à la Cour de Cassation. On fit valoir devant elle la responsabilité, en quelque sorte sociale, qu'elle allait prendre si elle prononçait la nullité.

Et pourtant, vous le savez, dans l'arrêt Crémieux, (Civ. 11 janvier 1935, D. 1935-1 10,) la Cour de Cassation n'a pas hésité à annuler la clause. L'argument tiré de la sécurité n'a pas eu d'influence sur elle. Ici, l'interprétation a délibérément tourné le dos à la sociologie.

2°) La clause d'échelle mobile insérée dans des prêts.

Le prêt indexé est-il valable ?

L'échelle mobile avait été, entre les deux guerres, déjà insérée dans un certain nombre de contrats, mais c'est surtout depuis une quinzaine d'années, au lendemain de la seconde guerre mondiale, qu'il y eut un véritable engouement pour la combinaison. Les notaires qui conseillèrent à leurs clients d'insérer une clause d'échelle mobile dans les prêts hypothécaires.

Cependant, la combinaison ne cessait pas d'être discutée. Jusqu'au jour où la Cour de Cassation (1ère Section civile, 27 Juin 1957, J. C. P. 1957 -II- 10 093bis.) contrairement aux conclusions de son Procureur Général, prit formellement parti pour la validité.

Certes, elle s'est appuyée sur des arguments dogmatiques. Mais il est bien certain qu'elle n'a pas été insensible et on ne peut pas l'en blâmer à cette circonstance de fait, que la clause d'échelle mobile avait déjà été insérée dans beaucoup de prêts, qu'il y avait là une pratique, qui s'était constituée un climat de sécurité qui s'était établi et que, par conséquent, c'eût été prendre une responsabilité sociologiquement grave que de faire tomber toute cette construction contractuelle. Il semble donc que l'interprétation se soit ressentie ici d'une influence sociologique.

Tel est le problème de l'interprétation par la coutume ou par la pratique. Que faut-il en penser ?

Tant qu'il s'agissait d'interpréter par la coutume proprement dite, au sens où l'entendaient le Digeste et encore l'ancien droit, l'interprétation dite sociologique pouvait se recommander d'un fondement sociologique solide, le fondement même du droit coutumier. Il est certain que le droit coutumier a quelque chose de sociologiquement plus fondé que le droit écrit, que le droit légal.

Seulement, il s'est produit une dégradation dans cette conception de l'interprétation par la coutume. Ce n'est plus de coutume proprement dite qu'il s'agit, mais de pratique. La doctrine moderne ne s'en cache pas : il s'agit des besoins de la pratique, plus spécialement de la pratique notariale. C'est finalement la sécurité des notaires qui est en cause, parce que si les clauses sont annulées, les notaires peuvent redouter une action en responsabilité intentée par leurs clients. Mais la pratique notariale ainsi entendue est quelque chose de sociologiquement moins tangible que la véritable coutume.

Du reste, si l'on creuse la notion de pratique, on s'aperçoit de ses incertitudes sociologiques. Ainsi la clause commerciale avait été insérée dans de nombreux contrats de mariage. C'était un fait sociologique. Seulement ce fait, au moment où l'affaire a émergé devant la Cour de Cassation pour l'arrêt Crémieux, était encore à l'état latent. Nous avions des contrats de mariage, mais des contrats qui n'étaient pas encore entrés, quant à la clause commerciale, en fonctionnement, puisque ce n'est qu'à la dissolution de la communauté que cette clause à un sens. Pour que l'on pût parler d'une véritable coutume sociologiquement significative, il eût fallu une série de successions qui se seraient ouvertes pendant un certain temps et dans lesquelles, sans contestations de la part des héritiers, on aurait vu attribuer des fonds de commerce propres au conjoint survivant. Cela eût pu constituer une pratique non équivoque, une pratique paisible et non contestée. Au lieu de cela, qu'avions-nous ? Au fur et à mesure que les contrats de mariage arrivaient à échéance par la mort de l'un des conjoints, on voyait des contestations surgir. Ce n'était donc pas une possession paisible de l'interprétation. Sociologiquement, le fait n'était pas probant.

Pour la clause d'échelle mobile, on pourrait faire une remarque à peu près analogue. Je dis à peu près, car le problème n'est pas entièrement identique. Il y avait sans doute un climat favorable à la clause d'échelle mobile qui s'était créé à partir des années 1950. Dans l'établissement de ce climat, d'ailleurs, la société ou, si vous préférez traduire dogmatiquement "l'Etat" avait joué un grand rôle. L'Etat, à partir d'un certain moment, pour placer ses emprunts, ou ceux des organismes dépendant plus ou moins de lui, avait tout fait pour laisser croire à la validité de la clause d'échelle mobile.

Il n'empêche que, là encore, on n'était pas en présence d'une véritable coutume. D'abord, l'élément de durée n'était pas considérable. Enfin, l'élément de paix que suppose une notion sociologique de la coutume, cet élément de paix n'était pas donné, car il y avait des contestations, un contentieux abondant. Beaucoup d'emprunteurs cherchaient à se soustraire à l'échelle mobile, lorsque cette clause venait à jouer dans une mesure trop considérable. Là encore, la possession n'était pas paisible. On ne pouvait dire que les prêteurs d'argent étaient en possession paisible d'une interprétation favorable à la validité de la clause d'échelle mobile.

Par conséquent, tout ce que l'on pouvait trouver, c'était cette notion dont le droit dogmatique abuse, des besoins de la pratique, que je traduis un peu librement par les besoins des notaires qui avaient conseillé la clause d'échelle mobile et ne tenaient pas à ce qu'elle fût remise en question dans sa validité. C'est un autre point de vue, et qui n'est pas véritablement sociologique.

B - Interprétation proprement sociologique

L'interprétation proprement sociologique consiste à donner à certaines notions légales un contenu sociologique, entendez un contenu tiré de l'observation des faits, de préférence au contenu que pourrait imposer une déduction à partir de principes juridiques abstraits.

Il est des cas où la méthode sociologique d'interprétation paraît commandée par la nature même de la notion dont il s'agit, parce que cette notion renvoie en réalité à la sociologie. Un de ces cas les plus nets où l'on a fait de la sociologie spontanée, avant la lettre, c'est la notion de bonnes moeurs.

Vous savez quelle est l'importance en droit civil de cette notion de bonnes moeurs. C'est une condition de validité du contrat qu'il ne soit pas contraire aux bonnes moeurs (art. 6, 1 133). La notion se rencontre d'ailleurs aussi en dehors du droit civil, en droit pénal : il y a des infractions qui contiennent dans leurs éléments constitutifs cette notion de bonnes moeurs (ainsi l'outrage aux bonnes moeurs, réprimé par le décret-loi du 29 Juillet 1939, zrt. 119, Code de la Famille).

La loi fait appel à la notion de bonnes moeurs, sans définir les bonnes moeurs. Ne délègue-t-elle pas ses pouvoirs à la sociologie ? De sorte que l'intervention de la sociologie juridique dans ce domaine de l'interprétation aurait lieu en vertu du blanc-seing de la loi.

A la vérité cette délégation peut-être embarrassante. Un premier embarras vient du qualificatif qui accompagne la mention des moeurs. S'il n'y avait que les moeurs, nous dirions que c'est une constatation de faits, mais les "bonnes moeurs", est-ce que cela ne suppose pas un filtrage, un jugement de valeur, qui dépasse le rôle du sociologue ?

A la vérité, l'objection n'est pas insurmontable. Il n'est pas sûr que dans "bonnes moeurs" le qualificatif employé implique un jugement de valeur. Les bonnes moeurs, cela peut se traduire historiquement : les moeurs des bonnes gens, des honnêtes gens. Cela veut dire que dans l'appréciation des moeurs, il n'y aura pas à tenir compte des extrêmes, des conduites aberrantes, ni des gens du milieu ni des intellectuels raffinés.

Cette première difficulté levée, une autre surgit. La sociologie connaît deux types d'enquête : l'enquête de faits et l'enquête d'opinions. Ce n'est pas la même chose : on peut chercher à savoir soit ce que les hommes font effectivement, soit ce qu'ils pensent qu'il convient de faire.

Le renvoi aux bonnes moeurs, doit-il s'entendre comme un renvoi aux pratiques effectivement suivies ou bien aux opinions que les gens ont sur les pratiques à suivre ? Est-ce une enquête d'opinions ou une enquête de faits qui est demandée à la sociologie juridique par l'interprétoire de l'art. 6 et de l'art. 1153 ?

Il est certain qu'il est plus facile de faire l'enquête d'opinions que l'enquête de faits, surtout quand on songe à cette espèce de spécialisation historique qui s'est produite, en France seulement, dans la notion de bonnes moeurs. Pratiquement, nous n'appliquons la notion dans le droit privé français qu'à la morale sexuelle. Au contraire sur une formule semblable, le droit allemand a une conception beaucoup plus vaste des bonnes moeurs, où il englobe, par exemple, la loyauté commerciale.

Le domaine des bonnes moeurs ayant été ainsi compris chez nous, il est beaucoup plus facile de savoir ce que les gens pensent, ou affectent de penser, que ce qu'ils font exactement dans ce domaine, qui est souvent un domaine secret. Il y a là une difficulté, qui sera plus grande si l'on exige l'enquête de faits que si l'on s'en tient à une enquête d'opinions. La première solution, l'enquête de faits, portant sur les comportements effectifs, est du reste plus conforme au texte, car il dit : "les bonnes moeurs", et non pas "les opinions, les sentiments sur les bonnes moeurs".

Qu'ont fait les juges Français ? En réalité, ni enquêtes de faits,

ni enquêtes d'opinions. Saisis de la notion de bonnes moeurs, ils en ont donné l'interprétation la moins sociologique qui fût. Non seulement ils conçoivent l'art. 6 comme renvoyant à l'opinion sur les moeurs et non aux moeurs, mais ils ne considèrent même pas l'opinion de la masse : c'est à leur propre opinion qu'ils vont se référer.

Il est extrêmement rare, d'ailleurs, que les juges se soient interrogés explicitement sur le problème d'interprétation sociologique que les art. 6 et 1133 pouvaient leur poser. Parmi les rares décisions où l'on peut découvrir une ébauche de raisonnement sur le problème, on peut citer un jugement du Tribunal Correctionnel d'Orange du 19 Avril 1954, (G. P. 1954. 2 . 35), sur la notion pénale d'outrage aux bonnes moeurs. Le jugement présente un intérêt sociologique en ce qu'il se demande si la notion de bonnes moeurs n'a pas évolué, et si un juge a le droit de tenir compte de cette évolution ou s'il doit se référer à une conception invariable. La réponse du jugement est que la notion de bonnes moeurs a évolué, que le juge doit prendre en considération cette évolution, mais qu'il a le droit et le devoir de la freiner.

Nous pouvons conclure que la jurisprudence française n'a pas accepté l'occasion, que lui offrait la notion de bonnes moeurs, de se livrer à une interprétation franchement sociologique.

Il est d'autres notions plus définies, plus précises, qui apparaissent comme susceptibles d'une interprétation sociologique, déduites d'une observation directe de la réalité économique, ou sociale. En voici quelques exemples :

1° - Le premier est très connu, c'est un point maintenant à peu près classé, mais où le problème de l'interprétation sociologique s'est posé devant la jurisprudence française. Il s'agit de la distinction du contrat de travail et du contrat d'entreprise. Les deux contrats ont certains points de contact, il y a dans les deux cas un travail qui est fourni, mais les deux régimes juridiques sont très distincts. Aussi, en présence d'une convention passée entre une personne qui commande un travail et une autre qui l'exécute, il y a des intérêts pratiques, à savoir si l'on a à faire à un contrat de travail ou à un louage d'ouvrages. Bien souvent, les frontières sont indécises (ex : abatage d'un arbre confié pour un prix forfaitaire à un individu qui n'est pas établi comme entrepreneur. S'il arrive un accident à cet individu, il y a un intérêt pratique important à déterminer si l'on est ou non en présence d'un louage de services faisant jouer la responsabilité des accidents du travail. Un autre intérêt concerne l'existence du privilège de l'art. 2101 - 4° C. Civ.

Quel est le critère ? Il existe un critère de droit dogmatique : c'est la subordination juridique. Il y aura contrat de travail si celui qui exécute la prestation de travail est juridiquement subordonné à l'autre, l'autre ayant le pouvoir de lui donner des ordres et des instructions, lui n'ayant qu'à obéir. En l'absence d'un tel lien, on aura affaire à un contrat d'entreprise. Mais un critère économique, /et, dirons-nous, social,

sociologique avait été proposé, selon lequel il y aurait eu contrat de travail si l'individu fournissant la prestation de travail avait été économiquement dépendant de l'autre. Il aurait fallu prendre en considération le rapport de forces sociologiques, non le rapport de subordination juridique. La thèse avait développée notamment par le Doyen Guche, spécialiste de la législation du travail.

Mais, en général, la Cour de Cassation, s'en est tenue au critère juridique. Elle a décidé que c'était le lien juridique de subordination qui faisait le contrat de travail et qu'il n'y avait pas à se préoccuper du rapport de forces sociologiques.

Sur un point, toutefois, on l'a vue faire appel au critère sociologique. C'est quant à la prescription d'extinctive. La prescription de 6 mois de l'art. 2271, prévue pour les salaires des ouvriers, a été appliquée à l'action de petits entrepreneurs, considérés comme étant sous la dépendance économique du maître de l'oeuvre. C'est tout le contraire d'une protection.

2° - La loi du 1er sept. 1948 sur les loyers, art. 19, accorde un droit de reprise au propriétaire. Le propriétaire peut reprendre l'immeuble à l'occupant, nonobstant le maintien dans les lieux, en vue de la faire habiter par certains membres de sa famille, lors que ceux-ci ne disposent pas d'une habitation correspondant à leurs besoins normaux.

La question s'est posée souvent de savoir si le propriétaire pouvait exercer le droit de reprise pour loger un enfant majeur qui habitait jus u'alors avec lui, en soutenant que cet enfant majeur devait disposer d'un local indépendant, le besoin normal de tout individu majeur étant de ne pas vivre chez ses parents, et la majorité impliquant un droit à l'indépendance du logement.

La Cour de Cassation s'est prononcée pour l'affirmative : à 21 ans, le fils célibataire a le droit à un logement indépendant ; par conséquent, le père peut reprendre l'immeuble entre les mains de l'occupant pour y loger son fils. (V. notamment Soc. 12 Juin 1959, Revue des Loyers, 1959, p. 478.) C'est une conception dogmatique de la notion de besoin normal de l'individu et une conception dogmatique de la majorité. Il y a une majorité juridique et une majorité sociologique. La majorité juridique est à 21 ans, mais il y a une majorité sociologique qui se situe à un point plus tardif, tout au moins pour une classe sociale. Le fils de famille célibataire, tant qu'il n'a pas obtenu son indépendance économique, n'est pas sociologiquement majeur. Partant, pour l'appréciation de ses besoins normaux, notion sociologique, on aurait compris que la jurisprudence fit appel à une notion sociologique de la majorité et qu'elle ne déclarât pas d'une manière aussi brutale qu'à partir de 21 ans le fils de famille avait droit à un logement indépendant, qu'elle entrât dans un examen sociologique des faits et qu'elle reculât la date de la majorité jus u'au point concret où le fils de

famille obtenait sa véritable indépendance sociologique.

Très nettement, la jurisprudence avait ici à choisir entre l'interprétation sociologique et l'interprétation dogmatique. Nous constatons qu'elle n'a pas donné sa préférence à l'interprétation sociologique, et est restés dans l'abstrait du droit dogmatique.

3° - L'art. 812 C. Rural interdit dans le fermage les redevances qui seraient exigées du fermier en sus du fermage, ou dans le métayage les redevances qui seraient exigées du métayer en sus de la part de produits qu'il doit laisser au propriétaire. Malgré ce texte, c'est un fait que beaucoup de propriétaires ont continué à exiger des redevances et l'en s'est posé la question de savoir si on était en présence de redevances interdites. On pouvait se faire une conception dogmatique de la redevance, ou une conception sociologique.

Conception dogmatique : c'est en quelque sorte, une conception arithmétique : il y a redevance dès lors qu'il y a dépassement du prix du fermage fixé d'après les bases légales. Ou bien, critère un peu large, mais encore dogmatique : doivent être comprises comme redevances les prestations exigées dans l'intérêt de la personne du bailleur (propriétaire) ; au contraire, ne sont pas des redevances les prestations exigées dans l'intérêt du fond.

La Cour de Cassation s'est prononcés pour l'interprétation dogmatique et spécialement pour la seconde. Son critère paraît être le suivant : en n'est pas en présence de redevances interdites dès lors que la prestation dont il s'agit est conçue dans l'intérêt du fonds, dans l'intérêt de l'exploitation agricole, non dans l'intérêt personnel du bailleur.

Mais une conception sociologique de la redevance avait été proposée : il y aurait eu redevance toutes les fois que la prestation aurait impliqué dans l'opinion publique un symbole de soumission, d'hommages, d'infériorité, historiquement toutes les prestations ayant une odeur féodale. Par ex. l'hommage des poulets, des chapons, - ou bien les corvées de lessive imposées à la femme du fermier - ou bien encore les corvées de charrois. Mais la Cour de Cassation n'a pas voulu entrer dans cette analyse sociologique.

THEORIE SOCIOLOGIQUE DES SOURCES DU DROIT

Cet intitulé correspond à un certain nombre de matières dans les traités systématiques de droit civil. Par exemple, dans un ouvrage classique comme le "Traité Élémentaire" de Planiol, sous la forme que lui ont donnée MM. Ripert et Boulanger, au Tome I, se trouve un Titre Ier intitulé "Le droit", et, dans ce Titre Ier, un chapitre 4^{ème} intitulé "Les sources du droit" ; parmi les sources du droit, on relève la loi, d'une part, la coutume et la jurisprudence, d'autre part, enfin, les règles corporatives.

Ces différentes rubriques du droit dogmatique pourraient être aisément reprises chacune sous un angle sociologique. Cependant, je pense qu'il est préférable d'adopter une autre présentation, plus franchement sociologique, et je partirai ici de ce que j'ai déjà appelé "les deux phénomènes juridiques primaires", savoir : la règle de droit et le jugement. La règle de droit qui recouvre, bien évidemment, la loi mais aussi la coutume, et peut-être même, pour une part, la jurisprudence ; puis, le jugement, qui ne se confond pas, du moins dans son esprit, avec la jurisprudence, car il peut y avoir des jugements qui ne forment pas jurisprudence, ne se cristallisent pas en jurisprudence ; et l'on peut bien dire que la plupart des jugements ne deviennent pas jurisprudence. Ce sont des jugements qui ne tirent pas à conséquence. Ce n'en sont pas moins des pièces constitutives de l'ordre juridique.

Cette présentation en deux parties, règle de droit et jugement, implique, d'ailleurs, un certain élargissement de la notion de source du droit, car, dans le langage ordinaire des juristes dogmatiques, le jugement, en tant que tel, tant qu'il ne s'est pas consolidé en jurisprudence, n'est point regardé comme source du droit. Pourtant, c'est une pièce constitutive du droit objectif, et nous sommes fondés à englober son étude dans une théorie sociologique des sources du droit, late sensu.

Si bien que, dans le Cours, j'observerai la division suivante :

- Un Titre 1er sera consacré à la règle de droit.
- Un Titre Second, au jugement (si nous en avons le temps).

Titre Ier

-O-O-O-O-O-O-O-

LA REGLE DE DROIT.

Il faut se la représenter, tout de suite, sous des formes concrètes : la loi la coutume. On peut négliger, d'autre part, pour l'instant, les difficultés immenses qui sont inhérentes à ce complément de droit, la règle de droit. Nous supposons que nous avons le moyen de discriminer avec certitude ce qui est règle de droit et ce qui est règle autre que règle de droit. Car toutes les règles de conduite sociale ne sont pas des règles de droit ; ce qui fait la différence, c'est le discriminant de droit, juridique, c'est la juridicité. C'est par la juridicité que la règle de droit peut se séparer par exemple, de la règle de moeurs. Or, cette notion de juridicité est extrêmement difficile. Nous la retrouverons plus spécialement à propos de la coutume.

Bref, définissons, provisoirement, la règle de droit que nous allons étudier dans ce Titre, comme un commandement que la société adresse aux individus, avec un double caractère - c'est là l'essentiel de la notion de règle - un double caractère de généralité et de permanence. La règle est un commandement général et permanent du pouvoir.

Cela étant posé, avant d'entrer dans l'étude distincte des différentes catégories de règles, nous allons, dans une Section préliminaire, nous interroger, d'abord, sur le caractère primitif de la règle de droit, ensuite sur les différentes manifestations de la règle de droit.

§ Ier. - Caractère primitif de la règle de droit.

Il s'agit de savoir si la règle de droit est vraiment, comme je le présumais tout à l'heure, un phénomène juridique primaire. "Primaire", cela, du reste, peut avoir deux acceptions : cela peut évoquer une notion de fondamental, de principal, et une notion de chro-

nologiquement primitif.

Mais, tout à l'heure, je présument qu'il en était de même du jugement ; j'en faisais aussi un phénomène juridique primaire. Cela suscite une interrogation : quel est le plus primaire des deux la règle de droit, ou le jugement ?....

Dans l'ordre rationnel, théorique, nous pouvons considérer que ce sont deux phénomènes également fondamentaux, deux pièces constitutives de tout ordre juridique, mais, dans l'ordre chronologique, historique, quel est celui qui a précédé l'autre ?... Ce qui revient à s'interroger sur le caractère primitif de la règle de droit.

Le droit a-t-il commencé sous la forme de règle ou de jugement, ou, même, sous quelque forme tierce, différente, à la fois, de la règle et du jugement ?....

L'opinion commune accorde à la règle de droit un caractère primitif. Le droit, dès l'origine, aurait été constitué de règles, mais, plus récemment, une réaction s'est fait jour, des doutes sont apparus, le caractère primitif de la règle de droit a été contesté. Il convient d'exposer les deux thèses avant que de les examiner. S'il convient de les exposer, c'est qu'elles ne sont pas tellement explicites dans la littérature, soit chez les sociologues, soit chez les juristes.

A) Exposé des deux thèses.

I - La thèse du caractère primitif de la règle de droit.

Au commencement était la règle. Il est remarquable que, dans les cosmogonies des religions révélées, l'origine du droit soit présentée sous forme de règle. Il y a un effort, dans ces cosmogonies religieuses, pour reporter l'apparition de la loi - et la loi, c'est la règle - à l'origine des temps et même, si possible, au-delà.

26 générations se sont écoulées entre la Genèse et la révélation faite à Moïse, ce qui pouvait conduire, par l'examen des livres de l'Ancien Testament, à la conclusion que la loi était un phénomène relativement récent.

Mais, alors, le Talmud a fait effort pour reporter dans un passé antérieur l'apparition de la Thora : l'interprétation Talmudique est que la Thora a existé bien avant d'être révélée à Moïse. C'est même une hypostase divine, qui a été consubstantielle à Dieu, dès l'origine des temps, de toute éternité.

Ce qui est à noter, c'est que la même croyance, sans qu'il y ait, vraisemblablement, d'un point de vue historique, emprunt, se retrouve dans l'Islam. Le Coran n'a pas été créé au moment où il a été ré-

vécus à Mhonet ; il a existé de toute éternité.

Dans les dogmes de notre Révolution, - à tant égards, elle aussi, une révélation - l'équivalent se retrouve : les lois naturelles sont des lois éternelles, elles ont pu être refoulées par l'oubli pendant des siècles, mais, en réalité, émanation de la Raison su prême, elles ont existé de toute éternité.

Ainsi, il n'est pas de religion qui ne mette des règles à l'origine du droit.

Chez les juristes, plus tard, la conception sur l'origine du droit se laïciserà, mais on continuera à admettre que la première manifestation du droit a eu lieu sous forme de règles.

L'esprit de légalité a dominé tous les juristes du XIXe siècle, en réaction contre les abus d'arbitraire, de privilèges et d'équité dont l'ancien régime semblait s'être rendu coupable. La légalité fut alors constamment exalté, parce qu'elle apparaissait comme la garantie essentielle de la liberté, de l'égalité et de la sécurité des citoyens. Cela revenait à proclamer la préséance de la règle sur toute autre forme de droit. La forme du droit par excellence était la règle, parce que son caractère impersonnel et invariable en faisait une garantie pour les citoyens.

Les civilistes du XIXe siècle, les grands Exégètes eurent le culte de la loi. Plus tard, la rénovation de la doctrine civiliste, notamment à la suite des travaux de Gény, devait se traduire par la reconnaissance d'autres sortes de règles de droit, à côté de la règle légale : la coutume, la jurisprudence (comprise comme une coutume), mais c'était toujours la règle qui restait au premier rang. Au fond, la doctrine civiliste du XIXe siècle, comprend difficilement une autre forme du droit que la règle.

Des publicistes comme Léon Duguit - pourtant très révolutionnaire d'intention - conservent la règle de droit au centre de leur philosophie juridique. Le droit demeure conçu, essentiellement, comme un ensemble de règles. Le jugement est, évidemment, embarrassant dans cette conception, mais on le fait rentrer dans le rang, et si l'on ose dire, par les deux bouts. D'abord, on soutient que le jugement, que l'on analyse sous le nom d'acte juridictionnel", n'est qu'une application, une déclaration de la règle de droit préexistante, la déclaration par le juge de la règle de droit dans un cas concret.

Et puis, à l'inverse, on se hâte de se débarrasser de lui par cette réflexion qu'en se multipliant, en se répétant, en se cristallisant, il va devenir jurisprudence, c'est-à-dire coutume, donc en dernière instance, règle de droit encore. Si bien que tout rentre dans l'ordre, l'unité se rétablit, le jugement n'a pas de valeur autonome, il n'est que déduction ou élément d'une règle de droit.

Ce qui est plus surprenant, c'est que la même conception se retrouve chez des sociologues. Pour Durkheim et son école, il est visible que la règle de droit est au centre de l'ordre juridique. Pour eux, comme pour les dogmatiques, leurs contemporains, le droit n'est qu'un composé, un ensemble de règles. Le jugement n'apparaît peu dans la conception des sociologues de l'école durkheimienne, et en tout cas, il n'y a pas de valeur propre, il n'a qu'un rôle second ; c'est toujours le primat de la règle qui est affirmé.

Comment expliquer que les sociologues se soient laissés hypnotiser par le seul phénomène juridique, le phénomène de la règle, sans essayer de s'interroger sur sa signification relative, sans se demander s'il ne pouvait pas y avoir d'autres formes de phénomènes juridiques, notamment dans les sociétés primitives, sur lesquelles ces sociologues, précisément, raisonnent ailleurs avec prédilection ?.....

Il ne suffit pas de songer à l'influence personnelle, déjà signalée, que Duguit avait pu exercer sur Durkheim. Il y avait, sans doute, dans cette conception de Durkheim, des motifs plus proprement sociologiques. D'abord cette considération que la règle de droit est plus facilement objectivable que tout autre phénomène juridique, en raison même de son double caractère de généralité et de permanence, elle est plus facile à saisir pour l'observateur sociologique. En outre, la règle de droit paraît être un phénomène plus spécifiquement sociologique que, par exemple le jugement, parce qu'elle est un phénomène collectif dans son élaboration surtout si l'on a égard à la coutume : or il est évident que, pour les sociétés primitives, c'est de coutume qu'il s'agira plutôt que de loi. Le jugement, au contraire, peut être aussi bien un phénomène individuel ; il semble relever de la psychologie plus que de la sociologie. On comprend, dès lors, que les sociologues se soient sentis plus attirés par la règle de droit que par le jugement.

Il faut ajouter que, dans les tendances profondes de Durkheim, ses tendances philosophiques et morales, il y avait une prédisposition à aller vers la règle de droit de préférence à tout autre phénomène juridique, à aller vers ce que le droit pouvait offrir de plus rigide. La conception sérieuse du droit qui est celle de Durkheim allait à la rencontre de la notion de règle, tandis que, dans le jugement, il y avait quelque chose d'intuitif, de primesautier, si l'on ose dire qui devait détourner Durkheim d'y apporter une importance capitale.

II - Critique du caractère primitif de la règle de droit.

Le caractère primitif de la règle de droit a été mis en doute, à notre époque, plutôt en partant de vraisemblances générales, ou d'in vraisemblances générales, qu'en se fondant sur l'observation du fait précis.

Contre le primat de la règle, on peut élever cette objection que la mentalité primitive est réfractaire à la notion même d'une règle,

d'où la conclusion que la règle de droit n'a pu être un phénomène primitif.

C'est, d'abord, le caractère d'abstraction, que la règle de droit présente par définition, qui paraît rendre peu plausible qu'elle ait existé dans un passé très ancien. Car l'abstraction est étrangère à la mentalité primitive ; c'est le produit d'une élaboration de la civilisation.

On invoque en ce sens le fait que, dans les langues des primitifs, les termes abstraits font défaut. Ainsi, beaucoup de ces langues n'ont pas de terme, pour désigner l'arbre, en général mais au contraire, un vocabulaire riche, pour désigner les variétés concrètes d'arbres. Le langage primitif était a priori inapte à formuler des règles de droit, commandement abstrait par leur généralité et leur permanence.

D'autre part la règle de droit est un commandement qui est adressé, non seulement à tous présents, mais à tous à venir, un commandement qui tend à prendre pied sur le futur. Comment le primitif aurait-il pu s'élever à cette vision du futur.

On cite des primitifs qui n'ont pas, le matin, le sentiment que le soir va venir. Un des premiers voyageurs qui ont exploré le Nouveau Monde, le Père Labat, qui fit un voyage aux Antilles au XVII^e siècle, rapporte que, quand les voyageurs voulaient acheter des hamacs aux Caraïbes (les hamacs faisaient alors fureur, en Europe), il leur fallait s'y prendre le matin, parce que, le matin, les Caraïbes ne savent pas qu'ils vont se coucher le soir. Mais, ajoute le Père Labat, vers 3 heures de l'après-midi, ils deviennent intraitables, parce que, à ce moment-là ils se rendent compte qu'il leur faudra dormir.

On ajoute que les temps grammaticaux dont se servent les formulations légales, le futur, l'impératif, le conditionnel (car il y a des formulations légales sans condition "si tu fais ceci, telle sanction sera infligée") ces temps grammaticaux n'existent pas dans les langues primitives. Ce sont des temps qui dénotent un certain degré d'abstraction et ne se trouvent que dans les langues relativement évoluées.

Ainsi, un certain nombre d'obstacles, venus de la mentalité primitive, s'opposaient à ce que la règle de droit fût connue dès l'origine des sociétés.

Mais, s'il en est ainsi, quelle a été la genèse ? par quel processus les sociétés sont-elles passées à la règle de droit, qui nous est, aujourd'hui, si familière ?... Plusieurs hypothèses ont été proposées, différentes et qui se contredisent.

1^{ère} hypothèse. → Au commencement était le jugement. C'est une opinion très répandue, et que l'on trouve, plus ou moins consciente, même chez des juristes, que la première forme du droit a été le jugement.

Puis, le jugement, en se répétant, en se solidifiant, en devenant habitude, coutume, est devenu règle. La règle de droit serait née de la répétition et de la superposition de ces premiers actes juridiques qui auraient été les jugements. En d'autres termes, en termes de droit dogmatique, le droit se serait formé jurisprudentiellement.

2° - hypothèse. - Elle est un peu plus compliquée, parfois subtile. Elle a été présentée par un romaniste italien M. Gioffredi, qui s'est appuyé sur des exemples tirés du droit romain archaïque.

M. Gioffredi soutient l'antériorité d'un phénomène juridiques, qui n'aurait été, ni la règle de droit, ni, à proprement parler, le jugement. Je dis "à proprement parler", car ce qui paraît certain, c'est que ce n'est pas le jugement, au sens moderne du terme, le jugement sous notre forme de l'acte juridictionnel, intervenant sur un litige, intervenant pour mettre fin à un procès. Gioffredi s'appuie sur une analyse étymologique de la formule du droit romain, "jus dicere", d'où est sortie notre notion de la juridiction, et il montre que, "jus dicere", dans le très ancien droit romain, ce n'est pas déclarer d'une règle de droit préexistante. "Jus dicere", c'est prononcer du droit, prononcer une formule qui va créer du droit, créer une situation juridique : "ita jus esto", qu'ainsi soit le juste, qu'ainsi soit la situation légitime, conforme, non pas à une règle de droit préexistante, mais à un sentiment inné, intuitif de la justice.

La traduction peut-être la plus adéquate - non pas celle que donne Gioffredi, mais celle que l'on est tenté de donner après l'avoir lu, ce serait "faire justice" ; jus dicere, c'est faire justice. C'est un acte d'autorité, un commandement de chef qui crée du droit sur le moment, du droit instantané, et cette instantanéité de la création du droit est aux antipodes mêmes de la notion de règle qui suppose permanence, suppose préexistence, mise en réserve de la règle.

Cette création du droit par un chef pour établir la paix dans un cas donné aurait été le premier phénomène juridique. Phénomène, qui, par son instantanéité, est aux antipodes de la notion de règle, qui n'est pas non plus, à proprement parler, un jugement, qui est un phénomène original. La répétition de cet acte en aurait, par la suite fait sortir peu à peu une coutume, donc une règle, mais cette transformation serait relativement récente.

3° hypothèse. - A l'origine de la société, il n'y aurait eu que des commandements actuels d'un chef : des commandements comparables aux commandements militaires, instantanés et individuels, adressés à un homme pour qu'il fasse tel acte, sans lendemain, sans passé. La règle aurait représenté un progrès décisif à partir de là ; une invention dont le merveilleux nous est maintenant étouffé par l'accoutumance. Nous sommes tellement habitués à avoir des règles que nous ne voyons pas l'immense progrès que la règle, avec sa permanence et sa généralité, représente par

rapport au commandement instantané, et individuel par rapport aux ordres militaires.

La règle, c'est une grande économie de moyens, ce sont des commandements que vous laissez au repos, que vous mettez en réserve et qui ressortiront d'eux-mêmes lorsque le besoin en sera venu. Grâce à la règle, l'humanité a eu, à partir d'une certaine époque, la possibilité d'ennager le droit, qui, jusqu'alors, devait être créé et utilisé instantanément, ce qui était une déperdition, un gaspillage de forces, comme, d'ailleurs, on en trouve, inévitablement, dans toute société militaire.

B - Examen des deux thèses.

La thèse de la précession de la règle a été soutenue avec des arguments scientifiquement douteux, il ne faut pas se le dissimuler. Ceux qui croient à l'antiquité de la règle de droit, ne font souvent que projeter leur préférence dans le passé. Ils déduisent le caractère primitif de la règle de sa supériorité en tant qu'instrument de constitution du droit. Tout cela n'a pas beaucoup de valeur scientifique, mais ce n'est pas parce que les arguments qui ont été donnés en faveur du primat chronologique de la règle sont scientifiquement douteux que cette thèse défendue par de meilleurs arguments.

Il y aurait, d'abord, beaucoup à dire sur les objections tirées de la mentalité primitive, contre le primat chronologique de la règle. Il est des sociologues du langage qui soutiennent que le primitif sait abstraire, mais d'une autre manière que nous. Il ne voit pas ce qu'il y a de commun entre différentes variétés d'arbres, mais il verra, par exemple, ce qu'il y a de commun entre un papillon, un oiseau et un aviateur, et il aura un mot unique pour les désigner. De ce que nous sommes incapables de cette abstraction, s'ensuit-il que nous soyons incapables de toute abstraction ?

Donc, sur ce point, il convient d'être prudent, de même peut-être que sur l'impuissance grammaticale à formuler des reflets. On ne peut s'empêcher de relever que le latin archaïque, loin de manquer d'impératif, en avait deux à sa disposition, et justement, tandis qu'il avait un impératif présent pour les commandements actuels, les commandements à exécuter tout de suite, je dirai pour les commandements militaires, il avait de surcroît un impératif futur pour les lois, les textes de loi, les commandements généraux et permanents. Voilà une très grande subtilité, une très grande richesse, et peut-être est-il permis d'apercevoir dans cette dualité, les traces de l'évolution par où la société est passée du commandement militaire au commandement légal.

La vérité est que la solution ne pourrait être donnée qu'en s'appuyant sur des témoignages directs. Il faudrait rechercher si, dans les sociétés primitives, il n'existait pas des commandements généraux et

permanents, il n'existait pas déjà des règles.

Plusieurs sortes de témoignages doivent être examinés.

1) Il y a, d'abord, un témoignage d'ordre ethnologique, c'est le phénomène dit du "tabou". Le mot a été rapporté en Europe par le Capitaine Cook de ses voyages de Polynésie. L'idée générale est celle d'un interdit, d'une prohibition, donc, d'une règle, règle négative sans doute (il ne faut pas faire telle chose, il ne faut pas toucher à certaines choses), mais tout de même règle.

La présence du tabou dans les sociétés primitives paraît contredire l'hypothèse d'après laquelle ces sociétés n'auraient pas connu de règles de droit. Or, c'est un phénomène très répandu dans les sociétés primitives que celui du tabou, non seulement dans les sociétés très primitives comme celles des îles de Polynésie, mais même dans des sociétés plus proches de nous, ainsi dans le Rome archaïque. Des notions comme celles des "res sanctae" ou des "res sacrae" correspondent au phénomène sociologique du tabou.

Le tabou se manifestent dans des ordres de relations sociales qui, selon nos conceptions relèveraient le droit civil spécialement en matière de mariage. Les premières coutumes matrimoniales semblent avoir revêtu la forme du tabou. Une des coutumes les plus universelles et les plus primitives de l'humanité est la prohibition de l'inceste (au sens large, d'ailleurs, de l'endogamie, du mariage à l'intérieur de la tribu). Il est des ethnologues voient dans le tabou frappant les femmes de la même tribu l'origine même du tout droit. A l'origine du droit aurait donc été une règle, interdit, une règle négative, sans doute, mais une règle.

