

Sociologie juridique : sociologie du droit des successions, 1963-1964

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

Mr J. Carbonnier

Introduction	P. 1
Section I - Première idée de la sociologie juridique	P. 1
1) Qu'est-ce que la sociologie juridique ?	P. 1
A/ Rapports de la sociologie juridique avec la sociologie et avec le droit	P. 1
B/ Rapports de la sociologie juridique avec les autres disciplines auxiliaires du droit	P. 9
C/ Diverses branches de la sociologie juridique	P. 13
2) Que convient-il d'attendre de la sociologie juridique ?	P. 16
Section II - Histoire de la sociologie juridique	P. 27
1) La sociologie juridique spontanée	P. 27
A/ L'Antiquité	P. 28
B/ De la Renaissance au siècle des lumières	P. 30
C/ Le XIX ^e siècle	P. 33
2) La sociologie juridique méthodique	P. 38
A/ Les diversités nationales	P. 41
B/ Les diversités politiques	P. 44
C/ Les diversités méthodologiques	P. 50
D/ Les diversités d'origine professionnelle	P. 59
PARTIE GENERALE	P. 64
Section I - La juridicité	P. 64
1) Le problème de la juridicité	P. 65
A/ L'hypothèse simple	P. 68
B/ Réintroduction des complications	P. 74
2) Le critère de la juridicité	P. 80
A/ Critère à éliminer	P. 81

B/ Critère classique	P. 87
C/ Hypothèses nouvelles	P. 93
Section II - Le droit objectif	P. 95
1) Les fonctions du droit objectif	P. 97
A/ Les fonctions positives du droit	P. 101
B/ Les fonctions négatives du droit	P. 115
2) L'action du droit	P. 122
A/ Comment le droit opère-t-il ?	P. 123
B/ Le droit est-il toujours opérant ?	P. 127
Section III - Le droit subjectif	P. 141
1) Réalité de la notion de droit subjectif	P. 142
A/ La critique de la notion de droit subjectif	P. 142
B/ La défense de la notion de droit subjectif	P. 146
2) Le dépassement de la notion de droit subjectif	P. 154
A/ Nouvelle problématique du droit subjectif	P. 154
B/ Nouvelle analyse du droit subjectif	P. 159
PARTIE SPECIALE	P. 165
Chapitre 1^{er} - La succession dans les relations entre le de cujus et l'héritier	P. 173
Section I - Les éléments institutionnels dans la sociologie des successions	P. 178
1) La famille	P. 179
A/ Le refoulement de la société globale	P. 181
B/ La hiérarchisation de la famille	P. 189
2) Second élément institutionnel : le patrimoine	P. 198
A/ La notion patrimoniale de la succession	P. 199
B/ Notion extra-patrimoniale de la succession	P. 207
3) L'autonomie de la volonté	P. 217
A/ Le testament comme phénomène collectif	P. 218
B/ Le testament comme phénomène individuel	P. 225

Section II - Les éléments dramatiques dans la sociologie des successions	P. 229
1) La mort	P. 229
A/ La sociologie de la mort	P. 230
B/ La démographie de la mort	P. 239
2) Renouvellement des générations	P. 249
A/ La continuité	P. 250
B/ La discontinuité	P. 259
C/ Solidarité entre les générations	P. 276
II - La succession dans les relations entre héritiers	P. 280
1) Sur le plan du droit patrimonial de succession	P. 280
2) Sur le plan du droit extra patrimonial	P. 284
1) Recherches des causalités	P. 288
1. Des causes agissent dans le sens de l'inégalité	P. 288
2. Les causes qui agissent dans le sens de l'égalité	P. 291
2) Recherche des conséquences, des phénomènes d'égalité ou d'inégalité	P. 294
A/ Les effets directs	P. 294
B/ Les effets indirects	P. 295

ASSOCIATION CORPORATIVE DES ÉTUDIANTS EN DROIT ET SCIENCES ÉCONOMIQUES



PLACEMENT DU PANTHÉON - PARIS-Ve

M 45859/1604 bis

SOCIOLOGIE

JURIDIQUE

SOCIOLOGIE DU
DROIT DES SUCCESSIONS

1963 - 1964

D.E.S



060 048205 9

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

M^R J. CARBONNIER

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

INTRODUCTION

La sociologie juridique est une discipline neuve, - assez neuve pour qu'il soit nécessaire d'en donner, dès le seuil une idée générale - pas assez neuve, cependant pour qu'il soit impossible d'en écrire l'histoire.

SECTION I - PREMIERE IDEE DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Quand nous rencontrons un inconnu, nous ne nous demandons pas seulement ce qu'il est, mais ce que nous pouvons attendre de lui.

I - QU'EST-CE QUE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE ?

La définition que nous proposerons, au moins à titre de définition provisoire, sera la plus neutre qui soit : la sociologie juridique est cette branche de la sociologie qui étudie les phénomènes sociaux que sont les phénomènes de Droit Définir, c'est tracer des frontières. Comme toutes les disciplines nouvelles, la sociologie juridique est née sans frontières bien nettes, mais déjà avec des querelles de frontières. On ne saurait trop lui recommander de ne pas s'y attarder. Un minimum de signalisation est néanmoins utile.

A/ RAPPORTS DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE AVEC LA SOCIOLOGIE ET AVEC LE DROIT.

La sociologie juridique s'est fondée en prenant ses distances à l'égard de la sociologie aussi bien que du droit. D'un côté et de l'autre, les différences sont capitales, puisque l'autonomie de notre discipline en dépend, elles ne doivent pas empêcher, cependant une association.

Avec la sociologie non juridique, que nous pouvons qualifier de sociologie générale la différence est d'objet.

La sociologie juridique est une branche de la sociologie générale qui s'est constituée par spécialisation de l'objet. C'est semble-t-il le même processus qui a donné naissance à la sociologie religieuse, à la sociologie industrielle à la sociologie de l'art, etc ...

Dans le vaste champ d'étude de la sociologie générale, la sociologie juridique se découpe un domaine particulier : elle ne retient des phénomènes sociaux que ceux qui ont pour trait spécifique d'être des phénomènes juridiques. D'où la définition suivante: la sociologie juridique est la branche de la sociologie qui étudie les phénomènes sociaux sous l'angle juridique.

La difficulté de délimitation entre la sociologie juridique et la sociologie générale est, sans doute beaucoup plus grande encore, que la difficulté analogue que l'on peut rencontrer entre la sociologie générale et ses autres branches par exemple la sociologie religieuse, ou la sociologie de l'art. Pourquoi cela ? Parce que le trait spécifique qui peut servir à faire passer certains phénomènes dans le domaine propre de la sociologie juridique, la "juridicité" est extrêmement malaisée à définir.

La délimitation paraît aller de soi, quand on réfléchit à ce qu'est le droit dans une société moderne. Quand, par exemple, il suffit de consulter le journal Officiel ou les recueils de jurisprudence pour savoir si la règle dont la nature est litigieuse, est une règle de droit ou de mœurs. Mais quand il s'agit de sociétés coutumières, il est beaucoup plus difficile de tracer la ligne de démarcation entre les deux sortes de règles.

Le concept de "juridicité" est un concept très difficile. Il est beaucoup de phénomènes juridiques, d'ailleurs, - même en raisonnant sur les sociétés modernes, qui apparaissent en même temps comme des phénomènes de mœurs. Ainsi la famille, très nettement, ou la responsabilité, ou même le contrat, l'accord de volontés. Ce sont des phénomènes sociaux qui, sous une certaine face, celle qui est, aux juristes, la plus familière, apparaissent comme des phénomènes juridiques, mais qui, pour les non-juristes, apparaîtront d'emblée comme des phénomènes de mœurs. De là, une extrême difficulté à délimiter ce qui appartient au droit, et, du même coup, ce qui appartient à la sociologie juridique, par opposition à la sociologie générale. On conçoit que ces phénomènes, dans la mesure où ils peuvent être légitimement appréhendés comme des phénomènes de mœurs, continuent à être étudiés aussi en sociologie générale. Le cas est extrêmement fréquent. En ce qui concerne la famille, par exemple, il est certain que celle-ci est étudiée actuellement, beaucoup plus par les sociologues de sociologie générale que par les spécialistes de sociologie juridique. - L'aspect juridique de ces phénomènes est, même aux yeux de beaucoup de sociologues de sociologie générale, un aspect subalterne qui ne justifie pas l'existence d'une

discipline spéciale. Pour beaucoup de sociologues de sociologie générale, le droit est un "petit événement" qui se produit à la périphérie du phénomène de moeurs qu'est la famille. "Le droit - a dit un sociologue américain spécialiste de la famille -, le droit pouvant engendrer des tensions à l'intérieur de la famille, peut, à ce titre, entrer dans le champ d'investigations du sociologue. Mais c'est un phénomène tout à fait subalterne, secondaire. La famille est, avant tout, un phénomène de moeurs. Elle relève, par conséquent, de la sociologie générale, et ne justifie pas l'existence de cette discipline spéciale que serait la sociologie juridique".

En continuant dans cette direction, on en arrive à une conception extrêmement réduite de la sociologie juridique. On ne lui dénie pas l'existence, on ne nie pas qu'il puisse y avoir une sociologie juridique, mais on restreint son domaine au minimum. La sociologie juridique, dans cette conception minimale, se limiterait à l'étude d'un tout petit nombre de phénomène que l'on peut déclarer irréductiblement juridiques, c'est-à-dire où, même les sociologues de sociologie générale acceptent de voir des phénomènes spécifiquement juridiques. Ce sont des phénomènes juridiques que nous appellerons phénomènes juridiques "primaires" : ainsi, la règle de droit et le jugement. La règle de droit et le jugement constitueraient le seul objet de la sociologie juridique avec, sans doute, l'environnement des phénomènes que l'on peut imaginer autour d'eux: par exemple, à la règle de droit se rattachent des phénomènes psychiques, tels que la connaissance ou l'ignorance de la règle de droit, ou les phénomènes d'application ou d'inapplication, d'effectivité ou d'inefficience de la règle. On accepte de faire entrer tous ces phénomènes là dans le champ d'observation de la sociologie juridique parce que ce sont, - si l'on peut dire - des satellites de la règle de droit et du jugement. Mais rien de plus, et c'est à cela que se bornerait la matière de la sociologie juridique. Sur tous les autres phénomènes sociaux, la sociologie générale garderait une compétence exclusive, sauf à appeler la sociologie juridique à son aide, pour mettre dans les formes législatives convenables les conclusions pratiques qu'il y aurait lieu de tirer des observations recueillies. A ce second stade, on accepte de faire intervenir la sociologie juridique pour tirer les conclusions juridiques des observations sociologiques qui ont été faites. Cela supposant d'ailleurs que l'on puisse passer du domaine de l'observation à celui des conclusions législatives ou judiciaires, ce qui est en soi un problème, et un problème mal résolu. A ce stade là, on accepterait de voir reparaître la sociologie juridique comme mise en oeuvre juridique des observations sociologiques faites sur des phénomènes sociaux en général.

Ainsi, par la règle de droit et le jugement, par la législation et la juridiction, la sociologie juridique se définirait, suivant cette conception minimale, comme une matière et une fonction particulière à l'intérieur de la sociologie générale.

Une telle conception de la sociologie juridique me paraît exagérément restrictive, et je ne pense pas qu'on puisse réduire à ce point son domaine. Mais si, suivant la direction inverse, nous voulons étendre le domaine de notre discipline à tous les phénomènes sociaux dans lesquels on peut observer le moindre reflet du droit, nous risquons d'être amenés à une conception singulièrement, exagérément extensive de la sociologie juridique. En effet, tout groupement peut prendre une figure juridique en tant qu'association ou société. Allons-nous affirmer, pour autant, que la sociologie juridique a vocation pour s'occuper de tous les phénomènes de groupe ? Ou bien encore, parce que la famille est une institution juridique, dirons-nous que la problématique de l'allaitement maternel fait partie de la sociologie juridique ? Notre discipline doit avoir la sagesse de se limiter elle-même, quand bien même elle devrait se contenter, pour le moment, d'une limitation plus empirique que scientifique.

Mais le bornage doit être maintenant tenté de l'autre côté : du côté du droit tel qu'il est enseigné classiquement, du droit "dogmatique" comme nous le nommerons désormais (C'est une question de convention et de vocabulaire, et j'emploie cette expression, sans y mettre la moindre intention péjorative : le droit "dogmatique" c'est le droit tel qu'il est enseigné dans les Facultés actuellement).

Du côté du droit "dogmatique", la différence ne tient pas à l'objet, comme tout à l'heure du côté de la sociologie générale. C'est une différence de point de vue, d'angle de vision. Il est vrai que l'on a quelquefois supposé également une différence d'objet, dans la différence entre sociologie juridique et droit. "Les juristes dogmatiques a-t-on dit - étudient le droit comme un ensemble de faits normatifs, pourvus d'un caractère obligatoire, tandis que les sociologues étudient les phénomènes juridiques en les dépouillant de tout caractère normatif, de tout caractère obligatoire". Donc, l'objet ne serait pas le même. Sans doute, on aurait bien à faire aux mêmes phénomènes, mais la sociologie juridique étudierait des phénomènes d'où l'on aurait préalablement retranché le caractère obligatoire. Bref, il n'y a, en sociologie juridique aucun caractère normatif, aucun caractère obligatoire qui nous paraît en droit dogmatique, une qualité essentielle du phénomène juridique.

Est-ce qu'il n'y aurait pas là, la différence entre la sociologie juridique et le droit dogmatique ? Je pense que cette manière de présenter les choses est inexacte. Si, par là, on voulait dire que le sociologue considère les phénomènes juridiques comme dépouillés de normalité à son égard à lui, sociologue, à lui chercheur, comme dépouillés de caractère obligatoire envers lui, nous serions d'accord. Ceci voudrait dire que la formulation ne serait qu'une règle de méthodologie en sociologie juridique, ou en sociologie générale, que l'on appelle la "règle d'objectivité". A savoir que le chercheur, le sociologue doit considérer les phénomènes sociaux - et spécialement, ici, les phénomènes juridiques - comme des choses, comme des objets d'observation, et non pas comme des commandements.

Mais cela ne veut pas dire que le sociologue doit considérer pour autant la règle juridique comme si elle n'avait pas de caractère obligatoire à l'égard d'autrui, à l'égard de ses sujets naturels. Il est certain que le sociologue qui fait de la sociologie juridique doit prendre la règle de droit pour ce qu'elle est, c'est-à-dire pour une règle, pour une norme de conduite : le caractère normatif obligatoire est une dimension ineffaçable du phénomène juridique... On ne saurait observer le phénomène juridique primaire sans le considérer comme obligatoire, comme pourvu d'une qualité que l'on appelle parfois l'obligatorité. Vouloir considérer les phénomènes juridiques, abstraction faite de leur caractère obligatoire, ce serait à peu près comme si un géographe voulait étudier un pays en faisant abstraction de son relief particulier. Ou encore - plus précisément - ce serait comme si un philologue voulait étudier des phénomènes de syntaxe dans une langue, en faisant abstraction du caractère obligatoire que les règles de syntaxe ont pour ceux qui parlent l'idiome considéré, et du caractère obligatoire normatif de la règle grammaticale dont le philologue ne peut pas ne pas tenir compte. Le chercheur observe le phénomène philologique du dehors, comme une chose bien sûr, mais avec toutes ses qualités, et une des qualités de la règle, c'est qu'elle est obligatoire, normative, pour ceux qui parlent ou veulent parler l'idiome considéré.

Il y a, du reste, plus d'une analogie entre la sociologie juridique et la philologie, et les sciences du langage : et en réalité, c'est de cette sorte de sciences qu'il conviendrait de rapprocher le plus la sociologie juridique. Le langage est un phénomène social, et c'est un phénomène social qui est pourvu d'une certaine normativité car il y a des règles de langage : je ne rentrerai pas,

naturellement, dans le détail de cette science, mais il est certain que la philologie comme la sociologie juridique étudient du dehors des phénomènes qui ont cette caractéristique d'être des phénomènes sociaux normatifs, mais la normativité de ces phénomènes n'empêche pas qu'ils puissent être observés du dehors comme phénomènes normatifs, aux yeux de l'observateur, en ne perdant jamais leur caractère obligatoire.

Bref, nous pouvons conclure que le droit dogmatique et la sociologie juridique ont bien le même objet, la même matière d'observation, et que ce n'est donc pas de ce côté là qu'il faut chercher la différence. Cette différence, c'est en réalité, une différence d'angle de vision. Ce que le droit dogmatique étudie comme institution, la sociologie juridique l'étudie comme phénomène. Le juriste dogmaticien se place à l'intérieur du système juridique qu'il veut observer et étudier, tandis que le sociologue juridique se place au dehors. Là est la différence : unique différence, vous le voyez -, de point de vue, d'angle de vision.

Un juriste dogmatique se place à l'intérieur de son système juridique national : il peut légitimement prétendre l'influencer : il fait partie de son système juridique : il est, en effet, un élément concluant de cette doctrine. En conséquence, sans être, peut-être, une source du Droit, il est une autorité dans le Droit. Il en fait partie, il est dans le coeur du Droit.

Tandis que le sociologue du droit, lui est en dehors du système. Il observe le droit, et cette observation ne saurait influencer le système. En d'autres termes, on retrouve en sociologie juridique, la séparation radicale, propre aux sciences expérimentales, entre l'observateur et la matière observée... Voilà ce qui fait la différence entre la sociologie juridique et le droit dogmatique. En droit dogmatique, il n'y a pas de différence radicale du chercheur, du savant, et de la matière observée : le juriste dogmatique, est lui-même une partie du Droit. Le sociologue juridique est en dehors du Droit. Voilà donc les bornes que vous avez du côté du droit dogmatique.

Nous avons vu, d'ailleurs, que ces différences, n'empêchent pas une association. Une coopération est possible, et souhaitable, entre la sociologie juridique d'une part, et le droit dogmatique ou la sociologie générale d'autre part. Beaucoup de problèmes, que l'actualité semble poser séparément aux juristes et aux sociologues, relèveraient, en réalité, d'une recherche "inter-disciplinaire"

comme on dit aujourd'hui.

Durkheim remarquait - vous savez que Durkheim est en France, un très grand nom de la sociologie générale. le fondateur de la sociologie générale telle qu'on la pratique aujourd'hui -, Durkheim remarquait déjà que la sociologie générale avait souvent intérêt à aborder les phénomènes sociaux par leur face juridique, parce que - disait-il, la face juridique des phénomènes sociaux est la face la plus dure, la plus granitique - si je puis dire - donc la plus objective, celle qui se prête le mieux à l'observation objective.

Supposons, par exemple, qu'un sociologue veuille observer, comparativement, dans différentes sociétés, cette attitude émotionnelle collective que l'on nomme le "scandale", phénomène de sociologie collective, de psychologie sociale, phénomène de sociologie. Il est certain que ce chercheur gagnera en objectivité s'il essaie de saisir le scandale non pas à travers des états passionnels fugitifs, difficiles à saisir, mais plutôt à travers sa cristallisation juridique, c'est-à-dire à travers les différentes législations de la diffamation et de l'exception veritatis. Ce sont des règles de droit pénal. A travers ces règles de droit pénal, on pourra présenter objectivement les attitudes d'une société donnée à l'égard de tel ou tel événement que l'on peut dire, par hypothèse, scandaleux.

Si vous essayez de trouver les attitudes purement psychiques de la collectivité à l'égard des événements scandaleux, c'est très souvent très difficile parce qu'encre une fois le psychisme échappe à l'observation. Mais, dans la règle de droit l'on trouve déposée en quelques mots, l'attitude de la collectivité à l'égard de l'événement scandaleux.

Il peut donc être utile à la sociologie générale de faire appel au Droit et partant à la sociologie juridique, pour mieux appréhender, et plus objectivement appréhender les phénomènes sociaux qui sont étudiés. Mais, réciproquement, beaucoup des institutions juridiques étudiées par les sociologues du Droit, comme, du reste, par les juristes dogmatiques, - ainsi, la famille, le contrat, la responsabilité - ont des faces non juridiques qui font l'objet d'observations, en sociologie générale. Il est donc utile, pour le droit dogmatique comme pour la sociologie du droit, de faire appel, ici, à la sociologie générale, pour lui demander d'apporter des observations, une provision d'observations. Il est rare que les observations faites sur les

faces non juridiques des phénomènes, sur la face éthique par exemple, ou psychologique, ne puissent pas contribuer à éclairer la face juridique elle-même.

La sociologie juridique et le droit dogmatique ont donc grand intérêt à utiliser les observations faites en psychologie générale, et, au besoin même, à provoquer ces observations, à susciter des recherches de la sociologie générale dans les sens où elle-même éprouve un besoin de renseignements. C'est ce que l'on appelle la "recherche inter-disciplinaire", c'est-à-dire une coopération qui serait fructueuse entre les différentes disciplines que nous venons de mettre en présence.

Fourtant, il faut constater que cette recherche inter-disciplinaire est encombrée de difficultés, de difficultés humaines. Et celles-ci -qui ne sont pas spéciales, d'ailleurs, à notre discipline, mais qui concernent beaucoup d'autres sciences- sont si grandes qu'une science nouvelle tend à se constituer qui serait la science d'inter-disciplinarité. Ces difficultés vers la recherche inter-disciplinaire tiennent, spécialement en France, peut-être, -il faut le dire-, pour partie tout au moins, au cloisonnement de nos structures universitaires. On fait de la sociologie à la Faculté des Lettres, et on y fait même l'essentiel de la sociologie, qu'on peut donc qualifier de sociologie générale. On peut en faire à la Faculté de Droit, c'est la sociologie juridique. On en fait aussi, sous la forme de recherches, au Centre National de la Recherche Scientifique. On en fait à l'Ecole des Hautes Etudes Pratiques. D'où plusieurs foyers de recherches sociologiques, qui ne convergent pas nécessairement.

A cela, s'ajoutent des raisons de fond, c'est-à-dire que les préoccupations des chercheurs provenant des différentes disciplines, (en l'occurrence de la sociologie et du droit), ne sont pas forcément identiques. Or, pour qu'une recherche inter-disciplinaire puisse porter ses fruits, il faut que tous ceux qui y participent se préoccupent du même objet, et cela ne peut pas s'obtenir par la contrainte... C'est un fait, par exemple, que les préoccupations des sociologues de sociologie générale ne coïncident pas, bien souvent, avec celles des juristes ou des sociologues de sociologie juridique.

Ainsi prenons un problème qui se prête particulièrement bien à la recherche inter-disciplinaire, comme le problème de la famille. C'est un problème d'ailleurs très vaste, trop vaste, pour se prêter à une recherche véritablement concrète du point de vue inter-disciplinaire. Il est bien

certain que, dans le phénomène "famille", ce qui intéresse les sociologues de sociologie générale, c'est la réflexion sur l'aspect personnel des relations familiales, et surtout les relations personnelles entre parents et enfants, à l'intérieur de la famille. Tandis que le juriste serait visiblement intéressé par l'aspect matrimonial de la famille, les régimes matrimoniaux, les successions, ce qui intéresse beaucoup moins les sociologues de sociologie générale.

Ceci est un obstacle qui paraît mineur de loin mais qui, lorsqu'on le touche de près, est considérable, dans une recherche sur le mode inter-disciplinaire. La solution serait, sans doute, de constituer des équipes de chercheurs. A la vérité, je pense qu'il conviendrait que le gros de l'équipe soit constitué par des sociologues de sociologie générale, car ce sont eux qui ont, tout de même, la formation technique la plus approfondie : mais il serait bon que, lorsque des sociologues de sociologie générale travaillent sur un thème ayant des implications juridiques, ils s'adjoignent quelques juristes, de manière à pouvoir limiter certaines erreurs, certains malentendus.

B/ RAPPORTS DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE AVEC LES AUTRES DISCIPLINES AUXILIAIRES DU DROIT.

Jusqu'ici, nous avons envisagé la sociologie juridique, opposée à la sociologie générale. Maintenant nous retournons à l'intérieur des Facultés de Droit, et je voudrais considérer les rapports de la sociologie juridique avec d'autres disciplines auxiliaires du droit, les disciplines déjà enseignées depuis plus ou moins longtemps dans les Facultés de Droit.

Quelles sont-elles ? Il faut citer, d'abord, la démographie qui, de toutes les sciences auxiliaires, est, sans doute, celle qui a le plus de rapport avec la sociologie juridique. Les rapports de la sociologie juridique et de la démographie sont si étroits que, dans notre organisation administrative de la recherche scientifique, les démographes et les sociologues sont réunis pour former un même secteur de recherches. Il y a beaucoup de rapports entre démographie et sociologie, et précisément entre démographie et sociologie juridique; en particulier, la démographie est indispensable à une sociologie du droit des personnes.

Nous nous arrêterons plus longuement, également, sur l'"histoire du Droit", et le "Droit comparé", la première englobant le second. Ces deux disciplines, sont ensei-

gnées traditionnellement dans les Facultés de Droit, et semblent avoir une unité de méthode avec la sociologie juridique. Elles pratiquent, en effet, les mêmes techniques d'observation, en les appliquant au même phénomène juridique et dans le même esprit. Le chercheur qui travaille en histoire du droit, ou en droit comparé, observe des systèmes juridiques dont il ne fait pas partie : il observe les phénomènes juridiques du dehors ; il se trouve donc dans la même position que le chercheur de sociologie juridique. La même objectivité, la même neutralité, doit présider, aux recherches de ceux qui font de l'histoire du droit, du droit comparé, ou de la sociologie juridique.

Il est vrai que l'histoire du droit, et le droit comparé supposent un mouvement de dépaysement, soit dans le temps, soit dans l'espace, qui peut ne pas se retrouver en sociologie juridique. La sociologie juridique s'intéresse, comme la sociologie générale d'ailleurs, au droit des sociétés contemporaines, et des sociétés françaises contemporaines. Sur ce point l'objet ne peut plus coïncider évidemment avec celui de l'histoire du droit qui se place dans le passé, ou avec celui du droit comparé, qui se place à l'étranger. Mais la sociologie juridique ne s'intéresse pas exclusivement au droit français contemporain ; elle fait aussi porter son investigation sur les droits du passé, et sur ceux de l'étranger, afin d'en composer une série de thèmes juridiques - car il y a une application de la méthode comparative -, une série aussi étendue que possible. C'est précisément dans cette démarche qu'elle va rencontrer l'histoire du droit et le droit comparé.

Il semble, à ce moment-là, qu'il va y avoir empiètement sur le même terrain. C'est à telle enseigne que Monsieur Henri Lévy Bruhl propose de regrouper les trois disciplines, sociologie juridique, histoire du droit, et droit comparé, en une science unique qui s'opposerait à la science traditionnelle purement dogmatique du Droit. Cette science unique prendrait le nom de "juristique". La "Juristique" se caractériserait comme l'application de la méthode comparative aux phénomènes juridiques. Il y a donc, une parenté assez marquée au point qu'on ait songé à la fusion entre ces trois disciplines qui sont étudiées au sein de la Faculté de Droit. Toutefois, l'union de la sociologie juridique avec l'histoire du droit, et le droit comparé, ne saurait être poussée trop loin, car ces deux disciplines, telles qu'elles sont ordinairement comprises, ne répondent pas entièrement à l'esprit qui est l'esprit exclusif de la sociologie juridique. Dans ces deux disciplines, des considérations de droit dogmatique vont se mêler très intimement, ce qui contribue à les écarter de la sociologie juridique.

Il est bien certain, par exemple, que notre enseignement du droit romain ne tend pas simplement à la connaissance sociologique des phénomènes juridiques qui se manifestaient dans la Société romaine. Ce système juridique du droit romain est, pour nous Français, et généralement pour tous les juristes occidentaux d'ailleurs, un système juridique privilégié. Ce n'est pas un quelconque système juridique dans la série des systèmes, pas n'importe quel système de n'importe quel droit primitif : c'est un système juridique privilégié, parce qu'il est l'origine d'une partie de notre système de droit politique. S'il existe une histoire sociologique du droit romain, il y a aussi une histoire dogmatique, et même, le plus souvent, c'est l'histoire dogmatique du droit romain qui a été prépondérante. Les thèses de droit romain, ont été étudiées le plus souvent, - et continuent encore aujourd'hui, - malgré les progrès de la sociologie -, à être étudiées en vue d'une meilleure compréhension, d'une meilleure interprétation du droit français positif.

C'est un peu la même remarque qu'il est permis de faire en ce qui concerne le droit comparé. L'étude du droit comparé peut être menée avec des préoccupations très plausibles de droit dogmatique. Le droit comparé compare des textes, et présente des textes de loi. La vieille appellation de cette discipline, - il ne faut pas l'oublier - reste, à cet égard, significative : "législation comparée". Il semble, toutefois, que le droit comparé ne se désintéresse pas de l'accueil que les textes de loi peuvent recevoir dans la société étrangère, de leur application, de leur effectivité. Néanmoins, le droit comparé part généralement de la loi étrangère, tandis que la sociologie juridique, quand elle s'applique à des droits étrangers, partira plutôt du corps social de la société étrangère, et recherchera quelle est, sous une loi, le comportement de cette société et de ses membres.

Ce qui intéresse la sociologie juridique, quand elle s'applique à des droits étrangers, c'est de rechercher quelle corrélation peut exister entre la règle de droit et l'état des mœurs dans la société étrangère; peut-être aussi la corrélation de ces règles de droit avec la psychologie nationale. C'est là un champ de recherches non pas pour la sociologie juridique dans ce qu'elle a de plus classique, mais pour ce qu'on a appelé parfois la "psychologie nationale", la psychologie juridique nationale.

Pour vous donner un exemple très connu, probablement scientifiquement peu fondé, on dit, dans cet ordre de recherches, que la psychologie latine du contrat se caracté-

rise par une fidélité particulière à la lettre du contrat, tandis que la psychologie germanique du contrat accepte une certaine évolution du contrat. Par là, on expliquera tout naturellement que la clause *rebus sic statibus* était admise par le droit allemand, alors qu'elle n'a pas été autorisée et qu'elle trouve des réticences très graves en France, et même, un refus absolu du côté de la jurisprudence. Ainsi, des recherches de psychologie collective, en matière juridique, sont possibles. Il y a là un aspect, aussi de la sociologie juridique appliquée au droit étranger : ce n'est pas cet aspect là qui retient l'attention des comparatistes, c'est-à-dire de ceux qui font du droit comparé. En outre, ce qui contribue à faire diverger le droit comparé et la sociologie juridique, c'est que la finalité objective des deux recherches est largement différente. Le droit comparé est né en France avec des préoccupations de perfectionnement législatif qui continuent à peser sur cette discipline et à orienter très largement ses recherches. Dans les législations étrangères, le comparatiste cherche toujours des modèles possibles pour une réforme du droit national. Or, cette finalité de perfectionnement législatif est rejetée par le sociologue. Il y a, pour lui, dans sa discipline, une application de la règle de neutralité, d'objectivité qui lui interdit de porter un jugement de valeur sur l'objet de son étude. Il n'y a pas à dire, pour lui, que telle législation étrangère est supérieure à la législation nationale, ou réciproquement, et que, par conséquent, il y a des réformes législatives qui s'imposent. Cette vue de perfectionnement législatif ne rentre pas dans la finalité de l'observation sociologique.

Pour le sociologue du droit, la règle de droit étrangère est intéressante, même si elle lui semble absurde : elle est peut-être même plus intéressante si elle lui semble absurde, s'il apparaît qu'elle n'est pas un modèle concevable pour le droit français. Cette différence de point de vue de finalité aboutit à une différence dans la délimitation pratique du champ d'investigation respectif du sociologue et du comparatiste.

Ce qui est intéressant, pour le droit comparé, en raison, même, de cette finalité de perfectionnement législatif qui est la sienne, ce sont les droits appartenant à la même famille que le droit national, les droits relativement proches, de telle sorte que la transplantation de l'un à l'autre, au point de vue de l'imitation législative, ne se heurte pas à trop de difficultés, tandis que, pour le sociologue, cette considération est secondaire, et même, à certains égards, devrait être inversée. Les droits européens constituent pour l'oeil du sociologue une grisaille

d'où il lui est difficile de tirer des causalités, tandis qu'une loi violemment exotique, une loi extrême-orientale, un droit africain, sera pour lui extrêmement révélateur : de même un droit "sauvage", comme l'on dit, un droit primitif. Voilà ce que, par dessus tout, aimera le sociologue du droit, parce que, de la différence violente avec les droits européens, il pourra tirer des causalités mêmes. Si bien que la recherche des causalités paraît être une des finalités de la sociologie juridique comme de la sociologie générale.

Voilà un certain nombre d'indications qui permettent de tracer des frontières qui, doivent rester, et restent par la force des choses, des frontières souples, entre la sociologie juridique et les autres disciplines auxiliaires, un peu marginales, elles aussi par rapport au droit dogmatique, que sont la démographie, l'histoire du droit, et le droit comparé.

C/ DIVERSES BRANCHES DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Nous avons fait apparaître la sociologie juridique comme un bloc, pour l'opposer aux autres disciplines. Mais la réalité est plus complexe que cela. Car par un processus de spécialisation croissant, qui se manifeste dans bien d'autres sciences, la sociologie juridique s'est à son tour subdivisée, et cette subdivision s'est faite en deux lignes :

- un premier ordre de subdivision épouse les subdivisions mêmes du Droit. A chaque branche du droit dogmatique et de ses applications -, peut correspondre une branche distincte de la sociologie juridique. Il y a place, donc, a priori pour des sociologies du droit civil, du droit commercial, du droit international public, du droit fiscal, etc... On sait, d'ailleurs, que le développement de la sociologie juridique a été très inégal d'une branche à l'autre. Et dans quelques unes de ces branches, par des circonstances particulières, ce développement a été tantôt retardé tantôt au contraire poussé. Ainsi, par hypothèse, il doit exister une sociologie du droit criminel : seulement il existe aussi, et même depuis plus longtemps, la criminologie. La criminologie et la sociologie criminelle ne sont pas identiques, car la sociologie criminelle recherche uniquement les facteurs sociaux de la criminalité, tandis que la criminologie recherche également les facteurs psychologiques, somatiques, etc... de la criminalité.

De même, par priorité, il doit exister une sociologie du droit public, du droit constitutionnel, du droit

administratif.. : seulement, ce qui trouble un peu la classification, c'est qu'il existe aussi, -et depuis plus longtemps-, une science politique. Or la science politique ressemble beaucoup à ce que pourrait être une sociologie du droit constitutionnel, et du droit administratif.

On peut dire -pour essayer de faire, malgré tout, la distinction- que la sociologie à cet égard met l'accent plutôt sur l'application que sur la science. Mais il faut cependant reconnaître que, dans une classification rationnelle, la différence est très tenue entre science politique et sociologie du droit public. Beaucoup d'études de sciences politiques, dont nous disposons d'ores et déjà, constituent, en fait, des études sociologiques et des modèles pour la sociologie politique..

La sociologie du droit criminel, et la sociologie du droit public, se trouvent ainsi avoir été épaulées par des sciences plus anciennement constituées.

- un second ordre de subdivision est le reflet de différenciations qui se sont produites d'abord en sociologie générale. Précédemment les subdivisions épousaient les subdivisions mêmes du droit dogmatique. Ici, les subdivisions de la sociologie juridique vont épouser les subdivisions de la sociologie générale. On aperçoit ainsi plusieurs disciplines qui continuent, du reste, à graviter plus ou moins autour de la sociologie juridique, mais qui posent des problèmes à la sociologie juridique. Alors, faut-il les mettre dehors complètement ? faut-il, au contraire, les accueillir ?

Il en est ainsi de l'ethnologie juridique, qui est une sociologie juridique spécialisée, et spécialisée dans l'étude des phénomènes juridiques des sociétés archaïques, des ethnies primitives, que ces sociétés aient disparu de la planète ou qu'elles subsistent à nos yeux, représentant parmi nous, suivant une formule qui est très démonstratrice, "du passé vivant". L'ethnologie juridique, c'est la psychologie des droits "sauvages". C'est une branche de la sociologie, mais spécialisée à un objet: le folklore juridique, et qui étudie les phénomènes de survivance juridique en suspension dans les traditions populaires.

- Vous avez également la psycho-sociologie juridique. Il n'est pas très facile, du point de vue de la sociologie générale, de tracer des frontières entre la sociologie et la psycho-sociologie qui s'est creusée, d'autre part, un champ autonome, et qui a pris le nom de

"psychologie sociale", et qui paraît intermédiaire entre la psychologie et la sociologie. Peut-être la différence n'est-elle que de créer, entre diverses disciplines existantes, de nouvelles disciplines insistant -en réaction contre une certaine matérialité-, sur l'aspect psychique des phénomènes sociaux. En tout cas, la sociologie juridique se trouve, elle aussi, impliquée dans des dissociations. N'y a-t'il pas place pour une psycho-sociologie juridique ? pour une psychologie sociale juridique ? Il semble que la sociologie juridique ait de la peine à être une psychologie, plus encore que la sociologie générale. Pourtant l'importance de la volonté est grande dans ces domaines juridiques, et par conséquent, il est difficile de faire une sociologie juridique qui ne serait pas largement psychologique. Mais il était question de sociologie juridique : et il peut exister une psychologie juridique pure qui fait abstraction de la sociologie, en tout cas qui laisserait la société à la périphérie. Il y a, en effet, des phénomènes juridiques qui apparaissent comme des phénomènes de psychologie non pas collectifs, mais solitaires : les testaments, par exemple. Est-ce que ce n'est pas un phénomène psychologique, dépouillé de tout aspect sociologique ? Pour étudier cette sorte de phénomènes, il faudra une discipline nouvelle qui sera la psychologie juridique. Pour l'instant, il s'en faut que la psychologie juridique fasse figure de science constituée. Néanmoins, il y a des fragments de psychologie juridique qui, d'ores et déjà, ont acquis une certaine consistance : ainsi la psychiatrie légale, appliquée principalement aux délinquants, aux fins d'expertise, devant les juridictions répressives. C'est une science qu'on pourrait également appeler la psychologie juridique. Il y a également -comme second fragment-, la psychologie judiciaire, qui étudie l'appréciation des preuves et la formation de la décision chez le juge.

Ce sont là des phénomènes de psychologie et de psychologie juridique parce que ces phénomènes intéressent le droit. Donc, il y a là les éléments d'une science qui fait partie de la psychologie juridique : ce ne sont, pour le moment, que des fragments. Mais on peut admettre que les intérêts de la psychologie juridique soient pris en charge par les sociologues du droit.

La sociologie juridique, malgré l'unité qu'elle peut sembler avoir, renferme donc, au moins virtuellement, tout ce qu'il faut pour se ramifier en une série de sciences ou de disciplines nouvelles.

2 - QUE CONVIENT-IL D'ATTENDRE DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE ?

La sociologie juridique a éveillé parmi les juristes dogmatiques des appréhensions qui semblent fort exagérées, et en même temps des curiosités qui pourront aider les juristes à surmonter leur appréhensions.

A/ La sociologie juridique a été souvent jugée dangereuse par les juristes - plus dangereuse même que pourrait l'être la sociologie générale, car elle touche à la législation et par là, semble-t-il, aux aspects mêmes de l'ordre social.

Il est vrai que les griefs qui lui ont été adressés, venant de bords opposés, sont contradictoires et (du moins en apparence) peuvent être très près de se neutraliser et de s'annuler.

En effet, ce que l'on reproche à la sociologie juridique (et suivant les auteurs), c'est tantôt d'être trop révolutionnaire - en employant le terme dans un sens assez vague -, et tantôt d'être trop conservatrice.

Reprenons successivement ces deux griefs possibles qui, peuvent paraître contradictoires, et voyons d'abord l'esprit révolutionnaire de la sociologie juridique.

En France et ailleurs, beaucoup de juristes dogmatiques craignent que la sociologie juridique ne "corrode", le respect dont les règles de droit ont besoin, et par voie de conséquence, leur force obligatoire.

La sociologie juridique nous dévoile que des institutions telles que la propriété individuelle, le mariage monogamique, ont eu un commencement. Par là même, ne va t'elle pas nous suggérer que ces institutions pourraient un jour avoir une fin ?

Il existe une antithèse flagrante entre les théories du droit naturel, et la sociologie juridique, entre le fixisme des théories de droit naturel - les institutions sont éternelles, universelles -, et l'évolutionnisme de la sociologie juridique.

Les Institutions ? Ce sont des phénomènes plus ou moins liés, qui naissent, se développent, disparaissent successivement ; la mobilité des institutions juridiques est un aspect sur lequel la sociologie juridique

insiste constamment - ; or, le droit naturel, par son fixisme, renforce le respect que les sujets portent aux institutions du Droit, - par une illusion d'éternité, les doctrines du droit naturel renforcent la force obligatoire des institutions juridiques et des règles de Droit.

Au contraire, la sociologie juridique, par son évolutionnisme - en nous montrant que toutes les institutions et toutes les règles de Droit sont en proie à la mobilité -, la sociologie juridique peut très bien ébranler le respect qui est dû aux règles de Droit, aux institutions juridiques.

Les juristes dogmatiques n'aiment pas non plus cette impartialité glaciale avec laquelle les sociologues étudient les situations de fait, et même parfois, les violations du Droit à l'égard du droit lui-même.

A force de traiter le concubinage ou la faillite, voire le vol ou l'abus de confiance, comme des phénomènes aussi "naturel", il y aurait à s'interroger d'un point de vue sociologique sur le concept de naturel appliqué à ces phénomènes. - A force de voir ces phénomènes comme naturels (aussi naturels que le mariage ou le paiement des dettes, la propriété ou le contrat), est-ce que le péril n'est pas grand de répandre parmi les hommes une sorte d'anesthésie du sens de la règle, du sens du Droit,

d'autant que dans les Sciences Sociales, les constatations scientifiques ont une tendance à se traduire en conduite pratique.

Il existe sur ce point une parabole américaine : l'opinion que nous avons d'une comète ne peut pas influencer la marche de celle-ci, mais l'opinion que nous avons d'une banque, peut très bien aboutir à la mettre en faillite.

Dans les Sciences Humaines, l'opinion a une sorte de force pratique qu'elle n'a pas dans les sciences de la nature, dans les sciences physiques, astronomiques, etc.

On rejoint ici un théorème - prétendu théorème sociologique - d'un Américain W.I THOMAS : quand les hommes considèrent certaines situations comme réelles, elles sont réelles dans leurs conséquences.

En transposant notre théorème dans la sociologie juridique nous aurons cette conclusion : si les hommes

viennent à être persuadés, que dans les sociétés modernes la plupart des lois donnent lieu à un pourcentage plus ou moins élevé d'ineffectivité (à savoir que dans les sociétés modernes - sans qu'il y ait lieu de s'en alarmer d'ailleurs, car c'est un phénomène que l'on peut dire naturel - il y a un certain pourcentage de cas où les lois ne s'appliquent pas), l'ordre social n'en est pas pour autant détruit; il y a un pourcentage d'ineffectivité que le système juridique peut absorber.

Seulement, si les hommes viennent à en être persuadés, ne vont-ils pas en recevoir une incitation non négligeable, à ne pas obéir à la loi dans leur sphère personnelle ? Si la sociologie juridique vient leur apprendre qu'il est naturel, qu'il est normal que les lois ne s'appliquent pas dans un certain nombre de cas, est-ce que chacun n'en tirera pas cette conclusion normative que lorsque l'accomplissement de la loi lui impose quelque effort, il peut s'en dispenser ?

En d'autres termes dans la ligne de ces griefs que le droit dogmatique adresse à la sociologie juridique, nous trouverions cette idée que toutes les vérités de sociologie juridique ne sont pas bonnes à dire.

On ne disconvient pas que la sociologie juridique puisse arriver à établir des vérités dans cette thèse, mais l'on déclare qu'il est périlleux pour la société - et peut-être mortel pour elle - que la sociologie juridique le fasse savoir.

Voilà quelques uns des griefs que l'on adresse à notre discipline lorsque l'on se place surtout du côté du Droit Dogmatique.

On la trouve trop révolutionnaire, trop novatrice, mais l'autre sorte de grief (bien que plus voilé) existe aussi, - et l'on impute parfois à la sociologie juridique un esprit trop conservateur.

Si la Révolution de 1789 s'était entourée de sociologues du droit, ne serions nous pas obligés de payer encore des droits féodaux ?

Comment cela ? Toutes les sociologies, assurément, ne méritent pas cette imputation ; cependant il faut bien voir qu'il y a des sociologies juridiques, des écoles de sociologie qui ont pour idéal affiché d'épargner tout traumatisme, comme on dit, toute rupture douloureuse aux socié-

tés comme aux individus.

D'autre part, il est des sociologies qui, tirant argument de leur caractère populaire non technicien, préfèrent systématiquement la coutume à la loi.

Ces deux sources du Droit sont connues.

Dans le Droit Français positif, il est évident que, comme dans beaucoup de sociétés modernes, c'est la loi qui a le rôle prééminent, mais en sociologie juridique - et avec du recul -, "coutume" et "loi" apparaissent sur le même pied.

Or, les sociologues, assez facilement, professent une certaine préférence de principe pour la coutume. Pourquoi ? Parce que la coutume, a un caractère qui semble moins technique que la loi ; la coutume émane de la masse ; c'est du droit spontané et sécrété par la société dans son ensemble, tandis que la loi apparaît comme l'oeuvre de techniciens, et comme ayant par conséquent, un caractère plus artificiel.

La sociologie juridique affectionne ce contact avec la masse, avec la société globale ; elle insiste sur la nécessité d'observer et de maintenir un contact entre la règle de droit et la société ; dès lors, elle est amenée assez facilement (pas inmanquablement) à manifester une préférence systématique pour la coutume, par rapport à la loi.

Or, les évolutions de la coutume sont lentes. La coutume (du moins à priori), ne semble pas devoir être, malgré son caractère populaire, un instrument révolutionnaire de transformation sociale.

S'il y a tel instrument, c'est bien plutôt la loi ; la loi tranche, la loi fait les révolutions, alors, préférant la coutume à la loi, la sociologie juridique paraît faire preuve d'un esprit conservateur.

Ainsi dans cette vue, si l'attaque sociologique peut être bonne pour ébranler l'ordre ancien, les objections sociologiques peuvent devenir paralysantes dès l'instant où il faut installer l'ordre nouveau.

Dans cette tactique révolutionnaire, on considère que la sociologie juridique peut avoir des vertus d'attaque avant la révolution, mais après la révolution elle peut être un impedimenta pour ceux qui veulent installer les

ordres nouveaux, en faisant apparaître la nécessité d'épargner des traumatismes en préférant la coutume à la loi - la coutume avec ses inévitables lenteurs.

Il n'est pas surprenant de ce point de vue que la sociologie juridique ait été accueillie en Russie Soviétique avec une nuance de réserve, comme si les juristes de ce pays craignaient d'abdiquer - (même entre les mains d'une discipline qui se veut scientifique -, déterministe et qui, par conséquent, semble bien rejoindre ses fondements quelques unes des bases du marxisme, au profit de la sociologie juridique, cet acte de volonté révolutionnaire que peut être la législation.)

A notre époque, le problème du développement - au sens technique du terme, c'est-à-dire le développement des sociétés actuellement sous-développées -, tel qu'il se pose, notamment aux jeunes Etats Africains, a fait rebondir la discussion. Paradoxalement, c'est l'esprit dogmatique qui, dans ces Pays, dans ces Etats, pousse aux réformes par voie de législations autoritaires.

La loi intervient, la loi qui tranche, qui fait des révolutions, qui fait des transformations sociales, et qui peut assurer le passage à la société moderne, à la société développée. Ce sont souvent les dirigeants autochtones des Etats Africains qui représentent cet esprit novateur, esprit qui est, dans un sens, aux antipodes de l'esprit sociologique. De fait, l'on constate que souvent les sociologues européens appelés à conseiller les dirigeants des Etats Africains, leur conseillent des voies très prudentes et très lentes de transformation et une certaine conservation des coutumes.

Voici comment la sociologie juridique peut apparaître dans le processus du développement des sociétés sous-développées, comme une source d'esprit conservateur.

C'est le Droit Dogmatique - un droit dogmatique nouveau et révolutionnaire sans doute, qui serait favorable aux transformations sociales ; la science sociologique, au contraire, soulèverait des objections, des scrupules dans cette voie du développement.

Par crainte de troubles individuels ou sociaux, par crainte de traumatismes, les sociologues, les ethnologues recommandent souvent la prudence, les accommodations lentes, les adaptations longues, les conservations transitoires.

Ce phénomène s'est remarqué non seulement dans les Etats Africains d'expression française, mais aussi dans les Etats Africains d'expression anglaise.

Même en France, il faut bien voir que l'esprit sociologique a été maintes fois un prétexte à ne pas se déprendre des routines ou des abus. Du déterminisme prêté aux phénomènes juridiques, un législateur astucieux ne manquera pas de déduire qu'il est sociologique de légiférer dans le sens de la facilité, dans le sens de la moindre résistance ; il faut éviter les traumatismes : en suivant cette idée l'on en arrive à des législations de facilité.

Ainsi, l'on a observé que les budgets de l'Etat français, même exprimés en francs constants, par conséquent après rectification de ce qui résulte des variations du pouvoir d'achat de la monnaie, les budgets de l'Etat français n'ont pas cessé d'augmenter depuis le début du XIXe siècle, et partant de cette observation, ce que l'on pourrait appeler la "sociologie du Droit Financier" en a tiré une loi - prétendue loi scientifique - que l'on appelle "la loi d'accroissement indéfini des Dépenses Publiques".

C'est une loi merveilleuse pour les Gouvernements! elle donne une couleur sociologique, - donc scientifique à tous les accroissements de dépenses et de recettes.

Il est évident qu'ici sans doute, la sociologie juridique a été détournée de son but ; mais - elle peut servir à des fins imprévues - et l'on pourrait en donner d'autres exemples.

Ainsi, le législateur de Droit Civil relève que dans les conditions de la vie urbaine aujourd'hui, l'autorité parentale est fréquemment défaillante. Il pourrait se demander s'il n'y a pas lieu de chercher les moyens de la faire mieux fonctionner, mais il lui semblera plus simple de mettre l'autorité étatique à côté de l'autorité parentale - ce qui peut être un moyen d'en précipiter l'effondrement. On constate par ailleurs que dans l'opinion publique, il existe une certaine défaveur concernant les enfants naturels.

Le législateur aurait pu s'orienter vers un effort d'éducation du public pour que l'opinion change, pour que cette défaveur injustifiée à l'égard des naissances hors mariage n'existe plus ; or, le législateur prend comme un fait acquis cette constatation de l'opinion publique et en tire la conséquence qu'il faut dissimuler

les naissances illégitimes dans le système de publicité des actes de l'Etat Civil.

Les transformations du Code Civil, manifestent souvent le renoncement à l'effort de redressement de l'opinion publique, alors que la sociologie nous montre des phénomènes sur lesquels nous ne pouvons pas agir, des phénomènes déterminés - et il faut vivre à l'intérieur de ces phénomènes, tels qu'ils sont. En Droit Pénal, on avait constaté que toutes les garanties qu'on avait voulu donner au prévenu dans l'instruction préparatoire à la fin du 19^e siècle, n'avaient pas bien fonctionné et que malgré la loi, l'interrogatoire de police était venu s'insérer en quelque sorte, avant la procédure devant le juge d'instruction.

C'était contraire à la loi.

On aurait pu essayer de redresser ce qui était un abus ; on a préféré, lorsque l'on a élaboré ce qui est devenu le Code de Procédure Pénal de 1958, le prendre pour un phénomène déterminé, sur lequel le législateur n'avait aucun moyen d'action, et en quelque sorte, le canoniser et le légaliser par le Code de 1958, au nom du fait, au nom de l'esprit sociologique.

Voilà en quoi l'esprit sociologique peut avoir ses dangers : il peut servir à couvrir les abus et les routines d'un manteau de déterminisme et de science.

Il faut cependant observer que ceci est le fait plutôt d'une 1/2 sociologie non réellement scientifique. Les conclusions législatives tirées des observations scientifiques, doivent être extrêmement prudentes.

La phase d'observation - qui est la phase préparatoire indispensable dans toute science expérimentale peut être extrêmement longue : voilà ce que nous dit la science véritable de la sociologie juridique.

Rien n'est plus périlleux qu'une sociologie juridique qui voudrait trop rapidement tirer des conclusions législatives. En attendant que nous puissions avoir un matériau d'observations suffisant, il faut continuer à légiférer selon les lois du Droit Dogmatique ; il faut donc suspendre son jugement.

Cette réflexion, réduit quelque peu l'apport des griefs que l'on adresse à la sociologie juridique.

B/ Après les craintes, les espoirs, les curiosités, il faut insister sur l'intérêt qui s'attache à l'étude de la sociologie juridique.

Ce qui est vrai n'a pas besoin d'être intéressant ; il y a beaucoup de sciences qui ne sont pas du tout intéressantes, mais elles sont vraies, - et cela suffit à la science.

La sociologie juridique pourrait rester sur ce terrain ; l'utilité n'est pas essentielle à la science. Cependant, d'un point de vue pratique, en pensant au scepticisme que toute nouveauté rencontre parmi les juristes, c'est encore un devoir que de montrer par quelques exemples ce que la sociologie juridique peut apporter au Droit, et ce qu'elle lui a déjà apporté.

Le premier exemple sera emprunté au Droit Romain: le mécanisme du sacramentum in rem, tel que Gaius le décrit, la revendication mobilière sous sa forme la plus ancienne.

Il est certain que ce mécanisme du sacramentum in rem est devenu moins intelligible pour les juristes modernes, à partir du moment où cessant de l'appréhender avec les catégories modernes de droit dogmatique, ils l'ont rapproché des procédures magiques qu'ils pouvaient observer dans d'autres sociétés archaïques.

Ils l'ont fait par l'emploi d'une méthode que l'on appelle historico-comparative, (laquelle est proprement une démarche de la sociologie juridique), qui consiste comme le nom l'indique, à comparer scientifiquement parlant, des institutions ayant un certain rapport et appartenant à deux systèmes juridiques différents. Le second exemple est pris dans l'ancien Droit Français.

On a longtemps cru, sous la foi des sources de droit savant, que les pays du Midi de la France - le Languedoc -, au Moyen-Age, avaient eu pour régime matrimonial le régime dotal. Lorsque l'on se borne à un survol de notre ancien Droit, quant à la répartition des régimes matrimoniaux, dans le Midi de la France, survivait le régime dotal du Droit Ecrit, du Droit Romain. Mais si de l'étude dogmatique des historiens, l'on passe à une étude proprement sociologique, c'est-à-dire à une étude qui vise à connaître la réalité même des choses, (comment effectivement les gens se mariaient-ils ?)

L'on constate que, contrairement à ce qui apparaissait d'abord, les pratiques communautaires étaient très largement répandues dans les couches populaires de ces régions, (ceci résulte du dépouillement des archives notariales des derniers siècles du Moyen Age).

Or, cette attention accordée au droit effectivement pratiqué, de préférence au droit théorique - théoriquement enseigné - doit être regardé comme une démarche typiquement sociologique.

Les recherches de la pratique notariale constituent un aspect de la méthode sociologique appliquée au droit privé. Ces recherches peuvent donner une image de la réalité juridique, très différente de celles que l'on pourrait retirer d'un simple examen des sources. Prenons maintenant un exemple dans le Droit Moderne.

Les civilistes, ont l'impression que la recherche de paternité naturelle de l'article 340 du Code Civil, est une institution très active dans la société française contemporaine. En effet, la recherche de paternité naturelle, tient une place importante dans l'enseignement de première année de licence, en Droit Civil. On en parle assez longuement dans les recueils de jurisprudence. Chaque année un nombre relativement important d'arrêts concernant la recherche de paternité naturelle est publié

Donc, les civilistes avaient l'impression que cette institution était importante dans les faits. Or, en 1959, une statistique (des actions en recherche de paternité naturelle intentées devant les tribunaux français) a été dressée pour la première fois. L'on s'est aperçu que chaque année, il n'y avait guère que quelques centaines d'actions en recherche de paternité naturelle ; le chiffre, depuis 1957 (qui est la première année de la statistique parue en 1959), n'a jamais atteint 500 - ce qui est très peu, si l'on réalise que, chaque année, il y a plus de 40.000 naissances d'enfants naturels. Cela ne veut pas dire, que l'action en recherche de paternité naturelle ne joue pas un rôle dans la société, car elle peut avoir un rôle comminatoire; la seule existence de l'action peut avoir cette conséquence qu'un certain nombre de pères naturels reconnaîtront volontairement leurs enfants.

Il n'empêche que le rôle de cette action a été exagéré. C'est la statistique qui nous a permis de redresser cette image, or la statistique est une méthode de la sociologie juridique.

Prenons un autre exemple :

L'institution du retrait successoral prévu à l'article 841 du Code Civil. Les civilistes ont eu l'impression qu'elle était, assez paradoxalement, relativement vivante dans la société française du XXe siècle, parce que si l'on dépouillait les recueils de jurisprudence, on relevait assez fréquemment des arrêts relatifs à l'application de cet article 841. Seulement, si au lieu d'aligner les arrêts, en se bornant à regarder les positions de droit qu'ils consacraient, on interrogeait les circonstances de fait auxquelles ils faisaient allusion, on pouvait constater une chose singulière, c'est que la plupart des affaires de retrait successoral portées devant la Cour de Cassation, n'intéressaient pas en réalité le milieu français; il s'agissait d'affaires algériennes d'avant l'Indépendance où des musulmans essayaient d'obtenir, sous le couvert de notre retrait successoral venu de l'ancien Droit Français, le résultat qu'ils auraient pu obtenir, à priori, par une institution du Droit Musulman qui correspond à la même notion sociologique - l'institution dite de la "scheffa", du retrait successoral, et il n'y avait dans ce nombre des actions, relatives au retrait successoral, aucun indice probant quant à la vitalité de l'institution dans la véritable société française ; mais cela ne pouvait être aperçu qu'à condition de considérer dans les arrêts de la Cour de Cassation, non pas les thèses juridiques - ce à quoi se bornaient très légitimement les juristes dogmatiques qui essayaient de construire une théorie juridique du retrait successoral -, mais aussi les faits par la méthode que l'on appelle "l'analyse sociologique de jurisprudence".

C'est une méthode qui n'a rien à faire avec le droit dogmatique. Or, il n'est pas indifférent aux civilistes, de savoir que la jurisprudence qu'ils citent en matière de retrait successoral, est tout de même troublée par cet élément d'extranéité ; elle n'a pas la même valeur que si elle sortait d'une couche de faits proprement français.

Prenons un dernier exemple :

En Droit Dogmatique, en Droit Civil Dogmatique de seconde année, à propos du paiement, on s'est interrogé sur l'efficacité de la clause dite "solve et repete". C'est une clause qui est usuelle ; elle est fréquente dans les quittances des fournitures des grandes entreprises. C'est une clause dont le sens général est le suivant : le paiement doit avoir lieu dès la présentation de la quit-

tance, nonobstant toute réclamation que l'on pourrait avoir à faire sur l'existence de la dette; l'on doit payer d'abord, et l'on réclame ensuite; telle est cette clause et l'on discute en droit dogmatique de sa validité, de sa force obligatoire.

Il faut trouver en effet, un point entre les deux parties, pour donner un fondement dogmatique à la clause examinée, mais il n'est pas sans conséquence pour le juriste de connaître ce qu'ont révélé à ce sujet des enquêtes de motivation menées par des sondages auprès des usagers de certaines grandes entreprises nationalisées qui utilisent cette clause.

Ces enquêtes ont révélé que la clause en question contribuait à faire sentir la rémunération du Service Public, le paiement de cette dette au service Public par l'utilisateur, comme une véritable sanction.

Les Usagers interrogés n'étaient pas loin de considérer que la manière dont ils payaient le gaz de France, ou l'Electricité de France, pour ne pas les nommer était assez comparable au fait de payer l'amende à l'agent verbalisateur.

Si l'on approfondissait l'enquête de motivation, l'on s'apercevait que dans la construction de cette motivation, chez les usagers, intervenait cette clause qu'ils connaissaient et d'après laquelle il fallait payer d'abord et réclamer ensuite; ils avaient l'impression d'avoir à faire à une autorité imperméable, - à une autorité et non pas du tout à un fournisseur.

Dans l'appréciation de cette clause, est-il sans importance pour la civiliste, de connaître l'état d'esprit qu'elle détermine chez l'utilisateur? Or, cela ne peut être connu que par une démarche de sociologie juridique, par une enquête de motivation - qui est une technique proprement sociologique.

Ainsi, à s'en tenir à l'impression la plus superficielle et sans entrer dans les problèmes fondamentaux que nous retrouverons peut-être, sans nous demander notamment s'il est légitime d'attendre de la sociologie juridique qu'elle découvre des lois causales et des lois scientifiques du développement du droit, ou qu'elle se traduise en réformes législatives, ce qui est le problème de la législation sociologique, il apparaît que la sociologie juridique peut avoir une valeur explicative très étendue.

Par elle, le juriste comprendra mieux - et c'est déjà beaucoup - l'origine des institutions qu'il manie, leur importance quantitative et qualitative et leur effet dans la vie sociale ;

Après ce premier aperçu de la sociologie juridique et de ce qu'elle peut apporter, parlons de l'histoire de la Sociologie Juridique.

SECTION II - HISTOIRE DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE.

Dans cette histoire, nous pouvons discerner deux grandes périodes auxquelles s'appliqueront des termes qui ont été employés pour la première fois par Monsieur GURVITCH.

Nous pouvons distinguer la sociologie juridique spontanée des précurseurs, et la sociologie juridique méthodique.

La coupure entre les deux périodes (qui est d'ailleurs une coupure plus ou moins franche, plus ou moins nette, et qui pourrait bien serpenter), se place à la fin du siècle dernier et au début de celui-ci.

Donc, deux périodes, dans l'histoire de la sociologie juridique.

I) LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE SPONTANÉE.

C'est la période des précurseurs. Nous pouvons projeter rétroactivement sur elle, une distinction qui n'a pris tout son sens qu'à notre époque, la distinction de la recherche théorique et de la recherche empirique.

Déjà dans cette période des précurseurs, nous trouvons des matériaux qui sont des matériaux d'une recherche empirique dont la sociologie juridique peut se servir. La littérature des siècles passés, en effet, a porté jusqu'à nous une multitude d'observations empiriques sur les moeurs et les coutumes des peuples, sur le détail de la vie publique et privée.

C'est un fond où la sociologie juridique méthodique, la sociologie juridique d'aujourd'hui peut légitimement puiser - à condition de le faire avec discernement et esprit critique.

Ces observations empiriques sont éparses dans

une quantité d'oeuvres, oeuvres d'historiens ou de géographes notamment (plus rarement oeuvres de juristes). Les oeuvres les plus utiles à ce point de vue sont celles des auteurs qui étaient friands du détail, bien plus que les oeuvres des auteurs habiles à la synthèse.

Le choix était très vaste ; pour vous rappeler tout ce que l'histoire sociologique du droit romain en a tiré, il peut aller de Varron à Aulu Gelle, les moralistes ont pu tirer des observations intéressantes de ces auteurs littéraires.

Le choix peut aller de ces auteurs de l'antiquité, jusqu'aux folkloristes du XIXe siècle.

Citons notamment l'oeuvre du folkloriste allemand GRIMM, "les Antiquités Juridiques Allemandes" qui parurent en 1821 ; Grimm a été à la source d'un courant français, représenté notamment par MICHELET.

Michelet connu comme grand historien de l'Histoire Générale, a été aussi un sociologue du droit dans un ouvrage qui a pour titre : "les origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel" Cet ouvrage a paru en 1837 et a été visiblement inspiré par l'ouvrage de Grimm.