Que vaut l'argument ? On pourrait essayer de le réfuter en observant que du tabou, la sanction n'est pas proprement juridique, mais divine. La violation du tabou appelle la mort de l'infacteur, ou sa maladie, ou même son vieillissement précoce, mais elle ne semble pas comporter de sanction sociale. C'est une manifestation de la colère divine qui s'abattra sur celui qui a violé le tabou.

Mais, l'objection n'est pas décisive, car dans les sociétés primitives, il est certain que la séparation du droit et de la religion, telle que nous la faisons, est tout à fait inconnue.

Ce que l'on pourrait objecter plus solidement, c'est que, dans le phénomène du tabou, la règle prend un aspect spécial, non pas à cause de son caractère négatif - l'interdit est certainement une règle - mais parce que le tabou n'a pas l'abstraction que nous prêtons à la règle de droit. Le tabou n'est pas une prescription intellectuelle. Le tabou se pose sur une chose ou une personne. Ainsi, dans le tabou de l'inceste c'est la femme de la tribu qui est frappée de tabou, le tabou, en quelque sorte, est dans la femme, est dans un être, comme il sera à l'occa-

sion, dans une chose. Ce qu'il produit, ce n'est pas un respect abstrait pour un commandement de la société, mais un éloignement, une répulsion toute physique pour la chose ou la personne interdite, une répulsion sentie beaucoup plus que pensée. Ainsi, le tabou n'implique pas un raisonnement complexe comme celui que supposent les prohibitions dans notre mentalité moderne. C'est une marque qui est imprimée sur la chose (et même il semble que le sens originaire du mot ait été celui de marque).

La présence du tabou dans les sociétés primitives n'est donc pas absolument décisive. Nous sommes en présence d'un phénomène qui évoque notre notion abstraite moderne de l'interdiction, mais qui, fondamentalement, suppose sans doute un mécanisme psychologique très différent.

Mais poursuivons notre enquête :

II - Nous plaçant dans la psychologie des individus, demandons-nous si le sentiment de la règle est un sentiment naturel, le terme "naturel" n'est pas très bon scientifiquement, -il est vrai un sentiment primitif dans l'homme, de telle sorte que de la présence, du sentiment de la règle dans les psychologies primitives, nous serions fondés à déduire la vraisemblance de la règle de droit dans ces mêmes sociétés. Or, il semble bien que le sentiment de la règle (je n'ai pas de la règle de droit) soit un sentiment ancien, sans qu'on en puisse dater l'antiquité exacte. Le mécanisme de la règle, avec le retour de son application, est une régularité. La règle est régularité. Or, le sentiment de la régularité est un sentiment primitif ; la régularité paraît être un besoin de l'esprit humain.

Le sentiment de la régularité est suggéré à l'homme, d'abord, par l'ordre cosmique ; l'alternance inamalgamable du jour et de la nuit, le rythme des saisons ont été observés très tôt par les primitifs. Ces régularités cosmiques suggèrent facilement l'idée d'une coutume.

Le passage de l'observation de ces régularités cosmiques à la notion d'une règle de conduite sociale peut être attesté pour certaines civilisations juridiques. On pense, ici, au droit chinois ancien.

Les règles humaines et les usages de la nature, vus d'un même mouvement d'esprit, remarquent les sinologues, furent conçus par les anciens chinois comme un ensemble. Les anciens Chinois imaginaient que, comme eux, la nature se conduisait d'après des règles et que ces règles correspondaient, de toutes façons à leurs propres usages ; qu'il y avait une correspondance entre ces régularités cosmiques et les propres régularités des conduites sociales, avec une réversibilité, d'ailleurs, des unes aux autres. Le désordre social pouvait déterminer des cataclysmes, des désordres de la nature, et parallèlement l'ordre de la nature appelait l'ordre dans la société.

Un autre phénomène primitif et qui évoque la régularité et la

règle, c'est la musique. La musique a des règles, et elle est règle. Remarquons, dans la Grèce antique, le double sens de "nomos", usage, loi, mais aussi lode musical. Les hellénistes établissent une correspondance entre ces deux sens du mot "nomos", sans pouvoir dire quel est celui qui dérive de l'autre. Il nous suffit de noter la correspondance entre la régularité musicale, l'idée de rythme musical et l'idée de rythme social.

Le jeu est également quelque chose de primitif, mais le jeu, dès lorsque l'on joue à deux ou à plusieurs, postule des règles et l'apparition du jeu dans l'humanité a pu amener très tôt la notion de règles. D'ailleurs, dans certaines sociétés très primitives, le départ entre ce qui est jeu et ce qui est droit n'est pas toujours très net. Ainsi chez les Esquimaux, la violation de certaines coutumes, donnait lieu non à des procès se terminant par des sanctions pénales, mais à des tournois, à des jeux où l'on faisait assaut de plaisanteries. Le vainqueur du tournoi était le gagnant juridique. Or, le jeu postule des règles. Donc, la règle de jeu a dû être primitive. Dès lors, il n'y a plus d'obstacle psychologique à admettre que le mécanisme de la règle est, lui aussi, primitif.

III - Voici un dernier ordre de témoignage : ce sont des témoignages d'ordre psychologique encore, mais plus indirects. Il s'agit de rechercher le sentiment de la règle, non plus directement dans la psychologie des premiers hommes, mais dans la psychologie d'individus qui, bien que nos contemporains, sont présumés représenter des survivances de psychologie primitive.

a) Un premier groupe de survivances de mentalité primitive peut-être trouvé, au moins selon certaines interprétations, chez les individus psychiquement anormaux non pas nécessairement des fous, pour employer le langage vulgaire, mais plutôt des maniaques. Il en est qui érigent en règles inflexibles certains de leurs comportements.

Ce qui ne serait qu'habitude chez le sujet normal devient, chez l'anormal, une règle, une règle de conduite, à laquelle il ne se sentira pas fondé à déroger. Par exemple, il est des maniaques étudiés qui, chaque fois qu'ils ont à emprunter un escalier aux pierres plus ou moins usées, marche sur les bords intacts et éprouveraient le sentiment de violer une règle s'ils mettaient les pieds au milieu.

La Senne, le grand caractérologue, a décrit, sous le nom de "jaquenarts" ces espèces de maniaques de la discipline, de la ponctualité, chez qui le besoin d'ordre, le besoin de règle finit par se satisfaire d'une manière complètement gratuite. En eux l'observation de la règle est un mécanisme qui tourne à vide.

On pourrait faire cette objection que les anormaux dont il s'agit ont déjà dû éprouver, dans leur vie normale antérieure, le sentiment de

la règle et qu'ils ne font que durcir, hypertrophier celle-ci, que nous ne sommes pas en présence d'une création ex nihilo, d'où l'on serait autorisé à conclure au caractère primitif de la règle de droit. Nous avons affaire à une imitation, dont le témoignage n'est pas concluant. Seulement, cette objection, qui vaut pour les anomaux, ne vaut pas pour les enfants, du moins pour les enfants dans la première période de l'enfance.

b) Un second groupe de survivances de mentalité primitive peut-être trouvé, en effet, chez les tout jeunes enfants, du moins suivant une interprétation très courante. Il a été constaté que, dès sa seconde année, l'enfant tend à se constituer des règles. Il se les constitue sous forme de rites, à un moment où il n'a pas encore de langage, et ne peut subir la pression morale du milieu adulte. Il s'opère chez l'enfant, comme le relèvent les spécialistes de la psychologie infantile, une sorte de ritualisation des conduites. Les conduites deviennent des coutumes, qui sont senties comme obligatoires. L'enfant n'aimera pas y déroger ; il éprouvera un sentiment de malaise s'il y déroge. Durkheim a pu dire que, contrairement au préjugé courant, l'enfant (du premier âge) est un routinier. Ce serait la preuve que le sentiment de la règle est un sentiment premier, primitif ; qu'il a donc pu apparaître dans les premiers temps de l'humanité.

Seulement, on notera que les témoignages d'ordre psychologique recueillis jusu'ici concernent exclusivement, soit chez l'anormal, soit chez l'enfant, une création individuelle de la règle. Cette règle égo-centrique ne se projette pas au dehors. Or, le propre de la règle juridique est, précisément, dans sa projection au dehors, dans son caractère collectif social. Ce qui pourrait être concluant, c'est un témoignage qui concernerait la présence d'une règle de conduite sociale en milieu primitif. Ici, il faut reprendre l'étude des enfants -mais des enfants plus âgés, et en groupe.

IV - Bien entendu, les groupes d'enfants n'ont pas de règle juridique, mais ils ont des règles de jeu, et c'est sur les règles de jeu que l'observation peut porter.

Les spécialistes de la psychologie infantine, notamment M. Piaget et ses disciples, se sont livrés à des études de psychologie infantine extrêmement intéressantes, et dont la sociologie juridique ne manquera pas, un jour, de profiter.

Les observations de Piaget que j'utiliserai concernent les règles du jeu de billes, - du moins pour les garçons. Ce sont des règles assez complexes, et dont la transmission, à travers les âges, de génération d'enfants à génération d'enfants, soulève bien des problèmes. Néanmoins, on peut les observer, observer le sentiment que l'enfant, aux différentes périodes de l'enfance, peut s'en faire. Peut-être y a-t-il à en tirer des déductions pour la règle de droit.

Moreno, le fondateur de la sociométrie, a formulé une loi sociologique, la "loi sociogénétique de Moreno". D'après laquelle le développement des conduites collectives à l'intérieur d'un groupe d'enfants est la reproduction du développement des conduites sociales dans l'évolution de l'humanité. C'est une transposition, dans le domaine sociologique, de ce qu'était la loi de Haeckel pour la physiologie.

En postulant la vérité de cette loi sociogénétique, on peut se hasarder à tirer des observations faites sur les règles (des jeux) d'enfants, des conclusions valables quant à l'apparition du sentiment de la règle (le droit) dans l'humanité.

Ce qui frappe, quand on examine, avec cette hypothèse de travail au départ, les observations de Piaget et de son école, c'est que, tout de même, le démarrage du sentiment de la règle, dans les groupes d'enfants, est lent et incertain, ce qui pourrait aller contre l'idée du caractère primitif de la règle de droit.

Piaget distingue, du point de vue du développement du sentiment de la règle, plusieurs stades. La règle, sous forme de règle collective, (je laisse de côté, désormais, la ritualisation individuelle du bébé) n'apparaît qu'assez tardivement.

Un premier stade concerne les enfants de 2 à 5 ans. Dans ce premier stade, l'enfant reçoit de l'extérieur l'exemple des règles de jeu. Il imite cet exemple, mais maladroitement. Le sentiment de la règle ne lui est pas tellement naturel. Il peut jouer tout seul aussi bien qu'avec d'autres et ceci même est une négation du droit, car il n'y a pas de droit solitaire. D'autre part, il joue avec les autres sans essayer de gagner, il n'a pas l'idée de gagner au jeu, qui est également une idée juridique. Il n'a pas, par conséquent, l'idée d'uniformiser les différentes manières de jouer. La règle n'est pas la même pour tous, et ceci encore est une contradiction avec notre notion juridique de la règle. Comme Piaget le relève dans ses recherches, qui sont des recherches par voie interviews, d'interrogation d'enfants, - interrogations conduites, bien entendu, avec une certaine technique - l'enfant admettra que tout le monde puisse gagner à la fois, et, ici encore, il y a quelque chose qui n'est pas juridique.

Une seconde période va de 5 à 8 ans semble-t-il. C'est le stade de la coopération, remarque M. Piaget. La coopération commence à naître, tout au moins. Chacun, ici, cherchera à l'emporter. Partout, le souci apparaîtra d'un contrôle mutuel de l'application des règles, - voilà qui est juridique - de l'unification des règles, - c'est encore juridique.

Néanmoins, le flottement subsiste, et il faut y insister car, tout de même, il montre que le sentiment de la règle n'a pas des débuts si faciles. Les enfants, interrogés séparément par les chercheurs, donneront des réponses contradictoires sur le contenu des règles.

Un stade plus évolué se situe aux environs de la 10^{ème} année, 10-12 ans. Les règles se consolident, se codifient. L'uniformité apparaît, une uniformité même sourcilieuse, la minutie dans l'application des règles, un plaisir de la règle, un plaisir particulier à prévoir tous les cas possibles, à faire de la casuistique, à prévoir des cas plus ou moins extraordinaires, à chercher la règle pour la règle. C'est vraiment la période juridique, pourrait-on dire.

Mais, tout de suite, vous voyez comme les choses se gâtent : le juridique n'apparaît que pour devenir absurde. Piaget cite l'exemple d'un groupe de garçons de cet âge, qui voulaient s'amuser à se lancer des boules de neige : ils commencèrent par passer 1/4 d'heure, ce qui est une longue durée pour des enfants, à élire un président, à fixer les règles du vote, à se répartir en deux camps, à déterminer les distances de tir, à prévoir les sanctions en cas de violation de la règle. Lorsque la loi fut établie, la récréation devait être terminée. Ainsi, le sentiment de la règle ne se consolide que pour tourner à l'absurde.

De ces observations, on tirerait facilement la conclusion que le sentiment de la règle correspond à une phrase relativement tardive dans le développement de l'humanité qu'il n'est pas absolument primitif ni universel.

Sur ce dernier point, en effet, il faudrait revenir sur un des côtés les plus intéressants des observations de H. Piaget : c'est que, chez les filles, la règle de jeu (du jeu de marotte, en l'espèce) est quelque chose d'inconsistant, que le sentiment de la règle est, chez elles, beaucoup plus flottant que chez les garçons. A égalité d'âge, elles se montrent beaucoup plus tolérantes sur l'application de la règle ; que la règle ne soit pas appliquée leur paraît naturel, en somme, peu inquiétant. Elles sont, d'ailleurs, beaucoup plus facilement satisfaites des innovations en matière de règle. Tandis que les garçons ont tendance à cristalliser la règle, les filles ont tendance à l'assouplir.

La remarque pourrait conduire à la conclusion que, dans une moitié de l'humanité, le sentiment de la règle, - ne disons pas le sentiment du droit, car le droit s'identifie pas avec la règle - c'est-à-dire d'un droit rigide, est beaucoup moins répandu que dans l'autre moitié. Le sentiment de la règle aurait ainsi quelque chose de congénitalement étranger à une moitié de l'humanité. C'est, d'ailleurs, indirectement, une difficulté supplémentaire pour la thèse du caractère primitif de la règle de droit.

§ 2 - Les différentes manifestations de la règle de droit.

La règle de droit se présente sous des formes très diverses dans la théorie gégnaïque des sources. Surtout pour le droit français contemporain, il y a eu une multiplication de variétés. Nous avons la loi, nous avons le règlement administratif, et à l'intérieur des deux variétés,

il y a les subdivisions à observer : nous avons la coutume, les usages, peut-être différents de la coutume, la jurisprudence, qui se ramène, en un sens, à la coutume et que, tout de même, on présente, ordinairement, à part ; il y a les règles corporatives, que les auteurs modernes étudient séparément. Bref, nous avons une assez vaste gamme de manifestations de la règle de droit.

La distinction de ces différentes sources est facile dans la théorie dogmatique parce qu'elle dépend des organes appelés à émettre la règle de droit. Ce n'est qu'une vérification de compétence à faire dans chaque cas. Suivant que la règle de droit émane du Parlement, ou du Chef de l'Etat, ou d'un ministre, ou de tribunaux, ou même de la masse, nous avons affaire à telle ou telle catégorie. C'est dire que la distinction des différents types de règle de droit a quelque chose de formel, comme il n'est pas innattendu dans une théorie de droit dogmatique.

Ce n'est pas à dire que, sociologiquement, il n'y ait pas une différenciation à établir à l'intérieur de la notion de règle de droit. La notion de règle de droit, si nous prétendions l'étudier dans son unité, serait mal étudiée sociologiquement. Il faut, au moins, faire la distinction de la loi et de la coutume. C'est la distinction que nous retiendrons dans notre étude, étant entendu que la loi inclura le règlement administratif. (nous prenons donc le terme "loi" dans un sens large) et que; d'autre part, la jurisprudence relèvera, au moins provisoirement, de la coutume, coutume d'origine savante.

Quant aux règles corporatives, lesquelles peuvent, d'ailleurs, être des lois, se présenter sous forme de loi, de règlement, aussi bien que de coutume, nous devons noter qu'elles mettent en cause la notion de groupement particulier ; la corporation est un groupement particulier. Sociologiquement, ce qui sépare les règles corporatives des autres règles de droit, c'est qu'elles n'émanent pas de la société globale, mais elles émanent d'une société particulière. Il y a en sociologie, une notion de groupement particulier, de la société particulière, dans son opposition à la société globale. Seulement, cette notion de groupement particulier, nous ne la verrons apparaître que plus tard, de sorte que, provisoirement, nous laissons de côté les règles corporatives.

Si nous nous en tenons à l'opposition entre la loi, entendue lato sensu, englobant le règlement administratif, d'une part, et, d'autre part, la coutume entendue également d'une façon large, coutume, usage, jurisprudence, deux questions se posent à nous.

Quel est le critère de distinction entre ces deux notions, loi et coutume ?... Est-ce que cette distinction, d'autre part, est absolue, ou bien la sociologie ne doit-elle pas nous conduire à la "relativiser" ?

A - Recherche d'un critère de distinction.

Il y a, d'abord, un critère traditionnel, qui est un critère na-

tériel (au sens courant, vulgaire du terme, non pas au sens juridique), Un critère matériel de distinction entre la loi et la coutume ce serait l'écriture : la coutume est le droit non écrit, la loi, le droit écrit. L'opposition du jus scriptum et du jus non scriptum est très ancienne. L'on conçoit qu'un phénomène sociologiquement si considérable que celui de l'écriture ait eu son contre-coup en sociologie juridique, ait pu marquer le passage d'une forme de règle de droit à une autre du droit coutumier à la législation.

En sociologie générale, on qualifie souvent les sociétés primitives de sociétés "prelitterates", de sociétés d'avant l'écriture. Les sociétés d'après l'écriture seraient les sociétés légalistes. Néanmoins, il ne semble pas que l'on puisse attribuer une valeur scientifique à ce critère matériel de l'écriture. Car il n'existe pas de lien rationnel entre l'oralité de la règle de droit et son caractère coutumier. On pourrait concevoir des lois qui ne seraient pas écrites. Il est même possible que le développement des moyens auditifs, dans notre civilisation de la seconde moitié du XXe siècle contribue à estomper le rôle de l'écriture dans la règle de droit. Peut-être pouvons nous imaginer l'époque où il n'y aura plus de Journal Officiel, et où la loi s'exprimerait exclusivement par haut-parleur (le soin rauque du haut-parleur convient assez bien au langage du législateur).

Inversement, d'ailleurs, le fait est historique, les coutumes peuvent être rédigées sans perdre leur caractère de coutume. Tel a été le cas pour les coutumes de l'ancien droit, à partir du XVIIe siècle. A l'époque moderne, les usages commerciaux ont été, en grande partie, codifiés par le décret du 18 Juin 1866, tout en conservant leur caractère d'usage.

Donc, la preuve existe dans les deux sens, que l'écriture n'est nullement un caractère nécessaire de la loi, et qu'à l'inverse l'absence d'écriture ne suffit pas à caractériser le droit coutumier.

Alors, on songe à un critère d'ordre psychologique, opposant la coutume à la loi comme la règle instinctive ; voire inconsciente à la règle volontaire.

Dans l'école historique, l'école de Savigny, on insiste sur le caractère instinctif, inconscient de la coutume, émanation du Volksgeist; de l'âme, de l'esprit du peuple, de la nation. Réciproquement, ce serait la volonté qui caractériserait la loi. Un referendum crée une loi parce que le referendum est un dénombrement de volontés ; chaque vote devant être considéré comme un acte de volonté. Il y a, sans doute, une action de la masse, une élaboration par la masse, mais ce n'est pas une élaboration instinctive, inconsciente comme la coutume, parce que le vote est en lui-même un acte de volonté.

Cependant, le concept de volonté n'est pas tellement tranchant

qu'il puisse servir de critère. Ici, l'enbarras vient de toutes les dégradations de la volonté, surtout de la volonté d'une collectivité.

On sait les difficultés auxquelles a donné lieu, en droit dogmatique, la recherche de l'intention du législateur quand il s'agit d'un parlement. A travers les travaux préparatoires, les débats parlementaires, apparaissent formules, des paroles que, dans cette méthode d'interprétation on veut considérer comme des volontés, mais des volontés combien obscures, combien diffuses.

Il y a des degrés dans la volonté, et c'est en soi une contre-indication pour que la volonté nous serve de critère.

On peut se retourner alors vers un critère fonctionnel : ce qui ferait la différence entre la loi et la coutume, ce serait la fonction sociale remplie par les deux sortes de règles de droit.

On oppose la règle de droit statique à la règle de droit dynamique. La règle de droit statique, c'est la coutume, la règle de droit dynamique, c'est la loi. Notez, d'ailleurs, au passage, combien cela contredit certains préjugés que l'on rencontre chez les juristes. Planiol, par exemple, imaginait volontiers que la coutume était beaucoup plus souple que la loi ; pour lui, le droit coutumier avait des vertus d'adaptation que le droit légal n'aurait pas eu. L'observation des sociétés primitives montre, au contraire, combien les coutumes sont figées, difficiles à manier, sclérosées. La loi, au contraire, est beaucoup plus mobile que la coutume.

Par là, nous allons apercevoir les fonctions respectives des deux sortes de règles. La coutume, c'est la règle de droit qui a pour fonction de conserver les conduites sociales, tandis que, la loi est celle qui a pour fonction d'innover dans les conduites sociales, de faire apparaître des conduites sociales nouvelles. Ce qui explique, corrélativement, que la coutume domine dans les sociétés agraires, parce que ces sociétés ne seraient-ce que par la dispersion de l'habitat, sont lentes à changer, économiquement peu actives, tandis que, dans les sociétés urbaines, industrielles, où l'opinion publique est mobile, c'est la loi qui joue le rôle prépondérant. Ce qui explique également le rôle du temps dans l'un et dans l'autre concepts : la coutume n'est peut-être pas exactement la règle de droit élaborée avec le temps, mais c'est la règle de droit qui est reçue depuis longtemps.

L'ancienneté est un caractère sociologique de la coutume, tandis que, la loi est une règle de droit qui n'a pas encore d'ancienneté. Seulement, s'il en est ainsi, est-ce que cela ne va pas nous conduire à relativiser singulièrement la distinction ?... à admettre qu'en réalité, il n'y a pas de séparation, a priori, entre loi et coutume, que les lois peuvent devenir coutumes avec le temps, que l'on peut passer de la coutume à la loi ?

B - Relativité de la distinction.

La sociologie conduit à relativiser la distinction entre la loi et la coutume. Une règle n'est pas coutume a priori, une règle devient coutume. Une même règle peut-être loi ou coutume, suivant le moment que l'on considère dans son histoire. Une même règle peut commencer comme loi et finir comme coutume parce qu'elle aura été reçue dans la masse. Inversement une même règle peut se former comme coutume, à partir de pratiques isolées qui se répètent, et être informée, ensuite, au sens philosophique du terme, coulée dans le moule d'une loi.

Ainsi pour les coutumes rédigées de l'Ancienne France. Ainsi même pour un phénomène comme la codification du droit civil en 1804. En un sens, le Code Napoléon n'a été qu'une dernière rédaction des coutumes françaises, du moins pour une large partie, pour toute la partie où il n'a pas innové. Il y a une partie où il a innové, où il a été loi parce qu'il a été dynamique. C'est la partie où il reprend des lois de la Révolution. Mais cette partie est, quantitativement, assez limitée, et la grande masse des articles du Code Civil a été reprise de l'Ancien droit. A cet égard, on peut dire que le Code Napoléon a été une ultime rédaction des coutumes.

A l'inverse, on peut dire qu'aujourd'hui le Code Civil est devenu coutume pour le tout. Depuis 1804, il s'est écoulé tout de même suffisamment de temps pour le Code Civil, même dans la partie qui était en 1804 innovatrice, soit passé à l'état de coutume. On peut admettre qu'une règle comme l'égalité successorale pour tous, a été incorporée au droit coutumier français.

Ce qui fait la coutume, en somme, c'est la réception de la règle (il faut que la règle soit, effectivement pratiquée par ceux à qui elle s'adressait) ; un attachement (sentimental) à la règle, c'est l'élément psychologique, ce que la théorie romano-canonique de la coutume appelle l'"opinio necessitatis".

Mais pour en terminer avec l'opposition entre la loi et la coutume, une question se pose, qui n'est pas sans évoquer celle que nous nous sommes posée en ce qui concerne la notion générale de règle de droit : c'est celle de la chronologie de la distinction, de la séquence qu'il convient d'admettre, historiquement; entre loi et coutume.

Des deux phénomènes, quel est celui qui est le premier en date ?... Nous savons déjà, par exemple de la règle de droit, combien est conjecturale, toute plongée dans les profondeurs des sociétés primitives. Nous trouvons aux époques historiques des exemples des deux séquences. Il arrive que la coutume ait précédé la loi. C'est l'ordre qui paraît le plus naturel, mais il faut se défier, souvent, du premier mouvement, en sociologie. Par exemple, le droit français a, d'abord, été coutumier, avant de devenir légal, du Moyen-Age au Code Civil. Mais la séquence

inverse se trouve également dans notre histoire, la loi avant la coutume : le Code Civil en 1804 puis, aux XIXe et XXe siècles, des jurisprudences qui se forment, se déposent sur le Code, des épaisseurs de jurisprudence, c'est-à-dire des coutumes d'origine judiciaire.

Ces exemples sont donnés par l'Histoire de France mais que nous enseigne la sociologie des primitifs ou du moins des peuples très anciens ? La description sociologique classique fait de la coutume un phénomène antérieur à la loi. Elle s'appuie ici sur une loi ou prétendue loi d'évolution, la loi de Hobhouse (un sociologue anglais mort en 1929, individualiste et libéral). La loi de Hobhouse se formule ainsi :

"Les nobles conscients vont en prédominant dans l'activité humaine".

Les conduites sociales sont de plus en plus conscientes, de moins en moins instinctives. En conformité avec cette tendance que l'on prétend déceler dans le développement de l'humanité, la coutume, droit instinctif, a dû précéder la loi; droit conscient.

Certains témoignages vont dans ce sens, montrent, conformément à ce schéma, la loi intervenant après coup, sur une certaine épaisseur de coutumes, pour y déroger, précisément, à la coutume. Nous saisissons alors la loi dans son rôle innovateur, qui fait contraste avec le rôle conservateur de la coutume.

On peut citer à ce propos un témoignage d'ordre légendaire, mythique, mais évocateur : c'est la révolte d'Antigone contre les lois. Sans doute existe-t-il une traduction moderne, moderniste de cette révolte, qui y voit la révolte du droit naturel contre le droit positif. Mais c'est une traduction moderne et, sociologiquement, il est bien plus probable qu'il s'agit d'une révolte faite au nom d'un droit non écrit, d'un droit coutumier, contre un droit écrit, contre une loi nouvelle. Créon, Monarque éclairé, pourrait-on dire humoristiquement, auteur du premier règlement de police sur les pompes funèbres, reste incompris de cette routinière d'Antigone.

Plus sérieusement, les historiens considérant que les fameuses lois de Solon, notamment en matière d'héritage, furent faites pour les déroger à des règles coutumières d'origine très ancienne.

De nouveau nous saisissons la fonction dynamique de la loi par opposition à la fonction statique de la coutume. Peut-être faut-il comprendre de la manière, dans le très ancien droit romain, la portée des leges regiae : elles auraient été faites pour déroger à un fond de droit coutumier.

Bref, bien des exemples vérifient la séquence classique : coutume, puis loi. Mais la séquence inverse n'est pas rationnellement inconcevable, dès lors que l'on s'interroge sur la genèse de la règle de droit elle-même. Nous avons pu tout à l'heure former l'hypothèse que la pre-

nière règle de droit avait été l'invention prodigieuse d'un chef, donc une règle de droit volontaire, une loi. La loi a pu succéder immédiatement, sans l'intermédiaire de la coutume, aux commandements instantanés, aux commandements militaires qui auraient été la forme primitive, balbutiante du droit. Il est très possible que la coutume n'ait pas été un intermédiaire nécessaire avant l'apparition de la loi.

La conclusion que j'en tirerai, c'est que le problème de chronologie n'est pas suffisamment tranché pour qu'il nous impose un ordre dans l'examen des deux sortes de règles de droit. De prime abord sociologique, il pourrait paraître scandaleux d'étudier la loi avant la coutume... Cela réflexion, cela l'est beaucoup moins.

Chapitre Ier

LA LOI

Le mot est pris dans une acception large, qui englobe le règlement administratif. Il faut entendre ici par loi toute règle de droit volontairement formulée par un organe spécialisé de la société, que la société a spécialisé à cette fin disons, presque dogmatiquement : par un organe étatique compétent.

D'un point de vue sociologique, certes, la présentation d'une notion unique de la loi a quelque chose de critiquable. Il est bien évident que, sociologiquement, il n'y a pas de commune mesure entre une disposition des XII tables, par exemple, et tel décret qui aura paru au Journal Officiel, il y a quelques jours, sur le taux des primes à la construction, ce n'est pas de la même veine sociologique. Il n'y a pas de commune mesure sociologique entre l'article 1134 du Code Civil, "les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites", maxime qui pa raît gravée dans le marbre, d'une part, et, d'autre part, tel arrêté municipal limitant la vitesse des poids lourds.

Sociologiquement, il faudrait faire des différences, mais sociologiquement, il existe tout de même aussi des problèmes communs à toutes les lois, partant, une notion sociologique de la loi.

Ces problèmes communs à toutes les lois se placent aux divers moments du processus législatif.

Si nous considérons la loi comme un acte de volonté, suivant un critère dont il ne faut pas, sans doute, s'exagérer la valeur, nous l'avons vu, nous distinguons plusieurs moments dans cette volonté : cette volonté doit être émise, elle va rencontrer ses sujets, elle va être exécutée, appliquée. Cela fait trois moments dans le processus de la loi :

L'élaboration de la loi, la législation, au sens strict du terme, est un premier moment.

Puis, l'entrée en vigueur de la loi, pour parler en termes dogmatiques;

Enfin, l'application de la loi.

Sur ces trois moments du processus, nous pouvons faire des observations sociologiques. Ce sont ces observations qui seraient présentées ici par conséquent, sous un plan chronologique, en trois sections, qui seront consacrées à ces moments successifs du processus législatif.

Section I. - L'ÉLABORATION DE LA LOI

La procédure d'élaboration de la loi nous est décrite par le droit constitutionnel, mais d'un point de vue formel ; ce que nous connaissons par le droit constitutionnel, par le droit dogmatique, c'est le législateur juridique. Nous devons nous efforcer de rechercher le législateur sociologique plus en profondeur. Derrière le législateur juridique, il y a le législateur sociologique et nous devons chercher à le connaître, c'est le législateur véritable. Mais la sociologie ne s'intéresse pas seulement à la vérité. Le mythe, qui en est le contraire, est aussi objet d'étude pour nous. Or, la loi a souvent des supports mythiques, qui contribuent à sa force obligatoire. De là, les deux problèmes dont s'occupera cette section, consacrée à l'élaboration de la loi : le législateur sociologique, les supports mythiques de la loi.

§ 1er. - Le législateur sociologique.

Si nous nous en tenions au droit dogmatique, l'origine de la loi n'offrirait aucune difficulté. Par définition, le législateur est un organe constitutionnellement différencié : Parlement, Chef de l'État, Ministre, etc. C'est, au sens large, le législateur juridique tantôt individu, tantôt groupe, comme c'est le cas pour le Parlement, ou même, pour la masse du pays, dans l'hypothèse du referendum.

Où est le législateur sociologique ?... De la façade dogmatique, de la forme juridique, nous devons déplacer le problème vers la réalité qui est derrière. C'est la "recherche du législateur sociologique". Sous certaines formes élémentaires, elle est plus ancienne qu'on ne l'imaginait d'abord. Dans la sociologie spontanée, on s'interrogeait déjà sur le véritable législateur.

Tout de même, la recherche peut-être plus ou moins poussée, car il y a sous une loi plusieurs couches de réalité concevables. D'abord, c'est la plus superficielle, une réalité individuelle. Tout se réduit alors à constater que, derrière le législateur apparent, individu ou groupe, il y a des individus qui ont été les auteurs véritables de la loi. Ainsi limitée, la recherche paraît relever de la psychologie plus que de la sociologie. Mais, dans d'autres cas, il s'agira de faire apparaître les forces impersonnelles qui sont, plus en profondeur, à l'origine de la loi. Cette recherche du législateur impersonnel est plus proprement sociologique.

A - Recherche du législateur sociologique personnel.

Il y a des législateurs honoris causa derrière lesquels se cache le législateur effectif. Le fait est constaté, historiquement, depuis longtemps. Louis XIV n'est pas l'auteur des gr nds ordonnances de Louis XIV, mais bien Colbert ; ni davantage des siennes, mais bien Daguesseau. Et considérons de même le rite honorifique du président de la République pour la signature des décrets sous la constitution de 1875. Ce pendant, on pourrait, sur plus d'un cas, ouvrir une discussion, qui serait de psychologie juridique : qui est le véritable législateur ?.... celui qui fait, techniquement, la loi, celui qui décide de la faire ?... Problème classique pour les civilistes : quel est l'auteur du Code Napoléon ?... Bonaparte qui l'a voulu ou les juristes qui, techniquement, l'ont fait ?

Cette recherche du législateur personnel est applicable là où le pouvoir législatif appartient à une collectivité. A cet endroit, on doit relever un phénomène sociologique particulier : il y eu, à toute époque, des lois nommées. En droit romain des lois portent le nom du magistrat que la postérité avait considéré comme l'auteur responsable du texte (loi Albutia, loi Hortensia, etc). Derrière le peuple, qui était censé être le législateur juridique, parce qu'il avait voté la loi, le nom découvrait un individu qui en était l'auteur véritable. C'était bien une recherche du législateur sociologique. Dans le droit moderne, il y a également des lois nommées. C'est beaucoup plus rare ; tout de même, il y en a quelques-unes. Peut-être vous souvient-il de la loi Valette, la loi sur la publicité du contrat de mariage - la loi la plus parfaite du droit français, parce qu'elle n'a jamais donné lieu à un arrêt de jurisprudence, En elle-même cette loi est donc un phénomène sociologique. Mais elle en est un aussi un phénomène sociologique parce qu'elle porte un nom : Valette n'était qu'un député parmi tant d'autres, mais c'est lui qui voulut et fit cette loi. ON pourrait citer d'autres exemples.

Un degré de plus dans la difficulté, ce sera la recherche du législateur caché. Dans l'hypothèse précédente, l'auteur responsable de la loi ne s'est pas caché, mais il est d'autres cas où l'auteur se cache derrière le signataire de la loi ; derrière le législateur ostensible. Il y a un instigateur de la loi, individu ou peut-être groupe qui veut la loi, la suggère, l'obtient. Il est remarquable que notre ancien droit dogmatique en tirait certaines conséquences pratiques, dont nous avons perdu le secret avec notre légalisme sans nuances.

Dans la théorie de la Chancellerie pontificale, il y avait une doctrine des bulles, "obreptices et subreptices". Le Pape les avait signées, donc, en apparence, elles émanaient bien de sa volonté. Mai, en fait, elles avaient été extorquées ou captées, si bien qu'elles étaient entachées d'un vice du consentement. Il y avait là une cause de nullité, et le Parlement de Paris, appelé à se prononcer sur la réception des bulles, refusait parfois de les recevoir parce que, bien que signées du Souverain Pontife, - pour lequel le Parlement professait le plus grand

respect - elles étaient obreptices et subreptices. Il y avait, dans cette théorie du droit dogmatique, un arrière-fond de réalisme sociologique qui mérite d'être relevé. Nous ne manquons point aujourd'hui de décrets obreptices et surtout subreptices. Nous pouvons regretter une théorie comme celle que pratiquait l'Ancien Droit.

Mais, tout cela se situe encore à la surface ; pour atteindre le tréfonds sociologique, c'est le législateur sociologique impersonnel qu'il faut rechercher.

B. - Recherche du législateur sociologique impersonnel

L'hypothèse est que des forces sociales anonymes sont à l'oeuvre dans la législation et ont déterminé l'élaboration d'un texte, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un texte parlementaire, ou d'un texte bureaucratique, d'une loi ou d'un décret, car on peut imaginer ces forces anonymes aussi bien autour d'un bureau ministériel qu'autour du Parlement.

La recherche paraît ici plus dépouillée de psychologie que dans l'hypothèse précédente, plus spécifiquement sociologique. D'autant qu'elle met en cause dans bien des cas des phénomènes de groupe, des phénomènes collectifs, sociologiques par eux-mêmes.

Ce genre d'investigations a été pratiqué empiriquement bien avant la constitution d'une sociologie juridique scientifique. On connaît la thèse de Karl Marx sur l'infrastructure économique du droit : le droit serait déterminé par les conditions économiques de la société. On peut dire que, dans cette mesure, Karl Marx s'est préoccupé de rechercher le législateur sociologique, de faire apparaître les forces impersonnelles, qui sont à l'origine de la législation. Le législateur sociologique, ce serait essentiellement, en pays capitaliste, la classe capitaliste.

J'ai eu l'occasion de vous parler de la théorie allemande de la "jurisprudence des intérêts". A la base de cette théorie qui concerne les méthodes d'interprétation, il y a un postulat sociologique qui conduit à une recherche du législateur sociologique ; le postulat que, sous une loi, un texte, il y a l'influence d'un intérêt, spécialement un intérêt économique, prédominant.