Il utilise pour certaines parties germaniques l'ouvrage de Grimm, directement, mais l'idée même de cet ouvrage de folklore juridique, pourrait-on dire, a été empruntée par Michelet, à Grimm.

Il y a eu là un courant de recherches qui étaient déjà des recherches sociologiques avant la lettre. Un inventaire de toutes ces sources exploitées déjà, ou exploitables, serait ici sans utilité. Bornons nous à parler des précurseurs de la sociologie juridique théorique, de ceux chez qui apparaissent les premières lignes d'une pensée théorique sur quelques uns des problèmes fondamentaux que la sociologie juridique continue à se poser.

Suivons un ordre vaguement chronologique en vous parlant d'abord de l'Antiquité.

A/ L'Antiquité.

La sociologie juridique a d'abord été une méditation sur la Cité et sur les Lois, - méditation que nous trouvons dans la philosophie grecque ; ce qu'il y a en elle de plus essentiel pour la sociologie juridique, et

par delà toutes les notations, dont la sociologie politique continue à faire son profit, - c'est peut-être une sorte d'interrogation fondamentale devant le Droit avec déjà les deux réponses typiques, celles que l'on peut se faire (et que l'on continue à se faire). Ou le Droit est important (cette expression vague est employée à dessein), sain, parce qu'il est indispensable à la conservation de la Cité, ou le Droit est dérisoire, illusoire, plaqué par la force et l'imposture des relations humaines qui auraient pu être harmonieuses sans lui.

Ce sont les deux attitudes fondamentales, que l'on peut professer devant le Droit.

Vous connaissez la prosopopée des lois que Platon dans le "Criton" a prêté à Socrate. Cette prosopopée est une affirmation de la sainteté, de l'importance du Droit. En revanche dans Eraclite, comme dans les déclarations sceptiques des sophistes, une impression émerge, ce que les hommes appellent la Justice et le Droit, loin d'être l'harmonie sociale suprême que l'on croit, pourrait bien être un masque de la force ou de la ruse.

Par conséquent, dans la philosophie grecque, se rencontrent ces deux attitudes en face du droit, l'une que l'on pourrait dire optimiste et l'autre pessimiste.

Chez les historiens et dans la sociologie juridique, l'on s'accorde à reconnaître à Aristote une place prééminente aux origines de la sociologie juridique. C'est un esprit sociologique en effet, en ce qu'il conçoit la Société comme un être vivant, soumis à la loi des naissances de la croissance et de la mort, comme n'importe quel être vivant. De là chez Aristote, et appliqué au Droit, un évolutionnisme avant la lettre, que l'on met en contraste avec le fixisme idéaliste attribué à Platon; Mais sur le problème fondamental du Droit évoqué tout à l'heure, la position d'Aristote n'est pas dépourvue d'ambiguïté.

Il est permis de retirer de la lecture de son oeuvre le sentiment très profond que le Droit est pour lui le rythme nécessaire du monde ; et pourtant, c'est Aristote qui, en distinguant à côté du domaine de la justice, le domaine de la philothèse, comme il dit, de l'amitié, de la sociabilité pure, non juridique, a jeté parmi nous une hypothèse, cette hypothèse d'après laquelle le Droit n'est pas tout, - tout le social n'est pas juridique.

Il y a dans les relations sociales, à plus forte raison dans les relations interindividuelles, une immense part qui échappe au Droit ; c'est une réaction salutaire contre ce que l'on pourrait appeler la déformation du panjurisme.

B/ De la Renaissance au siècle des lumières.

C'est au XVIIe siècle que, par la découverte de continents nouveaux, la redécouverte, aussi, de textes anciens, la Chrétienté a pris conscience de la bigarure infinie des moeurs et des coutumes et, par là même, de la variabilité essentielle du droit, dans le temps comme dans l'espace.

Ce flot d'observations neuves devait suggérer l'hypothèse que le droit n'est pas un absolu, n'est pas un être en soi, mais qu'il serait souvent un foiscnnement de phénomènes changeants, ce qui constitue, a priori, une vision éminemment sociologique du droit.

Montaigne n'a pas, sans doute, inventé le scepticisme juridique ; il l'a, cependant, rendu familier à "l'honnête homme", et Pascal aussi, même si ce n'était pas son projet.

La préparation un peu simple à toute sociologie juridique, c'est la constatation que la justice est plaisante quand une rivière la borne.

Montesquieu, dans "L'Esprit des Lois", est de la descendance de Montaigne à cet égard. Il a conscience de la diversité historique et géographique des coutumes, et cette diversité lui donne le sens d'une relativité du droit. Seulement, la démarche est, chez lui, beaucoup plus systématique que chez Montaigne, en dépit d'une composition qui est sautillante et d'une impression un peu de bric-à-brac que donne la masse des faits cités par Montesquieu.

On est frappé, quand on relit "L'esprit des Lois" du caractère hétéroclite des observations faites par les premiers voyageurs qui sont allés dans les pays lointains ; à partir desquelles Montesquieu va construire ses déductions, et il ne faut pas croire que cette impression d'hétéroclisme est due à un vieillissement des sources que Montesquieu avait utilisées : tous les ouvrages scientifiques, en vieillissant, donnent l'impression d'être bâtis sur des observations peu sérieuses parce que les

sources vieillissent, mais, à la vérité, déjà les contemporains de Montesquieu, Voltaire, notamment, avaient cette impression.

Il y a donc là quelque chose de critique, beaucoup plus fondamental, que l'on peut adresser à "L'Esprit des Lois".

Cependant, malgré ses défauts, l'ouvrage a un caractère scientifique, non seulement par sa méthode, qui est la méthode historique-comparative, - qui, nous le verrons, reste à l'honneur parmi nous aujourd'hui encore - mais, plus encore, par son dessein, car Montesquieu a eu le dessein d'établir des corrélations, peut-être même des lois causales entre les phénomènes juridiques, d'une part, et les autres phénomènes, soit phénomènes physiques, le climat, soit phénomènes sociaux, la constitution de gouvernements, les mœurs, la population, la religion, le commerce, etc...

Il y a là autant de chapitres de "L'Esprit des lois" où Montesquieu étudie les influences que ces divers facteurs extra-juridiques ont exercées sur les lois, sur la formation des règles de droit. Que dans la mise en oeuvre de ce dessein scientifique, des éléments préscientifiques, soient venus à la traverse et, notamment, l'attachement au droit naturel, il faut bien le dire car Montesquieu ne s'en détache pas, et, aussi, cette équivoque, qui pèse sur tout l'ouvrage, cette équivoque de la célèbre phrase liminaire :

- Les lois, dans la signification la plus étendue..." c'est ainsi que s'ouvre "L'Esprit des lois".
".....sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses."

Nous aurons, probablement, l'occasion de nous appesantir, en travaux pratiques, sur cette formule célèbre ; il est certain qu'elle recèle une équivoque et cette équivoque influence tout l'ouvrage, tout cela n'est pas niable.

Il n'en demeure pas moins que la publication de "L'Esprit des Lois", en 1748, peut être regardée comme une date capitale pour la fondation de la Sociologie juridique.

En face de Montesquieu, Voltaire fait une assez pauvre figure sociologique. Sa sociologie juridique est une espèce de sociologie du bon sens, alors qu'il est bien connu que le bon sens est un critère très fallacieux

dans les domaines scientifiques. Dans le domaine des sciences expérimentales, le bon sens pourrait nous faire commettre de graves erreurs ; il en est de même, a priori, dans des sciences comme la sociologie.

Peut-on, même, voir une sociologie juridique véritable dans l'a priori de Voltaire, cet a priori qui lui fait stigmatiser toute coutume qu'il trouve inintelligible pour un lettré, comme une invention de roi ou de prêtre pour asseoir leur tyrannie, - Voltaire explique une coutume qui lui semble étrange, ou absurde, par l'arbitraire, par des manœuvres du législateur, par des manœuvres des gouvernants, par la superstition ; il cherche toujours des volontés cachées sous les coutumes qui lui semblent irrationnelles.

Or, dans la Sociologie d'aujourd'hui, la démarche intellectuelle est toute différente. Les sociologues, les ethnologues de notre époque nous ont habitués à tenir ces coutumes, apparemment absurdes, pour naturelles, non moins naturelles que ne le sont nos législations raisonnables.

Il y a donc là une faiblesse, du point de vue scientifique, dans l'œuvre de Voltaire, dans la mesure où cette œuvre touche à des domaines qui semblent relever de la sociologie du droit.

Il s'en faut, pourtant, que nous n'ayons rien à apprendre de la sociologie juridique voltairienne. Mieux que d'autres, - quoique sur le ton, qui est toujours le sien, le ton du badinage - Voltaire met en lumière une des originalités du droit entre tous les faits sociaux : le rôle considérable, malgré tout, malgré un certain déterminisme des phénomènes juridiques comme des autres phénomènes sociaux, que la volonté humaine peut jouer dans les phénomènes juridiques.

Voltaire appelle opportunément l'attention des sociologues de l'avenir sur l'importance de ce phénomène juridique qu'est l'arbitraire, c'est-à-dire l'acte de volonté apparemment indéterminé d'un législateur ou d'un chef ou d'un juge. L'arbitraire est un phénomène juridique qui mérite l'attention du sociologue ou même de notre porte quel phénomène juridique.

Voltaire devance, à certains égards, les recherches modernes sur les groupes de pression. Il suggère que le droit, loin d'être toujours un produit spontané

de la société, est, parfois, au moins machiné par la ruse de quelques-uns. C'est un aspect de la matière juridique dont on ne peut pas faire abstraction.

C/ Le XIXe siècle.

Le hasard fit que le plus agissant des rédacteurs du Code Civil, Portalis, avait quelques penchants sociologiques. Dans le discours préliminaire au projet de l'An VIII, à travers les hymnes, qui étaient presque d'obligation à l'époque, les hymnes au droit naturel, on perçoit un certain évolutionnisme de Portalis, plus exactement peut-être un certain historicisme de Portalis. Cet historicisme lui vient, tout à la fois, de Montesquieu (dans le Discours préliminaire, on retrouve, parfois littéralement, des phrases de l'Esprit des Loix) mais aussi du philosophe allemand de l'Histoire, Hegel ^{Herder} que Portalis avait pratiqué lors de ses années d'exil en Allemagne. (Sous le Directoire, Portalis avait dû quitter la France, il était allé en Allemagne et il était, à cette occasion, entré en contact avec la philosophie allemande, en vogue à l'époque et, notamment, avec la philosophie de l'Histoire de Hegel).

La phrase célèbre que l'on relève dans le Discours Préliminaire : "Les codes des nations se fondent avec le temps ; à proprement parler, on ne les fait pas", est de ces phrases qui flattent toujours le sociologue du droit.

Il y avait donc là, par accident, un certain relent sociologique dans l'oeuvre du codificateur de 1805.

Il n'empêche que la codification de 1804 a eu, si l'on dépasse cette remarque purement personnelle, une signification anti-sociologique, non seulement par son élaboration, qui fut une élaboration technicienne, sans contact avec la masse, mais surtout par ses conséquences.

Dans les travaux préparatoires du Code Napoléon, l'expérience du droit fut constamment réduite à l'expérience du contentieux, à l'expérience du procès. Ce qui n'avait jamais été plaidé devant les tribunaux, ce dont les avocats n'avaient jamais entendu parler, ni les magistrats, était réputé inexistant par les rédacteurs du Code. La seule enquête d'opinion (car il y en a eu une tout de même, à laquelle on a procédé en vue de l'élaboration du Code) fut menée auprès du Tribunal de Cassation et

des Tribunaux d'Appel. On provoqua leurs observations sur le projet de l'An VIII ; c'était une sorte d'enquête d'opinion publique, mais, une enquête menée en milieu strictement technique et, même, pourrait-on dire, en milieu mandarinal sans aucun contact avec la masse populaire.

On peut donc dire que l'oeuvre avait un caractère assez peu sociologique au départ ; mais, en outre, l'intention même de la codification était une intention anti-sociologique, puisque la codification avait pour but de mettre plus d'uniformité, plus de fixité, plus de rationalité apparente dans le droit civil français.

Or, pour des yeux sociologiques, la réalité du droit, au contraire, est diverse, mobile et, apparemment irrationnelle. Les faits les résultats pourrait-on dire sont, du reste, parlants.

Le courant sociologique a été constamment stérilisé, dans la doctrine juridique française du XIXe siècle, tant que prédomina la célèbre école de l'Exégèse, dont l'apparition avait, précisément, été déterminée par la codification. On ne voyait plus que les textes, on ne voyait plus la réalité sociale, sociologique, qui pouvait se trouver derrière les textes, sous les textes.

Réciproquement, par une sorte de contre-épreuve, si l'Allemagne, à la même époque au 19e siècle, a connu une doctrine juridique de tendance sociologique, on peut penser que son refus de codifier le droit civil y fut pour quelque chose.

L'Ecole historique, dont le Chef de file fut le romaniste, Charles de Savigny, représente, dans la doctrine allemande du XIXe siècle, cette tendance sociologique. Or, cette tendance, et l'Ecole historique derrière elle, prit justement conscience d'elle-même en s'opposant à ceux qui, séduits par l'exemple français, demandaient, pour l'Allemagne, une codification uniforme et rationnelle du droit civil. C'est avec vigueur, avec hargne nationaliste même, que Savigny, en 1814, écrasa tout projet de codification pour l'Allemagne, en combattant Thibaud qui avait parlé de la vocation de l'époque pour la codification. Il s'éleva vigoureusement contre cette idée, et cette idée fut arrêtée, en Allemagne, pendant la majeure partie du XIXe siècle.

C'est qu'en effet, pour Savigny, le droit est une réalité historique vivante, non pas la création arbitraire des techniciens ; c'est un développement inconscient

spontané, anonyme, populaire.

Nous apercevons là une vision sociologique avant la lettre.

Et, dans une idée qui était familière aux juristes de l'Ecole historique allemande, l'idée du "volksgeist", de l'esprit de la nation, du peuple, on peut sentir comme une préfiguration de ce qui allait devenir, chez les sociologues de l'Ecole durkheimienne, plus tard, la conscience collective, la conscience collective de la société, la conscience collective venant de la société.

Le concept, chez les durkheimiens, n'est pas toujours dépourvu d'obscurité. On peut trouver une certaine relation entre l'idée, l'historicisme du "Volksgeist" et l'idée de la conscience collective qui peut être, par certaines faces, une conscience juridique collective chère à Durkheim.

Dans la pratique, néanmoins, Savigny fut gêné par sa formation de romaniste, car il était essentiellement romaniste, et comme il ne voulait pas sacrifier le côté romaniste de sa personnalité, il fut amené à des acrobaties, en quelque sorte, pour accorder son romanisme à la philosophie générale de l'Ecole historique. Il fut obligé d'intégrer le droit romain à son système, de représenter le droit romain, en Allemagne, comme le droit véritablement populaire, ce qui était tout de même méconnaître une autre source que l'on pouvait juger plus typiquement nationale en Allemagne, plus typiquement populaire aussi, la source germanique.

Il y avait là une sorte de porte-à-faux dans la doctrine de Charles de Savigny.

La source germanique devait, au contraire, être remise en honneur beaucoup plus tard, à la fin du XIXe siècle, par un autre historien allemand, - mais germaniste, celui-ci, non plus romaniste - l'historien Gierke, et l'attention prêtée par Gierke à la source germanique et au caractère populaire de cette source n'est pas sans présenter des traits sociologiques.

Gierke, du reste, intéresse la sociologie juridique à un autre titre. Il a, en effet, créé la théorie de la communauté, par opposition à la société, "gerneinschaft" par opposition à "Gesellschaft", la communauté étant le groupement d'esprit germanique, par opposition à la "gesel-

lschaft" où, au contraire, vit quelque chose de la personnalité morale forgée par les romanistes.

Etant postulée, enfin, que la communauté d'un groupement affectif, dont les contours sont, en quelque manière, sentimentaux, un groupement, diront quelques-uns, comme Gierke, traversé par le "nous" d'amour, toi et moi, par opposition à la personnalité morale où chacun a des droits extrêmement précis et rigides, à faire valoir contre les autres.

Il y a eu, au lendemain de la guerre de 1939, en France, tout un courant d'idées qui étaient, notamment, renuées par M. François Péroux pour mettre en avant cette idée de communauté, en soutenant que nous avions fait fausse route avec notre concept de la société et de la personnalité morale, beaucoup trop précis, trop juridique, pas assez sociologique, à la différence de la Gesellschaft ou communauté.

Il y avait donc là, une sorte de courant sociologique, qui dérivait également de Gierke.

Pour en terminer avec le XIXe siècle, nous restons encore en Allemagne en citant Ihering. Son importance comme romaniste est bien connue. Il est certain que, dans la doctrine allemande du XIXe siècle, il domine et, à certains égards, on pourrait dire que, dans la doctrine juridique européenne du XIXe siècle, ce fut, probablement, l'esprit le plus vigoureux.

Or, Ihering, sans être véritablement, un sociologue du droit - nous sommes toujours dans la période des précurseurs - a, dans son oeuvre, des aspects que l'on peut déclarer sociologiques, par l'application qu'il a faite de la méthode comparative à l'histoire du droit romain.

Il ne manque pas de faire des rapprochements avec d'autres droits, dont le droit archaïque, notamment, dont le droit anglo-européen, pour éclairer certains aspects du très ancien droit romain.

Mais, en outre, il y avait, chez Ihering, une sorte de philosophie du droit qui revêt des aspects sociologiques. Ihering a vu l'importance de la force dans la création du droit. Il a, à ce sujet, des formules célèbres qu'on lui a reprochées.

Il est certain qu'Ihering avait été, en bon Alle-

mand, hypnotisé par la politique, de Bismark, cette "real politik", cette politique dite réaliste, dont Bismark, à l'occasion, dans ses discours, avait fait la théorie. De là, chez Ihering, ces traductions de la "real politik", notamment celle-ci :

- Le droit est la politique de la force, "qu'un humoriste devait, plus tard, modifier ainsi (et la formule n'est peut-être pas sans valeur):

- Le droit est la politesse de la force."

Il est certain qu'il y a, dans cette intention prêtée à la force quelque chose de sociologique. Il n'est pas douteux - et le réalisme n'est pas une vertu anti-sociologique - que la force joue un rôle dans la création du droit, et Ihering l'avait bien vu. Mais la force, ne suffit pas à caractériser la pensée de Ihering, il faut ajouter la force mise au service d'un but, et un ouvrage célèbre de Ihering porte le titre de :
", " Le but dans le droit".

Les sociologues, ont pu trouver ici que Ihering s'éloignait d'une conception vraiment sociologique du droit, car il paraissait réintroduire la volonté du législateur, la politique législative dans le droit.

Ce qui a été dit de Voltaire précédemment laisse entendre que n'est pas seulement anti-sociologique cette prise en considération de la volonté dans une conception globale du droit. En écartant un déterminisme de principe des phénomènes juridiques comme des phénomènes sociaux, pour des raisons qu'il faudrait élucider, (ce qui n'est pas toujours facile) la volonté joue, dans les phénomènes juridiques, un rôle qui est plus important que celui qu'elle peut jouer dans les autres phénomènes sociaux. Il y a là quelque chose qui est assez spécifique des phénomènes juridiques.

C'est dire que Ihering ne mérite pas le reproche d'avoir attribué tant d'importance à la volonté dans le droit, par l'intermédiaire de la notion de but. Il n'empêche qu'on en a pris prétexte pour juger que son oeuvre n'était pas encore véritablement sociologique.

Nous voilà à la fin du XIXe siècle. C'est à ce moment-là que l'on doit passer de la sociologie juridique préscientifique spontanée, instinctive, à une sociologie juridique plus consciente, une sociologie juridique métho-

dique, scientifique.

2.- La Sociologie juridique méthodique.

La sociologie juridique consciente n'a pu se constituer qu'à partir d'une sociologie générale déjà constituée elle-même. Il est couramment admis que c'est le cours de philosophie positive d'Auguste Comte qui marque la constitution de la sociologie générale. La sociologie juridique méthodique, ne se rencontre pas avant mais la trouve-t-on dès Auguste Comte ? Il faut répondre par la négative. Auguste Comte n'a pas joué de rôle direct dans la fondation de la sociologie juridique ; la raison en est, d'abord, une hostilité de principe qu'il nourrissait pour l'existence de branches spéciales de la sociologie.

Pour lui, la sociologie était une science globale unique et, a priori, il n'admettait pas qu'elle se ramifiât en disciplines spécialisées. Mais il faut ajouter cette autre raison : que, personnellement, Auguste Comte avait une certaine incapacité à s'intéresser au droit, il était mal disposé à l'égard du droit où il ne voyait guère plus qu'un vestige métaphysique. Pour lui, il n'y avait que des fonctions, que des devoirs. Il niait le droit subjectif et, même, le droit objectif n'était pas pour lui une notion très nette. Il avait une tendance à fondre le droit dans les mœurs et, par là même, donnant à la sociologie un objet unique, un objet global, ce magma de mœurs et de droit était, en quelque sorte, un obstacle à l'existence d'une sociologie juridique spécialisée.

Néanmoins, c'est grâce à lui que tout, par la suite, a été possible et c'est dans sa descendance intellectuelle, proche ou lointaine, chez les positivistes, que se placent ceux qui ont, et même largement, fondé la sociologie méthodique.

La descendance proche d'Auguste Comte, ce pourrait être Emile Durkheim. C'est un positiviste. Dans "Les règles de la méthode sociologique", il a posé une méthodologie qui peut valoir pour toutes les branches de la sociologie, y compris, par conséquent, la sociologie juridique, et, du reste, dans cet ouvrage, il y a certains exemples, certaines illustrations de la méthode donnée par Durkheim qui concernent des phénomènes juridiques.

Mais, en outre, plus directement, on peut dire que Durkheim s'est intéressé à la sociologie du droit ; il connaissait le droit, à la différence d'Auguste Comte

il le connaissait par relations personnelles, d'abord, pourrait-on dire, parce que - et le point est important pour la compréhension des deux hommes - il avait, étant Professeur à la Faculté des Lettres de Bordeaux, connu et fréquenté longuement Léon Duguit et, de leurs relations personnelles étaient nées des influences réciproques.

Durkheim, privilégié, comme on dit aujourd'hui, préférait les phénomènes juridiques parmi tous les phénomènes sociaux parce qu'il lui semblait que les phénomènes juridiques avaient le maximum d'objectivité, si bien qu'il préconisait, pour les sociologues, d'étudier les sociétés à travers leur droit, le droit ayant un caractère de généralité, d'abstraction qui peut lui conférer le maximum d'objectivité. Les mœurs pourraient être plus souples, moins rigides que le droit, et il voyait de préférence les sociétés à travers leur droit.

Dans sa thèse de Lettres sur "La division du travail social", il y a tout un aspect de la démonstration qui a un intérêt direct pour le droit. Puis, dans les Notes importantes qu'il publia à l'Année Sociologique, la Revue qu'il avait fondée à la fin du siècle dernier, il fit preuve d'une compétence tout à fait médiate sur des problèmes juridiques, notamment il publia un article intitulé "De l'évolution pénale dans la sociologie", en 1900, qui a une valeur pour la sociologie criminelle.

Cependant, il serait probablement excessif de considérer Durkheim comme ayant fondé la sociologie juridique dans l'universel ; c'est un peu l'illusion des Français de le croire. A la vérité, son rôle de fondateur concerne surtout notre pays et, d'ailleurs, la sociologie juridique s'est constituée d'une manière indépendante de lui ; elle a pu procéder de l'influence générale, philosophique, d'Auguste Comte, de son positivisme, mais pas de l'influence immédiate de Durkheim.

En Italie, il y a eu, du côté du droit pénal, ce que l'on a appelé la "Scuola Positiva", l'Ecole Positive de Criminologie, qui est sensiblement antérieure à Durkheim. Elle est positiviste, elle n'est pas durkheimienne avant la lettre, c'est une école de sociologie du droit pénal, -- pas entièrement, de sociologie du droit pénal car elle repose aussi sur une anthropologie, mais, tout de même, les criminalistes de la Scuola Positiva, comme Lombroso, Garofalo, Ferri, ont été aussi des sociologues.

Nous avons là tout un courant extrêmement vivace,

car la Scuola Positiva a fait quantité de travaux intéressants, et ce courant ne doit rien à Durkheim.

De même, en Allemagne, un auteur comme Max Weber ne doit pas grand'chose à Durkheim. Or, il a fondé une sociologie juridique.

De même, Eugène Ehrlich, un auteur autrichien que beaucoup d'Allemands considèrent comme le fondateur de la sociologie juridique, qui en 1913, publia un ouvrage intitulé "Fondements de la sociologie du droit".

A beaucoup d'égards, cet auteur modeste - il n'a pas eu, en dehors du cercle des sociologues du droit, un éclat exceptionnel - est très proche de ce que l'on considère, aujourd'hui, comme la sociologie juridique véritablement scientifique ; il a vu les problèmes beaucoup plus clairement que Durkheim, beaucoup plus directement, beaucoup plus immédiatement que lui.

L'Italien, d'origine suisse, Wilfredo Pareto, connu comme économiste de l'Ecole mathématique, dite "de Lausanne, en dehors de son oeuvre d'économiste, a laissé une oeuvre considérable de sociologue, un Traité de Sociologie générale, où les aspects juridiques de la sociologie sont mis en relief, car il venait des Facultés de Droit, il avait une formation de juriste, comme en avaient les économistes de cette époque-là. A certains égards, il peut, par conséquent, être considéré comme un des fondateurs de la sociologie juridique.

L'influence de Durkheim, considérable pour la France, et légitime étant donnée la vigueur de sa pensée, ne doit donc pas, néanmoins, être universalisée.

Que la sociologie juridique soit apparue presque partout à la même époque, est un phénomène en soi qui, dans une sociologie de la connaissance, de la science, mériterait à lui seul attention. Un peu partout, à la même époque, on a éprouvé le besoin de donner ce supplément au droit, dans une sorte de réaction contre le dessèchement des écoles exégétiques, techniques; le phénomène est intéressant.

Si, cependant, un peu partout, à la même époque on voit naître la sociologie du droit, elle naît d'une façon indépendante d'une nation à l'autre.

Il est devenu difficile - et cette diversité d'origine nationale y est, d'ailleurs, pour quelque chose -

de présenter, d'une façon tant soit peu claire, le tableau de la sociologie juridique à l'époque contemporaine, non pas que le nombre d'ouvrages spécifiquement de sociologie juridique soit considérable, en quelque pays que ce soit, mais les éléments utilisables par la sociologie juridique, dans les ouvrages de sociologie générale, ne manquent pas. Or, les ouvrages, la littérature de sociologie générale est devenue quelque chose d'énorme ; les courants d'opinion, en sociologie générale et, par contre-coup, en sociologie juridique, sont, à notre époque, extrêmement hétérogènes.

Si bien que, lorsque l'on jette un coup d'oeil, fût-ce du dehors, sur la sociologie générale, au XXe siècle, en 1963, on a une impression de grande confusion.

Il ne saurait être question ici de suivre, dans toutes ses nuances, la sociologie de notre époque, même en limitant l'étude à ce qui peut être retenu pour la sociologie proprement juridique.

De grandes lignes, feront apparaître surtout les diversités par grandes classes.

Dans la sociologie générale et juridique de notre temps, on aperçoit des diversités nationales, politiques, méthodologiques et, aussi, des diversités d'origine professionnelle chez les chercheurs. Nous pouvons tirer de ces diversités certains traits caractéristiques de la sociologie juridique à notre époque.

A/ Les diversités nationales.

Elles sont devenues particulièrement grandes. La sociologie méthodique est née en ordre dispersé, mais elle s'est développée aussi en ordre dispersé. Il ne faut pas aller jusqu'à dire qu'il n'y a plus la moindre communauté dans l'outillage des concepts fondamentaux et dans les méthodes qui sont suivies ; cependant, les différences sont très sensibles, bien plus sensibles que dans d'autres sciences à vocation internationale, que les juristes connaissent bien, bien plus sensibles que dans l'histoire du droit romain, par exemple ou dans le droit comparé ou dans le droit international privé. Entre comparatistes, on s'entend beaucoup plus facilement qu'entre sociologues du droit.

Les manières d'aborder les problèmes, les problèmes retenus comme intéressants sont très variables d'un pays à l'autre. De ces diversités nationales, il est des



causes banales, concevables pour toute science. L'influence d'un savant a pu se limiter à son propre pays et imprimer, par là même, au développement de la sociologie juridique dans ce pays certains traits spécifiques qui n'existent pas ailleurs.

D'avoir été dominée par Durkheim, la sociologie juridique française a pris un tour qui n'est pas celui de la sociologie juridique allemande, parce que cette dernière a plutôt été dominée, longtemps au moins, par Max Weber.

Une circonstance fortuite comme l'existence des empires coloniaux a orienté la recherche de sociologie juridique, dans les pays qui avaient un empire colonial, vers l'ethnologie. La France a eu une sociologie juridique, au début du siècle, chez les durkheimiens, où l'ethnologie, l'étude des peuples primitifs, des sociétés archaïques, a joué un très grand rôle. Pourquoi ? ... Parce que les champs à exploiter, les champs d'observation étaient plus accessibles.

Même observation pour les chercheurs anglais.

Au contraire, on s'explique que Pareto, par exemple, qui travaillait en Suisse, ait moins été attiré par cet aspect.

Mais, à ces causes, qui auraient été concevables pour toute science, d'autres, spéciales à la sociologie juridique, se sont ajoutées. La diversité des systèmes juridiques imprime à la recherche de sociologie juridique des différences sensibles d'un pays à l'autre. Ainsi, dans les pays anglo-américains, on constate que beaucoup de recherches - de recherches empiriques, comme on dit aujourd'hui - ont pour centre le juge. Aux Etats-Unis, par exemple, de nombreuses études portent sur l'origine sociale des magistrats, sur leur appartenances politique, sur les mécanismes mentaux, psychologiques, par lesquels se forme la décision d'un juge ou d'un tribunal collégial. C'est un genre de recherche empirique qui est devenu tout à fait habituel aux Etats-Unis. Pourquoi ? Parce que, là-bas, le juge a un rôle très important dans la formation du droit. Le droit est la "common law" ; pour une large part, le droit est d'origine judiciaire.

D'autre part, les juges, là-bas, sont en pleine lumière ; parfois, ce sont des juges élus. Quand ils sont nommés, comme les juges fédéraux, ils le sont souvent avec une appartenance politique et en raison d'une certai-

ne orientation politique. Par conséquent, il n'est nullement incongru de faire apparaître leur rattachement personnel à telle ou telle orientation politique.

En outre, aux Etats-Unis, le juge est parfois un juge unique ; si le tribunal est collégial, les opinions dissidentes se manifestent dans l'arrêt, si bien que l'on connaît la position personnelle de chaque juge.

Il est beaucoup plus facile, dans un système procédural où les opinions dissidentes sont connues, de voir comment se forme la décision que dans un tribunal collégial comme sont les nôtres, sur lequel plane le secret du délibéré.

Cela explique que ce genre de recherche empirique sur le juge, que l'on songerait à transporter en France, y rencontrerait des obstacles. Chez nous, d'abord, le juge est un personnage moins intéressant. Le droit est beaucoup plus un droit légal qu'un droit judiciaire, - tout au moins est-ce la façade du système. En outre, le juge ne fait pas de politique, - du moins, il se cachera pour en faire. Ce n'est pas toujours, du reste, un personnage de premier plan. C'est un fonctionnaire, comme il y en a beaucoup. Il faut ajouter à cela la collégialité, l'anonymat des décisions... Si bien que les recherches parallèles à celles que nous voyons faire aux Etats-Unis, et que l'on pourrait songer à faire en France, sont beaucoup moins faciles chez nous.

Par conséquent, cette différence que nous constatons dans l'orientation des recherches tient à des causes nationales, à des différences entre les systèmes juridiques nationaux.

Inversement, nous constatons, en France, l'existence de tout un courant de recherches qui ne sont pas, d'ailleurs, des recherches empiriques, parce que nous manquons de moyens d'application, mais des recherches théoriques, dans des directions qui étonnent souvent les sociologues du droit dans les autres pays.

Ainsi, en France, on étudiera volontiers les phénomènes d'ineffectivité de la loi. Il arrive couramment que les lois, chez nous, peut-être aussi ailleurs mais, chez nous, d'une façon très visible, ne s'appliquent pas et donnent lieu à un pourcentage très fort d'ineffectivité ; ou bien il y a des phénomènes de sous-droit que l'on étudiera avec prédilection, les phénomènes de droit dans les

petits groupes, la coutume ouvrière, les phénomènes de non droit, les situations de fait, comme le concubinage, les phénomènes de contre-droit, pourrait-on dire, par exemple la loi du milieu, cette prétendue, peut-être mystique loi du milieu.

Si bien que, quand un étranger considère le genre de recherche qui retient, qui semble captiver la sociologie juridique française, il peut avoir l'impression que nous faisons une sociologie juridique de l'anarchie.

Cela peut s'expliquer, d'abord, par des traits permanents de psychologie nationale, le moindre civisme que l'on impute au tempérament français ; mais, aussi, cela peut s'expliquer par des événements contingents qui ont affaibli provisoirement le respect de la loi : l'inflation des textes chez nous, leur mobilité excessive, par un processus qu'il n'est pas difficile de reconstituer, a entraîné une certaine désaffection des sujets de la loi pour celle-ci. On ne respecte pas une loi qui change trop souvent ou on ne respecte pas les lois quand il y en a trop, elles se dévalorisent comme des billets de banque.

Il faut ajouter à cela la période de la Résistance, pendant l'occupation allemande ; la résistance à la légalité apparente a pu entraîner un climat psychologique de résistance à la loi en général.

Bref, une série de raisons particulières à la France peuvent expliquer cette sorte d'orientation préférentielle de la recherche sociologique vers des types de phénomènes juridiques qui, à l'étranger, paraissent morbides et exceptionnels, ne pas mériter, en tout cas, l'attention de la science.

B/ Les diversités politiques.

Il n'est pas étonnant de trouver la politique dans l'affaire car la sociologie implique, en général, une certaine conception de la société ou peut conduire à une certaine conception de la société.

En outre, le droit même, le droit civil, est lié au régime politique ; c'est, du reste, un instrument de l'action politique, de l'action sur la vie de la cité. Il n'est donc pas inattendu que la sociologie juridique soit influencée par les positions politiques. Les clivages dans la diversité, dans l'hétérogène de la sociologie juridique contemporaine résultent de là.

De ce point de vue politique, la doctrine la plus cohérente, la plus affirmée est le marxisme. Sans doute, la sociologie juridique, en tant que telle, peut être suspecte au marxiste ; surtout elle lui est suspecte quand elle se présente à lui sous la forme américaine des enquêtes d'opinion publique. On conçoit qu'un pays autoritaire soit hostile au développement des enquêtes d'opinion menées par des chercheurs indépendants de l'Etat.

De plus la sociologie juridique à l'américaine, qu'elle le veuille ou non, met l'accent sur le côté psychologique des phénomènes sociaux et des phénomènes juridiques. On a souvent parlé du psychologisme de la sociologie américaine. Ce trait ne semble guère contestable. Or, il y a une certaine antinomie entre le matérialisme, qui fait partie de la philosophie marxiste, et le psychologisme que met en honneur la sociologie américaine.

Dans la sociologie américaine, il y a une préférence implicite pour une évolution spontanée du droit à l'intérieur de la société. S'il survient des tensions à l'intérieur du cadre social, il faut essayer de résorber ces tensions sans heurt, au besoin par des thérapeutiques individuelles. Tout ceci est très loin des idées révolutionnaires. Ce qui crée un nouveau sujet de méfiance du marxisme à l'égard de la sociologie juridique.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait pas une sociologie juridique du marxisme ; plus exactement, le marxisme est, pour les marxistes, une sociologie juridique par lui-même. La doctrine de Marx traduite schématiquement considère que le droit est la superstructure d'une infrastructure constituée par les conditions économiques, plus exactement peut-être les conditions technico-économiques. L'infrastructure, ce sont les rapports technico-économiques de production. Sur ces rapports technico-économiques de production s'édifie une superstructure de droit et de politique. L'évolution de l'infrastructure conditionne, détermine l'évolution de la superstructure juridique.

En quelques phrases, Marx exposait très clairement déjà cette vue, avant de la développer dans "Le Capital", dans sa préface à la critique de l'économie politique, qui date de 1859.

Si nous entrons plus avant dans l'examen de cette sociologie juridique, nous apercevons que le droit est, pour elle, l'expression de la classe sociale dominante. Dans les sociétés capitalistes, le droit est l'ex-

pression de la classe bourgeoise ; dans la société post-révolutionnaire, le droit sera l'expression du prolétariat. Le droit peut être un instrument de la lutte des classes ; dans la société capitaliste, le droit, et le droit privé plus spécialement, - qui prend une vigueur particulière dans la conception marxiste - est l'instrument des capitalistes, sans doute, mais des concessions peuvent être, par ce moyen, arrachées au capitalisme au profit de la classe ouvrière.

Le procès civil peut apparaître ainsi comme exprimant la lutte des classes, ou bien, comme exprimant des contradictions à l'intérieur d'une classe, car une classe, même dominante, n'est pas sans contradictions ; elle peut réunir des éléments ayant atteint des développements inégaux, d'où des contradictions et ces contradictions peuvent éclater sous forme de procès de droit privé.

Ou bien encore le procès de droit privé pourra être l'expression d'une concurrence entre capitalistes. La concurrence qui joue un grand rôle dans la phase finale du capitalisme pourra s'exprimer au moyen du procès, comme elle peut s'exprimer par des moyens extra-judiciaires.

Les conflits de modèles d'images, dans la cité et l'individu, peuvent également se traduire par des conflits d'ordres juridiques. Ainsi, dans la société capitaliste française d'aujourd'hui, il peut y avoir conflit dans le couple, un conflit entre le mari et la femme parce qu'il existe une contradiction entre l'image traditionnelle de la femme, de la femme au foyer, de la femme reine du foyer, mais, en quelque sorte, ayant une fonction statique dans la famille, et l'image révolutionnaire de la femme au travail, de la femme camarade au travail et conquérant sa position révolutionnaire par un travail parallèle à celui du mari. Il peut y avoir un conflit entre ces deux images et ce conflit pourra se traduire, éclater en conflit de droit familial, en procès de droit familial.

Dans une société post-révolutionnaire, dans une société socialiste en marche vers le communisme, le droit sera l'expression de la classe ouvrière au pouvoir ; ce sera l'instrument de la dictature du prolétariat, mais un instrument provisoire, (il faut insister sur cette idée car il y a, dans le marxisme, une idée fondamentale qui est l'idée du dépérissement de l'Etat et du droit : dans l'avenir, l'Etat doit disparaître, et, du même coup, semble-t-il, doit disparaître le droit).

Sur ce point, il est vrai, la pensée des marxistes n'est pas toujours d'une parfaite clarté. Signalons à ce sujet deux articles qui ont paru aux "Archives de la philosophie du droit", 1963 :

- Gérard Lyon-Caen, "Mise au point sur le dépérissement de l'Etat", pages 115 et suivantes ;

- Stoyanovitch, "La théorie marxiste du dépérissement de l'Etat et du droit", pages 125 et suivantes.

Dans la phase transitoire, du reste, il peut se produire des contradictions à l'intérieur de la société, donc des tensions et des procès. Des survivances d'éléments bourgeois dans la société post-révolutionnaire, des images psychologiques bourgeoises qui survivent dans l'individu peuvent entraîner des conflits qui se traduiront par un contentieux privé.

Il s'y ajoutera des phénomènes morbides, des phénomènes de déviance dont aucune société n'est exempte, pas plus la société socialiste que la société capitaliste notamment, la bureaucratisation, actuellement assez étudiée un peu partout.

Voilà, d'une manière assez cursive, quelques indications sur la sociologie juridique marxiste. Dans les pays d'Europe Occidentale, nous pouvons voir tout de suite qu'il existe une "menue monnaie" du marxisme, se traduisant par un certain "ouvrierisme", comme on dit parfois, un certain miserabilisme des sociologues du droit. Cela se marque dans le choix des thèmes. Beaucoup de recherches de sociologie générale, intéressantes pour la sociologie juridique, ont lieu en milieu ouvrier, notamment dans les grands ensembles, ou bien essaient de saisir l'ouvrier dans sa vie quotidienne à l'usine.

Bref, il y a une certaine prédilection pour l'étude de la classe ouvrière au sein de la société capitaliste, et cette étude se fera par une technique qui est l'enquête, mais avec une modalité que l'on a, parfois, appelée "l'enquête participante", où le chercheur se mêle au milieu qu'il veut observer ; le sociologue se fera ouvrier d'usine pour aller étudier sur place, du dedans, la vie quotidienne de l'ouvrier à l'usine, ou bien il ira vivre dans un grand ensemble. C'est ce que l'on appelle "l'enquête participante", et, parfois, certains parlent même d'"enquête sympathique".

Cela nous montre que, systématiquement, on entend sortir de la règle d'objectivité, de neutralité, qui était chère à Durkheim. Il ne faut pas nier que, dans beaucoup de ces enquêtes, en effet, l'enquêteur se défend mal d'un préjugé favorable au milieu enquêté comparé au milieu bourgeois. Il y a, à la base de beaucoup de ces recherches, une position de principe qui regarde le milieu ouvrier, en société capitaliste, comme étant en avance sur l'ensemble de la société. Ainsi, dans le plan des recherches intéressantes le droit familial, la famille ouvrière sera présentée comme préfigurant ce que sera la famille en général dans la société de demain ?

Un certain nombre de chercheurs, qui travaillent sur la famille en tant qu'institution de moeurs et institution juridique, soutiennent que, dans les structures et les fonctions de la famille ouvrière d'aujourd'hui, nous trouvons une image de ce que sera, en général, la famille dans un certain nombre de décennies.

Il y a là, par conséquent, une position de principe qui, certainement, se ressent de certains aspects de la sociologie juridique marxiste.

En face de cette sociologie, que l'on pourrait, pour employer l'expression courante de notre vocabulaire politique, qualifier de "sociologie de gauche", est-ce que, approximativement, l'autre bord se trouve représenté dans les doctrines de sociologie juridique ? ...

Il existe une sociologie conservatrice nettement caractérisée dans les doctrines françaises. C'est une sociologie qui est juridique car elle est tournée vers des applications à la législation et même à la législation civile des successions, c'est la sociologie de Frédéric Le Play, au siècle dernier, cf un article, d'ailleurs fort critique, de Mme Andrée Michel, aux "Cahiers Internationaux de sociologie", 1963, page 47, sous le titre "Les cadres sociaux de la doctrine morale de Frédéric Le Play".

L'exemple est, cependant, assez particulier et, notamment, assez particulier à la France.

Est-ce que, dans la Sociologie juridique américaine, - qui est probablement, la sociologie juridique la plus puissante, à l'heure actuelle, la plus riche en moyens, en personnel et aussi en matériel et en finances - est-ce que, dans cette sociologie juridique américaine, on peut découvrir des tendances politiques ? ... Bien entendu, les juristes et, éventuellement, les sociologues

des pays socialistes n'ont pas eu de peine à caractériser la sociologie juridique américaine comme une sociologie burgeoise, conservatrice et réalisatrice. Les sociologues américains s'en défendent vivement ; néanmoins, même dans les milieux occidentaux, les applications conservatrices des nouvelles méthodes de sociologie, qui sont en honneur outre Atlantique, ont été relevées et ce, déjà depuis plusieurs années.

L'article de base, en France, à cet égard, est un article de M. Michel Crozier, qui a paru dans la Revue "Les Temps Modernes", en 1951, page 44 - 175.

A la vérité, cette critique adressée aux nouvelles orientations méthodologiques de la sociologie américaine, - concerne plus encore peut-être la sociologie politique américaine que la sociologie juridique proprement dite. Cela n'a rien de surprenant, d'ailleurs. Dans la sociologie américaine, la sociologie politique, la sociologie du droit public et, plus spécialement peut-être, du droit constitutionnel, est beaucoup plus visible que la sociologie du droit privé et, spécialement, du droit civil.

Cependant, en généralisant, on pourrait reconnaître, avec ce que disait M. Crozier que les nouvelles méthodes de la sociologie peuvent conduire assez facilement les sociologues à un certain conformisme . Comment cela ?... Ne serait-ce que par la profession d'objectivité que les sociologues affichent, par leur profession de neutralité à l'égard de toute considération de valeurs. Si, en effet, on renonce à tout classement de valeurs, assez souvent cela tourne au profit des valeurs déjà prédominantes. Renoncer à critiquer les valeurs, à classer les valeurs, c'est, assez souvent, accepter, à titre provisoire sans doute, (mais elles n'en demandent pas davantage), les valeurs qui sont prédominantes dans la société.

On a pu, de ce point de vue, faire observer que la sociologie durkheimienne, en France même, avec son parti-pris, sa volonté d'objectivité, qui est la règle de base de la méthode de sociologie durkheimienne, avait abouti à renforcer la morale existante au début du siècle, ce que l'on a appelé, parfois, la morale républicaine (de la IIIe République).

De même, il n'est peut-être pas inexact d'avancer que la Sociologie américaine contemporaine, avec son parti-pris d'objectivité, arrive à renforcer ces tendan-

ces générales que l'on pourrait englober sous le nom d'"américanisme", non pas, nécessairement, les règles du droit américain juridique, mais un certain style de vie américain, style de vie qui se répand, qui concerne diverses institutions juridiques, par exemple le style de vie en matière familiale.

Peut-être, du reste, faudrait-il creuser davantage celle des critiques qui a été adressée, à partir de M. Crozier, par beaucoup de sociologues européens et, notamment, français, à la sociologie américaine ; peut-être faudrait-il essayer d'approfondir ce que valorisent, ce que renforcent, ce que consolident les nouvelles méthodes américaines. Ce n'est peut-être pas tellement la couche profonde et durable des traditions américaines ; ce sont peut-être davantage encore les courants de la mode intellectuelle aux Etats-Unis, notamment de la mode en matière d'éducation, en matière de style de vie familiale.

C/ Les diversités méthodologiques.

La première et la plus importante de ces diversités résulte de l'opposition entre la sociologie théorique et la sociologie empirique. C'est une opposition qui se marque en sociologie générale et qui se transpose en sociologie juridique.

L'opposition entre sociologie théorique et sociologie empirique, correspond à deux expressions consacrées. Il faut souligner que l'expression "sociologie empirique" est un peu captieuse, car "empirisme", dans un certain sens du terme, en français, cela pourrait sembler faire allusion à une sociologie préscientifique. On oppose, parfois, l'empirisme à la science. Or, ce n'est pas du tout cela dont il s'agit ; ce que l'on appelle la "sociologie empirique", autant qu'une autre et même plus qu'aucune autre, est une sociologie scientifique. "Empirique", ici, voudrait dire plutôt "expérimental", au sens où Claude Bernard avait parlé de la Médecine expérimentale (médecine fondée sur l'observation et l'expérience). La Sociologie empirique prétend être fondée sur l'observation et l'expérience, être fondée sur les faits et n'être pas simplement le produit de théories purement intellectuelles. Elle entend, par conséquent, avoir un caractère hautement scientifique. Mais, il est préférable de conserver les expressions consacrées.

Qu'est-ce qu'une sociologie empirique par opposition à une sociologie théorique ? ... A la vérité, il

n'y a pas de technique particulière de la sociologie générale, par transposition au juridique, que l'on puisse, d'avance, marquer comme théorique ou comme empirique, mais dans le classement des différentes techniques dont se sert la sociologie, on peut caractériser certaines de ces techniques comme étant plus théoriques et d'autres plus empiriques. Il y a une sorte de dégradé entre les différentes techniques utilisables en sociologie générale ou en sociologie juridique et certaines de ces techniques paraissent aux sociologues d'aujourd'hui plus empiriques ou plus scientifiques que d'autres.

Ce qui est le moins empirique (le moins scientifique), c'est une réflexion dont s'est longtemps contentée la sociologie, une réflexion quasi philosophique à partir d'observations personnelles. Pendant longtemps et, notamment, dans toute cette période dite "sociologie spontanée", on n'a pas fait autrement de la sociologie. Le chercheur, l'auteur, réfléchissait à tel ou tel problème de la sociologie générale ou juridique et il nourrissait ses réflexions à partir d'observations qu'il avait lui-même recueillies dans son expérience personnelle, avec le coefficient de subjectivité et de déformation que cela pouvait comporter. Il pouvait consulter des ouvrages, il pouvait joindre une sorte d'observation de bibliothèque, de cabinet, à cette réflexion purement personnelle et subjective, mais, la réflexion, la technique de réflexion demeure, à ce stade, tout à fait théorique.

Puis, il y a : la méthode historico-comparative. Sans doute, avec la méthode historico-comparative, le chercheur fait-il appel à des observations qui ne sont plus ses observations purement personnelles, il sort de lui-même, il essaie d'atteindre à une recherche objective. Néanmoins, la méthode historico-comparative, est une technique de cabinet, de bibliothèque. Le chercheur ne sort pas d'un certain stade de recherches purement livresques. A cet égard, on peut dire que cette technique est encore une technique assez théorique. On marche vers l'empirisme, mais ce n'est pas encore l'empirisme tel que les sociologues contemporains le voient aujourd'hui.

La statistique apparaît ensuite, et la statistique introduit un élément d'empirisme très net dans la recherche de sociologie, en introduisant l'aspect quantitatif des phénomènes, l'observation de masse. Dans la mesure où la technique statistique a été utilisée par les sociologues en sociologie générale, puis en sociologie

juridique, il y a eu une marche vers l'empirisme.

L'évolution dans les méthodes se manifeste par une progression vers l'empirisme qui est une affaire de degré plutôt qu'une différence de nature tranchée. Quand on parle de "méthode empirique", à l'heure actuelle, on pense surtout à l'enquête, à l'enquête in vivo, à l'enquête en milieu vivant, au sens le plus large du terme. Le chercheur, soit par lui-même, soit par une équipe qu'il dirigera, va sur le terrain,

A la vérité, ce concept d'enquête in vivo est lui-même assez large et on peut, à l'intérieur, discerner des différences, des catégories où il peut y avoir plus ou moins d'empirisme et, réciproquement, moins ou plus de théorie.

Ainsi, on distinguera l'enquête monographique et l'enquête extensive. Dans l'enquête monographique, on étudiera un échantillon ou, à la rigueur, quelques échantillons du phénomène. Dans l'enquête extensive, on s'efforcera d'atteindre, de saisir une série très étendue de phénomènes, par voie de sondage, avec le postulat philosophique que ces observations faites sur un échantillon auront une valeur générale. C'est, en quelque manière, de la statistique abrégée.

Entre les deux variétés de la technique de l'enquête, il est évident que l'empirisme se satisfait davantage de l'enquête extensive que de l'enquête monographique. L'enquête monographique est plus ancienne ; Frédéric Le Play - pratiquait la monographie en sociologie juridique.

Le sondage, est plus nouveau et dépasse la monographie. Il faut, à la base du sondage, un calcul de probabilités ; c'est une observation de masse. Il est certain que les sociologues d'aujourd'hui attribuent une valeur plus empirique, partant plus scientifique, à la méthode de sondages qu'à la méthode des monographies.

On peut faire une autre distinction suivant que l'enquête a lieu dans la société du chercheur lui-même ou dans une société qui lui est étrangère et, notamment, dans une société qui est archaïque. Il y a, en d'autres termes, l'enquête sociologique et l'enquête ethnologique.

Pour beaucoup, l'enquête ethnologique représente quelque chose de plus empirique parce qu'on va plus loin on voyage davantage que dans l'enquête sociologique, où

les choses se passent dans la société même où vit le chercheur.

On peut distinguer - mais, déjà c'est une autre sorte d'enquête qui va apparaître - entre l'enquête proprement sociologique et l'enquête psycho-sociologique, qui peut même être une enquête purement psychologique, psycho-pathologique, psychiatrique, analytique. On entre alors dans un autre domaine qui est celui de la clinique, mais cet aspect de la méthode de l'enquête est un aspect également empirique.

Que le sociologue s'adonnant à la sociologie juridique fasse, en quelque sorte, de la clinique psychiatrique, cela paraît au chercheur d'aujourd'hui entrer dans le concept de recherche empirique par opposition à la recherche théorique. S'il fallait résumer ces diverses tendances de la sociologie empirique, on pourrait dire que cette sociologie se caractérise par la prééminence qu'elle accorde aux faits, à la recherche des faits et, bien souvent, pour stigmatiser d'un mot ces tendances méthodologiques de la sociologie contemporaine, spécialement outre Atlantique, on dit que c'est une sociologie du factualisme, une sociologie qui s'attache aux faits, aux faits seulement.

A la vérité, sous peine de n'être pas scientifique, aucune sociologie ne peut se passer des faits, mais la sociologie empirique met les faits au premier plan, et c'est là que la critique peut commencer à percer : la sociologie empirique ne se préoccupe pas toujours de donner une intelligibilité aux faits, de les mettre en ordre.

La sociologie théorique considère que les faits ne peuvent pas être utilisés à l'état pur. Pour les tenants de la sociologie théorique, le fait social n'est pas un fait brut que l'on puisse dénombrer et collectionner comme une série d'objet ; on est trompé par ce concept de faits, quand il s'agit des faits sociaux, qui ne sont pas identiques aux faits physico-chimiques par exemple. Le fait social est un découpage dans une réalité extrêmement complexe ; il implique donc un choix et des critères de choix. Ce n'est que la théorie sociologique qui peut donner ces critères de choix pensent les tenants de la sociologie théorique.

La sociologie théorique avait longtemps prédominé, par la force des choses ; on a commencé par là, c'était plus facile. Les premiers sociologues, - même dans la sociologie méthodique, - tout en s'appuyant sur certains

faits, pratiquaient les méthodes qui étaient les moins empiriques, notamment la méthode historico-comparative.

L'empirisme est venu progressivement, d'abord par la statistique, par l'ethnologie et, enfin, par l'enquête.

Aux Etats-Unis, entre les deux guerres, la sociologie empirique, d'abord dans le plan de la sociologie générale, puis, subsidiairement, dans le plan de la sociologie juridique, s'est constituée. C'est entre les deux guerres mondiales qu'il faut situer l'essor de la sociologie empirique aux Etats-Unis. Le succès fut foudroyant ; l'engouement pour les méthodes empiriques a été très fort et ces tendances méthodologiques, à la fin de cette période, se sont répandues en Europe, spécialement en France.

Il faut noter qu'il y a eu des réactions, - même aux Etats-Unis - et, à cet égard, on cite toujours à cet endroit, l'ouvrage d'un sociologue américain, Sorokin, "Tendances et déboires de la Sociologie américaine" (traduction française, 1959). Sorokin s'est élevé avec une grande vivacité contre les tendances empiriques dans la sociologie américaine, (Dans le même esprit d'hostilité aux excès de la méthode empirique, citons un ouvrage de Mills en langue anglaise "L'imagination sociologique", qui est de 1959. Mills souhaite que les sociologues fassent preuve de plus d'imagination et qu'ils s'évadent, de la servitude du "factualisme", de la servitude des faits. Voilà donc encore une voix qui s'élève consciemment contre les tendances ou l'excès des tendances empiriques d'actualisme dans la sociologie américaine.

La vérité consiste, néanmoins, à dire que ce sont des voix assez isolées et que, dans la pratique, il ne semble pas que la sociologie empirique ait, en effet, les ailes coupées. Si nous examinons périodiquement le tableau de l'activité des sociologues américains, dans les plans, qui peuvent nous intéresser, comme le plan de la famille, par exemple, nous constatons que c'est toujours la méthode empirique qui continue à être en honneur.

En France, l'engouement pour les méthodes empiriques est moindre, ne serait-ce que parce que les moyens matériel de pratiquer les méthodes empiriques sont plus restreints.

Il y a eu également des adversaires assez déci-

dés des méthodes empiriques, notamment M. Gurvitch qui s'est beaucoup élevé contre leur excès à tout le moins, et a revendiqué les droits de la sociologie théorique. Il a préfacé la traduction française de l'ouvrage de Sir Ockin.

Néanmoins, il faut bien constater qu'en France aussi l'engouement va aux méthodes de la sociologie empirique. Examinons une seconde différence méthodologique, qui, du reste, n'est pas sans points de contact avec la précédente sans qu'il y ait coïncidence exacte.

Nous avons déjà fait allusion à la distinction entre la sociologie juridique et la psycho-sociologie juridique ; plus largement, la distinction entre la sociologie et la psychologie sociale. On peut, dans la méthode, aborder les phénomènes par leur face purement objective ou par leur face psychologique ; on peut, méthodologiquement, mettre plus ou moins de psychologie dans les recherches de sociologie et, notamment, dans les recherches de sociologie juridique. Cela peut faire deux sociologies juridiques très différentes dans la pratique.

On peut, pour prendre un exemple, mener une étude sur le divorce - ce sera, a priori, une étude de sociologie juridique - en opérant sur la statistique des divorces, en prenant le divorce comme un phénomène purement sociologique, purement objectif dans ses caractères sociologiques. Ou, au contraire, on peut mener cette étude en procédant à des enquêtes par interview sur les motivations qui ont pu conduire les conjoints au divorce ; on peut se livrer à une étude clinique des couples qui ont divorcé ou des couples qui sont en mal de divorce. Bref, on peut prendre le problème méthodologiquement, par ses côtés psychologiques. Ce sera, par conséquent, une étude que l'on pourra caractériser comme étude socio-juridique, mais elle aura une couleur plus psychologique. Cela peut faire des sociologies juridiques assez différentes dans les faits.

Or, la sociologie américaine - dont nous venons de relever déjà certaines tendances sur le plan sociologique - dans son ensemble, qu'il s'agisse de sociologie générale, ou de sociologie juridique, paraît se caractériser par la prédominance de la psychologie sociale, par le psychologisme (c'est l'expression consacrée). Il n'est pas douteux que les sociologues américains s'intéressent beaucoup à la psychologie des phénomènes qu'ils étudient. Il y a une très forte influence des écoles psychologiques américaines sur les recherches de sociologie et, notamment, sur les recherches de sociologie juridique.

Citons quelques unes de ces écoles psychologiques d'origine américaine et dont l'influence s'est fait sentir en Europe aussi, notamment la psychologie dite du comportement ("le behaviourisme"), la psychanalyse de Freud. Freud, était européen, mais son influence pratique a pénétré en Amérique d'une manière plus considérable que chez nous. Il est notoire que beaucoup d'études de sociologie juridique, - que l'on peut dire "juridique" - américaine, notamment dans le secteur de la famille, ont été influencées par les recherches de Freud et de son école.

Il faut également citer ici, dans la descendance intellectuelle de Freud, Moreno et son école dite "de la Sociométrie". La loi socio-génétique de Moreno a eu un grand retentissement. Or, il y a des implications de sociologie juridique dans les études de la sociométrie.

En bref, et sans entrer dans les détails, ce qui pourrait nous entraîner fort loin, la sociologie juridique américaine est fortement teintée de psychologie. Ce psychologisme, disent les critiques, a des inconvénients ; il peut masquer les variables historico-psychologiques de tel phénomène. Dans cette sociologie juridique et très psychologique, la réalité sociale risque de se dissoudre en un assemblage d'individus dispersés ; il y a beaucoup plus dans cette optique de relations entre les individus, de relations interpersonnelles, interindividuelles, que des phénomènes proprement sociaux.

Notez que le psychologisme de la sociologie juridique américaine aurait pu avoir un intérêt particulier aux yeux des juristes s'il s'était appliqué au rôle de la volonté dans les phénomènes juridiques ainsi étudiés, car les juristes sont portés à croire et à rappeler aux sociologues qui, peut-être, sont portés à l'oublier, le rôle que la volonté, malgré ses infirmités, joue dans la vie juridique et, par là même, dans la vie sociale.

On aurait attendu que la sociologie américaine, dans la mesure où elle est psychologique, s'attache beaucoup au mécanisme de la volonté dans le droit ; mais, à la vérité, les phénomènes psychologiques qu'elle a étudiés ne se situent pas, généralement, dans l'ordre de la volonté ; les études de cette sociologie psychologique sont plutôt orientées vers la recherche des causalités qui pèsent sur la volonté, vers la recherche des mécanismes affectifs ; c'est plutôt la vie affective que la vie active, c'est plutôt le sentiment que la volonté qui a été étudié par cette psychologie. Leur évolution elle-même, dans cette

originalité que le droit leur attribue, n'a pas été tellement étudiée par cette sociologie psychologique.

Une troisième diversité, est à signaler, elle n'est pas sans contact non plus avec les deux précédentes parce que, toujours, nous allons retrouver les tendances des modes américaines en face d'une attitude parfois plus réservée, - certains diraient : d'une attitude plus en retard - de la sociologie européenne, de la sociologie française.

La troisième diversité oppose deux termes consacrés : la macrosociologie et la microsociologie, (des expressions de ce genre ont été utilisées par les économistes.)

Dans la macrosociologie, on étudie les phénomènes sociologiques dans la société globale, c'est-à-dire dans le groupement maximum où les hommes sont impliqués (pour parler en termes juridiques il s'agit de l'Etat).

En face, il y a la microsociologie, qui s'attache à l'étude des groupements particuliers. L'homme fait partie, sans doute, de la société globale, mais il est également pris dans une série de groupements particuliers : la famille, la communauté de voisinage, les groupes de jeu, les groupes de loisirs, etc... Il y a là, ainsi, place pour une sociologie des groupements particuliers et, même, pour une sociologie de ce que l'on a appelé "les petits groupes", petits groupes que l'on pourra constituer, plus ou moins artificiellement, pour l'expérimentation.

C'est là cette opposition entre macrosociologie et microsociologie et sa transposition visible, facile, en sociologie juridique.

Dans la première perspective, on étudiera le système juridique de la société globale, de la société de droit étatique. Sur le second terrain, on s'intéressera aux phénomènes de droit qui se produisent à l'intérieur des groupements particuliers. On étudiera, par exemple, des phénomènes comme la coutume ouvrière (ce dernier a fait l'objet, en France, au début de ce siècle d'une étude de Maxime Leroy.) Il faut entendre par là un phénomène de coutume non reconnue par l'Etat, qui se déroule à l'intérieur d'un atelier, à l'intérieur d'une ville ou même à l'intérieur de la classe ouvrière envisagée globalement (mais, un phénomène qui se produit dans un groupement particulier, si étendu qu'il soit, est particulier par rapport

à la société globale, au système juridique étatique).

Or, c'est un fait que la sociologie américaine s'intéresse beaucoup aux petits groupes et aux groupements particuliers. La microsociologie est pratiquée avec prédilection par les sociologues américains de notre époque ; ils ne négligent pas complètement la société globale, mais ils s'intéressent beaucoup aux petits groupes et certains disent que l'explication s'en trouve dans certains traits des moeurs américaines. Les associations, les clubs, les églises jouent un rôle particulièrement actif dans la vie américaine ; de là cette curiosité des sociologues américains pour ces phénomènes dits "de petits groupes" ou de groupements particuliers.

Quoique très éloigné, sur d'autres terrains, des tendances empiriques, M. Gurvitch, par sa théorie du pluralisme juridique, a mis en honneur l'étude des groupements particuliers ; il a développé une théorie, que l'on appelle "le pluralisme juridique", d'après laquelle il n'y a pas, dans un territoire donné, un foyer unique de droit qui serait l'Etat, mais une pluralité de foyers possibles de production du droit. Dans ces foyers secondaires, nous trouvons les groupements particuliers : les syndicats, les associations, les églises... Tous ces groupements particuliers peuvent produire du droit, peuvent produire des phénomènes juridiques.

Dans la mesure où le pluralisme juridique a eu une influence sur la sociologie juridique française, il a entraîné à sa suite une certaine attention portée aux phénomènes juridiques dans les groupements particuliers.

Si nous faisons , très brièvement, le bilan de ces diversités méthodologiques, nous constatons que la sociologie juridique a été à peu près constamment le reflet des diversités méthodologiques de la sociologie générale ; et d'autre part, que les diversités méthodologiques sont considérables.

Il y a une phrase ancienne de Henri Poincaré sur la méthodologie générale au début de ce siècle, quand elle se constituait :

"La sociologie est la science qui a le plus de "méthode et le moins de résultats".

Il est certain que la diversité méthodologique, surtout quand elle entraîne des discussions à porte de

vue sur la méthodologie, risque de masquer une certaine impuissance de la science à aboutir à des résultats tangibles.

La sociologie juridique, cependant, ne peut pas se payer le luxe de prendre parti dans ces querelles méthodologiques, en rejetant certaines techniques ; elle est si déshéritée qu'elle doit faire appel à toutes les méthodes en se disant :

- On verra bien les résultats".

La sociologie juridique souhaite les résultats.

D/ Les diversités d'origine professionnelle.

Cette diversité s'explique par la situation particulière de la sociologie juridique : c'est là une diversité qui est propre à la sociologie juridique et qui s'explique parce que celle-ci se situe à l'articulation de la sociologie générale et du droit dogmatique. Ceux qui pratiquent la sociologie juridique peuvent venir de l'une ou de l'autre discipline, et, du même coup, il arrivera que les sociologues, qui pratiquent la sociologie juridique, auront reçu une formation, soit de sociologue, soit de juriste, suivant leur origine professionnelle antérieure. Il y a là une difficulté que certains ont dite "congénitale" de la sociologie juridique.

Les sociologues qui font de la sociologie juridique ignorent le droit et les juristes qui font de la sociologie juridique ignorent la sociologie ; ils sont malhabiles, maladroits à manier les outils sociologiques. Il y a même quelque chose de plus en France : c'est qu'ils n'ont pas les outils dits sociologiques à leur disposition.

Administrativement, avoir des moyens d'enquête sur le terrain - à savoir des moyens d'enquête relativement puissants - ne dépend pas du juriste, mais dépend des sociologues, si bien qu'il y a là une situation en quelque sorte extérieure, tenant à des origines professionnelles, à des contingences administratives, une situation qui, tout de même, pèse sur le développement de la sociologie juridique. Certains critiques disent qu'elle restera éternellement assise entre deux chaises entre la sociologie et entre le droit.

Les sociologues, de par leur formation de sociologie générale, ont une tendance à ne s'intéresser, dans la sociologie juridique, qu'aux problèmes fondamentaux,

aux problèmes de méthode, par exemple, aux problèmes de frontière entre la sociologie juridique et d'autres disciplines. Ou bien, s'ils entrent dans la matière, s'ils entrent dans le fond, s'ils abordent l'examen des institutions concrètes, ils auront une tendance à ne retenir du droit que les secteurs les moins techniques.

Cela explique que les sociologues qui ont fait de la sociologie juridique se soient plus intéressés à la sociologie criminelle qu'à la sociologie du droit civil. C'est que, pour un non juriste, que le droit pénal est quelque chose de plus parlant, étant moins technique, étant plus à la portée de l'homme de la rue, que la sociologie du droit privé.

Dans le droit civil lui même, il est très perceptible que les sociologues qui font de la sociologie juridique s'intéressent plus volontiers à la sociologie de la famille qu'à celles des obligations. Pourquoi cela ? ... Parce que la famille est une institution qui est juridique, sans doute, par certains aspects, qui relève de la sociologie générale, par beaucoup d'autres étant une institution avec laquelle chacun est en contact quotidien, en contact facile, non technique. Tandis que le droit des obligations nous fait pénétrer dans une sphère de très grande technicité, où une formation de juriste est indispensable pour se prémunir contre certains malentendus.

Mais, à l'inverse, il est visible que les juristes manifestent entre les diverses méthodes possibles de la sociologie juridique une préférence pour les méthodes qui se rapprochent le plus des techniques de bibliothèque auxquelles ils sont habitués. La sociologie juridique que pratiqueront le plus facilement les juristes sera une sociologie par étude de dossiers, par analyse sociologique de jurisprudence, par enquêtes auprès d'hommes de loi, auprès de juristes qui parlent le même langage que le chercheur (notaires, avoués etc...) tout au plus par une utilisation de statistiques descriptives, sans entrer dans l'analyse statistique. Et, surtout, ils pratiqueront la méthode historico-comparative qui leur est familière, dans la mesure où elle évoque pour eux l'histoire du droit et le droit comparé.

Ils n'aimeront pas, au contraire, les enquêtes sur le terrain ; ils auront même tendance à décrier l'enquête sur le terrain, l'enquête menée en milieu non technique, en milieu populaire.

Or, quelque jugement que, d'un point de vue théorique, on puisse porter sur ce point, à l'heure actuelle ce sont les techniques d'enquête sur le terrain qui semblent représenter, aux yeux de tout le monde, la forme la plus scientifique de la recherche sociologique.

Si bien que les juristes, dans la mesure où ils opèrent de la recherche sur le terrain, semblent se couper des courants proprement scientifiques en sociologie.

C'est là une difficulté congénitale, en quelque sorte, de la sociologie juridique et qui vient de cette diversité de formation que, en l'état, nous sommes obligés de constater ; on peut imaginer, évidemment qu'un jour viendra où il y aura des chercheurs ayant la double formation. On peut l'imaginer, mais il faut bien se dire que ce ne sera pas très facile car il ne suffit pas, d'avoir une connaissance purement descriptive des institutions juridiques pour les comprendre. Nous savons bien que le droit est une chose extrêmement complexe, qu'on ne peut pas se borner, en présence d'une difficulté juridique, à un examen rapide des textes de loi ou de résumés jurisprudentiels que peuvent donner les manuels élémentaires ; la moindre question de droit que l'on approfondit apparaît comme un abîme où l'on peut passer fort longtemps. C'est là une difficulté quantitativement mesurable, le temps qu'il faut pour approfondir une question juridique ; c'est là une difficulté qui s'élève devant cette idée d'une double formation des chercheurs, formation de juriste et de sociologue.

En tout cas, en l'état actuel des choses, les deux origines professionnelles de ceux qui se sont adonnés à la sociologie juridique sont faciles à reconnaître dans l'histoire. Pour s'en tenir à notre pays et pour s'en tenir à des auteurs qui ont disparu, nous pouvons constater ce double courant professionnel, parmi ceux qui font partie des doctrines de sociologie juridique.

Il y en a eu une série, dans la première moitié de ce siècle, qui venaient des Facultés des Lettres, qui étaient des sociologues de sociologie générale : Durkheim, Lucien Lévy-Bruhl, Marcel Mauss, Fauconnet, auteur d'une thèse sur "La responsabilité"). Ils sont venus au droit par la sociologie générale, et cela se marque, ne serait-ce que ça et là, par certaines erreurs juridiques qu'un juriste peut relever.

Et puis, en face, se situent des sociologues du

droit, qui sont venus des facultés de droit : Duguit, Maurice Hauriou. C'étaient des publicistes ; ils ont fait de la sociologie juridique. Il faut entendre par là qu'ils ont eu des tendances sociologiques, ils ont eu le sens d'une évolution dans le droit. Leur sociologie juridique, - comme, souvent, la sociologie juridique des juristes - se réduit peut-être poser une hypothèse transformiste, à poser la mobilité du droit ; il n'y a pas de droit naturel, pas de valeur absolument immuable, le droit est quelque chose d'essentiellement mobile.

Et puis, il y en a quelques-uns qui venaient des Facultés de droit, mais qui étaient des historiens du droit et, étant historiens, ils ont peut-être été plus empiriques, plus proches des faits : Huvelin, par exemple, qui a étudié le rôle de la magie dans le droit des sociétés primitives, Jobbé-Duval, un économiste : René Maunier, qui était spécialiste de l'économie coloniale et, par là même, il a été entraîné à étudier certains phénomènes sociologiques résultant de la rencontre entre les droits européens et les droits autochtones dans les ex-colonies.

Voilà une série de sociologues qui sont venus des Facultés de Droit, et cela se marque en ce qu'ils restent très théoriciens, ils pratiquent assez peu l'enquête, ils n'ont, pour ainsi dire, pas enquêté eux-mêmes ; ils ont utilisé certaines informations qu'ils recueillaient par des recherches de bibliothèque, mais ils restent très largement des théoriciens.

Duguit et Maurice Hauriou sont plutôt des philologues du droit, disons le mot franchement, que de véritables sociologues.

On pourrait citer comme ayant, dans une certaine mesure, accompli la synthèse, Gabriel de Tarde connu comme ayant été le psychologue de l'imitation. C'est lui qui a émis l'hypothèse que le phénomène de l'imitation était un phénomène du développement des sociétés, - ce qui est, du reste, contesté et contestable.

Gabriel de Tarde s'est intéressé à la sociologie juridique et il a eu la double formation, dans une certaine mesure, en ce sens qu'il était magistrat de carrière. mais il exerça longtemps les fonctions de Directeur de la Statistique au Ministère de la Justice, de sorte qu'il avait une culture de statisticien.

Cette culture de statisticien de Tarde ne satis-

ferait certainement pas les théoriciens de la statistique moderne, mais, pour l'époque, il a représenté certainement un niveau vraiment scientifique dans la recherche statistique. Il a appliqué cette culture statistique aux phénomènes juridiques, notamment aux phénomènes du droit pénal et, dans cette mesure, on peut dire qu'il a réalisé en lui la synthèse des deux formations ; mais à la vérité, la diversité des origines professionnelles pèsent sur la sociologie juridique.

On peut en citer de nombreux exemples ; en ce qui concerne par exemple, la sociologie de la famille, nous pouvons par la lecture de deux sortes de livres, voir très nettement, très rapidement, la différence de tempérament qui sépare la sociologie juridique, - cette sociologie juridique que l'on peut croire unique, selon qu'elle est pratiquée par des juristes ou par des sociologues, selon qu'elle vient des Facultés de Droit ou qu'elle vient des Facultés de Lettres, ou du Centre national de la recherche scientifique.

M. René Savatier, dans son ouvrage "Métamorphose Economique et Sociale du droit privé d'aujourd'hui", a consacré (Tome II, 1959, pages 128 et suivantes) un chapitre aux rapports du droit et de la sociologie dans le domaine de la famille. C'est, par conséquent, une étude qui peut être une étude sociologique, mais une étude sociologique faite par un juriste.

Au contraire, cette matière de la famille a, parallèlement, été étudiée par des sociologues de sociologie générale. Exemples : Mme Andrée Michel, dans sa thèse de Lettres, "Famille, Industrialisation, Logement" (1959) ; M. Chombart de Lauwe, dans l'ouvrage: "La femme dans la société" (1963) ; un article de Mme Andrée Michel sur "Les aspects sociologiques et la notion de famille dans la législation française", "L'Année Sociologique", 1960, pages 79 et suivantes.

Il n'y a pas une méthode qui est bonne et l'autre qui ne l'est pas ; il s'agit simplement de se rendre compte de la diversité que les origines professionnelles amènent dans la manière d'aborder un même problème. Il suffit de lire, par exemple, l'article du Doyen Savatier et l'article de Mme Andrée Michel sur le même sujet, de dimensions assez réduites l'un et l'autre, pour se rendre compte que, bien que l'on veuille parler le même langage, en réalité on ne le parle pas. Il faut prendre conscience de cette diversité.

PARTIE GENERALE

Le cours de sociologie juridique comportera une partie générale et une partie spéciale, la partie spéciale se définissant, par opposition à la partie générale, comme l'étude sociologique d'une institution concrète du droit positif.

En l'occurrence, cette année, l'institution que nous étudierons dans la partie spéciale, c'est l'institution des successions. La partie spéciale sera consacrée à la sociologie du droit ; la partie générale, par opposition, sera consacrée à l'étude de certaines notions fondamentales qui se situent en dehors de telle ou telle institution concrète du droit civil.

La réflexion portera sur deux notions, très générales, droit objectif et droit subjectif.

Auparavant, interrogeons nous, non pas sur ce qu'est le droit, -problème insondable et qui relève de la philosophie plutôt que de la sociologie, mais, et c'est très différent, sur ce qu'est la juridicité - expression consacrée. La juridicité, c'est le caractère juridique, entendez le caractère qui fait que certains phénomènes sociaux sont sortis des phénomènes juridiques. Les phénomènes juridiques sont des phénomènes sociaux, mais quel est le signal critique qui nous permet de dire qu'un phénomène social est un phénomène juridique ? ... Ce signal critique a nom "juridicité". Encore convient-il de définir, dans cette partie générale, trois sections, savoir : la juridicité, le droit primitif, le droit subjectif et le droit objectif.

SECTION I. - La juridicité.

Tous les phénomènes sociaux ne sont pas des phénomènes juridiques, à savoir tous les phénomènes sociaux ne sont pas des phénomènes de droit, des phénomènes constitutifs de droit, créateurs de droit, ni, non plus, des phénomènes déterminés par le droit. Car peut-être est-ce la définition provisoire que l'on pourrait donner du phénomène juridique, à supposer résolu le problème de la juridicité. Le phénomène juridique est, soit un phénomène qui crée du droit, soit un phénomène qui est déterminé par le droit. Tous les phénomènes sociaux ne sont pas des phénomènes juridiques entendus en ce sens. A plus forte raison, tous les phénomènes de relations entre les hommes, tous les phénomènes interindividuels, interpersonnels, pour employer les expressions d'une

psychologie américaine, ne sont pas des phénomènes juridiques ; tout l'humain n'est pas juridique, à supposer qu'il puisse y avoir un humain qui ne soit pas social et, en tout cas, tout le social n'est pas juridique.

La distinction entre le juridique et le social non juridique est la distinction que nous cherchons à faire ici. Cette distinction correspond, du reste, dans le champ de la science, à la distinction même de la sociologie juridique et de la sociologie générale. La sociologie juridique traite des phénomènes juridiques, la sociologie générale traite des phénomènes sociaux qui ne sont pas des phénomènes juridiques, traite le social non juridique.

La délimitation des deux disciplines, sociologie juridique et sociologie générale, pour revenir un instant en arrière, passe par la notion de juridicité, de là une importance supplémentaire de cette notion.

Le paragraphe Ier pose le problème de la juridicité ; le second recherche le critère de la juridicité.

Ier - Le problème de la juridicité.

On n'a pas attendu notre époque pour prendre conscience de la distinction entre le juridique et le social qui ne l'est pas. Chez les juristes dogmatiques, c'est une idée très classique que le droit n'est pas tout et qu'à côté du droit, au-dessus du droit, au-dessous du droit - cela dépend - il y a les folkways, les mores, il y a les moeurs ou il y a la morale. Par exemple, dans le droit de la famille, il a été maintes fois répété par les juristes que le droit serait impuissant sans les moeurs. Il n'est pas de juriste qui n'ait reconnu que la famille n'est pas seulement une institution de droit, qu'elle est aussi une institution de moeurs, que les moeurs y jouent le plus grand rôle. - quitte à discuter, entre juristes, sur les rapports que peuvent avoir entre eux ces deux ordres de phénomènes, les phénomènes de droit et les phénomènes de moeurs ; également, quitte à discuter sur les mécanismes juridiques qui peuvent servir de pont de l'un à l'autre ordre de phénomènes, car il y a, familières aux juristes, des notions qui nous apparaissent comme des passages du monde des moeurs au monde du droit, par exemple la notion d'obligation naturelle, passage de l'obligation de conscience, au moins suivant une certaine conception, de l'obligation morale à l'obligation juridique ; ou encore, dans un ordre plus limité, sur un plan plus limité, la notion de présent, un présent qui est rendu

obligatoire par les moeurs et qui ne sera pas considéré, à ce titre, comme étant gratuit, comme étant une véritable donation. C'est une notion qui est à l'articulation des moeurs et du droit.

Les juristes ont tendance à identifier le droit objectif avec la règle de droit. Le droit objectif, pour eux, c'est l'ensemble des règles de droit : la distinction entre le juridique et le reste est, généralement, envisagée par les juristes en terme de règle. C'est par rapport à la notion de règle de droit que l'on va, chez les juristes, faire couramment l'opposition entre le droit, la morale et les moeurs.

D'autre part, pour employer les expressions les plus simples, il y a des règles de conduite sociale qui sont des règles de droit et il y a des règles de conduite sociale qui ne sont pas des règles de droit, qui sont des règles de moeurs ou de morale.

Relevons pour illustrer cette position courante et juridique, une formule de Ihering dans son ouvrage "Le but dans le droit". La traduction française, de l'ouvrage porte un titre captieux, "L'évolution dans le droit", mais le titre primitif, c'est "Le but dans le droit" et, dans cet ouvrage, Ihering s'exprime ainsi :

"Les statuts sociaux, sanctionnés par la contrainte publique..."

Cela, c'est le problème du critère.

"... constituent, seuls, le droit."

Donc, il y a autre chose qui ne fait pas partie du droit.

Ainsi du côté du juriste, la reconnaissance d'autre chose que le droit, la reconnaissance du social non juridique ne fait pas, pratiquement, question.

La sociologie, dès ses débuts, devait reprendre à son compte la distinction que faisaient les juristes. Il est, cependant, remarquable que la distinction, chez les premiers sociologues du siècle, est restée assez sommaire et tend à minimiser tout ce qui n'est pas le droit. On aurait attendu le contraire des non juristes, une certaine exaltation du social non juridique : au contraire, chez ces premiers sociologues - surtout chez Durkheim et son école - c'est le droit qui paraît avoir le plus d'importance dans le système des règles de conduite sociale qui enserrant l'individu.

"Les plus importantes de ces règles sociales, dit Durkheim, ce sont les règles proprement juridiques".

La Sociologie, dès ses débuts, a repris la distinction, d'ailleurs d'évidence, entre le droit et les règles de conduite sociale qui ne constituent pas du droit, entre le juridique et le social non juridique. Mais il est assez remarquable que, dans cette opposition les premiers sociologues, et surtout Durkheim, aient eu tendance à minimiser tout ce qui n'était pas le droit, à réduire l'importance du social non juridique et, réciproquement, à "privillégier", le juridique.

Témoin un passage de la thèse de Durkheim, "La division du travail social" (pages 28 et suivantes de l'édition de 1902). A cet endroit, Durkheim, exposant les grandes lignes de ce qui va être sa position sur la solidarité sociale, il s'exprime ainsi :

" Nous pouvons être certains de trouver reflétées en droit toutes les variétés essentielles de la solidarité sociale. On pourrait objecter, il est vrai, que les relations sociales peuvent se fixer sans prendre pour cela une forme juridique. Il en est dont la réglementation ne parvient pas à ce degré de consolidation et de précision ; elles ne restent pas indéterminées pour cela, mais au lieu d'être réglées par le droit, elles ne le sont que par les moeurs.

" Il y a plus, il arrive souvent que les moeurs ne sont pas d'accord avec le droit, mais cette position ne se produit que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. Normalement, les moeurs ne s'opposent pas au droit mais, au contraire, en sont la base.

" Il arrive, il est vrai, que, sur cette base, rien ne s'élève.

" Il peut y avoir des relations sociales qui ne comportent que cette réglementation diffuse qui vient des moeurs, mais c'est qu'elles manquent d'importance et de continuité.

" Si, donc, il peut se faire qu'il y ait des types de solidarité sociale que les moeurs sont seules à manifester, ils sont certainement très secondaires. Au contraire, le droit reproduit tout ceux qui sont essentiels."

Durkheim attache ainsi une grande importance au droit. Le droit lui paraît être la forme la plus

la plus rigide des règles de conduite sociale, une forme qui, par conséquent, pour le sociologue, a plus d'importance que les moeurs. On aurait peut-être attendu l'inverse de la part d'un sociologue de sociologie générale, mais Durkheim a été amené à cette idée par son exigence méthodologique de l'objectivité. Il lui a semblé que le droit offrait, à un plus haut degré que les moeurs, un caractère d'objectivité.

L'opposition des moeurs et du droit, l'opposition du social non juridique et du juridique a été reprise dans la sociologie contemporaine ; notamment, les sociologues américains ont approfondi l'analyse et le problème est apparu plus complexe qu'il n'avait semblé au prime abord.

Présentons le problème de la juridicité, d'abord sous sa forme relativement simple, en faisant abstraction de certaines complications. L'hypothèse de départ, suppose une société moderne de type occidental, de type industriel, la société française contemporaine, par exemple et un homme à l'intérieur de cette société, en face de la société globale, en laissant de côté les groupements particuliers auxquels l'homme peut appartenir.

Deux difficultés se trouvent provisoirement éliminées : la difficulté propre aux sociétés archaïques, qui vont nous poser des questions particulières en ce qui concerne la notion de juridicité, et la difficulté inhérente aux groupements particuliers.

A) L'hypothèse simple.

Partons d'exemples: Suivant l'article 194 du Code Civil, que vous connaissez bien, l'homme et la femme font la preuve qu'ils sont mariés par des extraits du Registre des mariages. Mais, dans la société française contemporaine, une preuve quotidienne que l'on est marié, c'est le port d'un anneau de métal précieux à la main gauche. Dans un cas, vous avez du juridique ; dans l'autre, du social non juridique.

Parlant comme Fantasio, essayons d'imaginer ce monsieur, là-bas, l'individu qui va au restaurant pour dîner ; ses gestes sont libres, il nous paraît le prototype de la spontanéité, de la liberté et, pourtant, ses gestes sont conformes à une série de stéréotypes sociaux, il passe entre des règles de conduite sociale dont la nature, d'ailleurs, est hétérogène : il va jeter un

coup d'oeil sur le menu qui est affiché à la porte avant d'entrer dans le restaurant ; puis, il entrera, il ira s'asseoir à une table, qui est une table de quatre ; il y a déjà un client à cette table ; notre nouveau venu va s'incliner légèrement, solliciter une permission de s'asseoir à cette table et le client déjà installé hochera la tête, ce qui semble être une permission. Il faut que les choses se passent ainsi.

Notre client nouveau venu va s'asseoir et il va commander son repas. Il prendra du potage avant de prendre un rôti ; il prendra un rôti avant de prendre le dessert, il ne lui viendrait pas à l'idée de commencer par le dessert ; les plats salés passent avant les plats sucrés, il n'est pas facile de faire autrement.

Peut-être ne prend-il pas de vin parce qu'il a, dans son subconscient une règle d'éthique qui lui fait considérer que toute ingestion d'alcool est une chose mauvaise.

Quand il aura terminé son repas, il paiera l'addition et il laissera un pourboire au garçon si le service n'est pas inclus, puis il va partir et il ne remettra son chapeau que sur le seuil de la porte. Il ne lui serait pas facile de le remettre plus tôt.

Bref, sa conduite a été canalisée par des règles de conduite sociale, mais ces règles n'ont pas toutes la même nature. L'ordre des plats, c'est un usage du pays, c'est une manière de vivre ; l'abstention de vin, c'est l'originalité de cet homme, c'est un commandement de son éthique, avons-nous supposé, une règle de morale pour lui ; les rapports avec le client déjà installé, ce sont des règles de politesse qui les gouvernent ; l'obligation de laisser un pourboire au garçon, c'est une règle de moeurs qui l'impose. Il y a très peu de droit dans tout cela, il y a tout de même du droit.

Regarder le menu et le prix, par conséquent, avant d'entrer, avant de nouer le contrat, c'est bien, tout de même, se conformer à certains modèles de conduite de portée juridique sur la formation des contrats. Et, à plus forte raison, payer l'addition, est bien imposé par le droit. Il y a donc du droit et il y a du social non juridique. Tout est mélangé dans cette conduite.

Il existe des schémas conceptuels en vue d'opérer une distinction entre ce qui est juridique et ce qui

n'est pas juridique. Il existe des sortes de grilles que l'on peut appliquer à ces conduites enchevêtrées où il y a un peu de tout, du droit et du non juridique ; des schémas, qui ont été élaborés, tantôt par les juristes, tantôt par les sociologues. Rappelons en quelques-uns :

Des schémas qui nous viennent des juristes, le plus élémentaire et le plus ancien est la distinction du droit et de la morale. Déjà, un texte de Paul. . Digeste parmi les règles de droit antique, (Digeste Livre 50, Titre 17, Fragment 144) s'exprimait ainsi :

" Non Omne quod licet honestum est "

A partir de là, il est devenu classique d'opposer le droit et la morale. On a creusé plus ou moins profondément là-dessus.

Un auteur de l'Ecole du droit naturel, l'Allemand Thomasius, au XVIII^e siècle, nous a laissé des "Fondements du droit de la nature et des gens", où il fait une distinction tripartite. (C'est là peut-être le progrès, il y a un élément de plus) une distinction entre l'éthique, la morale, qui a pour principe l'honestum, et le politique (dans un sens très particulier qui n'est pas celui qu'évoquerait aujourd'hui le mot), qui a pour principe le decorum, enfin la jurisprudence (entendez le droit) jurisprudentia, qui a pour principe le justum. Or, le terme intermédiaire, le decorum, est la bienséance, la règle de mœurs.

La distinction de Thomasius est la distinction du droit, des mœurs et de la morale, les mœurs ne se confondant pas avec la morale, l'éthique, qui a un caractère transcendantal.

Cette distinction est devenue tout à fait classique chez les juristes : voir par exemple l'ouvrage de Choukri Cardahi 3 volumes, 1951 ; (ainsi que les pages qui sont consacrées à la distinction du droit et des autres règles de conduite sociale, par MM. Marty et Raynaud, dans leur "Droit Civil", 1956, n^{os} 30 et suivants, spécialement n^o 37, pour ce qui concerne la distinction du droit et de la morale).

Voilà donc des schémas conceptuels qui nous sont familiers, dans les Facultés de Droit, pour distinguer ce qui est le juridique et ce qui est le social non juridique.

Les sociologues ont aussi imaginé des schémas

pour faciliter la distinction entre ces deux ordres de règles de conduite : le juridique et tout ce qui n'est pas le juridique. Ainsi, chez certains auteurs italiens contemporains, vous trouvez mise en valeur, la notion de "costume", c'est-à-dire non point la coutume juridique, (la coutume juridique qui, ils appelleront "Coutumidine"), mais la coutume non juridique, les moeurs, les usages sociaux, par exemple les règles qui gouvernent les salutations que l'on échange dans la vie quotidienne. Les règles de la chevalerie, au Moyen Age, les règles de la courtoisie, n'étaient pas des coutumes juridiques, mais du social non juridique.

Les sociologues Américains ont un schéma à trois étages : law, mores et folkways. Law, c'est le droit, (ce n'est pas simplement la loi, au sens que l'on donne à ce terme dans un régime de légalité, c'est le droit en général).

Mais il faut préciser la portée des deux autres termes :

"Folkways", ce sont les manières de vivre nationales, ainsi que le mot le suggère. L'expression a été employée, semble-t-il pour la première fois, au début de ce siècle, par un sociologue américain, William Sumner Graham, qui publia, en 1906, un ouvrage intitulé, précisément "Folkways", "Les manières de vivre nationales". Ainsi, l'ordre des plats, la précession des plats salés par rapport aux plats sucrés, sont des "folkways", C'est une manière de vivre.

La manière de se vêtir, - du moins, la manière générale de se vêtir, la structure la plus générale du vêtement, c'est également "folkways". ("La manière générale de se vêtir" par opposition à ce que la mode peut y ajouter.) La mode, est un phénomène qui se caractérise par sa faible durée, tandis que le "folkways" a un caractère assez durable. La mode, est un élément superficiel qui peut nuancer, qui peut varier le folkways, mais ce n'est pas le folkways.

Il n'est pas très aisé de placer les "mores" entre les deux étages du droit et des manières de vivre. les "mores", pour les sociologues américains, sont les moeurs, non la morale, au sens de l'éthique, L'exemple qu' en donnent le plus couramment peut-être les sociologues américains, est le suivant : l'obligation qui, dans les sociétés occidentales, existe, pour le séducteur, d'épouser la fille séduite, est une règle de mores.

Dans les perspectives françaises, un exemple de mores nous est fourni par la règle qui impose de pratiquer l'union sexuelle en mariage seulement. La défaveur qui entoure l'union libre dans les sociétés occidentales procède d'une règle de mores. Ce n'est pas la morale transcendante qui est ici en cause ; l'union libre peut, dans certaines hypothèses particulières, n'être pas contraire à l'éthique, c'est affaire de circonstances, et aussi de sentiments, (selon les sentiments qui ont présidé à l'union ou qui animeront l'union pendant sa durée).

C'est quelque chose de plus qu'une manière de vivre. L'interdit qui pèse sur l'union libre, n'est pas un interdit qui vient du droit, qui vient de la morale, mais un interdit qui vient des mores.

Une certaine difficulté existe pour situer cet échelon intermédiaire entre la loi et les purs et simples folkways.

Il semble que, dans les sociétés modernes, une circonstance facilite tout de même la distinction entre le juridique et le social non juridique. Par delà les schémas purement doctrinaux, il semble qu'un élément pratique va nous permettre très simplement, dans nos sociétés, de faire la distinction, à savoir l'existence des sources formelles du droit. Spécialement, dans un régime de légalité, il suffira, semble-t-il, d'interroger les textes, pour savoir si la règle de conduite dont la nature est litigieuse est une règle juridique ou non juridique. Elle est juridique si elle est donnée par une source formelle du droit.

Malgré cette facilité apparente, qui résulte, dans nos sociétés, du jeu des sources formelles du droit et, spécialement, du principe de légalité, il ne faut pas se dissimuler que la distinction de moeurs, même chez nous, reste assez flottante ; étant donnée la mobilité des sources formelles. Cette mobilité enlève toute certitude, toute permanence à la distinction. On ne peut pas dire, a priori, qu'une certaine conduite sociale sera toujours, dans notre société, du juridique ou, à l'inverse, du social non juridique ; cela peut dépendre des circonstances, cela peut dépendre d'une décision du législateur, lato sensu. La multiplication et la mobilité des textes peut modifier, à chaque instant, la distinction ; un texte nouveau pourra donner une forme juridique à des règles qui, jusqu'alors n'étaient pas juridiques, ou réciproquement.

Prenons l'exemple de Folkways, fondé sur la forme générale des vêtements. Il semble que nous soyons là sur un terrain relevant, dans nos sociétés, exclusivement des mœurs et, cependant, à différentes époques, cette matière a pu passer du social non juridique au juridique.

Au XVII^e siècle, des lois somptuaires sont venues réglementer le costume. A l'époque de la pénurie, sous l'occupation allemande, en 1940-1945, on a vu des réglementations - c'étaient des textes réglementaires mais qui avaient une portée juridique relative au costume. Par exemple, en Allemagne, on avait pourchassé le pardessus de demi-saison (le pardessus de demi-saison, disaient certains juristes hitlériens, est une trace d'esprit bourgeois).

Voilà, par conséquent, une matière qui, jusqu' alors, paraissait ne relever que des folkways et qui, brusquement, est entrée sous les pinceaux lumineux du droit.

En Turquie, on a vu, au lendemain de l'établissement du régime kémaliste, proscrire les coiffures sans bord, le fez. Kemal Ataturk voulait occidentaliser son peuple, même dans le vêtement, en partant de ce postulat que les transformations du vêtement finiraient par avoir une incidence sur la psyché des individus, que, par le vêtement, on arriverait à transformer la psychologie d'un peuple. Il obligea le peuple turc, à une certaine époque, à porter des coiffures à visière, des coiffures à bord.

Voilà, par conséquent, une matière qui, jusqu' alors, était restée non juridique, et qui, brusquement, est devenue juridique.

En matière d'entraide rurale. Pendant longtemps, l'entraide rurale, le coup de main entre voisins, à la campagne, a semblé ne relever que du social non juridique, peut-être, d'ailleurs, plutôt mores que folkways ; on pourrait en discuter. Mais voici que la loi du 8 août 1962, la loi complémentaire d'orientation agricole, dans son article 20, est venue transformer l'entraide, en un véritable contrat juridique.

On peut prolonger à l'infini ce phénomène de la transformation de la nature des règles de conduite. La rédaction des adresses postales est un phénomène de folkways. En France, nous mettons le nom de la rue avant le nom de la ville ; dans une grande partie de l'Europe

centrale et de l'Europe orientale, on met le nom de la ville avant le nom de la rue. Pour l'instant, en France, c'est une matière indifférente, mais il est facile d'imaginer que la Poste, en vue de faciliter le travail de ses employés, pourrait nous obliger, sous peine de jeter nos lettres au rebut, à opérer d'une certaine manière, pourrait durcir cette règle de folkways en une règle juridique.

Ainsi, le passage est toujours possible d'une zone à l'autre, même dans nos sociétés occidentales modernes.

D'autre part, ce qui contribue à rendre flottante la distinction, c'est que, même sans être érigées directement en règles de droit, il arrive que certaines règles de conduite non juridique sont prises en considération par le droit, il y a une sorte de phénomène d'adoption des moeurs par le droit, les moeurs, les folkways seront canonisés, en quelque sorte, par les organes juridiques.

Nous avons, dans notre droit politique français, des notions juridiques qui ont un contenu de moeurs, un contenu de mores, voire de folkways. La notion de bonnes moeurs des articles 6 et 1133 du Code Civil, est une notion juridique, mais, pour définir ce que l'on entend par "bonnes moeurs", il faut interroger les mores. Nous sommes renvoyés, par conséquent, à cette zone de social non juridique. La notion même de faute, a pour partie, un contenu de moeurs, car il y a faute, sous certaines conditions, à violer une règle de moeurs. Dans l'élaboration jurisprudentielle de la notion de faute, les moeurs, les mores sont prises en considération.

Donnons un exemple : c'est un arrêt de la Cour d'Appel de Paris, du 29 mars 1962, J.C.P. 1962 II, 12.874, déclare que, lorsqu'on sort d'une maison, il y a l'obligation de laisser passer ceux qui marchent sur le trottoir ; parce qu'il y a là une règle de prudence qui est, en même temps, une règle de courtoisie. L'arrêt en tire des conséquences juridiques. On passe, par conséquent, du social non juridique au juridique.

Ainsi, même dans cette hypothèse simple sur laquelle nous avons jusqu'ici raisonné, il existe, un problème difficile.

B/ Réintroduction des complications.

La première complication est relative aux sociétés non industrialisées. Dans des sociétés différentes de

celle sur laquelle nous avons raisonné jusqu'ici, c'est-à-dire la société moderne de type industriel, la distinction du juridique et du social non juridique est infiniment plus malaisée que dans nos sociétés. Cela est d'abord évident pour les sociétés primitives, archaïques, au sens spécial du terme, les sociétés sans écriture, comme on dit parfois, c'est-à-dire ces sociétés dont s'occupe, par définition, l'ethnologie.

Dans ces sociétés archaïques, la règle de droit, la règle de mœurs, même la règle de morale paraissent se confondre. C'est que, dans ces sociétés, il n'y a pas de loi, il n'y a pas d'Etat, d'organes différenciés destinés à produire le droit ou à juger ; le droit est purement coutumier, non écrit, de sorte qu'il y a identité de source entre ce qui pourrait être du juridique ou du social non juridique.

D'autre part, en l'absence d'un véritable Etat, de véritables organes spécialisés ou spécialisables, la sanction du droit est inorganisée, diffuse, c'est une sanction purement psychologique, une sorte de réprobation qui s'élèvera du milieu.

A l'extrême, il pourra y avoir expulsion du violeur de l'interdit, expulsion du clan, bannissement. Mais cela vaut aussi bien pour des règles que nous qualifierions de "juridiques" que pour des règles que nous qualifierions de "morales" ou de "règles de mœurs".

Ce qui existe dans ces sociétés archaïques, c'est ce que l'on a appelé, de nos jours, la coutume indistincte, magma d'interdits, qui deviendra, plus tard, dans l'évolution des sociétés, soit morale, soit mœurs, soit droit, soit manière de vivre.

Les mêmes interdits entourent les gestes de la vie quotidienne. Le vêtement, - qui est, d'ailleurs, plutôt parure que défense contre le froid - les règles de la morale, les règles de la propriété, de la responsabilité, du contrat, du mariage, relèvent de la coutume indistincte.

La pensée sauvage ne connaît pas cette séparation ..." (Comme dit Lévy-Strauss) ne sait pas extraire ce qui est proprement juridique d'entre tout le magma des impératifs religieux, etc ... qui peuplent la vie primitive.

Dans ces sociétés-là, il y a donc une quasi im-

possibilité à faire la distinction entre le juridique et le social non juridique, et le phénomène a laissé des traces même dans des sociétés plus évoluées, dans des sociétés historiques. Nous ne sommes plus en présence de sociétés sans écriture, de sociétés pré-littéraires, comme disent les anglo-américains, et, cependant, on voit parfois confondu ce qui est droit et ce qui est social non juridique.

Prenez un texte comme ce fragment célèbre d'Ulpien, au Digeste Livre I, Titre I, Fragment IO, "juris precepta... ..", "les préceptes du droit sont... .. vivre honnêtement... (entendez avec un certain decorum, comme aurait dit Thomasiaus) en suivant certaines règles d'honnêteté, de politesse, ne pas léser autrui... attribuer à chacun le sien..."

Dans cette seule phrase, apparaît la juxtaposition d'idées procédant, sous un point de vue sociologique, d'époques différentes, idée archaïque et idées plus récentes où le droit, s'est séparé du social non juridique.

Nous savons que, dans la Rome primitive, le droit intervenait pour sanctionner des faits qui, plus tard, ne relèveront plus que du social non juridique. C'est ainsi qu'Aulu-Gelle nous explique que le chevalier qui soignait mal son cheval était jadis noté d'"impolitia" par le censeur, et peut-être en était-il de même du paysan qui cultivait mal son champ. Mal soigner son cheval, n'est point affaire de droit, dans nos conceptions modernes, mais cela a pu, à une certaine époque, appartenir à cette zone de coutumes indistinctes composées, à la fois, de folkways, de mores et de law. C'est inintelligible dans un régime évolué, cela se comprenait dans un régime primitif, militaire communautaire comme celui auquel se réfère ce passage d'Aulu-Gelle.

Les droits orientaux sont célèbres de ce point de vue. Il est notoire qu'ils mélangent toutes les règles de conduite sociale, au point que certains comparatistes voient dans ce trait ce qui sépare la civilisation juridique orientale de la civilisation juridique occidentale. La civilisation juridique occidentale est arrivée, en quelque sorte, à séparer le droit du social non juridique, à retirer le juridique de la gangue de la coutume indistincte, tandis que la civilisation juridique orientale n'y est pas arrivée, elle confond, dans une même forme de règle de conduite, du droit et du social non juridique.

Il est certain que la Thora, par exemple, la loi mosaïque, mélange des prescriptions proprement juridiques à des prescriptions alimentaires ou à des prescriptions liturgiques. Nous ferions, aujourd'hui, la différence, la loi mosaïque ne la fait pas.

Le droit musulman opère de la même manière. Il y a, dans le droit musulman, un mélange de règles proprement juridiques et de prescriptions religieuses, de prescriptions morales, alimentaires, de prescriptions relatives à la vie quotidienne, aux ablutions, par exemple : tout cela est mélangé, et fait partie d'une même couche de règles de conduite obligatoires. La séparation du juridique et du social non juridique n'est pas faite encore.

Il en était de même dans le droit chinois pré-révolutionnaire, dans les droits de l'Extrême-Orient. Les règles du deuil, par exemple, où nous voyons, maintenant, des règles de convenance, étaient considérées comme des règles proprement juridiques.

Donc, la distinction, difficile peut-être mais non impossible dans nos sociétés modernes, devient extrêmement difficile quand on se reporte aux sociétés archaïques.

Une autre source de complications nous vient de la présence de groupements particuliers, lesquels peuvent secréter des règles de conduite qui leur sont particulières.

Nous n'avons considéré, jusqu'à maintenant, que des règles de conduite qui étaient l'émanation de la société globale, mais l'individu peut faire partie aussi de groupements particuliers. Il en est ainsi déjà dans les sociétés primitives : l'individu appartenait à la cité, mais il appartenait aussi à une famille, il appartenait à une gens. Cette gens, par exemple, pouvait avoir des sources de droit. Les textes romains nous parlent de *decreta gentis*, qui n'étaient peut-être pas des décrets au sens formel du terme, mais seulement des coutumes. Il existait donc des règles de conduite propres à la gens.

Même à notre âge industriel, dans nos sociétés modernes, il existe des groupements particuliers, des associations : sociétés, églises, entreprises, armée, communautés de voisinage, gangs de malfaiteurs, qui peuvent avoir leurs règles de conduite. L'association, la société auront des statuts, l'église aura sa discipline, l'armée aura son règlement, le gang aura la loi du milieu.

N'est-ce pas là une difficulté supplémentaire ?...
On pourrait être tenté d'écarter la difficulté en faisant remarquer que le juridique est réservé à la sociale globale, que, par conséquent, ces règles de conduite (qui naissent dans les groupements particuliers, ne constitueront jamais du juridique. La distinction, par conséquent, redeviendrait facile. Toutes les règles de conduite qui naissent et se développent à l'intérieur de groupements particuliers seraient, ipso facto, par définition même, étrangères au droit, seraient rejetées dans le social non juridique.

Beaucoup d'auteurs font ce raisonnement, lient l'existence du droit à la présence de l'Etat, par conséquent de la société globale. Ainsi Ihering donnait cette définition dans "Le But dans le Droit" :

" Le droit, ce sont les statuts sociaux sanctionnés par la contrainte publique. Or, l'Etat est le souverain détenteur de cette contrainte."

Donc, partout où l'on n'avait pas affaire à l'Etat - et ainsi dans les groupements particuliers - du même coup on n'avait pas affaire au droit. La difficulté signalée se trouvait, par là même, éliminée.

Un philosophe, René Hubert, dans un article de 1936, s'exprimait de la même manière :

" La règle de droit, dit-il à la différence de la règle morale ou de la règle de mœurs, n'apparaît qu'avec la constitution d'une puissance publique."

Il faut donc un Etat. Ce n'est qu'à l'intérieur de la société globale, pour parler sociologiquement, que nous pourrions rencontrer des phénomènes juridiques. Dans les groupements particuliers, nous n'avons affaire qu'à des phénomènes sociaux. Cependant, ce postulat, - d'après lequel il faudrait identifier le droit à la société globale, est loin d'être unanimement admis.

D'abord, il y a même des juristes qui considèrent, au moins pour une partie des groupements particuliers, que les règles de conduite qu'ils élaborent participent de la nature du droit. Les statuts d'une association, d'une société seront assez facilement, dans le raisonnement juridique, considérés comme ayant une nature de droit, par une sorte de délégation que les personnes morales auraient reçue de la loi, de la puissance étatique.

Le droit anglais a une expression assez caractéristique pour désigner les statuts d'une société ou d'une association : il parle de "by law", de loi à côté, de droit à côté. C'est assez caractéristique pour souligner l'identité de nature entre le droit étatique et le droit des groupements particuliers - du moins de ceux qui sont reconnus par l'Etat, car, tout de même, dans ce raisonnement de juriste, on n'appliquera la nature de droit qu'aux règles de conduite qui proviennent de groupements particuliers reconnus par l'Etat. Il est évident qu'à la loi du milieu, par exemple, sera dénié tout caractère juridique.

Mais, chez les sociologues, on ne s'arrête pas à cette idée d'une délégation que certains groupements particuliers auraient reçue de la société globale, on admet qu'il y a des créations spontanées de droit à l'intérieur des groupements particuliers. C'est une des idées qui servent d'arrière fond à la thèse du pluralisme juridique développée par M. Georges Gurvitch.

Il existerait, d'après cette thèse, une multiplicité de foyers de production du droit. L'Etat n'aurait pas le monopole de l'élaboration du droit. A l'intérieur des sociétés, des associations et même des groupements spontanés, les règles de conduite qui s'élaboreraient auraient un véritable caractère juridique.

Si bien que, avec cette thèse du pluralisme juridique, la difficulté atteint son maximum. Nous pouvons rencontrer des phénomènes de production de droit à l'intérieur des groupements particuliers. On peut voir des thèses du pluralisme juridique développées dans le droit de Gurvitch : "L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit". C'est un ouvrage de 1935.

L'observation empirique conduit, d'ailleurs, à une conclusion analogue à cette conclusion à laquelle M. Gurvitch arrivait par le raisonnement théorique .

Les phénomènes qui se produisent dans les groupements particuliers les plus instables, les moins intégrés que l'on puisse imaginer ne semblent pas, pour le sociologue, avoir une nature foncièrement différente des phénomènes que l'on constate à l'intérieur de la société globale, des règles de conduite qui sont secrétées par la société globale et que nous qualifions de règles de conduite juridiques.

Prenons le groupement particulier, très instable, très peu intégré, que l'on appelle la file d'attente, la

queue ; c'est un groupement particulier qui a été étudié par Renaud Maunier. Il s'y élabore des commandements, impersonnels, des règles de conduite impersonnelles, des règles de droit, pourrait-on dire, particulières au groupement particulier. La loi du premier arrivé se dégage spontanément à l'intérieur de toute file d'attente. On peut imaginer qu'il y a imitation d'une file d'attente à une autre par identité des sujets qui se transportent, suivant les occasions, d'une file d'attente à une autre, mais il a bien fallu commencer, il y a eu sécrétion d'une règle de conduite particulière au groupement particulier et cette règle de conduite a toutes les caractéristiques externes d'une règle de droit. Il en découle des obligations, des devoirs pour les membres du groupement, et des pouvoirs pour les membres du groupement, c'est-à-dire des obligations et des droits subjectifs.

Il y a des sanctions, une houle de réprobation qui se manifesterait si la loi du premier arrivé est transgressée. Sans doute, le phénomène est beaucoup plus rudimentaire que les phénomènes parallèles que l'on peut constater dans la société étatique et c'est pourquoi on parlera à leur sujet, en sociologie juridique, de phénomènes de sous-droit, de phénomènes infra-juridiques. Mais la difficulté n'est, par là, que repoussée.

Qu'est-ce que l'infra-juridique ? ... Est-ce que, l'infra-juridique, est du juridique dégradé ou est-ce du social non juridique qui monte ? ... C'est la situation toujours difficile des intermédiaires.

Après avoir examiné l'ampleur des difficultés, il faut rechercher un critère de la juridicité.

2.- Le critère de la juridicité.

Il n'y a guère eu d'études systématiques à ce sujet, mais on trouve, chez les auteurs, des indications fragmentaires. Ces indications concernent le problème de la juridicité posé en termes de règle.

La recherche du critère de la juridicité, est la recherche du critère de la règle de droit par opposition aux règles de conduite sociale. La recherche est ardue, le critère est fuyant. Il y a des critères que l'on peut, semble-t-il, assez facilement éliminer, et c'est par là que nous allons commencer.

A/ Critère à éliminer.

Un premier critère à éliminer serait un critère prenant en considération le contenu, l'objet des règles de conduite litigieuses. Selon ce critère, certaines conduites envisagées dans leur définition de conduite, dans leur description, relèveraient, a priori, du droit ; d'autres, au contraire, relèveraient, a priori, des mœurs ou de la morale, bref du social non juridique.

Que l'on ne puisse retenir ce critère est, je pense, ce qui résulte des explications précédentes. L'observation montre que, suivant les époques, suivant les civilisations juridiques, les mêmes conduites peuvent passer du domaine des mœurs au domaine du droit, ou réciproquement : que, par exemple - pour revenir légèrement en arrière - le deuil, qui sera, dans tel pays oriental, l'objet d'une règle juridique, ne fera, dans un pays occidental, l'objet que de règles non juridiques ; que le libellé des adresses postales est du social non juridique en France, mais pourrait devenir brusquement, par une réglementation, du juridique.

Nous avons pu constater que la même conduite, telle qu'on peut la définir dans sa matérialité ou sa psychologie, peut être indifféremment, suivant les circonstances, du domaine du droit ou du domaine du social non juridique. Il y a des phénomènes qui sont classables de passage du social non juridique ou réciproquement.

Il y a, par exemple, tous les phénomènes de laïcisation du droit. C'est un type de phénomène historique bien défini. Des règles de conduite religieuses, ont pu, dans le très ancien droit romain, être du droit ; puis, à une certaine époque, que le droit romain s'est laïcisé, qu'il y a eu une séparation entre le fas et le jus et ces règles de conduite ont été rejetées dans le social non juridique. De même que des actions comme le sacrilège ont pu être, sous l'Ancien Régime, du domaine du juridique et, à partir de la Révolution, ces actions sont passées dans le domaine du non juridique.

Ce phénomène de laïcisation du droit est un phénomène extrêmement classique, mais, à l'inverse, on a pu définir le processus de moralisation du droit. Il est arrivé, à notre époque, que certaines conduites, qui, jusqu'alors, étaient rejetées dans le social non juridique, soient assumées par le droit. Le droit est devenu plus exigeant, moralement plus raffiné et il a fait passer, par exemple, l'abstention de porter secours, du social

non juridique, du domaine de la morale, de la charité, dans le domaine du droit, du droit pénal, des obligations sanctionnées par l'autorité étatique.

Ces phénomènes de moralisation du droit, existent à notre époque et nous pouvons conclure qu'il n'y a pas de conduite sociale qui, en soi, objectivement, puisse donner lieu exclusivement à une règle juridique ou à une règle de mœurs ; le passage est toujours possible. Donc, ce n'est pas par la description des conduites, par l'examen de la matière de la règle que nous pourrions trouver un critère.

La défense de fumer par exemple, est une règle qui peut, suivant les circonstances, à l'intérieur d'une même société, relever, tantôt de l'éthique, tantôt de la courtoisie, tantôt des mœurs, tantôt du droit même. Fluidité, absence de rigidité entre les catégories, sont caractéristiques.

Il est vrai que certains sociologues américains ont essayé de préciser cette notion du contenu de la règle pour en tirer un critère de distinction entre les différentes catégories de conduite selon que la violation de la règle met ou non en péril les droits ou les intérêts d'autrui.

Les formules des sociologues, en littérature sociologique, oscillent entre ces deux notions, qui ne sont point identiques, le droit et l'intérêt.

A première vue, le non juridique serait ce qui ne concerne pas les droits ou les intérêts d'autrui, mais seulement le sujet de la règle de conduite, que le juridique se caractériserait par l'atteinte à l'intérêt d'autrui.

Il faut bien avouer cependant, que le critère ainsi proposé dans la sociologie américaine est loin d'être clair. En premier lieu, si l'on retient la première formule : atteinte au droit subjectif d'autrui, il y a, visiblement, une pétition de principe, puisque, pour définir les droits subjectifs d'autrui, il faudra interroger le droit objectif, de sorte que l'on ne peut pas en sortir : c'est le droit objectif qui permettra de définir ce qu'est le droit subjectif.

Si l'on se rabat sur la formule plus purement sociologique : atteinte aux intérêts d'autrui, on supprime certaines difficultés ; il en subsiste cependant, et de considérables, d'abord parce que la notion d'intérêts

n'est pas une notion qui va de soi et les juristes savent que l'on peut distinguer l'intérêt pécuniaire, l'intérêt moral - l'intérêt actuel, l'intérêt éventuel. Il existe toute une problématique de la notion d'intérêt.

Mais, en outre, la difficulté s'accroît car les Américains, ne se servent pas du critère pour séparer le juridique et le non juridique ; ils reconnaissent eux-mêmes que la violation des mores se traduit par une atteinte aux intérêts d'autrui. Si le séducteur refuse d'épouser la fille séduite, il est évident qu'il y a atteinte aux intérêts de celle-ci. Par conséquent, cette règle de mores met bien en cause les intérêts d'un autre.

Si bien que le critère, en réalité, sert à séparer les folkways de tout le reste ; la ligne séparative va passer entre les folkways, d'une part, et, d'autre part, les mores et la loi. Le critère, ici, dans l'intention même de ses promoteurs, n'a qu'une valeur restreinte.

Le même critère n'a rien de décisif pour définir les folkways, si nous creusons davantage. Les règles de politesse, sont des manières de vivre, des règles de folkways. N'est ce pas une définition classique de la politesse qu'une certaine attention portée aux intérêts d'autrui, portée à la sphère d'autrui.

Ainsi le critère n'a rien de probant.

Nous éliminerons, par conséquent, tout critère tiré du contenu de l'objet de la règle.

Il est un autre critère qu'il y a lieu également d'éliminer, latent plutôt qu'exprimé dans l'ethnologie contemporaine.

Chez certains ethnologues se rencontre, en effet, l'idée d'un critère psychologique tiré du mode d'appréhension de la règle par les individus : par quel mécanisme psychologique les sujets de la règle la reçoivent-ils ?

Suivant que ce mécanisme sera de telle ou telle sorte, on conclura que la règle est une règle de moeurs, une règle relevant plus largement du social non juridique ou, à l'opposé, une règle de droit.

A la vérité, la terminologie dans ce domaine est assez flottante. Cependant, on paraît distinguer, dans cette doctrine, entre les normes et les formes ou encore entre les normes et les modèles.

Les normes sont des règles qui donnent lieu à des conduites conscientes, à des conduites intelligées, dit-on parfois, à des conduites raisonnées, tandis que les formes, les modèles ou encore, à l'anglo-saxonne, les "patterns" (patrons), donnent lieu à des conduites inconscientes, à des modèles inconscients de comportement, selon une expression que l'on trouve dans la sociologie américaine.

Cette opposition étant posée entre les normes intelligées, raisonnées, d'une part, et d'autre part, les modèles inconscients, l'application du critère de la juridicité serait la suivante : le droit correspondrait au concept de normes ; le social non juridique, les conduites sociales autres que les conduites déterminées par le droit correspondraient aux modèles.

Un exemple que l'on trouve chez un sociologue américain concerne la manière de faire l'aumône ou encore la manière de faire la cour à une femme, elles relèvent de modèles se conformant à des modèles inconscients ; elles ne sont pas des conduites raisonnées, intelligées ; il s'agit donc de social non juridique. En résumé, le critère de la juridicité résiderait dans la conscience, dans le raisonnement.

Cette doctrine paraît soulever des objections. D'abord, le critère qu'elle propose manque de la rigidité, du tranchant qu'on se plaît à requérir d'un critère. Les phénomènes psychologiques, en effet, sont toujours a priori difficiles à saisir du dehors. Il y a des degrés, des dégradés, dans les phénomènes juridiques, spécialement dans ceux que l'on prend ici pour critères. Le risque est que l'on passe sans y prendre garde de l'inconscient au conscient par l'intermédiaire du subconscient et, du même coup, que le passage du social non juridique au juridique ne soit pas tellement net.

Raisonnons, par exemple, sur la règle prohibitive de l'inceste que l'on rencontre dans tant de systèmes juridiques. Elle sera parfois sentie comme une règle instinctive, irraisonnée. L'inceste inspirera une horreur irraisonnée mais elle sera conçue aussi comme une règle raisonnée. On fondera, suivant un processus que nous con-

naissons bien dans nos systèmes juridiques occidentaux, la prohibition de l'inceste sur des considérations de morale ou d'eugénique.

Une autre objection : dans la conception même du critère, on aperçoit des incertitudes : qu'est-ce qui est exactement conscient ou inconscient (ou subconscient)? Qu'est-ce qui doit être conscient ou inconscient pour faire jouer le critère dont il s'agit ? Est-ce l'application de la règle qui doit être inconsciente ou est-ce son explication ?

Dire que dans le social non juridique, on a affaire à une conduite inconsciente, instinctive, non raisonnée, cela signifie t-il qu'on appliquera la règle sans raisonner ou qu'on ne peut plus retrouver le fondement de la règle ?

Sur les deux terrains, du reste, que l'on retienne l'une ou l'autre interprétation de l'opposition, le critère se trouvera fréquemment en défaut.

Considérons, par exemple, cette prescription du droit réglementaire français du Code de la Route d'après laquelle l'automobiliste doit rouler à droite. Chez un automobiliste expérimenté, l'obéissance à cette prescription du Code de la Route passera, en quelque sorte, en réflexe, deviendra une obéissance instinctive. Avec cet exemple, nous sommes en présence du social juridique : il n'empêche que l'application de la règle sera inconsciente.

Considérons l'autre interprétation, en ce qui concerne cette même prescription. Un historien pourra sans doute reconstituer la filière des textes réglementaires qui se sont succédé à ce sujet ; nos codes de la route postérieurs à l'introduction de l'automobile n'ont fait que reproduire des dispositions qui se trouvaient déjà dans la réglementation de la police du roulage. On peut remonter historiquement assez loin dans le passé. Mais finalement, un moment viendra où l'on ne pourra plus reconstituer l'origine historique du texte, où l'on ne pourra plus retrouver la raison de ce texte. (ratio legis).

La meilleure preuve que le texte n'est pas susceptible d'une explication raisonnable, c'est que dans d'autres pays, les automobilistes ne doivent pas rouler à droite mais bien à gauche. Pourtant, nous sommes

là encore en présence d'une règle de droit. Voici donc une règle de droit qui est susceptible d'une application inconsciente et n'est pas susceptible d'une explication raisonnée.

Cela nous montre que le critère est en défaut. Ceux qui ont préconisé ce critère ont sans doute eu le tort de raisonner comme si les règles de droit étaient toujours des dispositions raisonnables. Il est bien vrai qu'à beaucoup de règles de droit, on peut trouver un fondement rationnel, mais il y a aussi dans le droit une part d'irrationnel, d'artificiel, d'arbitraire et, c'est alors que le critère se trouve en défaut.

La conclusion est qu'il est difficile, quand on veut appliquer le critère, d'aboutir à des résultats très nets ; il y aura toujours un certain flottement dans son application.

Est-ce à dire qu'il n'y ait rien à retenir de cette sorte d'excursus dans le psychologique que nous avons accompli avec le critère dont il s'agit ?

A la vérité, il semble que l'on puisse en retenir une idée générale, sinon un critère susceptible d'une application tranchante. Il reste vrai tout de même - c'est ce que les partisans du critère ont sans doute senti - qu'en général une règle de droit est moins mécanique, moins automatique, au sens de l'automatisme psychologique, qu'une règle de conduite sociale non juridique. Le propre de la règle de droit est d'avoir à sa base un raisonnement législatif. Parfois, sans doute, il semble que ce raisonnement législatif ne puisse plus être reconstitué, qu'il se soit perdu, en quelque sorte, dans la nuit du passé, cependant, on est bien sur le terrain proprement juridique quand on recherche ainsi un fondement rationnel, un raisonnement législatif à la base d'une règle de conduite.

Voilà ce qui, sans être sans doute un critère absolu, est une des idées qui explique le mieux le juridique.

Un raisonnement législatif est à la base de la règle proprement juridique, raisonnement que chacun peut refaire pour son propre compte ou le cas échéant, contre-dire car les ressources du raisonnement sont infinies.

Finalement la règle de droit est peut-être psychologiquement moins contraignante que les autres règles

de conduite sociale parce qu'elle est susceptible d'une contradiction. Se plaçant sur le terrain du raisonnement, elle accepte par là-même de se livrer à toutes les contradictions de la dialectique. La règle de droit serait finalement moins mécanique que les autres règles de conduite sociale.

N'est-ce pas cependant un paradoxe que de présenter ainsi la règle de droit, au regard de la théorie la plus classique qui existe en matière de juridicité ?

B/ Critère classique.

Le critère de la juridicité qui fait figure de critère classique est un critère tiré de la sanction de la règle. C'est l'opinion la plus répandue chez les sociologues et chez les juristes.

"Sanction de la règle", cela ne signifie pas simplement pénalité. "Sanction" doit être pris dans un sens plus large. Mais il ne suffit pas encore d'élargir le terme de sanction en y englobant, outre les pénalités, les dommages-intérêts, les nullités, ce qui, dans un vocabulaire juridique assez répandu, est également compris sous le terme de "sanction".

Il faut comprendre ici, pour faire jouer le critère classique que nous examinons présentement, sous la formule de sanction, toute réaction à la violation ou plus largement même à la non-application d'une règle.

Corrélativement, on peut dire que la sanction est le mécanisme par lequel la règle de nature litigieuse, est ramenée à exécution. C'est toujours un mécanisme de contrainte, de pression, qui s'exerce sur l'individu. Mais cette contrainte pourra être de substance différente, de nature différente, d'origine différente, d'intensité différente peut-être. C'est ce qui fait la différence entre les règles de conduite humaine.

La difficulté n'est par là que reportée : comment allons-nous différencier les sanctions grâce auxquelles nous pourrions caractériser une règle de nature indécise comme règle juridique ou comme règle sociale non juridique ?

Il faut partir, dans la doctrine classique, d'une opposition entre la contrainte intérieure et la contrainte extérieure qui peuvent s'exercer sur l'indivi-

du. Il faut d'abord mettre à part la contrainte purement intérieure que l'individu peut subir lorsqu'il n'applique pas la règle de conduite: la voix de la conscience, suivant une formule bien connue, le remords à l'état pur. Une règle qui n'est sanctionnée que par la voix de la conscience ne sera pas une règle juridique, mais une règle d'éthique, de morale pure.

La morale est autonome, suivant la formule de Kant ; c'est une loi que l'individu reçoit de lui-même, et dont la sanction est en lui-même, tandis que le droit toujours suivant Kant, est hétéronome : la règle vient du dehors ainsi que sa sanction.

Sans doute cette règle d'éthique a pu être un jour une règle de droit qui s'est dégradée, dont le droit s'est désintéressé la règle a subsisté dans la conscience humaine à l'état de règle purement morale. Ou bien encore, c'est une règle qui sera un jour règle de droit : le droit n'a pas encore autant d'exigences que la morale, Tel est le critère sous sa forme la plus classique.

A l'opposé, la contrainte extérieure caractérisera la règle juridique. La formule sur laquelle s'ouvre le cours de droit civil d'Aubry et Rau : "le Droit est l'ensemble des préceptes ou règles de conduite à l'observation desquels il est permis d'astreindre l'honneur par une coercition extérieure ou physique", trouve sa place ici.

Il y a peut-être dans cette formule, si étudiée qu'elle fût, quelque incertitude. Néanmoins, retenons-en cette idée, familière aux juristes, de la coercition extérieure caractérisant la règle de droit.

Chez les sociologues, plutôt que de coercition extérieure on parlera de contrainte sociale, mais l'idée sera toujours la même, et l'opposition entre la sanction intérieure et la sanction extérieure fera la différence entre la règle morale et la règle de droit.

A ce point, il convient de faire deux observations critiques :

I) Si familière qu'elle nous soit devenue, l'opposition entre l'intériorité de la morale et l'extériorité du droit est une opposition plus philosophique que sociologique et, historiquement, il se peut qu'elle doive beaucoup au christianisme et à son opposition fondamentale

entre les deux royaumes.

Dans d'autres climats spirituels, la loi et la morale tendront à se rejoindre, non pas en ce sens que la morale fera loi, (ce qui serait une manière possible de faire la jonction), mais plutôt dans l'autre sens : la loi tiendra lieu de morale.

Dans la cité antique, la loi de la cité pouvait facilement devenir la morale du citoyen. Dans les conceptions de la Révolution française, culte de la loi civile et culte de la morale tendaient à se confondre. Dans la philosophie laïque des instituteurs de la IIIe République, la jonction, sinon la confusion, était également palpable. A l'heure actuelle, dans les pays socialistes, dans les démocraties populaires, on voit, en partant des mêmes conceptions générales, contester le partage de compétences que, dans les pays occidentaux, nous voulons faire entre le droit et la morale, le droit qui serait régulateur des conduites et la morale qui ne devrait avoir et n'aurait d'action que sur l'esprit, sur les mentalités.