Le Doyen Ripert a consacré un ouvrage à la recherche de ce qu'il appelle "les forces créatrices du droit" (1955). C'est un essai pour faire apparaître le législateur sociologique sous sa forme la plus impersonnelle. Dans cet ouvrage, le Doyen Ripert s'efforce, par exemple, de faire apparaître quelle a pu être, sur la législation contemporaine, l'influence d'organismes tels que les associations de propriétaires fonciers, ou l'association nationale des porteurs de Valeurs mobilières, ou encore l'influence des syndicats ouvriers. Toutes ces forces impersonnelles, anonymes, sont autant d'aspects du législateur sociologique.

Mais cette analyse, inconsciemment, spontanément sociologique,

pratiquée, nous venons de le voir, dès le siècle dernier, a été perfectionnée à notre époque par la science politique, et d'abord par la science politique américaine.

Qui n'a entendu parler des lobbies et des pressure groups ?

Le lobby, c'est le petit groupe, la clique qui s'efforce auprès d'un législateur donné, spécialement auprès d'un Parlement, de défendre une catégorie d'intérêts économiques. Le Lobby, c'est la clique de personnalités, de dirigeants, d'animateurs, tandis que le groupe de pression, c'est le groupe plus anonyme encore qui se trouve derrière le lobby. Le Lobby est l'organe, et le groupe de pression, c'est la masse des intérêts.

Ce sont deux expressions qui nous viennent des Etats-Unis où le phénomène est plus marqué que dans notre pays. Le phénomène, là-bas, se cache moins que chez nous, il n'a pas cette clandestinité qui est caractéristique du phénomène dans la pratique parlementaire française. Dans quelques-uns des Etats des Etats-Unis, il existe même une réglementation officielle du système. La chose, en effet, n'y est pas considérée comme scandaleuse. Et cela, par suite d'une conception de la loi que nous retrouverons et qui est caractéristique. La loi, dit-on volontiers en Amérique, est un compromis, une transaction entre des intérêts économiques en conflit. Dès lors, il est normal que les parties au compromis s'organisent en vue de passer le compromis et d'en suivre l'exécution.

Il y a ainsi, dans la pratique américaine des lobbies organisés qui ont à leur compte des professionnels, les "lobistes", des démarcheurs, des sortes de courtiers en législation, qui font les démarches nécessaires auprès des parlementaires, auprès des commissions du Congrès, ou des législatures d'Etats. Ils saisissent les parlementaires du projet de loi, qu'ils estiment utile pour les intérêts économiques qu'ils représentent, ils suivent ce projet de loi à travers les commissions parlementaires ; lorsqu'un accrochage se produit, ils s'efforcent d'aplanir la difficulté. En outre, une fois la loi votée, ils continuent leur travail en suivant l'application effective par les différentes administrations.

En France, le système n'a pas de contours aussi définis, la recherche sociologique plus difficile. Cependant, la science politique s'en est occupée. Elle paraît jusqu'ici avoir limité ses investigations à certains secteurs privilégiés de la législation - privilégiés parce que la recherche y est plus facile, la présence des groupes de pression y étant plus évidente. C'est surtout pour la législation des subventionnés par exemple que ces recherches sur les groupes de pression ont été poursuivies chez nous. On a ainsi décelé la présence de lobbies de l'alcool, de la betterave, des transports routiers, et leur influence sur le pouvoir législatif ou réglementaire.

La recherche, au contraire, n'a pas été entreprise pour le droit

civil. L'action des lobbies et groupes de pression y est probablement plus rare. Et ne peut-on pas, dès le départ, faire cette objection que le droit civil n'est pas tout entier une réglementation des intérêts économiques ?

Il y a dans le droit civil une part qui échappe à l'économique : le droit des personnes et de la famille, le droit extra-patrimonial. C'est ici une cause particulière de difficulté pour la recherche du législateur sociologique. A priori, nous pouvons penser que ce législateur peut présenter, en droit civil, des caractères particuliers, très différents de ceux auxquels on est habitué dans les secteurs du droit économique, du droit financier, où la recherche a été le plus couramment menée.

§ - Des forces impersonnelles qui peuvent intervenir dans la législation civile.

Nous devons faire une distinction fondamentale, à l'intérieur du droit civil, entre le droit patrimonial et le droit extra-patrimonial.

A priori, il est perceptible, que les intérêts économiques peuvent agir beaucoup plus naturellement dans le premier secteur du droit civil que dans le second, où la recherche du législateur sociologique impersonnel présentera une difficulté plus grande.

a) - Droit civil patrimonial.

Il est une manière vague de présenter l'action des forces sociologiques sur le droit civil. Parce qu'une loi envisagée dans son contenu se trouve être en faveur de telle catégorie sociale, on en déduira qu'elle a été déterminée par cette catégorie. D'après l'orientation de la loi, on essaiera de faire apparaître une causalité.

Par exemple, parce que le code civil, dans sa teneur originelle de 1804, paraît avoir été conçu en général dans l'intérêt, de la propriété foncière, on en déduira que le code civil a dû être déterminé par l'action des propriétaires fonciers, que, dans l'élaboration du code civil, l'influence des propriétaires fonciers, peut-être, plus spécialement celle des propriétaires ruraux, a été prépondérante.

C'est évidemment, une manière très peu scientifique de raisonner. Rien de moins scientifique que la maxime "in facit cui prodest". Il est très possible qu'une disposition de loi ait une conséquence favorable à une catégorie sociale sans que pour autant elle ait été déterminée par l'action de cette catégorie. En réalité, l'action concrète d'un lobby de propriétaires ruraux à l'origine des dispositions du code civil ne pourrait pas être historiquement démontrée. Tout ce que nous pouvons admettre, c'est que le climat juridique général de 1804, si l'on ose dire, était favorable à une "prise en considération" de la fortune immobilière, mais ce n'est pas l'action délibérée d'un lobby.

Dans quelques hypothèses, cependant une action plus directe des intérêts est attestée. Je songe à la publicité hypothécaire. On peut ici faire porter l'investigation sur une assez longue période. L'ancien droit pratiquait un système de clandestinité de l'hypothèque. Il est notoire que la noblesse, très souvent grevée de dettes hypothécaires envers des commerçants se montra dans les dernières temps de la Monarchie, très peu favorable à une organisation de la publicité des hypothèques.

Précisément, Colbert, et l'on peut admettre qu'il était ici l'expression de la classe commerçante, de la classe des prêteurs d'argent, avait essayé d'organiser une publicité des hypothèques. Telle était la portée de l'Edit de Mars 1673. Mais il y eut immédiatement une levée de boucliers de la part de la noblesse qui ne tenait pas à ce que fût révélé et l'état souvent obéré de ses finances. Et cette résistance, dès l'année suivante (avril 1674), aboutit au retrait de l'Edit. Jusqu'à la Révolution l'aristocratie foncière va se trouver politiquement anéantie, tandis que la classe commerçante, qui anime pour une large part le Tiers-Etat, deviendra très influente. Cette classe-là agira pour obtenir la publicité des hypothèques. Et de fait, la Révolution fera en ce sens la loi du 9 Messidor de l'An III, puis celle du 11 Brumaire An VII, qui instituent une technique très perfectionnée de publicité foncière. Ainsi dans ce balancement entre la clandestinité et la publicité des hypothèques, il est possible d'apercevoir comme un reflet de lutte des classes.

Que l'aristocratie foncière relève la tête après la chute du Directoire, et le Code Napoléon marquera une nouvelle défiance à l'égard de la publicité (à la vérité, les hypothèques conventionnelles devront être inscrites mais point les hypothèques légales, et la transcription des aliénations n'est pas obligatoire). Il fallut attendre une remontée de la classe commerçante, et peut-être même, faut-il préciser, une montée de la classe financière, des grands banquiers, pour que le problème législatif fût posé de nouveau dans toute son ampleur - sous la Monarchie de Juillet et le second Empire. L'aboutissement fut la grande loi du 23 Mars 1855. Elle doit être mise en rapport avec la création d'un organisme qui était une expression significative de la bourgeoisie financière : le Crédit foncier (1852).

Dans certains de ses écrits, d'ailleurs, Karl Marx souligne la corrélation entre cette loi de 1855, et la création du Crédit Foncier. Pour lui, il y avait là un épisode de la lutte des classes : non plus le commerce contre l'aristocratie rurale, mais la banque contre la paysannerie.

Nous pourrions, dans l'histoire parlementaire de la II^e ou de la IV^e République découvrir d'autres hypothèses où l'action législative d'un groupe d'intérêts économiques a pu être causale, soit pour promouvoir une réforme, soit pour la bloquer. On pense au Comité des amateurs de France et aux clauses de non-responsabilité. On pense également aux Compagnies d'assurances.

L'intervention des groupement d'assurances est attestée d'une façon certaine au moins pour une loi, la loi du 7 Novembre 1922, qui devait former l'alinéa 2 de l'article 1384 C, civ. Il s'agit de la communication d'incendie : pouvait-elle donner lieu à la présomption de responsabilité de l'art. 1384, al. 1er ? La jurisprudence de la cour de cassation l'avait admis. Les compagnies d'assurances s'émurent, se voyant déjà exposées à des responsabilités en chaîne, et elles obtinrent le vote de cette loi du 7 novembre 1922, qui a déclaré inapplicable à la communication d'incendie la présomption de responsabilité fait des choses à l'incendie.

Dans les exemples qui viennent d'être cités, ce sont des forces privées que nous avons vues à l'oeuvre, mais on peut imaginer aussi que des organismes publics interviennent à l'origine d'une loi, des organismes publics qui ne se confondent pas avec l'Etat en tant qu'expression juridique de la société globale.

Au XX^e siècle, on a assisté à un certain émiettement de la notion de l'Etat, des organismes publics ont pris une certaine autonomie à l'égard de l'Etat. C'est ainsi que certaines lois ont été dues à l'action d'administrations étatiques ou semi-étatiques agissant, en quelque sorte, en leur nom propre et non point au nom de la société globale, cherchant à influencer la législation dans l'intérêt de leurs finances propres, car elles ont l'autonomie financière.

C'est surtout l'action de la Sécurité Sociale qui a été importante dans cette direction.

b) - Droit civil extra-patrimonial.

Il est certain que des formes impersonnelles peuvent intervenir dans ce secteur de législation. Et ceci est la preuve que les intérêts économiques ne sont pas tout, que des courants purement idéologiques, voire sentimentaux peuvent avoir une force équivalente à des intérêts économiques.

Il y a eu, il y a peut-être encore, une association internationale des enfants naturels et adultérins. Son action n'est pas restée sans influence sur la législation (loi du 15 Juillet 1955).

Autour du projet actuellement en instance de réforme des régimes matrimoniaux, on distingue des forces impersonnelles à l'oeuvre : les associations féministes, et le notariat.

L'intérêt est idéologique, d'un côté ; de l'autre, il semble être pécuniaire. Mais, en réalité, c'est beaucoup plus complexe. Les notaires, dans un projet de recherche, peuvent bien préférer les solutions qui leur apporteraient le plus d'actes lucratifs à rédiger. Cependant, ils obéissent peut-être davantage encore à des mobiles qui ne sont pas directement économiques : la peur du changement, le goût de la tranquillité, qui aboutissent souvent à un anti-réformisme de principe.

Parfois, dans ce domaine du droit civil extrapatrimonial la causalité paraît entièrement se dérober, et pourtant, on a l'impression que la législation ne se fait pas au hasard, qu'elle obéit à une force, consciente ou inconsciente. On peut prendre pour test la législation de l'adoption des mineurs. C'est un phénomène de sociologie juridique assez remarquable. Après une éclipse de plusieurs siècles, en effet, on a assisté, après la première grande guerre mondiale, avec en France la loi de 1923, et plus encore après la seconde guerre mondiale à partir de 1941, à une série de réformes, à une remontée tout à fait inattendue de l'adoption. Ce qui rend la phénomène sociologiquement plus remarquable encore, c'est qu'il n'est pas particulier à la France, qu'il se retrouve dans toute l'Europe et même en Amérique. L'adoption des mineurs qui, auparavant était inconnue ou à peu près, est maintenant pratiquée dans des proportions considérables. Quelles sont les causalités ? Où est le législateur sociologique ? N'est-il pas, ici, impénétrable ? On a mis ce phénomène en relation avec le développement de la législation démographique, nataliste, que l'on peut constater parallèlement à la même époque.

Comment expliquer l'enchaînement ? Il est bien évident qu'une législation qui permet ou facilite l'adoption des mineurs ne fait pas naître plus d'enfants, mais elle permet, pour un certain nombre d'enfants déjà nés, une meilleure éducation, et même la survie. Et puis, il se crée un climat populationniste qui va agir psychologiquement sur les ménages : sans enfant : les ménages sans enfant seront incités à sortir de leur état. Mais le besoin d'explication est par là seulement reculé. Pourquoi un mouvement populationniste ? Pourquoi une législation démographique, dont la législation "adoptionniste" ne serait que l'un des aspects ?

Ici, la causalité a été cherchée, du côté de la guerre, des grandes guerres mondiales. Selon M. Gaston Bouthoul, spécialiste de la "polémologie" (la science de la guerre), l'angoisse de la guerre, de la guerre à venir créerait une espèce de déséquilibre d'anticipation. La Société s'efforcerait d'avance de combler les vides qu'elle sent devoir se produire d'ici peu, de combler ces vides par une politique démographique. La législation de l'adoption entrerait dans ce sûr instinct de la société. L'explication postule, du reste, que la société est un être doté de conscience, ce qui ne va pas sans difficulté. Le législateur sociologique, si nous suivons l'hypothèse, serait donc ici la nature sociale, cette sorte d'esprit, d'instinct de la Société.

Mais peut-être faut-il tenir compte aussi d'une causalité plus simple. A partir d'une certaine époque, des organismes se sont institués, spécialisés pour la protection de l'enfance. Le besoin a créé l'organe, mais, comme il advient, l'organe a développé le besoin. Les organismes de protection de l'enfance, cela n'est pas douteux, poussent en quelque manière, à l'heure actuelle, au développement de la législation de l'adoption dans le sens d'une facilité croissante. Il y a là un corollaire un peu lointain de la loi de Parkinson. C'est fait que les organismes

spécialisés dans la protection de l'enfance, notamment l'Union Nationale des Associations régionales pour la sauvegarde de l'enfance, agissent sur le Parlement ou auprès des bureaux dans un sens favorable à l'adoption.

Ne nous dissimulons pas, cependant, combien les causalités, ici, sont complexes, et malaisées à saisir. Dès lors que nous sommes non sur le terrain des intérêts économiques, mais idéologiques ou affectifs, il est certain que l'investigation sociologique devient plus difficile.

II - Des conséquences de l'intervention des forces impersonnelles dans la législation.

Quels sont les conséquences possibles de l'intervention ? Nous constatons tantôt en effet de transaction.

Parfois, il se produit un effet de domination. La force impersonnelle à l'oeuvre, telle qu'elle a été décelée, aboutit à une loi, ou elle s'affirme sans aucune contestation, sans aucun compromis. Il en est ainsi quand on a une seule force qui ne trouve rien devant elle. C'est fréquent, dans la procédure bureaucratique autant que dans la procédure parlementaire telle qu'elle était pratiquée dans les derniers temps de la III^e République, et sous la IV^e. Il était alors relativement facile de faire voter des lois, comme a dit "à la sauvette", par un très petit nombre de parlementaires présents, sans que les forces antagonistes possibles aient pu organiser la contre-offensive. Mais parfois, l'effet de domination a lieu, malgré la dualité de forces en présence, parce que, l'une de ces forces l'emporte sur l'autre, est beaucoup plus puissante que l'autre.

Dans d'autres cas, au contraire, le conflit entre les forces sociologiques ne se traduit pas par la victoire délibérée de l'une des parties en présence. Il se termine par un compromis, une transaction. La sociologie américaine insiste sur cet aspect de la législation. Elle insiste sur ce point parce qu'il est en harmonie avec sa vision optimiste, rénitive du droit. Elle incline à voir dans la législation des compromis, des transactions et, pourrait-on dire, des contrats entre les forces sociologiques en présence. Il n'y a ni vainqueur ni vaincu, mais une transaction entre les deux forces, entre les deux groupes de pression qui les expriment sur le plan parlementaire.

Il en résulte une certaine conception de la nature de la loi. Les Américains parlent de law of compromise "loi de compromis", "loi de transaction" au sens technique que nous donnons à ce terme dans le droit des contrats spéciaux. Du même coup, la loi apparaît comme un acte juridique qui emprunte quelques-uns de ses traits à notre contrat de transaction, ce contrat, du reste si singulier parmi les contrats du droit privé,

Cette conception nous paraît insolite, quelque peu aberrante,

parce que nous avons été formés dogmatiquement, en régime de légalité étroite, habitués à une notion de la loi - acte de souveraineté. Mais cette notion est une notion relative, contingente qui n'a pas toujours existé. On comprend mieux la notion de la loi de compromis si l'on se reporte à quelques exemples historiques. N'y avait-il pas eu à Rome des lois de transaction entre la Plèbe et le Sénat ? Au XVI^e siècle, lorsque nos rois faisaient des édits de pacification, n'étaient-ce pas, à certains égards, de véritables traités de paix entre les religions en conflit ? Ces exemples ne sont pas tellement éloignés de la notion de loi de compromis, telle que l'a décrite la sociologie américaine.

Et dans la législation moderne, n'existe-t-il pas chez nous des lois de compromis, de transaction est avéré, : il s'agit de la loi sur les accidents de travail dans sa teneur originelle du 9 Avril 1898. D'un côté, à la demande des syndicats ouvriers, pour la protection de l'ouvrier, on a admis une responsabilité de plein droit, une garantie due par l'employeur pour les accidents survenus pendant le travail. C'était un avantage donné aux ouvriers, mais en compensation, on limitait la responsabilité encourue par l'employeur. C'est ce qu'on a appelé le caractère forfaitaire de la législation sur les accidents du travail. Dans certaines éventualités, le salarié aurait intérêt à abandonner la législation spéciale pour se placer sur le terrain de droit commun ; on le lui a interdit : parce que le caractère limité de la réparation dans le régime spécial est la contre-partie de l'avantage qu'on lui a consenti par la responsabilité de plein droit. Nous sommes en présence d'une loi de transaction entre les intérêts de la classe ouvrière et ceux du patronat.

Dans le statut du fermage (1945-1946) et la législation subséquente, il y a, de semblable manière, un certain compromis entre les intérêts des fermiers et métayers d'une part, et ceux des propriétaires fonciers, de l'autre. Le compromis ne s'est pas toujours opéré au même niveau. Suivant le rapport des forces en présence, la transaction s'est faite à tel ou tel point, plus avantageux pour les fermiers, ou pour les propriétaires d'après la conjoncture politique du moment.

Pareillement, la loi sur les baux des immeubles à usage d'habitation, du 1^{er} septembre 1948, a pu être présentée comme une loi de transaction. D'un côté, elle apportait aux locataires en place le droit de se maintenir dans les lieux indéfiniment par le bénéfice du maintien dans les lieux, mais en contre-partie, ils devaient payer un loyer plus élevé.

Ainsi, cette catégorie de la loi de compromis paraît bien répondre à une réalité. On peut se demander comment s'explique son existence : les lois ne devraient-elles pas être toujours des actes d'autorité, émanant d'un législateur souverain impartial, très haut au-dessus des intérêts en présence ? Mais c'est que la loi de compromis est d'abord une nécessité du régime parlementaire. Si nous partons de l'hypothèse sociologique que le Parlement est l'expression des intérêts différents qui

co-existent dans la nation elle-même pour assurer une majorité parlementaire et pour le vote d'une loi, il faudra bien souvent faire un compromis.

Et puis, la loi de compromis présente des avantages pour l'exécution. Si l'on souhaite que la loi soit exécutée de bon gré ce qui est assurément préférable, si l'on souhaite réduire le contentieux, il est utile que la loi soit une loi de compromis. Chacune des catégories sociales intéressées recevant une satisfaction partielle, on peut admettre qu'elle se prêtera de bonne grâce à l'exécution, et que par conséquent, l'application de la loi s'opérera avec moins de procès et de tensions.

Si les contrats s'exécutent convenablement dans l'ensemble, n'est-ce pas que tout contrat est, au fond, une transaction de deux contractants ? Chacun, ayant conscience d'en tirer un certain avantage, s'exécute en contre-partie de bon gré. De même le caractère contractuel de la loi pourra, espéret-on faciliter son exécution. Mais c'est une vue optimiste, qui suppose le civisme des sujets : chez nous, l'application d'une loi de transaction paraît poser des problèmes plus compliqués que cela....

Un contrat peut passer par plusieurs phases dans son exécution. Il y a d'abord la phase de la bonne volonté, où les contractants s'exécutent de bon coeur, et même parfois avec enthousiasme, parce qu'ils voient les avantages, de l'opération et pas encore ses inconvénients. Puis, risque de venir la phase de la chicane où les repentirs surgissent, les renards, et où l'on se dit que le contrat aurait pu être plus avantageux. Dans cette phase, chacun des contractants cherchera à se retrancher derrière la lettre de son contrat. Il n'en donnera pas plus à l'autre qu'il n'est écrit. Enfin, viendra la phase du contentieux, où le contrat lui-même deviendra une arme de guerre.

Une loi de transaction risque de passer par les mêmes phases. Par exemple, dans les tout premiers temps, de la loi du 1er septembre 1948, il y a eu, sans doute, chez les propriétaires l'impression que la loi contenait un compromis et qu'elle leur apporterait un avantage, mais assez rapidement, ils ont déchanté et ont eu l'impression que les loyers n'étaient pas relevés dans une proportion suffisante. A ce moment-là, ils se sont retranchés derrière la lettre de la loi, le contentieux a surgi et finalement, la loi du 1er septembre 1948 est devenue plutôt un instrument de lutte entre les deux catégories sociales en présence qu'une véritable loi de compromis.

§ 2 - Les supports mythiques de la loi.

Le mécanisme obligatoire de la loi soulève des questions qui ne sont pas exactement celles qui se posent - qui se poseront à nous - pour l'autre catégorie de règles de droit, pour la coutume. Il s'agit de savoir comment naît dans l'individu le sentiment du caractère obligatoire de la loi.

La loi est la volonté d'un homme, la volonté d'un groupe d'hommes. Pourquoi suis-je tenu d'y obéir ? C'est un problème de droit dogmatique. Pourquoi est-ce que je ne sens tenu d'y obéir ? C'est un problème sociologique ou si l'on veut, un problème de psycho-sociologie juridique.

La réponse la plus immédiate est que je ne sens obligé d'obéir à la loi, parce que le législateur dispose de la contrainte étatique, contrainte étatique qui s'exprime chez nous dans le mandement d'exécution opposé au bas des lois;

En dernière analyse, c'est donc la peur qui est à l'origine de l'obéissance aux lois, la peur du gendarme suivant une formule banale. Exacte en gros, mais peut-être trop simple. Comme est trop simple la notion de contrainte sociale en tant que critère de la règle juridique, en tant que critère de la juridicité. En ce sens, les Américains ont raison quand ils proposent une notion plus large qu'ils appellent le "contrôle social". Ils y font entrer autre chose que la peur du gendarme, ils y font entrer aussi les moyens de persuasion.

C'est que la société dispose de moyens de persuasion pour déterminer dans les individus un sentiment du caractère obligatoire de la loi, et parmi ces moyens de persuasion, il y a le mythe.

Le mythe est une notion sociologique dont l'emploi se retrouve, du reste dans bien d'autres questions que celles qui est ici étudiées.

Le mythe est un récit fabuleux, dans sa définition la plus élémentaire, il y a des définitions plus scientifiques. Par exemple, on dira que le mythe est un récit où les divinités au sens large du terme, les forces supra-terrestres jouent le rôle principal. Ou bien encore, on dira que c'est un récit exprimant des rapports mystérieux et irrationnels entre l'homme et le divin.

Ces différentes formules restent un peu étroites. On peut soutenir qu'il y a un mythe toutes les fois qu'un rapport est établi entre un phénomène naturel, humain, d'une part, et d'autre part, des faits relevant d'un passé non historique. Le caractère légendaire non historique du passé, est un élément de la notion de mythe.

La croyance à un mythe, peut déterminer des sentiments, des états de conscience qui contribuent au respect de la loi. Etudier ces mythes qui peuvent fortifier l'application de la loi est une tâche proprement sociologique.

N'existe-t-il de mythes que dans les sociétés primitives ? Il semble que la mythologie suppose une certaine naïveté comme un trait du primitif. Cependant l'observation sociologique montre que la mythologie peut s'adapter aux mentalités modernes avec, sans doute, des dégradations avec peut-être une moindre force de persuasion.

Pour classer les mythes pouvant servir de support à la force obligatoire de la loi, nous utiliserons un classement entre les mythes externes et mythes internes. Par mythes externes, entendons des mythes tendant à accrocher l'autorité de la loi à quelque chose qui lui est extérieur, qui lui est transcendant. Par mythes internes, entendons la loi elle-même qui est personnalisée et comme divinisée, si bien qu'il n'y a plus à lui chercher de répondant en dehors d'elle-même.

I - Les mythes externes.

Il en est plusieurs formes qui seront indiquées dans un certain ordre, lequel pourrait évoquer un ordre chronologique. Toutefois, il ne faut pas y mettre de rigueur, l'évolution n'a point été aussi nette et il y aurait des chevauchements à observer.

1°) - Le mythe de la révélation.

La forme la plus ancienne du mythe en la matière, est ce que l'on pourrait appeler le mythe de la loi révélée.

Il est fréquent, dans les sociétés sinon primitives, du moins très anciennes que la loi soit rattachée à une révélation de Dieu.

Ce mythe, de la loi révélée se retrouve à plusieurs époques avec des variantes. Sans doute, il y aura un législateur humain pour servir d'interprète, d'intermédiaire à la divinité, mais il sera bien spécifié qu'il n'est qu'un intermédiaire, qu'il n'a pas un rôle de création. Il ne fait que déclarer la loi instituée par la divinité. La conviction d'obéir à la volonté de Dieu soutiendra l'obéissance à la loi. L'exemple le plus célèbre de ce mythe de la révélation comme support de l'obéissance à la loi est la révélation judaïque. Il y a du reste des convergences assez remarquables entre la révélation judaïque et la révélation qui sert également de support à certaines législations orientales des époques voisines (ainsi, la loi de Hammourabi).

Dans le Livre de l'Exode, le Décalogue est présenté comme ayant été directement dicté par Dieu. Tout un appareil est destiné à soutenir le mythe : le tonnerre, les éclairs, la nuée, etc..., une sorte de mise en scène du mythe.

Le Coran qui est loi, est également loi révélée. Il n'a pas été créé par Mahomet, il est incréé, il a été simplement révélé au prophète, il existait avant lui, de toute éternité, et le prophète n'a été qu'un intermédiaire entre la divinité et les croyants.

2°) - Mythe de la volonté des ancêtres.

La volonté des ancêtres, c'est-à-dire la volonté des morts, des morts tout puissants, des morts redoutés peut soutenir la force obligatoire de la loi.

Nous avons affaire à une loi - testament, pourrait-on dire. Ainsi un livre de Jérémie, chapitre 35, est opposée à l'infidélité de Juda la fidélité de la tribu des Récabites, qui avait ses lois particulières prohibition du vin, de la propriété foncière, (c'était probablement un peuple de pasteurs). Or, quel fondement les Récabites donnaient-ils de la force obligatoire de leurs lois ? C'était, un ordre "que nous avons reçu de Jonadab, fils de Récal, notre père"... Ainsi, la crainte du père, du chef, de l'ancêtre de la tribu, la crainte d'un mort fondait la force obligatoire de la loi. D' même que le testament se fonde psychologiquement sur la crainte du mort, de même ici, la force obligatoire de la loi.

Des manifestations du phénomène se retrouve à des époques plus récentes. Sous la monarchie absolue, chez nous, la force obligatoire d'un édit, pouvait être fortifiée par cette circonstance qu'il émanait d'un roi disparu. La mort donnait, une autorité particulière au texte, le scellait en quelque sorte. Sous le régime républicain, le respect des "grands ancêtres" fut souvent invoqué à l'appui de certaines lois. Ces lois étaient dites intangibles, parce qu'elles venaient de grands ancêtres.

Il semble que nous allons, à ce stade déboucher sur le mythe plus moderne de la volonté nationale. Mais il se trouve ici une bifurcation : le mythe de la volonté du législateur lointain.

3°) - Le mythe de la volonté du législateur lointain (ou du législateur étranger).

Il s'agit d'un phénomène qui, à certains égards, est comparable au phénomène précédent, au mythe de la volonté des ancêtres. Il s'agit, comme on dit dans la philosophie moderne, d'un même phénomène de distanciation. Pour asseoir l'autorité et le respect de la loi, on la rattachait à un ancêtre lointain, distanciation dans le temps, mais on peut se servir aussi bien d'une distanciation dans l'espace, en rattachant la loi à un législateur lointain.

La loi tirera son autorité de ce qu'elle a été importée par un législateur étranger, mystérieux, et au fond par un législateur envoyé des dieux.

Vous connaissez le proverbe dont il y aurait lieu de creuser davantage l'origine sociologique : "Nul n'est prophète en son pays"... Il est certain que venir de loin peut conférer une autorité particulière.

L'existence de ce mythe va, du reste, contre le préjugé pseudo-sociologique qu'un droit doit nécessairement être adapté aux données nationales pour que son autorité soit reconnue. Au contraire, si elle est apportée de loin, si elle est enveloppée d'une sorte de halo de mystère, une loi pourra en tirer une autorité particulière. Pourquoi ? Le

sentiment qui explique cette autorité particulière c'est que celui qui vient de loin est envoyé des dieux. A partir d'une certaine époque, un raisonnement utilitaire a pu s'y ajouter : c'est que celui qui vient de loin sera au-dessus des divisions intestines, et que par conséquent, ne participant pas aux divisions intérieures, il pourra mieux légiférer.

Dans les mythes de plusieurs cités grecques, on trouve ainsi mention du sage étranger qui aborde mystérieusement et qui vint donner des lois à la cité. Il venait d'ailleurs et c'est parce qu'il venait d'ailleurs qu'il avait vocation à être législateur. Il est significatif que les Romains cherchèrent, à une époque d'ailleurs indéterminée, à plaquer un mythe de ce genre sur l'élaboration des Douze Tables. Il existe une légende, d'après laquelle les Déceuvirs auraient reçu le concours d'un Saigné grec nommé Hermodore qui aurait guidé leur travail. C'est toujours la même idée : que le concours d'un étranger donnera une force particulière à la loi. Dans le phénomène, sociologiquement si curieux, de la réception du droit romain en Allemagne, droit romain qui n'avait certainement aucune vocation naturelle à devenir droit allemand, il est certain que le mythe de l'Empire romain, lointain, mystérieux, a joué un rôle.

De ce mythe du législateur lointain, étranger, la création des Etats nationaux du XIX^e siècle a en quelque sorte coupé le ressort. Le droit s'est nationalisé : et la croyance s'est répandue chez les juristes que la loi puisait la meilleure de sa force dans la volonté de la nation. Mais c'est un autre mythe.

4°) - Le mythe de la volonté nationale.

Il ne faut pas imaginer qu'il est d'origine exclusivement moderne. On en trouve des exemples anciens. Il a pu se superposer, même, au mythe de la révélation. Nous en avons une preuve dans l'Ancien Testament. Au livre de Néhémie, il nous est dit, (c'est l'objet même du Livre) qu'il y eut après le retour de l'exil, ce qui nous place vers 445 avant Jésus Christ, un renouvellement de l'alliance : la loi avait été révélée à Moïse, mais elle avait été, en quelque sorte, rajeunie, renouvelée par l'adhésion du peuple au temps de Néhémie.

La procédure de ce consensus national est expliquée dans le livre (chapitres VIII à X.). Il y eut une lecture publique de la loi, la loi fut rédigée par écrit, puis, et c'est le point capital (chap. X, verset 29) ; "Israël s'engagea par un serment solennel à suivre la loi de Dieu qui avait été donnée par Moïse." Tout le peuple prêta ce serment. Il y eut ainsi une expression de la volonté de la volonté générale.

L'épisode est remarquable parce qu'il atteste une évolution. Il montre qu'à une certaine époque, on ne s'est plus contenté dans Israël du mythe de la révélation, il a fallu y ajouter quelque chose de plus "laïc", si j'ose dire, et ce fut cette adhésion consentie et assortie

d'un serment à la loi qui avait été primitivement révélée.

Cette idée de la volonté générale ne fut pas, d'ailleurs, étrangère au christianisme. Son élaboration par les Pères de l'Eglise aboutit à la formule médiévale, Vox populi, Vox Dei, qui combine significativement le mythe de la révélation avec celui de la volonté nationale. La volonté nationale est l'intermédiaire de la révélation.

Il y a eu, d'ailleurs, une évolution dans la conception de la volonté nationale qui est le noyau de ce mythe. A l'origine, la volonté générale, devait être conçue comme un pacte, comme un contrat social, un contrat qui, à l'instar de tout contrat, devait requérir, l'unanimité des consentements. La volonté nationale, était la volonté de l'unanimité des sujets, et la loi tirait sa force de ce qu'elle avait été voulue préalablement par tous. Puis, par un processus utilitaire, on eut à se contenter de la majorité. La loi de la majorité a représenté dans l'évolution de l'humanité, un progrès par rapport à la loi de l'unanimité. Elle est un facteur de rapidité, et de progrès du droit,

Ainsi transformé, et d'unaniste devenu majoritaire, c'est ce mythe de la volonté générale qui a fondé longtemps la force obligatoire de la loi en régime démocratique.

Vous connaissez la formule de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, "la loi est l'expression de la volonté générale". C'est un mythe. En regard, pour faire sentir ce qu'il y a de mythique dans la déclaration des Droits, je mettrai une définition sociologique : "La loi est le système des préférences collectives". Ce n'est pas la même chose. Le système des préférences collectives... Voilà ce qu'admettent les sociologues, mais la formule mythique, c'est "l'expression de la volonté générale".

Il y a mythe, parce qu'il existe une double incertitude sur la notion de volonté générale. D'abord, une incertitude d'ordre logique, dans laquelle je n'entre pas, mais qui est visible dès que l'on admet que la majorité pourra faire la loi à la minorité. Puis, une incertitude de fait : nous savons combien est fragile la volonté des hommes et des peuples, et des représentants des peuples. Volonté générale, sociologiquement, cela n'existe pas. Alors, que reste-t-il ? Un mythe, que l'on peut essayer de préciser, tantôt en appuyant sur le terme volonté, tantôt sur la généralité de la volonté.

Sur le terme "volonté", et l'on est lancé vers la notion de pacte, vers la notion de contrat, contrat social. Ce qui fonde la loi dans cette conception, c'est un contrat entre les citoyens.

Ou bien on s'attache au qualificatif "générale", et l'on dit que la généralité place la loi au-dessus de l'individu. Général = social, collectif. Le mythe de la volonté générale rejoint ainsi certains aspects

de la sociologie durkeimienne. La société y est conçue comme ayant une existence distincte des individus. La conscience collective, distincte des volontés individuelles ? Cette volonté collective est sentie par l'individu comme extérieure et supérieure. A travers le mythe de la volonté générale on remarquera que, ce qui fonde l'autorité de la loi, c'est encore une "distanciación".

II - Les mythes internes.

C'est la loi elle-même qui va être personnifiée et comme divinisée.

On a entendu parler de la Protagoras des Lois, dans le Criton, un des dialogues de Platon. Socrate est en prison, un de ses amis le supplie de s'enfuir pour se dérober à une condamnation injuste, mais Socrate refuse cette solution par respect pour les lois de sa Patrie. Il suppose qu'au moment où il serait sur le point de prendre la fuite, les lois d'Athènes se présenteraient à lui pour lui reprocher sa lâcheté. Les lois d'Athènes apparaissent ici comme des sortes de divinités, et c'est dans cette divinisation qu'elles puisent leur force obligatoire.

Il est bien connu que la Révolution, à la recherche d'une religion civile, essaya de diviniser la Loi. Il y eut, dans les cultes révolutionnaires une place faite à la loi. Thérougne de Méricourt avait créé le club des Nonophiles, c'est-à-dire des amis, on pourrait peut-être mieux dire, des amants de la loi.

Au XIX^e siècle, règne de la légalité, le respect de la loi prit souvent cet aspect quasi-religieux. C'est l'époque où s'introduisirent en droit pénal des incriminations tendant à assurer le respect des lois. La provocation à la désobéissance aux lois était réprimée spécialement par la loi de 1819 sur la presse ; une loi du 27 Juillet 1849, réprima, d'une façon plus significative encore, les actes contre le respect dû aux lois. L'irrespect de la religion n'était plus réprimé, mais bien l'irrespect des lois, irreligion de substitution. C'est l'époque où les boudriers des gardes champêtres s'abornèrent de l'inscription : "La loi". Les gardes champêtre ne doivent pas être surpris en sociologie juridique : ce sont des intermédiaires multipliés entre le droit et ses sujets ruraux.

On pourrait, à cet endroit, invoquer toute l'iconographie officielle de la loi à la même époque, iconographie qui, à n'en pas douter, tendait à inspirer le respect de la loi aux individus, à répandre un culte abstrait, un culte de la loi pour la loi.

La III^e République qui, dans la philosophie officielle, fit largement appel à Kant ne pouvait manquer d'entretenir le culte de l'impératif catégorique. Ce fut par réaction que se développa l'anarchisme, politique ou littéraire. C'est dans ce climat qu'il convient de replacer l'ouvrage de Maurice Barrès, au titre si suggestif, "L'ennemi des lois" (1893). On devine comment l'anarchisme avait pu germer dans l'esprit

d'un écrivain, en réaction contre la rigueur excessive et un peu triste qui avait été donné au culte de la loi pour la loi. Ce n'était pas un culte très propre à satisfaire une âme de poète, et c'est sans doute ce qui explique la décadence du support mythique de la loi à notre époque.

Il n'y a plus rien; ni la révélation, ni la volonté des ancêtres, ni la volonté d'un étranger, ni la volonté nationale: pas davantage le respect de la loi pour la loi, cette personnification de la loi...