Beaucoup de juristes socialistes considèrent que cette opposition rigide que nous faisons, nous juristes occidentaux, entre le droit et la morale, ne tient pas, qu'elle procède de notre philosophie bourgeoise. Le droit réagit sur les relations sociales, ce n'est pas douteux et, réagissant sur les relations sociales, il ne peut pas ne pas modeler les esprits, il a un rôle éducatif. Les juristes des démocraties populaires insistent sur cette fonction pédagogique du droit et affirment que le droit combine en réalité les deux sphères que nous voudrions séparer : la sphère des conduites extérieures et la sphère des valeurs intérieures, la sphère de l'esprit. Le rôle éducatif du droit mettrait à néant l'opposition classique que nous faisons.

Cette observation critique, a une portée limitée parce qu'elle tient en réalité à certaines circonstances historiques.

2) La deuxième observation critique que l'on peut adresser au critère classique est infiniment plus grave.

Toutes les règles pouvant donner lieu à la contrainte extérieure ne sont pas en réalité des règles de droit. Le critère classique arrive à tracer une frontière plausible entre les règles de la morale, de l'éthique transcendantale et les règles du droit mais non pas entre

les règles du droit et les règles de conduite sociale, qui ne sont ni du droit ni de l'éthique. Or, nous savons qu'il en existe.

Il y a, pour reprendre la trilogie des Américains, les manières de vivre et les règles de mœurs. Or ces règles de conduite sociale non juridique ont une sanction extérieure : la réprobation du milieu. Il faudrait nous dire ce qui sépare cette sanction extérieure de la sanction extérieure qui assortit les règles de droit.

Et même en ce qui concerne la morale pure, si nous sommes en droit d'affirmer qu'une règle de conduite qui n'a qu'une sanction purement intérieure est une règle de morale, cela n'implique pas que les règles de morale ne puissent pas avoir parfois aussi une sanction extérieure. Il y a une infinité de règles de morale qui, si elles sont transgressées, détermineront dans le milieu une réprobation qui est une sanction extérieure.

Ainsi, la frontière entre les règles juridiques et les règles non juridiques ne passe pas entre la contrainte extérieure et la contrainte intérieure, elle passe quelque part à travers le concept même de contrainte extérieure. La difficulté que l'on pouvait croire résolue ne l'est donc pas ; elle est reportée un peu plus loin.

Quel est le critère de différence entre la contrainte extérieure qui peut assortir le social non juridique et la contrainte extérieure qui assortit la règle de droit ?

Considérons, par exemple, la violation de cette manière de vivre qui détermine les grandes lignes du vêtement dans notre pays. Il est évident que celui qui transgresse cette règle ne s'expose pas à une sanction juridique mais s'expose cependant à déterminer un mouvement de réprobation. L'originalité n'est pas gratuite dans notre société, les originaux s'exposent à des rires ou à des sourires selon les cas. Sourires, rires, sont des sanctions extérieures. La crainte de ces sanctions est du reste assez forte pour qu'il y ait peu d'originaux. On viole plus facilement même, à certains égards, certains interdits du droit que ces manières de vivre qui déterminent les règles générales de notre costume. Les sanctions encourues dans ce dernier cas ne sont même pas d'une nature substantiellement différente des sanctions dont se sert le droit. Dans la série sociologique, le rire est parfois institutionnalisé dans des pénalités comme le pilori..

Considérons, en second exemple, la violation d'une règle de mœurs : la règle qui impose au séducteur de "réparer" en épousant la fille séduite. Celui qui viole cette règle s'expose à une réprobation de l'opinion publique : on le montrera du doigt, on ne le recevra plus dans certains milieux. Ce sont là des sanctions externes qui, substantiellement, ne sont pas différentes de la note d'infâmie ou du bannissement qui sont des sanctions proprement juridiques.

Il est donc extrêmement difficile de faire passer d'une façon nette la ligne séparative à l'intérieur du concept de sanction externe, et cependant, le critère classique devrait nous apporter le tracé de cette ligne séparative. Qu'est-ce qui constitue la sanction extérieure spécifiquement juridique ?

Il nous faut serrer ici le problème davantage. Les uns verront la différence entre contrainte spécifiquement juridique et autres contraintes sociales dans la nature générale de la sanction, les autres dans l'origine de la sanction; quelques uns combinent les deux idées.

On expose ainsi que la contrainte juridique est une contrainte organisée, tandis que la contrainte non juridique, qui accompagne la violation d'une règle sociale non juridique, est une contrainte diffuse, instinctive. La sanction juridique est tendue vers un but, il s'agit de ramener la règle violée ou en péril d'être violée à exécution. La sanction de la règle sociale non juridique n'est qu'un effet réflexe, elle n'est pas déterminée par une intention, elle ne poursuit pas de fin consciente.

Mais, en outre, la contrainte qui accompagne la violation de la règle sociale non juridique vient de la masse et c'est pour cela d'ailleurs qu'elle est diffuse, elle vient de l'ensemble de la société ou de l'ensemble du groupe particulier, tandis que la contrainte spécifiquement juridique vient d'un organe spécialisé, l'Etat.

On est ainsi ramené à l'idée que la règle de droit est caractérisée par l'intervention de l'Etat.

Le signe de la juridicité, en dernière instance, serait donc suivant le critère classique l'existence d'une contrainte étatique. Le droit est sanctionné par l'autorité publique. L'idée peut sembler satisfaisante, et il faut dire que pour nos systèmes juridiques modernes, elle est suffisante. Le critère sera d'une exactitude suffisante.

te même si c'est une exactitude approchée.

Seulement, en sociologie, on est obligé de considérer l'entière série sociologique, on ne peut faire abstraction des sociétés archaïques, primitives. Or, si le critère classique convient exactement à l'hypothèse où la règle de droit est une loi, émanant, par conséquent, de l'Etat, le critère ne convient plus quand on a affaire à une règle de droit qui émane de la masse, comme est la coutume ; non pas la coutume dans des sociétés déjà historiques comme les coutumes de notre Ancien Droit, mais la coutume dans les sociétés archaïques, ce droit proprement instinctif qu'est la coutume primitive. A ce moment-là, le critère ne convient plus d'autant que, dans les sociétés archaïques, manquera également, du moins à un certain stade de primitivité, la présence d'un organe différencié, la présence de l'Etat. L'Etat est quelque chose qui n'existe que dans des sociétés parvenues à un certain stade de développement ; le critère qui prend en considération l'origine étatique de la sanction se trouvera en défaut.

Dans les sociétés archaïques et coutumières, dans les sociétés sans Etat, toute violation de la règle de conduite sociale déterminera un certain mouvement dans la masse, un mouvement de réprobation, mais il sera impossible d'établir une différence entre ce qui sanctionne le juridique et ce qui sanctionne le non juridique. A la vérité, dans ces sociétés, on retombe dans l'indifférenciation des règles de conduite sociale. Il y a une sorte de masse diffuse de règles de conduite et la distinction du social non juridique et du social juridique est en défaut ; si bien que, consciente de cette difficulté, certains partisans du critère classique en arrivent à se rabattre sur une différence de degré.

Il y aurait tout un continu dans les différentes formes de contrainte sociale à travers la série sociologique, les sanctions caractéristiques de la violation des règles de conduite deviendraient de plus en plus conscientes et organisées et ce serait dans ce passage que l'on pourrait retrouver le passage du social non juridique au juridique.

Seulement, recourir à des différences de degré, à des différences d'intensité, c'est la mort de tout critère, du moins dans les sciences humaines, contrairement à ce qui se trouve dans les sciences de la nature, où l'on peut, par des procédés de quantification, arriver

à retrouver dans une différence de degré, un critère valable.

Des hypothèses nouvelles, en présence de cette difficulté, ont été proposées.

C/ Hypothèses nouvelles.

S'il fallait le caractériser d'un mot, nous pourrions dire que le critère classique, le critère tiré de la nature ou de l'origine de la sanction assortissant la violation de la règle, prête au droit un caractère de plus grande énergie de plus grande rigidité par rapport aux autres règles de conduite sociale.

A l'opposé, on voit, chez des auteurs modernes, apparaître l'idée que la règle de droit se caractérise par une plus grande flexibilité et s'il faut l'opposer à la règle de mœurs, lato sensu, on dira que la règle de droit est moins mécanique, plus souple que la règle de mœurs. C'est à peine un paradoxe.

Dans ce sens abonde d'abord, un sociologue américain, Adamson Hoebel. Dans son ouvrage : "Le droit de l'homme primitif" (1954), il s'exprime à peu près dans ces termes :

"Une règle qui n'a pas été mise en question ne peut pas être regardée comme juridique. On ne sait pas si elle prétend être simplement une règle, une règle quelconque, ou si elle prétend être du droit véritable. Une règle qui n'est jamais enfreinte peut n'être rien de plus qu'une règle de mœurs omnipotente. On n'en saura jamais l'avantage, jusqu'à ce qu'elle soit soutenue dans son action par l'application d'une sanction juridique."

Par conséquent, on ne saura rien de précis sur la nature d'une règle litigieuse tant qu'elle n'aura pas été violée.

Le test de la juridicité, serait donc la violation de la règle ou plutôt l'aptitude de la règle à être violée.

Ce qui serait le juridique, serait, suivant une formule un peu différente, la possibilité d'une contradiction apportée à la règle. Une règle qui ne souffre pas la contradiction, est une règle de mœurs ; une règle qui souffre la contradiction, est une règle de droit.

Nous approchons ainsi d'un autre critère qui résulte de l'ouvrage de Kantorowicz, juriste allemand émigré aux Etats-Unis : "La définition du droit" (ouvrage édité en anglais en 1958 ; mais l'essentiel de la pensée de Hermann Kantorowicz se trouvait déjà dans un article de revue en 1928).

L'idée de Kantorowicz est que le droit est un corps de règles sociales prescrivant des conduites extérieures et considérées comme justiciables. Il faut entendre par là, suivant la traduction qu'il en donne lui-même : comme susceptibles de donner lieu à un jugement.

Il ne suffit pas que la règle sociale prescrive des conduites extérieures, (d'autres règles sociales que le droit peuvent en prescrire. Mais la règle juridique est considérée comme susceptible de donner lieu à un jugement, à l'intervention de ce personnage tout à fait caractéristique qu'est le juge.

Le critère de la juridicité, c'est donc finalement la justiciabilité, comme le dit Kantorowicz, ou la judiciarité, la possibilité de donner lieu à un jugement.

Kantorowicz appuie sa doctrine sur des témoignages ethnologiques dans les sociétés primitives. Le premier linéament du juridique, les premières règles qui se dégagent des règles de conduite indifférenciées qu'on rencontre dans les sociétés très archaïques, c'est le moment du jugement. C'est à partir du moment où un tiers personnage ou le juge peut intervenir, que le droit se forme.

Ne disons pas - ce serait une tentation assez naturelle - que c'est l'action en justice qui caractérise le droit. Notre concept romaniste de l'action en justice à des contours trop rigides pour pouvoir servir de critère valable dans toute la série sociologique. L'action en justice est quelque chose qui est propre à notre civilisation juridique occidentale, et dans d'autres civilisations juridiques, on ne trouve pas un mécanisme d'aussi précis, d'aussi rigide que ce que nous appelons depuis le droit romain l'action en justice.

Cela ne signifie pas que, dans les pays orientaux où il n'y a pas d'action en justice, au sens romaniste du terme, il n'y ait pas possibilité d'un jugement. Il y a toujours possibilité de plainte devant le juge, le jury Cadi comme disait Max Weber, juge charismatique plutôt que juge logique de la façon occidentale. Il y a possibilité de jugement mais il n'y a pas action en justice.

C'est donc l'intervention d'un juge, de quelque manière qu'elle soit provoquée, par une plainte au sens oriental ou par une action en justice au sens romaniste, qui caractérise le droit. Pour qu'il y ait vraiment règle de droit, il ne faut pas qu'il y ait une contrainte sociale appliquée sans jugement.

Il n'est pas nécessaire pourtant que le jugement soit préalable à l'application de la contrainte sociale, à la réaction de la société. On peut très bien concevoir l'intervention du juge a posteriori. C'est ainsi que les choses se sont passées bien longtemps dans notre droit public ; encore aujourd'hui, il y a souvent exécution d'office par l'administration, le juge administratif n'intervenant qu'après coup, mais pouvant intervenir. Peu importe à quel moment il intervient, pourvu qu'il y ait possibilité de l'intervention d'un juge.

Peu importe également que le juge soit un fonctionnaire étatique ou un arbitre ou un jury populaire, mais il faut ce personnage caractéristique qu'est le juge, il faut ce mécanisme très particulier qu'est le jugement. Une décision assurément, mais une décision après un doute, une décision après une mise en question, une décision après une contradiction. Nous sommes ramenés à cette idée: ce qui fait le juridique, c'est la possibilité d'une contradiction, c'est l'incertitude, c'est le doute. Il y a moins de doute possible dans les règles de conduite qui ne sont pas des règles juridiques que dans les règles juridiques. La règle de droit est plus flexible, plus souple, plus incertaine que la règle de conduite sociale non juridique.

Du même coup, le centre de gravité du droit, avec ses hypothèses, se trouve déplacé de la règle vers le jugement. Il y a deux pièces constitutives fondamentales dans le droit : la règle et le jugement. Le critère classique s'attache surtout à la règle. Les hypothèses nouvelles s'attachent davantage au jugement, réhabilitent le jugement que, chez les sociologues de même que chez les juristes, on avait eu tendance à reléguer à l'arrière plan.

SECTION II - LE DROIT OBJECTIF.

Substantiellement, en quoi consiste le droit objectif ?

Pour les juristes dogmatiques, de même que pour les premiers sociologues, ceux de l'école de Durkheim, le droit objectif était essentiellement un ensemble de règles de droit. Puis, au début de ce siècle, une réaction se produisit chez les juristes sociologues et des sociologues juristes, réaction d'ailleurs plus marquée à l'étranger qu'en France, notamment en Allemagne et aux Etats-Unis. Ce fut l'école dite du droit libre, de la libre création du droit par le juge.

Le thème général de la doctrine de cette école était que le juge crée, doit créer librement du droit sans référence à une règle de droit préexistante et corrélativement, sans prétendre par son jugement créer une règle de droit pour l'avenir. Le droit doit être créé pour chaque cas particulier.

Cette école fut représentée en Allemagne par Kantorowicz, par Eugène Ehrlich, un des fondateurs de la sociologie juridique puisqu'il publia dès 1913 un ouvrage intitulé : "Fondement de la sociologie du droit". En France, Edouard Lambert, le comparatiste, M. Georges Gurvitch, peuvent être considérés dans une certaine mesure comme des tenants de cette école du droit libre.

Dans cette école, un renversement se produit par rapport aux positions de la période précédente. La règle de droit est refoulée, ramenée à un rôle secondaire. C'est au contraire le jugement qui est poussé en avant, non pas la jurisprudence au sens que beaucoup de civilistes français acceptèrent, la jurisprudence conçue comme une sorte de coutume, création de règles de droit par le juge, mais plutôt la pratique judiciaire, pratique d'espèces, ensemble de jugements charismatiques, intuitifs, non pas logiques, qu'il sera dès lors impossible de ramener à l'unité. C'est le droit vraiment libre, le droit sans règle, un droit d'équité particulière.

Une troisième période, qui est la période contemporaine, est une période de réaction contre les tendances du droit libre. Les critiques, en effet, ne manquèrent pas à cette école. Elles vinrent surtout des juristes, mais aussi de certains sociologues, notamment de la sociologie juridique des pays socialistes. Dans ces pays, on réhabilite la loi et la logique, on discrédite le rôle du juge en tant que ministre d'équité. La sociologie juridique doit être normativiste, dit-on. On aboutit en tout cas à un équilibre entre la règle de droit et le jugement, le jugement étant considéré plutôt comme jugement logique objectif que comme jugement subjectif,

intuitif, charismatique.

Les divergences que nous pouvons ainsi noter quant à la substance même du droit objectif peuvent se refléter dans tous les problèmes sociologiques que suscite l'existence de ce droit.

Il y a lieu de faire l'observation générale méthodologique que, souvent, ce que tel ou tel auteur dira du droit objectif en général pourra se justifier pour le jugement ou pour la règle de droit, sans se justifier à la fois pour les deux.

Beaucoup de confusions s'expliquent par cette incertitude sur le contenu-même du droit objectif.

Mais il est une multiplicité de points de vue sous lesquels il serait loisible d'étudier sociologiquement le droit objectif.

On peut l'étudier d'abord du point de vue de ses origines. Il y a, dans une sociologie juridique restée très philosophique, très théorique, des hypothèses cosmogoniques, si l'on peut dire, nomogoniques, sur l'origine du droit objectif : d'où vient le droit ?

On peut également étudier les structures, l'anatomie du droit objectif. Dans cette perspective, on analysera la règle de droit, les différents types de règles de droit, lois ou coutumes, ou on analysera le jugement, les mécanismes du jugement.

On peut enfin étudier le droit objectif sous un point de vue physiologique, du point de vue de ses fonctions, de son action. Cette année, c'est ce dernier point de vue qui sera retenu, non point que les autres n'aient pas leur intérêt sinon toujours leur légitimité, mais nous devons nécessairement nous borner à cette partie générale. C'est pourquoi seront examinées successivement les fonctions du droit objectif et ses modes d'action.

I - Les fonctions du droit objectif.

Il faut avant toute chose insister sur l'importance de la notion de fonction en sociologie générale et, par contrecoup, en sociologie juridique.

Il existe une école dite du fonctionnalisme en sociologie générale, une méthode dite de l'analyse fonc-

tionnelle. Le fonctionnalisme est apparu d'abord sous des formes ethnologiques. Un de ses premiers représentants a été l'ethnologue de langue anglaise Malinowsky, le fonctionnalisme a atteint la sociologie.

Cette doctrine du fonctionnalisme aborde l'étude des éléments culturels et si nous transposons en termes de sociologie juridique, l'étude des institutions juridiques par la recherche de leurs fonctions.

L'analyse fonctionnelle de la culture, dit ainsi Malinowski, part du principe que dans tous les types de civilisations, chaque coutume, chaque objet matériel, chaque idée et chaque croyance remplissent une fonction vitale quelconque.

Suivant la formule d'un autre auteur, aucune forme culturelle ne survivrait si elle ne constituait pas une réponse à un besoin d'adaptation ou d'ajustement.

L'insistance sur la notion de fonction est nette. Mais une certaine ambiguïté inhérente à cette notion se dégage. Quelquefois, en effet, la notion de fonction est employée en sociologie générale avec le sens général d'utilité, et rechercher quelle est la fonction d'une institution juridique, ce sera demander à quoi elle sert. La réponse sera facile, au moins chez les sociologues de sociologie générale : "Tout sert à quelque chose".

Ceci favorise l'introduction d'une nuance idéologique dans le fonctionnalisme, d'une nuance finaliste. On va glisser assez aisément vers un certain conservatisme.

En sociologie juridique, toute règle, toute institution a priori méritera d'être conservée parce que la présomption est qu'elle a une utilité. Si elle ne servait à rien, elle ne serait pas là, pourrait-on dire. Si l'utilité n'est pas apparente, elle est cachée, il suffit de chercher, on la trouvera.

A la vérité, certains fonctionnalistes se sont défendus de ce reproche, qui leur a été adressé, de finalisme naïf, et ils ont objecté que ce prolongement idéologique qu'on leur imputait n'avait rien d'inéluctable, de nécessaire dans leur théorie, et celle-ci pouvait subsister amputée de ces implications finalistes.

Il reste néanmoins une ambiguïté fondamentale qui pèse sur la notion de fonction dans son application

sociologique. "Fonction" signifie, chez les auteurs fonctionnalistes, tantôt une intention, tantôt une conséquence. Cela peut être entendu, dans un premier sens, subjectivement en se plaçant du côté des participants, comme disent les sociologues de sociologie générale, en se plaçant, dirions-nous en sociologie juridique, du côté du législateur ou du côté du juge ou encore du côté des participants.

Ici, nous avons un premier sens de la fonction: la fonction, c'est l'intention, le but que l'on poursuit à travers l'institution, à travers le trait de culture en sociologie générale, l'institution juridique en sociologie juridique. Mais dans une autre interprétation objective, la fonction, ce sera la conséquence que l'institution juridique produit spontanément, la conséquence naturelle inhérente à l'institution. Là, on ne se place plus du point de vue des participants mais du point de vue de l'observateur, du sociologue, du chercheur.

Raisonnons, par exemple, sur la fonction de la peine. La peine, diront certains, a pour fonction la vengeance de la victime ou de la famille de la victime ou bien : la peine a pour fonction l'intimidation individuelle ou collective, ou bien encore : la peine a pour fonction l'amendement du coupable. C'est un premier sens du terme fonction, c'est la fonction intention.

Dans cette première série d'acceptations, la fonction, c'est le but, l'intention, mais les sociologues admettent que la peine a une autre fonction : la solidarité collective. La cohésion de la société a été ébranlée par le crime et l'on nous dit en sociologie que la peine aura pour fonction de restaurer cette solidarité collective. Ici, la fonction, ce n'est plus le but conscient, délibéré, volontaire, la fonction, c'est la conséquence, une conséquence que l'observateur peut constater, mais ce n'est nullement une intention subjective du législateur ou du juge.

Ainsi, le terme "fonction" peut osciller entre deux sens : tantôt c'est le but que se proposent ceux qui créent le droit ou qui participent au droit, le but volontaire, artificiel, conscient, ce sont, dit-on parfois, des conséquences anticipées, en entendant par là des conséquences qui ont été prévues et recherchées ; tantôt c'est une fonction spontanée, naturelle ; au même titre que l'on parlera d'une fonction du corps humain, on parlera d'une fonction du corps social, et nous sentons ici un biologisme dont la sociologie se défait malaisément ; ce sont des conséquences non anticipées, dira-t-on dans

la terminologie utilisée précédemment.

Les sociologues font une opposition d'une forme un peu différente. Ils opposent les fonctions manifestes, explicites, d'une part, et d'autre part, les fonctions latentes.

Chez King Merton, sociologue américain contemporain, nous trouvons développée cette opposition entre fonctions manifestes et fonctions latentes, cachées. La distinction entre ces fonctions explique que des pratiques sociales d'apparence irrationnelles puissent se perpétuer bien qu'elles n'aient pas de fonctions manifestes. En l'absence de fonctions que l'on voit, on serait tenté de s'étonner de la survie de ces pratiques sociales, mais elles ont des fonctions latentes, qui l'expliquent : même si leur fonction manifeste n'est certainement pas remplie, elles ont une fonction latente qu'il suffit de retrouver ; c'est généralement qu'elle renforce la cohésion du groupe, la cohésion du corps social.

Cependant, est-il vrai qu'il existe toujours une fonction, même latente ? N'y-a-t-il pas des hypothèses où l'on se trouve devant une absence totale de fonction ? Ne peut-on pas se demander même, si certains éléments culturels, si certaines pratiques sociales, ne peuvent pas avoir tout le contraire d'une fonction : une fonction négative, une fonction nuisible ? Une dysfonction, disent certains sociologues, une mauvaise fonction, de même que l'appendice dans le corps humain, au moins aux dires de certains physiologistes.

Tel est le schéma en partie double que nous retiendrons pour essayer de l'appliquer aux fonctions du droit objectif. Nous distinguerons les fonctions positives et les fonctions négatives du droit objectif, en entendant par fonctions négatives à la fois l'absence de fonctions, les dysfonctions, et les fonctions nuisibles du droit objectif.

Cette distinction que nous traçons entre les fonctions positives et les fonctions négatives du droit objectif a une portée pratique : une portée de politique législative. En effet, du point de vue de la politique législative, il paraît a priori opportun de maintenir et de renforcer les fonctions positives d'une institution juridique, de maintenir et de renforcer une institution juridique qui apparaît comme ayant ces fonctions positives. A l'inverse, il paraît opportun d'éliminer les

institutions juridiques qui ont des fonctions négatives, qui n'ont pas de fonctions ou qui ont des dysfonctions. De même que l'on procède à l'ablation de l'appendice, il faut législativement procéder à l'ablation de ces institutions juridiques, de ces règles de droit qui apparaissent comme n'ayant que des fonctions négatives.

A/ Les fonctions positives du droit.

La recherche des fonctions positives du droit a été conduite fragmentairement. Elle a été surtout conduite pour certains types de droit, notamment pour le droit pénal.

Il est plausible de penser, du reste, que tous les types de droit n'ont pas les mêmes fonctions, que d'autre part les fonctions du droit ont pu varier à travers la série sociologique, à travers les diverses époques de l'histoire du droit, que les fonctions du droit peuvent se présenter différemment dans les sociétés archaïques et les sociétés industrielles. Il n'y a pas un schéma des fonctions positives du droit qui ait une valeur universelle et éternelle.

Une remarque doit être faite. Dans la doctrine, çà et là, surtout dans la doctrine allemande ou dans la doctrine américaine, on trouve la recherche des fonctions du droit menée avec une nuance particulière : il s'agit des fonctions que devrait remplir le droit, c'est-à-dire des qualités que doit présenter un droit objectif pour être rationnel, pour être juste, etc... Bref, il se mêle à la recherche un jugement de valeur.

C'est ainsi que pour Max Weber, la fonction du droit serait de produire la sécurité, de permettre à l'homme de prévoir les conséquences de ses actes. En effet, ce sont des qualités que l'on peut souhaiter dans un système juridique, dans un droit objectif, suivant une conception libérale et individualiste, mais ce ne sont nullement des fonctions spécifiques du droit en général, des fonctions inhérentes à la définition du droit.

Une loi rétroactive ne remplit pas la fonction de sécurité que Max Weber recherche et souhaite dans le droit, il n'empêche qu'une loi rétroactive, c'est tout de même du droit objectif. Un sociologue doit accepter l'existence des lois rétroactives comme des lois non rétroactives.



Il se mêle donc un jugement de valeur dans cette conception de la fonction du droit, fonction que devrait remplir un droit rationnel. Ce n'est pas cette conception qu'il faut suivre dans une recherche sociologique.

Il faut, et c'est une seconde observation, bien prendre garde qu'il s'agit ici de saisir les fonctions propres du droit, du juridique, et non les fonctions de toutes les règles sociales de conduite.

Reportons-nous à ce qui a été dit plus haut de la notion de juridicité. Quand on parle de fonctions du droit, il faut entendre des fonctions que les moeurs, lato sensu, ne suffiraient pas à remplir, des fonctions propres du droit. L'intervention du droit dans le social non juridique ne s'explique fonctionnellement que si le droit apporte quelque chose de nouveau : aliquid novi ? Que doit-il apporter ? Qu'apporte-t-il ? Cela peut s'apprécier selon des critères, des clivages différents.

Nous essayerons de procéder dans cette recherche, plutôt qu'à une énumération des fonctions que les sociologues attribuent au droit, à un classement de ces fonctions. Ici, nous pourrions faire une observation importante : il nous apparaît que les fonctions possibles du droit peuvent s'ordonner en couples de contradictoires, chose étrange de prime abord. Il semble que le droit objectif puisse avoir des fonctions antithétiques. Ce n'est paradoxal qu'en apparence, car nous pouvons présumer qu'il ne s'agit pas des mêmes types de droit objectif. Ces fonctions contradictoires concernent des types différents de droit objectif ou bien des moments différents dans l'évolution du droit.

Ces observations préliminaires étant faites, nous allons présenter un certain nombre de classifications des fonctions du droit objectif :

Premier couple de contradictoires : il s'ordonne autour de la notion de contrainte sociale. (Ne disons pas que le droit a une fonction de contrainte sociale, car ce n'est pas constamment exact). Mais il nous apparaît que tantôt le droit renforce, tantôt le droit assouplit la contrainte sociale qui déjà pouvait résulter déjà de tout le social non juridique, la contrainte sociale préexistante. Ceci n'est pas pour nous surprendre après ce que nous avons vu du critère de la juridicité.

Envisageons d'abord le premier aspect, le premier terme de ce couple : le renforcement de la contrainte sociale.

Le droit, peut-on dire, a pour fonction de renforcer les normes de conduite sociale aux endroits où se manifestent des possibilités de tension, des difficultés, où il apparaît que le social non juridique est insuffisant.

C'est là la fonction que, le plus classiquement, on attribue au droit objectif. La société a une gamme très étendue de moyens de contrainte, (plus largement de moyens de contrôle social, pour employer l'expression de la sociologie anglo-américaine), à sa disposition. Le droit est le plus énergique de ces moyens de contrôle social. Là où les autres moyens se révèlent insuffisants, où la simple réprobation morale les flatteries, les récompenses, les croyances, les commérages, tout instrument du contrôle social, ne suffisent pas d'après la sociologie anglo-saxonne, la société va mettre le droit en action. Le droit est un renforcement.

S'il en est ainsi, il y a un corollaire qui est, en effet, devenu assez banal : l'apparition d'une règle de droit prescrivant pour la première fois une conduite sociale ne signifie pas que cette conduite sociale est particulièrement respectée en fait, mais plutôt l'inverse. Le passage des mœurs au droit a souvent le sens d'un relâchement des mœurs.

Si nous interrogeons l'histoire du droit romain, il est bien certain que les lois de répression de l'adultère sous Auguste n'ont pas correspondu à une sacralisation du mariage mais plutôt à sa désacralisation dans les mœurs. Les mœurs ne suffisaient plus à assurer la fidélité des femmes, c'est pourquoi il a fallu y appliquer des moyens de droit.

Si la fiducia a été érigée en contrat obligatoire par le prêteur, c'est sans doute qu'à partir d'un certain moment les fiduciaires multiplièrent les infidélités. Pendant longtemps, les mœurs avaient suffi. Devant le relâchement des mœurs, il a fallu recourir au droit.

Prenons un exemple plus récent : une loi du 7 février 1924 a créé une incrimination de l'abandon de

famille dans le cas où le débiteur d'une pension alimentaire reste un certain temps sans payer. Cela signifie-t'il que l'obligation de la pension alimentaire en 1924 est devenue plus respectée et plus respectable ? Non, cela signifie que les moeurs ne suffisaient plus à assurer l'exécution spontanée de l'obligation alimentaire. Il a fallu y ajouter cette coercition particulière qui résultait du droit pénal.

Nous voyons donc ici une première fonction du droit : le droit peut venir renforcer la contrainte sociale qui résultait déjà, à un certain degré, des moeurs.

Mais l'inverse existe aussi et, dans certains cas, il nous semble que le droit assouplit, rend moins mécanique la contrainte telle qu'elle existait auparavant par le seul effet des moeurs.

Nous pouvons reprendre l'exemple de l'adultère : il y a eu des sociétés où l'adultère de la femme, restant dans la seule sphère des moeurs, était puni de mort par le mari. Le mari avait le pouvoir de mettre à mort la femme adultère sans recourir à la justice publique. Faire de l'adultère une incrimination juridique a pu, dans certaines circonstances historiques, avoir une signification d'assouplissement de la règle de moeurs ; en faisant intervenir le juge, on donne à la femme une chance d'échapper au châtiment ou de le rendre moins sévère. L'intervention du juge a ce rôle de flexibilité que nous avons déjà rencontré.

Tant que la puissance paternelle est restée une affaire de moeurs, elle a pu être particulièrement rigide, impliquer un droit de mise à mort par le père de famille. A partir du moment où on la fait entrer dans la sphère du droit, où l'on introduit le juge dans son exercice, un contrôle pourra s'instaurer, et finalement l'intervention du droit se traduit par un assouplissement de la règle.

Plus largement à notre époque, la création du droit administratif et l'extension du droit administratif ont eu le sens d'un assouplissement de la situation non juridique qui pouvait exister, où les administrations avaient tous les pouvoirs. L'introduction du contentieux administratif, de la judiciarité, n'a pas été un renforcement du contrôle social, au contraire. Antérieurement, l'action de la société était toute puissante; à partir du moment où il s'est créé un droit administratif.

des freins se sont introduits et la société a cessé d'être omnipotente.

La fonction du droit semble être d'ouvrir la discussion, la contradiction que les mœurs ne permettaient pas.

Deuxième couple de contradictoires : il s'ordonne autour de la notion de conflit.

Les conflits font partie de la vie sociale la plus naturelle (s'il est permis d'employer cette expression bien discutable) : conflits entre les individus, conflits entre les groupes. La vie sociale est faite de conflits. Le droit peut être conçu comme un moyen d'apaiser, d'apaiser les conflits. Il peut être aussi conçu comme un moyen de susciter les conflits. Il y a une fonction de pacification et, en antithèse, une fonction d'excitation des conflits qui appartient au droit.

Considérons d'abord la fonction de pacification : cette conception des fonctions du droit est aussi classique, que la fonction de renforcement du contrôle social. Il s'élève des conflits entre les individus. Le droit intervient plutôt ici sous la forme du jugement que sous la forme de la loi. Le droit a pour fonction éminente d'apaiser les conflits. Bien souvent, ce sera un juge charismatique, intuitif, plutôt qu'un juge syllogistique qui aura cette fonction d'apaiser les conflits.

Le rôle du juge de paix est caractéristique en la matière : la paix entre les hommes sera souvent obtenue par une transaction, un arrangement, un accommodement, plutôt que par l'application stricte de règles pré-existantes ; mais ces accommodements entre les hommes par l'office d'un juge, est une fonction de droit, une fonction d'apaisement.

Le jugement, expliquent certains psycho-sociologues, est un mécanisme de résolution des conflits par le passage d'une dyade : à une triade. Le conflit est une dyade : deux hommes s'affrontent. Pour résoudre le conflit, il faut nécessairement faire intervenir un tiers personnage. Il y a toutes sortes d'analyses psycho-sociologiques faites sur ce passage de la dyade à la triade, qui serait caractéristique de la technique du jugement.

S'il s'agit de conflit entre les groupes, entre les groupements, entre les classes sociales, par exemple,

la fonction pacificatrice du droit reposera plutôt sur la loi que sur le juge. Il y a des lois transactionnelles, des lois de compromis, dit-on dans une certaine terminologie.

Réfléchissons ainsi à la loi de 1898 sur les accidents du travail : elle a été un compromis entre le groupe des entrepreneurs et le groupe des salariés. Les entrepreneurs ont été rendus responsables de plein droit des accidents survenus aux salariés à l'occasion du travail, mais réciproquement ils n'ont été rendus responsables que d'une manière limitée, forfaitaire ; ils ont eu par conséquent un avantage en contrepartie de la concession qu'ils faisaient. C'est une loi transactionnelle.

Songez encore à la loi du 1er septembre 1948 sur les loyers, sur les baux des immeubles à usage d'habitation : c'est une loi de compromis. Les locataires ont obtenu le maintien dans les lieux mais en contrepartie, ils ont dû consentir à des augmentations de loyer.

La loi est ainsi intervenue pour remplir une fonction de pacification entre deux groupes sociaux qui, jusqu'alors, s'affrontaient. La fonction d'apaisement, de pacification, du droit est évidente.

Mais la fonction antithétique existe aussi : fonction d'excitation des conflits. Si les tendances à la compétition, voire à l'agressivité, sont naturelles chez les hommes et dans les sociétés humaines, le droit peut les provoquer, les rendre plus virulentes. C'est ici le procès qui sera mis en cause. Le procès est une pièce essentielle du droit. Or, il est une relation de conflit. Historiquement, il peut apparaître comme une forme atténuée des guerres privées, une forme larvée de la guerre.

Sans doute, les juristes diront que le procès n'est qu'un phénomène pathologique, qu'il ne faut pas s'hypnotiser sur le procès, mais le vulgaire a une autre vue, il a souvent l'impression que le droit fait pulluler les procès. Il y a beaucoup d'hommes dans la masse qui s'imaginent que le droit est créé pour faire naître les procès. C'est absurde. Cependant, il n'y a jamais eu d'étude désintéressée du phénomène et, au moins dans certaines sociétés sous-développées, il n'est pas sûr que le phénomène ne se soit pas vérifié, que les classes populaires n'aient pas été exploitées par les hommes de

loi faisant naître à plaisir des procès pour gagner de l'argent.

On objectera, à cet endroit, que cette fonction d'excitation des conflits est une dysfonction, une fonction nuisible, qu'elle n'est donc pas à sa place ici. Mais ce n'est pas nécessairement une dysfonction, car le procès peut être un moindre mal, et c'est sous cet aspect qu'il faut l'envisager. Le procès peut être un exutoire à l'agressivité des hommes, le substitut de formes plus graves d'agressivité.

Il se pourrait bien que le développement très caractéristique de la processivité au XVIIe siècle ait été une compensation à l'interdiction des duels. L'agressivité d'une certaine classe sociale qui ne pouvait plus trouver son exutoire dans les duels et, plus anciennement, dans les guerres privées, s'est rejetée vers le procès. Cela valait sans doute mieux pour la société. C'était une fonction utile du procès que de substituer des formes non sanglantes de conflits à des formes sanglantes.

La troisième classification s'ordonnera autour de la notion d'éducation, et l'on aura ici à parler d'une fonction d'ordre pédagogique qui appartient au droit objectif. Que dans une société le droit puisse contribuer à l'éducation générale des individus, (pas spécialement l'éducation juridique), est une idée fort ancienne que la technicité et la multiplicité des réglementations dans les sociétés industrielles nous ont fait perdre de vue. Mais il y a eu dans le passé des périodes d'intense foi dans la foi, où la fonction pédagogique du droit a semblé évidente.

La Thora, la loi mosaïque, a eu cette fonction pédagogique. Certains versets du Deutéronome, chapitre 6, versets 7 et suivants, sont très nets : "Tu inculqueras ces préceptes à tes enfants, tu les inscriras sur les poteaux de la maison, sur les linteaux de tes portes." La fonction pédagogique de la loi est ici mise en relief.

Mais sous la Révolution, il y eut semblablement une très grande confiance, une très profonde foi dans la loi et d'innombrables catéchismes républicains, qui étaient à base de constitution et de légalité, parurent alors.

La dégradation de cette idée d'une fonction pédagogique de la loi se trouve dans l'instruction civique de la IIIe République, mal réalisée, trop limitée

sans doute, mais réelle.

De nos jours, l'attention est attirée par des idées analogues dans les pays socialistes. Les juristes de l'Union Soviétique et des démocraties populaires insistent beaucoup sur la fonction éducative du droit, de la législation, mais aussi de la juridiction. Sans doute ils appliquent cette fonction aux citoyens adultes, mais en soi il n'y aurait pas là une différence fondamentale, surtout à une époque où l'on veut que l'éducation soit permanente et où l'Etat traite facilement les adultes en enfants.

Là où la différence est peut-être plus essentielle entre la conception socialiste et la conception ancienne de la pédagogie par le droit, c'est plutôt dans la conception que les juristes des démocraties populaires se font du mécanisme psychologique par lequel la fonction pédagogique doit s'accomplir.

Dans la conception traditionnelle (ainsi pour la Thora, ainsi pour la loi révolutionnaire) où les préceptes de la loi devaient être enseignés comme tels et confiés comme un dépôt à l'intelligence et à la volonté des individus.

Dans les pays socialistes, à l'heure actuelle, il semble qu'on attende de la loi qu'elle modèle la mentalité des individus, la conscience mais aussi l'inconscience des individus et la loi, dans cette fonction d'imprégnation, de modelage, des mentalités aura un relai plus charnel, plus immédiatement présent dans le juge. Son intervention est capitale dans la fonction pédagogique du droit telle que la perçoivent les juristes des pays socialistes.

Le juge, disent-ils, a le devoir, non pas de condamner une partie au profit de l'autre quand il intervient dans un procès civil, mais de réconcilier les parties entre elles, mais surtout et plus encore de réconcilier la partie à laquelle il donnera tort, (celle qui, par hypothèse, s'est montrée asociale, en non-conformité avec le droit) avec la communauté.

La fonction pédagogique devient plus concrète. C'est de la "cure d'âme", pourrait-on dire, avec tout ce que cela implique de conviction religieuse. C'est de la rééducation, en termes plus pédagogiques.

A ce stade, il nous est loisible de revenir en Occident. La rééducation, là, nous est bien connue : c'est la forme notoire que prend la fonction pédagogique du droit "ad usum delphini", à l'usage de la jeunesse. C'est très visible dans le droit de l'enfance délinquante ou de l'enfance en danger. On fait de la rééducation.

Mais faisons le point. Une synthèse est possible entre ces différentes expériences, anciennes ou actuelles. Une synthèse est possible par-delà les fonctions de commandement, en face d'un problème déterminé. Le droit, dirait-on, contribue à la formation de la personnalité de l'individu, à sa formation harmonieuse, à sa formation sociale. C'est l'idée générale, le terrain commun où nous retrouvons les différents éléments que nous avons recensés.

Si nous y regardons de plus près, nous verrons cette première idée se diversifier en deux fonctions qui ne sont pas tellement conciliables : l'éducation et la rééducation, ou la fonction gnomique et la fonction médicale du droit.

Par fonction gnomique, il faut entendre que le droit sera regardé comme un recueil de maximes, de sentences à l'usage des enfants sages, à l'usage des honnêtes gens, comme un régulateur continu d'une vie paisible.

La fonction médicale, c'est tout autre chose : on suppose des malades. Il s'agit de prophylaxie et de thérapeutique à l'intention des mauvais garçons. Le droit n'est plus ici le régulateur continu d'une vie paisible, c'est une succession d'orages, de tempêtes, de maladies où il faut que l'Etat intervienne.

A quoi correspondent deux modes d'intervention du droit au fond très différents ?

Pour apercevoir l'opposition, il n'est que de réfléchir à deux ordres de textes qui se trouvent rassemblés dans le même titre du Code Civil :

L'article 371 du Code Civil dit :

"L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses parents".

C'est une sentence que nous pourrions encore écrire sur le linteau de nos portes, c'est du droit gnomique.

Les articles 375 et suivants, modifiés par l'ordonnance du 23 décembre 1958, sont les mesures d'assistance éducative. C'est la prophylaxie et la thérapeutique.

La tendance du législateur moderne est en effet à la fonction médicinale du droit plutôt qu'à la fonction gnomique. De plus en plus, il légifère en considération de cette situation pathologique. A chaque infirmité sociale, morale, sa règle de droit. Si bien qu'on aboutit à un droit qui est une sorte de cour des miracles : la réunion de tous les infirmes de la vie sociale avec les remèdes adéquats en marge. Les bien-portants, dit-on, pour défendre cette conception de la fonction du droit, n'ont pas besoin de droit, ce sont les malades qui en ont besoin et, dès lors, il est normal que le droit ressemble à une pharmacie. Sans doute, mais à donner au droit une odeur d'hôpital, il y a un grand risque : celui de dégouter du droit les gens bien-portants.

Une quatrième classification s'ordonne en termes de psychologie affective, émotionnelle : il s'agit de la fonction d'ordre psychologique que l'on attribue au droit. Que faut-il entendre par là ? La notion n'est pas des plus claires.

Il arrive aux sociologues américains d'évoquer ce qu'ils appellent la fonction expressive du droit, ils disent que le droit sert à satisfaire des besoins expressifs de la société. Ce besoin d'expression qui existerait dans la société se situe à différents niveaux.

Quelquefois, l'idée sous-jacente à cette formule paraît être qu'une société s'exprime par son droit comme elle s'exprime par sa littérature, par son art, par sa langue. En d'autres termes, le droit serait un des éléments de la culture d'une société, par conséquent un moyen d'expression de la société au même titre que la culture en général. C'est dans cette vue qu'on affirme, par exemple, que le Code Napoléon a été l'expression de la société française issue de la Révolution de 1789 ; ou encore que le mariage monogamique est l'expression de nos sociétés occidentales.

On est très près ici de cette fonction gnomique dont il a été antérieurement question. Néanmoins, la conception demeure vague, elle participe du vague inhérent à la notion-même de culture ou de civilisation (encore que les deux termes ne soient pas analogues chez les sociologues contemporains), du vague inhérent à l'idée d'une

psychologie nationale qui s'exprimerait dans un droit national. Outre qu'il y a une difficulté particulière : c'est de savoir quelle est la place du droit dans l'ensemble de la culture d'une nation. Le droit a certainement une place à part dans l'ensemble de la culture, il est tantôt en retard, tantôt en avance sur d'autres traits culturels. Donc, cette première traduction de la notion de fonction psychologique demeure assez vague.

Ailleurs, on trouve une autre interprétation, qui peut sembler plus concrète : le droit aurait une fonction psychologique en ce qu'il servirait à extérioriser des sentiments profonds, latents, dans l'individu ou dans la collectivité.

On peut partir d'une observation très banale. Il est courant de dire que certaines lois dans l'histoire ont été des lois cruelles, des "sadiques", dira-t-on même parfois, devant certains exemples criants. Ces lois pouvaient répondre à certaines finalités objectives, mais elles ont pu extérioriser aussi la cruauté d'un homme investi du pouvoir législatif ou d'une collectivité d'hommes, la cruauté d'une société. De même, et peut-être même plus facilement encore, on admettra qu'il y a eu des jugements cruels, non pas seulement à cause d'une cruauté personnelle du juge mais, plus sociologiquement, à cause de la cruauté de la société, dont le juge était l'expression. Ainsi, le droit pourrait répondre à un besoin passionnel de la société ou d'un groupe d'individus à l'intérieur de la société. C'est surtout pour le droit pénal le plus charnel, le plus affectif, le plus émotif, de tous les droits, que l'on a fait cette observation.

Dans certaines sociétés primitives, le procès pénal lui-même est déjà une forme d'amusement public. Mais plus encore les châtements, les supplices, paraissent également servir d'exutoire à des passions de la société. Les sentiments d'aversion, de répulsion, qui ont été provoqués par certains crimes trouveront leur issue dans le droit pénal. La preuve en est, remarquent certains sociologues que si les voies juridiques sont senties comme trop froides, trop-raisonnables, par une société, elles ne satisferont plus ces besoins émotionnels que la société éprouve. Ces voies juridiques engendreront de nouvelles tensions qui ne pourront trouver leur solution que dans des voies non juridiques ou para-juridiques. C'est par ce processus psychologique que l'on explique des phénomènes comme la loi de Lynch.

C'est encore un troisième niveau de l'explication,

peut-être plus sociologique, moins psychologique, bien qu'il s'agisse toujours de la fonction psychologique : le droit répondrait à un besoin de cohésion sociale que ressentirait la société. C'est à ce niveau que nous allons rencontrer encore une ambiguïté, une contradiction fondamentale. Le droit est une pierre de touche du sentiment d'obéissance, mais il peut être conçu, suivant les cas, comme destiné à satisfaire un besoin d'obéissance ou, à l'opposé, un besoin de désobéissance qui ne serait pas moins naturel.

Satisfaire le besoin d'obéissance, c'est la fonction psychologique directe du droit objectif. Il y a sans doute, dans la société, un besoin psychologique (de psychologie collective) d'ordre, de stabilité, de généralité, de permanence. Ce sont là des vertus dont on peut attendre que le droit leur donnera satisfaction.

Des sociologues fonctionnalistes ont décrit ainsi cet accomplissement de la fonction psychologique directe du droit. Ainsi, Georges Herbert Mead, dans un article consacré à la psychologie de la justice pénale, écrivait ceci :

"L'hostilité à l'égard de celui qui viole la loi a l'avantage unique d'unir tous les membres de la communauté dans une même émotion en face de l'agression. Le cri "au voleur" ou "à l'assassin" est en accord avec des complexes profonds. Il unit contre l'ennemi commun des citoyens séparés par des intérêts divergents".

Ainsi, la fonction du droit serait de nous donner, en quelque sorte, des motifs de communier à l'intérieur de la société contre un ennemi commun: les violateurs du droit alors que tout sépare, nos intérêts, nos sentiments, nos tendances propres, le droit nous réunit contre le transgresseur de la règle.

Durkheim s'exprimait en termes analogues dans un article intitulé "deux lois de l'évolution pénale". Pour lui, la fonction du droit pénal est cette réaffirmation de la solidarité collective. Il appelait cela une fonction latente du droit pénal, et considérait que cette fonction était plus importante que la fonction manifeste, la fonction manifeste étant la conséquence que le droit pénal peut avoir pour le criminel lui-même (ou la victime).

Mais n'y-a-t-il pas une fonction psychologique inversée ? Est-ce que la fonction latente du droit n'est

pas aussi de susciter un obstacle sur lequel viendra mordre le besoin de révolte qui est inhérent aux individus ? Est-ce que la fonction du droit n'est pas de purger ce besoin de révolte ?

Le verset de Paul de Tarse dans son épître aux Romains : "La loi est intervenue pour que l'offense abondât", est sujet à toutes sortes d'interprétation. Mais plus près de nous, l'école freudienne a donné cette interprétation du droit pénal : "Le droit pénal, dit-elle, répond à un besoin de la peine" ; de la pénalité, qui est inhérent aux individus.

La conception psychanalytique de la criminalité et de la pénalité, c'est que le criminel trouve un soulagement moral à commettre le crime, acte défendu. Il a besoin d'enfreindre une interdiction car ainsi il trouve une justification objective à son sentiment de culpabilité. Il y a besoin d'infraction et, par delà, un besoin de pénalité, si bien que le droit objectif à l'intérieur de la société a une sorte de fonction purgative fort importante qui est de faire pulluler les violations de lui-même afin de donner une satisfaction à ce besoin passionnel qui est dans l'individu.

Ainsi réapparaît l'antithèse autour de cette notion d'obéissance. Les fonctions psychologiques du droit s'ordonnent en contradictoires, obéissance, certes, mais désobéissante aussi.

Il nous reste un dernier couple de contradictoires à étudier qui s'ordonne par rapport à la notion de durée.

Les hommes, les sociétés, se situent dans la durée et le droit joue un rôle dans la manière dont les hommes, les sociétés, s'insèrent ainsi dans la durée. Le droit objectif est là parfois pour accrocher les individus et les sociétés. Il a une fonction de résistance à l'évolution, une fonction de stabilisation, de tradition, mais sous d'autres formes, il a la fonction inverse, il pousse en avant, il a une fonction d'impulsion, de progrès, de mouvement.

Reprenons ces deux termes antithétiques. La fonction de tradition de droit a à peine besoin d'être expliquée et l'observation montre que le droit résiste souvent plus fortement aux changements qui emportent les sociétés que tous les autres éléments de la culture. Concernant le droit privé, qui est le plus juridique de tous

les droits mais aussi le plus inerte, celui qui résiste le plus aux changements, il existe une hypothèse sociologique d'un **marxiste** autrichien, Karl Renner ("Les Institutions du droit privé et leur fonction sociale", 1904). Cette hypothèse, c'est qu'une transformation radicale de la société n'implique pas toujours une modification concomitante de la superstructure juridique. Contrairement aux vues originelles de Karl Marx, d'après lequel le droit n'est jamais qu'une superstructure artificielle, par conséquent entraînée par les mouvements de la superstructure, Renner a essayé de montrer que la superstructure de droit privé résistait aux mouvements, avait toujours un temps de retard.

Le droit peut avoir cette fonction de résistance à son caractère formel qui lui donne une plus grande rigidité. Ainsi, le droit nous apparaît comme un facteur de relative stabilité sociale. Il assure la continuité de la société, de son système de valeurs, la continuité de l'image qu'elle se fait d'elle-même.

Nous n'avons qu'à penser au droit coutumier pour comprendre combien le droit peut être un enracinement dans le temps, dans la durée.

Mais l'inverse existe aussi et, en antithèse avec la fonction précédente, nous voyons le droit exercer une fonction d'impulsion, le droit devenir un instrument d'action sociale, plus concrètement un instrument d'interventionnisme économique. Seulement, ici, le droit ne sera plus le droit coutumier mais plutôt le droit légal, la loi : apparaissant comme un commandement quasi instantané.

Toute la réglementation moderne a cette finalité: l'instrument politique, l'instrument de politique sociale, de politique économique. C'est tout de même du droit. Songeons à une loi qui ne cache pas ce qu'elle est comme la loi d'orientation agricole du 5 août 1960. Le terme est tout de même très expressif, il s'agit d'agir, d'orienter le mouvement de l'économie agricole. Songeons à ce type de loi que prévoit notre Constitution de 1958 dans son article 34 : les lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat.

Nous voyons bien ici apparaître la loi avec cette fonction d'impulsion qui semble la négation de la fonction de résistance, de la fonction de tradition, de la fonction d'enracinement dans le temps qui était la fonction précédente.

Conception moderne, pourrait-on dire. Il faut toujours être réservé quand on croit que notre époque innove. A la vérité, la conception n'est pas, autant qu'on peut le croire liée à notre époque, à l'apparition de techniques qui seraient en continuelle recherche et qui, de ce fait, postulerait une législation constamment renouvelée.

Michel de l'Hôpital, parlant devant le Parlement de Paris, en 1561, essayait de justifier les changements continuels que l'on apportait à la législation des cultes, à son époque. Il disait : "Ce n'est pas étonnant que les édits changent continuellement en matière de religion parce que la matière elle-même change continuellement". C'était l'époque où la théologie était la technique en continuelle recherche. Il fallait adapter la législation à cette mobilité de l'objet. Aujourd'hui, les techniques sont d'une autre sorte.

En fait, le concept de droit objectif porte en lui les deux fonctions antithétiques : tradition et impulsion, résistance et mouvement. Là encore, nous constatons un couple de contradictoires.

Après l'étude des fonctions positives du droit, examinons les fonctions négatives que l'on peut attribuer au droit. Cette formule "fonctions négatives", réunit deux phénomènes substantiellement différents, qui ont, cependant, entre eux, un trait de commun : ils appellent une même attitude de la part du législateur. En présence d'une fonction négative du droit, il semble, en effet, que le devoir rationnel du législateur soit d'éliminer la règle ou l'institution dont il s'agit comme un élément, soit inutile, soit nuisible.

"Inutile", nous sommes devant l'hypothèse appelée, l'absence de fonction de la règle de droit ou de l'institution juridique ; "nuisible", nous sommes alors en présence des dysfonctions du droit.

Reprenons ces deux phénomènes.

Tout d'abord, l'absence de fonction. Cette situation, à la vérité, est rare, si l'on considère l'origine de la règle de droit ou de l'institution juridique. Normalement, l'institution ou la règle a dû avoir une fonction à l'origine ; sinon, on s'expliquerait mal son apparition. C'est par la suite que cette fonction a dû disparaître : après avoir eu une fonction normale, utile, la règle de droit ou l'institution juridique est arrivée

à la perdre ; c'est ce que, de notre point de vue, on a parfois appelé "le vieillissement des règles de droit et des institutions juridiques". La règle apparaît alors comme une pure survivance.

Creusons cette notion de survivance. Faut-il entendre que la survivance n'a pas de fonction, n'a pas d'utilité ? ... Est-ce que l'on peut jamais parler, s'agissant de règle de droit ou d'institution juridique, d'une survivance pure ? ... Par là même qu'une règle ou une institution vient du passé n'a-t-elle pas une fonction ? ...

Un paradoxe a été présenté en sociologie générale au sujet des boutons des manches des costumes masculins. Il est possible qu'à l'origine ils aient eu une fonction. A la vérité, les sociologues ont eu beau s'attacher à ce problème, ils ne sont pas arrivés à délimiter nettement quelle avait pu être cette fonction originelle de nos boutons de manches, mais, à l'heure actuelle, il est notoire que les boutons des manches de veston des hommes n'ont plus de fonction apparente. Mais, ici, certains sociologues interviennent et disent :

- Ces boutons ont une fonction de continuité ; ils contribuent, dans les sociétés occidentales, à nous rattacher à un passé et cela est extrêmement précieux."

Seulement, quand on pousse le raisonnement aussi loin, il est évident que l'on en arrive à une espèce de fonctionnalisme universel ; tout pourra ainsi avoir une fonction, la fonction de conserver les usages, de maintenir une tradition, d'assurer une continuité. Certains esprits n'hésitent pas à aller jusque là. Citons une phrase de Bergson dans "Les sources de la morale et de la religion" :

" L'obéissance de tous à des règles, même absurdes, assure à la société une cohésion plus grande."

Par conséquent, peu importerait le contenu de la règle ; l'essentiel, c'est qu'il y ait une règle à laquelle la société, dans son ensemble, adhère. La règle, même absurde, peut avoir ainsi, au sein de la société, une fonction de cohérence.

Cette explication fonctionnaliste paraît trop vague ; le risque, à la suivre, c'est que l'on érige des habitudes en nécessité. Il ne faut pas confondre

tout de même habitude et nécessité. Le conservatisme, qui est le péril inhérent aux tendances fonctionnalistes, apparaît sous un jour cru avec l'exemple sur lequel nous venons de réfléchir. Rationnellement, à l'absence totale de fonction, - qui risque, avec des vues théoriques comme celles qui viennent d'être exposées, d'être une hypothèse inexistante - il convient d'assimiler des fonctions qui seraient extrêmement tenues, purement symboliques, si bien qu'elles ne feraient pas le poids, en face des inconvénients pratiques, qui sont corrélatifs au maintien de la règle de droit ou de l'institution juridique.

Qu'il s'agisse de la perruque du juge anglais ou du style du Palais, qui a pu être utilisé, en France, à une certaine époque et qui, partiellement, du reste, survit de nos jours encore, il y a des règles de droit, des institutions juridiques qui n'ont plus qu'une fonction extrêmement symbolique et, à ce degré-là, la fonction ne mérite plus, sans doute, d'être comptée au nombre des fonctions positives.

C'est, principalement, dans le domaine du formalisme que nous pouvons nous attendre à découvrir de ces survivances vidées de leur fonction pratique. Néanmoins, le même phénomène est concevable dans le domaine des règles de fond, a priori. Par présomption, la liste des lois qui viennent abroger des règles de droit antérieures doit nous donner une liste de règles de droit qui n'avaient plus de fonction.

Citons un exemple récent, - qui n'est, d'ailleurs, pas sans contact avec la matière des successions - le privilège des matelots et pêcheurs de Fort-Mardyck (Nord), petite localité voisine de Dunkerque. Louis XIV avait fait, en 1670, aux matelots et pêcheurs de cette localité des concessions assorties de certains privilèges, de certaines règles de droit qui dérogeaient au droit commun de la province. Ces privilèges ont survécu jusqu'à 1962, mais, au dire des intéressés, du moins, ils étaient devenus des désavantages car les matelots et pêcheurs concessionnaires ne pouvaient procéder à aucune mutation immobilière, si bien que la concession de 1670 apparaissait comme une institution juridique qui n'avait plus de fonction. Et c'est sur la demande des intéressés, en se fondant sur cette absence de fonction de l'institution juridique primitivement utile, que la loi du 31 juillet 1962 est venue supprimer le privilège de Fort-Mardyck.

A ce phénomène sociologique de la perte de fonction du droit, la théorie dogmatique des sources, la théorie dogmatique de la loi a, parfois, cherché à adapter un mécanisme automatique d'abrogation. Une loi, d'après une certaine théorie de l'abrogation, dite de l'abrogation rationnelle, devrait être regardée de plano comme caduque, sans qu'il y ait besoin de l'intervention formaliste du législateur, par la voie de l'abrogation, à partir du moment où les circonstances qui ont motivé sa promulgation ont disparu.

Remarquons le bien, il ne s'agirait pas, dans cette théorie, de l'abrogation dite tacite, qui résulte d'une loi nouvelle implicitement, incompatible avec la loi précédente, il s'agirait ici d'une abrogation qui résulterait de ce que les motifs de la loi ont, par la suite des temps, disparu... Ce serait l'abrogation rationnelle par le retrait, en quelque sorte, de la ratio legis, du motif qui, à l'origine, a justifié la règle de droit. Ce serait, par conséquent, un mécanisme d'abrogation qui se calquerait sur la thèse fonctionnaliste ; dès lors que la règle de droit ne remplirait plus sa fonction, aurait perdu sa fonction originelle, la règle de droit perdrait sa force obligatoire, il y aurait abrogation.

La Cour de Cassation n'a jamais admis cette thèse de l'abrogation rationnelle. Il semble, au contraire, que le Conseil d'Etat, en certaines hypothèses tout au moins et, notamment, pour les règlements de police, ait admis qu'un bouleversement des circonstances ayant motivé, à l'origine, un règlement ouvre au moins le délai du recours pour excès de pouvoir. Par conséquent, la perte de fonction d'une règle de droit retentirait sur la validité juridique de cette règle. Citons en ce sens deux arrêts que le Conseil d'Etat a rendus le 10 janvier 1964.

Examinons en second lieu la "dysfonction du droit", c'est-à-dire les mauvaises fonctions du droit.

Le droit, ici, non seulement n'a plus de fonction mais il porte une nuisance en lui ; il a, désormais, une fonction nuisible. Le postulat, c'est que, les bonnes fonctions, ce sont, parmi les conséquences observées d'une règle ou d'une institution juridique celles d'entre elles qui concourraient le plus à l'adaptation ou à l'ajustement d'un système donné.

Nous avons vu comment, dans les thèses fonctionnalistes, on insistait sur cette idée d'adaptation et

d'ajustement. Les dysfonctions, partant de là, seront des conséquences inhérentes à la règle ou à l'institution qui gênent l'adaptation ou l'ajustement du système juridique. Les dysfonctions du droit traduisent une résistance du facteur humain à un comportement qu'on avait essayé d'obtenir mécaniquement par la règle de droit, par l'institution juridique. Le législateur, la société ont essayé d'obtenir certaines conséquences, mais rien n'est automatique dans le domaine social, le facteur humain intervient, résiste, et, au lieu des fonctions utiles que l'on pouvait escompter, on voit apparaître des dysfonctions.

Une règle ou une institution peut avoir, du reste, tout à la fois, des conséquences fonctionnelles et des conséquences dysfonctionnelles. C'est une complication, mais on comprend comment elle peut facilement se produire. La règle de droit peut, à côté de conséquences utiles, produire des conséquences nuisibles. La question surgit alors d'un solde net, comme disent les sociologues américains, à établir ; qu'est-ce qui doit l'emporter, dans le bilan, du positif et du négatif, des fonctions et des dysfonctions, notamment pour tirer des conclusions politiques, de politique législative ?

Nous pouvons faire l'observation empirique générale que ces dysfonctions des règles de droit et des institutions juridiques sont souvent latentes, n'apparaissent pas toujours du premier coup d'oeil. Les fonctions utiles sont les plus apparentes, les plus palpables ; les dysfonctions se cachent. Ces dysfonctions peuvent être de deux sortes : il y a des dysfonctions spécifiques et des dysfonctions génériques.

- Les dysfonctions spécifiques sont spéciales à la règle ou à l'institution juridique considérée ; elles proviennent de la matière même de la règle ou de l'institution juridique. Voici quelques exemples :

Une loi du Directoire avait institué un impôt dit "des portes et fenêtres". Les finances du Directoire étaient aux abois, et l'on avait songé à cette recette fiscale d'un maniement facile, le signe étant très extérieur.

Cette loi fiscale produisit, au bout d'un certain temps, une dysfonction bien connue : les riverains de la voie publique bouchaient un certain nombre de leurs fenêtres, ce qui était, évidemment, une conséquence peu souhaitable du point de vue de la santé publique. C'était

une dysfonction de la loi fiscale. Sa fonction, était de procurer des recettes à l'Etat; sa dysfonction, d'entraîner les particuliers à renoncer à l'air et à la lumière.

Le Code Civil avait imposé la déclaration des naissances. L'article 57 fut, d'abord, interprété, au début du XIXe siècle, par les officiers de l'état-civil, comme enjoignant aux déclarants de faire connaître le nom de la mère. Quand il s'agissait d'une naissance illégitime, cette déclaration du nom de la mère pouvait être considérée par celle-ci comme une flétrissure. En fait, les mères naturelles cherchaient à dissimuler la naissance de leurs enfants illégitimes et le résultat de cette interprétation de l'article 57, fut d'entraîner un certain nombre d'infanticides. Il est évident que ce n'était pas ce qu'avait recherché le législateur, mais il y avait là une dysfonction.

Citons également un exemple qui se trouve au droit des successions et qui est très célèbre, mais - à la vérité, beaucoup plus controversé : il s'agit des lois du Code Civil qui avaient édicté le partage égal des successions entre les enfants. On a, au XIXe siècle, imputé à cette législation de partage égal un effet sur la natalité ; on a soutenu que les petits propriétaires, à la campagne, avaient été entraînés, par cette législation, à restreindre leur descendance. La dénatalité française a été imputé comme une dysfonction à cette législation du Code Civil sur le partage égal des successions.

La dysfonction générique, c'est une dysfonction qui procède de l'intervention même du droit, abstraction faite du contenu de la règle. Par le seul fait que l'on fait intervenir le droit et, plus particulièrement, que l'on fait intervenir la loi, certaines conséquences vont se produire, qui peuvent être regardées comme des conséquences socialement nuisibles.

Toute loi, en soi, est un mal. C'est une formule du libéralisme ; il semble qu'elle vienne de Bentham ; en tout cas, elle a été répétée pendant tout le XIXe siècle, à l'époque où l'individualisme et le libéralisme étaient triomphants.

La contrainte juridique, a-t-on dit, est, par elle-même, génératrice de certains troubles psychologiques. Les fonctions utiles que l'on peut attendre d'une intervention législative, dans un cas précis, doivent donc toujours être mises en balance avec le trouble générique

qui est inséparable de toute intervention de la loi.

On peut trouver que la dysfonction générique ainsi dénoncée par le libéralisme est dénoncée par lui sans précision suffisante. Qu'est-ce au juste que ce trouble générique qui serait inhérent à l'intervention de la loi ? ... On peut découvrir des essais de précision chez quelques auteurs, citons un passage de Laski, le publiciste anglais, grand tenant du libéralisme de l'entre-deux-guerres ; c'est un passage de son ouvrage intitulé "La liberté".

"Il ne faut pas oublier, écrit-il, que l'excès
" de législation présente toujours le danger d'atro-
" phier la volonté des individus par la limitation de
" leur responsabilité. Le caractère de l'homme, c'est
" d'apprendre, en s'entraînant, à triompher lui-même
" de la tentation. L'homme doit, d'une façon générale,
" trouver ses propres limitations dans son expérience
" personnelle et il ne peut, sous peine de détruire
" sa personnalité, passer sa vie à conformer sa con-
" duite à des règles et à des habitudes qui sont le
" fruit de l'expérience d'autrui".

Prélevons au passage des expressions caractéristiques : la volonté, le caractère, la personnalité, expressions typiques d'une certaine idéologie anglaise, à une certaine époque tout au moins. C'est le produit de toute une philosophie que nous trouvons dans ce passage de Laski.

Ainsi, pour lui, la dysfonction générique du droit tiendrait à une altération des mécanismes de la volonté, des mécanismes de formation de la personnalité, de formation du caractère dans les sujets de droit.

La psychologie sociale contemporaine, peut-être parce qu'elle a subi l'influence de la psychanalyse, a une conception différente de cette dysfonction générique du droit ; elle songe plutôt aux névroses que toute contrainte peut engendrer dans l'individu. Citons un exemple récent, qui nous est donné par un colloque tenu, en novembre dernier, par la Société Nationale pour l'étude de la stérilité et de la fécondité. Dans ce colloque, on a agité le problème, très à la mode, du contrôle des naissances et de la contraception, et l'un des orateurs a fait les remarques suivantes: Qu'il était probable que la question de la contraception se réglait à l'intérieur du couple, selon des critères qui n'avaient rien de juri-

dique. Mais l'existence de la loi du 31 Juillet 1920 (c'est une loi qui, est venue, dans une atmosphère, très nataliste et, en même temps, un peu d'ordre moral : on sortait de la guerre de 1914-1919) interdire la propagande anticonceptionnelle et le décret du 29 juillet 1939, dit "Code de la Famille", y a ajouté dans un article 91.

Bref, nous avons des textes et, disent les orateurs, l'existence de ces textes peut ajouter à ce règlement purement interne du problème à l'intérieur du couple, un sentiment plus ou moins conscient de culpabilité qui accroît les tendances névrotiques liées à la vie actuelle".

La conclusion normative était donc qu'il est absurde et nuisible de laisser cette législation subsister telle quelle, parce qu'elle est génératrice de névrose.

Par elle-même la loi engendrerait des troubles psychiques et ce serait là une dysfonction. Nous saisissons sur le vif une dysfonction inhérente à l'intervention du droit.

Il est certain que nous sommes en présence d'un problème qui est spécifiquement de sociologie juridique et qui n'a pas été réellement étudié. Ce serait la tâche d'une sociologie juridique scientifique, qui en aurait les moyens : il s'agirait d'isoler, si elle existe, la névrose proprement juridique, en la dégageant de toutes les autres causes névrotiques qui peuvent agir sur le sujet afin d'isoler les phénomènes de névrose légale ou de névrose judiciaire.

2 - L'action du droit.

Du droit, mécanisme social, nous pouvons attendre une certaine action dans la société, une modification dans les comportements humains.

Le législateur est un peu dans la position d'un canonnier: il charge son arme, il pointe plus ou moins à vue d'oeil, il entend le coup partir, mais quelle sera l'action, quel sera l'effet ? ... Bien souvent, il l'ignore.

De cet ensemble de problèmes que l'on peut réunir sous la rubrique "L'action du droit", retenons deux aspects :

- Comment le droit opère-t-il ?

- Est-ce que le droit opère toujours ?

A/ Comment le droit opère-t-il ?

En se référant aux critères de la juridicité, qui voit dans la contrainte sociale le signe du droit, - critère classique, non à l'abri des objections, du reste, - on est tenté de répondre et, souvent, on répond que le droit opère par la force.

Des formules de Ihering mettent la force derrière le droit.

Quelquefois, on accepte de transposer la solution du physique au psychologique et l'on précise que le droit opère par la peur. Précisons peut-être davantage.

La peur, c'est un vocable sous lequel, en psychologie générale, on distingue l'angoisse et la crainte. Ici, il s'agirait simplement de la crainte.

Ces assertions, à l'expérience, apparaissent trop brutales, les modes d'action du droit sont plus complexes et plus nuancés, aussi bien au physique qu'au psychologique.

Les premiers modes d'action du droit sembleraient devoir être des modes d'action physiques et, quand ils en parlent, les sociologues songent surtout aux modes d'action du droit pénal, ce qui s'explique parce que la peine paraît avoir cette particularité de pouvoir faire une violence physique à la personne.

Il semble qu'entre le droit civil, par exemple, et le droit pénal, on puisse mettre cette différence, assez importante sociologiquement, que le droit pénal contraint la personne, tandis que le droit civil semble, au contraire, chercher à éviter toute contrainte ou toute coercition sur le corps humain.

Cependant, il faut noter que, selon la définition même que l'on donne de la peine en droit pénal, celle-ci n'est que partiellement une mise hors d'état de nuire du coupable, par conséquent une action directe sur son corps. Quand on raisonne la définition de la peine, on en vient à dire que c'est un mécanisme d'intimidation individuelle ou collective, ce qui réintroduit la psychologie dans le mode d'action du droit pénal.

Est-ce à dire qu'il n'y ait pas des actions physiques du droit ? ... Si, mais on les trouve peut-être mieux, plus clairement dans d'autres domaines. Le droit public, le droit administratif, dans la mesure où ils procèdent à l'exécution d'office, paraissent utiliser des modes d'action physiques. Le droit de clôture, en droit privé, comme attribut du droit de propriété sur les immeubles, manifeste un mode d'action physique du droit bien plus parfaitement, quand on y réfléchit, que le droit pénal lui-même.

Les procédures de saisie dans une de leurs phrases, qui est essentielle, (savoir quand elles aboutissent à priver les débiteurs de leurs biens) renferment une action physique qui est tout à fait caractéristique.

Mais notons que, dans nos sociétés bureaucratiques, ce que l'on appelle "l'action physique du droit", bien souvent, n'a aucun caractère dramatique, tel que dans les hypothèses précédemment recensées. Elle n'est pas pour autant moins efficace et elle n'est, bien souvent, qu'une abstention, un refus des bureaux :

- Si vous ne remplissez pas les conditions requises pour le mariage, la mairie ne se prêtera pas à la cérémonie ; les guichets de la mairie se fermeront devant vous.

- Si les règles du droit hypothécaire ne sont pas remplies, le Conservateur rejettera la formalité.

Le refus est invincible, devant une porte close par la bureaucratie. Il n'y a rien de plus écrasant. C'est un mode d'action physique du droit, mais ce n'est pas celui auquel on pensait primitivement.

Les seconds modes d'action du droit sont des modes d'action psychologique, et ce sont, sans doute, les plus importants.

Le droit a une action psychologique qui déborde considérablement, dans l'espace et dans le temps, son action physique. Il suffit d'appliquer l'action physique du droit dans un petit nombre de cas et, à partir de là va se produire un effet psychologique énorme qui se diffusera dans l'ensemble de la société, même dans les parties de la société qui n'ont pas été directement atteintes par l'action physique, et qui persistera longtemps après que l'action physique sera éteinte.

Quelle est la nature des phénomènes psychologiques par lesquels s'exerce cette action ? ... Ce sont des phénomènes à la fois émotifs et rationnels, indivisiblement émotifs et rationnels, qui oscillent, semble-t-il, entre deux pôles : la peur, comme l'avaient vu les sociologues durkheimiens, mais, aussi, la persuasion, comme aiment à dire les sociologues américains.

La peur, d'abord. Dans les mécanismes du droit pénal, la notion d'intimidation tient une grande place mais dans l'ensemble du droit, la notion du comminatoire dit bien ce qu'elle veut dire : c'est la menace.

La vieille définition des bartolistes et, par-delà les bartolistes, du Digeste, que territorium vient de "terrere" , prêtait à cette idée une forme très dramatique.

De la peur utilisée par le droit et, notamment, dans les sociétés modernes, le raisonnement n'est pas absent. Ça peut être, bien souvent, et c'est suffisant pour les fonctions du droit, une crainte raisonnée ; cette crainte pourra être engendrée d'une façon suffisante par la simple connaissance de la règle et de la sanction qui l'assortit en cas de manquement.

Mais, dans la pratique, assez souvent, on est obligé de donner des relais à la règle de droit pour qu'elle puisse exercer cette action de crainte, d'intimidation et de comminatoire. Il faut des exemples et que les exemples reçoivent une certaine publicité. (cf. fonction d'exemplarité en droit pénal.)

Il faut aussi des symboles. Il faut montrer la force pour n'avoir pas à s'en servir, - vieille formule.

Il faut qu'il y ait une symbolique du droit qui serve de relais entre la règle de droit trop abstraite, souvent inconnue par elle-même dans son abstraction, et les sujets de la règle.

La crainte du droit a souvent été décrite comme la crainte du gendarme et c'est un fait que, dans la plupart des sociétés historiques modernes, le droit utilise ce relais d'un personnage en chair et en os qui porte un uniforme spécialisé, le gendarme ou l'agent de police. Ce n'est pas l'arme - dont il n'est, d'ailleurs, pas toujours porteur - qui est décisive pour faire naître la crainte du gendarme, c'est plutôt le vêtement connu comme tel, et qui est symbolique.

Renan avait bien une hypothèse sur la crainte du gendarme : il soutient que si le gendarme fait tellement peur, c'est parce qu'il y avait des légionnaires, ancêtres des gendarmes, sur le Calvaire pour mettre Jésus en croix, et qu'une sorte de réprobation continue, dans les sociétés chrétiennes, à entourer les gendarmes.

Il est beaucoup plus vraisemblable que si le gendarme fait peur, c'est que son image est chargée de tout un ensemble de représentations émotives. Pour en juger objectivement, il y aurait, du reste, une enquête à faire par cardiogrammes : il faudrait mesurer quel est l'effet de la vue d'un gendarme sur différentes catégories de la population. L'étude serait menée comparativement avec l'effet différent que doit produire la vue d'un autre militaire, en uniforme, d'un militaire qui ne serait pas un militaire spécialisé de la Gendarmerie.

Notez que, suivant une observation souvent faite, notre époque est celle des moyens, non plus seulement visuels, comme le XIX^e siècle, mais audio-visuels, et l'on ne s'étonnera pas que, dans la symbolique du droit, à côté du gendarme et de l'agent de police en uniforme, le sifflet et le haut-parleur jouent une telle fonction.

Mais, à l'autre bout, nous trouvons la persuasion. La persuasion, au sens large, a un domaine vaste, hétérogène, d'ailleurs, pour assurer l'action du droit. Il est de nombreuses hypothèses où il ne peut s'agir que de persuasion parce que le droit renonce à faire peur, contrairement à ce que supposaient les sociologues au début du siècle, qui ne voyaient le droit que sous la forme de la contrainte physique.

Il y a toujours eu des lois imparfaites : (cf. la théorie des "leges imperfecte"). Toutes les lois, en droit privé, ne sont pas impératives, il y a des lois qui sont simplement supplétives de volonté. Dans certains cas, la sanction attachée à la loi est si faible ou si incertaine qu'elle ne produit pas l'effet intimidant. Cependant, dans tout ce domaine où la peur est hors de cause, le droit pourra être agissant.

Comment peut-il être agissant ? ... Il opère par la persuasion ; c'est un modèle auquel les individus conformeront spontanément leur conduite. Il existe ainsi un vaste domaine où c'est la bonne volonté des individus - en prenant cette expression de "bonne volonté" dans un sens un peu vague - qui est le moteur du droit.

"Bonne volonté", est-ce à dire bonne volonté envers la société, sociabilité, civisme ?... S'agit-il d'un comportement envers la société ?... S'agit-il d'une bienveillance envers le prochain immédiat, envers d'autres individus ?... Le débat est ouvert. La seconde hypothèse met d'ailleurs l'accent sur la notion de droit subjectif que nous retrouverons.

B/ Le droit est-il toujours opérant ?...

En terme de règle de droit, cela veut dire : les règles de droit sont-elles constamment appliquées ?... En terme de psychologie des comportements, cela veut dire : les conduites humaines sont-elles constamment conformes au droit ?...

C'est ce que l'on a appelé le problème de l'effectivité ou de l'ineffectivité des règles de droit.

Disons que l'ineffectivité n'est pas, nécessairement, dans une société, un phénomène anormal ; il existe une dose d'ineffectivité qui est normale pour une certaine catégorie de règles de droit dans une société donnée.

En concrétisant, nous en arrivons à dire que, dans une société donnée, il y a une dose de criminalité qui est normale. Cela ne veut pas dire que chaque crime, en soi, soit normal, bien entendu, mais cela veut dire qu'une société peut, sans péril pour elle-même, supporter une certaine proportion de criminalité, ou, pour prendre un exemple plus étroit, une certaine dose de fraude fiscale.

Le législateur fiscal, s'en accomode lui-même : il établit ses budgets, et même ses taux d'impôt en fonction d'une dose de fraude qu'il considère comme normale.

Les causalités de l'ineffectivité des règles de droit sont, du reste, variables. L'ineffectivité peut venir, soit de la société, soit des citoyens eux-mêmes, ces deux sources de l'ineffectivité des règles de droit pouvant, d'ailleurs, se combiner pour les mêmes phénomènes d'ineffectivité.

L'ineffectivité, "a parte civitatis" tiendra, soit à une impuissance de l'Etat, - ce qui ne signifie pas nécessairement l'anarchie, mais simplement que l'Etat a entrepris des tâches qui le dépassent - soit à la tolérance de l'Etat qui renonce, pour des motifs de politique

supérieure, à appliquer la règle de droit dans son entier.

L'impuissance de la règle de droit, est un phénomène involontaire ; la tolérance de ceux qui sont chargés d'appliquer la règle de droit, est un phénomène volontaire.

Du côté des citoyens, "a parte civis" l'ineffectivité de la règle de droit peut tenir, d'abord, à l'ignorance de la règle de droit et, alors, l'inaccomplissement de la règle est un phénomène inconscient, involontaire.

Mais il peut arriver que, connaissant l'existence de la règle de droit, les individus ne l'appliquent pas. C'est alors l'inaccomplissement conscient, volontaire, de la règle de droit.

Des deux côtés, l'involontaire et le volontaire peuvent se mélanger.

Il peut arriver, à la limite, qu'une règle de droit soit ineffective, sans que personne ne l'ait voulu. C'est ce phénomène d'ineffectivité qui, à notre époque, a appelé l'attention des sociologues.

Au siècle dernier et au début de ce siècle encore l'esprit se refusait à se poser, en quelque sorte, sur l'idée de l'ineffectivité de la règle de droit, tant on se faisait une idée haute et sainte de la règle de droit, en particulier de la loi. Mais le phénomène d'inflation a provoqué de curieux effets : La multiplication des règles de droit a atténué le respect qu'on leur portait ; les chercheurs eux-mêmes ne considèrent plus la règle de droit comme quelque chose de sacré.

A notre époque, on a vu surgir des enquêtes systématiques sur les phénomènes de connaissance et d'application du droit. Ces enquêtes ont surtout été menées à l'Etranger; des échantillons tirés de recherches faites dans les Pays Scandinaves le prouvent.

En France, nous n'avons que des sondages limités. Cependant, depuis peu de temps, nous disposons d'un sondage de plus grande envergure, qui porte, toutefois, uniquement sur une question de connaissance de droit, - non pas d'application du droit, tandis que les modèles d'enquêtes scandinaves, concernent, à la fois, les phénomènes de connaissance et, respectivement, l'ignorance du droit, et les phénomènes d'effectivité et, respectivement, d'ineffectivité de la règle de droit.

Premier tableau, les enquêtes scandinaves.

Ces enquêtes se situent dans le domaine de la législation du travail. En 1946, en Suède, est intervenue une législation sur la durée du travail et les congés payés en agriculture. Peu de temps après, a été menée une enquête sur l'application de cette législation et cette enquête a révélé des phénomènes d'inapplication du droit, - qui n'étaient pas, d'ailleurs, des phénomènes absolument généraux, les dispositions limitant la durée du travail étaient, dans l'ensemble, assez bien observées.

Néanmoins, les dispositions formalistes de contrôle, à savoir la tenue, qui était rendue obligatoire par la loi suédoise, d'un registre des heures supplémentaires faites par les ouvriers agricoles, cette mesure formaliste (et la différence entre la mesure formaliste et la mesure de fond est assez significative) n'était observée que par une minorité d'exploitants.

Notons au passage que les enquêtes scandinaves sur l'application du droit ébranlant quelque peu nos illusions de français, car nous attribuons volontiers aux Pays Scandinaves des qualités de civisme que nous ne nous connaissons pas. Par conséquent, il est intéressant de constater que, même en Suède, une législation peut n'être observée que par une minorité d'assujettis.

Les congés payés qui étaient, en fait, accordés aux ouvriers agricoles étaient plus courts que ceux qui leur étaient accordés par la loi, mais - et ce phénomène est assez remarquable - le plus souvent, l'employeur, spontanément, et d'accord avec son employé, lui versait un supplément de salaire en compensation. La loi interdisait formellement ce genre d'arrangement : le congé payé, sous forme de disposition que nous avons dans la loi française, devait être donné en nature au salarié, et non sous forme d'une indemnité. C'était, cependant, ce que faisaient, par accord, par arrangement volontaire, contrairement à la loi, les patrons et les ouvriers, dans l'Agriculture suédoise.

Cette recherche de l'arrangement, de l'accommodement, par dessus la loi, semble répondre à une tendance profonde de l'idée contractuelle, idée, qu'on le veuille ou non, qui est assez invétérée chez l'homme.

Les salariés n'invoquaient pas les sanctions légales qu'ils auraient pu faire jouer contre les patrons;

ce n'était pas faute de les connaître, ce n'était pas faute de moyens de déclencher des sanctions, car l'enquête avait été menée dans des secteurs de l'Agriculture qui n'étaient point éloignés des villes, où les ouvriers agricoles auraient facilement trouvé des services juridiques gratuits tout disposés à les aider dans un procès éventuel contre leur patron. Certains ignoraient, sans doute, ces dispositions, mais beaucoup les connaissaient et ne s'y intéressaient pas, ils préféraient l'accommodement direct avec l'employeur.

Prenons maintenant l'enquête norvégienne.

En 1949, une loi est intervenue, en Norvège, pour régler les conditions de travail du personnel domestique. C'était la première réglementation de cette sorte de travail salarié, - qui, est un de ceux qui résistent le plus à la réglementation du travail.

Dès 1950, une enquête a été menée par interview auprès de salariées et d'employeuses pour savoir dans quelle mesure cette loi nouvelle était connue et appliquée. L'enquête a été ce que les Américains appellent une "enquête à suivre", "follow up study", à savoir une enquête que l'on prend une année et que l'on reprend un certain temps après - en l'occurrence, on l'a reprise en 1956. - (Quand on veut mesurer un phénomène sociologique qui s'étale dans le temps, il faut procéder par enquête à suivre) : raisonnablement, il faut étudier le phénomène à un certain moment de la durée, puis il faut reprendre l'étude plus ou moins longtemps après, il faut suivre le phénomène dans son déroulement.

Dans l'enquête par interview de 1950, de grandes divergences ont été relevées entre la loi nouvelle et la pratique ; la loi nouvelle comportait des dispositions sur les heures supplémentaires qui pourraient être demandées au personnel domestique et ces dispositions-là n'étaient, en 1950, effectives qu'à 30 %.

D'autre part, la méthode de calcul qui était légalement édictée pour le paiement des heures supplémentaires n'était, pratiquement, jamais utilisée, même par ceux qui considéraient qu'il y avait lieu à paiement d'heures supplémentaires.

La loi comportait également un maximum d'heures de travail. Ces dispositions sur le maximum d'heures de travail n'étaient observées qu'à 50 %.

Les enquêteurs ont relevé un certain nombre de notations sur la connaissance et l'application qui sont, psychologiquement, très intéressantes:

La majorité des deux groupes en présence, patronnes et salariées, connaissait l'existence de la loi mais n'en connaissait pas le contenu, et, ici, apparaît une distinction qui est importante pour les phénomènes de connaissance et d'ignorance du droit : l'existence de la loi en tant que entité, pourrait-t-on dire, et la connaissance portant sur le contenu même de la loi, qui est tout autre chose.

La plupart des règles étaient violées par celles qui les connaissaient autant que par celles qui les ignoraient. Par conséquent, la connaissance du droit n'avait pas d'influence sensible sur l'obéissance des sujets.

Les règles qui étaient les mieux observées dans la loi nouvelle étaient celles qui étaient conformes à des coutumes plus anciennes, qui ne semblaient que le développement de coutumes qui existaient déjà, d'usages de la profession.

Les causes de l'inobservation de cette législation ne sont pas difficiles à deviner. Les enquêteurs les relèvent : l'isolement des salariés dont il s'agit ; il n'y a pas de solidarité de groupe, dans le personnel domestique (il y a une domestique par maison) ; des moyens d'information sont très rudimentaires dans cette catégorie professionnelle et, d'autre part et surtout, relèvent les enquêteurs, c'est un personnel qui ne s'intéresse pas à sa profession, qui n'a pas de revendications professionnelles parce qu'il ne s'intéresse pas, en quelque sorte à l'avancement dans la profession. C'est une profession transitoire. L'aspiration des meilleures employées de maison, c'est de cesser d'être employées de maison et non pas d'améliorer leur position à l'intérieur de la profession.

Ajoutez à cela qu'il n'y a pas d'inspection du travail organisée, sinon organisable, dans cette profession.

Il est probable que ces observations vaudraient également pour la France.

Mais, en 1956, on reprend l'enquête. Est-ce qu'il va y avoir un changement après six années de pleine

application de la loi ?... Dans l'ensemble, les enquêteurs ne relèvent que peu de changement. Il y a un changement très léger chez les plus jeunes, dans les deux catégories en cause, du reste, aussi bien du côté employeurs que du côté salariés.

La connaissance de la loi n'a pas non plus beaucoup augmenté. Ce qui a changé en ce qui concerne la connaissance de la loi, ce sont les sources d'information, et ce n'est pas inexplicable : en 1950, les personnes qui connaissaient la loi l'avaient connue par la presse, par la radio, par ces moyens de masse, ce qui est normal pour une loi nouvelle sur laquelle la presse, la radio peuvent attirer l'attention. Puis, une fois la loi promulguée, l'actualité disparaît et la faculté d'oubli est considérable. Il faudrait un procès retentissant pour que ça revienne dans l'actualité et, par conséquent, dans le champ des moyens de masse.

En 1956, il ne s'agit plus des moyens de masse : c'est par des conversations d'amis et connaissances que les deux catégories intéressées ont été informées de la législation. Il y a là des sortes d'ondes de propagation de la loi, ondes qui se répandent de plus en plus largement et par voie de conversations.

Et l'on observe - remarque sur laquelle les enquêteurs insistent - que les maîtresses de maison qui, en 1956, connaissent la loi, la violent moins fréquemment que le faisaient leurs devancières de 1950 quand elles la connaissaient.

En d'autres termes, la connaissance du droit semble avoir un impact plus fort sur les conduites quand elle est acquise par conversations personnelles, dans le cercle des relations, que lorsqu'elle dérive des moyens de masse. Ces moyens de masse, en effet, ont une sorte de caractère impersonnel, tandis que les conversations de relations, d'amis, de connaissances, traduisent une influence personnelle, et il y a là une constatation générale dans la théorie de l'information : l'influence personnelle est plus importante que les normes émanant d'une source éloignée.

La conclusion générale que tirent les enquêteurs norvégiens de leur enquête prolongée, c'est que le droit ne tire pas sa force de lui-même, et, ici, nous voyons des réflexions qui ont une valeur presque philosophique :

- Les réformes sociales ne sont pas, disent-ils, " automatiquement accomplies par la mise en vigueur " d'une loi qui se propose d'atteindre un but. Réciproquement, une loi peut avoir une action sans l'intervention de mécanismes autoritaires, quand d'autres " forces poussent à son accomplissement. Ce qu'il " faut, c'est le soutien d'organisations, de groupes " organisés dont les intérêts idéaux concordent avec " les buts législatifs."

Les enquêteurs norvégiens font également cette réflexion, dont nous pouvons, en France aussi, faire notre profit, que, dans les débats législatifs, dans les travaux préparatoires des lois modernes, les perspectives d'efficacité de la loi sont rarement envisagées. Et pourquoi ?.. C'est que, répondent-ils, ce qui compte souvent, pour le législateur moderne, c'est plutôt la loi que son accomplissement effectif.

Il y a là une vérité universelle pour nos législations modernes.

La loi est, bien souvent, un panneau-réclame pour le législateur, - pas seulement pour un Parlement, du reste, peut-être aussi bien pour un Gouvernement - un programme, une manifestation, une proclamation. Quant à l'efficacité réelle, elle intéresse peu.

Plus positivement, on peut dire, d'ailleurs, que les lois ineffectives ont tout de même, une certaine fonction sociale : elles peuvent prévenir des conflits graves entre des classes, entre des factions, entre des groupes d'intérêts. On donne à chacun des groupes antagonistes une certaine satisfaction ; à l'un des groupes, on donne la mise en vigueur de la loi et, au groupe antagoniste, on donne l'inapplication de la loi.

Ainsi, l'enquête norvégienne aboutit à des réflexions de caractère tout à fait général sur la portée de la loi à l'époque moderne.

Le second tableau concerne une enquête française de 1963 qui vient d'être achevée, l'enquête de l'Institut Français d'Opinion Publique sur les régimes matrimoniaux. Le but principal de cette enquête de sondage à l'échelon national ne concernait pas les modes d'action de la loi : il s'agissait exactement de rechercher quelle était la pratique actuelle des régimes matrimoniaux.

Cependant, le questionnaire élaboré par l'Institut Français d'Opinion Publique comportait plusieurs questions d'information, de connaissance du droit. Ces questions ne venaient là qu'incidemment, sans doute, mais, néanmoins, elles peuvent nous apporter des indications intéressantes et même importantes sur la connaissance du droit en France, à notre époque.

La pratique des régimes matrimoniaux pouvait sembler une manière plus abstraite, plus technique, moins sociale, que d'autres matières telles que le mariage ou le divorce, par exemple. Suivant une constante, il est certain que l'opinion de la masse se fixe mieux sur les relations personnelles à l'intérieur de la famille que sur les relations patrimoniales. Il est même probable qu'une question comme celle du travail domestique, qui faisait l'objet de l'enquête norvégienne, pouvait être plus parlante, plus vécue que l'enquête sur les régimes matrimoniaux. Néanmoins, il faut observer que la matière des régimes matrimoniaux est une matière traditionnelle. A l'intérieur des familles, on a entendu parler des régime matrimoniaux, par ses parents, par ses grands-parents ; c'est une matière qui est restée relativement stable, par conséquent plus facile à connaître qu'une législation mouvante; c'est une matière qui est propre à intéresser également les deux sexes, ce qui est également important.

Nous sommes donc en présence d'une enquête dont la portée générale ne doit pas être sous-estimée, qui se prête à une certaine généralisation.

Des résultats de cette enquête extrayons un certain nombre de tableaux, de chiffres concernant les problèmes d'information, les problèmes de connaissance.

Une question a été posée sur la notoriété du régime légal en ces termes :

"Certaines personnes, quand elles se marient,
" font un contrat de mariage. Comment s'appelle le
" régime des personnes qui se marient sans faire de
" contrat devant notaire" ?

Sur la ligne horizontale : "Communauté",
"Communauté légale, Régime légal". Une première série d'appellations sous lesquelles, les enquêtes pouvaient ranger le régime de ceux qui se marient sans faire de contrat devant notaire. Voilà une première colonne.

Deuxième colonne : "Communauté universelle".

Troisième colonne : "Communauté de meubles et acquêts".

Quatrième colonne : "Autres régimes". Dans cette colonne, on a bloqué des réponses hétérogènes telles que "communauté réduite aux acquêts", "séparation de bien", "régime dotal", etc...

Et, enfin, dernière colonne, qui n'est pas la moins importante du point de vue qui nous intéresse : "Ne savent pas".

Voici alors le résultat d'ensemble, en pourcentage de l'échantillon national :

57 % ont répondu : "Communauté, communauté légale, régime légal".

4 % ont répondu : "communauté universelle".

2 % " : "communauté de meubles et acquêts".

3 % " : "régime dotal".

34 % " : "ne savent pas".

Notons un pourcentage important - le tiers - d'ignorance actuelle.

Remarquez d'autre part, qu'il y a une majorité de gens qui répondent juste, soit par une bonne connaissance du sujet, soit par hasard, résultat de 57 %.

Comment se répartissent les pourcentages entre hommes et femmes ? ...

	C.L	/	C.U	/	C.M.A	/	autres	/	ne savent pas	
Hommes.	-	57	-	5	-	2	-	4	-	32
Femmes.	-	56	-	4	-	2	-	3	-	35

Il s'agit d'une question propre à intéresser les deux sexes, d'où grande homogénéité dans les réponses. Sans doute, l'ignorance féminine est légèrement supérieure à l'ignorance masculine ici ; néanmoins, les deux sexes se tiennent de près.

Voyons maintenant les différences selon l'âge.

L'enquête distingue plusieurs groupes :

suyvants (

18 à 24 ans, avec les pourcentages respectifs	
	: 43 - 2 - I - I - 53
25 à 34 ans	: 58 - 3 - 2 - 2 - 35
35 à 49 ans	: 59 - 5 - 2 - 3 - 3I
50 à 64 ans	: 59 - 5 - 3 - 2 - 3I
65 ans et plus:	57 - 6 - 3 - 5 - 29

La jeunesse en sait moins sur la question que l'âge mûr. Ce n'est pas inattendu. De 18 à 24 ans, on est fondé à ne pas s'intéresser au problème du régime matrimonial, lors même qu'on s'intéresse au problème du mariage.

Situation de famille et régime matrimonial.
L'enquête a distingué 2 catégories :

- Célibataires : 49 - 3 - I - 3 - 44
- Mariés : 59 - 5 - 2 - 3 - 3I, avec la ventilation suivante s'établit,

Mariés sans contrat : 6I - 4 - I - 3 - 3I

Mariés avec contrat : 53 - 7 - 4 - 5 - 3I

Puis, les veufs et divorcés: 58 - 4 - 4 - 3 - 3I-

Que les célibataires soient mal informés de la question n'est pas non plus inattendu.

L'enquête distingue maintenant suivant la profession du chef de famille :

Agriculteurs : 5I - 4 - 2 - 2 - 4I.

Avec la rubrique spécialisée suivante :

Agriculteurs mariés avec contrat :

47 - 4 - 4 - 4 - 4I

Cadres supérieurs	66	-	6	-	5	-	5	-	18
Commerçants, Artisans ..	62	-	8	-	3	-	3	-	24
Employés, Cadres moyens:	66	-	5	-	2	-	2	-	25
Ouvriers	52	-	4	-	1	-	3	-	40
Retraités	60	-	6	-	2	-	5	-	27

On avait conjuré, avant l'enquête, que la proportion de l'ignorance serait faible en Agriculture, en partant du préjugé, qu'à la campagne on s'intéresse davantage à ces problèmes de régimes matrimoniaux ou de successions, à l'aspect patrimonial des relations familiales. C'est une matière traditionnelle, c'est une matière qui est plus vécue, semble-t-il, dans un milieu où les questions de propriété peuvent être particulièrement présentes.

Et, cependant, la proportion de l'ignorance avouée, tout au moins - est particulièrement élevée en Agriculture.

Suivant l'habitat, l'enquête faisait les distinctions suivantes :

Localités de moins de 2.000 habitants :	
(53 - 4 - 2 - 3 - 38
2.000 à 5.000 habitants :	56 - 4 - 2 - 5 - 35
5.000 à 20.000 "	59 - 5 - 2 - 2 - 32
20.000 à 100.000 "	61 - 5 - 2 - 4 - 28
Plus de 100.000 "	61 - 5 - 2 - 3 - 29

On peut dire que le nombre des réponses exactes augmente avec la vie urbaine, ce qui corrobore l'observation faite il y a un instant, et, réciproquement, l'ignorance décroît .

Citons un autre ordre de résultats. La question posée était la suivante :

"Il existe trois sortes de communauté de biens.
 "Quelle est, parmi ces trois, la communauté légale ?
 "c'est-à-dire celle qui s'applique automatiquement
 "quand on ne fait pas de contrat de mariage devant
 "notaire".

En horizontale : communauté universelle - communauté de meubles et acquêts - communauté réduite aux acquêts. Et, enfin, "ne savent pas".

"Nommer" donne, à la fois, plus de facilité et nous allons rencontrer ici des réponses qui peuvent sembler singulières.

La réponse est "communauté de meubles et acquêts". Or, dans l'ensemble de la population, seulement 11 % des questionnés ont donné cette réponse.

24 % ont déclaré ne pas savoir.

60 % ont déclaré : la communauté universelle.

5 % ont déclaré : la communauté réduite aux acquêts.

On ne leur offrait que ces trois noms.

Il apparaît par là que cette dénomination de "communauté de meubles et acquêts", à laquelle nous sommes habitués, a déconcerté les enquêtés. Ils ont bien su, dire que quand on se mariait sans faire de contrat de mariage, on était placé sous la communauté légale ou sous le régime légal, mais ils ne reconnaissent pas le régime légal sous l'appellation de "communauté de meubles et acquêts". Cette dénomination est visiblement sans racines dans la masse de la population.

Et puis, il y a cot énorme pourcentage pour la communauté universelle. On ne peut pas ne pas tirer des conclusions de ce chiffre. Il y a là une erreur, que l'on pourrait qualifier (ce n'est pas exactement cela, mais tout de même...) de "freudienne". Il semble que ce soit l'idéal du mariage que les époux aient la communauté universelle. Il y a là une indication venue de la masse qui demande réflexion.

En corrélation avec les résultats précédents, citons un autre ordre de résultats qui concernent, comme dit l'Institut Français d'Opinion Publique, l'intérêt porté au choix d'un régime matrimonial, ce que des juristes pourraient appeler, en se souvenant de la dédicace des Instituts (*cupidae legum juventuti*), la cupiditas legum, la curiosité à l'égard du droit.

Peut-on mesurer la "cupiditas legum" dans la masse de la population ?...

La question était la suivante :

" Avez-vous cherché à vous renseigner sur les
" différentes sortes de régimes matrimoniaux avant
" de vous marier" ?...

Souvent, on oppose deux formes de connaissance du droit et, du même coup, deux sortes d'intérêt pour la connaissance du droit : la connaissance générique et la connaissance spécifique.

Certains disent qu'à l'heure actuelle, étant donnée l'abondance, la surabondance des textes, il faut renoncer à la connaissance générique, cette présomption de connaissance sur laquelle repose la maxime "Nul n'est censé ignorer la loi".

Il ne peut plus être question de connaître le droit dans son ensemble; il faut se limiter à la connaissance spécifique, c'est-à-dire qu'il faut attendre simplement des sujets de droit, qu'ils se renseignent à l'occasion de chaque acte ayant une portée juridique.

Le contrat de mariage paraît très bien être le type d'acte qui devrait susciter cette curiosité spécifique pour le droit; on pourrait attendre que les futurs époux se renseignent sur la portée juridique de l'acte qu'ils vont accomplir.

" Avez-vous cherché à vous renseigner sur les
" différentes sortes de régime matrimoniaux, avant de
" vous marier" ?

Voici les résultats, - deux colonnes horizontales : "n'ont pas cherché à se renseigner", "ont cherché à se renseigner" (bien entendu, la question n'était posée qu'aux gens mariés, aux veufs et aux divorcés).

N'ont pas cherché à se renseigner : 37 %

Ont cherché à se renseigner : 13 %

Voici la répartition par sexes :

Hommes.- 86 et 14

Femmes.- 89 et 11

S'il fallait attribuer une signification à ces différences de chiffres, il apparaîtrait qu'il y a légè-

rement moins de curiosité juridique chez les femmes qui vont se marier que chez les hommes.

A quoi cela a-t-il abouti ?...

Parmi ceux qui se sont mariés sans contrat, 96 % n'ont pas cherché à se renseigner - ce n'est pas illogique - 4 ont cherché à se renseigner. Il n'y a pas d'illogisme, dans la corrélation des réponses.

Parmi ceux qui se sont mariés avec contrat, 59 % n'ont pas cherché à se renseigner. Ils sont allés chez le notaire, mais sans se renseigner, semble-t-il. 41 % ont cherché à se renseigner.

Voici maintenant la répartition par profession du chef de famille :

Chez les agriculteurs : 83 et 17

Chez les cadres supérieurs : 72 et 28

Chez les commerçants et artisans : 82 et 18

Chez les employés et cadres moyens : 80 et 20

Chez les ouvriers : 93 et 7

Chez les retraités : 90 et 10

C'est chez les ouvriers qu'il y a le moins de curiosité juridique pour le contrat de mariage.

Si nous prenons ce pourcentage de 13 % qui ont cherché à se renseigner, comment l'ont-ils fait ?...
Voici la ventilation :

9 % se sont renseignés auprès d'un notaire.

2 % se sont renseignés auprès de parents.

1 % auprès d'amis.

1 % dans des livres.

Telles sont les informations que l'on peut extraire de cette enquête pour les replacer dans le cadre de la notion : les modes d'action du droit.

SECTION III.- Le droit subjectif.

L'importance pratique de la notion de droit subjectif en droit dogmatique est grande. A chaque instant, dans la pratique judiciaire, on parle des droits qui appartiennent à telle ou telle personne, on parle de droit subjectif. Il semble que le mécanisme du droit objectif ne puisse pas fonctionner sans droit subjectif.

Mais l'importance théorique que la notion joue dans la doctrine, n'est pas moindre, et cette importance persiste puisqu'elle est attestée par les ouvrages récents. A l'ouvrage du Professeur belge Dabin sur "Le Droit subjectif", qui est de 1952, est venu, en quelque manière, répondre l'ouvrage de Roubier, "Droit subjectif et Situation juridique", en 1963.

Il ne semble pas que cette notion, très travaillée chez les dogmatiques, ait fait l'objet d'une étude sociologique, au moins à titre principal, et cette sorte de défaillance de la sociologie à l'égard de la notion de droit subjectif n'est pas inexplicable. La sociologie est attirée davantage par le droit objectif parce que, le droit objectif, pourrait-on dire, c'est la société, et la sociologie, bien entendu, est attirée par la société.

Le droit subjectif, au contraire, c'est l'individu, lequel semble hors de la compétence de la sociologie. Néanmoins, le droit subjectif, s'il existe, n'existe que comme phénomène juridique, donc semble-t-il comme phénomène social, ce qui justifierait des recherches de sociologie juridique.

Le droit subjectif, c'est, suivant une notion tout à fait élémentaire qu'on peut s'en faire, une relation de l'individu au droit objectif. Est-il possible d'étudier le droit objectif sans s'occuper de la relation qu'il a avec ses sujets, avec les individus ? ... Est-il possible d'étudier le droit objectif en se désintéressant des retentissements que le droit objectif a dans les individus ? ... Car semble-t-il le droit subjectif, dans une vue encore très schématique, c'est le retentissement du droit objectif dans l'individu.

Le jour où l'on s'est affranchi d'une sociologie trop rigide pour en venir à une sociologie plus psychologique, plus préoccupée des relations interindividuelles, il est devenu plus facile d'étudier le droit subjectif en sociologie ou en psycho-sociologie non dogmatique.

En fait, la sociologie juridique n'a pas pu ne pas rencontrer, çà et là, la notion de droit subjectif ; fragmentairement, elle s'est intéressée à certains aspects de cette notion, de ce phénomène, mais il semble qu'elle pourrait faire davantage.

Il semble que la contribution de la sociologie juridique à une théorie du droit subjectif pourrait être de deux sortes :

- La sociologie juridique pourrait aider à affirmer la réalité de la notion de droit subjectif, laquelle a besoin d'être affirmée car elle ne va pas de soi, elle est controversée, même chez les dogmatiques.

- D'autre part, la sociologie juridique pourrait aider à dépasser la notion dogmatique de droit subjectif.

Ier.- Réalité de la notion de droit subjectif.

La notion de droit subjectif semblait aller de soi dans le droit libéral, du XIXe siècle, mais, au XXe siècle, elle a fait l'objet d'une critique radicale. Or, la sociologie, dans ses premières manifestations doctrinales, n'a pas été sans influence sur la critique fondamentale dont a été l'objet la notion de droit subjectif.

Examinons d'abord cet aspect critique, en quelque sorte de la sociologie juridique dans la théorie du droit subjectif, en songeant qu'une sociologie juridique mieux informée pourrait, maintenant, au contraire, apporter une certaine défense à la notion de droit subjectif, montrer que tout n'est pas aussi artificiel, aussi technique qu'on l'a dit dans cette notion. Ce serait un second volet de la recherche: la défense de la notion de droit subjectif par la sociologie.

Mais reprenons ces deux points :

A/ La critique de la notion de droit subjectif.

La critique de cette notion est venue, du côté de juristes, du côté de publicistes. C'est Léon Duguit qui, avec le plus de vigueur, a dénoncé la notion comme artificielle. Il niait la notion même de sujet de droit. Le sujet de droit, le droit subjectif, tout ceci lui paraissait autant de concepts métaphysiques et incohérents ; il en montrait, par une analyse purement théorique, les contradictions.

Or, Duguit et son école, dans cette critique de la notion de droit subjectif, comme ailleurs, ont été influencés par des positions qui étaient en vogue chez les sociologues contemporains, chez les sociologues durkheimiens. D'une façon générale, les sociologues durkheimiens posaient le primat de la société sur l'individu, et ce *prima* théorique, prêté aux sociétés humaines dans la hiérarchie des valeurs, devait conduire, assez logiquement, à un rejet de la notion de droit subjectif.

D'autre part, la pensée d'Auguste Comte, fondateur de la sociologie générale, contenait des éléments défavorables, dans la formulation même, à la notion de droit subjectif. C'est chez Auguste Comte que l'on trouve cette formule d'après laquelle l'homme n'a que des devoirs, il n'a pas de droits ; il n'a d'autre droit que de faire toujours son devoir.

La conception du rejet du droit subjectif n'est pas restée limitée au droit public. En droit civil même, on a vu apparaître l'idée qu'au moins certains droits, certaines situations traditionnellement considérés comme des droits subjectifs, doivent être considérés plutôt comme des fonctions.

Parfois, dans une théorie mixte, on a parlé, à leur occasion, de droit-fonction, et l'on voulait par là montrer que ce n'étaient pas de véritables droits subjectifs.

Donc, même chez les civilistes, il y a eu, chez certains tout au moins, une hostilité au concept de droit subjectif, des tentatives pour limiter le concept en montrant que des situations comme la puissance paternelle, la qualité de chef de famille, le droit de propriété, le droit de l'employeur en tant que chef de l'entreprise, etc... ne devaient pas être analysées, ainsi que le faisaient les civilistes classiques, comme des droits subjectifs, mais plutôt comme des fonctions.

Cette fonctionnalisation du droit subjectif a eu, des conséquences pratiques en droit privé : elle a servi à fonder la théorie de l'abus du droit qui a parfois, été présentée comme une théorie de l'abus des fonctions. On comprend que si le droit subjectif est une fonction, il ne puisse pas être détourné de la finalité que la société a voulu lui donner. Le contrôle sur une fonction, sur un droit-fonction est plus aisément admissible que sur un droit subjectif.

Plus récemment, la critique de la notion de droit subjectif a été reprise sur le terrain historique ; des historiens ont entendu montrer le caractère non primitif, partant artificiel, non naturel, de la notion de droit subjectif.

M. le Professeur Michel Villey, a, dans son ouvrage "Leçon d'histoire de la philosophie du droit", consacré un chapitre à cette critique historique de la notion de droit subjectif. (Dans la réédition de 1962, cette critique se trouve aux pages 221 et suivantes). M. Michel Villey soutient, avec des arguments qui semblent, d'ailleurs, historiquement probants, persuasifs, que la notion de droit subjectif a été inconnue au droit romain.

" L'édit du préteur, remarque-t-il en émettant des hypothèses auxquelles le préteur attacherait certains effets..." ("judicium dabo"). Mais il n'y a pas là un droit subjectif conféré à des individus. Le mot "jus" n'aurait jamais eu, en droit romain, que le sens de "statut", de droit objectif.

Même dans la formule, que nous sommes, pourtant, très habitués à subjectiver, "jus summi cuique tribuetur", il faudrait traduire, plus exactement, reconnaître à chacun son statut à l'intérieur d'un ordre positif général, à l'intérieur du droit objectif.

La notion de droit subjectif serait apparue seulement au Moyen Age, chez les scolastiques. Dans un récent cours de doctorat, M. Michel Villey a insisté sur la part que Guillaume d'Occam, le scolastique nominaliste, et parce que nominaliste individualiste, du XIVe siècle a prise dans l'apparition de ce concept de droit subjectif.

C'est seulement, donc chez les scolastiques du Moyen Age que la notion serait apparue et elle n'aurait pris vraiment conscience d'elle-même qu'à une époque encore plus tardive, avec Grotius, avec l'Ecole du droit naturel. L'expression "jus subjectivum" se trouve, semble-t-il pour la première fois, relève M. Michel Villey, chez Leibnitz qui, vous le savez, est un juriste en même temps qu'un philosophe.

De cette apparition tardive de la notion, il est permis de déduire qu'elle a un caractère assez artificiel, qu'elle est liée à certaines conditions idéologiques, qu'elle est liée à l'individualisme, au libéralisme d'une certaine époque, qu'elle ne représente donc pas une cons-

tante, une permanence du droit. Et, en tout cas, l'histoire nous livrerait l'exemple de systèmes juridiques, de doctrines de philosophie du droit qui ont pu parfaitement se passer de la notion de droit subjectif, si bien que, de l'histoire, nous pourrions tirer une leçon contre le concept de droit subjectif.

La démonstration, chez M. Villey est purement historique, indépendante de toute référence sociologique.

Cependant, à ce stade, la sociologie peut intervenir à la rescousse, sous les espèces de l'ethnologie et, de fait, des ethnologues ont soutenu que, non seulement le concept, mais le mécanisme même que nous décrivons sous le nom de "droit subjectif" est un concept étranger aux sociétés archaïques, ce qui fortifie l'idée que nous sommes en présence d'une création artificielle, purement technique et dont notre droit pourrait se passer.

La mentalité archaïque, font remarquer ces ethnologues, a déjà de la peine à dégager l'individu du groupe. Les primitifs éprouvent fortement leur identité avec le cosmos et leur identité avec la société. Comment, dès lors, le droit subjectif pourrait-il avoir une réalité puisque le sujet de droit, la personne dont il est la projection n'existe pas encore dans les sociétés archaïques. Il n'y a pas vraiment d'individu dans les sociétés archaïques ; l'individu est le produit d'une certaine évolution de l'esprit humain.

Parmi les droits réels subjectifs, le droit de propriété est le plus parfait, le plus saisissant des droits subjectifs. Il est commode de raisonner sur le droit de propriété. Or, il semble que, dans les sociétés primitives, la terre ne puisse pas faire l'objet d'une appropriation par la personne. La propriété de la terre, dans les sociétés archaïques, nous apparaît comme une appropriation collective par la tribu, par le clan et non pas par l'individu qui n'est rien.

Pas de droit de propriété subjectif, donc pas de droit subjectif, donc le droit subjectif est artificiel. Voilà comment l'ethnologie peut apporter des arguments, aux théories négatrices du droit subjectif.

Cependant, la sociologie est vaste, - l'ethnologie aussi - et il y a, dans ces disciplines, des éléments dont on peut tirer argument en faveur de la notion de droit subjectif.

B/ La défense de la notion de droit subjectif.

La sociologie juridique peut apporter à la notion de droit subjectif un appui non négligeable, en effet, 1°) en faisant apparaître le caractère primitif de certaines formes de droit subjectif, non seulement en ethnologie, à proprement parler, mais à d'autres niveaux de primitivité dont la sociologie juridique doit tenir compte. 2°) en montrant, pour nos sociétés mêmes, la présence et l'enracinement du concept de droit subjectif dans l'opinion de la masse.

Reprenons ces deux points.

I - D'abord, le caractère primitif du mécanisme du droit subjectif. Il ne faut pas entendre par là que le droit subjectif, au résultat de la démonstration, apparaîtra avec un caractère naturel. Le terme "naturel", est extrêmement captieux en sociologie juridique, ne serait-ce que par l'ambiguïté avec la loi naturelle. Mais, il n'a pas un caractère aussi artificiel, aussi purement technique qu'on le soutient dans la thèse négatrice.

D'abord, on peut faire certaines réserves devant les arguments ethnologiques présentés contre la notion de droit subjectif. Certains ethnologues répondront, en effet, que la thèse suivant laquelle la terre, dans les sociétés archaïques, n'est pas appropriée par l'individu mais par la société globale a besoin d'être nuancée. Sans doute, on ne trouve pas, dans la plupart des sociétés archaïques, une appropriation par l'individu, mais, assez souvent, et, notamment, dans les sociétés d'Afrique Noire, au moins suivant certaines interprétations ethnologiques, on trouve une appropriation, une imprégnation par les ancêtres : C'est autre chose que le rejet de tout droit subjectif. Ce n'est pas l'appropriation par une collectivité impersonnelle, c'est l'imprégnation - ce qui est tout de même un processus de subjectivation - de la terre par le groupe des ancêtres, lesquels ont, pour les individus, une figure charnelle, même si chaque ancêtre n'est pas connu nommément. L'ancêtre est la famille, est de la même chair, et il y a là une nuance de subjectivité que l'on ne doit pas méconnaître.

Ce qui fait peut-être l'essence du droit subjectif, ce n'est pas d'avoir pour support un individu ; il se peut que le support soit constitué par une pluralité d'individus. Ce qui est essentiel, c'est plutôt le processus de subjectivation, et l'imprégnation de la terre par

les ancêtres, en est un.

En tout cas, l'existence d'un droit subjectif de propriété sur certaines choses paraît démontré pour beaucoup de sociétés primitives.

Dans la thèse critique, on parle toujours de la terre, mais il n'y a pas seulement la terre, il y a les choses mobilières. L'appropriation individuelle de certaines choses mobilières, dans les sociétés archaïques, paraît un fait démontré. Ici, il y a, imprégnation de la chose mobilière par l'individu lui-même, qui est tout de même le droit subjectif sous sa forme la plus moderne.

Le premier droit subjectif a, sans doute, été, non pas un droit de propriété sur la terre, mais un droit de propriété sur certains objets mobiliers, sur les bijoux, sur les parures, sur des armes, et l'archéologie de la Préhistoire nous en donne des traces palpables : en effet, très fréquemment, on trouve les bijoux, les parures enterrés avec l'homme, ce qui atteste, semble-t-il, un droit subjectif très fort, si fort qu'il n'est pas simplement familial, la famille n'a pas repris les bijoux.

Aujourd'hui, nous avons des bijoux de famille, mais dans les sociétés archaïques, il semble que le bijou soit individuel ; alors, il doit disparaître avec l'individu, ou, suivant une autre théologie, il ne faut pas que l'individu, dans l'au-delà, soit privé de ses bijoux. Le bijou, la parure suivent l'individu, c'est véritablement le droit subjectif sous sa forme la plus visible.

Très souvent, dans les fouilles que font les préhistoriens, on retrouve des armes de chasse ou de guerre qui sont marquées. Par exemple, les armes en os du magdalénien portent des lignes gravées, et l'Abbé Breuil interprète ces lignes gravées comme des marques de propriété personnelle. Voilà bien le droit subjectif de nos ancêtres.

On relève également des marques sur les lances. Les marques qui sont ainsi inscrites, gravées sur les flèches, sur les sagaies, sont destinées, non seulement, semble-t-il, à individualiser l'arme, mais, comme le soulignent beaucoup de préhistoriens, à individualiser le gibier. Au cas de tir concurrent, c'est celui dont l'arme se trouve fichée dans le gibier qui sera propriétaire de celui-ci.

De sorte que nous avons, du même coup, le droit subjectif sur le gibier en même temps que le droit subjectif sur l'arme. C'est un procédé d'identification de l'ayant droit.

Il semble, par conséquent, que, à un certain niveau de primitivité, le droit subjectif se révèle par des preuves extrêmement palpables. Mais, en outre, on peut déceler la présence à des niveaux très primitifs de phénomènes psycho-physiques de comportement qui apparaissent comme l'ossature possible de ce qui deviendra plus tard, techniquement, ce que nous appelons le droit subjectif.

Ici encore, nous raisonnerons sur le cas le plus simple, le droit réel subjectif, le droit subjectif de propriété, - ou, puisqu'il ne s'agit pas encore des hommes, raisonnons sur la possession. Mais ce sont les mécanismes psychophysiques, les comportements que nous voulons faire apparaître qui deviendront notre droit subjectif.

Dans la série animale, on a, à une époque récente, décelé des phénomènes du territoire et du gîte qui paraissent bien être de ces mécanismes psychophysiques que nous appelons "droit subjectif". L'animal a plusieurs relations avec la terre ; il y a, d'abord, ce que les spécialistes désignent sous le nom de "domaine vital", c'est-à-dire la zone régulièrement fréquentée par un individu ou par un groupe familial, et qui peut être immense, si tant est que l'animal a des habitudes de nomadisme.

Mais, en outre, il y a cette relation spécifique que les spécialistes appellent "le territoire", au sens technique du terme, c'est-à-dire une région qu'il défend contre les concurrents de son espèce, une région où il s'accouple, où il élève ses petits.

Et puis, il y a, à l'intérieur du territoire, le gîte. C'est l'endroit du territoire dans lequel l'animal se réfugie pour se reposer ou se cacher ; c'est un renforcement du territoire.

Le phénomène du territoire est très remarquable pour une théorie de psychosociologie du droit subjectif ; il nous montre, à des niveaux extrêmement primitifs de l'animalité, une relation entre l'occupant et le sol, entre l'occupant et la chose, une relation subjective. D'autant que, observent les spécialistes, le territoire est délimité par ses occupants, et, subséquentement, dans la série animale.

Nous pouvons passer sur les procédés acoustiques de délimitation que l'on rencontrerait chez les oiseaux.

Mais paraissent beaucoup plus significatifs les procédés de bornage, - car il n'y a pas d'autre expression qui convienne - que l'on rencontre chez certains mammifères. C'est ainsi, par exemple, que le castor délimite son territoire par des dépôts de castoréum. Bornage par des procédés visuels, optiques : c'est ainsi, paraît-il, que certaines espèces d'ours lacéreraient des végétaux pour délimiter le territoire qu'ils entendent, eux et leur famille, occuper

Nous sommes ainsi très près des procédures humaines qui sont des procédures de subjectivation, de matérialisation du droit subjectif de propriété.

Dans la relation entre l'animal et le territoire, apparaissait quelque chose de psychologiquement comparable à notre droit subjectif. D'autant que, l'intrusion d'un autre animal (notons le bien, d'ailleurs, d'un animal de la même espèce) dans l'aire que l'individu s'est ainsi taillée, délimitée même, dans quelques cas, par des phénomènes que l'on peut rapprocher de notre bornage, détermine une réaction violente de la part de celui-ci, où se retrouve le mécanisme élémentaire du droit réel subjectif.

Il existe une relation (éprouvée par le sujet) de l'individu à la chose, une sphère d'action délimitée de l'individu sur la chose, avec la réaction instinctive d'en exclure tout intrus.

Poursuivant notre étude de primitivité, nous allons, maintenant, interroger la psychologie infantile, telle que nous la décrivent les spécialistes.

C'est un fait observé que le sentiment de la possession vient très tôt dans la première enfance, à un moment où il ne peut certainement pas s'agir encore d'une imitation du droit de l'adulte. Quand on essaie d'observer des mécanismes de droit dans les sociétés enfantines, il y a toujours une ambiguïté à laquelle on se heurte : est-ce bien du droit spontané ou est-ce du droit emprunté, imité du droit de l'adulte ?...

A l'âge où se produisent les phénomènes psychiques de possession, toute idée d'imitation paraît exclue. Sans doute, si primitif que soit le sentiment de la possession chez l'enfant, l'instinct de prendre paraît encore

antérieur, légèrement antérieur. Il n'empêche que le sentiment de la possession et de la défense de ce que l'on possède apparaît comme très primitif. L'instinct de tenir l'objet, de défendre ce qui est tenu et la réaction corrélative d'irritation en cas d'enlèvement de l'objet, tout cela s'éveille graduellement au cours de la deuxième année de l'enfant.

Dès la deuxième année, partant, on peut, d'une façon certaine, observer des phénomènes qu'il est permis d'appeler des "phénomènes de possession", et un phénomène d'irritabilité où nous pouvons apercevoir l'embryon, la racine psychique de notre mécanisme juridique du droit subjectif.

De cette incursion dans les couches primitives, il nous est permis de conclure qu'il existe une irritabilité spontanée de l'être vivant, dès qu'un autre pénètre dans une certaine aire autour de lui, touche un objet que l'être animé sent comme lui appartenant, comme imprégné de sa personnalité. Toucher à cet objet, c'est toucher à son possesseur.

Quand certaines règles du droit, dirons-nous par transposition, sont violées, il arrivera que l'individu sente cela comme s'attaquant à lui-même, et c'est proprement ce sentiment qui fera le droit subjectif. Remarquons, de surcroît, que les phénomènes observés ainsi paraissent bien indépendants de la société ou du groupe. Nous rencontrons, ce phénomène, chez des animaux solitaires, chez de très jeunes enfants qui ne sont pas encore socialisés. Il paraît bien se situer dans une réaction purement individuelle et, par transposition, nous dirions : il est de droit subjectif, il n'est nullement de droit objectif, de droit venu de la société.

Sans doute, il y a un abîme entre le phénomène constaté et le droit subjectif et l'on peut poser l'interrogation : l'instinctif que nous avons observé est-il jamais, ipso facto, légitime ?... Seulement, le concept de légitimité, sur lequel on peut, en effet discuter, est un concept de philosophie du droit, ce n'est pas un concept de sociologie juridique.

Ce que la sociologie juridique peut dire, c'est que le caractère primitif d'un mécanisme est une garantie de son caractère non technique, non artificiel. Si un phénomène est constaté à des niveaux très profonds de primitivité, nous pouvons admettre que ce phénomène-là n'est pas une création des juristes, des techniciens du droit.

Nous ne devons pas dire - le mot n'est pas sociologique - que c'est un phénomène naturel, mais nous sommes en droit de dire que ce n'est pas une création de la technique juridique, et cela nous suffit.

II - Nous avons essayé de faire apparaître le caractère primitif du mécanisme du droit subjectif ; en second lieu, essayons de rechercher si ce mécanisme du droit subjectif est présent dans l'opinion publique des sociétés modernes.

Pour répondre à la critique de certains juristes ou même de certains sociologues, qui considèrent la notion de droit subjectif comme une création artificielle de la technique, sans racine, en quelque sorte, dans la masse, recherchons s'il en est bien ainsi.

Le droit subjectif sera, peut-on admettre, une réalité sociologique si, dans les sociétés modernes, le droit subjectif est senti comme une réalité par l'opinion, par la masse non technicienne, si le droit subjectif est présent, vivant, dans la psyché des individus qui composent la société.

Qu'en est-il ? ... Pour le découvrir par des voies à peine abstraites, recourons à ce que nous appellerons "la prosopopée des pieds". Nous pouvons admettre que ce serait un but du droit objectif que de mettre de l'harmonie, un équilibre social dans la démarche du voyageur d'autobus qui, placé près d'une fenêtre et encerclé par trois autres voyageurs, veut cependant, descendre à un arrêt. Problème de mœurs, problème de droit aussi (actuellement, une espèce est pendante devant un tribunal). Le problème pourrait être résolu, - il ne l'a pas été dans notre droit positif, en termes de droit objectifs - par l'élaboration d'une norme de droit objectif : tout voyageur qui, se trouvant dans cette situation veut descendre, devra observer, pour la position de ses pieds, une distance de, disons 0m,35 à compter de la banquette avant et 0m,35 à compter de la banquette arrière. On peut ainsi résoudre le problème par le droit objectif, mais il est évident, palpable, que cette méthode sera trop abstraite, trop impersonnelle, peu évocatrice, partant, qu'elle risque fort de rester inobservée.

Au niveau des mœurs, mais nous pourrions très bien imaginer que ce fût au niveau du droit, le problème est résolu, au contraire, en termes de droit subjectif. L'idée générale, est qu'il ne faut pas marcher sur les pieds de ses voisins ; voilà la règle, et elle est extrêmement parlante. Or, elle ne l'est que parce qu'elle est

formulée en termes de droit subjectif, et nous touchons ici à une vérité d'expérience, dont conviendront tous les praticiens, savoir que les individus ont une propension plus grande à s'affranchir des lois et des règlements quand ils ont la conviction que, ce faisant, ils ne lèsent personne. Si la violation du droit (la formule, a même été utilisée, à quelques occasions, par la loi positive) ne fait pas grief, on s'affranchira facilement, s'il y a un intérêt puissant à le faire, de l'observation de la règle.

On respecte bien mieux les droits subjectifs parce que, derrière eux, derrière leur mécanisme juridique, les individus aperçoivent l'autre, aperçoivent une personne vivante, éventuellement une personne souffrante, plourante, clamante, réagissante, et chacun prendra ses précautions.

Pourquoi, la propriété de l'Etat, surtout dans les sociétés modernes, est-elle partout si mal respectée au point que, dans les législations des pays socialistes, où la propriété étatique a un très grand développement, il a fallu la protéger contre les empiètements des individus par des incriminations particulièrement rigoureuses ? Parce qu'elle ne paraît pas avoir le support d'un droit subjectif.