Aussi bien, la multiplication, la technicisation des lois rend de plus en plus difficile leur divinisation. Comment pourrait-on prendre pour divinité tous ces textes qui s'étalent jour après jour au Journal Officiel... L'intervention croissante du pouvoir réglementaire a encore contribué à la décadence des supports mythiques de la loi. La loi à la rigueur, la loi parlementaire pouvait se relier à un mythe, mais le décret ! Que reste-t-il pour lui donner force ? Il reste l'utilité sociale.

Pour obtenir l'obéissance des citoyens, la Société fait appel à leur raison, non plus à leur sentiment. C'est par un mécanisme raisonnable qu'on s'efforce d'obtenir le respect de la loi. La loi répond, dit-on, à votre utilité bien comprise, et par conséquent vous montrerez raisonnable en vous y conformant.

Section 2 - ENTREE EN VIGUEUR DE LA LOI :

Il s'agit de la rencontre de la loi avec ses sujets. La Société entre en contact avec ceux qu'elle est appelée à régir. Il y a là un phénomène psychologique et sociologique mais aussi, nous le savons, des mécanismes de droit dogmatique : la promulgation, la publication, la force obligatoire de la loi, son application dans le temps. Toute une série de mécanismes que l'on étudie en droit dogmatique dans la théorie générale des lois. Retenons-en deux aspects :

- la connaissance de la loi
- l'application de la loi dans le temps

1 - La connaissance de la loi.

Notre droit positif établit une présomption de connaissance de la loi, présomption qui résulte de l'accomplissement d'un certain nombre de formalités. Lorsque la loi a été promulguée par le chef de l'Etat, publiée au Journal Officiel, qu'il s'est écoulé d'autre part, un délai d'un jour franc à partir de la publication au Journal Officiel ou de l'arrivée du Journal Officiel au chef-lieu d'arrondissement suivant la procédure du décret du 5 novembre 1870, la loi est présumée connue de tous les citoyens. La présomption n'est pas écrite directement dans un texte de droit positif, mais résulte d'une maxime traditionnelle : " Nul n'est censé ignorer la loi ", et d'autre part, d'un argument a contrario tiré du décret précité (5 novembre 1870, article 4) d'après lequel les juges

et les autorités administratives peuvent accueillir suivant les circonstances l'exécution d'ignorance de la loi, lorsque la contravention a été commise dans un certain bref délai après la publication. C'est donc qu'en thèse générale, l'exception d'ignorance de la loi ne peut pas être alléguée, parce que nul n'est censé ignorer la loi. La présomption a une portée absolue : elle est irréfragable. Elle a une portée générale, notre droit dogmatique n'admet plus de privilège comme il en existait dans notre ancien droit, par équité, pour certaines catégories présumées excusables d'ignorer le droit, tels les militaires ou les rustiques.

Mais si la présomption a une portée absolue et générale, c'est seulement en tant que présomption directe. Indirectement, quand il s'agit de construire la notion de bonne foi, qui, vous le savez, est une traduction technique de la notion d'ignorance, on admet que l'ignorance du droit peut jouer un rôle au même titre que l'ignorance du fait. Ici, par conséquent, il n'est plus vrai que chacun est présumé connaître la loi.

Le système du droit dogmatique étant ainsi rappelé dans ses grandes lignes, quelle peut-être à son égard - voilà ce qui nous intéresse - l'attitude de la sociologie juridique ? La sociologie juridique peut intervenir ici dans sa double fonction scientifique et pratique ; dans sa fonction scientifique, pour rechercher quel est le fonctionnement concret, effectif du système de droit dogmatique dans sa fonction pratique, législative, pour apprécier la valeur du système en vue éventuellement de le réformer. Nous nous placerons successivement sur ces deux terrains.

I - Fonctionnement du système de droit dogmatique.

Il est notoire que le système résumé par la formule "nul n'est censé ignorer la loi" est formaliste et non réaliste. Le droit dogmatique l'admet au départ ; puisqu'il admet lui-même qu'il s'agit d'une présomption, et l'on sait bien que les présomptions ne sont pas la réalité.

Il y a une distance entre la présomption de connaissance posée par la maxime et la connaissance réelle de la loi. Seulement, peut-on prendre une mesure exacte de la distance ?

On peut admettre comme une hypothèse de travail que l'ignorance de la loi, est largement répandue, conformément à la maxime "nul n'est censé ignorer la loi". A la sociologie juridique de mesurer ; mais auparavant, il lui faut, semble-t-il, établir une typologie à l'intérieur de cette catégorie trop générale que nous appelons ignorance de la loi. La vérité est qu'il n'y a pas l'ignorance de la loi, mais des phénomènes d'ignorance de la loi. Nous devons essayer d'en faire apparaître la diversité pour ensuite nous interroger sur la possibilité de mesurer, de quantifier ces phénomènes.

I - Diversité des phénomènes d'ignorance de la loi

Nous sommes en présence de phénomènes très hétérogènes. On peut essayer quelque ordre dans cette hétérogénéité par des classifications.

On peut, d'abord, songer à des classifications d'après le processus psychologique en cause.

Tantôt le sujet de la loi suppose dans celle-ci plus qu'il ne s'y trouve en réalité, des choses qui n'y sont pas ; c'est ce phénomène que l'on a appelé, car il a sa satire propre, le phénomène des lois imaginaires.

Tantôt le sujet de la loi ne mettra pas dans celle-ci ce qui y est en réalité ; c'est l'ignorance proprement dite.

Lois imaginaires, ignorance proprement dite, nous avons là deux sortes d'erreurs, ignorance créatrice, ignorance négative.

Parlons tout de suite, pour n'y plus revenir, des lois imaginaires, car c'est un phénomène déjà étudié par des juristes dogmatiques pour la curiosité. Il y a un petit ouvrage d'Henri Lalou qui porte ce titre "les Lois imaginaires". Il s'efforce de recenser quelques échantillons du phénomène.

C'est un phénomène très ancien. Des auteurs de l'ancien droit faisaient déjà allusion à des lois imaginaires. Je citerai notamment un exemple que l'on rencontre dans beaucoup de pays et dans des civilisations parfois très éloignées les unes des autres : la loi supposée d'après laquelle le condamné à mort mené au supplice devrait être grâcié s'il trouvait en chemin une fille, ou une femme (cela dépend des pays, c'est tantôt une vierge tantôt une prostituée) qui serait disposée à l'épouser. Or, au moins pour les époques historiques où la loi est citée, les auteurs qui y font allusion ne manquent guère d'ajouter que c'est une loi imaginaire.

En présence, tout de même, de l'universalité de la légende, on est conduit à chercher une explication sociologique. Il se peut que l'on soit en présence d'un phénomène de résurgence, qu'il y ait eu à l'origine, à une époque très ancienne de l'humanité une loi de ce genre, qui aurait été abolie ensuite mais non point sans que des traces en soient restées dans la psychologie collective. La loi abolie en tant que loi, survivrait à l'état de folklore juridique.

Je vous citerai un autre exemple bien connu, et même mis en chanson, c'est la loi dite du pendu, entendez la loi d'après laquelle quand on rencontre un pendu, il serait interdit de le dépendre, et il conviendrait avant toute chose d'aller chercher les gendarmes... C'est, pour l'époque moderne, une loi imaginaire, mais, dans un passé lointain, il y a eu une loi réelle. A la vérité, on est encore en présence d'un

phénomène de survivance d'une loi ancienne mal abrogée. L'interdiction de dépendre les cadavres des suppliciés a été édictée dans des ordonnances des rois de France : il fallait empêcher les particuliers d'interférer par une pitié intempestive avec le cours de la justice royale. De ces mesures législatives, le souvenir a dû subsister, et la loi ancienne survit dans la psychologie collective à l'état de folklore juridique.

Ainsi, ces hypothèses de lois imaginaires ne sont pas très probantes. Mais on trouve exposés dans l'ouvrage précité d'Henri Lalou des exemples plus modernes, et notamment celui du "Bon pour" dans les procurations. C'est une loi imaginaire, très étendue, très tenace, pratiquée même au niveau de techniciens du droit, puis que les contentieux des grandes banques en sont le témoignage. Lorsque l'on vous fait signer une procuration ssp. dans une banque, on ne manie jamais d'exiger que vous fassiez précéder votre signature de la mention : "Bon pour procuration". Mais, le "bon pour" n'est exigé par le Code civil que dans les écrits faisant preuve d'une obligation unilatérale, non point dans les contrats synallagmatiques. Dans les contrats synallagmatiques, il y a lieu à la formalité du double original et non à celle du bon pour. Or, la procuration est le titre instrumentaire d'un contrat. La procuration, c'est un mandat, et le mandat est un contrat synallagmatique. Donc, dans l'écrit faisant preuve de ce contrat, il ne devrait pas y avoir à insérer le "bon pour". C'est, doit-on, par ignorance du droit, par croyance à une loi imaginaire, que les banques exigent ce "bon pour".

A la vérité, il n'est pas sûr que la loi soit ici purement imaginaire, car il n'est pas sûr que la procuration soit l'écrit faisant preuve du contrat synallagmatique de mandat. Dans la représentation conventionnelle, il faut distinguer le contrat de mandat, destiné à faire naître les obligations entre mandant et mandataire, d'une part, et d'autre part, la procuration destinée à conférer un pouvoir au mandataire. La procuration fait preuve du pouvoir, mais le pouvoir, c'est un acte juridique unilatéral et dans cette perspective, la présence du bon pour au-dessus de la signature ne sa justification. Si bien que la loi imaginaire n'est pas très probante, et je ne suis pas sûr que pour beaucoup de lois imaginaires modernes, on ne pourrait pas faire la même démonstration.

Mais laissons les lois imaginaires, et considérons ce qui est à proprement parler, l'ignorance de la loi, l'ignorance négative.

A l'intérieur de la catégorie, on pourrait discerner plusieurs formes, suivant le processus psychologique. Dans l'analyse psychologique, l'ignorance ab initio, à laquelle on pense toujours, ne se confond pas avec l'ignorance survenue après coup, qui est l'oubli.

Il faut encore distinguer l'ignorance de l'existence même de la loi et l'ignorance du contenu exact de la loi. Parfois, on réserve l'ex-

pression d'erreur de droit à cette deuxième forme d'ignorance.

Une seconde classification est concevable d'après le caractère collectif ou individuel de l'ignorance. Tantôt, l'ignorance est individuelle : c'est un individu qui ignore, mais l'ensemble de la société, l'ensemble de son milieu connaît. Tantôt, c'est le milieu tout entier qui ignore : l'erreur est commune, comme on dit dans une autre théorie juridique, et nous sommes en présence d'un phénomène collectif, d'un phénomène de groupe.

Il est permis de supposer, en présence d'une ignorance collective de la loi, que l'on a affaire à un phénomène de pluralisme juridique plutôt qu'à un phénomène d'ignorance proprement dite de la loi. Nous pouvons supposer que le milieu en question continue à vivre en dehors du droit de la société globale, continue à vivre selon un droit ancien mal abrogé.

Enfin, on pourrait faire une dernière classification d'après la catégorie sociale, à laquelle appartiennent les individus ou les groupes qui ignorent la loi.

Il est bien certain qu'une ignorance de la loi par des professionnels du droit n'a pas le même sens qu'une ignorance par des non professionnels. L'ignorance des professionnels a un caractère technique ; elle peut venir sans doute d'un défaut de formation à la base, de mauvaises études de droit ou d'un défaut d'information (le professionnel ne se tient plus au courant du droit). Mais elle peut avoir un caractère de nécessité technique, ce n'est qu'un aspect de la spécialisation, le professionnel du droit ne peut pas connaître tout le droit à la fois. Le professionnel du droit étudiera une partie du droit en fonction des besoins de chaque moment. Son ignorance n'a pas le même caractère que celle d'un non professionnel, parce que, même quand il ignore, le technicien n'ignore pas les moyens de connaître, de sorte que son ignorance n'a jamais les mêmes caractères que l'ignorance du non technicien.

2°) - Mesure des phénomènes de la loi

Quelles méthodes pourraient être utilisés pour mesurer l'ignorance de la loi ?

On conçoit d'abord, une méthode psychologique, d'approche psychologique des phénomènes d'ignorance. Il s'agirait, en somme, de comparer le contenant et le contenu ; le contenant, c'est la capacité mentale de l'individu, et le contenu désiré, c'est l'ensemble des lois. En d'autres termes, il faudrait essayer d'obtenir un rapport numérique entre la capacité mentale de l'individu et le volume des lois. La recherche n'est pas impossible, mais elle n'a pas été faite. La capacité psychique d'un individu est mesuré par le psychologue à l'aide de certaines

données. On peut retenir, autres, celle-ci : qu'il y a 4 500 verbes fondamentaux dans la langue française. Cela peut nous présenter un maximum de ce que l'individu peut faire entrer dans son esprit, 4 500 verbes fondamentaux. En regard, mettez le nombre des lois que l'individu est censé ne pas ignorer... Il y en a certainement beaucoup plus de 4 500 dans le droit français. Ce qui, au départ, nous laisse conjecturer qu'il est impossible de faire entrer toutes les lois dans le crâne des citoyens.

A côté de la méthode psychologique, on pourrait utiliser la méthode de l'enquête. Nous aurons l'occasion dans des directions de recherches, d'étudier cette méthode. Les enquêtes peuvent porter sur les opinions mais aussi sur les connaissances, ce qui serait le cas ici. L'enquête de connaissance est même plus facile que l'enquête d'opinion.

Une enquête de connaissance pourrait donc servir à faire apparaître la mesure de l'ignorance de la loi. Cette enquête serait susceptible de deux sortes d'application. On imagine des recherches statiques et des recherches dynamiques sur l'ignorance de la loi.

Recherche statique, c'est-à-dire que vous rechercheriez, quel est à un moment donné, le degré de connaissance de telle loi dans tel ou tel groupe de professionnels ou de non-professionnels du droit. Enquête dynamique : il s'agirait de mesurer la vitesse de propagation d'une loi nouvelle. Nous avons sur ce point des techniques qui peuvent être adaptées à notre objet. Par exemple, aux Etats-Unis, on a essayé de mesurer la vitesse de propagation d'une rumeur. Vous lancez une rumeur, et vous observez, à différents points d'arrivée, combien de temps elle aura mis à franchir la distance.

De même, une loi étant lancée par le Journal Officiel, vous pouvez en vous plaçant à différents niveaux (les professionnels, les non-professionnels ; les parisiens, les provinciaux) essayer de mesurer sa vitesse de propagation.

Des procédés qui permettraient de saisir numériquement le degré d'ignorance de la loi, les applications, jusqu'ici, ont été extrêmement fragmentaires.

Je vous citerai, bien qu'il s'agisse d'un travail qui se cantonne consciemment dans un champ très limité, l'étude qu'avait faite, un de mes étudiants de l'an dernier, H. Sourieux, sur l'application du statut du métayage dans un canton de la Creuse.

Il avait constaté notamment, que la règle du tiercement n'était encore, en 1960, connue que d'une manière très imparfaite par les intéressés, et que ceux-ci du reste, ne paraissaient pas manifester un très grand empressement à se renseigner davantage.

Voici quelques-uns des propos recueillis :

"La règle des 2/3 - 1/3, ça s'est dit dans le village il y a quelque temps".

Toutes réponses qui témoignent d'une connaissance extrêmement rudimentaire de la loi et, de surcroît d'une grande indifférence à son égard.

Une enquête à plus vaste échelle, mais portant sur un point très limité, a eu lieu il y a quelques années. Elle a été menée par l'Institut National d'enquêtes et de Statistiques, à la demande des compagnies d'assurance : celles-ci voulaient savoir dans quelle mesure les assurés connaissaient la fameuse règle proportionnelle. (articles 28 et 31 de la loi du 13 juillet 1930 : lorsque l'intéressé ne s'est pas assuré pour une somme égale à la valeur des biens exposés au risque, en cas de sinistre l'assureur est en droit d'opérer une réduction proportionnelle).

Environ 80 % des assurés (et l'on peut dire, au point de vue sociologique, que, pourtant, il s'agit là d'un milieu privilégié, d'un milieu intéressé, non pas d'un milieu indifférent, puisque les enquêtés étaient des individus assurés) ignoraient l'existence de la règle proportionnelle. C'est, évidemment, un test assez frappant de la généralité du phénomène d'ignorance de la loi.

Il y aurait un autre moyen d'investigation, moyen par a fortiori, en quelque sorte, qui consisterait à essayer de détecter des phénomènes d'ignorance de la loi, à travers les recueils de jurisprudence, dans les décisions de justice.

Dans quelle mesure les magistrats ignorent-ils les lois qu'ils sont chargés d'appliquer ?... Il n'est pas rare que l'on ait pu constater, en doctrine, des phénomènes d'ignorance de la loi, même dans l'ordre judiciaire : on a vu des tribunaux citer et appliquer des lois abrogées depuis plus ou moins longtemps. L'explication est toute matérielle : ces tribunaux ne disposaient pas d'une documentation à jour ; ceci s'est vu même à la Cour de Cassation.

A la vérité, à la Cour de Cassation, il y a une particularité de procédure qui peut masquer le phénomène. En effet, la Cour de Cassation, d'après les principes mêmes du pourvoi n'a pas à appliquer le dernier état de la législation, mais bien l'état de la législation en vigueur au moment où a été rendue la décision qui lui est déférée. De sorte que la Cour de Cassation peut se permettre d'ignorer pendant quelques années les innovations législatives, et l'on peut penser que, dans l'intervalle, elle aura le temps de mettre à jour sa documentation. Il existe, d'ailleurs, un service de Documentation auprès de la Cour de Cassation, qui est la transformation du Service du Fichier. On peut penser qu'en 2 ou 3 ans, le personnel de la Cour de Cassation, qui est nombreux et expérimenté, aura eu le temps de se mettre à jour des lois nouvelles.

Cependant, si l'on veut essayer de saisir, -sans aucune intention

malicieuse, mais simplement pour donner des excuses au commun des citoyens - les phénomènes d'ignorance de la loi au niveau de la Cour de Cassation, on peut opérer sur une hypothèse particulière, l'hypothèse des lois interprétatives, car la Cour de Cassation doit appliquer d'office les lois interprétatives qui sont survenus entre le moment où l'arrêt frappé de pourvoi a été rendu et celui où elle-même statue. En effet, la loi interprétative fait corps avec la loi interprétée, elle est rétroactive, et rétroactive au sens le plus plein du terme : si elle survient dans l'intervalle où le pourvoi en cassation est pendante, la Cour de Cassation doit l'appliquer d'office.

Or, il est arrivé à la Cour de Cassation dans ces dernières années, d'ignorer 2 des lois interprétatives. On pourrait citer une demi-douzaine d'arrêts de 1956-1958, où la 2^e section civile a expressément cité sous son ancienne rédaction un texte qui avait été modifié par une loi interprétative du 31 décembre 1953. On est très loin des délais foudroyants que suppose le décret de 1870 : un jour franc après la publication au Journal Officiel.

II - Appréciation du système du droit dogmatique.

Le formalisme du système de droit dogmatique, en ce qui concerne la connaissance de la loi, l'irréalisme de ce système, son inefficacité, sautent aux yeux. Il est certain que le système, du droit dogmatique ne remplit pas son but. Nous sommes obligés de constater comme un fait que la loi reste largement ignorée. On ne peut pas se représenter la connaissance de la loi comme une sorte de nappe générale de lumière qui inonderait la masse. Ce que l'on appelle, la connaissance de la loi est une connaissance à éclipses ; la loi n'entre dans le champ de la conscience individuelle, le plus souvent, qu'à l'occasion de l'évènement qui en commande l'application. C'est l'évènement qui introduit la loi dans le champ de la conscience individuelle et l'oubli de l'évènement remporte la loi. Ceci, remarquons-le, est la négation de la définition dogmatique de la loi, laquelle est représentée comme un commandement général et permanent, c'est-à-dire comme un commandement donné d'avance. Il nous apparaît, par les faits, que le commandement n'est pas donné d'avance, n'est pas d'avance connu de tous ; non, il est connu au fur et à mesure des besoins, au hasard des évènements. Un tel système a des inconvénients ; est-il possible d'y apporter des remèdes ?...

Les inconvénients du système sont certains, mais quels sont-ils exactement ?....

Pour les juristes dogmatiques, l'ignorance de la loi, si largement observable, est un phénomène qui doit être déploré parce qu'il entraîne l'inapplication de la loi. Il y a des désobéissances à la loi qui sont des désobéissances par ignorance. On peut espérer que, si la loi était mieux connue, elle serait mieux obéie, que son application serait plus parfaite, et, l'application parfaite de la loi est l'idéal

des juristes dogmatiques ; pour eux, l'ineffectivité de la loi est quelque chose d'anormal, sinon de scandaleux. D'un point de vue sociologique, là n'est pas la pire. Que la loi soit appliquée ou non, cela n'a pas tellement d'importance aux yeux du sociologue. C'est qui est plus important, ce sont les troubles psychiques que les phénomènes d'ignorance de la loi peuvent déterminer dans les sujets. Ces troubles psychiques imputables à l'ignorance de la loi sont de deux sortes, - suivant, du reste, que l'on a affaire à l'une ou l'autre de deux formes : il y a l'ignorance inquiète et l'ignorance insouciante. Or, ces deux formes d'ignorance de la loi sont propres à entraîner plus tard des troubles psychiques dans les sujets.

Raisonnons, d'abord, sur "l'ignorance inquiète". Avant que la loi n'entre en application, le sujet devine son existence, qui l'en enveloppe. C'est un droit inconnu. Or, rien de plus angoissant que l'inconnu. L'ignorance de la loi antérieure à son application détermine une peur de l'inconnu. C'est cette sorte d'angoisse qui a été exprimée par Kafka, dans certains de ses ouvrages, "Le Château" et, surtout, "Le Procès", (cette pièce au lendemain de l'occupation, fut traduite par André Gide ; elle prenait, à la lumière rétrospective des événements une signification dramatique). "Le Procès" exprime l'angoisse que l'individu éprouve devant le système du droit, le système de l'Etat, dans tout ce qu'il a de mystérieux et d'inconnu. Il ne faut pas, d'ailleurs, s'imaginer que Kafka a fait allusion, ici, aux dictatures de l'entre-deux guerres, au nazisme ; Kafka, écrivain tchèque de langue allemande, écrivait avant la guerre de 1914, sous le règne très patriarcal, très paternaliste, de François-Joseph, époque qui, de loin, nous semble extrêmement douce et pacifique. Mais il n'empêche que, dans la monarchie austro-hongroise, toute paternaliste qu'elle fût, il y avait, comme dans tout Etat, une police, une justice, une bureaucratie, et c'est cette pression d'un droit qui, encore une fois, n'avait aucun caractère dramatique, cette pression congénitale du droit que Kafka a exprimé dans "Le Château" et dans "Le Procès".

La peur du droit inconnu est symbolisée dans "Le Château", par des couloirs à perte de vue, avec des portes fermées, - car c'est ainsi que, dans beaucoup de pays de l'Europe Centrale, la bureaucratie se présente matériellement d'où un problème :

- Quel est le plus angoissant pour le citoyen, l'usager de la bureaucratie, les guichets ou le couloir ?

Notre système traditionnel du guichet est intimidant, c'est certain, mais, tout de même, le guichet a quelque chose de familier ; par-dessus la barre, l'usager voit, avec un sentiment de pacification croissante, les employés s'ébrouer, en quelque sorte, en liberté, tandis que rien n'est plus angoissant que ces couloirs avec des portes fermées auxquelles il faut frapper et au-delà desquelles on ne sait pas trop quelle loi vous attend. Il est permis de s'interroger si l'introduction,

en France, du système des longs couloirs que l'on commence à voir apparaître dans les Administrations modernistes, est un progrès ou une régression, du point de vue de la psychothérapie juridique ?

Voilà, en tout cas, une première forme d'anxiété par ignorance de la loi qui vient de la peur de l'inconnu,

Vous êtes privilégiés, parce que la fréquentation du droit vous donne une certaine familiarité avec le monstre, mais, pour ceux qui n'ont pas fait de droit, qui ne savent pas ce qu'est le droit et ce qu'il vaut, la prescription "nema legem ignorare censetur" pèse d'un poids psychologique non négligeable. La loi est sentie comme un mystère, et il y en a tellement que l'on sait que l'on ne peut pas les connaître toutes, et l'on se dit que l'on est coupable - c'est le sens même de la prescription - de ne pas les connaître.

Il est permis, du reste, de rattacher à cette anxiété des lois le très grand développement, dans la vie quotidienne d'aujourd'hui, de ces Courriers juridiques où, par une sorte de confessional, les individus essaient d'apaiser leur anxiété devant l'inconnu du droit. C'est un phénomène de notre époque et c'est un phénomène qui est venu du développement du grand mystère juridique?

Mais si nous nous plaçons à un autre moment, au moment où la loi surgit dans la vie de l'individu, à l'occasion d'un procès ou à l'occasion de telle difficulté administrative, - car, aujourd'hui, il faut bien le dire, c'est une forme concrète de la décadence du droit civil ; les procès ne sont rien dans la vie des individus auprès des "difficultés" administratives - cette loi surgissant de l'inconnu va produire un effet de surprise, un effet de choc, ce que les psychologues appellent un "traumatisme", un traumatisme psychologique.

On relève, en épluchant les faits divers des journaux - de temps à autre des suicides déterminés par un procès perdu, par une saisie, même justifiée, l'admission ou le rejet d'un dossier dans un bureau anonyme, derrière le suicide qui est le fait objectif, il faut placer le traumatisme psychologique. Sans doute, ces traumatismes psychologiques peuvent être inhérents à toute action du droit. On peut dire que c'est le droit, par son action, qui les détermine plutôt que l'inconnu du droit, mais le traumatisme est rendu plus profond, plus sensible par l'ignorance qui avait précédé par cette ignorance antérieure qui avait créé une fausse sécurité.

Tels étant les inconvénients, existe-t-il des remèdes ?... Ces remèdes peuvent être cherchés soit dans l'administration sociologique, soit dans la législation sociologique, selon une distinction que nous avons déjà rencontrée.

L'administration sociologique pourrait remédier aux inconvénients résultant de l'ignorance, si largement répandue, de la loi en améliorant

ce que j'ai appelé les "publics relations de la loi". Notre système de publications tout à fait formaliste, impersonnelle, au Journal Officiel, devrait être complété par un système de publications plus réaliste et, faudrait-il ajouter, plus affectif, ayant une tonalité sentimentale plus vive.

Il est certain que notre ancien droit faisait mieux que nous sur ce point : il avait des procédés de publication moins formalistes que les nôtres. Par exemple, les ordonnances et édits pouvaient être publiés par lecture publique, soit dans les cours et présidiaux, et ceci concernait surtout l'information des praticiens, mais aussi par lecture publique aux prônes du clergé. C'était là un moyen certainement plus effectif d'atteindre la masse de la population.

Notre Révolution essaya de laïciser le système en organisant des lectures publiques de la loi lors de cérémonies civiques. Mais cela, ne devait pas survivre à l'effort, bien connu mais assez malheureux, de la Révolution pour organiser des fêtes civiques.

Aujourd'hui, notons-le, il y a, du reste, chez nos dirigeants, chez nos administrateurs, une perception du besoin de la masse à cet égard ; à la publication par le Journal Officiel, on s'efforce de superposer d'autres publications plus concrètes. A l'occasion de telle ou telle mesure législative nouvelle, l'Administration fera passer des communiqués dans la grande presse, ce qui est tout de même mieux que le Journal Officiel. Parfois, elle éditera des brochures, elle fera entendre des commentaires à la Radio.

Il y a là, vous le voyez, un effort pour organiser les "publics relations" de la loi. Mais tout cela, il faut bien en convenir, reste assez médiocre.

De la législation sociologique, que pouvons-nous attendre ?... Le problème capital est de savoir s'il convient de laisser subsister ou de supprimer la présomption : "Nul n'est censé ignorer la loi". Ce serait, je le reconnais, une grosse responsabilité que de l'abolir d'un trait de plume ; cependant, on pourrait l'assouplir, on pourrait, notamment, la rendre réfragable.

Dans le système actuel du droit dogmatique, la présomption ne supporte pas la preuve contraire. Ne serait-il pas possible, sans ébranler les colonnes de la société, de disposer que, désormais, le sujet de la loi, sous certaines conditions, est autorisé à démontrer que, par exception, il ne l'a pas connue ?...

Il faudrait essayer de préciser, d'ailleurs, ce mécanisme de la preuve contraire en ce qui concerne la présomption "Nul n'est censé ignorer la loi". L'intéressé, semble-t-il, devrait être appelé à démontrer deux choses :

1°) Qu'il n'a pas connu la loi.

Ici, une objection qui peut venir à l'esprit tout de suite : n'avoir pas connu la loi est un fait négatif, et c'est un adage de la théorie des preuves qu'il n'est pas de preuve possible des faits négatifs.

A la vérité, cet adage, d'après lequel la preuve des faits négatifs serait impossible, est formulé en termes beaucoup trop généraux. La preuve d'un fait négatif peut être rapportée d'une manière indirecte ; il est des faits positifs qui peuvent être prouvés et qui emportent avec eux la probabilité du fait négatif qui ne saurait être prouvé directement.

La probabilité que l'individu n'a pas connu la loi devrait, du reste, tenir compte de deux sortes de circonstances : d'abord, du caractère de la loi, et il y aurait lieu, ici, de transposer quelque chose de la distinction doctrinale qui a parfois proposée en droit pénal, entre les délits de droit naturel et les délits de droit positif.

Lorsque la disposition légale litigieuse incorpore une coutume ancestrale, une coutume qui est, véritablement, vécue par les individus dans le pays - ce que la vieille philosophie du droit appelait "droit naturel", - on peut admettre que la preuve que le sujet n'a pas connu la loi ne peut pas être accueillie facilement. Cette loi s'incorpore au patrimoine intellectuel d'une société, elle fait partie de l'éducation de tout homme et, en conséquence, il est probable que l'individu a dû la connaître.

Mais s'il s'agit d'une loi purement technique, notamment, d'une disposition nouvelle qui n'a pas toujours existé, la probabilité que l'individu ne l'a pas connue devient beaucoup plus grande, et la preuve contraire doit être beaucoup plus facilement admise.

La seconde circonstance à prendre en considération est la qualité, la condition sociale de l'individu. Et, ici, il serait bon de réintroduire quelques-unes des distinctions que faisait notre ancien droit (le privilège des militaires et des rustiques). Il est des catégories sociologiques pour lesquelles l'ignorance de la loi est beaucoup plus admissible que pour d'autres.

2°) Le second point de la démonstration serait que l'individu n'avait pas le devoir de connaître la loi : non seulement il ne l'avait pas connue, mais il n'avait pas le devoir de s'en informer, car il existe tout de même des devoirs de connaître, ce que les Allemands appellent des "Kennenmüssen", des obligations de s'informer, j'entends un devoir spécial à l'individu dont il s'agit, en raison de son appartenance sociale, parce que, par exemple, il s'agit d'une loi professionnelle et que l'individu appartient, précisément, à la profession concernée. Je ne parle

pas d'un devoir générique qui imposerait à tout citoyen de s'informer des lois, d'apprendre le droit, non, mais du devoir spécifique que l'individu en cause avait de s'informer au sujet de l'existence possible d'une loi portant sur un point précis.

Sous le bénéfice de ces précautions, il semble qu'un assouplissement de la présomption légale serait tout à fait désirable, et même tout à fait urgent, dans l'état actuel du droit.

Un autre procédé auquel on pourrait recourir en législation, ce serait l'organisation de procédés d'information juridique, non plus collectifs, mais individuels. Tout notre système d'information juridique - que ce soit le système formaliste de publication au Journal Officiel, ou les compléments qu'a pu y apporter bénévolement l'Administration, dans tel ou tel cas - tout le système est fait de procédés collectifs, mais on concevrait, par une sorte de confirmation de ce système de connaissance à éclipses, que nous avons constaté dans la réalité des faits, un système où la société, où l'Etat informerait spécialement chaque individu de la loi applicable, au moment même où se pose la question de son application. Ce serait une connaissance individuelle et concrète au moment même de l'action.

On pourrait très bien concevoir un développement de ce système en harmonie, d'ailleurs, avec la conception sociologique de la loi, laquelle n'est pas un continu, n'est pas, je le répète, une nappe permanente de lumière, mais, tout au plus, une lumière intermittente qui intervient de temps à autre dans la vie de l'individu.

Le système est déjà en germe dans le droit positif. En voici quelques exemples.

Une première modalité (qui intéresse le droit privé) constituera dans une relation juridique qui met en cause deux parties, à obliger l'une d'entre elles à rappeler à l'autre l'existence d'une disposition légale. Il est des hypothèses où une partie doit faire une signification à l'autre, par acte d'huissier ou par lettre recommandée. N'est-il pas possible d'imposer, à cette occasion, à la partie qui fait la signification de la disposition légale en cause, afin que le destinataire soit pleinement éclairé ? Nous avons l'amorce du système. Ainsi, dans la loi du 1er septembre 1948, sur les loyers, (article 80 où il s'agit de la clause résolutoire expresse dans le bail). Cette clause résolutoire expresse, d'après la loi de 1948, ne peut plus jouer automatiquement : un délai d'un mois, à compter du commandement, est accordé au locataire, - un mois de grâce, en quelque sorte - pour payer. Or, l'article 80 précise que, dans le commandement de payer que le bailleur adressera au locataire, il faudra mentionner l'existence de ce délai d'un mois qui est imparté par la loi pour payer.

Le procédé a été utilisé encore dans les relations entre assureur et assuré. Ainsi, selon la loi du 13 juillet 1930, article 16, alinéa 2,

l'assureur doit adresser une mise en demeure à l'assuré lorsqu'il entend suspendre le contrat d'assurance parce qu'une prime n'a pas été payée. Dans cette mise en demeure, l'assureur devra reproduire le texte de l'article 16. C'est toujours la même idée : substituer une information générale résultant de la promulgation de la loi.

Une disposition semblable s'applique aux relations entre bailleur à ferme et fermier, selon l'article 840 actuel du Code Rural : la mise en demeure adressée par le bailleur au fermier doit lui rappeler, concrètement, quelles seront les conséquences légales de son attitude.

Il convient de signaler un autre système qui fonctionne dans une zone intermédiaire entre droit pénal et droit privé, pour les infractions à la réglementation du travail, spécialement à la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité des travailleurs.

Il faut voir, pratiquement, ce qu'est cette réglementation : une infinité de décrets, d'arrêtés pris par les bureaux, extrêmement détaillés, très variables, souvent modifiés, si bien que beaucoup d'entrepreneurs, surtout en France où il y a de petits entrepreneurs en très grand nombre, peuvent ne pas connaître l'état de la réglementation, à un moment donné. Alors, va-t-on, comme le voudrait la maxime "Nul n'est censé ignorer la loi", leur appliquer automatiquement les sanctions, les amendes pour contraventions qui sont prévues dans le cas d'infraction à cette réglementation ?... Non. Nous avons ici un système général, extrêmement remarquable au point de vue de la théorie générale des lois, qui dispose qu'aucune poursuite n'est possible pour ces infractions à la réglementation du travail, avant qu'une mise en demeure de se conformer à la loi n'ait été adressée à l'auteur de l'infraction.

Les Services de l'Inspection du Travail ont, par hypothèse, constaté que la réglementation du travail n'était pas appliquée dans tel atelier. Logiquement, d'après les principes généraux sur la connaissance de la loi et la maxime "Nul n'est censé ignorer la loi", les sanctions pénales seraient immédiatement applicables. Mais, ici, nous avons une disposition particulière: l'Inspection du Travail adressera une mise en demeure à l'employeur d'avoir à se conformer à une réglementation qu'il détaille, de telle sorte, tout à la fois, que l'entrepreneur informé de l'état de la loi et qu'un délai lui est donné pour s'y conformer.

Dans certaines analyses des spécialistes de la matière, on parle, à cette occasion, d'une tentative de conciliation ; mais remarquez combien il est paradoxal du point de vue dogmatique, que la loi pénale fasse une tentative de conciliation ?... Ce qui ajoute au caractère sociologique du système, c'est l'interposition de ce personnage qu'est l'Inspecteur du Travail, personnage sociologiquement très significatif parce qu'il intervient en quelque sorte, comme un relais dans l'application du droit, un relais vivant, comme un intermédiaire vivant de la loi. A la loi impersonnelle, la loi de papier, la loi du Journal Officiel,

se superpose la loi en chair et en os, l'Inspecteur du Travail, qui pourra expliquer le texte, tenter de concilier le texte avec ses sujets, et qui, dans la plupart des cas, arrangera les choses. Cela nous éloigne beaucoup, encore une fois, de la conception dogmatique, mais il y a là un progrès et l'indication de ce qui pourrait être fait beaucoup plus largement pour toutes sortes de lois de caractère technique.

Telles sont les réflexions d'ordre sociologique que je voulais faire au sujet de la connaissance de la loi. Nous allons entrer dans une troisième et dernière phase de la vie de la loi en nous interrogeant, en quelque sorte, sur l'entrée en vigueur de la loi, ce qui fera l'objet d'un paragraphe second sur l'application de la loi dans le temps.

§ 2. - L'application de la loi dans le temps.

Les difficultés dogmatiques de la matière sont bien connues. Il existe, à ce sujet, une théorie classique, celle des droits acquis (une loi est rétroactive quand elle porte atteinte à des droits acquis ; or, sauf clause expresse de rétroactivité, une loi doit être appliquée par le juge de telle sorte qu'elle ne rétroagisse pas). A notre époque, le Doyen Roubier, a repensé la matière, en proposant de distinguer de l'effet rétroactif ce qu'il appelle l'effet immédiat : une loi peut, sans être rétroactive, saisir immédiatement les situations juridiques en cours (sans cependant, celles qui résultent des contrats).

La sociologie juridique, notons-le aime bien, les conflits de loi dans le temps, comme aussi les conflits de loi dans l'espace. C'est que tous ces conflits de lois tendent à introduire, dans le système juridique d'un pays, que les dogmatiques présentent comme un système unitaire, moniste, le plaisant bariolage d'un pluralisme juridique.

Mais peu importe ici. Il n'est pas question de reprendre, sociologiquement, toute la théorie des conflits de loi dans le temps ; nous nous bornerons à des observations sociologiques sur quelques points de la théorie que vous connaissez dogmatiquement.

Si la sociologie juridique avait à reprendre la théorie des conflits de loi dans le temps, je pense qu'elle y ferait intervenir les rôles et les effectivités.

A - Les rôles.

Dans l'acception sociologique, le mot nous vient des Américains (role, sans accent circonflexe). Les sociologues américains opposent le status et le role. Nous pouvons franciser l'opposition, et opposer à notre tour les rôles aux statuts.

Qu'est-ce à dire ?

Le statut (si nous pensons spécialement au droit) c'est la situation juridique de l'individu, telle qu'elle lui est définie par la loi.

Le rôle, c'est la manière effective, concrète, dont cet individu occupe ou n'occupe pas sa situation, c'est la manière dont il vit et qui peut coïncider, sans doute, avec les limites à lui imparties par le droit, avec son statut, mais qui peut très bien soit déborder le statut, soit au contraire, rester en-deça.

Si par exemple, un métayer, qui, selon son statut, aurait droit à deux tiers des produits, se contente d'un tiers, et laisse son rôle en-deça de son statut ; réciproquement, le rôle de bailleur, en pareil cas, va au-delà de son statut.

On peut encore illustrer la distinction par un exemple historique. Dans les derniers siècles de l'ancien régime, c'est un fait que les droits féodaux n'étaient pas toujours perçus intégralement, pour toutes sortes de raisons, dont la négligence n'était pas la moindre. Les seigneurs ne portèrent pas toujours leur rôle à la limite de leur statut et réciproquement, le rôle des tenanciers débordait souvent leur statut. Il est précisément des historiens pour soutenir qu'une des causes du malaise paysan au XVIII^e siècle et, partant, de la Révolution, fut que beaucoup de seigneurs, pressés par le besoin et obligés de faire flèche de tout bois, se mirent alors à recenser tous les droits féodaux qu'ils avaient cessé d'exercer effectivement et s'efforcèrent de les remettre en vigueur - bref de reporter leur rôle aux limites exactes de leur statut.

En somme, pour traduire l'opposition en termes juridiques, le statut est le droit subjectif, théoriquement défini par la loi ; le rôle est le droit subjectif, tel qu'il est exercé effectivement, l'exercice effectif du droit.

Cette distinction du rôle et du statut des droits acquis. Ce serait au moins une approximation sociologique que de substituer à la notion de droit acquis la notion de rôle acquis, ou, si même, l'on voulait s'en tenir à nos habitudes de vocabulaire juridique, la notion de possession acquise. Sociologiquement, il faudrait faire intervenir de façon plus large l'idée de possession dans le mécanisme des conflits de loi dans le temps. Nous dirions alors, non pas, comme le dit le droit dogmatique, que la loi nouvelle est rétroactive quand elle vient atteindre un droit subjectif, un droit acquis, mais qu'elle est rétroactive quand elle porte atteinte à une possession à un rôle effectivement joué par l'individu.

Or, les deux choses ne vont pas toujours de pair, il peut y avoir droit sans possession, le statut peut exister sans le rôle correspondant et, alors, on devrait dire que la loi nouvelle, qui porte atteinte au droit non consolidé par une possession, au statut derrière lequel ne se trouve aucun rôle effectif, que cette loi-là n'est pas rétroactive, qu'elle peut atteindre la situation dont il s'agit sans être entachée de rétroactivité.

Supposons une loi supprimant le droit individuel de propriété

pour une catégorie donnée de biens. La question est de savoir si, la loi n'ayant rien dit au sujet de son application dans le temps, elle doit être applicable aux propriétés déjà acquises. D'après les principes dogmatiques, il faut répondre négativement, parce qu'il y a là un droit acquis, lequel, s'impose au respect de la loi nouvelle. C'est exact si la propriété est assortie d'une possession correspondante, mais si elle n'a pas, derrière elle, une possession effective, sociologiquement, on devrait dire que la loi nouvelle qui la supprime n'est pas rétroactive parce que, en réalité, elle ne touche pas à un rôle vivant, à une possession vivante.

Modifions légèrement l'hypothèse, en supposant que le propriétaire ignore son droit de propriété. Il ne jouera évidemment pas le rôle correspondant à son statut puisqu'il l'ignore celui-ci. Cette propriété inconsciente pourrait être supprimée par la loi nouvelle, sans que celle-ci fût rétroactive.

Modifions encore l'hypothèse, en supposant que le propriétaire ne jouait pas son rôle à la limite théorique de son statut (par ex : il avait droit à la moitié des produits et n'en réclamait que le tiers). Vient une loi nouvelle qui ramène le statut à la limite du rôle (le propriétaire n'aura droit qu'au tiers). Est-elle rétroactive dans son application aux propriétés antérieures ? Il faut sociologiquement répondre par la négative : elle ne touche que le statut, le statut purement théorique ; elle ne touche que le statut, le statut purement théorique ; elle n'a pas touché le rôle.

On peut tirer d'autres exemples de la matière des incapacités. Un fils de famille continue, au-delà de sa majorité légale, à vivre sous la dépendance de fait de ses parents. Il a le statut de la majorité, mais n'en a pas le rôle. Une loi nouvelle, qui porterait la majorité de 21 à 25 ans, par exemple, pourrait lui être applicable sans être entachée de rétroactivité.

L'inverse est également vrai. Il est des possessions sans droit correspondant ; des rôles sans statut correspondant. La théorie classique des droits acquis considère que, du moment qu'il n'y a pas de droit acquis, il n'y a rien de respectable, et qu'une loi nouvelle pourrait être sans rétroactivité.

La théorie sociologique répondra différemment, elle considèrera que, s'il y a une possession, un rôle, il y a une réalité sociologique, qui mérite le respect de la loi nouvelle. La loi nouvelle est rétroactive si elle vient à atteindre des rôles ou des possessions, alors même qu'elle respecterait les statuts, les droits acquis.

En visageons le cas - type pour lequel a été construite la théorie classique des droits acquis, c'est-à-dire la vocation successorale. On fait intervenir ici, d'une manière très frappante, -l'opposition entre droits acquis et expectatives. Tant que la succession n'est pas ouverte,

l'héritier, dit-on, n'a qu'une expectative ; en conséquence, une loi nouvelle, survenant avant l'ouverture de la succession, peut, sans être entachée de rétroactivité, ravir aux héritiers leur vocation successorale. S'il est un principe sûr dans la théorie classique de la non rétroactivité des lois, c'est bien celui-là.

Pourtant sociologiquement, cette solution est très visiblement inexacte. En réalité, il faudrait faire apparaître la dualité possible de contenu sociologique dans la vocation successorale. Sans doute, pour certains héritiers, on peut parler d'une expectative ; ce sont ceux que le droit allemand appelle les "héritiers rians", les héritiers qui rient, ces héritiers lointains qui, bien souvent, ne connaissaient pas le de cuius, qui, même, bien souvent, ne soupçonnaient son existence et qui ne sont découverts que par un généalogiste. Pour ces héritiers-là, il est certain que l'on ne peut admettre un rôle d'héritier, un rôle sociologiquement reconnu d'héritier avant l'ouverture de la succession. On conçoit que la loi nouvelle puisse, sans rétroactivité, leur enlever leur vocation.

Mais considérez le cas de beaucoup d'héritiers, des héritiers les plus proches : ce sont des enfants qui vivaient au foyer de leur père, c'est une femme qui a soigné son mari pendant de longues années. Le droit dogmatique vient dire qu'ils n'ont que des expectatives, qu'il n'y a rien de consistant dans leur situation avant le décès. C'est sociologiquement un non-sens. En réalité, il y a déjà un rôle d'héritier présomptif, il y a déjà une possession de la situation, dans ces hypothèses-là, quelque chose de sociologiquement très réel, très vivant. C'est ce qu'exprimait, à l'origine, la notion de saisine, qui marquait bien, à l'origine, une continuité de possession : en-deça et par-delà la mort du de cuius, c'était la même possession qui continuait. Le droit reconnaissait ainsi l'existence d'un rôle d'héritier dès avant la mort du de cuius. La vérité est qu'il y a bien une situation, un rôle vécu d'héritiers présomptif. Cela est notoire pour les princes du sang qui ont une qualité d'héritier présomptif juridiquement reconnue dès avant le décès du souverain. Mais cela n'est pas moins vrai pour le commun (sans même rappeler que la qualité d'héritier présomptif est facilement une source de crédit aux yeux des usuriers, ces grands réalistes).

L'idée, la proposition qui peut exprimer cela, c'est que l'on ne peut pas faire grief à une loi nouvelle de rétroactivité toutes les fois que, touchant les droits acquis, elle ne touche pas les possessions, toutes les fois que, même si elle touche les statuts, elle ne touche pas les rôles.

B - Les effectivités.

Nous ne nous plaçons plus au niveau des situations individuelles, mais des dispositions générales. Avant de décider si une loi nouvelle est ou non rétroactive, nous devons nous demander si la loi ancienne

était ou non effective et, peut-être aussi si la loi nouvelle sera ou non effective.

Ici, j'anticipe sur des explications qui viendront dans très peu de temps, concernant les phénomènes d'ineffectivité des lois. Il y a des phénomènes d'ineffectivité des lois qui sont fondamentaux, du point de vue de la Sociologie Juridique. Or, ces phénomènes peuvent interférer, ce qui est notre hypothèse, avec la succession de lois dans le temps.

Le point de vue, la considération de l'effectivité ou de l'ineffectivité va conduire à corriger quelques-unes des solutions de la théorie classique en matière de nonrétroactivité des lois ; ou du moins elle fera apparaître ces solutions sous un autre jour.

1°) - L'ineffectivité de la loi ancienne ou son effectivité sont des éléments d'appréciation de la rétroactivité d'une loi nouvelle. Nous ne sommes pas tellement éloignés de ce point de vue des possession et des rôles dont nous parlions tout à l'heure, en nous plaçant au niveau des situations individuelles.

Quelle est, ici, l'hypothèse?... C'est que la loi ancienne n'était pas effectivement appliquée. Sociologiquement, nous devons alors constater que la loi nouvelle ne rencontre rien devant elle. Elle ne rencontre qu'un fantôme, une forme vide. Lorsque la loi nouvelle vient ainsi abroger une loi ancienne, qui était ineffective, nous pouvons dire qu'en réalité elle a un caractère, non pas créateur, constitutif de droit, mais simplement déclaratif, interprétatif de la situation antérieure, qui était déjà une abrogation de fait.

Or, les lois interprétatives ont toujours été considérées comme naturellement rétroactives parce qu'elles ne créent rien, parce qu'elles ne font que déclarer ce qui préexistait. Lorsque la loi nouvelle abroge une loi ineffective, une loi qui n'était pas ou n'était plus appliquée, on peut dire qu'elle ne fait qu'interpréter la situation antérieure, la déclarer, la rendre juridiquement évidente, mais elle ne crée rien de plus. La loi nouvelle qui abroge une loi ineffective est, au fond, une loi interprétative des moeurs préexistantes. A ce titre, elle a une vocation naturelle à rétroagir.

En visagions une hypothèse qui est un souvenir de la période de la Libération. Supposons une loi de taxation des prix ; elle emporte nullité, - nullité d'ordre public - des contrats de vente conclus pour un prix supérieur au prix de la taxe. Mais il arrive, il est arrivé, que ces lois de taxation soient violées de toutes parts, qu'en fait elles ne soient pas appliquées, qu'elles soient pleinement ineffectives. Supposons que le législateur, tirant les conséquences politiques des faits, vienne abroger cette loi de taxation ineffective. Nous pouvons, sociologiquement, considérer cette loi d'abrogation comme une loi interprétative d'un état de fait qui s'était spontanément créé, et, la conséquence est que cette loi nouvelle doit pouvoir être appliquée aux con-

trats antérieurement conclus. C'est-à-dire que, tandis que, d'après les normes du droit dogmatique, ces contrats, qui ont été conclus en violation d'une loi d'ordre public existant au moment où ils ont été fondés, devraient être nuls et rester nuls, malgré la loi nouvelle qui est venue changer, la notion d'ordre public, d'après la Sociologie juridique, ces contrats doivent être validés parce que la loi nouvelle, interprétative des moeurs préexistantes et rétroactive, peut s'appliquer aux contrats antérieurement conclus.

Voilà ce que la notion d'effectivité et d'ineffectivité peut apporter dans cette hypothèse, et la solution se comprend. Pour ceci, en thèse générale, un contrat doit-il continuer à être régi, malgré le changement de législation, par la loi qui était en vigueur au moment où il a été conclu ?... Parce que, dit-on, il ne faut pas tromper la confiance légitime des contractants. Mais, dans notre hypothèse, qu'est-ce qui a pu fonder la confiance légitime des contractants ?... Est-ce cette loi qui, par hypothèse, était ineffective ?... Il est bien plus exact de dire que les contractants ont dû faire confiance à la pratique, sinon à la coutume - qui s'était spontanément constituée. Dès lors, la loi nouvelle est justifiée, rationnellement, à tenir compte de cette confiance faite à la pratique, en s'appliquant rétroactivement.

Cette considération sociologique de l'effectivité de la loi ancienne est de nature à rendre inutiles les discussions du droit dogmatique sur les changements dans la notion de l'ordre public.

Préons pour second exemple la loi du 16 novembre 1912 qui est venue permettre, dans certains cas, la recherche de la paternité naturelle, laquelle était, au contraire, prohibée sous l'empire de l'article 340 primitif du Code Civil. Cette loi était applicable aux enfants antérieurement conçus ?... Le problème fut vivement discuté en doctrine et tranché par la Cour de Cassation, dans des arrêts célèbres (Civ; 20 février 1917, D. 1917-I-81) en faveur de l'application rétroactive (d'aucuns diront "l'application immédiate", niant qu'il y ait ici rétroactivité).

Seulement, sans prendre parti dans ces discussions de droit dogmatique, qui ont leur légitimité, il faut, d'un point de vue sociologique, se demander si l'article 340 du Code Civil, dans son état primitif, en tant qu'il portait prohibition de la recherche de la paternité, n'avait pas cessé, dès avant la loi de 1912, d'être, pour une large part, effectif...

Il s'était créé, dès le XIX^e siècle, et ceci avait été croissant, une jurisprudence qui, au moins, pouvait donner le sentiment que la prohibition n'était plus absolue : tantôt la jurisprudence accordait des dommages-intérêts à la mère, en vertu de l'article 1382 du Code Civil, en se fondant sur la faute du prétendu père, pour cause de séduction, tantôt la jurisprudence validait l'engagement que le père avait pris de

pourvoir aux aliments de l'enfant. Par ces deux biais, l'on aboutissait à reconnaître à l'enfant l'équivalent de droits alimentaires.

Au moins pour certains des cas d'ouverture de l'article 340 nouveau il est permis de soutenir que la loi de 1912 était interprétative, des mœurs préexistantes, et qu'en conséquence ce que l'on a appelé sa "rétroactivité" pouvait, d'un point de vue sociologique, paraître naturel.

Notez que le raisonnement que je viens d'ébaucher ici serait transposable, mutatis mutandis, aux enfants adultérins et à la loi du 15 juillet 1955. Dans les années qui ont précédé cette loi, pareillement, tantôt sur la base de l'article 1382, en invoquant une responsabilité du père, tantôt en validant un engagement pris par celui-ci comme novation d'une obligation naturelle, la jurisprudence avait déjà très largement escompté l'action alimentaire qui a été créée formellement en 1955. Si bien que la loi de 1955 n'a pas été aussi novatoire que l'on pourrait le croire, mais très largement interprétative des mœurs préexistantes. On pourrait donc, par le même raisonnement, conclure à sa rétroactivité (c'est, d'ailleurs, en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence).

2°) Il peut se produire des phénomènes d'ineffectivité, à propos de la non rétroactivité des lois

Les normes de conflit de lois dans le temps peuvent accorder à la loi ancienne ce que l'on appelle une survie. Vous connaissez, dans la théorie des conflits intertemporels, la notion de survie de la loi ancienne.

Or, dans des cas où les normes de conflit accordent une survie à la loi ancienne, il arrive que cette survie ne soit pas effective, et il y a là une observation dont la sociologie juridique doit tenir compte.

C'est, en particulier, pour les contrats que les normes de conflit de lois dans le temps accordent une survie à la loi ancienne. Le principe est que les contrats continuent à être régis par la loi contemporaine de leur formation. Ce qui, d'un point de vue sociologique, aboutit, d'ailleurs, à cette observation qu'il se forme des îlots de droit juridique, loin d'être uniforme, sera troué, si l'on ose dire, par des filets de droit survivant, de droit qui, très régulièrement, d'après les normes mêmes de conflit, doit se prolonger plus ou moins longtemps.. A l'encontre du monisme du droit dogmatique, le droit disparu va continuer à co-exister avec le droit nouveau. Seulement, cette survie de la loi ancienne ne sera pas toujours effective. Il y aura survie juridique, survie d'après les règles du droit dogmatique, les normes de conflit en l'occurrence, mais il n'y aura pas survie sociologique, parce que la norme de survie ne sera pas effective. On conçoit les causes qui empêchent l'effectivité de cette survie. C'est que le droit ancien est isolé, battu de tous côtés par le flot de droit nouveau. Par hypothèse, les forces sociales

les plus actives ont dû s'exprimer dans la loi nouvelle. Des phénomènes de psychologie sociale vont se produire qui tendront à l'alignement du droit tout entier sur le droit nouveau. Il y aura des phénomènes d'imitation spontanée de la part des uns, de réprobation contraignante de la part des autres et, finalement, c'est la loi nouvelle qui tendra à s'imposer même au-delà des limites que les normes de conflit lui assignaient.

Tantôt ce sont les contractants qui renonceront, tacitement, au bénéfice de la loi ancienne, parce qu'ils se sentent isolés avec leur morceau de droit disparu au milieu d'un droit nouveau qui les entoure de toutes parts ; tantôt ce seront les juges qui s'ingénieront à interpréter contre la loi ancienne toutes les solutions de conflit ; notamment, en invoquant contre elle l'ordre public. Dans cette matière, bien souvent l'invocation de l'ordre public par les juges a été l'aveu non dissimulé de la pression sociale qui s'exerce contre la survie de la loi ancienne. Il est permis, notamment, d'interpréter sociologiquement, de cette manière, des espèces comme celle-ci : Civ. 22 avril 1929, D. H. 1929, 281, au sujet de l'application de la loi du 19 juillet 1928 qui est venue interdire les conventions dérogatoires à la durée du délai-congé dans le contrat de travail. La Cour de Cassation a déclaré d'ordre public afin de pouvoir l'appliquer rétroactivement aux contrats de travail antérieurement conclus.

D'un point de vue dogmatique, on pourrait trouver discutable qu'une loi nouvelle soit rétroactive par cela seul qu'elle est d'ordre public. Mais, d'un point de vue sociologique, on comprend très bien le phénomène : la pression sociale, qui a fait apparaître la loi nouvelle, s'exerce contre la survie de la loi ancienne. Les normes dogmatiques de conflit ont beau garantir une survie à la loi ancienne, celle-ci se trouve battue en brèche par tout le flot du droit nouveau.

Semblablement, vous pourriez expliquer par la sociologie le principe si difficile à défendre en droit dogmatique, de la rétroactivité de la loi pénale "in mitius". Quand la loi pénale nouvelle, est plus douce que la loi ancienne, elle rétroagit. Rationnellement, d'un point de vue dogmatique, ce n'est pas justifiable ; l'infraction devrait continuer à être régie par la loi pénale en vigueur au moment où elle a été commise, mais, sociologiquement, cette rétroactivité "in mitus" trahit simplement la force du courant sentimental qui, par hypothèse, a déterminé l'adoucissement de la pénalité.

Section III . L'APPLICATION DE LA LOI

La loi se définit comme un commandement, un commandement étatique. Mais ce mot de commandement fait surgir tout de suite une question : le commandement sera-t-il obéi ?....

La question peut-être libellée un peu différemment : la loi est

une règle de conduite adressée aux hommes, mais cette conduite sera-t-elle effective ? Les conduites effectives se calqueront-elles sur ce modèle de conduite qui est présenté aux hommes par la loi ?..."

On devine l'importance que l'effectivité peut représenter pour une conception sociologique de la loi. Il est même des sociologues qui considèrent l'effectivité comme un caractère nécessaire de la règle de droit. Pour la Sociologie juridique, disent-ils, il n'y a de règle de droit, il n'y a de loi qu'effective. Une loi qui n'est pas effective n'est pas une loi véritable.

Cette attitude n'est pas, cependant entièrement réaliste : l'ineffectivité de la loi est un phénomène sociologique au même titre que son effectivité. C'est même, à certains égards, un phénomène sociologique plus intéressant que l'effectivité. Il n'est même pas sûr que l'ineffectivité de la loi puisse être considérée comme un phénomène anormal. Le terme "anormal" est, du reste, en Sociologie et, surtout, en Sociologie juridique, discuté et discutable, mais - quel que sens que l'on donne à la notion d'anormalité - tous les phénomènes d'ineffectivité ne sont peut-être pas, des phénomènes anormaux.

Nous devons donc consacrer autant d'attention à l'ineffectivité qu'à l'effectivité, - ce qui expliquera la division de la présente section en deux paragraphes.

§ 1. - L'effectivité de la loi.

Il semble que la loi effective mérite peu d'attention, elle n'a pas d'histoire, elle est heureuse. C'est la vocation d'une loi, a priori, d'être obéie. Que peut-elle demander de plus ?....

Tout de même, il faut réfléchir à cette expension de "loi effective". Une loi effective est une loi qui produit des effets, qui produit ses effets. Mais, si nous réfléchissons que la loi, par opposition à la coutume, est un acte de volonté de ce personnage individuel ou collectif que l'on appelle "législateur", une question vient à l'esprit :

- La loi effective, c'est la loi qui produit les effets voulus par le législateur. Mais la loi produit-elle toujours les effets voulus par le législateur ?....

En réalité, il y a, à l'intérieur de la notion d'effectivité des phénomènes d'incidence et d'influence qui tendent à déplacer l'effet voulu de la loi. La loi produit toujours des effets. On ne peut donc pas dire qu'elle soit inappliquée, ineffective, mais elle ne produit par son ou ses auteurs.

A.) Les phénomènes d'incidence de la loi.

Ce terme "incidence" évoque des notions de droit financier, de droit fiscal. Cette discipline nous enseigne ce qu'est l'incidence de l'impôt, c'est-à-dire le point de chute final de l'impôt, la personne qui supporte réellement l'impôt. Lorsque celui qui paie l'impôt le supporte définitivement, on dit, parfois, que l'incidence est directe, mais lorsque celui qui paie l'impôt le rejette sur autrui, on dit que l'incidence est indirecte. C'est alors que se manifestent proprement, les phénomènes d'incidence. On dit encore - car la terminologie est assez flottante chez les spécialistes de la matière fiscale - qu'il y a en pareil cas répercussion de l'impôt. L'impôt, à côté de son effet direct, a une répercussion, une incidence indirecte. Les spécialistes du droit fiscal enseignent que ces phénomènes d'incidence, de répercussion, se produisent ou non, suivant les cas ; ils ne se produisent pas toujours.

Pour vous remémorer des exemples qui, sans doute, sont parmi les plus simples, si vous supposez que le législateur établisse un impôt sur les revenus des retraités, il n'y aura pas lieu à répercussion, car le retraité n'a pas la possibilité de répercuter sur autrui le poids de l'impôt qu'il doit payer. Mais supposez, à l'inverse, que l'Etat établisse un impôt sur la propriété des immeubles à usage industriel, le propriétaire d'un tel immeuble a la possibilité de répercuter cet impôt sur son locataire : dans le prochain contrat de bail, il augmentera à proportion le prix du loyer, - répercussion. Et le locataire industriel aura la possibilité, à son tour, d'incorporer ce supplément de loyer qu'il est obligé de payer, à ses prix de revient, donc à ses prix de vente, de le répercuter sur sa clientèle de grossistes. Le grossiste, à son tour, pourra répercuter l'impôt dans ses prix de vente au détail sur le consommateur.

Or, on n'a pas assez souligné que le problème de l'incidence en droit fiscal n'est, en réalité, qu'un aspect particulier d'un problème beaucoup plus vaste, qui ressortit à la théorie générale des lois. Il y a des phénomènes d'incidence, de répercussion pour toute loi, du moins pour toute loi ayant un objet de droit patrimonial.

Les effets des lois ne sont pas toujours ceux qu'a voulu le législateur, parce que le point de chute choisi par le législateur n'est pas définitif. L'intéressé, qui se trouve situé au point de chute, trouve dans le droit commun la possibilité de rejeter sur autrui la charge de la loi qui lui est appliquée.

Ces phénomènes d'incidence peuvent concerner les lois civiles au même titre que les lois fiscales. Je voudrais procéder à l'analyse de quelques-uns de ces phénomènes d'incidence des lois qui concernent, vous disais-je, les lois ayant un objet patrimonial, pécuniaire, par opposition à celles qui ont un objet personnel, extra-patrimonial.

Je partirai d'un exemple où le phénomène d'incidence n'est pas

passé inaperçu, a été signalé depuis déjà longtemps, sans que l'on ait fait le rapprochement avec le phénomène bien connu du droit fiscal : il s'agit de l'incidence de nos lois de responsabilité, admettant une responsabilité sans faute prouvée. Tel fut le cas de la loi de 1898 sur les accidents du travail, 1898. Mais tel a été aussi le cas - à cela près qu'il ne s'agissait pas, en la forme, d'une loi, mais d'une interprétation jurisprudentielle - de la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses.

Dans les deux cas, ceux qui ont voté la loi, comme ceux qui ont imaginé cette jurisprudence, ont voulu un certain effet de la norme juridique qu'ils établissaient. Ils ont pensé faire supporter la charge de la responsabilité sans faute qu'ils instituaient par certaines catégories juridiques, les employeurs dans le cas de la loi de 1898, les "gardiens" dans le cas de l'art. 1384, al. 1er C. civ. - catégories juridiques derrière lesquelles on entrevoyait, à tort ou à raison, des catégories sociales (les entrepreneurs, les propriétaires de machines) considérées comme étant en état de faire face pécuniairement, à la surcharge.

Tel était l'effet voulu, mais que s'est-il passé ?... Il est bien connu que les gardiens, comme les employeurs, se sont assurés contre cette responsabilité fondée sur le risque. Ils ont fait entrer le coût des primes d'assurance dans leurs frais généraux, et s'ils étaient producteurs, les ont incorporées à leurs prix de revient, donc à leurs prix de vente, rejetant ainsi le poids de cette responsabilité instituée contre eux sur l'ensemble des consommateurs. Il s'est produit un phénomène de socialisation de la responsabilité, comme on a dit, parce que, par le jeu de l'assurance de responsabilité, la charge des prix, donc la charge de la responsabilité a été diluée sur l'ensemble des consommateurs. C'est, en réalité, un phénomène d'incidence. La cause finale de ces règles de responsabilité ne se situe pas à l'endroit que le législateur avait voulu ; ceux que le législateur avait visés ont eu la possibilité de répercuter la charge sur autrui. Il y a eu ici un phénomène de répercussion en avant, comme disent les spécialistes du droit fiscal, répercussion à l'échelon qui, dans la distribution, suit l'échelon que le législateur avait voulu frapper directement.

Voici un autre exemple, plus voilé, mais où la présence de phénomènes d'incidence est certaine : il s'agit de la propriété, plus spécialement, de la propriété immobilière. C'est un lieu commun du droit civil contemporain que d'insister sur les restrictions croissantes qu'a subies, depuis un demi-siècle, la propriété immobilière. Des lois nombreuses sont intervenues, qui ont fait peser sur la propriété immobilière des restrictions, des charges croissantes, et cette législation, dans l'intention législative qui y a présidé, a incontestablement été dirigée contre les propriétaires fonciers. Le but a été de grever la propriété immobilière acquise, les propriétaires en place. Seulement, cette législation, dans la détermination de son but, est partie d'une conception statique de la propriété, elle n'a pas considéré que la propriété était restée aliénable, et aliénable à titre onéreux. Le législateur, lorsqu'il

a restreint les droits des propriétaires fonciers, n'a pas aperçu la contradiction qu'il y avait entre l'augmentation massive de leurs charges, d'une part, et, d'autre part, la faculté de vendre qui leur était laissée à peu près, intacte.

L'aliénabilité de la propriété immobilière permet, par des phénomènes d'incidence indirecte, de neutraliser, plus ou moins, suivant l'état du marché, les restrictions établies statiquement au droit des propriétaires fonciers, ce qui explique un phénomène qui a pu être constaté depuis une trentaine d'années : savoir, que les restrictions apportées aux droits des propriétaires fonciers, notamment, les restrictions qui résultent de la législation des baux (de la législation, soit des fermages, soit des loyers à usage d'habitation, ou des loyers commerciaux) - toutes ces restrictions qui, logiquement, auraient dû amener un effondrement des valeurs vénales, n'en a pas empêché la hausse des valeurs, je ne dis pas seulement la hausse nominale, dans laquelle intervient la dépréciation de la monnaie, hausse purement fictive, mais même la hausse des valeurs réelles.

Pourquoi cela ?... Parce que d'autres phénomènes sont intervenus en sens contraire, ainsi la crainte d'une dépréciation de la monnaie, qui faisait que les propriétés foncières étaient recherchées comme valeurs-refuges, mais, en outre, la pénurie des exploitations agricoles, la pénurie des logements dans les villes, etc, qui déterminait une demande persistante pour les immeubles. L'aliénabilité a permis aux propriétaires en place de profiter de cette tendance profonde du marché immobilier pour neutraliser la tendance contraire résultant de la législation restrictive.

Ainsi, la perte qui, normalement, aurait dû résulter pour les propriétaires, d'après la volonté même du législateur, des lois limitatives de leur droit, a été rejetée, par le jeu des ventes, sur une nouvelle couche d'acquéreurs, lesquels ont peut-être eu d'ailleurs la possibilité de rejeter, la charge à leur tour, par des reventes, sur une couche subséquente, etc. Il y a donc eu répercussion en avant : le point de chute final de la législation restrictive de la propriété immobilière ne s'est pas, eu égard à l'état du marché, situé au point qu'avait voulu le législateur.

Mais il est à noter que le phénomène inverse serait concevable et a pu, du reste, pour certains secteurs de propriété immobilière, se rencontrer. Il arrive qu'une restriction nouvelle du droit de propriété se capitalise immédiatement aux dépens du propriétaire actuelle, de telle sorte que, lorsqu'il aliène le bien, la charge sera amortie pour l'acquéreur et pour les successeurs de celui-ci. Le législateur, par hypothèse, avait voulu atteindre la propriété in abstracto, il n'atteindra que les propriétaires du moment, et non pas ceux de l'avenir, parce qu'il se produira un phénomène d'amortissement. La restriction au droit de propriété sera digérée, amortie pour les propriétaires ultérieurs, les

propriétaires qui auront acheté après l'établissement de la restriction nouvelle, parce qu'ils auront acheté moins cher ; ayant acheté moins cher, la perte est amortie pour eux. Il y a répercussion en arrière.

Dans quel cas se produira-t-il amortissement ?... Dans quel cas répercussion en avant ?... Cela dépend de l'état du marché, pour la catégorie de biens qui est en cause mais, dans les deux cas, ce qu'il faut souligner, c'est que l'effet de la loi nouvelle ne se produira pas là où le législateur l'avait voulu. Celui que le législateur avait visé à la possibilité de se décharger sur autrui.

Un dernier exemple, d'ailleurs, proche du précédent : il s'agit des baux à ferme. Le statut du fermage de 1945-1946 a tenu, essentiellement à donner un avantage aux fermiers en place et de cet avantage qu'il donnait aux fermiers en place, en leur permettant de se perpétuer dans les lieux par des facultés de renouvellement indéfinies, il a entendu que le coût fût supporté par les bailleurs.

Si l'on avait interrogé le législateur de l'époque sur le sens économique de la réforme, il aurait très bien admis de l'analyser en une sorte de transfert de valeurs des bailleurs aux fermiers en place. Mais les choses se sont-elles toujours passées conformément à la volonté du législateur ?... Les nouvelles générations de fermiers arrivant à la vie active se sont trouvées devant un marché fermé, une impossibilité de se procurer des exploitations. Ces générations nouvelles se sont montrées disposées à faire des sacrifices considérables pour trouver une ferme.

Une pratique s'est développée, qui affleure, ça et là, dans les arrêts de jurisprudence, la pratique du pas-de-porte : le candidat-fermier qui convoite une exploitation, qui voudrait succéder à un fermier en place, lui paie une certaine somme, que l'on appelle "pas-de-porte", moyennant quoi l'autre abandonne la ferme en le présentant comme successeur au bailleur. Il n'est pas rare que le bailleur aussi se fasse payer une certaine somme pour donner son agrément à l'opération.

Certes, la combinaison n'est pas licite, car le statut du fermage ne permet pas la cession de l'exploitation par le fermier à un successeur. La pratique n'en existe pas moins, certaines régions, et sa conséquence est que la charge, que le législateur de 1945-1946 avait voulu faire peser sur les bailleurs, se trouve rejetée sur les candidats fermiers.

Ici encore, nous sommes en présence d'un phénomène de répercussion, de répercussion en avant.

En législation financière, l'étude des incidences, qui a été poussée, d'ailleurs, très loin, a amené les spécialistes à des vues pessimistes. Ils en tirent cette conclusion que l'impôt a une effroyable complexité, imprévisibilité, et, d'un point de vue normatif, qu'il vaut mieux n'y rien changer, parce que l'on voit bien les inconvénients ac-

tuels, mais non pas les inconvénients futurs.

Dans la théorie générale des lois, la constatation des phénomènes d'incidence pourrait bien conduire aussi à un certain pessimisme. Nous devons en déduire que la loi ne fait pas ce qu'elle veut ; elle le ferait si elle n'avait pas affaire à une matière vivante, mais la matière sociale, animée par l'intérêt, va déterminer des réactions des individus, et ces réactions pourront détourner le cours prévisible de la loi. Il est très difficile de prévoir l'incidence des réformes législatives et cela, peut-être, est un motif de prudence quand il s'agit de réformer. En tous cas, il faut que le législateur qui réforme se préoccupe de ces phénomènes d'incidence, se préoccupe, notamment, de l'état économique du marché, puisque c'est cet état du marché qui déterminera l'incidence dans un sens ou dans l'autre. Faire des réformes uniquement dans l'abstrait, d'un point de vue abstrait de justice, n'est pas suffisant, il faut se préoccuper des phénomènes concrets d'incidence.

B) - Les phénomènes d'influence de la loi.

La différence avec les phénomènes de la catégorie précédente, c'est que les effets de la loi dont il s'agit, ici, sont non seulement des effets seconds, mais surtout des effets diffus. C'est ce caractère diffus de l'effet qui permet de séparer l'influence de l'incidence .

L'influence diffuse d'une loi coexiste, d'ailleurs, avec son effet direct. Une loi, en dehors de son effet direct, correspondant à l'effet voulu par le législateur, en dehors même de ses incidences possibles, peut avoir des effets diffus, tout différents de ceux qu'avait voulu le législateur, mais se juxtaposant à eux. Il s'agit d'une influence psychologique. Le phénomène est plus large que l'incidence, plus vague aussi et il n'est pas limité au droit patrimonial. En voici quelques exemples.

Toute loi qui tend à augmenter, dans la gestion des biens du ménage, l'autonomie de la femme risque d'avoir une influence diffuse qui est la multiplication des mandats entre époux. La femme donnera plus fréquemment mandats à son mari de gérer ses biens pour n'avoir pas à les gérer, comme la loi le lui demande. Sans doute, la loi ne sera pas neutralisée à 100 % par cette influence indirecte et diffuse ; néanmoins, une partie de son effet se trouvera supprimée.

Une loi qui vient limiter au 6ème degré - risque d'avoir une influence indirecte qui est le multiplicatoin des testaments. Un certain nombre d'individus qui, sans la loi nouvelle, auraient vu leur succession dévolue à ces collatéraux éloignés, connaissant la loi nouvelle, vont en pallier l'effet en faisant un testament. La réforme sera ainsi partiellement neutralisée par un phénomène d'influence diffuse.

Un exemple plus célèbre d'influence diffuse, et d'ailleurs contesté est donné par la loi du partage égal. Le Code Civil a institué, en

principe, une égalité de vocation successorale entre frères et sœurs. Or, on a attribué à cette législation du Code Napoléon la diminution de la natalité, en France au XIXe siècle. L'effet direct, c'était le partage égal. L'influence diffuse, c'était la restriction de la natalité. On interdisait au père de famille de faire un aîné ; le père de famille ripostait, suivant une formule célèbre, en faisant un enfant unique, ce qui est une manière irréfutable d'en faire un aîné. Influence diffuse venant corriger l'effet direct.

Par ce jeu des incidences et des influences, nous voyons la loi détruire, en quelque sorte, sa propre notion d'acte de volonté. La loi, n'arrive pas à remplir sa vocation. Elle ne fait pas ce qu'elle veut et, parfois, elle fait ce qu'elle ne veut pas. Parfois, d'ailleurs, elle ne fait rien du tout : c'est l'ineffectivité.

§ 2 - Ineffectivité de la loi.

L'ineffectivité de la loi est quelque chose d'anormal pour les juristes dogmatiques, quelque chose d'irrégulier, qui ne devrait pas être. Et pour les sociologues, quelque chose d'inexistant : la loi ineffective est comme si elle n'existait pas. Ce point de vue sociologique est peut-être trop sommaire : l'ineffectivité de la loi est une réalité au même titre que son effectivité, une réalité sociologique, et qui mérite toute l'attention du sociologue.