Entre le droit subjectif de la personne morale et le droit subjectif de l'individu charnel, il est certain qu'il y a une nuance du point de vue sociologique, ce qui explique la nuance dans le respect.

En termes fonctionnalistes, nous sommes ainsi amenés à conclure que le droit subjectif a une fonction et qu'il se justifie par sa fonction. Sa fonction, c'est de rendre, par un processus d'incarnation, la règle de droit plus effective.

Comment, au terme de cette recherche sociologique, allons-nous essayer de définir le droit subjectif?... Il y a une difficulté, qu'il ne faut pas sous-estimer, à passer du phénomène psycho-sociologique à la construction juridique. Nous pouvons, au nom de la sociologie, écarter un certain nombre des définitions du droit subjectif que proposent les théories dogmatiques. Nous ne dirons pas, avec quelques dogmatiques, que le droit subjectif est une permission du droit objectif une licentia selon la terminologie des scolastiques.

Sociologiquement, psychosociologiquement, le droit subjectif n'est pas une permission du droit objectif, car il a sa source, dans le sujet. Nous ne dirons pas non plus, que, le droit subjectif, est une jouissance actuelle, un "commodum", comme disaient les scolastiques. Nous ne dirons même pas que c'est une jouissance virtuelle, cette sorte de jouissance virtuelle qui serait l'intérêt. On connaît la célèbre définition d'Ihering :

" Le droit subjectif, c'est un intérêt juridique-
" ment protégé".

Ce n'est pas non plus un pouvoir, une potestas, et, ici, nous écartons la définition de Windschëid : "Le droit subjectif est un pouvoir de vouloir." Car, pour la théorie psychosociologique, du droit subjectif il ne pourrait s'agir que d'un pouvoir de fait et, par hypothèse, quand nous saisissons le mieux psychosociologiquement le droit subjectif, c'est justement que son titulaire n'a pas pu en fait le défendre ; il se l'est, par hypothèse, laissé enlever.

Pour saisir ce qu'est psychosociologiquement, le droit subjectif, il faut se transporter à l'extrémité de la définition que donnaient du droit subjectif les scolastiques quand ils remarquaient que si l'individu venait à être privé de son droit, il pourrait se plaindre en justice : ils prenaient, par conséquent, le droit subjectif, par l'extrême de l'action en justice.

Nous sommes maintenant très près de ce qui est le "coeur psychosociologique" de la notion : non point l'action en justice - car l'action en justice appartient au droit dogmatique - mais dans ce qui en est l'équivalent psychosociologique, c'est-à-dire la réaction qui se produira si le droit subjectif est heurté. C'est à ce moment-là qu'on voit apparaître le droit subjectif, il se produit une réaction de séparation, comme disent les psychologues, une réaction émotive, sinon névrotique, provoquée par l'enlèvement d'un objet, (si nous raisonnons en termes de droit réel plus particulièrement). Le droit subjectif, c'est la virtualité de cette réaction émotive. Le droit subjectif, c'est, essentiellement, une irritabilité.

Ces quelques éléments de réflexion ayant été lancés, passons, toujours sur le terrain de la notion de droit subjectif, à un autre aspect de ce que la sociologie juridique pourrait apporter à la théorie dogmatique.

2.- Le dépassement de la notion de droit subjectif.

La sociologie juridique, jusqu'ici, nous a révélé ce qu'il y a d'excessif dans les attaques dirigées contre la notion de droit subjectif et, réciproquement, ce qu'il y a dans cette notion de droit subjectif d'irréductiblement valable. Mais cela ne signifie pas que la sociologie juridique se satisfasse complètement de la théorie classique du droit subjectif. Cette théorie dogmatique se ressent forcément de ses origines et la sociologie juridique invite à la reprendre dans des directions nouvelles.

Les problèmes les plus intéressants, sociologiquement, en matière de droit subjectif, ne sont pas ceux auxquels la théorie dogmatique s'intéresse traditionnellement, si bien que la sociologie juridique suggère ici une nouvelle problématique.

Et, d'autre part, il est permis de se demander si la sociologie ne pourrait pas suggérer une nouvelle analyse du concept même de droit subjectif.

Donc, nouvelle problématique, nouvelle analyse du droit subjectif, ce sont les deux directions où la sociologie juridique pourrait dépasser la théorie dogmatique.

Quelques indications dans ces deux directions.

A/ Nouvelle problématique du droit subjectif.

Envisageons successivement deux moments dans la vie du droit subjectif : sa formation et son exercice.

I - Premier moment : la formation du droit subjectif. A cet égard, le droit dogmatique a plusieurs théories. Dans le plan philosophique il enseigne volontiers que tous les droits subjectifs procèdent du droit objectif.

Ou bien, - théorie qui, aujourd'hui, a moins de défenseurs mais qui, a été dominante autrefois - il est des droits subjectifs naturels, innés, qui s'imposent au droit objectif.

De toutes manières, le droit subjectif procède d'en haut, que ce soit du droit objectif ou d'un droit naturel plus ou moins transcendant.

Dans le plan technique, la théorie dogmatique enseigne qu'il y a des sources des droits subjectifs comme il y a des sources des obligations, et assez souvent, du reste, on établit un parallèle entre les sources des obligations, classées de façons diverses, et les sources des droits subjectifs, par exemple : le contrat, le quasi contrat, le délit, le quasi délit. La loi peut être envisagée comme des sources d'obligations et, corrélativement, comme des sources de droit subjectif de créance et, même, éventuellement, comme une des sources de droit réel.

Ou bien, autre opposition technique, on distinguera les droits subjectifs originaires et les droits subjectifs dérivés : droits subjectifs originaires, que l'individu ne tient que de lui-même, (et ceci peut être mis partiellement en rapport avec les modes d'acquérir à titre originaire) ; droits subjectifs dérivés, qui nous viennent par voie de transmission, par voie d'acquisition, à titre universel ou à titre particulier.

Voilà des exemples de ce que le droit dogmatique enseigne théoriquement sur la formation des droits subjectifs.

La sociologie juridique, elle, s'attachera à observer les phénomènes de psychologie sociale qui se produisent au moment où se forment les droits subjectifs, et elle constatera que les droits subjectifs n'ont pas cette origine, tantôt quasi divine, tantôt, en tout cas, parfaitement logique, que leur attribue la théorie dogmatique.

Mais, pour l'observer, essayons de considérer le phénomène d'abord dans l'histoire des individus, ensuite dans l'histoire des sociétés ou, si vous voulez, à un niveau micro puis macrosociologique.

Plaçons-nous, d'abord, dans l'histoire des individus.

Nous observons, en sociologie juridique, des phénomènes de formation unilatérale, en quelque sorte, du droit subjectif, par opposition aux thèses dogmatiques d'après lesquelles il faut être deux pour faire naître un droit subjectif, à moins que n'intervienne le droit objectif. La sociologie juridique mettra l'accent sur le rôle que l'imagination créatrice de l'individu peut avoir dans l'apparition du droit subjectif.

Un civiliste, Emmanuel Lévy, réfléchissant sur le rôle de la bonne foi et de la prescription acquisitive

dans la preuve du droit de propriété, avait lancé cet aphorisme : la croyance serait le droit. C'était une formule de psychologie juridique, de socio-psychologie juridique avant la lettre.

Il y a, c'est un fait, pour la sociologie juridique, des droits subjectifs imaginaires qui peuvent être très vivants dans l'individu, si vivants qu'ils finissent, - et c'est le sens du phénomène qu'avait observé Emmanuel Lévy par se faire admettre, par la société, par le droit objectif, - ce qui, dans la pratique, contribue souvent à faire franchir au droit subjectif imaginaire le seuil de l'admission par les autres, le seuil de l'admission par la société. C'est le renfort d'autres phénomènes psychologiques.

Il est un apophtegme qui est, du point de vue du droit dogmatique, un non-sens, mais une vérité d'observation du point de vue psychosociologique ; on peut l'énoncer ainsi :

- "Quand un individu m'affirme son droit subjectif avec une certaine force, je finis par croire que son droit subjectif pourrait bien exister".

C'est un premier temps. Et, dans le second temps :

- "S'il insiste, je finis par croire que son droit subjectif existe".

Phénomène de réceptivité dans lequel peut être inclus une sorte de raisonnement inconscient : la preuve de ce droit a bien pu exister et être perdue ; on n'est, finalement, jamais très sûr qu'un droit affirmé avec beaucoup d'énergie n'existe pas réellement.

Il y a là un aspect de la présomption de bonne foi.

Ce qui viendra encore renforcer cette montée des droits subjectifs sans base de droit objectif, c'est le renforcement éventuel par le besoin, et ici, nous touchons à un autre phénomène de sociologie juridique, le rapport entre le besoin et le droit subjectif.

Les deux notions, dogmatiquement, sont fondamentalement différentes ; psychosociologiquement, la différence n'est pas sans passerelle. Il y a des phénomènes de sublimation du besoin en droit ; c'est un phénomène de psychologie sociale, dont les exemples sont nombreux à

notre époque, c'est une certaine forme de communisme empirique. Le besoin crée le droit (cf. notre législation des loyers).

Si nous reprenons cette problématique au niveau de la société tout entière, nous constatons que, dans la création des droits subjectifs par la société, par le droit objectif, il y a certaines tendances qui se dégagent, il y a des phénomènes collectifs qui se font jour et qui appellent l'attention de la sociologie juridique.

On peut avancer cette observation générale qu'au XXe siècle, en contraste, d'ailleurs, avec le recul apparent de l'individualisme qui marquerait notre époque, on assiste à une multiplication des droits subjectifs. Dans le vaste domaine, par exemple, du droit social, le droit subjectif a été conçu comme un instrument de progrès. Ce qui n'était, jadis, que l'effet réflexe d'un devoir de charité, devoir procédant de règles objectives, est devenu un droit subjectif pour l'individu bénéficiaire.

On a considéré qu'il y avait un progrès à doter l'individu d'un droit subjectif ; d'où leur pullulement qui, du reste, a déterminé certains phénomènes pathologiques dans la création des droits subjectifs.

Beaucoup des droits subjectifs ainsi créés par les systèmes juridiques objectifs ne sont pas honorés à l'échéance. Il y a une multiplication des droits subjectifs nominaux sans que toujours la contre-partie réelle soit assurée par le législateur.

Chaque Etat, les organisations internationales aussi, (à cet égard, la Déclaration universelle des Droits de l'homme est assez révélatrice de cette tendance) créent des droits subjectifs sur le papier. La Déclaration des droits de l'Organisation des Nations Unies affirme par exemple l'homme a droit au travail, aux loisirs à la propriété, mais sans dire qui sera le débiteur chargé d'assurer l'accomplissement de ce droit subjectif.

Nous avons là un phénomène collectif, qui est comparable au phénomène de l'inflation monétaire, qui, au fond, est un cas particulier de tous les phénomènes d'inflation. Il existe, à notre époque des inflations de droits subjectifs et la conséquence du phénomène est la conséquence de tout phénomène inflationniste : une certaine dévalorisation des droits subjectifs.

Un économiste, M. Jacques Rueff, a développé une théorie dite "des faux droits". Il parle de la création de faux droits par la législation économique moderne. C'est certainement un des phénomènes pathologiques auxquels donne lieu, de nos jours, la création des droits subjectifs.

II - Second moment : l'exercice des droits subjectifs.

La normalité de la vie du droit subjectif c'est qu'il soit effectivement exercé, et exercé pour l'utilité rationnelle de son titulaire. En contradiction avec ce que nous pouvons considérer comme la normalité de l'exercice du droit subjectif, nous observons des phénomènes anormaux: d'abord, il arrive qu'il y ait exercice irrationnel ; ce sont là des phénomènes de bellicosité, d'agressivité, qui se produisent sous le couvert du mécanisme juridique du droit subjectif, des phénomènes de guerre privée.

Il est un de ces phénomènes qui est saisi depuis longtemps par le droit, c'est le phénomène de l'abus du droit. Il y a aussi, moins visibles, des phénomènes de prestige. Il arrive que l'exercice du droit subjectif ait lieu, en quelque manière, par luxe, par ostentation ; il y a bien une certaine utilité, un certain intérêt psychologique pour le titulaire, mais ce n'est pas un intérêt rationnel.

Ceci ne tombe pas sous le coup de la notion dogmatique de l'abus du droit parce qu'on peut dire qu'il y a un intérêt, mais ce n'est pas l'intérêt normal et le phénomène mérite en lui-même d'être étudié.

C'est le cas, par exemple, d'une femme qui prendra une profession indépendante, non pas parce qu'elle en a besoin ou parce que sa famille en a besoin, mais parce que c'est pour elle une manière de s'affirmer, d'affirmer sa personnalité. Ce n'est pas l'utilisation purement rationnelle, c'est une utilisation psychologique sans doute, c'est, pourrait-on dire, une sorte de phénomène de prestige.

Il y a aussi des phénomènes d'ineffectivité, nous rencontrons des phénomènes de non exercice du droit subjectif qui sont aussi importants que les phénomènes d'inapplication de la règle de droit elle-même.

Comment se fait-il que des droits subjectifs, une fois créés au profit de l'individu, ne soient pas

exercés par celui-ci ?... Les causes peuvent en être très diverses : c'est, souvent, la timidité juridique de l'individu, c'est, bien souvent aussi, sa faiblesse économique, car l'exercice du droit subjectif suppose une certaine force, un certain substratum de moyens matériel ; c'est encore l'insouciance, la générosité, l'oubli.

Les phénomènes d'ineffectivité du droit subjectif sont assez importants pour poser un problème législatif au droit objectif. N'y aurait-il pas lieu d'instituer une sorte d'organisme étatique qui se chargerait d'exercer les droits subjectifs que leurs titulaires laissent à l'abandon. C'est un peu, en partie, l'idée qui est sous-jacente à l'institution de la Procuration dans les pays socialistes. Les procureurs ont bien d'autres attributions mais l'une d'elle consiste à exercer les droits subjectifs que, pour certaines raisons et, notamment, la faiblesse économique, la timidité juridique, les individus titulaires n'exerceraient pas.

Ces phénomènes d'ineffectivité du droit subjectif peuvent, d'ailleurs, peut-être être éclairés par une analyse psychosociologique du droit subjectif.

B/ Nouvelle analyse du droit subjectif.

Dans la sociologie générale anglo-américaine, nous rencontrons une notion du "status", mais, une fois pour toutes, le mot anglais "status" sera francisé : statut. L'idée évoquée est celle d'un état, d'une situation dans la société. Les juristes, français eux-mêmes à l'occasion, emploient l'expression de "statut".

Il existe une théorie sociologique du statut qui a donné lieu à une littérature extrêmement développée dans la sociologie contemporaine. Il faut bien remarquer que nous avons affaire ici à une théorie de sociologie générale que les auteurs américains, ou européens, à la suite des premiers, ne paraissent pas s'être souciés d'appliquer aux phénomènes juridiques.

Le statut de la sociologie générale recouvre, d'ailleurs, des situations de fait qui ne coïncident pas avec la notion de droit subjectif, par exemple le rapport entre le ministre du culte et son fidèle, ou le rapport entre le chef de gang et le gangster, ou même le statut d'être beau, le statut d'être en bonne santé, le statut d'être démocrate. Tous ces exemples, tirés de la littérature américaine, font sentir que la notion du statut est

beaucoup plus large chez elle qu'elle ne pourra l'être dans la transposition que nous en ferons à la sociologie juridique.

Mais cette notion du statut recouvre aussi des situations juridiques et alors elle rencontre la notion de droit subjectif et elle peut lui apporter un éclairage nouveau, (non pas une révélation inouïe).

A quel point de vue ?... D'abord, elle peut apporter un certain élargissement du concept de droit subjectif. Comment, en effet, les sociologues anglo-américains nous parlent-ils du statut ?... Ils disent, - et les formules sont empruntées à l'un des premiers protagonistes de la théorie du statut, Linton :

" Le statut, en tant que distinct de l'individu
" qui l'occupe, est une collection de droits et de
" devoirs".

L'élargissement par rapport au droit subjectif est net. Il faut prendre la situation dans son ensemble. Dans une situation, il n'y a pas seulement des droits subjectifs, il y a aussi des obligations qui sont liées aux précédents. Il est vrai que certains publicistes prennent déjà le terme de statut avec cette acception large, mais celle-ci est moins reçue dans le droit privé.

" Le statut - poursuit Linton - est donc une
" position dans un groupe social, en relation avec
" d'autres positions tenues par d'autres individus
" dans le même groupe".

A un deuxième point de vue, la théorie sociologique attire notre attention sur un aspect du statut, la notion du statut bipolaire, comme disent les sociologues américains, - ou encore les statuts complémentaires.

Il ne faut pas se représenter le statut d'un individu comme quelque chose d'isolé dans la société ; correspondant au statut, complémentaire du statut que nous observons dans un individu, doit exister quelque part un autre statut, dans un autre individu, et les statuts vont ainsi par couple.

C'est ainsi que les sociologues américains étudient en statut complémentaire bipolaire les relations entre employeur et salariés, fonctionnaires et citoyens, mari et femme, père et enfant.

Ce qui est remarquable, c'est que, sans qu'il y paraisse, la sociologie américaine a été influencée par les techniques du droit anglo-américain. Le droit anglais affectionne de faire marcher les matières juridiques en forme de statut bipolaire. Là où nous dirions : Le régime des relations entre époux, ils diront :

"Mari et femme".

Ou bien, là où nous dirions : le contrat de bail, ils diront :

"Bailleur et preneur"

Ou encore là où nous dirions : le contrat de vente, ils diront :

"Vendeur et acheteur"

et, en poursuivant : "Médecin et malade", "Père et enfant".

Cette présentation - des matières juridiques - peut avoir l'avantage de souligner leur caractère relationnel, leur caractère de relations interindividuelles, mieux que ne le fait notre présentation par masse de matière, par catégories abstraites auxquelles le droit romain nous a accoutumés.

Enfin, un troisième apport possible de la théorie de la sociologie anglo-américaine est la notion de rôle, qui a un certain rapport avec la notion de statut.

Sans doute, cette notion de rôle ; - qui, dans la littérature sociologique récente, a pris une importance extraordinaire - en donnant lieu à de plus en plus de doctrines, a perdu de plus en plus sa clarté, et ce qu'en ont dit les premiers auteurs qui ont traité de la théorie des statuts est difficile à retrouver à travers la thèse récente de Mme Rocheblave-Spenle, "La notion de rôle en psychologie sociale" (thèse de Lettres, 1962).

Prenons la distinction du statut et du rôle sous sa forme la plus simple, qui était la forme que lui donnait Linton. Cette distinction se ramène à ceci :

" Le statut détermine les limites et les conditions des relations sociales - déclare Linton -
" mais il ne se confond pas avec elles. La manière
" dont les individus concrets remplissent leur statut
" défini varie considérablement. La manière dont un
" individu se comporte effectivement dans un statut

" donné et son rôle, le rôle et la manière dont le
" statut est accompli, c'est l'aspect dynamique du
" statut".

Chez un autre auteur, on trouvera la formule :

" Le rôle est le statut en action, c'est l'aspect
" dynamique du statut et il est toujours influencé par
" des facteurs autres que la définition sociale de
" position.

" Il y a des individus qui gonflent leur rôle au
" delà de leur statut et d'autres qui restreignent
" leur rôle en-deçà de leur statut".

Ainsi, si le statut correspond (avec un élargissement) au droit subjectif, le rôle est l'effectivité du droit subjectif, la manière dont, en fait, effectivement, les titulaires de droit subjectif exercent celui-ci.

La formule de Linton, d'après laquelle certains titulaires de statut gonflent leur rôle, tandis que d'autres le restreignent, trouve son illustration dans la pratique des droits subjectifs. Prenons une ligne très générale et très classique de l'histoire des droits féodaux (sans oublier que certains historiens récents ne l'acceptent pas sans nuances). D'après cette ligne classique, les droits féodaux se sont vidés de leur substance, au XVI^e et au XVII^e siècle. Pourquoi ?... Bien souvent, par la négligence des seigneurs, l'oubli même des seigneurs, qui avaient perdu les traces, les preuves de leurs droits féodaux, si bien que le rôle du seigneur féodal, dans cette période, s'était, en quelque sorte, dégonflé, était revenu en-deçà du statut ; les seigneurs n'exerçaient pas leur droit subjectif à la limite de leur statut, à la limite juridique, à la limite tracée par le droit objectif.

Mais, au XVIII^e siècle, s'est produit ce que l'on a appelé "la réaction féodale". Parce que, peut-être, ils manquaient de moyens, les titulaires de droits féodaux essayèrent de faire flèche de tout bois : ils partirent à la recherche de tous les droits féodaux qu'ils avaient plus ou moins laissé tomber en oubli, procédèrent à ce que l'on a appelé "la refonte des terriers". Ils regonflèrent, en somme, leur rôle de seigneurs féodaux à la limite de leur statut, si bien que (la conséquence est habituellement indiquée) le poids des droits féodaux, qui avait

paru plus léger au XVI^e et au XVII^e siècle, fut, de nouveau, lourdement ressenti au XVIII^e siècle, ce qui expliquerait, dans cette thèse, l'explosion de 1789.

Une étude comparable pourrait être faite pour notre droit de propriété, par exemple, au XIX^e siècle. L'article 544 fixe le statut du propriétaire, mais quel est un rôle du propriétaire ?... Entendez par là comment les droits subjectifs du propriétaire ont-ils été effectivement exercés par ceux qui en étaient titulaires ?... L'enquête pour le retrouver ne serait pas tellement aisée, mais elle est théoriquement possible, en essayant de recenser des poursuites qui furent effectivement exercées pour maraudage, par exemple, sur la plainte des propriétaires fonciers, au XIX^e siècle.

Cela nous montrerait si les propriétaires portaient leur rôle de propriétaire à la limite de leur statut ou, au contraire, restaient en-deça.

Certains mécanismes de notre droit nous montrent des rôles restant en-deça du statut, nous montrent l'individu ne faisant pas valoir son droit subjectif jusqu'à la limite qui lui est définie par le droit objectif. Il est extrêmement fréquent qu'un créancier ne réclame pas son paiement juste à l'échéance, il attend plus ou moins. Il est extrêmement fréquent qu'un propriétaire n'empêche pas des voisins ou des promeneurs de passer sur son champ, comme il en aurait le droit, en l'absence d'une servitude de passage.

On trouve même des enfants majeurs qui continuent à obéir à leur père, malgré les règles du Code Civil, ou des pères qui obéissent à leurs enfants mineurs. De nombreuses hypothèses existent où le rôle et le statut ne coïncident pas.

Notons que le droit n'ignore pas le phénomène. Et il encourage, parfois, l'individu à ne pas exercer ses droits au maximum, il l'encourage à la modération dans le rôle. Ce que dit, par exemple, l'article 2232 du Code Civil de la tolérance entre voisins, d'où ne peut pas sortir une servitude, est un encouragement à laisser son rôle en-deça du statut.

Cependant, il est une institution générale qui, au contraire, incite les individus à faire coïncider leur rôle avec le statut : c'est la Prescription extinctive.

Si trop longtemps on laisse le rôle en-deça du statut, on est menacé de perdre le statut par le jeu de la prescription extinctive.

Le phénomène inverse, où le rôle est assumé au-delà du statut, peut être mis en relation avec la théorie dogmatique de l'apparence. Le rôle a fait croire au statut ; on traitera donc celui qui a assumé le rôle comme s'il avait véritablement le statut correspondant.

Quel est le mécanisme, par exemple, qui est sous-jacent à ce que nous appelons le mandat tacite de la concubine ?... La concubine assume le rôle d'épouse, alors qu'elle n'en a pas le statut. Conséquence jurisprudentielle : Le concubin sera traité comme s'il avait le statut d'époux parce qu'il en a assumé le rôle.

Je dis bien : sociologie du droit des successions c'est à dire du droit objectif des successions, de l'institution juridique successions.

Du côté des juristes, un effort, à notre époque au moins, a été fait pour atteindre sociologiquement l'institution des successions. Il a consisté, comme en beaucoup d'autres domaines du droit privé, à décrire l'évolution du droit des successions et à mettre en rapport cette évolution avec d'autres phénomènes sociaux, tels que l'évolution de la famille ou l'évolution de la propriété.

Un exemple de cette description évolutive se trouve dans l'article du Professeur M. Vialeton, spécialiste éminent de la matière des successions "Famille, Patrimoine et Vocation héréditaire" (Mélange Maury, 1960).

Quand les juristes décrivent l'évolution des institutions, ils essaient de l'atteindre à travers ce dont ils sont saisis, à savoir les textes, la jurisprudence, la pratique notariale. Cela fait plusieurs niveaux successifs par lesquels ils s'approchent ~~d'avantage~~ de la réalité, sans que, pour autant, on puisse admettre, sociologiquement, que l'addition des textes, de la jurisprudence et de la pratique notariale soit encore l'équivalent de la réalité sociologique.

C'est du côté de la sociologie générale qu'il est plausible de se tourner si l'on veut atteindre la réalité sociologique de l'institution successorale, mais on est alors obligé de constater que cette institution n'a été qu'assez faiblement étudiée par la sociologie générale, et nous retrouvons ici une constante de l'indifférence que la sociologie générale manifeste pour l'aspect patrimonial des institutions familiales.

De même que la sociologie générale s'intéresse plus au couple envisagé dans ses rapports personnels, qu'aux régimes matrimoniaux, elle s'intéressera aux relations personnelles entre les générations plutôt qu'à l'institution patrimoniale des successions.

Ce n'est pas à dire, néanmoins, que la matière des successions ait été absolument le monopole des juristes dogmatiques. On peut dire que dans la pensée non dogmatique - non dans la pensée sociologique - souvent plutôt présociologique que sociologique des derniers siècles des vagues d'intérêt se sont manifestées pour l'institution successorale et, dans cette littérature présociologique, nous pouvons trouver les éléments d'une sociologie des successions.

Première vague, au XVIIIe siècle de l'idée d'égalité naturelle devint conduire les philosophes, certains philosophes, à une critique de l'institution successorale.

L'idée d'égalité a été jetée parmi nous par Jean-Jacques Rousseau. À la vérité, Jean-Jacques Rousseau, dans son "Discours de l'inégalité parmi les hommes", ne s'attache particulièrement à l'inégalité qui pourrait résulter de l'héritage; il lui semble que l'inégalité fondamentale vient de la propriété, abstraction faite des sources de la propriété. Mais il n'empêche que l'idée d'égalité en elle-même portait en germe une critique de l'héritage, et cette critique se manifesta dès le XVIIIe siècle dans toute une ligne de pensée.

Un indice: dans les éphémérides du jeune Goethe, est écrite cette phrase: "L'héritage, une source principale de l'inégalité".

Visiblement, il avait été tourmenté par cette pensée, Certains penseurs furent tourmentés bien davantage.

Parmi les conventionnels, Saint-Just avait envisagé l'abolition de l'héritage.

Au XIXe siècle, les saint-simoniens, et d'autres socialistes utopistes, préconisèrent la suppression de l'héritage instrument d'inégalité parmi les hommes. L'idée s'introduisit ainsi, dans une certaine doctrine socialiste, que le problème de la propriété pourrait être résolu sans douleur par une abolition opérée au passage. Au lieu d'abolir la propriété des propriétaires en place, abolir la propriété au moment de la transmission mortis causa, abolition indolore et, par conséquent, pour certains supérieure à l'abolition immédiate.

Le code Civil avait bien eu sa position implicite sur le problème de l'héritage: les idées d'égalité à l'intérieur de la famille, d'égalité successorale, de partage égal, avec le corrélatif historique de l'abolition du droit d'aînesse, répondaient à un idéal en matière de propriété, non point abolition de la propriété, mais idéal de la petite propriété. A tout le moins, le système du partage égal des successions devait empêcher la concentration de la propriété entre quelques mains.

Le code Civil représentait ainsi une certaine position philosophique sur le problème de l'héritage et il devait, par réaction, susciter une réflexion critique sur le sujet. Entendons bien "réaction" car cette idée du partage égal des successions et de conception égalitaire

en matière successorale devait rencontrer, dans le courant du XIXe siècle, des critiques qui dénoncèrent ce qu'elle contenait de danger pour la famille et, par delà, pour la société.

Balzac, dans la Littérature, représente ces vues aristocratiques de contradiction au système accessoral du Code Civil. Et Frédéric Le Play devait reprendre cette critique sous une forme, non plus littéraire, mais réellement déjà scientifique, en s'appuyant sur une étude comparative des différents systèmes successoral et de leurs effets sociaux. C'était déjà une démarche sociologique.

Nous avons là, par conséquent, en dehors du monde des juristes, une seconde vague d'intérêt qui s'est portée sur le problème successoral.

Au XXe siècle, à notre époque, les deux vagues précédentes ne se sont pas complètement retirées. Il y a encore, mais moindres, des critiques socialistes de l'institution de l'héritage. Le socialisme scientifique, s'est détourné de cette manière indolore d'abolir la propriété. Il y a des moyens plus rapides.

D'autre part, la tendance critique à l'égard du système égalitaire du Code Civil, la tendance que Le Play avait inaugurée, n'a pas non plus disparu, elle a même eu des succès législatifs: elle est sous-jacente à nos réformes de la dévolution successorale de l'exploitation agricole. L'école dite "de la réforme sociale", fondée par Le Play est à l'origine des propositions de lois d'où ont découlé les réformes de 1938 et suivantes.

Cependant, bien que les deux vagues précédentes ne soient pas entièrement retirées, une autre, à notre époque, tend à les recouvrir: nous assistons, en sociologie générale (et, ici, c'est la sociologie générale qui, franchement, est en cause) à un dépassement de la notion juridique de la succession. Le problème sociologique de la succession, au sens juridique, se trouve, aujourd'hui, fondu dans un problème sociologique beaucoup plus vaste, suscité, du reste, toujours par la même idée d'égalité, celui de la mobilité sociale, (comment les individus montent-ils de la classe inférieure à la classe supérieure, et réciproquement, s'ils ne peuvent pas faire autrement, redescendent à la classe inférieure.

Le problème de la sociologie des successions a, partiellement, retiré un bénéfice de cette étude d'ensemble qui a porté sur la mobilité sociale.

.../...

Quelles méthodes peuvent être utilisées pour l'élaboration d'une sociologie des successions?... Les différentes méthodes de la sociologie juridique sont ici applicables. Pendant longtemps, c'est la méthode historico-comparative qui a été quasi exclusivement employée ici, c'est à dire une application de l'histoire et du droit comparé.

L'histoire, l'évolution du droit romain, pour prendre cette tranche d'Histoire si familière aux juristes, a été particulièrement riche en enseignements pour la sociologie du droit des successions. Dans ce millier d'années que représente le droit romain une évolution du droit successoral s'est manifestée; il y a des enseignements sociologiques à en retirer, de même de l'évolution du droit français depuis le haut Moyen Age jusqu'aux réformes successorales contemporaines.

Le droit comparé, d'autre part, nous montre une grande diversité de systèmes successoraux. Le système germanique des parentèles pose, évidemment, une interrogation aux sociologues quand ils le comparent au système issu des Nouvelles de Justinien.

Une caractéristique générale de la matière, c'est aussi bien, dans le temps que dans l'espace, la très grande hétérogénéité des systèmes successoraux. En contraste avec la matière des obligations, qui est beaucoup plus abstraite et qui porte moins la trace des diversités d'époques et de pays, la matière des successions est un reflet des époques et des pays.

Un secteur de recherche est aussi extrêmement important celui des sociétés archaïques. L'observation ethnologique nous donne des matériaux importants sur les systèmes de parentés dans les sociétés primitives, et l'étude comparative des systèmes de parentés, dans ces sociétés, a été menée, bien souvent, à partir d'une étude des systèmes successoraux, qui apparaît comme le moyen d'approche le plus objectif de l'étude de ces systèmes de parenté. De là l'intérêt de l'ethnologie pour la matière des successions.

Comment saisir une relation entre parents par le sang si ce n'est, soit par l'interdiction, la prohibition de l'inceste, élément négatif, soit par la dévolution successorale, élément positif,

Une seconde méthode pourra être la méthode statistique. Il n'existe pas d'études statistiques systématiques de l'institution successorale, même en se limitant à notre pays. Il faut, d'autre part, reconnaître que les instruments
.../...

statistiques en matière successorale sont, en France, particulièrement défectueux.

On penserait, a priori, que l'Administration de l'Enregistrement, qui est chargée de percevoir un impôt sur les successions, a dressé des statistiques du mouvement successoral et que ces statistiques peuvent être employées par la sociologie juridique. Seulement, les statistiques de l'Enregistrement ont été conçues dans un esprit qui n'a rien de sociologique; ce qui intéresse l'administration de l'Enregistrement, c'est le point de vue fiscal, financier, budgétaire, à la rigueur même le point de vue économique, pour essayer de saisir peut être (encore n'est-ce pas sûr) les variations de ce que l'on appelle "la fortune d'un pays" à travers les variations de l'annuité successorale, les actifs déclarés lors des mutations par décès.

De plus ces statistiques sont assez défectueuses d'un point de vue purement technique, les bases en sont fréquemment changées, d'autant que les variations de la législation fiscale conduisent à changer les bases d'établissement de la statistique; la publication des statistiques est, d'ailleurs, irrégulière.

Bref, nous avons affaire à un très médiocre outil sociologique et l'on peut dire que le phénomène successoral dans ses éléments quantitatifs, nous échappe très largement

On peut songer à une autre méthode, qui sera l'enquête sur documents. Il est une catégorie de techniciens qui intervient fréquemment dans la matière successorale; ce sont les notaires. Des enquêtes par sondages dans les archives notariales pourraient nous éclairer sur certains phénomènes sociologiques en matière de succession. Cependant, il faut prendre garde que beaucoup de successions sont liquidées sans l'intervention de notaires; ce sont, il est vrai, les moins importantes pécuniairement, et il faut ajouter que, depuis le décret-loi de 1955, sur la publicité foncière, l'intervention d'un notaire est devenue à peu près indispensable dès lors qu'il y a un patrimoine immobilier, si restreint qu'il soit.

Donc, les archives notariales peuvent nous apporter pas mal de choses, a priori, sur la sociologie des successions, mais, en fait, elles n'ont pas, jusqu'ici, été exploitées d'une manière systématique, il n'existe que des études fragmentaires.

Citons, par exemple, une enquête de M. POISSON sur "La Sociologie des actes de succession", qui a été

publiée par "La Vie Judiciaire" du 9 juin 1962. Une exploitation de 118 actes notariés, déposés dans les années 1954/1956, aux archives d'une étude parisienne. Il s'agit donc d'une matière assez limitée, mais nous avons là, l'exemple d'une méthode, malgré le caractère restreint de l'échantillon.

Citons également la thèse de M. Lefevre, sur "Le consentement à exécution". C'est un acte par lequel les héritiers consentent à l'exécution d'un legs qui dépasse la quotité disponible et, dans la pratique, ce peut être un instrument d'inegalité successorale, avec l'accord des cohéritiers; du point de vue sociologique, c'est intéressant. M. Lefevre l'a étudié dans une thèse de Paris, 1961, par enquêtes assez développées menées auprès de notaires échantillonnés sur l'ensemble du territoire.

Ce procédé tout à fait classique en sociologie juridique, - de l'analyse sociologique de jurisprudence, avec les limites que le procédé comporte est également utilisable en la matière.

Y a-t-il place ici pour l'enquête sur le terrain qui pour la sociologie contemporaine, paraît avoir une valeur scientifique particulière? Son emploi est parfaitement concevable dans notre domaine. Il y a même un emploi qui en a été fait d'un façon très scientifique déjà, quoique ce fût du siècle dernier, par Le Play et son école.

Le Play, procédait par voie de monographies de famille, il a étudié certaines familles prise comme typiques et il a, notamment, étudié quel était l'effet du régime successoral du Code Napoléon dans les structures de telle ou telle famille.

Ces monographies de famille avaient l'avantage qu'il faut souligner tout singulièrement, en matière successorale, d'être des monographies continues, ce que des sociologues américains appellent des "Follow" up studies.

En matière successorale, étant donné la continuité, le caractère successif, des effets que peuvent produire les régimes juridiques, il est important de pouvoir suivre une famille sur une longue durée, d'où la nécessité de ces monographies continues dont le PLAY nous a donné des exemples, exemples, que, exemples que, peut-être, on peut trouver tendancieux mais qui n'en sont pas moins scientifiques; Les deux choses peuvent aller ensemble.

Une autre enquête, dans notre domaine, a été menée, sur les traces de Le Play et avec peut-être plus d'amplitude, avec un esprit moins orienté d'avance, moins tendancieux, par un Allemand, Alexandre von Brandt, dans un ouvrage intitulé "Droits et coutumes des populations rurales de la France en matière successorale". L'ouvrage est important, il a été l'objet d'une traduction française, quelques années après sa publication en Allemand ; la traduction française est de 1901.

Bien entendu, on comprendrait que des enquêtes fussent menées, aujourd'hui, d'une façon systématique, non seulement des enquêtes de fait, dans la pratique notariale, et en dehors de la pratique notariale, mais aussi des enquêtes d'opinion aussi : que pense la masse du régime successoral ? Que pensent, en faisant un testament ceux qui le font ou pourraient le faire ?)

Cette direction a été légèrement exploitée par les sociologues américains dans ces dernières années.

Comment allons-nous orienter notre recherche ?.. Le choix d'un plan peut être lié à l'orientation de la recherche. On pourrait songer à utiliser l'opposition toute simple, qui, au fond, n'engage pas à grand'chose, entre les causes et les effets. Nous rechercherions successivement quelles sont les causes de l'institution successorale ou, plus concrètement, quelles sont les causes de tel ou tel régime successoral ?... Quelles sont les "conditions" du régime successoral tel que nous le trouvons dans un système juridique donné, à une époque donnée ?...

Montesquieu nous donne l'exemple d'une recherche de causalité appliquée à l'institution successorale. Il y a, dans "l'Esprit des Lois", au Livre 26, un chapitre 6 dont l'intitulé est assez révélateur de la méthode de Montesquieu :

"Que l'ordre des successions dépend des principes du droit politique ou civil et non pas des principes du droit naturel".

Ce que vient appuyer, au Livre 27, un chapitre unique : "De l'origine et des révolutions des lois des Romains sur les successions".

On peut en effet, admettre que le régime successoral, dans une société donnée, à une époque donnée, est en corrélation, avec certaines conditions politiques, et économiques. (Le marxisme insistera sur cette dernière sorte de corrélation), avec des idéologies (par exemple l'idéologie égalitaire influe certainement sur la structure des

régimes successoraux), avec des idéologies religieuses. Car nous sommes ici dans une matière où la mort intervient, et ce sentiment de la mort est un sentiment religieux. Donc, on admettra assez facilement que notre matière se prête à des recherches de causalité, mais aussi à une recherche des effets.

Le régime successoral, à une époque donnée, dans une société donnée, produit, des effets sur l'état de la propriété, notamment, un effet de concentration ou un effet de morcellement. Il y a là une relation qui est devenue banale (cf garrigou : "De l'influence du régime successoral sur l'état de la propriété foncière" thèse Paris, 1913).

On a, de même, attribué au régime successoral - et, ici encore, la corrélation est devenue banale - un effet sur la natalité dans un pays donné

Il est moins banal de s'interroger sur l'effet qu'un régime successoral peut avoir quant à la psychologie de cujus, ou de l'héritier : On a souvent soutenu cependant, que le droit d'aînesse peut être un stimulant pour ceux qui n'en bénéficient pas.

Le régime successoral peut encore avoir un effet sur le développement économique. Ainsi, un régime successoral qui admet les substitutions, qui admet les clauses d'inaliénabilité, qui admet les fondations, pourra être une cause de stagnation économique.

Ces effets du régime successoral dans l'économie ont été, notamment, relevés, développés par les économistes. (Stuart Mill, dans ses "Principes d'économie politique", au livre I, chapitre 9).

Voilà donc une présentation possible de la sociologie du droit des successions, entre les causalités et les effets du régime successoral.

Seulement, cette opposition, est dénoncée, aujourd'hui, comme artificielle. La notion de fonction tend à transcender l'opposition; ce sont là des motifs peut-être pour ne pas la retenir, outre que, sous cet angle des causalités et des effets, la sociologie des successions, a été relativement un peu étudiée, sinon par les juristes, du moins par les économistes. Voilà un motif de plus de ne pas retenir ce plan.

Opposons en juriste, le droit des successions dans les relations, d'une part entre le de cujus et l'héritier,
.../...

d'autre part dans les relations entre les cohéritiers. Le plan retenu ici nous permettra de traiter, dans la première partie, la problématique générale de la sociologie des successions, tandis que la seconde partie serait plutôt orientée vers un problème particulier, le problème de l'égalité ou de l'inégalité successorale. C'est un avantage de méthode.

Mais, en outre, - et c'est là tout de même un avantage principal - il y a des ordres de problème différents sociologiquement selon qu'on se place dans les relations entre le de cujus et l'héritier, d'une part, et, d'autre part, entre les cohéritiers? Les problèmes sont sociologiquement différents.

Chapitre Ier. - La succession dans les relations entre le de cujus et l'héritier

En exergue de ce chapitre, plaçons la définition que le *Traité de Ripert et Boulanger*, Tome IV, n° 1462, donne de la succession.

On appelle "succession" la transmission du patrimoine d'une personne décédée à une ou plusieurs personnes vivantes".

C'est une définition dogmatique; la sociologie juridique peut, néanmoins, la prendre pour base et, notamment avec elle, englober, dans une notion unique de succession, la succession ab intesta et la succession testamentaire. C'est ce que nous ferons en principe, quitte à faire apparaître le phénomène particulier du testament, de la volonté post mortem partout où il se manifestera avec quelque autonomie.

Il existe cependant une notion sociologique de la succession qui ne coïncide pas avec la notion dogmatique. Les sociologues n'en ont pas toujours entièrement conscience parce qu'ils ne font pas de sociologie systématique des successions. Cependant, il n'est pas impossible de retrouver dans la sociologie générale les éléments d'une notion large, élargie, très élargie, successivement de plus en plus élargie de la succession.

La sociologie étudie des phénomènes de succession au sens large, qui sont extérieurement éloignés, (d'abord assez éloignés, puis de plus en plus éloignés) de ceux qui étudient le droit civil, encore que nous puissions peut-être trouver, dans les uns et dans les autres, une idée commune, l'idée d'un remplacement l'idée d'un mouvement de population, d'un remplacement déterminé à l'intérieur de la société, mouvement déterminé par le phénomène de la mort.

Essayons de suivre ces extensions successives de la notion. La définition juridique, n'envisage que la succession au patrimoine. C'est, dans les Facultés de droit, la succession.

Nous concevons pourtant, quoique juriste, que la succession porte sur des droits extrapatrimoniaux. Il y a,

si nous nous donnons la peine d'y réfléchir, placé dans d'autres parties du droit civil, la succession au nom patronymique, la succession à la nationalité, la succession au droit moral de l'auteur. Le droit privé s'en occupe, mais sans les relier à la notion de succession. Pourtant si l'on nous interrogeait là-dessus, nous conviendrions, finalement, que c'est bien un phénomène de succession que l'on trouve. Mais nous ne faisons pas le rapprochement, nous n'incluons pas ces phénomènes dans le phénomène successoral que nous étudions en droit civil de 4ème année.

Cependant, la vision sociologique de la succession va plus loin que ces quelques extensions que ne désavouerait peut-être pas le droit privé, elle englobe la succession au pouvoir et non plus seulement à la propriété dans le concept de succession.

Notez que nous avons perdu de vue cette extension, chez les juristes, mais que, plus anciennement, on l'aurait faite assez naturellement : *successio in bona*, *successio in dignitates*, la succession aux biens et la succession aux dignités.

Le juriste anglais Selden, qui a écrit, au XVIIe siècle, un ouvrage de droit comparé hébraïque et chrétien, intitulé "*Des successione in bona defuncti*", dit d'emblée que la succession est une notion double, qu'elle est la succession aux biens, mais aussi la succession aux dignités. Et, effectivement, il y avait, dans les systèmes juridiques de l'ancien régime, la succession aux titres nobiliaires, la succession au trône. C'étaient des mécanismes que nous rejetons maintenant dans le droit public, mais qui, à cette époque, n'apparaissaient pas comme fondamentalement différents des mécanismes successoraux que l'on étudiait en droit privé.

Ce qui est nouveau chez les sociologues contemporains, c'est d'étendre le concept de succession du pouvoir politique, où on l'avait rencontré sous l'ancien régime, jusqu'au pouvoir économique, où on le rencontre aujourd'hui : succession à la direction d'une entreprise, succession au siège d'administrateur dans une société anonyme. Ce sont, pour les sociologues, des phénomènes de succession au même titre que la succession au patrimoine. A la limite, pour les sociologues, toute transmission *mortis causa* d'avantage sociaux apparaîtra comme un phénomène successoral.

Il y a des avantages familiaux qui sont antérieurs à la mort du *de cuius* : l'enfant mineur aura été entretenu par ses parents ; il aura reçu d'eux surtout - c'est plus impalpable peut-être, mais c'est plus important, sans doute, que l'entretien - une éducation.

La sociologie contemporaine insiste beaucoup sur l'avantage social que représente l'éducation, sur l'importance de l'éducation reçue des parents comme facteur de la réussite sociale, la montée dans la hiérarchie des classes. Or, l'éducation est, pour partie au moins, conditionnée par les possibilités de la famille ; dans une certaine mesure, sans doute, et une mesure que l'on voudra croissante, elle est conditionnée aussi par la société, par les facilités d'éducation que chaque société peut offrir à l'enfant.

Mais, en grande partie, même dans les pays socialistes, ce sont les possibilités de la famille qui conditionnent l'éducation, et l'éducation apparaît comme un avantage reçu des parents.

Est-ce qu'un tel avantage peut être compris dans la notion de succession ?... C'est un avantage social reçu des parents, mais nous n'y trouvons pas la *causa mortis*.

Il est une notion juridique qui pourrait servir de pont entre cette hypothèse-ci et l'hypothèse précédente, c'est la notion de présuccession. Nous connaissons, dans le droit privé, des phénomènes de présuccession, tel la donation-partage, ou l'avancement d'hoirie. On peut dire, du reste, que la *causa mortis* n'en est pas absente, elle est en quelque manière, anticipée, escomptée dans l'avancement d'hoirie, dans la donation-partage. Si bien que nous intégrerions volontiers, la donation-partage et l'avancement d'hoirie dans notre matière des successions.

Est-ce que, parallèlement, nous ne pourrions pas intégrer l'éducation reçue du vivant du *de cuius*, l'éducation reçue, dans la notion sociologique de la succession?... On en vient ainsi à une conception encore élargie de la succession sociologique ; toute transmission d'avantages sociaux, *familiae causa*, non plus seulement *mortis causa*, y compris l'entretien et l'éducation reçus dans la famille.

Mais, à ce stade, une nouvelle extension va être proposée par la sociologie : la *causa familiae* elle-même doit-elle être maintenue comme condition de la définition du phénomène successoral?... La sociologie, en effet, considère, sous certains angles, comme un phénomène successoral la succession d'un entrepreneur à un autre à la tête d'une entreprise.

En droit, il peut y avoir, du reste, acquisition d'un fonds de commerce à titre particulier; donc, il peut y avoir succession au sens juridique le plus large du terme, succession particulière.

.../...

Mais, également, la sociologie tendra à considérer - et, ici, il n'y a plus d'acquisition pouvant servir de support juridique à l'élargissement - comme successor celle d'un fonctionnaire à un autre dans une fonction, alors que cela ne dépend pas du tout du fonctionnaire qualifié "de cujus", c'est une simple séquence dans le temps, ce n'est pas du tout une acquisition par le fonctionnaire nouveau et une aliénation par le fonctionnaire ancien.

La sociologie admettra volontiers ces extensions, à une condition tout de même, qui est sous-entendue : que le successeur soit plus jeune que le de cujus, qu'il y ait succession d'une génération à une autre dans cette séquence entre les titulaires de la fonction, et, ici, nous voyons apparaître une sorte d'extension nouvelle.

Le droit dogmatique ne considère la succession que comme un phénomène individuel. La transmission du patrimoine du de cujus à un ou plusieurs héritiers. La sociologie pourra l'envisager comme un phénomène collectif, comme un phénomène historique, ce sera la substitution d'une génération à une autre, à l'intérieur de la société globale.

On a parlé à ce sujet d'une hérédité sociale, d'un héritage social. L'objet de la succession, ce ne serait plus un patrimoine individuel, ce serait, l'ensemble de la culture provenant, émanant d'une société. La somme des idées, la somme des modèles de comportement que les membres d'une société acquièrent par l'éducation ou l'imitation, l'influence de l'école, l'influence des camarades, l'influence des adultes, les normes multiples de la vie quotidienne, les lectures, le langage, tout cela constituerait, dans une extension suprême que propose la sociologie, l'héritage social.

Nous ne sommes pas étonnés d'entendre dire que la culture d'un pays, c'est le patrimoine national; nous ne sommes pas surpris, par conséquent, d'admettre qu'il y ait un héritage de ce patrimoine national. Cette culture est supraindividuelle; quoique tous les membres d'une même société y participent, quoiqu'elle puisse être déduite de l'observation des comportements de chacun des membres de la société, c'est quelque chose tout le même qui est collectif.

Cette culture, cette hérédité sociale sera, notons-le bien, répartie inégalement entre les membres de la société, selon le sexe, l'âge, la classe; et, néanmoins, l'héritage social est quelque chose de très homogène d'un individu à un autre; il n'y a pas autant de diversité que

.../...

lorsqu'il s'agit d'héritage individuel.

Cependant la sociologie, qui, jusqu'ici, nous avait conduits à des extensions successives de la notion de succession, va nous proposer une restriction. Partant de la conception précédente, savoir que la succession peut être conçue comme le remplacement d'une génération par une autre, abstraction faite des phénomènes individuels de succession, la sociologie aura une tendance à limiter la notion de succession à ce que nous pourrions appeler "les successions descendantes", le remplacement des générations les plus anciennes par les générations les plus jeunes.

Seules les successions descendantes, dans ce qu'on appelait jadis l'ordre de la nature, paraîtront répondre à la notion de succession, remplacement d'une génération par une autre.

"Succession descendante", à la vérité, cela ne signifie pas uniquement succession en ligne directe; cela peut-être aussi bien la succession d'oncle à neveu.

Mais les successions qui s'ouvrent çà et là (statistiquement, dans des cas exceptionnels, nous le savons bien) au profit d'ascendants, au profit d'oncles ou même entre collatéraux, paraîtront ne pas répondre au concept sociologique de succession. Ces successions-là semblent, sociologiquement, ne pas en être, parce qu'elles sont trop aléatoires, trop accidentelles, elles ne reflètent plus cette régularité du phénomène collectif que l'on décrit comme remplacement d'une génération entière par une autre. Ce sont des cas aberrants.

Quant à la succession entre époux, elle aura une place à part dans cette vue sociologique. Sans doute, il peut bien s'y rencontrer un ordre de la nature : le mari, dans les sociétés occidentales, est, généralement, appelé à disparaître avant la femme parce qu'il y a un écart, qui est un écart statistique normalement constaté, entre l'âge du mari et celui de la femme, sans préjudice des longévités inégales entre les sexes. Mais, dans cet ordre de la nature manque l'idée du passage d'une génération à une autre, même s'il existait une différence d'âge sensible entre les époux, nous devons dire qu'ils se sont unis pour former une même génération dans leur opposition aux enfants à naître. Dès lors, le phénomène de la succession entre époux, si important dans l'évolution législative contemporaine, ne répond pas pleinement au concept sociologique parfait de la succession.

.../...

Le prétendu droit de succession entre époux est, sociologiquement, plutôt une sorte de réversion, de réversibilité, d'accroissement à l'intérieur d'un groupe homogène, c'est un prolongement du régime matrimonial, et vous savez de reste, même en droit dogmatique, il règne une ambiguïté de qualification, dont le droit international privé porte trace, quant il s'agit de déterminer si tel avantage au profit du conjoint survivant est un avantage matrimonial ou un avantage successoral. Cette ambiguïté de la qualification dogmatique reflète une ambiguïté sociologique.

Dans l'étude qui va suivre, nous prendrons pour base la notion juridique de la succession ab intesta et testamentaire.

Cependant, nous serons amenés à tenir compte assez souvent des extensions que suggère la théorie sociologique.

Comment ordonnerons-nous cette étude?

Dans le droit des successions, il est possible de distinguer, ne disons pas une statique et une dynamique, mais des pièces constitutives, institutionnelles, que nous pouvons saisir au repos, et la mise en marche, en mouvement de ces pièces constitutives.

Il y a, en d'autres termes, dans la sociologie des successions, des éléments "institutionnels" et d'autres que l'on peut qualifier de "dramatiques", car la succession mortis causa est bien un drame; de là les deux sections qui diviseront ce chapitre : les éléments institutionnels et les éléments dramatiques dans la sociologie des successions.

Section I. - Les éléments institutionnels dans la sociologie des successions.

Le droit des successions apparaît comme une rencontre du droit de la famille et du droit du patrimoine.

Il est de même des régimes matrimoniaux, mais le droit des successions, sociologiquement, est plus significatif que celui des régimes matrimoniaux. Il existe des systèmes juridiques qui ne connaissent pas le régime matrimonial, tel le système du droit musulman. Au contraire, la succession apparaît aujourd'hui comme un phénomène universel.

.../...

La sociologie des successions semble pouvoir résulter d'une vision sociologique de ces deux institutions du droit civil : patrimoine et famille.

"Patrimoine et famille" plutôt que "propriété et parenté" qui seraient des expressions plus restrictives, ne recouvrant pas l'ensemble du phénomène successoral.

Néanmoins, l'observation sociologique du patrimoine et de la famille ne suffit pas à épuiser la sociologie des successions; une troisième institution fondamentale entre en jeu dans une sociologie globale des successions savoir : l'autonomie de la volonté, sous les espèces du testament.

Là où il est admis, non seulement le testament devient directement une pièce constitutive de la sociologie des successions, mais il infléchit la vision que l'on peut avoir de la succession ab intestat elle-même, car la considération de la volonté tacite du de cujus devient un élément important de la sociologie des successions. L'institution successorale, se subjectivise, là où le testament existe, en ce sens que l'affection présumée du défunt - devient un des fondements possibles du phénomène successoral.

Toutefois, ce troisième élément institutionnel, l'autonomie de la volonté, n'a pas le même caractère de nécessité que les deux précédents, famille et patrimoine, car le testament est une institution qui ne se rencontre pas universellement dans la série sociologique.

Nous étudierons successivement, en trois paragraphes, les trois éléments institutionnels.

§ 1er. - La famille

Que le droit des successions fasse partie intégrante de l'institution plus vaste qu'est la famille, c'est ce que montre à l'évidence la forme la plus primitive de la succession, la succession ab intestat. Elle est une transmission de biens, d'un patrimoine, utilisant les structures familiales.

Là même, d'ailleurs, où le testament est reconnu, il faut bien voir que la succession testamentaire ne peut pas être détachée, elle non plus, de la famille; elle s'y attache, à tout le moins, par contraste et réaction, en

.../...

ce sens que la liberté testamentaire sera, généralement, limitée dans l'intérêt de la famille, restreinte sous les effets d'une réaction familiale,

En outre, sociologiquement, dans beaucoup de systèmes juridiques et, notamment, dans le nôtre, le testament, en fait, est utilisé moins contre la famille que contre la hiérarchie légale de la famille, la structure familiale que la loi suppose pour établir l'ordre des successions ab intestat. Il ne s'agit que d'établir un ordre de préférence différent de celui que la loi avait proposé. La liberté testamentaire, en fait, s'exerce à l'intérieur de la famille, le plus souvent, sauf exceptions. C'est, dit-on fréquemment, un acte de magistrature familiale. Donc malgré les apparences, le testament se rattache, lui aussi, à la famille.

De surcroît, on ne peut pas, sociologiquement, faire abstraction de l'idée essentielle qu'il y a, dans le testament une idée d'adoption. Sociologiquement, le légataire universel est, au fond, adopté; il y a intégration artificielle à la famille par le mécanisme testamentaire: c'est une famille artificielle, une famille par la volonté de l'homme et non plus par le sang, qui, sociologiquement, explique le testament. Voilà encore un motif de rattacher la succession testamentaire à l'institution familiale.

Nous sommes habitués, de nos jours, à concevoir la succession comme, une dévolution interindividuelle entre le de cujus et un de ses parents ou quelques-uns de ses parents, spécialement, entre le de cujus et un enfant (ou un enfant d'un enfant), mais il s'agit toujours d'une relation interindividuelle; c'est la forme la plus classique de la succession.

Cependant, pour en arriver là, il a fallu toute une évolution, qui n'est point, d'ailleurs, définitivement assurée.

Il a fallu, d'abord, par un préalable qui est implicite mais qui n'en est pas moins sociologiquement très important, éliminer la société globale pour établir la succession ab intestat ou testamentaire; puis, dans un second temps, il a fallu, à l'intérieur de la famille, établir une hiérarchie successorale. Ce sont là deux phénomènes sociologiques que nous examinerons successivement:

.../...

A/ Le refoulement de la société globale.

C'est un prélabé, qui est devenu implicite, mais qui n'allait pas du tout de soi. La société globale pouvait prétendre à des droits au décès d'un individu propriétaire de biens et, notamment, bien immobiliers. Les droits de la société globale, par préférence aux droits de la famille, ont pour eux des traditions très anciennes, en même temps que des idées très modernes.

C'est une idée très ancienne que le retour des biens à la masse et, notamment, le retour des biens immobiliers, de la terre, à la société globale, le jour où se produit le décès du propriétaire.

Les ethnologues étudient, notamment, dans les sociétés de l'Afrique Noire, un type de dévolution successorale qu'ils appellent la "dévolution circulaire", caractérisée en ceci que les biens du de cujus, les biens fonciers pratiquement, font retour au chef de tribu qui les redistribue entre les membres de l'ethnie.

Ce type de dévolution successorale est lié à un régime de propriété foncière où il n'y a encore ni propriété individuelle, ni même propriété familiale. L'individu et sa famille n'ont sur la terre qu'une concession viagère.

Cette idée du retour à la masse, idée primitive, a reparu dans les idéologies socialistes modernes; à partir du XVIIIe siècle.

Dans la logique d'un système communiste, il ne saurait y avoir de dévolution des biens à la famille, et la Révolution soviétique avait été logique avec elle-même lorsqu'elle avait décidé, par un décret du 27 avril 1918, d'abolir tout droit successoral. Néanmoins, le Code Civil soviétique de 1922 rétablit, dans certaines limites, un droit de succession. Ce code Civil, c'est le Code Civil de la N.E.P., de la nouvelle économie politique. Il s'agissait de donner un nouveau stimulant à l'économie, étant donnée la pénurie extrême, catastrophique, ou se trouvait, à ce moment-là, la Russie soviétique, plus ou moins assiégée, pour donner un stimulant à la production. (ce trait de politique législative mérite d'être noté).

La N.E.P. a disparu. On n'est pas, néanmoins, revenu sur le rétablissement du droit successoral, et la succession ab intestat, même la succession testamentaire existent encore, à l'heure actuelle, dans le système juridique de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques.

.../...

Pourquoi cela ?... Parce que, à la vérité, le droit de succession ne paraît plus au législateur Soviétique très redoutable, dès lors que la propriété individuelle des individus eux-mêmes a disparu sur les biens les plus importants, à savoir sur les instruments de production. Si, déjà, toute propriété, même viagère, est retirée à l'individu, il n'est pas besoin d'abolir la succession ab intestat. Tout ce qui résultera de son maintien, c'est qu'elle ne portera plus que sur des objets estimés n'avoir pas une valeur suffisante pour intéresser la société.

Ainsi, les droits de la société globale ont pu se manifester dans des sociétés très différentes.

Dans la plupart des systèmes juridiques, les droits de la société globale au décès du propriétaire ne sont pas entièrement éliminés; il y a refoulement, mais non pas élimination complète. Une sorte de transaction s'est établie entre les droits de la famille et ceux de la société au décès du propriétaire.

De cette transaction, tous les systèmes historiques, et le droit français contemporain comme les autres, portent la trace.

L'idée générale de la transaction, c'est que les droits de la société globale (les droits de l'Etat dans les sociétés modernes) ont d'autant plus de force que la famille laissée par le défunt est plus éloignée. L'éloignement de la parenté, en effet, rend plus incertaine l'idée d'une copropriété familiale antérieure au décès.

Et, d'autre part, l'éloignement de la parenté accentue le caractère aléatoire du gain représenté, pour l'héritier, par la succession ab intestat. Donc, la confiscation de tout ou partie de ces biens paraît moins injuste. Plus un gain apparaît comme le résultat d'une chance, d'un aléa, plus sa confiscation, au moins partielle, peut sembler justifiée.

L'aboutissement pratique de la transaction entre les droits de la société globale et ceux de la famille se situe dans un retour de la société globale à la succession, à partir d'un certain éloignement de la parenté.

Mais il existe, à cet égard deux techniques différentes : la vocation successorale et l'impôt successoral.

.../...

Dans la première technique, c'est une vocation successorale qui sera reconnu à l'Etat, à un certain rang dans la hiérarchie héréditaire. En face de certains héritiers trop éloignés, l'Etat viendra à la succession, c'est le système de l'Etat héritier.

Dans la technique du droit français, il n'est pas, d'ailleurs, absolument un héritier, il est un successeur irrégulier, ce qui montre la singularité de sa position dans la hiérarchie successorale.

C'est un droit très ancien que cette vocation successorale de l'Etat en présence d'une parenté éloignée.

Le droit romain, au moins depuis les lois caducaires (mais il n'est pas interdit de conjecturer que cela avait des racines plus anciennes encore) reconnaissait la vocation successorale du peuple. L'expression est caractéristique, elle se trouve dans Gaius, notamment (Institutes, II, 150).

Cette technique de la vocation successorale, d'ailleurs, peut être conçue dans deux esprits très différents et ici se retrouve un problème célèbre de notre droit positif français, un problème de qualification en droit international privé.

On peut concevoir les droits de l'Etat comme des droits d'épave sur des biens vacants et sans maître, devenus vacants et sans maître par le décès du propriétaire sans famille proche, ou comme un véritable droit d'héritier, un véritable droit à l'intérieur de la hiérarchie successorale et, si l'on ose dire, familiale. Droit d'épave, la succession est en déshérence. C'était l'idée médiévale, féodale : biens doivent être recueillis, dans un intérêt de police, par celui qui a la police du territoire, c'est à dire par le seigneur, plus tard par l'Etat, mais ce droit de l'Etat ne doit s'exercer que lorsque le bien est réellement vacant, c'est à dire lorsqu'il n'y a plus de parenté reconnaissable, à moins que l'on puisse ne justifier l'intervention de l'Etat à un degré plus proche, par une idée de pénalité, de confiscation. Dans le droit du Moyen Age, le seigneur recueillait ainsi les successions des suicidés ou de ceux qui mourraient sans s'être confessés, ou sans avoir fait de legs pieux); ces successions là étaient appréhendées par le seigneur, même en présence d'une parenté proche, en vertu d'une idée de confiscation.

Mais on peut concevoir aussi l'intervention de la société globale, comme un véritable droit successoral et

l'on s'ingéniera, plus ou moins sociologiquement, pour le justifier, à forger des parentés artificielles entre l'Etat et le de cujus : le prince est le père de ses sujets, la société est la déesse mère de tous les hommes, ce qui permet à l'Etat de venir à la succession, même en présence de parents connus. Si les parents sont assez éloignés, l'Etat a une vocation propre à s'insérer dans l'ordre familial; l'Etat, c'est notre grande famille.