Ce qui est vrai, c'est qu'il ne faut pas voir dans l'ineffectivité de la loi une notion unique. Ce que nous trouvons dans la réalité sociologique, ce sont des phénomènes d'ineffectivité. Il importera de procéder d'abord à un classement de ces phénomènes, puis nous aurons à nous interroger sur leur variabilité, enfin sur leur signification.

I. - Classement des phénomènes d'ineffectivité.

Je ne bornerai à un schéma, la question ayant déjà été étudiée, (année sociologique, 1957-58, p. 1 et 2).

On peut distinguer trois sortes d'ineffectivité selon l'étendue, plus une quatrième sorte selon le sens. Cela nous fera des phénomènes d'ineffectivité totale d'ineffectivité statistique, d'ineffectivité individuelle, et enfin; d'ineffectivité négative.

1) Ineffectivité totale.

L'ineffectivité totale de la loi peut se présenter sous des formes diverses. Il y a, pour désigner deux de ces formes, des expressions consacrées : l'impuissance des lois et la désuétude.

L'impuissance des lois est un phénomène sur lequel l'attention des juristes a été attirée, il y a déjà longtemps, notamment par un ouvrage du juriste Jean Cruet intitulé significativement : "La vie du droit et l'impuissance des lois (1908).

Il y a des lois qui ab initio ne sont pas appliquées. Les exemples en sont nombreux, je vous en citerai un parce qu'il vient du code civil : jusqu'en 1923, a figuré dans le code civil, avec un certain luxe de réglementation une institution dite de la tutelle officieuse qui était une sorte d'adoption applicable à des enfants mineurs (art. 361 et suivants du Code Napoléon). Or, cette institution n'avait jamais été appliquée, ou à peu près. En 1923, on a tiré les conséquences naturelles

de cette carence en la supprimant purement et simplement.

Il faut, toutefois, noter que cette impuissance des lois, cette ineffectivité ab initio n'a pas la même signification selon que l'on a affaire à des lois facultatives ou à des lois sinon impératives, du moins des lois qui ne sont pas facultatives.

Quand il s'agit de lois facultatives qui ouvrent simplement des possibilités aux individus, le fait qu'elles n'aient été utilisées à aucune époque depuis leur promulgation, n'est pas absolument significatif. C'est une liberté, une faculté que le droit offre aux individus : à eux d'en profiter ou non. Le sens d'une loi facultative est d'être toujours ouverte, toujours à la disposition des individus alors même que les individus n'en voudraient pas profiter. Et l'on ne peut pas dire qu'une loi facultative soit impuissante, avec tout ce que l'expression implique de péjoratif, parce qu'elle n'a pas encore été appliquée. La puissance, l'efficacité (je ne dis pas l'effectivité) d'une loi facultative, c'est d'être là, ouverte, présente, à la disposition des individus. Peu importe qu'ils entrent ou non, la loi remplit son but par cela seul qu'elle est présente.

La désuétude suppose que la loi a été effective pendant un certain temps, puis elle a cessé de l'être.

Le phénomène a été étudié en droit dogmatique. On s'interroge si la désuétude peut être ou non la cause d'abrogation d'une loi. Une réponse négative a été donnée par la Cour de Cassation, dans un arrêt célèbre, à propos du marchandage (une pratique qu'étudie le droit du travail et qui consiste dans une activité de sous-traitant relativement à la main d'oeuvre : le marchandeur réunit les ouvriers, les paye lui-même, et il traite avec un entrepreneur qui le rémunère forfaitairement). Le marchandage avait toujours été vu avec défaveur par les organisations ouvrières, et en 1848, un décret du Gouvernement provisoire l'avait interdit. Mais vint le Second Empire, les organisations ouvrières perdirent de leur influence, et l'Administration ne fit pas respecter le décret de prohibition. Lorsqu'à la fin du siècle, la classe ouvrière ayant repris de l'influence sur le pouvoir, l'administration voulut remettre en application ce décret sur le marchandage, les marchandeurs firent plaider que le décret, ayant cessé d'être appliqué, depuis longtemps avait été abrogé par la désuétude et ne pouvait plus, en conséquence, leur être appliqué. La Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt très connu, du 4 Février 1898 (S. 1899 - I - 249) décida, au contraire que le décret prohibant le marchandage était encore applicable, la désuétude n'était pas une cause d'abrogation des lois. Donc, l'ineffectivité survenant au bout d'un certain temps, même totale, n'entraîne pas, en droit dogmatique, abrogation de la loi.

Assez souvent, on critique cette solution de la Cour de cassation comme manquant de réalisme sociologique. C'est peut-être faire de la sociologie à bon compte. Ce qu'il faut remarquer, c'est qu'assez souvent

dans ce problème de la désuétude, on a confondu avec la désuétude au sens strictement sociologique du terme, des phénomènes un peu différents. Dans le cas du marchandage, par exemple, on pourrait s'interroger s'il y avait réellement désuétude, c'est-à-dire ineffectivité sous la pression de forces sociologiques, ou si l'on n'avait pas plus simplement affaire à une tolérance administrative.

2 - Ineffectivité statistique.

L'ineffectivité statistique est une effectivité partielle, mais dont le caractère partiel est mesuré par rapport à une masse, par rapport à l'ensemble d'une population statistique.

On peut concevoir une loi ineffective à 100 %, c'est l'hypothèse sur laquelle nous avons raisonné dans la catégorie précédente, mais on peut concevoir à l'inverse, une loi effective à 100 %. Y a-t-il des lois effectives à 100% ? Il en est quelques-unes que l'on cite pour leur perfection dans l'application. Il est certain qu'à notre époque, notre législation française de l'Etat civil est très près de s'appliquer à 100 %. Vous pourriez même, en raisonnant sur l'hypothèse du mariage, conclure que notre loi qui impose la célébration du mariage par un officier de l'Etat-civil est effective à 100 %. Seulement, ce ne serait peut-être pas un exemple très probant. Si cette loi est effective à 100 %, c'est que le phénomène du mariage est créé par sa propre constatation : il n'y a de mariage que célébré par un officier d'Etat-civil.

Effectivité totale et ineffectivité totale étant les deux pôles extrêmes, on peut concevoir entre les deux toute une gamme de phénomènes d'effectivité ou d'ineffectivité partielle. Telle loi sera effective à 60 %, c'est-à-dire ineffective à 40 % etc... C'est l'ineffectivité statistiquement partielle.

Le cas est très fréquent. On peut poser en thèse que la plupart des lois ne sont pas totalement effectives, qu'elles comportent toujours une certaine marge d'ineffectivité, et qu'en conséquence, elles donnent lieu à des phénomènes d'ineffectivité statistique, avec des pourcentages extrêmement variables, suivant les matières. Ces pourcentages ne sont pas faciles à connaître, surtout pour le droit civil. Mais, dans d'autres branches de législation, des statistiques existent, qui permettront de saisir les phénomènes d'ineffectivité partielle. Ainsi, nous pouvons savoir que, au 26 Avril 1960, 66 % des enfants ou des écoliers soumis à la vaccination obligatoire par le vaccin B. C. G. y avaient échappé. Voici une loi, donc, qui de l'aveu de ceux qui sont chargés de l'appliquer, se trouve ineffective à 66 %.

On fait remarquer qu'en Turquie une loi semblable existe et qu'elle n'est, pour les mêmes catégories de population, ineffective qu'à 2 %. En France : 66 % en Turquie 2 %... la différence représente une différence de psychologie juridique entre les deux pays.

3) - Ineffectivité individuelle.

Le phénomène peut sembler plus curieux : il y a ineffectivité partielle, non pas rapportée à l'ensemble de la population, mais ineffectivité partielle au niveau de l'individu.

Comment cela est-il possible ? Il semble que de la part de l'individu qui est soumis à une loi, la "réponse" au sens behavioriste du terme ne puisse être qu'une réponse par oui ou par non ou il accomplit la loi ou il ne l'accomplit pas. Peut-on concevoir un contrat qui soit contraire à l'ordre public pour 30 % ? et pour 70 % conforme à l'ordre public ?

Pourtant, a des phénomènes d'ineffectivité individuelle, partielle au niveau de l'individu ne sont pas inconcevables. Témoin ces quelques exemples.

C'est un mécanisme juridique tout à fait élémentaire que celui de l'appréciation des fautes. Or, ce mécanisme, qui nous est familier, suppose des phénomènes d'ineffectivité partielle de la règle de droit, de la loi.

On peut songer à son application en droit pénal sous la forme des circonstances atténuantes. Une culpabilité avec circonstances atténuantes dénote un phénomène d'ineffectivité partielle de la loi pénale au niveau de l'individu. C'est la traduction scientifique que l'on peut donner d'un semblable verdict.

Même en droit civil, une distinction comme celle de la faute lourde et de la faute légère, implique qu'il peut y avoir des phénomènes d'ineffectivité partielle de la règle de droit, de la loi. En effet, comment définit-on en droit civil la faute. Nous la définissons comme le manquement à un devoir légal, coutumier ou moral.

Tenons-nous en au devoir légal. Si le manquement à un devoir légal est susceptible d'appréciation, si, dans certains cas, nous disons que le manquement est grave, ou au contraire qu'il est léger, c'est que l'ineffectivité de la loi est susceptible de degrés ; cela suppose des phénomènes d'ineffectivité partielle au niveau de l'individu.

Autre exemple : la règle légale qui oblige un débiteur à payer peut bien n'être pas accomplie de façon complète par l'individu qui y est soumis. Il est des faillis qui ne paient qu'un pourcentage de leurs dettes. D'une façon visible, mathématique, se révèle l'ineffectivité partielle de la loi qui oblige un débiteur à payer. Le débiteur peut également payer mal, parce qu'il paye en retard. Payer en retard, c'est ne pas accomplir intégralement son obligation, ne pas accomplir la loi qui oblige à payer ses dettes. C'est encore un phénomène d'ineffectivité partielle.

Je vous citerai, en dernier exemple, une enquête qui est célèbre dans la sociologie américaine, bien qu'elle commence à dater, puisqu'elle remonte à 1944 : c'est l'enquête d'Allport sur le comportement des automobilistes devant un feu rouge non surveillé.

Cette enquête a été menée avec beaucoup de soin sur un échantillonnage assez copieux, et elle a donné les pourcentages suivants :

75,5 % des automobilistes s'arrêtent. Donc, pour eux, le phénomène d'effectivité est total. Pour chacun de ceux qui s'arrêtent devant le feu rouge non surveillé, la loi s'accomplit à 100 %

0,5 % des automobilistes passent sans ralentir le moins du monde leur allure. Pour cette catégorie - là, au niveau de chaque individu, il y a ineffectivité totale, à 100 %

Mais nous trouvons deux catégories intermédiaires : 22 % des automobilistes passent en ralentissant très fortement : 2 % passent en ralentissant faiblement. Pour les automobilistes de ces deux catégories intermédiaires, avec une nuance entre les deux catégories, il est apparent que nous avons affaire à une ineffectivité de la loi au niveau de l'individu, mais à une ineffectivité qui est partielle. Car ils font quelque chose pour accomplir la loi, la règle de droit en eux n'est pas totalement inefficace. On ne peut pas les classer comme conformistes. On sera amené à dire, dans une certaine philosophie du droit, que ce sont des conformistes supérieurs puisqu'ils raisonnent la loi, au lieu d'y obéir aveuglément.

L'ambiguïté de leur comportement est certaine, mais elle reflète l'ambiguïté inhérente à toute ineffectivité partielle. Car, l'ineffectivité partielle au niveau de l'individu, est aussi, renversée, une effectivité partielle.

4) - Ineffectivité négative.

Ici, c'est le sens de la règle de droit qui change. Il nous faut supposer une loi d'abrogation ; l'ineffectivité négative est l'ineffectivité d'une règle d'abrogation.

Il va y avoir survie sociologique de la loi abrogée survie sociologique en l'absence de survie juridique. Nous avons à l'occasion de conflits de lois dans le temps, rencontré un phénomène inverse : il pouvait y avoir, avons-nous constaté, survie juridique sans survie sociologique.

Ici, il y a survie sociologique sans survie juridique. L'abrogation sociologique ne coïncide pas toujours avec l'abrogation juridique. Une loi juridiquement abrogée peut survivre plus ou moins longtemps dans les faits. Quelquefois, l'abrogation sociologique précède l'abrogation juridique : on peut dire que la désuétude est un phénomène dans lequel l'abrogation sociologique précède que l'abrogation juridique,

et le problème de droit dogmatique est alors de savoir s'il faut calquer l'abrogation juridique sur l'abrogation sociologique qui est observée.

Mais ici, c'est l'abrogation sociologique qui reste en arrière de l'abrogation juridique. Juridiquement, une loi se trouve abrogée, mais de facto, sociologiquement elle conserve l'attachement et l'obéissance d'une partie au moins de ses sujets.

D'une telle survie sociologique nous en donnerons deux exemples, qui ne sont pas d'ailleurs sans parenté sociologique entre eux.

Bien des années après que la législation révolutionnaire eut aboli les rentes féodales, ou mélangées de féodalité, c'est un fait qu'assez souvent, ces rentes continuèrent à être payées par les ex-tenanciers aux ci-devant seigneurs. Sous le Directoire, l'Empire, la Restauration même, on constate que des paiements de ces rentes sont encore effectués. Le phénomène, attesté par les historiens, l'est aussi par le contentieux (V. ainsi, Civ. 3 juillet 1811, S. chron. Civ. 28 janv. 1840, S. 40. 1. 229.) Car il y eut des repentirs de la part de quelques-uns de ceux qui avaient ainsi payé, de leur part, ou de la part de leurs héritiers.

Le phénomène se présente d'ailleurs, autant qu'on peut en juger avec une fréquence variable suivant les régions. C'est surtout dans l'Ouest et le Midi qu'on le décèle, dans des régions éloignées de la capitale.

Second exemple. Nous savons que le statut du fermage à substitué au partage par moitié des produits de l'exploitation entre métayers ont continué à exécuter la loi de 1889 dans sa disposition relative au partage par moitié des produits, comme si elle n'avait pas été abrogée. Malgré l'abrogation juridique, il n'y a pas eu abrogation sociologique. Nous sommes ici, en présence d'un phénomène d'ineffectivité négative, l'abrogation d'une loi n'a pas été effective.

Sur ces phénomènes d'ineffectivité négative, deux observations :

La première est qu'il ne faut pas confondre ces phénomènes précis de survie sociologique avec des phénomènes diffus de survie sociologique, tels que ceux que l'on rencontre dans le folklore juridique.

J'ai déjà eu l'occasion de faire allusion au folklore juridique, à propos des lois imaginaires. Le folklore juridique nous met en présence de phénomènes de survie sociologique, mais diffus, tandis qu'ici, nous avons à faire à des phénomènes précis catégoriques, de non-abrogation. La causalité, ici, peut être établie entre une pratique actuellement observée et une loi antérieure, juridiquement abrogée depuis un certain temps, qui prescrivait cette pratique.

Le critère de cette forme de survie est que le rattachement de la pratique actuelle à la loi antérieure abrogée peut-être fait de façon précise. Ce qui, pratiquement, suppose qu'il ne se soit pas écoulé trop de temps entre la loi abrogée et la pratique actuelle.

Au contraire, dans les phénomènes de survie sociologique diffuse, la loi abrogée, mal abrogée, se perd dans la nuit des temps, remonte très haut dans le passé. Au fond, nous rencontrons plutôt des débris de coutumes que la survie d'une loi, au sens précis du terme, après son abrogation.

Reconnaissons, cependant, que le critère n'est pas toujours d'un maniement aisé, et qu'entre les phénomènes d'abrogation ineffective et les phénomènes de survie sociologique diffuse ou, si l'on préfère, de folklore juridique, le classement est parfois incertain. En voici un témoignage.

On relève dès le début du XIXe siècle, des décisions judiciaires accordant des dommages-intérêts à la fille-mère qui a été séduite.

On peut y voir un phénomène d'abrogation ineffective. Car l'Ancien Droit accordait, en pareil cas, une indemnité à la fille-mère (V. le Traité de la séduction, de Fournel). Sans avoir égard à la célèbre loi de ventose an XII l'Ancien droit, les magistrats du début du XIXe siècle ont pu continuer à juger comme il le faisait dans les dernières années du XVIIIème.

Mais on peut y voir aussi bien un phénomène de résurgence, de folklore juridique. C'est une très vieille coutume de l'humanité que le séducteur doit "réparation" à la fille séduite (on le trouve attesté au livre de l'Exode, XXII, 16). Il se peut que les magistrats du début du XIXe siècle avant subi la pression de cette très vieille coutume, plutôt que de la solution jurisprudentielle précise du siècle précédent.

La seconde observation porte sur la technique dont les tribunaux se sont servis, à l'occasion, pour essayer de concilier la survie sociologique et l'abrogation juridique.

Les deux exemples que j'ai cités, l'un relatif aux droits féodaux, l'autre à la règle du partage des produits dans le métayage attestent un effort de la jurisprudence pour raccorder, en quelque sorte, la situation de droit à la situation de fait. Dans l'hypothèse de l'abrogation des rentes féodales, qu'ont fait les tribunaux ? Ils ont rejeté le repentir de ceux qui avaient ainsi payé en disant qu'ils n'avaient fait qu'exécuter une obligation naturelle. Ces rentes étaient abolies, il n'y avait plus de dette civile. Mais, en conscience (suivant le droit naturel, si l'on veut), les ex-tenanciers devaient encore. Donc, ayant volontairement payé, ils ne pouvaient plus intenter l'action en répétition de l'indu, ni leurs héritiers davantage.

On aperçoit quelle a été la préoccupation des tribunaux : tout en tenant la main à ce que l'abrogation devienne effective dans l'avenir, pour le passé, ils ont, en quelque sorte, passé l'éponge, et validé les paiements déjà accomplis. Ils ont eu égard à cette considération sociologique que, tout de même, en payant d'après un droit aboli, les ex-tenanciers avaient obéi à une règle de droit, à une règle qui sonnait encore dans leur conscience comme du droit. Il fallait s'efforcer de trouver un modus vivendi entre ces deux couches de droit, le droit aboli et le droit nouveau.

Quand le problème s'est reproduit, à propos de l'abolition de la règle du partage par moitié, la jurisprudence s'est efforcée encore, quoique d'une autre manière, de découvrir une conciliation.

Le statut du fermage prévoyait que la règle du tiercement pourrait être écartée par le tribunal paritaire. On a déduit de là qu'elle n'était pas d'ordre public, que le métayer pouvait donc valablement y renoncer, au moins pour les années passées (V. Soc. 15 fev. 1951 J.C.P. 1951 2-6568). La norme de raccordement est de la même espèce que dans le cas des rentes féodales. C'est une explication du même ordre que l'obligation naturelle. Tout en s'efforçant d'obtenir pour l'avenir que l'abrogation sociologique suive l'abrogation juridique, on tient compte de ce que, dans les années intermédiaires, l'abrogation sociologique n'était pas encore intervenue et en conséquence, par un artifice de technique juridique, on valide les paiements qui vaient été faits en obéissant au droit antérieur.

II - Variabilité des phénomènes d'ineffectivité

Après l'étude statique l'étude dynamique ; après l'étude globale, l'étude différentielle.

On peut distinguer une variabilité dans le temps et une variabilité dans l'espace des phénomènes d'ineffectivité.

1) Variabilité des phénomènes d'ineffectivité dans le temps.

a) Cette étude peut être faite d'abord par rapport à une loi déterminée,

Dans l'histoire d'une loi déterminée, en effet, l'effectivité ou l'ineffectivité peuvent se présenter, suivant les différents moments, avec une intensité variable.

Pour chaque loi, il serait théoriquement possible, et souhaitable sociologiquement, d'établir une courbe d'effectivité. Par un raisonnement abstrait, le raisonnement que suggère à l'homme l'évolution de tout organisme vivant, on serait tenté de supposer que la courbe d'effectivité des lois est une courbe en cloche.

Au début, l'effectivité de la loi se trouve freinée par l'ignorance, donc, la loi ne devient effective qu'avec une certaine lenteur. Elle passe par un sommet d'effectivité. Puis, se produit un phénomène d'usure : peu à peu la loi se dégrade et devient de plus en plus ineffective. Les juristes, parlent volontiers, comme d'un phénomène naturel, du vieillissement des lois.

Cependant, cette comparaison a priori d'une loi déterminée à un organisme vivant risque d'être fallacieux. L'effet du temps sur les lois n'est pas toujours, comme pour un organisme vivant, un effet d'usure. Il est des lois qui se consolident avec le temps, parce que leur nature légale sera fortifiée avec le temps par des phénomènes de coutumes. Si la loi en durant devient coutume, elle va devenir plus forte et par -là même se prolongera. Si bien qu'on ne peut pas poser en thèse générale que les lois s'usent avec le temps.

D'autre part, l'ineffectivité d'une loi, son ineffectivité initiale peut durer très longtemps et faire brusquement place à une effectivité qui sera du jour au lendemain intense. Considérez une loi comme l'art. 1895 du code civil, où l'on voit la base d'un nominalisme monétaire. Jusqu'aux environs de 1925, l'article 1895 du code civil était resté ineffectif. Puis, brusquement, le phénomène de la dépréciation monétaire surgissant pour la première fois depuis le code civil, l'article 1895 est devenu d'une très grande fréquence d'application. Il n'y a donc pas eu une courbe avec une élévation graduelle de l'effectivité.

b) La variabilité de l'effectivité des lois dans le temps peut encore être étudiée d'un point de vue global : il s'agit de rechercher comment varie l'effectivité des lois en général, dans l'histoire générale des sociétés.

Nous nous trouvons en présence d'un certain nombre d'hypothèses fondamentales, qui n'ont pas été, d'ailleurs, toujours développées explicitement chez les auteurs. Il arrive qu'elles soient contradictoires entre elles. Aussi bien, elles sont fondées sur des vraisemblances générales plutôt que sur des faits précis, et par là même elles sont sujettes à caution, car la réalité peut bien être contraire aux vraisemblances.

Citons quelques-unes de ces hypothèses fondamentales.

Et d'abord, l'hypothèse, souvent latente dans l'esprit des juristes libéraux du début du siècle que l'ineffectivité des lois était plus grande dans les sociétés du passé que dans les sociétés modernes. L'ineffectivité des lois serait allée en décroissant jusqu'à notre époque. On peut invoquer des faits en ce sens : le perfectionnement de l'appareil étatique à l'époque moderne, de l'appareil administratif, judiciaire, policier, qui, raisonnablement, pu déterminer une meilleure, une plus complète application des lois ; l'urbanisation concomitante à l'âge industriel, les villes avec leur concentration de population paraissant se prêter davantage à un contrôle de l'effectivité des lois, tandis que la dispersion des campagnes,

et plus anciennement l'impénétrabilité des forêts, constituaient des obstacles naturels à l'action des lois. Ce quoi certains ajoutent des causes psychologiques, et que la diffusion de l'instruction a dû développer le civisme, donc l'obéissance aux lois. C'est une hypothèse optimiste.

Un pessimisme diamétralement opposé va hanter les juristes à partir d'une certaine époque. C'est un des thèmes d'un ouvrage comme "Le Déclin du droit" du Doyen Ripert. L'ineffectivité des lois serait allé crescendo à l'époque moderne, parce que l'abondance, la surabondance des lois, ce phénomène qualifié d'inflation législative, l'aurait entraîné un moindre respect pour chaque loi en particulier. C'est un fait psychologique que l'attention faiblit lorsqu'elle porte sur un objet trop étendu. Au fur et à mesure que le nombre des lois augmentent il est à prévoir, raisonnablement, que les sujets de la loi seront moins attentifs à la respecter. On a donné des exemples historiques. Le Bas-Empire byzantin est marqué par des phénomènes d'inflation législative. Or, il est notoire qu'on assiste parallèlement à une ineffectivité des lois : il est très fréquent qu'un empereur reprenne une constitution de l'un de ses prédécesseurs en constatant qu'elle n'a pas été observée. Dans les sociétés du XX^e siècle, en Europe occidentale, et surtout depuis la seconde guerre mondiale, le même phénomène paraît se reproduire : l'abondance des lois, s'accompagnant de très vastes zones d'ineffectivité.

Toutefois, à cet exemple historique, on pourrait en opposer d'autres. Il semble, toute balance faite, que notre Ancien Régime, dans ces derniers siècles, a été une époque d'activité législative modérée. Cependant, l'ineffectivité des lois y était très sensible. On pourrait en donner ce témoignage qu'en 1605, un compilateur eut l'idée de publier en plusieurs volumes un Recueil de lois abrogées et inusitées !

Il faut signaler une autre hypothèse, flottante chez beaucoup d'auteurs et qui n'est pas, du reste, sans parenté avec la précédente. L'ineffectivité des lois serait, d'après cette hypothèse, liée à une indulgence, une certaine mollesse dans l'application de droit, et cette flexibilité, ce manque de rigidité seraient en rapport avec les raffinements de la civilisation.

La rigidité serait, au contraire, le propre des lois primitives, qui auraient eu, de ce fait une effectivité implacable, tandis que les lois modernes, par nature même, accepteraient d'avance de ne pas toujours s'appliquer. La sensibilité certains disent même : la sensiblerie juridique seraient des traits de notre époque, et créeraient un obstacle psychologique à la pleine effectivité des lois.

Cependant, cette hypothèse ne paraît pas s'accorder aux constatations précises de la sociologie. La plupart des ethnologues tiennent que les sociétés primitives (entendons : très primitives) n'ont pas cette conception très rigide du droit qui leur est prêtée de loin. Au contraire, leur sentiment de la règle de droit serait extrêmement flexible. Aussi le primitif serait-il un être essentiellement indulgent ;

non pas peut-être par raffinement de sensibilité, mais par une nécessité de sa structure mentale.

Il faut se référer à la fautive thèse de la mentalité pré-logique. D'après cette thèse, le primitif n'éprouverait pas le sentiment de la nécessité causale. Or, le mécanisme élémentaire de l'effectivité de la loi est un enchaînement causal. Raisonnons sur le droit pénal. Pour nous, logiques, le crime nous paraît appeler la sanction comme la cause produit l'effet : inmanquablement, parce que c'est pour nous une nécessité logique. Mais pour ceux qui n'ont pas cette exigence de logique impitoyable, le droit pénal peut n'être pas impitoyable. Le primitif trouvera naturel que la règle, une fois posée, soit noyée dans une foule d'exceptions et de dispenses. La loi primitive est ainsi une loi pliable à tous sens par les dérogations. Le primitif pose la loi et trouve même un certain plaisir à la poser, mais, cela fait, il est assez indifférent à son application.

S'il en est ainsi, la ligne d'évolution dans le temps ne serait pas celle que suppose l'hypothèse on ne serait pas allé irréversiblement de la loi rigide à la loi flexible on serait passé de la loi flexible à la loi rigide, pour revenir à une loi flexible, à notre époque, mais d'une flexibilité qui n'a peut-être pas la même signification psychologique que celle du primitif - flexibilité de sensibilité et non plus de pré-logisme.

L'incertitude des hypothèses qui viennent d'être passées en revue n'est d'ailleurs qu'une illustration particulière d'une difficulté générale, signalée dès le principe : la difficulté générale que rencontre toute élaboration des lois génétiques en sociologie juridique.

2) Variabilité des phénomènes d'ineffectivité dans l'espace.

a) Elle peut être entendue géographiquement.

La variabilité géographique de l'effectivité est très difficile à saisir, surtout pour les lois civiles.

Sans doute, nous avons des statistiques, d'ailleurs imparfaites, des procès par ressorts judiciaires, mais il n'y a qu'une relation très lâche entre l'effectivité d'une loi et le contentieux auquel elle peut donner lieu. Malgré cette absence de données quantitatives permettant de saisir directement la variabilité géographique de l'effectivité, l'hypothèse est souvent formulée que l'ineffectivité des lois croît avec l'éloignement de la Capitale. La Capitale, dans un Etat, sociologiquement la signification d'une source d'où coule le droit. Suivant les vraisemblances générales, on peut présumer que l'effectivité des lois croît au fur et à mesure que l'on s'éloigne de cette source. Encore n'est-ce exact qu'en principe. C'est un fait, par exemple, que la Révocation de l'Edit de Nantes (1685) fut appliquée avec plus de tempéraments à Paris

que dans les provinces éloignées, parce que Louis XIV et son entourage répugnaient à avoir directement sous leurs yeux le spectacle des conséquences.

La réflexion conduit à un problème quelque peu différent, que l'on pourrait appeler en sociologie générale, le problème des "Suds" en sociologie juridique, le problème des "Suds" juridiques.

Dans tous les pays, il y a un midi, et ce midi paraît se caractériser par un moindre, donc une moindre affectivité des lois. On pense à la France, mais des variations semblables se noteraient, sans doute, en Italie, voire en Belgique, car il y a cette singularité du phénomène que les Suds des pays qui sont au Nord sont tout de même des Suds, bien qu'ils soient des Nordes par rapport aux pays qui sont au Sud. C'est l'explication qui est incertaine, car les causalités climatologiques auxquelles on songe tout de suite sont loin d'être établies.

En France, le problème du midi juridique existe, mais la tendance de principe à la moindre effectivité des lois y est peut-être contrariée par d'autres éléments. Car on observe que, dans les départements méridionaux, certaines lois ont une plus grande fréquence d'application que dans le Nord : ainsi pour les lois ouvrant le droit aux prestations de sécurité sociale. Il y aurait dans ces régions, nourries du droit écrit, une aptitude congénitale plus répandue à saisir la subtilitas legum pour en tirer bénéfice. Mais ce ne sont que des impressions de psychologie juridique différentielle, et qui auraient besoin d'être vérifiées par un dépouillement méthodique des statistiques, ainsi que par des enquêtes.

On pourrait faire des études plus refroidies sur des exemples historiques. C'est ainsi qu'il a été observé par les historiens de la Révolution que la loi du 17 juillet 1793, abolissant les droits féodaux sans indemnité, fut appliquée avec plus ou moins de retard suivant les départements : à Bordeaux en septembre, et dans le Jura, région montagneuse, en Novembre seulement.

Ces recherches d'ineffectivité différentielle pourraient contribuer à la solution de certains problèmes normatifs que la science politique comme par la démographie étudient trop souvent sans référence à leur aspect juridique. On se préoccupe aujourd'hui de déterminer l'optimum de population l'optimum de dimensions d'un Etat. Mais, dans cette recherche, on ne paraît pas s'être jamais demandé si, dans l'optimum, ne devait pas entrer la considération d'une bonne effectivité des lois. Un territoire trop étendu conduit certainement à une augmentation dans le taux d'ineffectivité. Si, à l'inverse, le territoire est trop petit, le taux d'effectivité des lois peut devenir intolérable. Il est probable que, dans les petites cités de la Grèce antique le taux d'effectivité des lois en raison même de l'exiguité du territoire devait être considérable. Un tel taux supposait, sans doute, une psychologie très différente de la nôtre.

b) Il y a aussi une variabilité sociale de l'ineffectivité dont il serait

possible de faire un objet d'étude.

L'effectivité des lois n'est pas la même en milieu urbain et en milieu rural, en milieu bourgeois et en milieu ouvrier. De ce fait il existe une contradiction certaine entre la loi moderne, dogmatiquement conçue qui se veut égalitaire d'une part, l'application des lois modernes qui n'est pas égalitaire et qui donne lieu à des phénomènes d'ineffectivité différentielle.

On a parfois parlé de "droit de classe", notamment à propos du Code Civil. Mais l'expression peut avoir des sens différents. Elle peut vouloir dire : droit qui est fait par une classe et pour une classe. Mais aussi, et c'est le sens qui nous intéresse : droit qui est surtout appliqué dans une classe, droit qui rencontre dans une classe donnée un taux d'effectivité très supérieur à celui qu'il rencontre dans d'autres classes. C'est un fait que les mêmes textes peuvent donner lieu à des taux d'effectivité très différents selon les classes sociales.

Il est notoire qu'un texte comme l'article 213 du Code Civil (qui dispose que le mari est le chef de la Famille) n'a pas la même effectivité dans la bourgeoisie que dans la classe ouvrière.

La thèse sociologique de Madame André MICHEL "Famille, industrialisation, logement" tend pour une large part, à faire apparaître des différences d'effectivité de la loi civile (bourgeoise) suivant qu'elle a à s'appliquer en milieu bourgeois ou en milieu ouvrier.

D'une enquête qui a été menée en Allemagne à Cologne en 1955, sur l'administration des biens dans les familles et plus précisément, sur la règle du B. C. G. (du reste, modifiée depuis 1955) qui attribuait une prépondérance au mari dans l'administration des biens du ménage, il résulte que le taux d'ineffectivité de cette loi était de 25 % chez les entrepreneurs indépendants et de 50 % chez les travailleurs non qualifiés, chez les manoeuvres. Le taux d'ineffectivité passait donc du simple au double suivant que l'on considérait une classe sociale ou une autre.

On peut, du reste, se placer, non plus sur ce terrain un peu dramatique de la lutte des classes, mais à un échelon plus pacifique, en étudiant des variations à l'intérieur de catégories sociales plus réduites, par exemple, la variabilité professionnelle de certains taux d'ineffectivité.

Considérons l'article 105 du Code de Commerce, dont l'application paraît assez fréquente dans les rapports entre les transporteurs et leurs clients. Le sens du texte est que le destinataire de la marchandise doit faire des réserves sur le bon état de la marchandise à l'arrivée, s'il veut conserver son recours contre le transporteur. Or, on

constate que la disposition est utilisée intensément par un transporteur, la S. N. C. F. mais qu'elle l'est fort peu par les transports routiers. Il y a donc là une disposition qui est très diversement effective suivant les catégories professionnelles.

La différence est d'ailleurs explicable. La S. N. C. F. a un contentieux bien organisé, les procès ne lui font pas peur ; elle a un monopole, et se préoccupe assez peu de la clientèle ; Bref, diverses considérations psychologiques et économiques expliquent que la S. N. C. F. tienne la main à l'effectivité de l'article 105 du Code de Commerce, tandis que les transporteurs routiers, qui sont plus tributaires de la clientèle, sujets à une concurrence plus vive, moins bien organisés pour connaître la loi et pour plaider, moins bureaucratiques d'esprit aussi, ne réclament pas toujours l'application affective du texte.

III - Signification des phénomènes d'ineffectivité.

L'interprétation de ces phénomènes est délicate. La difficulté de l'interprétation est accrue par la diversité des phénomènes.

Il faut laisser de ce côté, pour la commodité de la démonstration, les lois facultatives bien qu'elles représentent un très gros morceau dans le volume global des lois, parce que pour elles, l'ineffectivité n'a pas la même signification.

A s'en tenir aux autres lois, ces lois (impératives, dispositives) on peut s'interroger sur la signification que présentent les phénomènes d'ineffectivité. Cette signification dépend de la cause du phénomène, et cette cause n'est pas toujours identique. D'après la cause de l'ineffectivité, il est permis de distinguer des phénomènes, d'ineffectivité pathologique et des phénomènes d'ineffectivité normale.

1) - Phénomènes d'ineffectivité pathologique

Ce qui les caractérise, c'est qu'ils n'ont pas été acceptés d'avance par le Législateur, c'est qu'ils ne font pas partie du plan législatif.

Quelles peuvent être alors les causes des phénomènes d'ineffectivité ?

Il peut s'agir d'abord de causes tenant au milieu social dans lequel la loi doit être appliquée. Le milieu social résiste à l'application de la loi. Ce n'est pas nécessairement une résistance active, ni même consciente ; il peut s'agir d'une résistance passive et instinctive, mais l'obstacle vient du milieu social.

La cause de l'ineffectivité peut, à l'inverse, se situer dans les organes sociaux, étatiques, chargés de l'application des lois. Soit négligence ou paresse, qui sont des grands facteurs de la vie sociale,

soit pour l'un ; puis, des facteurs plus moralement plus neutres, le manque de temps, le manque de personnel, etc...

Pratiquement, les deux sortes de causes peuvent se combiner, réagir l'une sur l'autre. La résistance de la masse peut être encouragée par la négligence du Pouvoir. Réciproquement, l'inertie du Pouvoir peut être déterminée par l'indifférence de la masse.

2) - Phénomènes d'ineffectivité normale.

Il est des hypothèses ou l'ineffectivité, du moins un certain taux, entre dans les prévisions du législateur, dans son plan exprès ou tacite.

Il existe des institutions juridiques que nous connaissons bien, qui traduisent précisément cette acceptation de l'ineffectivité par le droit lui-même.

D'abord, le principe de l'opportunité.

D'après ce principe, les organes étatiques chargés de l'exécution des lois ont un pouvoir d'appréciation pour appliquer ou ne pas appliquer la loi. Ils n'ont à appliquer la loi qu'autant qu'ils en estiment l'application opportune.

Le principe existe avec un relief particulier dans le Droit Pénal Français. C'est le principe dit de l'opportunité des poursuites. Il n'existe pas dans toutes les Législations pénales, notamment dans le droit allemand, mais chez nous, le Ministère Public est toujours libre de poursuivre ou de ne pas poursuivre, toujours maître, partant, de l'effectivité de la loi. Il ne poursuit que s'il estime opportun de le faire, etc.. Dans beaucoup de cas, il n'appliquera pas la loi, parce qu'il estime que son application ferait plus de mal que de bien.

L'ineffectivité est ici tout à fait normale, elle est l'application d'une norme juridique tout à fait générale. La loi elle-même, le droit lui-même a organisé sa propre ineffectivité.

En Droit Civil, nous avons aussi des applications de principe de l'opportunité. Par exemple, l'article 389 § 2 du Code Civil dispose qu'en matière de tutelle si la gestion des biens du mineur la rend nécessaire, ainsi que dans tous les cas où il estime utile de le décider. Ainsi, l'ineffectivité de l'institution légale dépend d'une appréciation d'opportunité par un organe étatique, et pratiquement, la tutelle n'est pas organisée dans la majorité des cas. La loi reste ineffective mais c'est en vertu d'une clause qu'elle contient elle-même.