Une loi caractéristique est intervenue, en France, à ce sujet : la loi du 31 décembre 1917, laquelle, modifiant l'article 755 du Code Civil a ramené du douzième au sixième degré, sauf exception, la vocation successorale de la famille, rapprochant, par conséquent, d'autant l'intervention de l'Etat.

Cette loi de 1917, bien qu'elle ait été provoquée par des raisons fiscales, repose plutôt sur la seconde des deux conceptions, l'idée d'un droit successoral que sur la première, l'idée d'un droit d'épave, car l'Etat vient ainsi s'insérer dans une parenté qui, par hypothèse, est reconnaissable.

La seconde technique concevable, et elle a une grande importance pratique, c'est l'impôt successoral, l'impôt qui frappe les mutations par décès.

Cette technique fiscale permet, d'ailleurs, une nouvelle transaction entre les droits de la société et les droits de la famille, un partage de l'actif entre la société globale et la famille. La famille peut, grâce à cette technique, n'être pas entièrement éliminée, l'Etat prélèvera un pourcentage de l'actif successoral mathématiquement très variable (et, que l'on peut faire varier à volonté, selon les exigences législatives du moment).

Néanmoins, ici encore, une dualité de sens est possible : on peut concevoir l'impôt successoral comme un impôt sur le capital. Cet impôt est perçu, sans doute, au moment du décès, parce que c'est plus commode, il y a moins de résistance du propriétaire, l'héritier recueille un gain net et, par conséquent, psychologiquement, est mieux disposé à admettre un prélèvement. Mais, en soi, ce prélèvement fiscal aurait pu se situer à un autre moment; c'aurait pu être un impôt sur le capital perçu du vivant du propriétaire, et la preuve en est qu'au lendemain de la Libération, nous avons connu un impôt de solidarité nationale, qui fut calqué sur l'impôt successoral. L'idée législative sous-jacente, c'était que tous les Français

.../...

étaient morts, fictivement, à une certaine date de 1945 et qu'il fallait déclarer leur succession.

C'est une conception possible, mais une autre est, sociologiquement, plus intéressante: c'est que, par l'impôt successoral, l'Etat se taille, malgré l'apparence fiscale, une véritable part d'héritier en concurrence avec les membres de la famille effective.

Dans l'aménagement de notre impôt de mutation par décès, en France, il y a eu des tentatives pour accentuer le caractère successoral du prélèvement. Tel était le sens, notamment, en 1926, de la proposition Palmade, qui tendait à conférer à l'Etat la saisine héréditaire pour le paiement des droits successoraux. Ce qui lui aurait permis, au décès de chaque Français, de renforcer son contrôle: de réquérir l'apposition des scellés, de demander l'inventaire; il aurait été, ici, en concurrence avec les héritiers.

Cette proposition n'a pas été retenue; elle était trop violente, elle heurtait l'opinion publique; c'est un point important que de savoir dans quelle mesure l'opinion publique accepte ainsi de reconnaître des droits d'héritier à la société globale.

L'évolution de notre impôt successoral s'est marquée d'une autre manière: par l'augmentation des prélèvements. Si nous retraçons l'histoire de l'impôt frappant les mutations par décès, depuis le début du XIXe siècle, nous constatons une augmentation croissante des taux et, notamment, en 1901, l'institution de la progressivité du taux. Il ne faut pas, cependant, s'imaginer que l'évolution a été linéaire; la tendance collectiviste, a été, à partir d'une certaine époque dans le XXe siècle, partiellement neutralisée par une autre tendance, d'une grande force, par le courant nataliste, qui a déterminé un régime de faveur, de dégrèvements fiscaux pour certaines successions: pour les successions entre conjoints, pour les successions en ligne directe - tout au moins dans les limites d'un certain chiffre, d'un idéal de petite propriété, dont le législateur moderne ne cesse pas de rêver.

La réforme opérée par la loi du 14 avril 1952 a ce sens. C'est une loi qui est, sociologiquement, importante par les tendances familialistes qu'elle révèle, mais elle est aussi importante par les conceptions qui sont à sa base sur les structures familiales, car le dégrèvement en faveur des successions entre conjoints ou en ligne directe emporte, a contrario, un refoulement, par la voie fiscale, de la parenté collatérale.

La parenté collatérale reste exposée au taux maximum de prélèvement. Le rétrécissement de la famille se trouve, par là, confirmé sur le terrain fiscal; ce n'est plus seulement le conjoint qui passe avant les collatéraux, c'est, également par le jeu de la loi fiscale, la collectivité. La société globale s'incline devant la famille nucléaire (conjoint, ligne directe), mais elle affirme ses droits, au contraire, devant les collatéraux.

On peut se demander dans quelle mesure cette préférence partielle, marquée par la législation, en faveur de la Société globale, sur certaines couches au moins de la famille, a des fondements sociologiques.

Nous ne faisons pas allusion ici à une sorte de fondement philosophique auquel la sociologie du début du XXe siècle a parfois songé; (les sociologues de l'école Durheimienne, ont parfois tenu un raisonnement de cette sorte:

- Le primat de la société doit impliquer des droits successoraux de la société. Si tout procède de la société globale, tout doit lui revenir.

C'est assez métaphysique).

Aujourd'hui, on se demanderait plutôt dans quelle mesure cette tendance favorable à la société globale, dans la législation civile ou fiscale, est soutenue par l'opinion publique?... Est-ce que l'héritage par la famille est regardé comme injuste par l'opinion publique?... Voilà un thème de recherche.

L'héritage a été regardé comme injuste, non seulement par les socialistes du XIXe siècle, mais même par des radicaux du XIXe siècle, (au sens de la philosophie radicale anglaise de cette époque; ex-Stuart Mill).

Ce qui rendait l'héritage suspect et injuste, c'est qu'il était un gain du hasard. Le gain devait venir du travail, dans cette vision assez puritaine des choses.

Mais, aujourd'hui, la légitimité des gains de jeu est beaucoup moins discutée dans l'opinion populaire qu'au XIXe siècle, et l'Etat lui-même a poussé la chose en organisant le jeu un peu partout. Comment les gains venant de l'héritage seraient-ils stigmatisés dans une société où l'Etat lui-même organise la Loterie Nationale et le

.../...

pari Mutuel Urbain ?... L'héritage, après tout, n'est pas plus aléatoire que le pari aux courses ou la loterie, et au niveau de l'opinion de la masse, il n'est pas sûr qu'il soit jugé plus sévèrement que les autres gains de hasard. Il y aurait une recherche sociologique à faire à ce sujet sur le mythe de l'oncle d'Amérique (qui peut être un cousin très éloigné). Il serait intéressant de suivre les cheminements de ce mythe dans l'opinion, à l'occasion de telle ou telle affaire retentissante d'héritage.

Ce serait là un thème d'enquête dans la masse. Mais l'enquête pourrait aussi être spécialisée et être menée auprès de ceux qui sont directement intéressés par la questions.

Est-ce que les intéressés - ceux qui se trouvent dans la situation de famille de n'avoir après eux ni conjoint, ni ascendant, ni descendant, ni même de collatéraux privilégiés, mais seulement des collatéraux éloignés, ceux en présence desquels l'Etat, fiscalement ou civilement, cherche à affirmer ses droits - préfèrent l'Etat à leurs collatéraux ou leurs collatéraux à l'Etat ?...

L'enquête d'opinion serait ici légitime, en raison du caractère supplétif, interprétatif de volonté que l'on accorde, au moins particulièrement pour fondement à la succession ab intestat. La succession ab intestat repose sur l'affection présumée du défunt, dit-on ; demandons aux défunts virtuels de nous déclarer leurs affections.

Cette enquête n'a pas été effectivement menée. Néanmoins, nous avons, d'ores et déjà, une indication dont on pourrait faire état : c'est le nombre des cas où les intéressés adressent des dons ou des legs à l'Etat lui-même. Dans quelle mesure les individus font-ils des libéralités à l'Etat ? ...

Suivant une statistique de l'enregistrement de 1944 à 1950, il n'y aurait eu que 20 libéralités adressées à l'Etat dans toute la France.

Des statistiques plus détaillées, de l'année 1955, révèlent pour cette seule année 11 donations adressées à l'Etat et 12 successions, 12 legs soit assez peu de chose.

Si nous approfondissons nous constatons que ces libéralités adressées à l'Etat ne représentaient que 1/600e de l'actif successoral dévolu alors que, cette même année

1955, l'actif successoral dévolu aux collatéraux par succession ab intestat représentait 10 %.

Si, à la vérité, nous faisons masse, à côté des libéralités adressées à l'Etat, de toutes les libéralités adressées, soit à des collectivités publiques, départements ou communes, soit à des établissements publics, notamment établissements hospitaliers, bureaux de bienfaisance, établissements publics charitables, nous obtenons la somme de 2.537.000.000, frs, tandis que la dévolution aux collatéraux par les voies légales représentait 36 milliards.

Ceci nous montre que, dans la psyché des individus, l'Etat, même si on y ajoute les autres collectivités publiques et les établissements charitables, n'occupe pas une place considérable. Psychologiquement, ceci n'est pas inexplicable : la société globale est une entité, trop vaste, trop peu charnelle pour intéresser les auteurs de libéralités. Il n'est pas sûr, d'ailleurs, que lorsqu'une libéralité est adressée à l'Etat, elle le soit pour des raisons positives d'affection envers la société globale.

Déjà Tacite remarquait, à propos de Tibère, que les legs faits aux princes, à Rome, pouvaient être motivés par des considérations fort différentes, et, nous explique-t-il, Tibère acceptait les legs qu'il devait à l'amitié, à l'amitié réelle et sincère des testateurs, tandis qu'il refusait les legs faits par des inconnus, qui n'avaient aucun sentiment affectif pour lui mais ne pensaient qu'à frustrer leurs proches.

Il est certain que la préférence manifestée, - rarement il est vrai - par les disposants pour l'Etat masque une certaine hargne à l'égard de la famille. C'est une psychologie plutôt négative que positive, traduisant la haine contre la famille plutôt que l'affection pour la société globale. En général d'ailleurs, les statistiques de 1955 le suggéreraient, les sentiments d'affection qui se détournent de la famille ou qui ne trouvent pas dans la famille un objet effectif, se porteront plutôt sur des oeuvres concrètes, sur des entités étroites (communes par ex. que sur la société globale.

A notre époque, le développement, si souvent signalé, de l'adoption s'explique, en grande partie, par le désir qu'ont les propriétaires de ne pas voir leur succession aller, soit à des parents trop éloignés sans doute, soit à l'Etat. Il y a, dans l'adoption, une préférence manifestée pour les affections concrètes et une crainte de laisser passer les biens à des entités désincarnées.

Voilà un certain nombre de réflexion que suscitent les droits de la société globale au décès du titulaire du patrimoine.

Mais, il ne suffit pas de refouler, au moins partiellement, la société globale pour en arriver à la succession, il faut encore, à l'intérieur de la masse familiale, procéder à une structuration, à une hiérarchisation.

B/ La hiérarchisation de la famille.

En effet, l'idée d'une transmission du patrimoine, qui est l'idée simple, immédiate que l'on se fait de la succession, malgré son apparente simplicité, recèle une équivoque.

La "Famille", ce peut être un groupe, une entité; ce peut être, à l'intérieur de ce groupe, un membre, plusieurs membres du groupe, mais des individus.

Dans la série sociologique, la transmission à la famille, en tant que groupe, la dévolution ou plutôt la reconnaissance des droits à la communauté familiale, a précédé la transmission à un membre de la famille, à plusieurs membres de la famille individuellement considérés; un processus d'individualisation a été nécessaire pour construire, organiser le véritable droit successoral. Ce processus d'individualisation, nous le rencontrons à diverses époques historiques.

Il y a eu une première spécialisation, une première particularisation du groupement, mais ce n'est pas encore la dévolution sous la forme interindividuelle à laquelle nous sommes maintenant habitués.

M. Jean Gaudemet a consacré, un cours à l'étude des communautés familiales "Les communautés familiales", 1963. Bornons nous à rappeler l'exemple qu'il donne de l'évolution du droit romain, qui illustre le processus d'individualisation.

A Rome, à ce qu'il semble, il y a eu, à une époque archaïque, un droit de la gens sur le patrimoine laissé par ses membres. Puis, ce droit de la gens a fait place à un droit individuel des membres de la gens, à la fin de la République.

Un processus de spécialisation s'est donc opéré et, de ce processus, nous pourrions trouver un nouvel

exemple avec l'évolution des communautés familiales au Moyen Age. Dans les droits modernes, notamment dans le droit français contemporain, la dévolution à plusieurs héritiers et l'indivision héréditaire qui en résulte post mortem ne doivent pas être regardées comme des survivances du phénomène archaïque. Ce n'est pas le même phénomène, car le phénomène des communautés familiales n'est pas, à la vérité, un phénomène de dévolution successorale. Une copropriété existait dès avant la mort et se poursuit post mortem ; ce n'est pas un véritable droit de succession ; mais plutôt un droit d'accroissement à l'intérieur de la masse, un droit de réversion pour les survivants, la continuation d'une participation antérieure. Il n'y a pas ce phénomène si caractéristique de rupture, de discontinuité, de passage d'une génération à une autre qui caractérise le droit successoral.

Les vestiges les plus admissibles de la dévolution au groupe familial se trouveraient plutôt dans des théories du XIXe siècle qui n'ont pas triomphé, qui étaient des sortes de résurgences de la vieille idée archaïque : l'idée de la réserve collective et celle de la saisine collective.

De la réserve collective, on a discuté à propos du problème du cumul de la quotité disponible et de la réserve. La question est, aujourd'hui, vidée sur le terrain du droit positif ; ne retenons ici que l'idée sous-jacente : la réserve pouvait être envisagée comme la transposition d'un droit du groupe sur les biens laissés par le défunt (c'était là une vieille idée de communauté familiale).

Saisine collective, plus ou moins latente dans les conceptions d'Abbry et Rau, cela impliquait une idée de copropriété familiale, c'étaient des archaïsmes et, au XIXe siècle, ils resurgissaient peut-être sous l'influence du romantisme juridique de l'école de Savigny, après une disparition de plusieurs siècles ; C'est ce que l'on opposa tout de suite à la théorie de la saisine collective. Dans le dernier état de notre ancien droit français : le mort saisissait le vif, son hoir le plus proche. Donc, la saisine était individuelle, elle n'était plus collective. Et il y avait une sorte d'investiture, partant cet effet de rupture, qui est inhérent à notre théorie moderne de la succession.

Ainsi, aujourd'hui, la succession est une dévolution aux membres de la famille : c'est une relation

interindividuelle. Le droit, que ce soit la coutume ou la loi, désigne celui ou ceux des parents qui recueilleront, - mais qu'il y en ait plusieurs ne fait rien à l'affaire - tout ou partie du patrimoine.

Cette dévolution a donc le sens d'une préférence, d'un tri qui s'opère à l'intérieur du groupe familial, d'une hiérarchie marquée à l'intérieur de ce groupe tout entier.

Cette hiérarchisation, la dévolution successorale a été étudiée, par la sociologie générale comme le signe tangible, objectif, - objectif parce que pécuniaire - d'une structuration de la famille, et les changements apportés aux règles de dévolution successorale à l'intérieur de la famille ont été observées comme les signes d'une évolution dans les structures familiales.

L'observation a été faite par la sociologie générale aussi bien dans les sociétés primitives que dans les sociétés les plus modernes. Au niveau des sociétés archaïques, les ethnologues relèvent assez généralement l'attention que les primitifs portent aux parentés, la subtilité qu'ils apportent dans leur classification des parents, la richesse des nomenclatures de la parenté dans les langues primitives, richesse bien plus développée que la nôtre. Nous n'avons qu'un terme, cousin pour désigner bien des variétés de parents collatéraux ; beaucoup de langues primitives différencient par des termes différents les différentes nuances du cousinage.

Or, la computation des proximités des degrés de la parenté a deux intérêts pratiques : la prohibition de l'inceste et la dévolution successorale. L'étude de la dévolution successorale offrira donc une image des structures familiales dans chaque système juridique.

C'est ainsi que les ethnologues ont dégagé les types de dévolution successorale qu'ils mettent en rapport avec des types familiaux. C'est dans cet esprit que les ethnologues, notamment ceux qui ont fait porter leurs investigations sur les systèmes juridiques de l'Afrique Noire, distinguent, outre la dévolution circulaire, retour à la société globale, la dévolution horizontale de frère à frère, qui est peut-être le système le plus primitif de l'Afrique Noire, où l'on retrouve quelque chose peut-être - cela est assez conjectural - de la parenté classificatoire : tout ce qui compte, ce sont les relations à l'intérieur de la même génération, les relations de la

fratrie; puis, la dévolution oblique, qui reflète la famille matrilinéaire, maternelle à neveux utérins; et, enfin, appelée à un brillant avenir, la dévolution verticale, de père à fils, qui correspond au type patriarcal de la famille.

Pareillement, dans l'étude des systèmes juridiques occidentaux contemporains, on s'attache à saisir, à travers les transformations de la succession ab intestat, les transformations de la famille et, notamment, un phénomène qui est considéré comme le phénomène dominant quant aux structures familiales, à notre époque, le passage de la famille étendue et patriarcale à la famille étroite et conjugale ou famille nucléaire, le phénomène dit "de rétrécissement de la famille".

L'étude des systèmes de succession ab intestat, à partir de la fin du XIXe siècle et, surtout, au XXe siècle, fait apparaître, en effet, un peu partout, les phénomènes suivants dans la hiérarchie successorale :

- Le recul des collatéraux, surtout des collatéraux ordinaires, par opposition aux collatéraux privilégiés.

- L'avance du conjoint.

- Le maintien des père et mère, plus généralement le maintien des ascendants, non sans une certaine tendance à les cantonner dans le plan des usufruits successoraux, c'est-à-dire des droits alimentaires.

De ces différents mouvements des systèmes successoraux, nous pouvons recenser les indices suivants dans le droit français :

La loi, déjà citée, du 31 décembre 1917, qui est venue limiter les degrés successibles en ligne collatérale par modification de l'article 755, (limitation au 6ème degré).

Les lois du 3 décembre 1930 et du 26 mars 1957, qui ont fait avancer les droits successoraux du conjoint survivant au détriment de ceux des collatéraux, par une utilisation du système de la technique de la vente.

L'établissement de certaines hiérarchies, que l'on peut qualifier de "parasuccessorales", révélatrices des courants nouveaux.

Le Code Civil résiste mieux à certains courants nouveaux que les législations spéciales qui n'y sont pas incorporées, et certaines hiérarchies parasuccessorales, qui ne concernent pas la dévolution de la succession civile, sont peut-être plus révélatrices des transformations de la famille et de la hiérarchie successorale, que les quelques transformations civilistes citées plus haut.

Ainsi, la loi du 11 mars 1957, sur la propriété littéraire et artistique, dans son article 19, prévoit comment s'exercera, l'auteur étant mort, le droit de divulgation sur ses oeuvres posthumes, et elle établit, à cette fin, une sorte de hiérarchie familiale. Nous y voyons que le conjoint y vient avant tous autres que les descendants. Ici par conséquent le législateur, sous le couvert d'une législation spéciale, a laissé passer, la préférence pour le conjoint et les descendants, pour la famille nucléaire sur tous les autres parents.

Dans la matière des accidents du travail (incorporée au Code de la Sécurité Sociale, article 454), le droit à rente, après accident mortel, est attribué à une certaine hiérarchie successorale ; nous y voyons : le conjoint, les ascendants ou descendants à charge, les enfants recueillis. C'est un petit groupe que le législateur spécial a structuré à sa façon et cette façon reflète une certaine conception de la famille.

Dans la loi du 1er septembre 1948, sur les loyers, à l'article 5, nous voyons ce que devient le droit au maintien dans les lieux après le décès du locataire occupant : il appartient aux membres de sa famille, dans limitation et, par ce biais, pourra se produire un retour offensif, semble-t-il, de la famille étendue ou des personnes à charge ; ainsi apparaît une notion différente de la famille, reposant sur des liens alimentaires, qui pourraient être de fait (la concubine) aussi bien que de droit, mais à une condition : la cohabitation. (Nous voyons apparaître cet élément de la cohabitation, dont nous aurons à reparler).

Notons, d'ailleurs, au passage, que, dans le droit au maintien dans les lieux, comme, partiellement, dans les droits précédemment énumérés au titre des jura singularia, il s'agit de succession dans un sens large, au sens sociologique du terme, de succession dans la place, dans la position sociologique, dans l'emplacement matériel même plutôt que de succession au sens juridique (succession au patrimoine).

En marge des développements de la sociologie contemporaine, formulons maintenant quelques observations critiques :

1°) D'abord, l'idée que la hiérarchie successorale est la traduction fidèle de la structure familiale, semble contestable, en ce qui concerne, du moins, les sociétés modernes.

En effet, dans les sociétés modernes, la famille apparaît comme un ensemble de rapports personnels affectifs, avant que d'être un centre d'intérêts patrimoniaux, et l'on conçoit facilement une dissociation des deux plans. Il se peut même que des relations familiales, libérées des vocations successorales puissent devenir affectivement plus intenses. L'absence de vocation successorale, - du moins de vocation successorale utile - entre conjoints, avant 1891, ne signifiait certainement pas, contrairement à ce que croient beaucoup de sociologues de sociologie générale, que le conjoint ne faisait pas alors réellement partie de la famille.

C'est un lieu commun, en effet, que de dire :

- "La meilleure preuve que le conjoint, dans le système original du Code Napoléon, ne faisait pas partie de la famille, c'est que, dans la hiérarchie successorale, il venait tout à fait au dernier rang, juste avant l'Etat: il n'était même pas héritier, mais successeur irrégulier."

Cela ne signifie point qu'il ne faisait pas partie de la famille et, pour se convaincre du contraire, il suffirait de regarder les portraits de famille au XIXe siècle : on verrait que le conjoint est toujours au centre du tableau. Mais faire partie de la famille et faire partie de la hiérarchie successorale, sont deux choses différentes.

De même que, dans un plan de prospective juridique, la suppression de l'obligation alimentaire entre parents et enfants ne signifierait nullement qu'il n'y a plus de famille nucléaire. Certaines législations plus avancées que la nôtre y sont parvenues. Dans le système Suédois par exemple, la Sécurité Sociale rend l'obligation alimentaire entre parents et enfants inutile. Cela ne signifie pas du tout qu'il n'y aura plus de relations affectives entre parents et enfants, les Suédois affirment même que, affranchies de toute arrière pensée d'obligation alimentaire, les relations familiales peuvent acquérir plus de force qu'auparavant.

Donc, la relation établie entre la hiérarchie successorale et la structure familiale paraît contestable dans les sociétés modernes.

2°) Dans un système où la succession ab intestat peut être corrigée, modifiée, complétée par des libéralités, il est formaliste de s'en tenir à la succession ab intestat pour apprécier les structures familiales.

Il est certain qu'avant 1891, où est intervenue, la loi qui a institué l'usufruit successoral du conjoint survivant, la pratique des libéralités au profit du conjoint survivant était extrêmement répandue, soit que ces libéralités fussent incluses dans les contrats de mariage, soit qu'elles intervenissent après coup, pendant le mariage, sous la forme de donation entre époux, d'institutions contractuelles.

Ce qui a rendu la loi de 1891 nécessaire sociologiquement, ce n'est pas, comme on se l'imagine après coup, une avance du conjoint dans la hiérarchie familiale, c'est beaucoup plus la promotion sociale qui a caractérisé la seconde moitié du XIXe siècle. Des ménages qui n'avaient pas fait de contrat de mariage, parce qu'au moment où le mariage avait été célébré, ils étaient trop pauvres, se sont enrichis et ont éprouvé le besoin de faire bénéficier de cet enrichissement le conjoint survivant.

Dans ces ménages là, l'habitude des libéralités, le recours au notaire étaient tout de même quelque chose de moins familier que dans la classe bourgeoise. L'intervention de la succession ab intestat, - pour ceux qui avaient ainsi cublié, ou qui ne pouvaient pas, ou qui n'avaient pas pu recourir à des libéralités expresses - en faveur du conjoint est devenue une nécessité, mais les circonstances économiques avaient changé.

De même, aujourd'hui, pour apprécier si le recul des collatéraux est aussi réel, sociologiquement, qu'on le soutient, il faudrait compléter l'examen de notre législation de la succession ab intestat par une observation de notre pratique des libéralités.

Si la liberté testamentaire intervient, en faveur des collatéraux ordinaires, dans des hypothèses où, antérieurement, intervenait la succession ab intestat, l'interprétation courante de l'évolution législative n'est plus valable. Pour résoudre la question, il faudrait recourir à des enquêtes, soit à une enquête exhaustive par l'Enre-

gissement, qui nous ferait connaître quels sont les bénéficiaires des dispositions testamentaires entre vifs, soit par sondage d'opinion auprès de la masse, pour savoir comment la masse voit l'ordre des préférences successorales lorsque l'intéressé a à la fois un conjoint et des collatéraux.

Il est peu probable que le recul des collatéraux, tel qu'il est attesté par l'évolution de la législation au XX^e siècle, serait infirmé par cette enquête. On peut conjecturer assez facilement qu'il répond à un mouvement dans l'opinion, qu'il répond aussi à des changements dans l'implantation des familles, à une plus grande dispersion de celles-ci.

Néanmoins, il est un point qui est objectivement connu et dont il faut tenir compte : c'est que la fraude fiscale s'exerce très largement - le point est notoire - en faveur des collatéraux privilégiés, en particulier neveux et nièces, et même en faveur des cousins. Il y a là, tout de même, dans cette facilité avec laquelle les intéressés assument la fraude fiscale, un indice dont on ne peut pas ne pas tenir compte pour porter une appréciation d'ensemble sur le phénomène de rétrécissement de la famille, et sur le recul des collatéraux dans la hiérarchie successorale.

3°) L'attention, peut-être exagérée, accordée au phénomène de rétrécissement de la famille, a rejeté dans l'ombre d'autres phénomènes de transformation, aussi importants, dont portait trace notre droit successoral :

D'abord, l'apparition d'une conception purement alimentaire du droit successoral, où la dévolution successorale est réservée aux seuls héritiers dans le besoin, soit que la législation intervienne pour spécifier que les membres de la famille hériteront seulement s'ils étaient à la charge du défunt, soit que, réciproquement, la législation successorale ou parasuccessorale appelle les personnes à charge, sans tenir compte de leurs liens de parenté.

De ce mouvement, qui tend à fonder le droit subjectif successoral sur le besoin, nous avons des indices d'abord dans la disposition de la législation des accidents du travail ; les rentes après décès sont réservées aux ascendants et descendants à charge. Sans doute, on présume que le descendant est à charge lorsqu'il est mineur de 16 ans, mais c'est au fond le caractère alimentaire

qui sert de support à ce droit parasuccessoral. Et, réciproquement, un enfant recueilli, - c'est-à-dire qui était de facto à charge sans qu'il y eût nécessairement un lien légal de parenté entre le défunt et lui - a également droit à la rente après décès.

Une trace de ce caractère alimentaire, qui est en montée, apparaît aussi, dans la loi anglaise de 1939, sur la réserve héréditaire.

Jusqu'alors, le système de la common law, avait été un système de liberté testamentaire. En 1939, le législateur anglais a admis, pour la première fois, une réserve héréditaire, mais c'est une réserve alimentaire, qui n'appartient qu'aux enfants dans le bescin.

De même, le droit soviétique, tel qu'il s'exprime, en dernier lieu, dans ce que l'on appelle les fondements de la législation civile, du 1er mai 1962, reconnaît la vocation successorale des personnes à charge et limite la réserve héréditaire aux enfants à charge ou aux ascendants à charge.

Un autre phénomène, auquel on n'a pas prêté assez attention est la réapparition d'un droit successoral fondé sur la cohabitation. La famille n'est retenue qu'appuyée sur la cohabitation et, inversement, la cohabitation peut suppléer la famille. Ceci est attesté dans la loi du 1er septembre 1948, sur les loyers, à propos du maintien dans les lieux, à l'article 5.

De même, le droit à l'attribution préférentielle de l'exploitation agricole, tel qu'elle se manifeste dans l'article 832, souvent remanié, du Code Civil, est réservé aux enfants qui vivaient avec le défunt.

Ce phénomène, qui replace la cohabitation à la base du droit successoral, est assez difficile à interpréter. On pourrait y voir une résurgence de la conception de la copropriété familiale. Mais il est permis d'y voir aussi une autre idée, plus individualiste : l'intérêt de l'ayant droit avec, à l'arrière-plan, le sentiment que le maintien du cadre de vie lato sensu, cadre de vie économique, cadre de vie esthétique, répond à un besoin de l'individu. Une sorte de sublimation des habitudes de l'héritier est à la base de la reconnaissance de ces nouveaux droits successoraux ou parasuccessoraux.

Nous sommes, en tout cas, ici, en présence de phénomènes nouveaux dont on n'a peut-être pas suffisamment tenu compte, captivé que l'on était par le phénomène du rétrécissement de la famille.

§ 2.- Second élément institutionnel : le patrimoine.

Selon sa définition dogmatique, le droit des successions est la transmission d'un patrimoine. Ici, on envisage surtout le patrimoine du côté actif, comme masse de biens, pécuniairement exprimé en faisant abstraction, de l'aspect passif, de la transmission des dettes.

Or, précisément, en considérant le droit des successions dans cette fonction essentiellement patrimoniale, on a été amené à affirmer sa décadence à l'heure actuelle ; il y aurait un déclin du droit des successions, au XXe siècle, qui serait la manifestation, parmi d'autres, d'un phénomène plus général que l'on a décrit sous le nom de "prolétarianisation du droit civil". Ce fut le titre d'une chronique du Doyen René Savatier (Dalloz 1946, page 163). Cette chronique a, d'ailleurs, été reprise par l'auteur dans son ouvrage "Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil", (3e éd. 1964, Tome I, n° 336 et suivants). De même que la matière des régimes matrimoniaux, celle des successions se serait vidée de sa substance, à notre époque, par l'amenuisement progressif des fortunes privées. Dans la vie des français - remarque M. Savatier - la fortune acquise est de plus en plus remplacée, de nos jours, par les gains du travail ou bien par des gains de nature mixte, où il y a une part de travail, comme sont, par exemple, les gains commerciaux : il y a une part qui est imputable au capital fonds de commerce, mais une autre qui est imputable au travail du commerçant.

Cependant, il convient, pour apprécier l'exacte portée de cette prolétarianisation, de ne pas s'en tenir, à la notion juridique de la succession. Il se peut que les formes patrimoniales de la succession soient en décadence, mais il se peut qu'elles aient des substituts extrapatrimoniaux qui, eux, ne connaissent aucune décadence.

Si bien que la vérification sociologique de la version, devenue classique, prolétarianisation du droit des successions, doit être recherchée sur un double terrain : celui de la notion patrimoniale et celui de la notion extra-patrimoniale de la succession.

A/ La notion patrimoniale de la succession.

Nous envisageons ici la succession dans sa définition juridique, transmission de patrimoine à cause de mort. Mais, une remarque préliminaire s'impose, transmission de mort au vivant, c'est la définition classique. Il n'est pas sûr, néanmoins, que, même à l'intérieur de la notion patrimoniale de la succession, il ne se soit pas produit un certain renouvellement de l'institution successorale, où la transmission se fait, non plus du patrimoine du de cujus au patrimoine de l'héritier, mais d'un tiers patrimoine dans le patrimoine du successeur, en considération d'une activité du de cujus, opération triangulaire.

Citons tout de suite l'assurance sur la vie, qui, à sa base, est une stipulation pour autrui. Le passage du patrimoine de la Compagnie d'assurances dans le patrimoine de l'héritier a été déclenché par une activité du de cujus, c'est une succession répondant bien à la notion de transmission mortis causa, mais pas succession du patrimoine du de cujus au patrimoine de l'héritier, c'est une succession que nous pouvons dire "triangulaire".

Il y a d'autres exemples : ainsi, le capital-décès, dans la Sécurité Sociale. A certains égards, quoiqu'il ne soit pas, juridiquement, un ayant cause du de cujus, celui qui recueille le capital-décès bénéficie de l'activité du de cujus. Nous sommes bien toujours sur le terrain successoral, mais ce n'est plus la succession classique.

De même, la rente après décès dans le cas d'accident du travail.

D'une façon plus lointaine encore, les dommages-intérêts recueillis par un héritier après l'accident mortel survenu au de cujus. C'est une succession triangulaire.

Or, ce mécanisme-là a une importance croissante, c'est peut-être la succession de l'avenir : dans une civilisation qui serait purement travailliste, comme on dit, où il n'y aurait plus que les gains du travail, il y aurait peut-être encore des gains mortis causa, ils se présenteraient ainsi sous cette forme triangulaire. Pour l'instant, quoique leur importance ait augmenté, elle reste encore secondaire dans l'ensemble de nos évolutions successorales.

Citons un chiffre emprunté à la statistique de l'Enregistrement : en 1959, sur 403 milliards d'actif

successoral, (sur une annuité successorale, comme l'on dit, de 403 milliards,) représentant le volume global des actifs transférés mortis causa, les assurances-vie et capitaux-décès ne représentaient que 7.107 millions.

Après cette remarque préliminaire, tenons nous en aux formes classiques de la succession patrimoniale dans ce A .

Comment essayer d'apprécier s'il y a en un déclin de cette forme classique de la succession patrimoniale ?...

I - Dans un premier tableau, interrogeons le système juridique français.

La décadence - c'est l'hypothèse - de la succession patrimoniale, pourrait être recherchée, d'abord par une technique de thématique, la description du procédé va résulter de l'exemple lui-même ; c'est un procédé que l'on utilise assez volontiers dans la sociologie générale, qui est transposable à la sociologie juridique. Mais il est très artificiel. Il s'agit de faire la tabulation de la matière. Concrètement prenons par exemple, le Recueil Périodique Dalloz, recherchons ses tables alphabétiques, aux années 1858, 1908, 1963, - soit, à des intervalles d'une cinquantaine d'années - et cherchons ce que représentent en quantité, par une analyse de contenu, en longueur de colonnes, les mots "succession", "testament", "partage" trois mots révélateurs de la matière successorale.

En 1858, grosso modo, les trois mots faisaient 7 colonnes, en 1908, 2 colonnes, en 1963, 1,5 colonne, et encore les colonnes sont-elles plus étroites dans le système de 1963.

On procède parfois ainsi, mais il est palpable que cette technique de thématique est extrêmement artificielle, surtout dans l'application à notre matière jurisprudentielle. La jurisprudence publiée, ne représente qu'une petite fraction du contentieux effectif ; un triage s'opère pour constituer les recueils de jurisprudence. D'autre part, le contentieux ne représente qu'une fraction de la réalité du droit.

Cela s'explique par des causes spécifiques, ou des causes génériques, qui font que le contentieux n'est jamais qu'un reflet très limité de l'ensemble des relations juridiques : Le contentieux a une tendance à dimi-

nuer dans les sociétés industrielles. Mais, d'une façon plus spécifique, la crainte du Fisc, a diminué le recours au contentieux en matière successorale ; la crainte de l'impôt par des mutations par décès, aboutit à ce miracle de réconcilier les héritiers entre eux.

Donc, la chute que l'on constate dans le volume de la matière successorale recensée dans un recueil de jurisprudence n'est nullement significative d'un déclin qui se serait produit dans la réalité même du droit. Au reste, on peut faire la remarque que la chute est acquise déjà avant la guerre de 1914.

A la vérité, que la chute soit déjà réalisée en 1908 n'est peut-être pas sans explication. L'intervention de l'impôt successoral progressif est de 1901 et il est possible qu'immédiatement cette intervention ait provoqué une réduction du contentieux par crainte du fisc.

Tout ce que l'on peut conclure de l'observation ainsi faite, c'est - et, encore, avec des réserves - un certain déclin, de la matière successorale dans la vie juridique contentieuse des Français.

Mais nous pouvons peut-être saisir le phénomène posé en hypothèse d'une façon plus directe par la voie des statistiques de l'Enregistrement. L'Enregistrement, pour percevoir l'impôt frappant les mutations par décès est amené à recenser les actifs faisant l'objet de la dévolution successorale. La statistique annuelle de l'Enregistrement fait apparaître les chiffres de l'annuité successorale. On peut admettre que ces chiffres traduisent l'importance économique de l'héritage parmi les modes d'acquérir la propriété.

La doctrine civiliste perd parfois de vue cet aspect de l'héritage qui est un mode d'acquérir la propriété ou, en renversant, les termes, elle perd parfois de vue que la propriété comporte, parmi ses modes d'acquérir, l'héritage. On s'occupe beaucoup de l'exercice du droit de propriété, et de ses limitations croissantes, mais on se préoccupe peu des modes d'acquérir la propriété et de l'évolution qui a pu se produire dans l'importance respective de ces modes d'acquérir, notamment de l'importance que peut conserver, à notre époque, l'héritage par opposition aux acquisitions à titre onéreux, lesquels recouvrent l'épargne faite à partir des revenus du travail.



Nous pouvons donc interroger les statistiques de l'Administration de l'Enregistrement pour essayer de voir s'il s'est produit une prolétarisation du droit civil.

Prenons comme point de comparaison la dernière année normale avant les grandes guerres mondiales, c'est-à-dire 1913 et la dernière année normale avant la réforme de la statistique de l'Enregistrement de 1956, c'est-à-dire 1955.

En effet, depuis 1956, la comparaison statistique se trouve faussée parce que les successions qui ne dépassent pas 1 million de francs anciens ont été dispensées de la déclaration, - du moins lorsqu'elles interviennent en ligne directe ou entre conjoints. Il y avait là une masse de successions qui n'intéressaient plus, fiscalement, l'Enregistrement, parce que les impôts à y percevoir étaient relativement faibles et, en revanche, donnaient beaucoup de travail comptable.

Voici les chiffres de 1913 : 777.000 décès ; 372.000 successions déclarées ; 5.900 millions d'actif déclaré. (Entendez des francs de 1913).

1955 : 522.000 décès, 248.000 successions déclarées. Annuité successorale : 291.600 millions (mais en francs de 1955). Les territoires correspondant à ces deux années et les populations ne sont pas identiques, la population de la France a augmenté d'environ 10 % entre 1913 et 1955. D'autre part, le territoire s'est accru des trois départements d'Alsace et de Lorraine, ce qui s'est traduit par une certaine augmentation de richesse.

On peut faire une comparaison, d'abord, entre les rapports des successions déclarées aux successions ouvertes entre 1913 et 1955 ; la proportion est restée à peu près constante de 1913 à 1955 : 50 % approximativement : des décès donnent lieu à une déclaration successorale, c'est-à-dire (ici se manifeste l'intérêt possible, pour l'observation, du phénomène de prolétarisation) c'est-à-dire que, dans une succession sur deux, il y a un actif puisqu'il y a une déclaration fiscale faite à l'Enregistrement.

Cependant, on constate qu'il y a eu moins de décès entre 1913 et 1955. C'est un phénomène d'allongement de la vie humaine, qui explique la diminution de 777.000 décès à 522.000, mais il n'explique pas entièrement la diminution des successions, car l'allongement de la vie

humaine, s'est fait surtout par la diminution de la mortalité infantile ; or, la mortalité infantile est, normalement, une mortalité sans patrimoine. En conséquence, ces décès qui ont disparu de la statistique étaient des décès sans patrimoine.

Le maintien de la proportion d'une déclaration de succession sur deux décès pourrait donc traduire une certaine prolétarianisation du droit des successions.

Car, si l'on y réfléchit, la diminution des décès résultant de la diminution de la mortalité infantile aurait dû, logiquement, s'accompagner, toutes choses égales, d'ailleurs, d'une augmentation de la proportion des successions déclarées. Comme elle n'a pas eu lieu on est fondé à supposer qu'il y a, proportionnellement, plus de successions qui s'ouvrent, aujourd'hui, sans qu'il y ait un actif appréciable laissé par le défunt.

Que vaut l'impression dégagée du maintien de cette proportion ?... Nous allons retrouver le point tout à l'heure, en reprenant l'examen d'une autre manière, par l'observation directe des annuités successorales : 5.900 millions en 1913, 291.600 millions en 1955.

Si nous essayons de tout ramener à des francs de 1913 (c'est toujours arbitraire, mais, il ne faut pas que la reconnaissance de cet arbitraire nous empêche de constater que le franc de 1955 n'est plus le franc de 1913) grosso modo 300 milliards de 1955 ne valaient pas plus que 2 milliards de 1913. Le coefficient de 150 est appliqué pour mesurer la dépréciation du franc de 1913 à 1955).

Néanmoins, il faut corriger cette première impression, puisque le nombre des successions déclarées n'est pas resté constant. En faisant une division par succession déclarées, la diminution apparaît moins considérable ; la moyenne serait, de 16.000 fr. de 1913 par succession déclarée en 1913, contre 8.000 fr. de 1913 par succession déclarée en 1955, c'est-à-dire que la diminution apparaît comme étant de moitié.

Elle est, tout de même, assez considérable, et elle pourrait refléter, quantitativement, d'une manière assez suggestive, le phénomène de prolétarianisation décrit qualitativement et par impression par les juristes.

Cependant, il faut tenir compte, pour rectifier cette première impression, de deux phénomènes dont l'existence n'est pas douteuse, encore qu'il soit impossible de

les mesurer exactement :

C'est, d'abord, le phénomène de la fraude fiscale. Peut-être même faudrait-il généraliser : évasion et fraude fiscale, l'évasion étant l'utilisation des interstices, la fraude étant due, soit à l'omission délibérée d'un élément d'actif, soit à l'insuffisance dans l'évaluation de l'actif.

Pour certains éléments de l'actif, d'après la législation fiscale, le redevable, doit faire lui-même l'évaluation, ainsi pour les immeubles, et il peut y avoir des sous évaluations systématiques ; une part de fraude assez considérable a pu interférer et il est possible, si la fraude est considérable, que, finalement, il n'y ait plus de prolétarianisation.

Ajoutons d'ailleurs, que la fraude encouragée par l'énormité des taux que nous avons eu l'occasion de retracer comme un phénomène significatif de l'évolution de notre législation de l'impôt des mutations par décès, n'est peut-être pas seule en cause, un autre phénomène de sociologie juridique intervient : c'est la tolérance de l'Administration fiscale.

Le législateur établit une grille de progressivité en fonction d'un certain niveau des prix, mais ce niveau des prix augmente avant qu'on ait le temps de modifier la grille de progressivité, si bien que la progressivité dépasse rapidement les intentions initiales du législateur. Et, alors, se conformant, sans doute, à cette intention initiale, l'Administration de l'Enregistrement arrive à être impressionnée elle-même par l'énormité des taux, si bien que sa croyance en la légitimité du prélèvement qu'elle est appelée à opérer s'en trouve affaiblie, et qu'une sorte d'accommodement s'établit entre elle et les redevables - les notaires qui font les déclarations de succession servent du reste, d'amortisseur dans les rapports entre les différents intéressés. - un accommodement s'établit en ce qui concerne les évaluations des biens pour lesquels la loi fiscale n'impose pas de règles fixes d'évaluation. Ainsi, pour les immeubles, il y a une dose de sous-évaluation qui est acceptée par l'Administration, pourvu qu'elle reste dans les limites raisonnables.

D'autre part, pour apprécier s'il y a réellement prolétarianisation du droit civil et, plus généralement, pour apprécier quelle est la portée d'un phénomène de prolétarianisation, il faudrait être plus au clair sur ce qu'implique ce concept même de prolétarianisation, d'appar-

vrissement. Nous le constatons, c'est l'hypothèse, à travers l'annuité successorale, mais il faut transférer ce résultat global du niveau de la collectivité, constaté dans la statistique, au niveau de l'individu qui, lui, recueille la succession.

Raisonnons très artificiellement sur l'hypothèse d'un appauvrissement moyen, qui serait de moitié. Chaque héritier recueillerait moitié moins qu'il aurait recueilli en 1913.

La question est la suivante :

- Est-ce que les effets que l'on peut constater, à la suite d'une dévolution successorale, sont substantiellement différents quand, au lieu d'être 100, le montant de la succession n'est plus que de 50 ?... Il faudrait distinguer d'abord entre les effets matériels et les effets psychologiques. Les effets matériels, économiques, peuvent être différents. Par exemple, il se peut qu'un héritier, qui recueillait 100.000 fr. en 1913 et qui ne recueille plus que 50.000 fr. , supposés constants, en 1955, n'ait plus les mêmes possibilités. En 1913, il aurait peut-être pu, à la suite de son héritage, vivre oisivement en 1955, il ne pourra plus vivre sans travailler.

Seulement, nous le disons par impression très générale, en réalité ceci dépend du montant de l'héritage ; ceci aussi peut dépendre de l'effet marginal que l'héritage exerce par rapport au patrimoine préexistant de l'héritier.

Il est extrêmement difficile de traduire en effets matériels précis cette impression vague de prolétarianisation du droit des successions. Et en effets psychologiques, la chose est encore moins précise, car l'effet psychologique est, souvent, indépendant des valeurs pécuniaires en cause. La jalousie, la rivalité, la colère entre cohéritiers peut être aussi vive pour le partage d'un bien insignifiant que pour le partage d'une fortune importante.

II - Nous allons, maintenant, essayer, dans le second tableau, d'interroger le système juridique des pays socialistes en prenant comme parangon le droit soviétique.

A priori, on peut s'attendre à rencontrer, dans le droit soviétique, une décadence totale de l'institu-

tution successorale et on pourrait parler ici, semble-t-il, tout à fait avec exactitude, d'une prolétarianisation absolue. Cependant, après l'abolition de 1918, le droit des successions a été rétabli par le Code Civil de 1922, pour des raisons d'opportunité.

Dans la révision de 1926, le droit successoral ab intestat fut maintenu ; le testament fut admis, avec certaines restrictions. Il a été admis plus largement par une loi du 12 juin 1945, comme une sorte de récompense à donner à un pays qui s'était bien battu. (Ici se manifeste combien le droit successoral peut, semble-t-il, servir d'appât à l'opinion publique).

Et dans les Fondements de la législation civile de 1962, le droit successoral, ab intestat et testamentaire est, réaffirmé de nouveau.

Cette consécration peut sembler paradoxale pour un pays socialiste, mais il faut se dire qu'elle peut bien au fond recouvrir un certain mépris.

A la différence de beaucoup de socialistes utopistes du XIXe siècle et, notamment, des saint-simoniens, Marx professait que la socialisation ne se ferait pas par le droit successoral. Il lui semblait que c'était là un moyen indigne d'un système de socialisme scientifique, car l'instrument successoral est un instrument trop lent et trop aléatoire de redistribution des biens.

Les juristes socialistes, en Russie soviétique, refusent, d'une façon générale, de s'intéresser au problème de la concentration ou de la division du patrimoine héréditaire, qui leur paraît secondaire alors qu'il avait paru capital à notre Révolution française, quand elle élaborait, en l'An II, son régime successoral,

Par exemple dans la perspective d'un idéal de petite propriété, le droit des collatéraux pourrait sembler, législativement, préférable au droit du conjoint, car il est, a priori, plus pulvérisant que le droit du conjoint. Mais si cette considération de la concentration ou de la division des patrimoines n'a plus de rôle à jouer, il n'y a plus de difficulté à rejeter les collatéraux et à faire venir le conjoint survivant au premier rang.

Il n'y a plus, en d'autres termes, de considération économique à faire intervenir dans la dévolution

successorale ; la socialisation se fait directement, plus exactement elle est déjà faite, le droit de succession est vidé de ce qu'il avait de plus important, la propriété des instruments de production .

Dans le système socialiste soviétique, il y a un secteur de propriété personnelle qui est maintenu à côté de la propriété socialisée de production, mais cette propriété personnelle, a priori, est peu de chose et, pour elle, par conséquent, il n'y a pas d'inconvénient, en régime socialiste, à maintenir un droit successoral.

Cela peut être, en effet, une satisfaction pour l'individu, un stimulant pour son activité, et ne présente aucun inconvénient pour la collectivité, et, même, on peut dire, présente des avantages pour elle, surtout dans la notion primitive de la propriété personnelle. (On peut dire "la notion primitive", car il est certain que, pour des raisons d'opportunisme, le système soviétique a été amené à reconnaître la propriété personnelle pour des biens que, dans une stricte vision marxiste, on aurait dû traiter en capitaux, par exemple des valeurs mobilières, titres d'obligations, la propriété paysanne de l'enclos : à l'origine, la propriété personnelle, selon l'idée pure, cela n'aurait guère dû aller plus loin que les meubles corporels, meubles meublants, ustensiles, etc).

Qu'il y ait, au profit de la famille, une dévolution successorale des meubles meublants etc, d'un point de vue pratique c'est un avantage pour la collectivité. L'abolition totale de l'héritage, dès lors que la propriété personnelle ne porte plus que sur les meubles meublants, aurait pour conséquence de faire revenir à l'Etat des objets sans valeur vénale dont il serait encombré. En somme, le droit des successions, dans un régime socialiste pur est une technique pour débarrasser les greniers.

B/ Notion extra-patrimoniale de la succession.

La conception traditionnelle de la succession, celle du droit dogmatique, c'est la transmission du patrimoine d'un mort. Mais elle ne traduit probablement qu'un moment dans l'évolution de l'institution. Sociologiquement, l'institution est un mécanisme qui peut aller plus loin et qui est plus large que cela.

Dans la notion la plus primitive de la succession, il y a des aspects non patrimoniaux qui ont toujours été essentiels : succession à la dignité, succession à certains attributs extra-patrimoniaux, à certains attributs

magiques, nystiques.

Même dans les sociétés modernes, nous trouvons une notion extra-patrimoniale de la succession.

La sociologie des successions, à la vérité, devrait être, sans doute, plutôt une sociologie du temps et de la mort qu'une sociologie de la propriété.

Dans nos sociétés du XXe siècle, plus ou moins socialisées, où l'on peut admettre que l'héritage patrimonial a subi un certain déclin, parce qu'on lui a retiré une partie des propriétés qui lui servaient de matière; on constate que la forme extra-patrimoniale de l'héritage conserve une vigueur très grande. Prenons un exemple tout de suite :

Dans une société anonyme, bien sûr, il y a l'héritage des actions, mais il y a aussi l'héritage des postes dans le Conseil d'administration, et une étude sociologique de l'héritage doit embrasser les deux transmissions. Et même, si l'entreprise vient à être nationalisée, la seconde sorte d'héritage pourra continuer après abolition de la première.

Il se peut qu'il n'y ait plus d'actions transmissibles héréditairement, mais il peut y avoir des postes d'administrateur qui continueront à l'être, avec un ensemble d'avantages pécuniaires qui y sont attachés.

On peut même concevoir une hérédité de facto des fonctions publiques.

Il y a là tout un ordre de recherches qui est devenu familier à la sociologie contemporaine, encore qu'elle n'en ait pas aperçu le lien avec le problème patrimonial de l'héritage ; dans quelle mesure la condition sociale d'un individu est déterminée par celle de la famille, par celle de ses parents, par celle de ses grands-parents ?...

Le problème est infiniment plus vaste que le problème patrimonial de l'héritage, qui n'en est, au fond, qu'un secteur.

Des enquêtes ont été faites sur l'origine sociale de telle ou telle profession, par exemple sur l'origine sociale des étudiants, sur celle des agents des contributions directes (l'institut de Sociologie de l'Université

de Liège a publié, en 1959, une étude fort intéressante, développée sur quatre générations, relative à l'origine sociale des agents des Contributions directes en Belgique).

Il s'agit, dans ces sortes d'enquête, de ce que l'on appelle des études analytiques de mobilité sociale, ou, inversement, de stratification sociale.

Envisagée sous cette forme large d'une transmission d'avantages sociaux, et non plus sous la forme étroite qui est celle des juristes, d'un transfert de propriété, il est possible qu'on ne constate aucune décadence de l'institution successorale et qu'en cette fin du XXe siècle, la succession extrapatrimoniale ait pris le relais, en quelque manière, de la succession patrimoniale du type traditionnel.

Certains sociologues économistes ont aperçu ce phénomène. C'est ainsi que M. Alfred Sauvy, dans son ouvrage intitulé "La Nature Sociale", s'exprime ainsi, en une phrase significative :

" Le niveau social peut se transmettre en dehors
" de toute question de propriété privée. Le revenu lui-
" même n'est pas toujours essentiel".

Et il ajoute cette formule un peu désabusée :

" Si la classe sociale n'existe qu'en fonction
" de la famille, elle risque bien de durer autant
" qu'elle".

Qu'est-ce qui permettra l'hérédité de la situation sociale en l'absence d'un patrimoine transmis mortis causa ?

Dans la transmission mortis causa des avantages sociaux, pourra intervenir, d'abord, un facteur patrimonial, - (celui auquel faisait allusion, M. Sauvy, dans le passage cité) - patrimonial, quoique non capitaliste et, par conséquent, quoique étranger à la transmission successorale, qui est une transmission de patrimoine capitalisé, ce facteur, ce sont les revenus de la famille. Ces derniers facilitent, incontestablement, l'éducation des enfants.

Mais, à côté de ce facteur, qui est encore patrimonial, se rencontrent des facteurs extrapatrimoniaux d'une extrême importance. L'éducation des parents peut

faciliter l'éducation des enfants et, du même coup, peut constituer un avantage social pour ceux-ci. Or, l'éducation des parents nous met en présence des grands-parents. Dans l'hérédité des avantages extrapatrimoniaux, Les grands-parents ont une importance très profonde.

Nous trouvons également, parmi les facteurs extrapatrimoniaux qui agissent sur la transmission de l'éducation sociale, un facteur beaucoup plus difficile à saisir et, cependant, très efficace, savoir : les relations des parents, au sens vulgaire du terme, c'est-à-dire leur communication, leur contact avec le reste de la société, avec certaines classes sociales. Les relations des parents facilitent l'entrée de l'enfant dans une carrière.

Plus impalpable encore, mais également efficace, l'information des parents. Leur information sur telle ou telle carrière facilite beaucoup l'entrée de l'enfant dans celle-ci.

Les alliances, - entendons les alliances matrimoniales - interviendront dans cet ensemble de facteurs pour consolider et perpétuer ce qu'a pu rapporter l'accident heureux.

Certains auteurs ont pu parler d'une loi sociologique, qu'ils formulent ainsi :

- "Si un homme s'élève, par sa valeur personnelle ou par l'effet de circonstances favorables, au-dessus de sa condition originelle, il assure l'ascension sociale de sa postérité".

Il se produirait, par conséquent, une consolidation quasi nécessaire, en la personne de celui qui a réussi, une consolidation au profit de sa propre descendance.

Mais, pourrait-on répondre à ceux qui formulent ainsi une loi, pour combien de générations opérera cette consolidation ?...

Il existe sur ce point une loi folklorique, qui flotte dans la sagesse des nations, et s'est exprimée, en France, en forme de proverbe : c'est la loi dite "des trois générations". La première génération fait la situation, la réussite sociale ; la seconde génération la maintient, et la troisième la dilapide.

Comme il arrive souvent aux proverbes, qui ont une intention pédagogique, d'avertissement et qui, par cela même sont obligés de forcer la réalité dans le sens du pessimisme, il est probable que cette loi des trois générations est exagérée, que la consolidation d'une réussite sociale peut survivre à l'espace de trois générations (il en est des exemples dans les dynasties d'affaires).

Comment, d'une façon générale, peut-on vérifier les lois que l'on prétend applicables à ces phénomènes de mobilité sociale ?... On peut concevoir plusieurs sortes de vérification :

On peut opérer par voie monographique, d'abord, par étude de cas, et, ici, les études de cas se présenteront comme des études de généalogie. La généalogie n'est pas seulement cette pratique des cabinets d'affaire que les juristes connaissent bien sous des aspects contentieux, elle peut être aussi une technique de sociologie de la famille.

Dans ces dernières années, ont paru ainsi, certaines monographies qui se plaçaient dans une perspective sociologique. Citons : Joseph Valynseele, "Mais où sont les Maréchaux d'antan?", 1958, qui est une étude généalogique des Maréchaux du Premier Empire, comportant la vérification des aphorismes précités sur la consolidation de la réussite sociale par les alliances matrimoniales ou sur la consolidation de principe de toutes les réussites au profit de la postérité.

Dans un ordre d'idée un peu différent, se situe l'ouvrage de M. Chaffanjon, de 1962, "La Marquise de Sévigné et sa descendance. La descendance de Mme de Sévigné paraît avoir été très vaste et, du même coup, d'une réussite beaucoup plus mélangée que la descendance des Maréchaux du Premier Empire vue à travers M. Valynseele.

Le procédé monographique n'est pas le seul que l'on puisse envisager, ni même, probablement, le plus scientifique, car il n'est concevable que pour des familles exceptionnelles et, en toute hypothèse, il ne peut fournir qu'un champ d'investigations assez limité.

L'enquête sur un échantillon plus étendu, ayant une valeur représentative, sur l'origine sociale d'un certain nombre de personnes, peut paraître répondre davantage aux exigences.

Cette étude, menée par voie d'enquête, se trouve, aujourd'hui, assez fréquemment pratiquée par les sociologues. Elle porte sur le phénomène général dit "de la mobilité sociale". L'expression a été employée, dès 1927, par le sociologue américain Sorokin. L'étude de la mobilité sociale est le cadre général où nous pouvons retrouver notre étude particulière de l'hérédité des situations sociales. Il s'agit de savoir dans quelles conditions l'individu monte ou descend le long de l'échelle sociale.

A la vérité, le concept de mobilité sociale en face duquel nous nous trouvons ainsi placés s'est beaucoup élargi dans la sociologie récente et, cela, souvent aux dépens de la clarté. La notion est sujette à controverse et un sociologue, M. Barrier, la critique dans une Note de l'Année Sociologique de 1961, pages 445 et suivantes.

L'élargissement de la notion, en effet, risque de lui faire perdre de sa consistance (surtout si l'on entend utiliser la notion pour étudier le phénomène de l'hérédité des situations sociales). En effet, "mobilité sociale", est parfois entendu dans le sens de ce que l'on appelle la "mobilité horizontale", entendez par là le glissement qui peut s'opérer dans la population d'une société globale considérée entre des régions ou entre des catégories professionnelles.

Quand certaines régions de la France se dépeuplent, par suite d'un sous-développement économique, au profit d'autres régions, où quand l'Agriculture se vide de population au profit de l'Industrie, certains auteurs parlent de mobilité sociale. Ce sont, en fait des phénomènes de mobilité sociale horizontale qui n'intéressent pas notre recherche particulière. Celle-ci porte sur ce que les spécialistes appellent la "mobilité sociale verticale". Mais comment pourra-t-on saisir, objectivement, le sens de cette mobilité sociale ?.

En effet, qui dit "mobilité verticale", dit qu'il y a une échelle par laquelle on va pouvoir apprécier que telle situation sociale est au-dessus de telle autre. Or, toute échelle de valeur, en ce domaine, a quelque chose d'arbitraire. Prendra-t-on l'échelle des revenus, ce qui offre l'avantage de la simplicité des chiffres ?... Le revenu n'est pas tout dans l'appréciation de la position sociale. Il faudra aussi tenir compte du prestige ou du pouvoir, c'est-à-dire de facteurs qui ne se laissent pas facilement quantifier et dont l'appréciation emporte une large part d'arbitraire ?...

Ce qui complique encore les études de mobilité sociale, telles que les mènent, aujourd'hui, les sociologues, c'est que, par "mobilité sociale", ils entendent, parfois - même en s'en tenant à la mobilité verticale, - un phénomène collectif, de promotion de classe par classe entière.

Le développement du secteur tertiaire, peut permettre une ascension collective de la population. Dans une vue simpliste mais assez répandue, le passage d'une collectivité d'Agriculteurs dans la catégorie des ouvriers d'Industrie, puis de la catégorie des ouvriers d'Industrie dans celle des cadres ou des employés, représenterait un phénomène de mobilité sociale, dans le sens ascendant, mais, il s'agit alors d'un phénomène collectif de mobilité sociale, qui ne doit pas nous retenir.

Ce qui nous intéresse, c'est le phénomène au niveau de l'individu, ou plus exactement, au niveau de la famille. Il se peut, d'ailleurs, qu'il n'y ait pas toujours coïncidence entre le point de vue collectif et le point de vue individuel. On peut concevoir les classes sociales, très rigides, ayant des frontières très marquées, et cependant, ouvertes à titre individuel, en ce sens qu'un individu (ou une famille) pourra facilement monter de l'une à l'autre. Inversement, on peut imaginer que chaque individu reste rivé, à titre individuel ou familial, à sa classe d'origine, mais qu'il y ait, entre les classes, des communications et des contacts, peu de frontières psychologiques.

Il est, évidemment, plus facile dans une vue méthodologique de saisir le phénomène de mobilité sociale, par voie d'enquête, dans le sens ascendant que dans le sens descendant, car lorsqu'une famille est en décadence, elle se disperse, se réfugie dans l'anonymat, est moins accessible aux enquêtes. C'est donc la réussite sociale que les chercheurs ont essayé d'appréhender par la technique de l'enquête extensive.

Nous disposons, sur ce point, d'une enquête menée de manière scientifique par M. Alain Girard. Les résultats en ont été publiés, en 1961, sous le titre "La réussite sociale en France", l'enquête elle-même ayant été menée, dans l'année 1957, par voie de questionnaire envoyé à des personnes ayant réussi, et auquel, la majorité des questionnés, d'ailleurs, a répondu (la réussite a été appréciée d'après un certain nombre de critères définis dans l'ouvrage).

Citons quelques résultats.

La transmission héréditaire de la plupart des professions est très fréquente. Nous trouvons, notamment, les pourcentages suivants parmi les enquêtés :

33 % des personnalités, ayant fait l'objet de l'enquête, parmi les industriels, étaient fils d'industriels,

30 % des médecins étaient fils de médecins,

36 % des avocats étaient fils d'avocats.

Dans ces professions environ 1/3 des cas avaient été déterminés par la profession du père. C'est un pourcentage important, sans que l'on puisse toutefois conclure à l'existence de castes fermées.

Citons également les résultats de M. Alain Girard, en ce qui concerne la Magistrature (qui était, dans l'ancien régime, une fonction héréditaire). Sur les 26 magistrats interrogés par M. Alain Girard, aucun n'était fils d'ouvrier ou de cultivateur, d'employé ou de cadre moyen : il y avait 3 fils de commerçants ou artisans, 1 fils de fonctionnaire subalterne moyen, 6 fils de chefs d'entreprise, 7 fils de profession libérale et 9 fils de fonctionnaires supérieurs.

Il ne s'agit pas tellement, notons-le, d'une hérédité de fonction concrète à fonction concrète ici, mais d'une hérédité de classe à fonction. Visiblement, la Magistrature, - du moins, la Magistrature enquêtée - se recrute dans une couche de la population que l'on peut considérer comme représentant la classe supérieure, - au moins la classe supérieure en diplômes, car l'une des conclusions générales de l'enquête de M. Alain Girard est l'importance des diplômes dans la réussite sociale et, du même coup; (M. Alain Girard le note lui-même) l'importance de la famille. La sélection s'opère en effet par l'enseignement supérieur, donc, plus en profondeur, par le secondaire. Elle est donc, indirectement, une sélection par le milieu familial.

"... La sélection par le milieu familial - remarque M. Alain Girard, s'opère très tôt et, en tout cas, dès l'entrée en classe de 6ème".

Tout en notant, avec M. Alain Girard, l'importance du facteur familial dans la transmission des avantages sociaux, il nous faut faire un certain nombre d'observations, tendant à y apporter certains compléments.