Pareillement, l'article 491 du Code Civil charge le Ministère Public de demander l'interdiction des aliénés lorsque l'aliéné n'a pas de famille. Cette disposition est expressément laissée à l'appréciation

du Ministère Public. Il est vrai que, selon le texte, le Ministère Public devrait agir dans le cas de fureur. Mais, même dans ce cas, le Ministère Public s'est arrogé le droit d'apprécier l'opportunité de la mesure. Le principe d'opportunité a fini par l'emporter sur la lettre du texte.

On voit ainsi comment le principe d'opportunité peut avoir pour conséquence une certaine dose normale d'ineffectivité des lois.

Il faut tenir compte d'un second principe, plus voilé, que l'on pourrait appeler le principe du comminatoire. Il y a là une technique remarquable du point de vue de la notion du droit obligatoire. Pour nous donner une idée générale de ce dont il s'agit, il n'est que de penser à la procédure des astreintes.

L'astreinte est une condamnation pécuniaire prononcée par un Tribunal contre un débiteur en retard, condamnation qui est destinée à grossir indéfiniment au fur et à mesure que la résistance du débiteur se prolonge. Si le débiteur accomplit finalement son obligation, la condamnation pourra n'être pas exécutée. Le débiteur pourra revenir devant le Tribunal et demander une réduction du montant des astreintes encourues. On dit que la condamnation à l'astreinte est comminatoire ; c'est une menace qui pourra n'être pas ramenée à exécution.

Il se pose alors un grand problème de psychologie juridique : comment se peut-il que les astreintes aient encore un effet puis que les débiteurs peuvent espérer, en revenant devant un Tribunal, obtenir une diminution de la condamnation ? Comment se laissent-ils encore prendre au jeu des astreintes ? C'est qu'ils ne sont pas sûrs d'obtenir la réduction, c'est le doute sur la solution finale qui suffit à conserver une valeur de pression psychologique à cette procédure.

Dans le droit, il y a toute une partie qui a la même nature de comminatoire. C'est une menace suspendue sur les sujets de la loi, mais une menace qui pourra très bien n'être pas ramenée à exécution. Si tout ce qui est comminé dans la loi devait être accompli, cela ferait un taux d'effectivité qui serait insupportable dans une société donnée. La loi n'est pas faite pour être toujours appliquée.

Cette technique du comminatoire est une technique très répandue dans les différentes branches du droit, qui se trouve à toutes les époques. Elle a été très employée en droit pénal.

On s'est souvent étonné des pénalités atroces que prononçait l'Ancien Régime bien souvent contre des individus coupables d'infractions qui même à nos ancêtres, ne paraissaient pas tellement graves. C'est que ces pénalités n'étaient que rarement mises à exécution. Il y avait, néanmoins doute, et l'en tablait sur ce doute pour produire l'effet de pression psychologique. Mais le législateur n'escomptait nullement et n'avait jamais escompté une exécution à 100 %. Il arrivait que le Roi, tout en promulguant un édit qui comminait des pénalités sévères, envoyât à ses

officiers des lettres, qui restaient secrètes, pour les informer qu'il ne faudrait pas appliquer ces pénalités beaucoup trop graves, mais qu'il faudrait les publier - ce qui n'est pas la même chose. Par application de cette technique courante, l'édit du 13 décembre 1698 qui prévoyait les galères à vie contre les nouveaux convertis relaps, fut suivi en 1699 d'instructions secrètes où Louis XIV recommandait aux intendants de ne pas traiter les coupables aussi durement que la loi le permettait.

Ne croyez pas que cette technique ait disparu. Au lendemain de la Libération, le ministre Yves Farge fit prendre un texte prononçant la peine de mort contre les trafiquants du marché noir. Cette peine de mort ne fut jamais appliquée, et au fond tous ceux qui avaient quelque expérience juridique savaient bien qu'elle ne pourrait pas l'être, mais pour le grand public, il y avait une incertitude, un doute qui planait, et ce doute psychologique.

De cette technique du cominatoire, on trouverait aussi des exemples en droit civil. Les lois qui exigent que le débiteur paie sa dette à un terme fixé, les lois qui confèrent force obligatoire au terme dit terme de droit, ces lois ne sont que cominatoires, au fond, à cause de l'institution du délai de grâce (l'article 1244 C. C.). Par cette institution du délai de grâce, nos lois sur le terme de droit sont en quelque sorte affectées d'une clause de cominatoire, ramenées à l'état de menace pesant sur le débiteur. Il sait qu'il peut ne pas obtenir de terme de grâce, et en conséquence, se doute pourra suffire à le faire s'exécuter au jour dit. Mais comme le terme de grâce est toujours possible, l'effectivité du terme de droit n'est jamais certaine : la règle est cominatoire.

L'ineffectivité partielle de la loi est organisée par la loi elle-même. Nous avons dans notre droit des effectivités et des ineffectivités.

En résumé, nous constatons que l'effectivité n'est nullement un caractère nécessaire de la loi ; que la loi, sans abdiquer sa nature propre, peut très bien être plus ou moins largement ineffective. S'il y a une conclusion philosophique à tirer de cette constatation, c'est que le rôle de la sociologie juridique pourrait être se substituer au point de vue droit dogmatique, qui est le point de vue de la justice absolue de chaque cas, le point de vue d'une justice globale et approximative de l'ensemble des cas. Il suffit que l'effectivité de la règle de droit soit assurée disons à 60 % - et peut-être suffirait-il même de beaucoup moins - pour que le droit règne sur la terre, le droit global et approximatif.

De même que l'on admettait jadis qu'il suffisait que les billets de banque fussent couverts à 60 % et même à moins, par l'encaisse métallique pour qu'ils pussent circuler en toute confiance.

Chapitre II

LA COUTUME

Section I - MECANISME OBLIGATOIRE DE LA COUTUME :

Il s'agit de s'interroger sur le mécanisme obligatoire de la coutume, de nous demander par quel enchaînement de phénomènes une coutume peut acquérir, pour les individus, la force d'une obligation.

En effet, la répétition fortuite d'un même acte ne fait pas une coutume, la coutume naît seulement avec le sentiment de l'obligatoire (certains disent même de l'"obligatorité").

En fait, l'obligation pourra ne pas être respectée par certains individus, mais ils auront conscience d'un manquement.

La théorie romano-canonique de la coutume distingue en elle deux éléments :

- Un élément matériel, la pratique répétée.
- Un élément psychologique, la conviction du caractère obligatoire de cette pratique, l'opinio necessitatis.

La sociologie juridique accepte cette analyse de la théorie romano-canonique. Mais elle doit s'efforcer de la dépasser en tendant d'ex-

pliquer la genèse du continent de l'obligatoire, la formation du mécanisme obligatoire de la coutume.

Le problème n'a pas proprement d'équivalence pour la loi du moins pour la loi telle qu'elle est conçue dans les sociétés modernes. A la loi, moderne, l'obligatoire vient du premier coup, et même d'avance, avant toute pratique, d'une façon incontestable, par un procédé de droit dogmatique. Le caractère obligatoire vient à la loi de la contrainte exercée par l'Etat, le mécanisme obligatoire de la loi, nous le lisons dans la formule exécutoire sans aucune difficulté.

Pour une raison analogue, il faut également mettre hors de la recherche les coutumes parvenues à ce degré d'achèvement que représentent, en France, les Coutumes rédigées, aux derniers siècles de la monarchie. Quoique ces coutumes rédigées, fussent techniquement différentes de nos lois modernes, leur mécanisme obligatoire était fondamentalement le même. La force obligatoire leur venait de la sanction de l'autorité, de la contrainte étatique. Allons plus loin : quand bien même une coutume n'aurait pas encore été prise en mains, si l'on ose dire, par le pouvoir central, dès qu'elle se trouve consacrée par des jugements, son mécanisme obligatoire cesse de faire problème : la force obligatoire lui vient de l'autorité des juges. C'est encore un mécanisme de droit public, un mécanisme d'Etat, une application, fût-elle au second degré, de la contrainte étatique. Il arrivera que l'explication, ici encore, se laisse lire dans la formule exécutoire, apposée au bas du jugement.

Où donc est le problème ? Il faut imaginer une coutume à l'état embryonnaire, une coutume qui n'est pas encore établie, mais est en voie d'établissement. Ce sont les premiers pas de la démarche qui deviendra coutumière, et l'on se demande comment les pratiques initiales vont s'enchaîner pour laisser apparaître, à un moment donné, une règle, un impératif.

L'aube de la coutume, c'est une date un peu vague. S'il était requis d'y mettre quelque précision, nous devrions renvoyer, pour l'Europe Occidentale, aux épaisseurs du haut Moyen-Age : ce fût sans doute, dans l'obscurité des IX^{ème} et X^{ème} siècles que se formèrent, par un peu à peu qui est tout le mystère, les coutumes des manoirs, des rivières et des forêts. Mystère qui n'est pas moindre, si, au lieu de l'histoire de nos pays, nous sondons les sociétés dites primitives - celles de l'Afrique Noire, par exemple - qui sont des sociétés essentiellement

coutumières. On sait avec quel sèle l'ethnologie s'y emploie. Mais seule l'existence des coutumes est directement sous ses yeux, non pas leur genèse qui s'est perdue pour toujours, semble-t-il, dans les ténèbres religieuses.

Cette quasi-impossibilité de l'observation directe permet de comprendre ce qui serait autrement un motif de surprise : que la sociologie juridique n'ait pas travaillé ici sur des sociétés de la réalité, des sociétés concrètes directement observées, mais sur des schémas de psychologie sociale, soutenus sans doute de quelques observations concrètes, mais construits principalement à partir d'un raisonnement sur les phénomènes psychologiques généraux. Cette abstraction peut sembler contradictoire à l'esprit sociologique ; mais il faut avoir égard au but limité que se propose la recherche, au stade très peu avancé encore où en est notre problème. Il ne s'agit que de constituer des hypothèses de travail, dont la vérification méthodique est réservée à une phase ultérieure. Or, la recherche d'une hypothèse de travail s'accommode de ces schémas abstraits où le raisonnement a plus de part que l'observation. Mais c'est dire aussi la portée restreinte de la présente étude : simple présentation des hypothèses de psychologie sociale par lesquelles on explique - ou l'on pourrait expliquer - l'apparition du mécanisme obligatoire de la coutume.

Les besoins de la présentation paraissent commander de classer ces hypothèses. Il semble qu'elles puissent se ranger sous deux idées générales significatives. La source de l'obligation inhérente à la coutume peut-être cherchée, en effet, tantôt en dehors du sujet, tantôt dans le sujet lui-même. Il est, en d'autres termes, pour expliquer le mécanisme obligatoire de la coutume, des hypothèses d'hétéronomie et des hypothèses d'autonomie.

§ 1 - Les hypothèses d'hétéronomie.

Parmi les hypothèses d'hétéronomie, la plus simple, la plus ancienne peut-être, est l'hypothèse de l'imitation. L'imitation serait le ressort du mécanisme obligatoire de la Coutume. On sait le rôle capital qu'à attribué à l'imitation, dans sa psychologie, ce précurseur de la sociologie juridique que fut Gabriel de Tarde. Pour lui, deux phénomènes psychiques fondamentaux gouvernent la vie sociale : l'invention, qui crée les types d'idées et d'actions, et l'imitation, qui diffuse ces types. Mais l'invention est rare, et l'imitation partout agissante. La coutume serait justement un phénomène d'imitation.

A la vérité, on peut objecter que le besoin d'explication est, par là, simplement reporté un peu plus loin. Pourquoi, au commencement, l'un a-t-il imité l'autre ? Ici du moindre effort, c'est réponse d'économistes ; paresse, de moralistes. Les sociologues ont des explications plus tourmentées : ils font état d'une peur d'innover, qui serait inscrite au plus profond de notre nature, étant liée à notre angoisse devant le devenir. L'homme sent que le devenir menace constamment son équilibre ;

alors, instinctivement, il cherche à se raccrocher à ce qui existe, il fait ce qui a déjà été fait, et ainsi naît la coutume.

Dans l'abstrait, on pourrait concevoir une imitation qui opérerait à égalité d'un individu quelconque à un autre tout aussi quelconque. Mais si l'imitation génératrice de coutumes pouvait ainsi agir indifféremment en tous sens, on verrait apparaître une multitude de règles, au moins de règles ébauchées, un pullulement de larves coutumières qui rapidement se neutraliseraient. Il y a, semble-t-il, des pentes le long desquelles l'imitation s'exerce par préférence. Constatons qu'elle a lieu généralement d'inférieur à supérieur dans la hiérarchie sociale, n'a peut-être pas une très grande portée quand il s'agit de coutumes, celles-ci se formant le plus souvent dans un milieu socialement homogène. La supériorité qui amorcera le mécanisme de la coutume est d'une autre sorte. C'est une supériorité qui procède d'un décalage dans le temps.

Tarde, déjà, avait mis en relief cet élément temporel, en opposant à la mode, imitation dans l'espace, la coutume, imitation dans le temps. Que l'on essaie de personnaliser l'élément temporel et c'est à la famille que sera attribué une fonction à l'origine des coutumes. La coutume sera, inversement, d'une imitation, qui, à chaque génération, se déroulent à l'intérieur de la famille.

On peut broder, sur ce schéma explicatif. Les freudiens lui donneront peut-être plus de relief en le chargeant de toutes les tonalités charnelles qu'ils ont cru déceler dans les rapports de l'enfant au père. Les purs sociologues, au contraire, l'affaibliront quelque peu en rejetant l'objet de l'imitation, vers des ancêtres plus ou moins désincarnés. Sous cette dernière forme, l'hypothèse est répandue et plausible (les ethnologues lui ont découvert maints appuis dans les sociétés négro-africaine), : la coutume est l'imitation des ancêtres, c'est le respect, la crainte des ancêtres qui fonde l'opinio necessitatis.

Toutes ces explications, divergentes sur les détails, paraissent pouvoir se réunir autour d'une notion fondamentale de l'exemplarité. Cette notion assouplit ce qu'il pourrait y avoir d'abord de mécanique dans l'idée première de l'imitation. Car les sentiments qui sont à la base de l'exemplarité sont complexes : crainte et pression psychologique, sans doute, processus de force et de contrainte ; mais aussi amour et clan. A cet endroit, l'explication par l'imitation en rejoint une autre, plus dans le fil de la sociologie contemporaine, l'explication par le mythe, puisque le mythe, c'est l'exemplarité des héros et des dieux.

La notion de mythe, dont la fortune a été si brillante en sociologie générale, ne pouvait rester ignorée de la sociologie juridique. Les mythes, en attribuant des causes surnaturelles à certaines institutions, privilégient ces institutions (comme on dit) aux yeux des mortels. D'où l'hypothèse : la coutume tire sa force obligatoire de la

conviction que la pratique qui se propose, a été accomplie pour la première fois par un héros ou par un dieu. Ainsi, c'est bien toujours une imitation qui est à la racine de la coutume, mais une imitation d'ordre mystique ou religieux, une imitation transcendante, pourrait-on dire. Ne faut-il pas insérer à cette place ce que Gusforf a écrit du mythe : "Tout ce que l'on fait est trop dangereux pour se passer d'une justification, d'une garantie que l'on trouvera dans la tradition, dans le sentiment que nos actes sont la répétition, l'imitation et la participation d'actes primordiaux accomplis dans le Grand Temps qui ne passe pas, le Temps des ancêtres, par les dieux et les héros légendaires. La première fonction du mythe est, non d'expliquer, mais de légitimer et de fonder la communauté humaine".

Il est vrai que, dans les inventaires dressés par les mythologues, on ne trouve pas si souvent le mythe à l'origine du juridique - bien plus souvent, on le trouvera à l'origine de ce qui pourrait être appelé le social non juridique. A des mythes sont rapportées, par exemple, maintes fondations de cités ou de pèlerinages. Mais la création de véritables règles de droit (surtout de droit privé) ?

Cette apparente indigence doit probablement être imputée, pour partie, au peu de curiosité que le droit - parce qu'il était regardé comme une sèche technique, surtout le droit privé - a été éveillé chez les spécialistes des mythes. L'exploration du monde des mythes mériterait d'être reprise méthodiquement avec des préoccupations de juriste. En attendant, les juristes se contenteront de glaner dans le champ de leur mémoire.

N'a-t-on pas fait dériver du mythe de Cérès le principe même de la propriété individuelle du sol ? Cérès, la première, a mesuré et divisé la terre, à force de la parcourir en recherche de Proserpine. Parcourir, c'est arpenter, et arpenter, c'est s'apercevoir que ce grand tout de la terre est, en réalité, divisible.

Juge-t-on un peu lâche cette relation de Cérès au régime foncier ? Voici qui l'est moins : c'est le mythe de l'enfance d'Oedipe. Etymologiquement le pied-bot Oedipe est né difforme (parce qu'une malédiction divine pesait sur l'union de ses parents). Aussi a-t-il été exposé à sa naissance par son père Laïos (d'un nom qui équivaut à Publicus, c'est l'être collectif). Sur cet exemple, se serait édifiée une coutume qui dut être assez générale dans le monde antique et dont les pseudo-lois de Lycurgue portent, pour Sparte, un témoignage bien connu : la coutume qui voulait que la collectivité (à Sparte, un conseil d'Anciens) eût le droit de faire périr les enfants infirmes de naissance, (non pas, d'ailleurs, à des fins d'eugénique, mais pour des motifs religieux, à dessein d'apaiser la colère divine qui s'était révélée dans la naissance d'une créature monstrueuse).

Avec le christianisme, les récits bibliques se substituent à la mythologie gréco-romaine, mais l'hypothèse peut-être poursuivie d'un mythe

enfantant la coutume de nombreuses sources mettent en rapport la coutume de la communauté de biens entre époux avec le mythe du premier couple : duo erunt in carne una. Pareillement, l'infériorité des enfants naturels semble sortir du mythe d'Ismaël : Abraham, le jour où il eut un enfant légitime, chassa dans le désert le bâtard Ismaël.

En marge du christianisme, une mythologie très ancienne a longtemps survécu, celle des contes de fées - tels que Perrault les a recueillis - dont la diffusion a été très vaste, et l'action d'autant plus puissante qu'elle saisissait les esprits plus jeunes. Or, à Cendrillon on a pu rattacher la protection législative de l'enfant du premier lit, et au Petit Poucet - le dernier-né, et le plus malin de la famille - le droit du juvénier, droit préférentiel reconnu par beaucoup de coutumes rurales au cadet des garçons dans la dévolution successorale de l'exploitation agricole. Ces personnages de la légende se seraient transformés en modèles du droit.

La ronde mythologique se boucle outre-mer. M. Alliot, qui a donné constance et relief à l'hypothèse des fondements mythiques de la coutume, tire ses illustrations des mythologies de l'Afrique Noire, ainsi, chez les Dogons, la règle qui fait de l'oncle utérin le plus proche parent et en même temps, la cible de l'agressivité du fils, se relie au mythe cosmogonique des deux couples de jumeaux - par un raisonnement subtil, mais la subtilité, remarqueront volontiers les ethnologues, n'est pas inattendue chez les primitifs.

Les sociétés de l'Afrique Noire ont encore fourni à M. Alliot, ici une sorte de contre-épreuve de la fonction qu'il assigne au mythe dans le mécanisme obligatoire de la coutume. Il est notoire que, dans ces sociétés, les coutumes millénaires sont, à l'heure actuelle, en voie de désagrégation. Et pourquoi ? Précisément parce que les mythes qui leur servent de support ne trouvent plus créance. Sous l'influence aussi bien de l'Islam que des idéologies européennes, les légendes traditionnelles sont ébranlées, et du même coup les règles coutumières. La corrélation est saisissante. Toutes les corrélations, cependant, ne sont point des causalités.

Cette dernière réflexion vous engage dans les chemins de la critique. Et de fait, il faut convenir que cette hypothèse de l'origine mythique des coutumes recèle bien des difficultés. Elle postule, chez les premiers observants de toute pratique appelée à devenir coutumière, une croyance absolue dans le mythe de départ. Mais qu'en savons-nous ?

La sociologie religieuse ne dispose pas d'un instrument incontestable à mesurer l'intensité des croyances, encore moins à les mesurer rétroactivement. C'est, il est vrai, un lieu commun que la foi aveugle du primitif et la modernité du scepticisme. Mais peut-être y a-t-il, dans ce lieu commun lui-même, une illusion de moderne. Pour reprendre la conjecture de tout à l'heure, les premiers qui traçaient des limites sur le sol se présentaient-ils le passage de Corès comme une réalité objective, ou y pensaient-ils avec un sourire intérieur ? Ce sourire, le cas échéant, l'his-

toire ne le retrouvera jamais, et c'est ce qui rend l'hypothèse invérifiable.

Et puis, il y a la difficulté de transposer le narratif en impératif. Le mythe raconte, la coutume ordonne. Le commandement ne peut sortir du récit que par une morale qui lui est extérieure. Du Corbeau et du Renard, comme le remarquait Jean-Jacques, se laisserait déduire, tout aussi bien une maxime que l'autre : tout aussi bien que "N'écoutez pas les flatteurs", ce pourrait être "Flattez hardiment". Si nous savons, pourtant, à quoi nous en tenir, et que la première conclusion est la bonne, ce n'est pas à cause de la fable, c'est à cause d'une morale qui lui préexisterait. Semblablement, un même mythe est capable de déboucher sur des coutumes opposées, en empruntant pour intermédiaire des raisonnements législatifs différents. Ainsi, le mythe des frères ennemis, qui a tant obsédé Victor Hugo, ce mythe si répandu - Abel et Caïn, Rémus et Romulus -, peut soutenir des ordonnances tout à fait opposées en matière de dévolution successorale : à Rome, l'égalité ; en Israël, le droit d'aînesse. L'égalité se relie au mythe par la conviction pédagogique fort commune, à laquelle l'humanité a du parvenir empiriquement, que le moindre complexe de frustration risque d'engendrer la haine entre frères. Et le droit d'aînesse s'y relie aussi, en considérant qu'une préférence personnelle du père.

Mais, si le mythe s'accommode ainsi des deux conclusions, n'est-ce pas la présomption qu'il n'a avec aucune, de lien nécessaire, de rapport de cause à effet ? Ce qui conduit à ne lui reconnaître, dans la genèse de l'obligation coutumière, qu'un rôle sensiblement plus modeste que celui que lui accorde l'hypothèse examinée. Sans doute, les coutumes peuvent-elles, à un certain stade de leur développement, trouver un appui, un supplément d'appui, dans des mythes. Mais cela ne signifie pas qu'elles en dérivent, qu'elles en reçoivent l'impulsion initiale, la première force obligatoire.

Plus vraisemblable est le processus suivant : une coutume existe d'où vient-elle ? ce n'est point le mythe qui donne la réponse. Une coutume existe, à laquelle tous se plient sans s'interroger sur son origine. Elle a une efficacité immédiate, que nul ne met en question. Mais un temps arrive où, sans cesser d'être appliquée, elle perd psychologiquement de sa force. L'esprit critique s'éveille. Quelques-uns, dans la collectivité, commencent à se demander si, après tout, la règle est bien fondée. Qui l'a créée ? Pour fermer la bouche aux objections, ceux qui ont la charge de l'ordre vont chercher à la coutume un répondant, un patron, parmi les héros ou les dieux, les saints ou même simplement les personnages d'une antiquité innommable. Une légende se tisse, s'amplifie, vit désormais d'une vie propre. Elle ne crée pas l'opinio necessitatis, mais elle la renforce, en suggérant tout à la fois que les pratiques à suivre sont très ancienne et qu'elles ont été le fait d'êtres exceptionnels.

Que telle soit la séquence - le mythe après la coutume - plus d'un cas en apporte la démonstration. Il est bien cert in que les peuples

germaniques ont connu des pratiques de communauté conjugale, bien avant d'être christianisés. L'unité charnelle d'Adam et Eve n'y était pour rien. Elle ne fut invoquée que plus tard, pour servir de soutien complémentaire à la coutume préexistante. Nous sera-t-il permis de citer encore, malgré ce qu'il a de local, le mythe de Benet ? Du XVII^e siècle à la fin du XVIII^e siècle, les habitants de ce bourg de Charente jouirent d'une exemption des tailles ordinaires et extraordinaires. A l'appui, ils faisaient valoir que, lors d'une bataille livrée aux Sarrasins sur leur territoire, leurs ancêtres avaient donné une sépulture honorable à des guerriers francs, si bien que Charlemagne en personne avait octroyé cette franchise au village. Au fur et à mesure des contestations soulevées par les agents du fisc au XVIII^e siècle, on voit la légende s'enrichir de détails (jusqu'à soutenir que le village avait quelque part un tombeau de l'empereur). Il se peut qu'à l'origine, il y ait eu une authentique exemption de tailles, en faveur de Benet, exemption dont les titres, comme il est advenu souvent, se perdirent dans les guerres de religion. Peut-être s'agissait-il, purement et simplement, au contraire, d'une exemption usurpée. Le point n'importe guère. Ce qui est à souligner, c'est que dans les deux éventualités, soit coutume réelle, soit coutume imaginaire, le mythe n'a eu qu'un rôle de consolidation.

§ 2 - Les hypothèses d'autonomie

Il était naturel de se tourner d'abord vers les hypothèses d'hétéronomie : n'est-ce pas dans l'hétéronomie que la célèbre formule de Kant place le propre de la règle juridique, en contraste avec la règle morale ? Ce caractère d'hétéronomie n'est pas, cependant, compris par tout le monde comme ayant une valeur essentielle, ainsi que l'atteste la notion, qui est juridique, de l'autonomie de la volonté. Il n'y a donc pas une impossibilité de principe à chercher dans l'individu lui-même, dans l'ensemble du groupe que régit la coutume, le ressort de la force obligatoire de celle-ci.

Il vient aisément à l'esprit d'expliquer par le mécanisme psychologique de l'habitude le caractère obligatoire de la coutume. Ce qui forme, du reste, une transition avec les hypothèses d'hétéronomie, car l'habitude sentie tantôt comme contrainte (on est prisonnier de ses habitudes) tantôt comme accoutumance intérieure de l'individu (on s'installe dans ses habitudes), est tout à la fois, hétéronome et autonome.

Quelques-uns de nos vieux juriconsultes avaient eux-mêmes fait le rapprochement entre habitudes et coutume. L'habitude, remarquaient-ils, est, la coutume privée, ce qui suggérait l'idée que la coutume proprement dite, la coutume publique, n'était pas d'une substance différente. Sur cette pente, la coutume se laisse analyser comme une multiplication des habitudes, et sa force juridique comme une projection de ce que le langage courant appelle si significativement la force de l'habitude.

A cet endroit, cependant, une question surgit : veut-on parler d'habitudes collectives ou individuelles ? Au premier cas, il faut supposer

une conscience collective, qui soit le siège de l'habitude collective, ce qui risque de déclencher un monde d'objections. Au second cas, l'hypothèse convient mal à certaines espèces de coutumes, toutes celles pour lesquelles la fréquence moyenne de la pratique, au niveau de l'individu, est si faible qu'une habitude individuelle n'en peut sortir. Ainsi, un individu, pour l'ordinaire, se contente d'un mariage dans sa vie, et d'un testament. Cela ne lui fait pas des habitudes. A moins qu'à sa pratique personnelle, on n'ajoute celle de ses parents, ce qui pourrait constituer une variante de l'hypothèse, où l'habitude serait rapportée au groupe familial - l'imitation, du même coup, perçant de nouveau.

Il est, de toute manière, des coutumes qui échappent à la difficulté, parce qu'elles concernent des pratiques qui sont suffisamment fréquentes au niveau de l'individu pour lui devenir habituelles. Si notre personnage hypothétique, le premier observant, a répété, plusieurs fois au cours de sa vie, une action ou une abstention remarquable, il s'y conformera par la suite sans même y penser. Si le seigneur a longtemps laissé les villageois ramasser le bois mort dans sa forêt, il continuera indéfiniment à les laisser faire, n'imaginant plus pouvoir faire autrement : une coutume de la forêt aura été fondée, sa nécessité n'est rien d'autre que l'autonisme psychologique d'une habitude individuelle.

Ce n'est pas à dire que tout, dans l'application d'une habitude acquise, soit automatisme et, partant, hétéronomie. Il s'y rencontre aussi une commodité et un plaisir - partant, une autonomie. L'observation a souvent été faite que le ritualisme des primitifs (ou des bébés ou des névrosés) est à base affective, que la répétition est pour eux, par elle-même, source de plaisir. Bis repetita placent : dans ces mots, il ne faut point voir une platitude de versificateur, mais un trait profond de mentalité primitive. La répétition est un chatouillement des sens ; c'est là dessus que, pour une large part, repose la jouissance que la musique procure. A ce plaisir, quasi-physique, de la répétition, la coutume a pu emprunter, dans les sociétés primitives, quelque chose de son mécanisme obligatoire. Une pratique coutumière y est obligatoire comme l'est, à un moment donné de la chanson, le refrain ou la ritournelle. C'est une nécessité, qui, en même temps, est éprouvée comme un plaisir.

Dans les sociétés évoluées, le plaisir de la coutume est, sans doute, d'une autre nature : moins irrationnelle, plus calculée. L'habitude est, pour nous, moindre effort, commodité, et pareillement la coutume. On sait bien que c'est par cette pente que se constituent encore, à notre époque, ces coutumes que sont la jurisprudence et la pratique notariale. L'obligatoire de la coutume apparaît ainsi comme un mécanisme utilitaire et raisonnable. Suivre ses habitudes, suivre sa coutume, c'est au fond, gagner du temps.

L'hypothèse de la convention - en moins diffuse dans la sociologie américaine - va mettre plus franchement l'accent sur la ration-

lité de la coutume.

Il faut prendre le mot convention dans une acceptation large et un peu vague ; convenance serait peut-être même un terme plus adéquat. Il est vrai que cette hypothèse est susceptible de nuances : dans la convention, c'est tantôt l'aspect de réciprocité, tantôt l'aspect de transaction, que l'on fera prédominer.

Quelle force détermine l'homme à tenir une promesse, fût-elle dépourvue de toute sanction organisée (que l'on songe aux pactes internationaux), à respecter une règle de jeu, fût-elle proposée pour la première fois et dénuée de tout prestige d'ancienneté ? C'est qu'il compte sur la réciprocité. L'opinio necessitatis est la conviction, non pas tellement de la nécessité où je suis que de celle où je vais mettre tous les autres, la conviction des liens généralisés que je vais créer par mon geste, parce que d'autres le répèteront à mon égard ou envers d'autres encore, et que de cette réciprocité virtuelle naîtra une sécurité générale. C'est ici le lieu de citer George Herbert Mead et ce que l'on a appelé la théorie de "l'autre généralisé". Mead professe que le fondement de la vie sociale est la capacité qu'a chacun de nous de se mettre en esprit à la place d'un autre. La différence du chien au joueur de football est que le chien rapporte la balle, mais ne peut mentalement se mettre à la place de son maître, tandis que le joueur de football est capable d'assumer mentalement tous les rôles de son équipe ou de l'équipe adverse. Cette capacité d'imaginer que la conduite sociale que l'on va adopter sera reproduite, répondue, ultérieurement par les autres, pourrait bien être ce qui fait démarrer le mécanisme obligatoire de la coutume. Ainsi, ce démarrage se ferait non point par une imitation du passé, mais paradoxalement, par l'attente d'une réciprocité à venir.

On peut, cependant, envisager la convention sous un angle de vision quelque peu différent, y considérer le point d'équilibre entre les intérêts des parties, l'accommodement, la transaction. Ce sera une autre façon de démontrer le mécanisme obligatoire de la coutume. Pourquoi un individu accepte-t-il d'obéir à une coutume, qui, de prime abord, lui impose un sacrifice ? Parce que, sur un autre terrain, elle l'avantage. Que la coutume soit de donner environ 10 % de pourboire aux garçons de restaurant : elle gêne le client en tant qu'elle l'empêche de donner moins, mais elle l'accommode en tant qu'elle le dispense de donner plus ; et parce qu'il éprouve l'esprit transactionnel de la combinaison, il s'y conformera spontanément.

Les Américains parlent à cette occasion, de law of compromise, droit de compromis. Il leur plaît, dans leur optimisme libéral, de faire apparaître, sous les règles juridiques, moins l'appareil de la contrainte que la bonne volonté suscitée par la transaction. Il leur semble que les lois, et aussi bien les coutumes, recouvrent des transactions tacites, où, dans l'intérêt de la paix publique, les catégories sociales concernées se font mutuellement des concessions. La journée

de travail d'une domestique a toujours été plus longue que celle d'une ouvrière d'usine, mais, en contre-partie, il est de coutume que ne soient exigées d'elle, l'après-midi, des besognes aussi fatigantes. Le patron se soumet de bon gré à cette coutume parce qu'il discerne qu'elle lui est payée par un bénéfice sur un autre point. Dans cette perspective, l'opinio necessitatis expérimentée par le premier observant d'une pratique serait la conviction que cette pratique répond à ce que l'on pourrait appeler une nécessité de jeu : nos relations avec nos semblables se présentent comme une balance d'avantage et d'inconvénients, comme un jeu, qui ne se laisse pas diviser.

La critique de l'hypothèse impliquerait la critique des conceptions philosophiques d'où elle est issue : il s'en faut de beaucoup que le droit puisse être ramené tout entier à un jeu, plus ou moins volontaire, de commodités, de convenances, de conventions ; la contrainte sociale, avec ce qu'elle a de drastique et de dramatique, est une réalité dont il est inséparable.

Section 2 • DIFFÉRENTES MANIFESTATIONS DE LA COUTUME

Peut-être ferions-nous mieux de dire différenciation du phénomène coutumier. Nous allons essayer de classer les différents phénomènes coutumiers selon leur nature, leur origine, leur coloration morale.

Ce qui nous conduira à trois distinctions entre lesquelles il n'y a pas de correspondance, trois distinctions qui n'ont pas la même portée, mais qui sont commodes, la distinction de la coutume juridique, et de la coutume non juridique, de la coutume populaire et de la coutume savante, des bonnes et des mauvaises coutumes.

§ 1 - Distinction de la coutume juridique et de la coutume non juridique.

Cette distinction nous met en présence d'une distinction capitale entre la règle de droit et les règles de conduite sociale autres que les règles de droit ; d'une distinction, plus généralement, entre le juridique et (suivant une expression que j'ai déjà utilisée) le social non juridique.

C'est maintenant le moment de rechercher quel est le critère de la juridicité.

Le problème ne se pose pas pour la loi parce que, par définition, la loi, qui est la règle formulée par l'intermédiaire d'un organe spécialisé du Pouvoir, porte sur elle-même l'estampille de la juridicité, une estampille d'autant mieux reconnaissable qu'elle est un signe formel. La forme écrite, la formule exécutoire, tout permet, d'une façon extérieure en quelque manière, de reconnaître que la loi est une règle de droit. Il est difficile, au contraire de reconnaître qu'une coutume est juridique. Pour la coutume, et singulièrement pour la coutume d'origine populaire, le problème de la juridicité se pose avec une acuité très grande. C'est qu'en effet, que la coutume soit juridique ou ne le soit, pas, elle apparaît semblablement en dehors de tout organe étatique spécialisé, son mécanisme paraît toujours le même : des pratiques répétées que confirme le sentiment de leur caractère obligatoire, socialement obligatoire.

Ce même processus, nous l'observons pour des règles juridiques et pour les règles de conduite sociale que nous savons d'avance n'être pas juridiques. Nous savons d'avance qu'elles ne sont pas juridiques : pourtant, nous aurions de la peine à préciser pourquoi elles ne le sont pas.

Ainsi, il est bien certain qu'il existe des règles morales ou religieuses qui ne sont pas des règles juridiques. Sans doute, il est des cas où aucune difficulté ne s'élèvera, parce que la morale, la religion se présenteront à nous comme purement intérieures, sans autre sanction que la voix de la conscience. Ces règles n'ayant pas manifestement de sanction sociale ne sauraient être regardées comme juridiques.

Si le nom juridique était toujours individuelle, il n'y aurait aucun problème pour la séparer de juridique. Mais il n'en est pas toujours ainsi, même pour la morale et la religion. Il y a des règles morales ou religieuses d'un niveau moins élevé, moins éthéré, que le sujet éprouve aussi comme des impératifs sociaux. S'il y obéit, ce n'est pas tellement parce qu'il obéit à une loi intérieure, c'est parce qu'il suit une pression sociale. Or, cette pression sociale n'est pas, néanmoins, une pression juridique, et ici, le problème de la juridicité va se poser.

Il se posera encore plus nettement pour des pratiques sociales, pour des règles de convenance, d'usage, de courtoisie, de mœurs, pour les folkways et les mores (en déprenant ces deux notions, déjà rencontrées, de la sociologie américaine.

Ces folkways sont les manières de vivre nationales, par exemple, pourquoi nous habillons-nous d'une certaine manière ? Je ne fais pas allusion aux contingences de la mode, mais il y a une structure sociale du vêtement (ainsi, le pantalon, pour les hommes dans les sociétés occidentales). Les folkways, même ainsi comprises, paraissent étrangères au droit. Semblablement, l'ordre des plats dans les repas, le salé avant le sucré ; les coutumes funéraires (là, l'incinération, ici l'inhumation). Ce sont des folkways.

Les mores semblent se situer à un niveau un peu plus élevé. Ainsi, le respect des morts indépendamment des rites spéciaux des funérailles, peut-être rangé parmi les règles de mores. C'est encore du social non juridique.

Voici, d'un tout autre genre en apparence, une coutume que l'on constate dans beaucoup de pays, aussi bien en Europe qu'en Afrique du Nord, d'après laquelle la femme dans le ménage a la haute-main sur la basse-cour, si bien que le produit de la vente des oeufs doit lui revenir, et non pas au mari, à titre d'argent de poche. Cette règle-là prend en écharpe tous les régimes matrimoniaux, ce n'est pas du droit, c'est une règle de mores, c'est une pratique qui est sentie comme obligatoire, et qui, cependant, n'est pas une pratique juridique.

Folkways et mores, manières de vivre et règles de mœurs s'opposent pareillement aux coutumes juridiques. Ce sont des coutumes non juridiques. Les sociologues italiens ont une expression pour désigner ces pratiques sociales non juridiques : "costume". Ils font nettement la différence : la coutume juridique, c'est "consuetudine" ; tandis que "costume", ce sont les conduites sociales non juridiques, des convenances, des usages, qui ne se situent pas au niveau du droit.

Mais d'où vient la différence ? Quel est le critère de la juridicité ? C'est très difficile à préciser et souvent il semble y avoir une gradation insensible plutôt que des catégories tranchées. On assiste à une marche vers la juridicité. Ainsi, considérons le fait, social

assurément, de la correspondance, de l'échange de lettres. Recevoir une lettre, c'est être dans l'obligation de répondre (si la lettre implique une réponse, bien entendu). Il y a une règle qui oblige à répondre à une lettre qui appelle une réponse. Cette règle est sentie, quoique d'une manière diffuse, mais elle est sentie comme une règle de moeurs, une manière de vivre, non comme une règle de droit. Si le premier épistolier, a joint un timbre pour la réponse, nous nous sentirons obligés plus profondément à répondre. Pourtant, ce n'est pas encore une règle de droit. Mais supposons des relations d'affaires entre les deux correspondants (c'est une notion que le droit a élaboré pour des contrats par correspondance). A ce moment-là, il pourra naître une obligation juridique de répondre. Ainsi, en modifiant une nuance, un détail dans l'hypothèse, nous nous acheminons peu à peu vers la juridicité. Mais la césure est extrêmement difficile à placer.

A. - Critères de la juridicité.

On peut songer à un critère qui différencierait les règles d'après la nature des conduites qu'elles ont pour objet d'ordonner.

C'est ainsi que procèdent volontiers les juristes dans la distinction qu'ils font, de façon classique, entre le droit et la morale. Ils classent les devoirs. Ils commencent par mettre à part les devoirs envers Dieu et envers soi-même : cela, ce n'est pas du droit, mais de la morale. Ils continuent par les devoirs de charité : c'est encore de la morale. Puis, ils arrivent aux devoirs de justice. Là, il faut faire une coupure. Il y a des devoirs de justice qui ressortissent à la morale seulement, d'autres au droit seulement, d'autres à la fois au droit et à la morale. Telle est la méthode, qui seule nous intéresse ici.

Les sociologues américains procèdent par une méthode analogue, en s'attachant à la nature des conduites ordonnées, pour séparer les mores des folkways. Ils disent volontiers que les mores sont des règles de conduite dont la violation implique, - et les folkways des règles de conduite dont la violation n'implique pas - mise en péril des intérêts de la communauté. Mais cette action de la mise en péril les intérêts de la communauté apparaît comme extrêmement vague, quand on la serre de près. En outre, elle est peu utile pour nous, parce qu'elle ne permettrait pas en toute hypothèse, de séparer les mores du droit, car il est bien évident que les règles de droit sont elles aussi des règles dont la violation "met en péril les intérêts de la communauté".

Au demeurant, nous constaterons plus tard (à propos de la relativité de la juridicité) qu'il n'y a pas de conduites sociales qui, partout et toujours, appartiennent soit au droit, soit aux moeurs. Le même comportement social qui fait l'objet d'une simple règle de moeurs dans nos sociétés occidentales, pourra, dans une société orientale, faire l'objet d'une véritable règle de moeurs. C'est la preuve qu'il

est vain de chercher à différencier les deux domaines - le juridique et le social non juridique - par l'objet des conduites prescrites. La juricité est un élément extérieur à ces conduites, qui peut indifféremment se greffer sur n'importe quel type de conduite. Nous sommes ainsi conduits vers des critères externes de la juricité.

De ce point de vue là, on peut classer les coutumes en juridiques et non juridiques soit selon les phénomènes de contrôle social par lesquels elles tendent à l'effectivité, soit d'après les phénomènes psychologiques par lesquels l'individu les appréhende. Cela fait deux ordres de critères - objectifs et subjectifs - que nous examinerons successivement.

I - Phénomènes de contrôle social auxquels donne lieu la règle.

Dans cette direction, un critère peut-être qualifié de classique en sociologie générale : c'est le critère tiré de sanction de la règle, pression sociale, une contrainte sociale.

Sans doute une coercition extérieure accompagne toute coutume, qu'elle soit ou non coutume juridique. Toujours une pression de la société qui tendra à ramener à exécution la règle de conduite sociale.

Mais cette pression de la société n'aura pas les mêmes caractères selon qu'il s'agit d'une coutume juridique ou d'une coutume non juridique. Supposons une coutume non juridique par exemple, la séquence plats salés-plats sucrés dans un repas. Celui qui la viole en public (dans un restaurant) s'expose à des sourires, à des chuchotements, à une réprobation muette ou à haute voix (du garçon et des autres clients). Mais celui qui viole une coutume juridique s'expose à des dommages-intérêts ou à une peine prononcés par un juge et exécutoires, à la limite, par la force publique.

A la vérité, ce n'est pas par sa substance que la sanction diffère d'une hypothèse à l'autre : on conçoit des peines, sanctions de règles juridiques, qui consistent aussi dans une simple réprobation du milieu (peines dites "humiliantes ou purement morales" dans la théorie du droit pénal). La différence entre coutumes juridiques et coutumes non juridiques tient non pas à la nature, mais à l'ordre et à la fonction de leurs sanctions respectives.

A l'origine des sanctions, en premier lieu. Pour la coutume juridique, la sanction est exercée par des organes différenciés de la société, tandis que, pour la coutume non juridique, elle est exercée par la masse d'une façon indivise.

A la fonction, du but des sanctions en second lieu. La contrainte spécifiquement juridique tend à ramener la règle à exécutoire. Elle a pour but l'exécution de la règle, tandis que la contrainte sociale

non juridique s'exerce sans but. Elle est provoquée par la violation de la règle (de la coutume non juridique). Elle pourra avoir pour résultat de faire cesser cette violation. Mais elle n'a pas été consciemment organisée à cette fin.

La contrainte sociale juridique, signe de la coutume juridique, est une contrainte spécialisée (parce qu'elle émane d'un organe spécialisé) et fonctionnelle (parce qu'elle a une fonction). Elle est organisée en vue d'assurer l'exécution de la règle, tandis que la contrainte sociale diffuse et gratuite, une contrainte sociale de surcroît, qui n'est pas organisée pour empêcher la violation de la règle, mais qui se produit spontanément lorsque la règle est violée.

Ainsi précisé, le critère objectif peut sembler rendre raison de la distinction entre les coutumes juridiques et non juridiques dans les sociétés modernes. Mais les sociétés primitives ne vont-elles pas le mettre en défaut ?

C'est que, dans les sociétés très primitives, il ne se rencontre pas d'organes étatiques différenciés. La tribu est à peine gouvernée. C'est la masse qui exercera la sanction dans tous les cas, et dès lors, où sera la différence outre les coutumes juridiques et les autres ? Outre que, dans les deux cas, il y aura une égale spontanéité de la sanction. La coutume pénale de la société primitive - pour raisonner sur le droit pénal - n'est pas une coutume réfléchie. Les primitifs ne s'interrogent pas, comme nous, sur les fonctions de la peine. La peine est, de leur part, une réaction spontanée et non pas fonctionnelle. De ce côté là aussi les frontières s'estompent donc entre le juridique et le social non juridique.

Mais les sociologues pourront répondre, que, précisément, dans ces sociétés, il y a pas à distinguer entre les coutumes juridiques et celles qui ne le sont pas, il ne s'y trouve qu'une sorte de coutumes parce qu'il n'y a s'y trouve qu'une nature de pression sociale.

Tout y est droit, tout y est coutume juridique, ce que nous appelons règle de mœurs aussi bien que ce que nous appelons règle de droit, parce que tout y est assorti d'une pression sociale. Il n'y a pas à y distinguer la pression sociale diffuse de pression sociale organisée parce que la pression sociale n'y est jamais que diffuse. La différence entre règle de mœurs et règle de droit est une différence toute une différence moderne.

C'est, au fond, la pensée de la sociologie durkheimienne : l'unité des règles de conduits sociale ; la confusion du social juridique et du social non juridique dès qu'une coutume existe sous une pression sociale même diffuse, elle peut-être dite droit. Cette manière de répondre à l'objection n'est pas cependant absolument irréfutable ; et il faut signaler que certains ethnologues considèrent que, même dans les

sociétés primitives, il existe des différences entre le social juridique et le social non juridique. Les primitifs auraient conscience que certaines conduites leur sont imposées par un impératif qui n'est pas de même nature que pour d'autres. La difficulté se reparaît alors : où est la différence ?

Peut-être faudrait-il chercher le critère de la juridicité plus loin que la règle, dans la notion du jugement. Nous avons déjà eu l'occasion de nous élever contre la tendance à tout ramener à la règle de droit en sociologie juridique, sans tenir compte du jugement. On imagine un critère tiré de la juridicité qui serait tiré de la possibilité du jugement. La juridicité, pourrait-on dire, est la "judiciarité", la possibilité d'un jugement la suite de la violation d'une règle de conduite. Une conduite sociale entrerait dans le domaine du droit quand elle pourrait être soumise à un jugement, je ne dis pas quand elle pourrait donner lieu à une action en justice. La notion technique d'action en justice est relativement moderne, et trop précise pour exprimer la "plainte" par lequel, dans les sociétés archaïques, le juge est saisi.

La coutume juridique serait ainsi celle qui peut donner lieu à l'activité spécifique de ce personnage mis à part des autres qu'est le juge. La possibilité de l'intervention d'un tiers entre deux hommes qui sont en conflit, deux hommes qui se contredisent, caractériserait le juridique. L'intervention d'un tiers qui juge, c'est-à-dire pense, pèse, doute, oscille, penche dans l'un ou l'autre des deux sens et finalement décide. Si bien que le critère de la juridicité en dernière instance, ce serait le doute à l'égard de la règle, la possibilité de ne pas l'appliquer finalement. L'absence de rigidité serait finalement la caractéristique de la règle de droit, parmi toutes les règles de conduite sociale. La règle de droit peut faire intervenir un juge, et le juge peut ne pas appliquer la règle de droit, tandis que la règle de conduite sociale non juridique, elle n'implique pas l'intervention d'un juge, et par conséquent, elle doit s'appliquer.

II - Les phénomènes psychologiques par lesquels l'individu appréhende la règle.

Dans certaines théories contemporaines de sociologie générale, on distingue plusieurs niveaux de conduite sociale, suivant la manière dont ces conduites sont saisies psychologiquement par le sujet. Il n'est pas sûr que ces notions de la sociologie générale seraient-elles inutilisables pour la distinction que nous cherchons à faire. Cependant, eu égard à leur importance en sociologie générale, il peut être utile d'y faire au moins allusion.

Parmi les conduites sociales, le niveau le plus extérieur, le moins profond, serait constitué par les "normes" (le terme est pris ici dans une acception technique, propre à cette théorie de sociologie générale). Les normes représentent les conduites sociales "intelligées"

entendez raisonnées, pleinement conscientes. C'est à ce niveau-là que se situeraient, d'ailleurs, les conduites juridiques. Les coutumes juridiques donneraient lieu à des phénomènes intelligés, à des phénomènes pleinement conscients.

Au-dessous, plus en profondeur, il y aurait des conduites subconscientes, ou même totalement inconscientes. Dans cette terminologie, on parlera de "formes" par opposition aux normes, ou même de "modèles". C'est à ces niveaux plus profonds que se situeraient les conduites sociales non juridiques.

Ainsi, ce qui ferait la différence, ce serait le mode d'appréhension mentale de la conduite envisagée : quand la conduite est raisonnée, intelligente, il y a règle de droit ; quand elle est inconsciente, subconsciente, il s'agirait de pratiques sociales non juridiques.

Le temps nous manque pour entrer dans l'approfondissement, et plus encore dans l'examen critique de cette conception.

B - Relativité de la distinction.

Je ne pense pas qu'il faille attacher une importance catégorique à l'opposition entre coutume juridique et coutume non juridique. Nous devons constater que le même objet peut suivant les époques, donner lieu à des prescriptions de nature différente.

La même conduite peut, d'une société à l'autre, faire, l'objet d'une règle morale, d'une règle de mœurs, d'une coutume juridique. C'est un processus souvent décrit : que celui de la laïcisation du droit dans certaines sociétés, le refoulement du fas par le jus, donc passage de certaines conduites du domaine juridique au domaine du social non juridique.

Certains droits ignorent notre opposition entre le juridique et le social. Tout y est juridique. Certains systèmes juridiques se font une conception très étendue des lois, les lois y englobent des règles qui, chez nous, seraient des règles de convenance d'étiquette, de politesse. Le droit chinois pré-révolutionnaire était célèbre à cet égard : le deuil des enfants à la mort de leurs parents, par exemple, qui chez nous relève des mores y faisaient l'objet de prescriptions juridiques, sanctionnées de pénalités. D'une façon générale, les droits orientaux (et, si l'on devait, faire, en droit comparé, une catégorie des droits orientaux, là où était peut-être le critère) absorbent dans le droit une bonne partie de ce qui, chez nous, appartient au social non juridique. Dans la Bible comme dans le Coran, nous rencontrons, à côté de prescriptions juridiques au sens occidental du terme, des prescriptions alimentaires ou cérémonielles qui, pour les Hébreux et les Musulmans, ne sont pas d'une nature différente. Notre séparation entre le juridique et le social non juridique est largement occidentale, ce qui introduit dans la distinction une indiscutable relativité.

§ 2 - Distinction de la coutume savante et de la coutume populaire.

Cette distinction met en cause l'origine de la coutume. Il faut, du reste, bien comprendre le sens de l'expression "populaire" qui ne signifie pas ici nécessairement ce qui vient du peuple, populaire s'oppose à technique. On veut dire que la coutume dans un cas vient de la masse non technicienne, non professionnelle du droit, tandis que dans l'autre, elle est élaborée par des professionnels du droit.

Cela peut faire deux formes de coutume selon l'origine, mais aussi deux théories sur l'origine de la coutume

A - Les deux thèses sur l'origine de la coutume.

Je puis être bref, car les deux thèses sont assez connues même en droit dogmatique.

Pour certains juristes, la coutume est peuple. Idée romantique, disent des historiens sérieux, et de fait, cette idée a été surtout développée au temps du romantisme. Savigny en a été le protagonisme : il croyait au Volksgeist. L'esprit du peuple était, pour lui, la source de toute coutume. Mais Théring ne pensait pas autrement quand il écrivait que la coutume est une production inconsciente et somnambulique du droit, il voulait dire qu'elle est instinctive, intuitive, non pas volontaire, consciente. Un juriste belge Edmond Picard a dit : semblablement que, par la coutume, le "peuple suinte le droit"...

Mais beaucoup de juristes ne se résignent pas à ce que la règle de droit puisse ainsi venir du peuple sans passer par les professionnels.

Vous savez du reste cette opposition de points de vue s'est présentée dans d'autres domaines. Il y a eu des discussions interminables, en littérature, pour savoir si Homère avait existé, ou si les poèmes mis sous son nom n'étaient pas plutôt une oeuvre collective. Il y en a eu du même genre à propos des chansons de geste.

Beaucoup de juristes, beaucoup d'historiens du droit pensent que la coutume est technicienne, et non pas peuple : que c'est une création réfléchie des professionnels du droit

Elle se confondrait, suivant les cas, soit avec la pratique extrajudiciaire, la pratique des notaires, soit avec la jurisprudence des tribunaux, Planiol avait fait observer, en ce dernier sens, que les ressorts des coutumes, dans l'ancienne France, correspondaient à des ressorts judiciaires, preuve, disait-il, que ce sont les juges qui font les coutumes. Ou bien ce sont les notaires qui imaginent des clauses, des formules, lesquelles, peu à peu vont devenir de style, puis usage conventionnel et coutume.

Je me borne à exposer rapidement les deux thèses. On pourrait les

discuter, du point de vue historique et rechercher si, dans l'apparition des coutumes ce sont des personnalités, des individus qui ont joué le rôle essentiel, ou des collectivités. En faveur de l'origine technique, on a fait valoir qu'au XVI^e siècle, lors de la rédaction des coutumes, des commissaires qui étaient des techniciens, avaient été délégués pour la rédaction et la réformation des coutumes, et qu'ils avaient joué un rôle essentiel. Ils se mettaient en rapport avec les praticiens du crû, dans chaque province, avec les avocats, et les procureurs, et c'était ces petits comités techniques qui préparaient les textes. Le peuple n'apparaît point dans le processus. Cependant, on peut relever en sens contraire que ces commissaires eurent souvent des difficultés avec les délégués des Etats très jaloux de leur droit de "consentir la coutume". C'est ainsi que lors de la rédaction de la Coutume de la Rochelle, en 1566, il fut dit ceci :

"Mesmes est certain que les gens de la Justice qui ne font pas Etat séparé ains sont mêlés et confondus ès trois Etats, ne peuvent pas induire et contredire une coutume".

Vous percevez la revendication des droits de la masse contre les prétentions des techniciens.

B - Les deux formes de coutumes selon l'origine.

Le fait est qu'il y a des coutumes d'origine populaire, et d'autres qui sont d'origine technique. Par conséquent, l'une et l'autre thèse peuvent réclamer une sphère d'application. Cela paraît une donnée de l'expérience.

Considérons une maxime traditionnelle de notre droit civil, comme la maxime Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua ad excipiendum. Il est évident que le peuple à lui seul n'aurait jamais trouvé cela. Considérons encore les solutions de conflits en droit international privé. C'est aussi de la haute technique. Il serait invraisemblable que ce fût une création populaire.

Pareillement, des coutumes procédurales, des usages d'avoués ou d'huissiers ne peuvent, par définition, avoir été inventées que par les praticiens eux-mêmes.

En revanche, envisagez une coutume comme celle qui veut que la femme porte le nom patronymique du mari (elle est, depuis 1893, consacré par un texte, mais peu importe). Une telle coutume, à n'en pas douter, est peuple.

Si nous essayons de constituer des catégories à l'intérieur de la notion de coutume, nous dirons que sont coutumes d'origine technique, les règles coutumières que nous comprenons sous les appellations dogmatiques de doctrine, jurisprudence, pratique extra-judiciaire, (spécialement pratiques notariale), principes généraux et maximes du droit. Le

reste peut-être pr sumé d'origine populaire.

Toutefois, même sur cette classification, il y aurait des réserves à faire. Il se peut que les praticiens, quand ils élaborent une pratique extrajudiciaire (les notaires, par exemple, quand ils élaborent une clause type) se bornent à mettre en forme des combinaisons déjà pratiquées par la masse non technicienne (il se peut que les notaires mettent en forme authentique des usages conventionnels sous seing privés), d'autre part, les tribunaux qui ont élaboré une jurisprudence pouvaient contenir des juges qui n'étaient pas des professionnels de droit. Ainsi, des usages commerciaux ont été élaborés par les juridictions consulaires, mais celles-ci étaient (et restent) des juridictions de non-techniciens du droit.

Autre réserve à faire : il existe un préjugé courant d'après lequel l'origine populaire serait une explication qui vaudrait pour les coutumes anciennes, mais non plus pour aujourd'hui. La coutume d'origine populaire serait une source actuellement tarie, tandis que la coutume technicienne serait la forme actuellement vivante du phénomène coutumier. Cette opposition est excessive. D'abord, même à notre époque, il se crée certainement des usages professionnels ; et ils naissent en dehors des techniciens du droit. Mais il contient à se créer aussi de véritables coutumes. Si on le nie, c'est parce que l'on n'a pas regardé au rôle indirect, médiat de la coutume, qui demeure considérable.

Quand nos tribunaux apprécient la faute, sous l'art. 1382, ils se réfèrent - c'est du moins une formule possible à la conduite que l'homme moyen - pratique en France à notre époque. Ils se réfèrent, par conséquent, à la coutume de notre temps. Quand ils appliquent la notion de bonne moeurs, ils se reportent aux moeurs de notre époque. Si donc, il se produit une évolution des conduites dans tel ou tel sens, cette évolution se reflétera dans le concept juridique de bonnes moeurs.

§ 3 - Distinction des bonnes et des mauvaises coutumes.

Dans l'histoire, nous constatons une tendance à différencier les coutumes suivant des critères moraux, suivant un jugement de valeur porté sur elle au nom de règles prétendues supérieures. Sociétés, le Pouvoir, leurs organes procéderont à un filtrage des coutumes au nom d'un certain idéal. L'opposition des bonnes et des mauvaises coutumes a été faite par notre Ancien Droit. Il y avait des coutumes louables et malae consuetudines. Le Pouvoir royal aux XIII^e-XIII^e siècles, plus tard, les Parlements pourchassent les mauvaises coutumes, leur refusent force juridique. Mais quel était le critère ? Il varia suivant les époques.

Primitivement, ce fut la mor le chrétienne ou l'intérêt de l'Eglise. Plus tard, les nécessités politiques. Dans les dernières siècles de l'Ancien Régime, des contingences économiques, plus simplement ; on ne cherche plus qu'à améliorer un fonds de droit qui a vieilli. L'instrument, le filtre s'était technicisé, il ne s'agirait plus que

d'un triage technique entre les coutumes.

Quelque chose de comparable semble se retrouver dans notre droit politique avec la notion de bonnes moeurs. Toutes les moeurs ne sont pas prises en considération, mais uniquement les bonnes : d'où un triage, au nom d'un idéal extérieur à la matière sociale triée.

Quelle est l'interprétation de ce phénomène de cette distinction faite à différentes époques par le droit entre les bonnes et les mauvaises coutumes ? L'interprétation dogmatique prend prétexte du phénomène pour dévier à la coutume le pouvoir de créer du droit par elle-même.

La coutume n'aurait pas de force juridique autonome ; elle n'en aurait que par une espèce d'exequatur que lui donnerait le prince, en connaissance de cause, le prince ou ses juges.

Telle ne peut pas être l'interprétation sociologique. Dans cette interprétation, on part de l'idée que toute coutume a valeur de règle de droit par elle-même, toute coutume est moralement neutre, il n'y a pas de bonnes ou de mauvaises coutumes. Bonnes ou mauvaises coutumes, ce sont des étiquettes polémiques qui traduisent un conflit entre des ordres juridiques distincts, coexistant à l'intérieur de la société globale, à l'intérieur proposé en tête. il peut y avoir à l'intérieur de la société globale.

La distinction des bonnes et des mauvaises coutumes traduit un phénomène de pluralisme juridique. L'ordre juridique prépondérant, celui de la société globale est ici, par hypothèse, en conflit avec l'ordre juridique société particulière, d'une société particulière où s'est conservée, par un phénomène de survie juridique, de folklore juridique, une coutume ancienne. Cette coutume n'est pas mauvaise en soi ; elle a seulement le tort d'être plus ancienne que l'ordre juridique dominant, qui lui attache l'étiquette de mala consuetudo.

Titre II

-o-o-o-o-o-o-o-o-

LE JUGEMENT .

Si je pouvais traiter plus spacieusement la matière du jugement, je diviserais ce titre en deux chapitres dont le premier serait consacré au mécanisme général du jugement et le second aux différents types de jugement.

Le jugement est une opération psychologique par laquelle un personnage (mis à part des autres par la société ou même par un groupe de particuliers) fait du droit pour un cas particulier. Il ne crée pas une règle de droit susceptible d'être appliquée à un nombre indéfini de cas, il donne du droit pour un cas unique.

Le plus souvent, on ne veut pas reconnaître que le jugement est du droit par lui-même. On ne reconnaît de valeur juridique au jugement que parce qu'il est l'application, la déclaration d'une règle de droit préexistante, ou parce qu'il pourra constituer, en se répétant, une nouvelle règle de droit coutumier. Mais par lui-même, le jugement ne serait pas du droit.

C'est un point de vue inexact, qui a beaucoup contribué à fausser l'idée du phénomène juridique. Le jugement est un phénomène juridique au même titre que la règle de droit, peut-être même avant la règle de droit, en tout cas aussi important que celle-ci. Ce phénomène de sociologie juridique qu'est le jugement a été surtout étudié par des juristes dogmatiques. Il y a sur le jugement, en procédure civile comme en droit public, des analyses très fines, qui, à la vérité, ne concernent qu'une espèce de jugement, le jugement par excellence aux yeux des dogmatiques ce qu'ils appellent l'acte juridictionnel, le mécanisme psychologique par lequel le juge déclare la règle de droit. Il y a, pourtant, dans la notion sociologique du jugement, bien autre chose que l'acte juridictionnel.

En dehors du droit dogmatique, le jugement a été étudié par une discipline collatérale au droit, qui n'est pas, d'ailleurs, proprement la sociologie mais plutôt la psychologie juridique. Il y a une psychologie judiciaire, c'est l'Autrichien Gross, qui, au début de ce siècle a montré la voie. Il a appliqué au mécanisme psychologique du jugement les méthodes psychotechnique, que Binet venait de découvrir à la même époque. Ces recherches ont été vulgarisées en France par un magistrat, le Président Gorphe, dans une série d'ouvrages (notamment "Critique du témoignage", 1925).

Dans cet ordre de recherches on a étudié, en effet la critique du témoignage, l'appréciation des preuves par le juge, la formation du jugement dans l'esprit d'un juge unique ou dans un collège de juges, etc. Beaucoup de ces études entreprises dans une perspective de psychologie mériteraient d'être reprises d'un point de vue proprement sociologique.

Pour étudier complètement le mécanisme général du jugement, il conviendrait de se placer à deux moments dans le processus judiciaire ; la contestation et la décision.

La contestation, le procès, est quelque chose d'extrêmement important au point de vue sociologique et psychologique. Le procès est une relation de conflit. Les sociologues américains qui étudient les relations interindividuelles, en distinguent trois sortes : relations de coopération, relations de compétition, relations de conflit. Le procès est une relation de conflit.

Dans cette catégorie, le procès se situe entre la brouille et la rixe. La brouille peut entraîner le procès et le procès conduit à la rixe. C'est une relation moyenne de conflit entre les deux pôles qui viennent d'être cités.

En chinois, l'idéogramme qui représente le procès est, paraît-il, une combinaison de l'idéogramme qui représente le discours, et de celui qui représente le chien. Un discours entre deux chiens, c'est la bonne définition du procès.

Etudiant la contestation, le procès, nous aurions à nous interroger sur la nature, sur ses causalités. Le phénomène de la processivité obéit à des causes, on peut en faire des études différentielles, dans l'espace ou dans le temps.

Au sujet de la décision, les recherches à faire seraient d'abord des recherches de causalité : il faudrait rechercher le juge sociologique, comme nous avons recherché le législateur sociologique. Qu'est-ce qui juge, derrière le juge que nous voyons ?

Et également des recherches d'effectivité : dans quelle mesure le jugement est-il effectif ? Il est des peuples où l'on se contente de juger, mais sans se préoccuper d'exécuter le jugement une fois rendu. Le droit

français moderne, dans certains de ses secteurs, en est arrivé à cet état d'indifférence... ! on rend des jugements, mais on ne les exécute pas.

Obligé de me limiter, j'insisterai davantage sur les différents types de jugement une distinction peut-être faite entre les jugements logiques charismatiques.

Du jugement logique, je ne dirai rien, parce que c'est le jugement que nous connaissons tous, celui qu'étudie le droit dogmatique : le syllogisme judiciaire, application mécanique de la règle de droit. Non pas qu'il faille identifier nécessairement le jugement de droit moderne avec cette sorte de jugement. Il s'en faut que tous nos jugements soient des jugements logiques. Ce qui est vrai, c'est que le plupart de nos jugements ont l'apparence de jugements logiques.

Le jugement magique demande plus d'explications. A certaines époques dans l'évolution des sociétés, on constate que le jugement des hommes fait appel à des forces supra-terrestres : au jugement de Dieu ou au jugement des dieux. C'est un système qui se retrouve dans un très grand nombre de sociétés archaïques, en des points très différents. Il se peut, du reste, qu'il y ait un raisonnement inconscient à la base de ce mécanisme sociologique ; si la vérité est impossible à connaître pour les hommes, si, au contraire, Dieu a toutes facilités, étant omnipotent et omniscient, pour la connaître, il n'est pas déraisonnable de s'en remettre à Dieu du soin de juger. Il est plus simple d'interroger Dieu que de chercher une vérité difficile.

De là le recours à la magie. Le jugement apparaît comme lié à la magie. Divers témoignages peuvent en être donnés ; notamment celui-ci, que l'on retrouve à différentes époques dans la série sociologique, que la justice est rendue sous un arbre. Des esprits trop épais ont dit que, dans les pays observés il y avait beaucoup de soleil, et que le juge cherchait tout simplement à se mettre à l'ombre. Mais ce n'est pas aussi simple. En réalité, il cherche à entrer en communication avec les propriétés magiques que distille l'arbre.

C'est ainsi que, en Chine, mille ans avant Jésus-Christ, un célèbre recueil de sentences, porte le titre de : "Sentences de dessous le poirier". Ailleurs, c'était sous un acacia. Tous ces arbres sont, paraît-il, magiques, et sans doute aussi, le chêne de Saint-Louis. Salomon fit recouvrir de cèdre le portique du jugement (I, Rois, VII, 7), à défaut de pouvoir aller sous un arbre. A partir du moment où les juges ne vont plus sous les arbres, on peut remarquer, en effet, que l'on fait venir les arbres sur eux. Il y a des caissons de chêne dans beaucoup de nos palais de justice.

Il y a deux grandes espèces de jugement magique : la divination et l'ordalie.

La divination est le tirage au sort. Le tirage au sort existe encore

dans notre droit pour clore le procès en partage. Mais ne voyons plus, tant nous y sommes habitués, que c'est un jugement magique. C'est pourtant de la magie, mais à d'autres époques, il y a eu des formes plus savantes de divination. Le sacramentum de l'ancien droit romain peut-être interprété ainsi.

L'ordalie se retrouve un peu partout dans la série sociologique : en droit hébraïque comme dans le très haut Moyen-Âge, et aujourd'hui en Afrique noire. C'est un appel au jugement de Dieu, un jugement magique.

Si le jugement magique est quelque chose de très exceptionnel dans nos sociétés modernes, et qui se cache, le jugement charismatique est beaucoup plus répandu. C'est le jugement de grâce, (tel est le sens du mot), le jugement intuitif et effectif, mais qui est l'oeuvre de l'homme sans appel à la divinité. Il n'a pas de caractère surnaturel. Tout coule de la source humaine. Le jugement charismatique est quelque chose d'universel. Dans les sociétés primitives, il a coexisté avec le jugement magique. Il a toujours eu, même chez les primitifs, des phénomènes juridiques, d'indulgence, de pardon, de pacification, et à l'intérieur d'une société moderne, le jugement charismatique joue également un très grand rôle. Dans le plan du droit civil, c'est le jugement d'équité. Juger en équité est tout le contraire de ce jugement logique que l'on présentait comme le seul prototype possible du jugement.

Or, le jugement d'équité conserve une place considérable dans notre société. Quelquefois ouvertement : il est des textes de loi qui renvoient à l'équité du juge. Considérons (l'expression significative) une institution comme le délai de grâce de l'article 1244 du C. C. : le délai de grâce est accordé par le juge. Comment ? Comme le nom l'indique, charismatiquement.

Dans un autre ordre d'idées, il faut se rappeler que le juge de paix fut à l'origine un juge d'équité. Il était interdit d'exercer le pouvoir en cassation pour violation de la loi contre ses décisions, parce qu'on voulait qu'il pût juger en équité. Cela a changé. Une loi du début de ce siècle avait permis d'attaquer ses sentences pour violation de la loi. Aujourd'hui, l'évolution est close : le juge de paix est devenu tribunal d'instance, un juge comme les autres, pas plus charismatique les autres mais pas moins, d'ailleurs.

Il est bien connu que tous nos juges, à l'occasion, jugent d'abord en équité, puis habillent leur équité d'un revêtement de droit logique. On n'a pas une compréhension exacte du droit si l'on ne se dit pas que, bien souvent, le juge, et même le juge au niveau de la Cour de cassation, commence par se demander à qui, en équité il doit donner raison, des deux plaideurs, quitte ensuite à trouver les moyens logiques de lui donner raison.

Le processus de l'analyse dogmatique qui montre le juge descendant de la règle de droit vers la décision, est bien souvent mis en défaut. En

réalité, le juge commence par poser la décision, et remonte ensuite à la règle de droit. Et comme il y a beaucoup de règles de droit possibles d'une même règle, il arrivera toujours, une fois qu'il aura posé sa décision, à découvrir une règle de droit satisfaisante.

Il suffit d'assister à une audience correctionnelle du type courant pour constater que, sur le siège, le Président prononce une condamnation sans même en énoncer les motifs (ou en donnant des motifs passe-partout : attendu que les faits sont constants et reconnus). Il prononce une certaine peine, une peine qui, en équité, lui paraît correspondre au délit. Et pas de motif. Les motifs seront parfois rédigés après coup, par le greffier (des motifs passe-partout plaqués sur la décision charismatiquement rendue par le juge). Un spécialiste de la psychologie judiciaire a fait la remarque que, si l'on obligeait le juge à suivre vraiment l'ordre voulu par le droit, à commencer par bien formuler ses motifs pour ensuite en déduire logiquement le dispositif, le dispositif serait sans doute très différent. Mais ce n'est point sûr. Le juge a voulu avant tout la condamnation qu'il a prononcée, et il aurait toujours su plier les motifs de droit à la condamnation qu'il voulait.

En droit civil, l'appréciation des dommages-intérêts en cas d'accident corporel donne lieu à des phénomènes comparables. Le juge peut détailler les différents éléments du préjudice subi par la victime ou par ses ayants droit. Mais il peut aussi bien procéder à une évaluation globale. Dans les deux cas, il est permis de croire que ce qu'il veut d'abord, c'est un total, eu égard à la personne du demandeur et à celle du défendeur.

Le jugement charismatique est partout présent dans la vie juridique, mais pas toujours sous les mêmes formes. Il nous faut essayer de serrer la notion de plus près, ce qui nous permettra de faire apparaître des variétés.

Il y a d'abord des jugements qui sont charismatiques quant à la preuve. C'est la preuve qui est alors charismatique. Dans la mesure où fonctionne, dans notre droit, le système de la preuve par l'intime conviction, et il fonctionne assez largement, les jugements rendus sont des jugements charismatiques. Le juge apprécie les preuves en conscience : c'est dire qu'en définitive, il juge charismatiquement.

Mais il y a aussi des jugements charismatiques quant au fond. Ils sont eux-mêmes de deux sortes : les jugements de charité et les jugements de transaction.

Il y a des jugements qui sont des jugements dictés par un sentiment de pitié envers une partie. Dans une très large mesure, notre droit pénal procède ainsi. Beaucoup de jugements rendus en matière répressive sont marqués de ce signe de la pitié. C'est du droit, contrairement à ce que pensent les juristes dogmatiques, on ne peut pas chasser les sentiments et la pitié du droit. Même en droit civil dans l'appréciation des dommages-in-

térêts dus à la victime, il est bien certain que la pitié intervient et les jugements charismatiques sont là en très grand nombre.

Les jugements de transaction s'opposent aux jugements de charité comme le bilatéral à l'unilatéral.

Ce que la transaction fait par la force des conventions privées, c'est-à-dire terminer un différend, un conflit, par des concessions réciproques, le juge peut le faire avec l'autorité de la chose jugée. Il y a des jugements transactionnels, où le juge s'efforce de rétablir la paix et non point de faire régner le droit.

Cette variété de jugement se fortifie d'un mythe, le mythe de Salomon. L'un des jugements les plus typiques que la mémoire des peuples ait retenu, c'est un jugement qui est absurde, du point de vue juridique, le jugement de Salomon. Absurde non pas seulement dans l'espace où il fut rendu (car il était évidemment absurde de couper l'enfant en deux pour donner quelque satisfaction à sa mère), mais absurde dans tous les cas, et même s'il s'agissait seulement de couper une poire en deux. Car il est déraisonnable, en toute hypothèse, quand A et B revendiquent un même objet, chacun se prétendant propriétaire unique, de trancher le conflit en les déclarant propriétaire chacun pour moitié. C'est déraisonnable au point de vue de la logique juridique, car ce peut-être un moyen efficace de rétablir la paix entre les deux litigants. C'est le compromis, c'est la transaction qui est élevée à la hauteur d'une affirmation. Les glossateurs, juristes dogmatiques, ont flétri cette sorte de jugement de l'expression, qui est restée, de judicium rusticorum, jugement de paysans. Mais les simples peuvent parfois être plus près de la véritable profondeur juridique.

Le jugement de transaction répond à une constante de l'humanité. La solution transactionnelle est un moyen de rétablir la paix. Ici, encore, un raisonnement inconscient peut-être à la base du sentiment. C'est que pour apaiser le conflit, il faut que chacun des litigants reçoive un morceau de l'objet du litige. L'homme est ainsi fait. L'ancrage de la justice absolue doit céder à l'amour du compromis et de la paix.

Beaucoup de nos jugements sont des jugements transactionnels sans le dire. Nous en avons une preuve indirecte très frappante dans une pratique de procédure. Lorsqu'une partie demande des dommages-intérêts, toujours ou presque toujours, elle demande des dommages-intérêts majorés. On demande 100 pour avoir 50. Mais pourquoi donc ? Parce qu'il est bien connu que, lorsqu'on demande 100, le jugement n'accorde que 50 Et pourquoi ? parce qu'il fait une transaction quasi-instinctive entre le demandeur et le défendeur. Cette pratique des plaideurs révèle ainsi la tendance des juges à juger comme Salomon....