Première observation : le plus souvent, la succession extrapatrimoniale n'existe pas seule ; elle se combine, dans des proportions variables, avec la succession patrimoniale du type classique, dogmatique, soit au profit d'un même héritier, soit pour l'ensemble des héritiers d'un même de cujus. Ainsi, le de cujus peut laisser à un même héritier à la fois un paquet d'actions dans une société anonyme, et un siège au conseil d'administration de cette société.

Parfois, les deux successions existent mais fonctionnent au profit d'héritiers différents. Il existe, à cet égard, un modèle de succession qui est traditionnel, pourrait-on dire, dans les classes supérieures : ce fut, jadis, le schéma de la succession dans la classe noble et, aujourd'hui, il est probable que c'est le schéma successorale de la grande bourgeoisie. A l'aîné allait le manoir, l'essentiel du domaine rural ; pour les cadets on achetait un régiment ou un bénéfice ecclésiastique. A notre époque, pour l'un des enfants, - qui n'est pas nécessairement l'aîné mais qui peut l'être - ce sera l'entreprise principale, celle à laquelle est attaché le nom et l'amour du chef de famille. Pour les autres enfants, il y aura des directions de filiales, ou des fonctions publiques.

Seconde observation : il ne faut pas croire que la succession extrapatrimoniale ne concerne que les classes supérieures, car les éléments qui la fondent, savoir : une certaine éducation, certaines relations, certaines connaissances, certaines informations sont transposables à tous les niveaux sociaux ; il est notoire par exemple, que le fils du cheminot a plus de facilité pour entrer à la S.N.C.F. que le fils de l'agriculteur ; dans un atelier artisanal et même dans une usine, le niveau du compagnon ou du contre-maître sera plus aisément recruté comme apprenti que celui qui n'a aucun pied familial dans la maison.

Troisième observation : la succession extrapatrimoniale échappe à notre division dogmatique de la succession ab intestat et de la succession testamentaire. Elle n'est, à proprement parler, ni succession ab intestat, ni succession testamentaire : Elle peut s'opérer, sans doute, comme la succession ab intestat, par des mécanismes automatiques, sans que la volonté du de cujus ait à se manifester, mais ce seront des mécanismes diffus.

On pourra recruter une personne dans une entreprise, à un échelon quelconque, en considération de ses

parents, de son père qui, autrefois, a appartenu à l'entreprise, sans que le père ait à faire de démarches pour cela. Il pourra y avoir aussi une transmission qui s'opérera par des décisions du de cujus, décisions non formalistes, décisions instantanées prises une fois pour toutes, ou bien décisions successives s'échelonnant dans le temps, par une certaine association quotidienne de facto à ses propres avantages sociaux.

Le de cujus, le père de famille pourra, comme l'on dit, mettre le pied dans l'étrier à son héritier présomptif ; cela se fera d'une manière non formelle, mais tout de même par la volonté du père de famille, successive, et qui se diffuse à travers le temps.

De ce qu'elle échappe aux catégories dogmatiques, il résulte que la succession extrapatrimoniaire n'a jamais comporté ni légitime, ni réserve. La volonté du père de famille s'y exerce sans aucune limite de droit. Le successible, l'héritier présomptif n'a à cet égard aucun droit acquis, ni même aucune expectative renforcée, comme celle qui peut découler dans notre système juridique, de la réserve héréditaire.

La conséquence est que cette forme de succession extrapatrimoniaire accroît la dépendance des jeunes gens à l'égard des générations antérieures. Entendons par là non seulement les parents, mais même les grands parents, car la position des générations dans le temps fera, assez souvent, que l'aïeul sera encore en possession des avantages sociaux, quand viendra le moment de l'établissement de la troisième génération.

Cette dépendance des jeunes gens à l'égard des générations antérieures se manifeste surtout à l'égard des générations mâles; les affaires, sont un domaine où les femmes interviennent moins, dans la société actuelle, française, si bien que la dépendance qui en résulte pour la génération jeune est une dépendance à l'égard de la génération ancienne masculine.

Ce sont là des traits tout à fait particuliers, qui ne se retrouvent pas en ce qui concerne la succession patrimoniale. Les jeunes gens vivront dans l'attente de l'emploi qu'ils peuvent obtenir de la génération antérieure, mais l'obtention de l'emploi ne clôt pas la succession extrapatrimoniaire car le successible, se trouve tout de même, au départ, dans un emploi hiérarchiquement inférieur. Il continue donc à avoir besoin de la génération supérieure pour avancer. Or, dans les fonctions publiques

ou privés, l'avancement joue un rôle important ; il s'agit donc d'une succession qui ne sera terminée que par la mort du de cujus.

Ces mécanismes extrapatrimoniaux de succession accroissent ainsi l'importance de la famille dans la vie de chaque individu, dans la vie économique et même dans la vie pure et simple.

§ 3 - L'autonomie de la volonté.

La dévolution du patrimoine aux membres de la famille post mortem, telle que la loi - c'est-à-dire la société globale - l'a organisée, n'est pas, toujours obligatoire pour l'individu. Dans beaucoup de systèmes juridiques et, spécialement, dans le système juridique français, le de cujus a pu, au moins dans certaines limites, modifier les règles légales de succession, de dévolution du patrimoine par des actes juridiques, des actes de volonté à titre gratuit, des libéralités. Ces libéralités ont le même caractère économique que la succession ab intestat : ce sont des enrichissements sans contre-partie, qui sont ainsi procurés au successible.

Les libéralités, ce sont, techniquement, les donations et les testaments. Mais d'une part lorsque la donation est une donation entre vifs, elle pose des problèmes sociologiques ou psychosociologiques propres à cause du dépouillement immédiat qui est inhérent à la notion dogmatique de la donation. D'autre part, dans la donation entre vifs manque cet élément dramatique, qui tient à la mort du de cujus.

Il en est autrement dans la donation à cause de mort. Dans le système juridique français, à la donation à cause de mort répondent à peu près les donations de biens à venir, qui jouent, un rôle important entre époux au profit du conjoint survivant, et qui, lorsqu'elles sont faites pendant le mariage, ressemblent, par la révocabilité à des legs. (Dans les statistiques de l'Enregistrement des institutions contractuelles, les donations de biens à venir sont, d'ailleurs, réunies, ordinairement, aux legs, considérés comme une catégorie unique).

Le testament intéresse la sociologie juridique à deux niveaux : au niveau de la société, d'un système juridique envisagé, dans son ensemble, comme un phénomène collectif. Il peut aussi intéresser la sociologie juridique au niveau de l'individu qui recourt à l'institution testamentaire, comme phénomène individuel.

Nous nous placerons successivement à ces deux points de vue pour étudier, sociologiquement, le testament.

A/ Le testament comme phénomène collectif.

Le testament c'est une institution qui ne va pas de soi ; son principe même peut ou non être admis dans les systèmes juridiques, et son utilisation effective dans un système juridique, même une fois que le principe en a été reconnu, peut être plus ou moins étendue.

La liberté testamentaire n'est pas partout reconnue et là où la liberté testamentaire est reconnue, la propension testamentaire, qui traduit l'exercice effectif de la liberté, n'est pas toujours la même.

I - La liberté testamentaire.

On observe une diversité assez vaste des systèmes juridiques entre deux extrêmes. Il y a des systèmes juridiques où la possibilité même du testament est rejetée, et, à l'inverse, il est des systèmes juridiques qui reconnaissent aux individus une entière liberté testamentaire, sans limite de quotité, sans exigence spéciale de forme, le droit commun de l'acte juridique consensuel étant applicable à cet acte particulier qu'est le testament.

Entre les deux extrêmes, il y a de très fréquents systèmes mixtes, et le système français est, précisément, un système mixte. Le principe du testament est admis, mais il est limité, d'une part, au profit de certains proches parents par l'institution de la réserve héréditaire ; d'autre part, par l'exigence d'un certain formalisme.

La sociologie juridique, n'a pas à faire une étude comparative des différents systèmes dogmatiques ; elle est plutôt intéressée à retrouver une ligne générale d'évolution à travers la série sociologique. La loi générale, qui a été formulée par le sociologue anglais, Sir Henry Maine (cette loi sociologique que l'on appelle "la loi de Maine" et qui se formule ainsi : "Le statut précède le contrat") n'est-elle pas applicable à notre problème particulier du testament ?...

Le statut précède le contrat, c'est-à-dire le droit impératif et, notamment, dans la pensée de Maine, le droit impératif familial, est antérieur à l'autonomie de la volonté, à la liberté des actes juridiques. Trans-

posant la loi de Maine, on serait amené à postuler que la succession ab intestat impérative a précédé la liberté testamentaire. Néanmoins, la loi de Maine - formulée pour les actes juridiques en général (Maine parlait de "contrat", ce qui peut s'étendre à "tous les actes juridiques") - n'est peut-être pas transposable au testament parce que le testament est un acte juridique qui n'a pas la même substance psychologique, ni même sociologique, que le contrat entre vifs.

Cette particularité qu'il a de produire ses effets post mortem a pu rendre son admission, tantôt plus difficile, tantôt plus facile, dans la sociologie des peuples. Plus difficile, parce que la personnalité de l'auteur de l'acte, étant anéantie par la mort, la volonté n'étant plus défendue par une personne vivante, comme c'est le cas des volontés contractuelles, on peut penser que l'admission du testament post mortem, la reconnaissance d'une efficacité juridique au testament, a dû rencontrer des obstacles dans la psychologie primitive. Un chien vivant vaut mieux qu'un lion mort. Cette observation brutale reflète bien la difficulté élémentaire du testament. Mais, à l'inverse, le sacré de la mort, la crainte des morts a pu faciliter son admission. Des sentiments mystiques ont pu venir à son secours.

L'évolution des systèmes juridiques, quant au testament, n'est donc pas nécessairement identique à l'évolution qui s'est produite en ce qui concerne les actes juridiques entre vifs. Il n'est pas légitime d'affirmer comme un absolu la précession de la succession ab intestat à l'intérieur d'un système juridique donné. La séquence n'a pas été, nécessairement : succession légale impérative, puis succession testamentaire (c'est-à-dire liberté) : rien ne permet de l'affirmer, et certaines observations suggèreraient, au contraire, de s'inscrire en faux contre cette assertion.

Il y a eu, parfois, des réactions contre la liberté testamentaire. Le Moyen Age avait été très testamentaire, sous l'influence de l'église, et de la faveur qu'elle nourrissait pour les legs pieux, (le testament, au Moyen Age, avait été une institution privilégiée). Il y a eu, ensuite, une réaction (dont l'apogée se situe, paradoxalement, sous la Révolution) en faveur de la succession légale impérative.

De même, dans l'évolution du droit anglais, une

réforme successorale est intervenue, en 1939, qui a eu le sens d'une réaction anti-testamentaire. Le droit anglais du XIXe siècle avait pratiqué un système de liberté testamentaire qui était devenu, en quelque sorte, proverbial sur le continent. La loi successorale de 1939 est venue instituer un début de réserve héréditaire.

Ici encore, partant, nous ne pouvons pas affirmer que la succession ab intestat impérative débouche, nécessairement, sur la liberté testamentaire ; l'inverse peut aussi bien se rencontrer. Nous notons, dans l'évolution des systèmes juridiques, des alternances, sous l'action de variables extrêmement enchevêtrées, comme sont, d'ailleurs, toutes les causalités législatives.

Il n'est même pas légitime d'affirmer le caractère ethnologiquement primitif de la succession ab intestat, le caractère tardif du testament dans l'évolution de l'humanité. De fait, on a rencontré des institutions qui ressemblent fort au testament, dans des ethnies très primitives. Ce qui, du reste, semble assez répandu dans beaucoup de systèmes juridiques anciens, c'est, sous le rapport de la liberté testamentaire, une distinction entre les biens. Il est des biens. Il est des biens pour lesquels les droits archaïques admettent plus facilement la liberté testamentaire parce qu'ils les considèrent comme les prolongements de l'individu, comme ayant un caractère plus éminemment personnel, et d'autres biens pour lesquels, au contraire, ils n'admettent pas la liberté testamentaire ; ils construisent une succession ab intestat impérative, parce qu'ils considèrent que ces biens ont un caractère familial, doivent donc échapper à la volonté de l'individu. C'est l'opposition de la terre des ancêtres, (*terra aviatica* dans les lois barbares), et des meubles qui, au contraire, sont inhérents à la personne.

Il serait donc téméraire de poser des lois en ce qui concerne l'apparition de la liberté testamentaire dans la série sociologique.

Par ailleurs le contexte historique peut donner des sens très différents à l'apparition de la liberté testamentaire. Un exemple en partie double est celui de l'Angleterre au XVIIe siècle et celui de la France sous la Révolution et dans le système du Code Napoléon.

En Angleterre, le testament a été admis sous Henri VII, expliquent les historiens du droit anglais, afin de corriger le régime féodal" qui, en Angleterre

comme sur le continent, assurait la prédominance de l'ainé mâle, par conséquent conduisait à l'exclusion des filles et des cadets. Mais, au XVII^e siècle, se produit, semble-t-il, une sorte d'affinement dans la sensibilité juridique; les conceptions nouvelles de la famille ne correspondent plus à cette élimination des filles et des cadets, d'où l'admission du testament.

Au contraire, les lois successorales de la Révolution, puis le Code Napoléon, sont venus restreindre la liberté testamentaire, afin d'empêcher la résurrection du régime féodal. L'interdiction des renonciations anticipées à succession, notamment les substitutions fidéicommissaires, manifeste cette crainte.

Ainsi le contexte historique, les circonstances donnent des significations très différentes à un même principe dogmatiquement unique, sociologiquement et historiquement différent par l'application.

II - La propension testamentaire.

Le système juridique français reconnaît le principe de la liberté testamentaire. Ce principe de liberté est même total et sans restriction pour une fraction des Français : ceux qui n'ont plus ni ascendants, ni descendants vivants.

Comment les Français usent-ils de cette liberté totale ou partielle. C'est le problème de la propension testamentaire.

A l'échelle de la société globale française, nous pouvons nous en faire une idée par certaines statistiques de l'Enregistrement. Tout testament doit être enregistré au droit fixe, dans les 3 mois du décès (Code Général des Impôts, article 646 § 3).

Les chiffres de ces dernières années, ont été relevés et utilisés par M. Sébag (Dalloz 1963; Chronique, page 218).

Année	Successions ouvertes	Successions déclarées	Testaments et insti- tutions contractuelles
1952	521.000	285.000	74.000
1953	553.000	259.000	75.000
1954	515.000	285.000	75.000
1955	522.000	248.000	78.000
1956	541.000	64.000	78.000

Ici, pour les successions déclarées, une chute est constatée à la suite de la réforme de la loi fiscale (les successions ne dépassant pas 1 million, entre conjoints ou en ligne directe, ont été dispensées de la déclaration) :

1957	528.000	68.000	63.000
1958	496.000	95.000	73.000

Ainsi, apparait une certaine constance dans le nombre des testaments enregistrés chaque année, et un pourcentage d'environ 14 % des décès et 30 % des successions déclarées jusqu'à la réforme de 1956.

Une inconnue, subsiste quant à la ventilation à opérer entre les institutions contractuelles et les testaments.

Nous pouvons, du reste, saisir l'importance de la propension testamentaire d'une autre manière, quoique ce soit par chiffres forts, approximatifs. L'épisode mérite d'être relaté :

En 1955, les organismes du Notariat avaient eu l'idée de faire centraliser par l'Institut National de Statistiques et d'Enquêtes (I.N.S.E.E.) tous les testaments déposés dans les études de notaires, soit testaments authentiques, soit testaments olographes.

Le but du Notariat, dans ce projet, était d'arriver à la constitution d'un fichier des testaments déposés dans les études de notaires, ce qui aurait permis d'éviter un événement assez fréquent dans l'état actuel des choses, savoir : qu'une personne décédée, ayant fait un testament, sans que l'on sache où elle l'a laissé, ou, réciproquement

que le Notaire dépositaire du testament ne soit informé du décès. Or, l'I.N.S.E.E. qui dispose d'un fichier général de la population, - dont il s'est servi, notamment, en ce qui concerne le contrôle des inscriptions électorales - tenu à jour par la coordination avec les Services d'Etat Civil aurait pu vérifier lors des décès s'il y avait eu ou non un testament et dans quel lieu se trouvait ce testament.

D'autre part, assez souvent, il arrive qu'après avoir fait un testament, un testateur en fasse un autre et qu'il le dépose dans une autre étude. Il y a ainsi des révocations qui sont ignorées. Ce n'est pas un phénomène d'une ampleur extraordinaire, mais il a des conséquences dogmatiquement regrettables, et l'on conçoit que le Notariat se soit préoccupé d'obvier à cet inconvénient.

A la vérité, il y aurait eu, dans la constitution de ce fichier, l'ancrage d'une étude sociologique plus importante. On aurait pu concevoir qu'au moins pour les testaments authentiques, qui sont des actes publics, la constitution du fichier fût accompagnée d'une analyse des dispositions testamentaires, par là, on aurait pu avoir une vue générale des affections des défunts, ce qui aurait pu être un élément important pour une réforme de la succession ab intestat.

C'est ainsi que, dans leur réforme successorale de 1952, les Anglais ont pu se servir d'une particularité du système juridique anglais, qui prévoit le dépôt de tous les testaments dans des archives publiques. Les Anglais ont pu ainsi opérer une réforme de la succession ab intestat, en tenant compte des dispositions testamentaires qui étaient le plus fréquemment utilisées par les défunts.

Néanmoins, le projet n'aboutit pas ; une partie du Notariat y était hostile, en invoquant des motifs de secret professionnel. Même si l'existence d'un testament au nom d'une personne ne devait être connue que d'un organisme lui-même soumis au secret, comme c'est le cas de l'I.N.S.E.E. cela a paru à une partie du Notariat français quelque chose d'insolite. Il y eut, d'autre part, un obstacle financier : ce fichier aurait demandé un financement, et personne ne voulut en faire les frais/

Cependant, dans les études préparatoires, une évaluation avait été faite du nombre de testaments qui auraient été, si le projet avait abouti, soumis à ce recensement par les soins de l'I.N.S.E.E., et l'estimation des organismes du Notariat - qui n'avançaient pas le

chiffre au hasard - était que, dans les 6.600 études notariales de France - il devait y avoir 2 à 3 millions de testaments déposés, soit pour 30 millions de Français capables de tester, moins de 10 %.

La différence constatée entre cette évaluation (si approximative qu'elle soit) et le pourcentage de testaments révélés par les statistiques de l'Enregistrement, est parfaitement explicable : elle représente les testaments olographes qui sont conservés par les testateurs eux-mêmes.

Ces chiffres, si incertains qu'ils soient, donnent à penser que, si l'emploi du testament reste l'exception, ce n'est pas, cependant, une institution sans importance sociologique. La simplicité de la forme olographe doit favoriser la propension testamentaire et, le pourcentage de de cujus qui ont fait un testament est important.

Cependant, les statistiques dont nous disposons sont des statistiques globales et limitées dans le temps. Une recherche plus approfondie, conduite sur la propension testamentaire, - qui ne serait pas impossible - permettrait de répondre à quelques questions :

D'abord, quelle peut être l'influence des traditions, des traditions provinciales - sur la propension testamentaire ?...

Il nous manque, pour répondre à cette question, une statistique par département, qui pourrait être intéressante.

Dans l'ancien droit, les pays de droit écrit, avaient une propension testamentaire, certainement plus grande que les pays de coutume. Cette différence a-t-elle survécu à l'unification de 1804 ?...

Une autre question serait la suivante :

Quelle a pu être l'influence des réformes législatives, concernant la succession ab intestat, sur l'exercice effectif de la liberté testamentaire ?...

De nombreuses réformes sont intervenues depuis un demi-siècle et plus, à ce sujet, les unes en faveur du conjoint survivant, les autres en faveur des ascendants. Est-ce que, au lendemain de ces réformes, on a pu noter

une augmentation du nombre des testaments ?... Peut-on arriver à déceler une influence des modifications de la succession ab intestat sur l'utilisation de la liberté testamentaire ?... A priori, on pourrait présumer que les réformes apportées dans la succession ab intestat diminuent la propension testamentaire, puisque le but de ces réformes, théoriquement, est de rendre inutile le testament, de substituer un testament tacite au testament exprès des défunts. La réforme opérée, on devrait voir diminuer le nombre des testaments exprès. Mais ce n'est qu'une conjecture. On pourrait très bien imaginer que, la réforme législative ne correspondant pas aux affections réelles des défunts, il se produit, au contraire, une augmentation de la propension testamentaire. Le point mériterait une étude, mais il faut reconnaître qu'elle nécessiterait une analyse statistique extrêmement complexe.

Sur une plus longue durée, d'une façon plus globale, on peut encore se poser une question :

Est-ce que, en thèse générale, la moindre cohérence familiale que l'on attribue à notre époque, l'augmentation des dissensions familiales n'a pas pour corollaire une augmentation du nombre des testaments ?... On s'est posé la question aux Etats-Unis. On a soutenu que le nombre des testaments et, plus généralement, des libéralités avait augmenté, depuis quelques décennies, parce que la famille était moins cohérente.

La remarque est importante parce qu'elle nous montre le testament comme un véhicule des dissensions familiales, de l'insociabilité familiale, ce qui nous amène à considérer maintenant :

B/ Le testament comme phénomène individuel.

Le testament se définit comme un acte juridique unilatéral, ce qui suppose une autonomie de la volonté portée à son paroxysme. Le contrat est une dyade (suivant le mot de certains sociologues) : il en résulte que les deux contractants exercent l'un sur l'autre un contrôle réciproque. Ce contrôle ne saurait se retrouver dans le testament. La solitude de la volonté testamentaire accroît les chances d'originalité de cette volonté, la contemplation de la mort aussi.

Le testament aurait ainsi sociologiquement une place à part parmi les actes juridiques. Ce serait un acte juridique hors du contrôle social.

Il est vrai que le formalisme peut réintroduire ce dernier. Le notaire, les témoins, dans le testament authentique, sont là comme des représentants de la société et, pratiquement, du reste, on peut postuler qu'ils refuseront de coopérer à un acte par trop original, par trop asocial et que leur seule présence, constitue d'ailleurs une intimidation du testateur qui voudrait faire un acte de ce genre. Mais le système juridique français comporte le testament olographe, et celui-ci paraît être le rejet absolu de tout contrôle social. Ihering, dans "L'esprit du droit romain", a eu des mots très durs pour stigmatiser le testament olographe : "Palladium de la lâcheté, dit-il, mine creusée sous les pas de personne que l'on n'aurait pas osé blesser ouvertement". Il est certain que, dans le secret du testament olographe, les passions, les haines peuvent s'exaspérer. Il peut subsister, néanmoins, la crainte d'un contrôle social a posteriori, sous la forme d'un procès en nullité. Seulement si l'on escompte la mort, on peut se sentir en dehors de tout contrôle social ; et, à l'inverse, on peut savourer d'avance la joie de l'effet de surprise qu'il causera dans son entourage.

C'est dire l'importance sociologique d'une étude psychologique des testaments.

Il est une phrase de Pline le Jeune que l'on va répétant dans la psychologie testamentaire :

"Testamentum hominum speculum esse morum vulgo creditur". (Le testament des hommes est considéré communément comme le miroir des mœurs).

Mais comment mener une étude psychosociologique du testament, en tant que phénomène individuel ?... L'enquête, en cette matière, serait particulièrement souhaitable, sous la forme d'une enquête de motivation. Les motifs du testateur - la cause, au sens jurisprudentiel du terme - mériterait, sociologiquement, d'être connus, mais l'étude est rendue difficile, ici, par le secret, de droit ou de fait, qui enveloppe le testament.

On pourrait concevoir un questionnaire sur le schéma général suivant :

- Comment feriez-vous votre testament si, placé dans telle ou telle situation de famille, vous vouliez, etc.."

Mais l'enquête n'a point été entreprise, et elle ne serait pas facile.

Reste l'étude de cas. Il existe des recueils de testaments célèbres, - testaments d'hommes célèbres, (ou bien d'originaux. Citons par exemple, l'ouvrage d'un certain Peignot : "Choix de testaments anciens et modernes", 2 volumes imprimés en 1829. Plus solide serait l'analyse sociologique de jurisprudence à travers les arrêts qui ont été provoqués par des procès en nullité de testament.

Si la technique de l'enquête paraît mieux appropriée à l'exploration de ce que l'on pourrait appeler la "psychologie testamentaire normale", l'étude de cas semble seule praticable, en fait, pour l'étude de la psychologie testamentaire anormale, pathologique. Mais la distinction entre ces deux sortes de psychologie n'est-elle pas particulièrement fragile en matière de testament ? La psychologie testamentaire est-elle jamais absolument normale ? ... La question est d'importance pour l'appréciation de l'institution du testament.

A la vérité, il n'est pas impossible d'apercevoir, dans la psychologie normale du testateur des motifs qui répondent bien à la notion de normalité, des motifs que nous qualifierons de rationnels. Le testateur, bien souvent, veut prendre des dispositions sur la répartition de ses biens ; il veut faire un testament-partage sans suivre les conditions du testament partage proprement dit ; ou bien il veut exhériter des parents éloignés qui lui sont indifférents, et normalement indifférents ; ou bien il veut modifier l'ordre ab intestat, en faisant un véritable raisonnement législatif. (Pourquoi serait-il interdit à l'individu de faire un raisonnement législatif sur la hiérarchie familiale, au même titre que le législateur)?...

Cependant, si importants que soient ces motifs rationnels, sans doute, les plus nombreux statistiquement, il faut reconnaître que, dans ce qu'on appelle la psychologie normale des testateurs, il y a des motifs qui sont proches de l'anormalité, des motifs passionnels. Les testateurs sont souvent conduits à faire un testament sans qu'il y ait, à proprement parler, psychopathologie, par des passions. Il y a, dans beaucoup de testaments, une négativité implicite ; entendons par là que le testament est, apparemment, positif, il y a une intention libérale qui se manifeste envers un légataire, mais cette positivité apparente recouvre, une exhéredation implicite d'un membre de la famille, et une haine familiale, qui ne s'avoue pas, est à la base du testament.

La positivité même des testaments aurait besoin, parfois, d'être scrutée, psychanalysée, diraient certains. Même dans l'intention libérale, certains décèlent un désir de domination posthume, - (assurer l'avenir de son entourage, c'est dans la psychologie de beaucoup de testateurs - le rendre dépendant de soi post mortem, et il faut bien reconnaître que l'on est ici aux confins de la psychologie pathologique).

Dans certains cas, la psychologie pathologique est évidente et cet aspect de la volonté testamentaire a été mieux exploré même que l'autre, car c'est lui qui donne lieu à contentieux.

Il existait ainsi, dans l'ancien droit, toute une théorie du testament *ab irato*, et bien que le Code Civil ne l'ait pas reconnue, l'art. 901 prolonge à beaucoup d'égards la théorie de l'ancien régime. Il déclare que, pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. Il y a une jurisprudence très abondante à propos de cet article 901, et cette abondance du contentieux, en soi, est assez significative du climat d'insociabilité familiale qui est souvent celui où s'exerce la propension testamentaire. Bien souvent, des troubles psychiques sont constatés à l'origine du testament, troubles psychiques génériques ou spécifiques. Génériques, nous n'avons pas à nous en occuper spécialement ici : le testateur est atteint d'aliénation mentale, sans que le testament y soit pour quelque chose. Mais il existe des troubles psychiques qui se manifestent seulement dans le testament, le phénomène a été souvent étudié par les psychiatres comme par les juristes. Le testament est souvent le fait de persécutés, d'impulsifs, d'abouliques ou même de gens qui ont une manie proprement testamentaire.

Ces phénomènes ont été étudiés par des auteurs de psychologie judiciaire, car les procès sont assez fréquents et donnent lieu à des expertises, menées sur documents puisque, par hypothèse, le sujet n'est plus là pour être expertisé : cf. "Manuel de Psychologie Judiciaire", d'Altavilla, (pages 270 et suivantes, dans la traduction française de 1959), et "Manuel de Psychologie Juridique", de Mira y Lopez, auteur espagnol (traduction française de 1959, pages 262 et suivantes). Certains de ces psychiatres ont même construit des questionnaires à l'usage des notaires, pour déceler les troubles psychiques spécifiques, dont peuvent être atteints les testateurs qui les appellent pour la rédaction d'un testament. (Cette précaution ne paraît pas être très en usage en France).

SECTION II - Les éléments dramatiques dans la sociologie des successions.

"Dramatiques" non pas en ce sens qu'il s'agirait de coups de théâtre, d'évènements singuliers. Ce sont, en réalité, les évènements les moins exceptionnels qui soient, les plus inévitables ; l'un, même, représente l'inévitable absolu, puisqu'il s'agit de la mort. La mort est le premier élément dramatique dans la sociologie des successions, mais il en est un second qui en est la conséquence, c'est la succession des générations, (leur "ordo successivus") pourrait-on dire, en employant une expression que l'on utilise, dans la théorie des substitutions prohibées.

La mort, la succession, l'ordre des générations représentent des éléments dramatiques, parce que, dans le droit des successions, qui jusque là, semblait résulter d'une rencontre d'institutions statiques, ils vont apporter l'action, le drame, mais dramatiques aussi au sens vulgaire, parce que, dans le droit des successions, ils introduisent le tragique de la condition humaine, parce que, en eux, à travers eux, l'individu va se sentir dominé, écrasé par quelque chose d'infiniment supérieur.

Nous allons reprendre successivement ces deux éléments dramatiques de la sociologie des successions : la mort et la succession des générations.

§ I - La mort.

A partir d'un certain âge, il n'y a plus que deux moyens d'exorciser le cauchemar, la théologie et l'humour, l'un des deux moyens n'étant pas, d'ailleurs, exclusif de l'autre. C'est, sans doute, du second que procède Fontenelle lorsqu'il donne cette définition :

- La mort, cet accident qui n'arrive qu'aux autres.

La réflexion est profonde, et Fontenelle ne savait pas qu'avant la lettre il se mettait dans les conditions du sociologue durkheimien. Sur le terrain de la règle d'objectivité, il importe d'observer de dehors cet accident qui n'arrive qu'aux autres. C'est un centre de phénomènes sociologiques et démographiques. Nous l'étudierons successivement sous ce double aspect, en distinguant la sociologie de la mort et la démographie de la mort.

A/ La sociologie de la mort.

Pour le sujet du phénomène, le phénomène accompli est toujours identique, quel que soit l'environnement social. Mais, pour les vivants, il est éminemment variable à travers la série sociologique, en ce sens qu'il détermine un flot de croyances et d'attitudes qui varie d'une société à l'autre. Il y a des croyances relatives aux morts et des attitudes des survivants, qui ne sont pas sans rapport avec le droit des successions.

I - Les croyances relatives aux morts.

Ces croyances ont pu, tantôt contrarier, tantôt favoriser l'institution de l'héritage. Considérons, d'abord, les croyances qui ont contrarié l'institution de l'héritage.

Ces croyances sont largement attestées dans la série sociologique, matérialisées dans des coutumes funéraires qui ont elles-mêmes fait l'objet d'observations ethnographiques. Nous avons surtout à cet égard, des témoignages archéologiques. Nous retrouvons ces coutumes funéraires aussi bien dans des sociétés archaïques d'Amérique, d'Océanie, que dans l'Égypte pharaonique ou chez les Germains ou les Gaulois.

L'idée générale est que certains biens ayant appartenu au défunt seront enterrés avec le cadavre, ce qui, très évidemment, exclut à leur sujet, toute transmission successorale. Il existe à ce sujet des variétés de rites funéraires auxquels ont dû correspondre des croyances fondamentalement différentes d'un point de vue religieux, mais qui se rejoignent au moins, dans leur signification d'empêchement à la dévolution successorale. Tantôt les biens dont il s'agit sont ensevelis avec le cadavre, après avoir été détruits, tantôt ils sont ensevelis sans avoir été détruits. Ce sont là deux types de coutume funéraires qui présupposent deux ordres de croyance relatifs au mort.

On rencontre fréquemment, dans les sociétés primitives, un rite selon lequel tout ce qui a appartenu au défunt est détruit, parfois brûlé, parfois brisé. Il y a, par exemple, chez les Germains et les Gaulois un rituel du bris des armes du défunt : le char du défunt est, dans certains cas, enseveli avec lui, mais le char est démonté. (cet exemple a été attesté dans une fouille archéologique récente, le "trésor de Vix", en Bourgogne,

est une sépulture du Ve siècle avant Jésus-Christ, le char est démonté, l'objet ne peut plus servir). Ailleurs, c'est le bétail ayant appartenu au défunt qui sera sacrifié, les chevaux, ou les esclaves, et les épouses, à l'occasion.

Dans une seconde forme, au contraire, affaiblie, les objets ayant appartenu au mort sont enterrés avec lui, sans être détruits et l'on retrouve ainsi, dans la sépulture, les bijoux du mort, les armes du mort, tout un mobilier funéraire. Les sépultures égyptiennes en sont l'exemple bien connu.

Sous chacun des deux rites, nous pouvons concevoir deux sortes de croyance. La destruction des objets ayant appartenu au défunt paraît reposer sur la croyance à l'anéantissement de la personnalité ; par une sorte de raisonnement analogique, tout ce qui a été propriété personnelle du mort doit être détruit comme le mort. Au contraire, l'ensevelissement des objets personnels, sans destruction, paraît reposer sur une croyance toute contraire : parce que le mort est immortel, parce qu'il va continuer dans l'au-delà une vie comparable à sa vie terrestre, les biens dont il se servait de son vivant doivent être mis à sa disposition.

Ainsi, deux croyances antithétiques : ont pu conduire à ces rites d'enterrement des objets, c'est-à-dire, du point de vue qui nous intéresse, ont pu conduire à une négation, au moins partielle, du droit successoral, à une mise à part du mobilier ayant appartenu au défunt. "Res mobilis res vilis", non pas en ce sens que le mobilier serait intrinsèquement sans valeur, mais en ce sens qu'il est destiné à périr avec son propriétaire, du moins à mourir à toute existence terrestre avec son propriétaire. La "périssabilité" funéraire du meuble, dans les sociétés primitives, pourrait ainsi continuer à peser sur sa condition juridique dans les sociétés modernes.

On voit plus facilement comment l'institution de l'héritage a pu être fortifiée par un mouvement psychologique inverse, par la croyance en la survie des morts. Cette croyance en l'immortalité a pu fonder le droit des héritiers, mais, il y a fallu un certain raisonnement législatif qui a besoin d'être précisé.

L'idée la plus répandue que l'on trouve dans les sociétés primitives, c'est que le mort renaît dans sa

descendance. Partant, il est analogiquement fondé que le patrimoine du mort passe à la descendance. Ces vues ont pu prendre des formes plus ou moins nettes dans la psychologie religieuse des différents peuples.

L'historien du droit d'ancien Westrup, a ainsi étudié il y a déjà une trentaine d'années, la succession primitive. Il relève ce sentiment, assez répandu que l'ancêtre, l'ancêtre unique, engendre tout un groupe d'âmes qui vont se réincarner au fur et à mesure des naissances dans la famille. Cette idée de réincarnation de l'ancêtre postulera, dans le plan patrimonial, une transmission, une réincarnation du patrimoine dans la descendance. Westrup a surtout appliqué son hypothèse au très ancien droit romain :

" Selon les croyances primitives des Romains,
" relève-t-il, le genius (c'est-à-dire la force pro-
" créatrice de l'homme)..... (force quasi divine)
" ne s'incarne que dans une seule personne mâle à
" chaque génération, la personne du pater familias
" et c'est ce qui fonde la transmission du culte do-
" mestique, de tout un ensemble de droits extra-
" patrimoniaux) (les sacra, l'hospitium, les droits
" de patronat) et, "parallèlement, la transmission
" des biens".

Le Christianisme n'a pas aboli ces croyances et Leibniz philosophe du droit en même temps que philosophe tout court dans son petit ouvrage intitulé "Nova methodus jurisprudentiae discendae docendaeque" (nouvelle méthode pour apprendre et enseigner le droit), paru en 1667, fonde la succession ab intestat, au moins en partie, sur la théorie théologique de l'infusion (per traducem) de l'âme par la procréation. Il existe, en effet, dans la théologie, une théorie, dite "de l'infusion", destinée à se délivrer de l'embarras qui peut venir, pour une théologie rationnelle, de la préexistence des âmes. Où était l'âme avant qu'elle n'ait trouvé un corps où s'incarner ? On peut imaginer que c'est l'âme de l'ancêtre qui se réincarne, à chaque génération, dans l'âme des descendants.

Puisque l'âme va se réincarner dans les générations successives, pourquoi le patrimoine ne passerait-il pas successivement à ces générations ?... Le patrimoine doit suivre l'âme puisqu'il est l'émanation de la personnalité.

Que l'idée d'immortalité se spiritualise, c'est à la succession testamentaire qu'elle va apporter un fondement. Se projetant dans l'éternité, l'âme du mort va devenir le support du commandement testamentaire et rendre obligatoire la volonté post mortem.

Pour Leibniz la valeur obligatoire du testament ne peut se concevoir qu'avec le postulat théologique de l'immortalité de l'âme. Il ajoute :

"....Parce que les morts vivent encore réellement,
" ils restent propriétaires de leurs biens, et ceux
" qu'ils laissent pour héritiers ne doivent être con-
" çus que comme des procuratores "in rem suam".

Le procurateur in rem suam n'a pas l'obligation de rendre compte. Ainsi, chaque héritier, dans la suite des générations doit être considéré comme ayant reçu des biens à titre de mandataire de son ancêtre, ce qui a amené des esprits mal tournés à objecter à Leibniz :

- "Il n'y a qu'un propriétaire : c'est Adam."

Ferdinand Lassalle, le rival de Karl Marx, socialiste non marxiste, juriste aussi (romaniste) a laissé un ouvrage qui fut traduit en français, intitulé "Système des droits acquis" (1861). Il y montre comment le testament, dans ses origines historiques, c'est-à-dire le testament du très ancien droit romain, était lié en effet, à l'idée de l'immortalité ; il l'analyse comme une perpétuation religieuse de la volonté du mort, et il a cette formule :

- "L'immortalité romaine, c'était le testament.
Le testament, c'était la paradis du Romain."

Lassalle raisonnait en sociologue, en ethnologue ; il se bornait à analyser ici les croyances des Romains primitifs. Seulement, son interprétation soulève une question, qui est, du reste, une question générale de toute sociologie religieuse. Dans quelle mesure exacte les hommes des siècles passés ont-ils cru à ces mythes, à ces croyances ? ... L'immortalité des Romains, c'était le testament. Mais est-ce que les Romains de la très ancienne Rome croyaient-ils quand ils faisaient leur

testament que, par là, ils se rendaient immortels ?...
Voilà ce que Lassalle ne nous explique pas. Il y faudrait
une analyse de la foi ; qui est quelque chose d'extrême-
ment difficile.

La sociologie religieuse s'est rendu compte
de la difficulté de cette rétrospection psychologique
sur les croyances du passé. Était-ce une croyance, une
foi au sens de croyance ferme, raisonnée, rationnelle ?..
Ou bien était-ce un sentiment vague, qui évitait de ré-
fléchir et de raisonner ?... Une espèce de consolamentum ?

Ainsi, l'idée peut s'édulcorer, s'amollir et
on la retrouve sous cette forme : le testament, c'est
un anesthésiant, qui est destiné à adoucir le passage ;
ce n'est peut-être pas une immortalité, mais c'est une
ombre d'immortalité. Nous rencontrons ici une interpré-
tation qui a été donnée par d'Aguessseau. Dans son 37ème
plaidoyer, où il définit le testament : "une consolation
que la loi civile accorde aux hommes de leur mortalité
en leur permettant de se procurer une image et une om-
bre d'immortalité par une longue suite d'héritiers qui
puissent être un monument éternel de la sagesse et de
la puissance du testateur".

L'affaiblissement de l'idée est net. Le tes-
tament est bien lié à des croyances relatives à l'im-
mortalité, mais il s'agit plutôt d'un doute sur l'im-
mortalité.

II) Les attitudes des survivants.

Le temps a ici, sur les sentiments des survivants un effet bien connu d'érosion, (sans qu'il soit nécessaire de relire "La Jeune Veuve" de la Fontaine), de sorte qu'il n'est pas illégitime de distinguer deux moments dans l'attitude des survivants : la période qui suit immédiatement la mort, donnant lieu à un premier phénomène sociologique, celui du deuil; puis, la plus longue durée, où se situe un ordre de phénomènes sociologiques, le culte des morts.

Ces deux phénomènes ont leurs relations avec le droit successoral, encore que ces relations puissent ne pas être évidentes au premier coup d'oeil.

a) Le deuil.

L'attention de la sociologie a été attirée par cette sorte d'institutionnalisation des sentiments que constituent les coutumes de deuil. Il est des ethnies, paraît-il, où la mort est regardée comme une amélioration de la condition humaine, de sorte qu'elle est, pour les survivants une occasion de se réjouir; mais, en général, la mort est plutôt ressentie par l'humanité comme une perte, non comme une occasion de gain, donc comme une occasion de manifester du chagrin.

Cette manifestation peut être plus ou moins durable; il y a des peuples qui ne le font durer que jusqu'au jour de l'entèrrement, mais, généralement, elle dure davantage et elle est, du reste, plus ou moins intense. Des différences viennent de la société. Le deuil peut se traduire par des formes violentes pouvant aller jusqu'au suicide mais, qui souvent, se restreignent à des mutilations ou à des jeûnes. Nous en avons, dans les sociétés occidentales, des formes affaiblies et en voie d'affaiblissement croissant.

Le phénomène sociologique a donné lieu à deux sortes d'explication. Il y a l'explication sociologique, (d'une sociologie aujourd'hui un peu dépassée), qui met la matérialité des rites avant le sentiment. Ce seraient, dans cette première interprétation, les prescriptions sociales de deuil qui détermineraient les sentiments de chagrin chez les personnes soumises à ces prescriptions.

Il y a aussi l'interprétation psychologique : le sentiment précède, c'est l'élément profond, universel de la nature humaine qui détermine, à la vue de la mort, un

.../...

chagrin, une réaction de séparation plus ou moins vive dans l'être humain survivant. Et ces réactions de séparation qui se matérialisent, par la suite, dans les prescriptions sociales relatives au comportement de deuil.

Les sociologues contemporains se sont beaucoup arrêtés là-dessus ; citons l'analyse, un peu paradoxale, de M. STOETZEL , dans sa "Psychologie sociale", pages 94 et suivantes ; les idées de M. Lévy-Strauss, un peu particulières aussi, d'après lesquelles les rites de deuil sont destinés à reconvertir les morts en ancêtres; ce sont des rites par lesquels le vif , chasse le mort, fait passer le mort au rang des ancêtres.

Ce qui, en revanche, n'a pas été suffisamment étudié, ce sont les rapports du deuil avec le droit. Il est beaucoup de sociétés archaïques où les prescriptions du deuil ont un caractère juridique; il en a été ainsi dans les systèmes juridiques de l'extrême-Orient; dans le système du droit hébraïque (le Deutéronome, chapitre IV, contient des prescriptions relatives aux rites de deuil). Au contraire, dans les sociétés modernes, le deuil s'est complètement déjuridicisé : il est bien connu que notre délai de viduité, à l'article 228 du Code Civil, est fondé sur des considérations rationnelles tout à fait étrangères au phénomène sociologique du deuil.

Tout au plus trouverait-on des débris juridiques, des rites de deuil dans les prescriptions réglementaires, du reste non législatives, relatives, au deuil national. Pour le surplus, le deuil n'est plus que folkways : c'est une affaire de vêtements ou une attitude de réserve mondaine est imposée pendant un certain temps, et, encore, note t-on la décadence de ces folkways de deuil dans nos sociétés industrielles, surtout dans les milieux urbains.

Quelles sont les relations de ces rites de deuil avec le droit successoral?... Nous devons ici faire appel à une notion de droit folklorique, qui est familière aux juristes germaniques et anglo-saxons, la notion des joyeux héritiers, Lachende, langhing heirs.

Déjà, Publius Syrus l'auteur de la fin de la République, avait cette maxime " Heredis fletus sub persona risus est": "Les pleurs de l'héritier sont un rire sous le masque". C'est déjà la notion des joyeux héritiers. Les héritiers qui rient, forment une catégorie bien déterminée par le folklore. Ce sont des parents éloignés qui n'avaient avec le de cuius aucun rapport de son vivant et

qui ne ressentent pas sa mort comme une perte, qui n'en éprouvent aucun chagrin et ne font qui se réjouir de l'héritage.

Dans le folklore juridique, cette catégorie est tenue pour méprisable. L'héritage, tel que le sentent les peuples, doit aller là où il y a du chagrin; il est anormal qu'un héritier rie, de là une réaction préventive : les cousins éloignés qui, par le seul usage, ne seraient pas tenus de prendre le deuil, se sentiront obligés de le prendre s'ils sont héritiers ou légataires. Ainsi le droit de succession apparaît comme une compensation du chagrin résultant de la séparation, comme un divertissement du chagrin, au sens pascalien du terme.

Mais il n'y a pas à considérer seulement les joissances, les joies inhérentes à la propriété et, surtout, à une propriété nouvelle, mais il faut considérer aussi les soucis, les préoccupations inhérentes à la propriété. En termes de fonctionnalisme, nous dirions que la société distrait le parent de sa douleur immédiate par les devoirs juridiques d'héritier qu'elle lui impose : l'obligation de la déclaration fiscale, l'inventaire, les scellés...

b) Le culte des morts

C'est quelque chose de plus profond que le phénomène du deuil. L'histoire comparative des religions montre la permanence et l'universalité de ce trait, avec, il est vrai, bien des variantes correspondant à des représentations psychologiques très différentes, à partir d'un même mystère.

Il y a des morts malfaisants, -qu'avait étudiés l'historien du droit Jobbé-Duval - Des morts malfaisants qu'il faut écarter; il y a des morts malheureux, qu'il faut secourir, et il y a des morts tout-puissants, dont il faut se concilier l'appui; en tout cas, il y a les morts.

Le monde antique a eu le culte des morts. La croyance à l'immortalité de l'âme, à l'époque hellénistique, à partir du moment où elle est devenue très puissante, ne fit que le fortifier. Le Christianisme christianisa le culte des morts, par l'intermédiaire du culte des martyrs, du culte des saints.

La réforme avait une théologie qui repoussait le culte des morts; dans la pratique, elle a beaucoup de
.../...

mal, surtout dans les pays où elle est minoritaire, à se déprendre elle-même de ce culte.

Le culte des morts est devenu comme une religion laïque et républicaine, et il est notoire que le matérialisme marxiste dans les pays où il a triomphé lui-même n'est pas arrivé lui-même à s'en délivrer. Leiguehos, dans son "histoire sincère de la nation française". a écrit que "la seule religion qui soit commune à tous les Français, c'est le culte des morts". Et M. Eismein, récemment, dans un article des Mélanges Dabin (1963, pages 541 et suivantes) s'est préoccupé de recenser un certain nombre de conséquences juridiques qu'aurait pu avoir, selon lui, dans le droit civil, le culte des morts :

Comment le droit des successions s'articule-t-il sur le culte des morts ?... Le patrimoine sera, entre les mains de l'héritier, le moyen matériel de l'assurer.

Voilà une relation historiquement assez sûre.

En droit romain, nous saisissons un lien entre la charge des sacra, qui est l'équivalent du culte des morts; et la transmission du patrimoine, quitte à discuter sur le sens du rapport de causalité. Les historiens discutent sur le point de savoir lequel a engendré l'autre.

Nous sommes en présence d'un ensemble, sociologiquement, psychologiquement indivisible. La transmission des sacra a pu difficilement être conçue, dès l'origine, indépendamment de la transmission de l'autel sur lequel devait avoir lieu les sacrifices et, par là même, de la transmission de la maison ancestrale dans laquelle se trouvait encastré l'autel. De là la transmission de tout le patrimoine comme d'un substratum économique qui devait permettre de faire face aux charges funéraires, au culte des morts.

En outre, c'est une seconde articulation, le culte des morts entretient la crainte des morts et, par là même le respect que les vivants leur portent. Par là, il fortifie le respect des volontés testamentaires, non seulement dans l'immédiat post mortem, mais sur la longue durée, Si les fondations sont respectées, au moins pendant un certain temps, ce n'est pas tellement par respect pour l'oeuvre, mais bien plus par un respect religieux, mystique de la personne des fondateurs, par un corollaire du culte des morts.

M. Eismein, dans l'article précité, relève comme

une conséquence du culte des morts, une décision récente de la Cour de Cassation, qui pose un cas de succession triangulaire, au sens précédemment donné à ce terme : l'arrêt de la chambre Criminelle du 22 novembre 1961, (Daloz 1962, sommaire, page 29).

Cet arrêt a décidé que des dommages et intérêts pouvaient être accordés aux héritiers pour la souffrance morale de la victime, morte 12 jours après l'accident mortel, sans être sortie du coma.

M. Esmein considère qu'une telle décision n'est explicable que par la croyance que le mort vit encore et réclame une compensation à sa souffrance. D'une manière générale, le culte des morts contribue au respect des volontés testamentaires et, plus largement, au fonctionnement de tous nos mécanismes successoraux.

Elle est utile à connaître pour une totale compréhension de la sociologie du droit successoral.

La démographie, qui est la science de la population, étudie la mort au même titre que la vie. Plus exactement, elle étudie la mortalité, c'est à dire le phénomène collectif que l'on peut saisir dans le rapport entre le nombre des décès et l'ensemble de la population à partir d'un instrument statistique très sûr : la statistique de l'état-civil, la statistique des actes de décès. Elle s'est d'ailleurs efforcée, depuis ces dernières années, par le canal de l'Institut National d'Etudes démographiques, d'améliorer l'information que lui apporte l'état-civil. 3

La démographie a fait apparaître dans tous les pays occidentaux, à notre époque, un phénomène d'une importance considérable en lui-même et, semble-t-il, considérable pour l'appréciation d'une loi des successions : c'est la baisse de la mortalité ou, comme on le dit corrélativement, l'allongement de la vie humaine.

De ce phénomène que nous envisageons comme une donnée brute pour l'instant, les causalités sont bien connues ; les progrès de la médecine, de l'hygiène, du niveau de vie, de l'alimentation des populations européennes. Le phénomène a été continu depuis le début du XIXème siècle, mais il s'est accéléré au XXème siècle et, surtout dans les toutes dernières décennies. (depuis les années 30).

La marche de ce phénomène peut-être mesurée à travers les variations de la vie moyenne.

Nous envisageons la vie moyenne en France ou, l'espérance de vie à la naissance (au moment "zéro" de l'existence humaine). Cette vie moyenne ou espérance de vie est passée, de 1817 à 1959, de 39 années 5 mois à 70 années 2 mois.

Nous pouvons saisir l'accélération en examinant les moyennes successives ; 1817-1831 : moyenne de 39,5. 1877-1881 : moyenne de 42. - 1908-1913 : moyenne de 50,4. 1933-1938 : moyenne de 58,7 - 1959 : 70,2.

Si l'on calcule la moyenne sur les deux sexes : 67 années pour les hommes et 75 années 6 mois pour les femmes.

Le progrès serait-il indéfini ? Peut-on espérer un allongement supplémentaire ?

L'idée qu'il existe un seuil dans cet allongement de la vie moyenne, qui ne saurait-être dépassé sans des modifications fondamentales dans les conditions-mêmes du vieillissement biologique, commence à se faire jour chez les démographes, il se sont appliqués à rechercher par des calculs quel pourrait-être le seuil que l'on ne pourrait espérer dépasser dans l'allongement de la vie humaine. En partant de la Bible, on aurait pu croire qu'il était de 120 années, mais d'après les recherches d'un démographe, il ne serait que de 77 ans.

Suivant une thèse qui, à première vue, paraît emporter la conviction : l'allongement de la durée de la vie humaine aurait transformé radicalement les données sociologiques du droit des successions, en retardant le moment où va s'opérer, en général, la transmission du patrimoine d'une génération à une autre.

Le phénomène a dû, observe t-on, être aggravé de surcroît par un certain nombre de facteurs, et d'abord, par l'admission de droit successoraux croissants au profit introduits par la loi du 9 mars 1891, droits résultant de sa position dans le mécanisme de l'attribution préférentielle de l'exploitation agricole, ou encore droits à lui, ouverts par l'établissement de la quotité disponible selon la loi du 13 juillet 1963, qui a modifié l'article 1094 du Code Civil).

Cette montée générale, des droits du conjoint survivant dans la hiérarchie successorale Française, n'est pas douteuse. Or, quelle en est, de notre point de vue la conséquence ?

Les droits du de cujus vont se trouver constitués sur deux têtes au lieu d'être constitués sur une seule, si bien que le moment de la transmission va se trouver retardé encore de quelques années. La dévolution aux enfants va se trouver alignée sur la plus longue durée de la vie des deux parents, c'est à dire sur la durée de la vie du conjoint, survivant.

Dans l'hypothèse, statistiquement la plus fréquente qui est celle de la survie de la femme, parce que le mari, normalement, est plus âgé, parce que la femme a une plus grande longévité que l'homme, une sorte d'effet cumulatif de retardement va agir sur la transmission successorale.

Il est vrai qu'il s'agit dans beaucoup de cas, de droits en usufruit seulement. Mais ces droits peuvent être augmentés par des libéralités et, en toute hypothèse, l'usufruit a pour résultat de retarder le moment où l'héritier en nue-propriété va pouvoir prendre en main la gestion du patrimoine familial. Au total en ce qui concerne la succession des générations, il y a bien un effet de retardement résultant de ce qu'un droit d'usufruit du conjoint survivant se juxtapose au retard qui s'est produit dans l'ouverture de la première succession.

On a pu noter, de ce point de vue, une contradiction entre notre politique d'orientation agricole, qui voudrait favoriser le rajeunissement des directions d'exploitation, d'une part, et d'autre part, notre politique successorale qui, au contraire, veut faire la part de plus en plus belle au conjoint survivant.

Un second facteur d'aggravation du phénomène d'allongement de la durée de la vie humaine, en ce qui concerne ses incidences sur le renouvellement des générations pourrait tenir à l'écart d'âge entre le de cujus et l'héritier. Nous raisonnons, bien entendu, sur l'hypothèse type : parents-enfants.

Si l'écart d'âge entre les parents et l'enfant s'est abaissé depuis le siècle dernier, cela ne va-t-il pas aggraver le phénomène de retardement de l'ouverture des successions, puisque les parents, toutes choses égales d'ailleurs, seront plus jeunes qu'ils ne l'étaient autrefois?

On l'a soutenu, mais il faut examiner la difficulté de plus près : cet écart entre les parents et les

enfants se trouve lui-même conditionné par deux éléments :

- D'abord, l'âge moyen au mariage. A cet égard l'impression générale est que l'on se marie plus tôt qu'autrefois. Et de fait, statistiquement, nous pouvons observer que l'âge moyen au mariage s'est abaissé graduellement depuis le début du XIXe siècle, mis à part certains accidents dans l'évolution statistique qui sont imputables aux deux grandes guerres mondiales.

Si, en effet, nous regardons quel était l'âge moyen au mariage pour la période 1821-1825, nous trouvons respectivement pour les deux sexes : 28 ans 9 mois et 26 ans. En 1841-1845 : 27 ans 6 mois et 24 ans 6 mois. Enfin, pour 1901-1905 : 26 ans 1 mois et 23 ans. L'écart des générations a donc pu diminuer depuis le début du XIXème siècle. Toutefois la diminution n'est pas très considérable (au maximum trois ans). D'autre part, et surtout, l'essentiel de la diminution est constaté entre 1821 et 1900. Or, quand on veut étudier quel est l'effet de l'allongement de la vie humaine, sur les transformations du droit successoral, on se réfère à l'époque qui a suivi la seconde guerre mondiale. Mais cette époque n'a pas été affectée par un nouvel abaissement de l'âge moyen au mariage.

En outre, il est probable que, dans cette moyenne concernant l'âge d'accession au mariage, ce sont les jeunes ouvriers qui ont contribué à abaisser le chiffre depuis le début du XIXème siècle; il est probable, selon des sondages faits par les démographes eux-mêmes que les jeunes bourgeois continuent à se marier plus tard que les jeunes ouvriers.

Or, le problème successoral est toujours conditionné par la classe sociale. La seule classe intéressante pour une sociologie successorale est la classe apte à laisser des successions. Par conséquent, les ouvriers sont hors de jeu à ce point de vue-là, et ceci tend à neutraliser le phénomène, d'ailleurs limité, d'abaissement de l'âge moyen au mariage que nous avons pu relever dans la période de 1825 à 1901.

Un second élément doit être pris en considération pour apprécier l'écart entre les deux générations : l'espacement des enfants dans le mariage. On peut conjecturer que la date moyenne de la première naissance est restée à peu près constante par rapport à la date de mariage depuis le XIXème siècle. On pourrait même, si l'on veut pousser plus loin l'analyse, admettre qu'il y a plus

d'enfants aujourd'hui qui ont été conçus avant le mariage ce qui, d'ailleurs n'est pas prouvé. On pourrait objecter en sens contraire que la restriction volontaire des naissances dans les premières années du mariage est plus développée qu'elle ne l'était au début du XIXème siècle, et qu'elle a opéré comme une contrepartie de l'abaissement de l'âge du mariage : on se marie plus tôt mais on a légèrement plus tard le premier enfant.

De plus, pour apprécier le problème de droit successoral, il ne faut pas seulement avoir égard à l'aîné, il faut avoir égard à la moyenne des enfants issus du couple. Or, de ce point de vue, on peut penser que l'espace-ment des enfants dans le mariage est resté à peu près le même, et même que chaque couple, en cette fin du XIXème siècle, amenant en moyenne légèrement plus d'enfants à l'âge adulte que ce n'était le cas à la fin du siècle dernier, l'écart d'âge de la moyenne des enfants par rapport à leurs parents aurait plutôt légèrement augmenté.

Toute balance faite, on peut penser finalement que l'écart moyen des générations est resté à peu près le même qu'au début du XIXème siècle. Ce second facteur d'aggravation pris en considération à l'égard du phénomène démographique de l'allongement de la vie humaine ne mérite donc pas que nous nous y arrêtions.

Il reste, néanmoins, le phénomène lui-même de l'allongement de la vie humaine, avec le premier facteur d'aggravation qui est l'intervention croissante du conjoint survivant dans le circuit. Partant de ce phénomène qui n'est pas niable, on a soutenu que les bases de notre mécanisme de la transmission héréditaire s'étaient trouvées fondamentalement transformées. Les patrimoines familiaux seraient aujourd'hui bloqués entre les mains des anciens.

On a, sur ce terrain, lancé des formules extrêmement évocatrices. C'est ainsi qu'un médecin, dans un article récent, employait un exemple de nature à frapper l'imagination :

"Nos aïeux (?) étaient en moyenne orphelins de père ou de mère à 14 ans, tandis que le Français de 1963 attend 55 ans pour perdre le premier de ses parents".

Plus scientifique nous paraît-être l'étude de M. Sebag (Dalloz 1963, chronique page 203) il explique cette formule (sa recherche se situe dans le plan de la réforme des régimes matrimoniaux) :

"Une femme mariée sur deux n'aura de propre à notre époque qu'après 20 à 25 ans de mariage".

Il pense que c'est là une durée beaucoup plus longue qu'elle ne l'était au moment du Code Civil.

Le phénomène pose donc une question qu'on ne saurait éluder.

Sans doute, on pourrait faire cette première réponse que la vie de l'héritier va aussi bénéficier de l'allongement de la durée de la vie humaine. La durée du temps que l'héritier passera après l'ouverture de la succession restera la même grâce au bénéfice de l'allongement de la durée de la vie humaine qui vaut pour l'héritier aussi bien que pour le de cujus.

Toutefois, la réponse n'est pas sociologiquement bonne, elle ne l'est que d'une façon mathématique, Car elle ne tient pas compte de la valeur, de la qualité respective des années dans la vie humaine. Sans doute l'héritier va pouvoir jouir de la succession pendant le même laps de temps, par hypothèse, mais dans des années de sa vie où la succession lui sera sociologiquement moins utile qu'elle l'eût été, avec les données démographiques antérieures, car c'est tout de même une tranche de vieillesse qui lui est offerte. Quand il va recevoir la succession, ses propres enfants seront déjà élevés, de sorte que l'héritage ne lui sera, à cet égard, d'aucun secours. Il ne pourra plus se lancer dans une entreprise avec les capitaux dont il aura hérité.

Malgré tout la thèse couramment développée à notre époque à partir de l'allongement de la vie humaine ne nous paraît pas pouvoir être admise sans réserves. Il faut la regarder de plus près, et faire en marge de cette thèse un certain nombre d'observations critiques.

La première observation, c'est que l'allongement de la vie sur lequel on raisonne est un allongement de la vie moyenne. Or, cet allongement a été obtenu surtout par une diminution considérable de la mortalité infantile, qui n'intéresse pas le droit successoral. Ce qui est important pour une recherche de sociologie sur le droit des successions, ce n'est pas l'espérance de vie au moment zéro, c'est l'espérance de vie d'un de cujus potentiel, c'est à dire l'espérance de vie à un moment où normalement, statistiquement, on est appelé à mourir et à laisser une succession; c'est l'espérance de vie à 40 ans, à 50 ans, à 60 ans (en effet 90% des successions concernent des individus

qui avaient plus de 50 ans et 75% des successions des individus qui avaient plus de 60 ans). La seule question valable pour une sociologie du droit successoral est celle-ci : s'est-il produit un allongement de l'espérance de vie à 40, 50 ou 60 ans depuis le Code Civil?

L'espérance de vie, à 40 ans, était en 1817 de : 26 ans huit mois (La statistique de 1817 nous donne un chiffre global sans différenciation de sexe).

Pour 1960, nous avons des chiffres différenciés : l'espérance de vie à 40 ans est respectivement de 31 ans 4 et de 36 ans 9.

En 1817, l'espérance, de vie à 50 ans était de 19 ans 8. En 1960, elle est de : 22 ans " et 27 ans 9.

En 1817, l'espérance de vie à 60 ans était de 13 ans 3. En 1960 : 15 ans 6 mois et 19 ans 5.

Si nous retenons l'âge de 60 ans, qui est la tranche d'âge où se situent les trois-quarts des décès, l'allongement que l'héritier doit subir du fait des progrès de la médecine, de l'hygiène, etc .., n'atteint probablement pas 5 ans pour un an de cujus mâle depuis le Code Civil. La discrimination ainsi faite entre le de cujus mâle et la femme, peut, contrairement à une observation superficielle, avoir une grande importance sociologique. Sans doute le raisonnement de l'effet cumulatif, examiné précédemment, peut-il s'appliquer mais il fait abstraction d'une circonstance pratique de sociologie.

Le patrimoine une fois passé à la femme, conjoint survivant par hypothèse, pourra se trouver en état de pré-succession de fait. En effet, bien que juridiquement ce patrimoine se trouve appartenir au conjoint survivant, si ce conjoint survivant est la femme, très souvent, il sera géré par les enfants majeurs, en raison de cette circonstance que la femme, s'en désintéressera comme elle le faisait du vivant de son mari, en lui en confiant la gestion.

Du point de vue psychologique, il y a ainsi une différence sensible entre un patrimoine géré par le père encore vivant et un patrimoine passé à la femme et géré par les enfants. Les enfants se conduisant, en fait, d'une manière indépendante et autonome n'éprouveront plus le sentiment de frustration qui est à la base du conflit de générations.

Cette première observation tend à atténuer la portée des conséquences que l'on pourrait, de prime abord, tirer du phénomène incontestable, biologiquement certain, de l'allongement de la durée de la vie humaine.

Une seconde observation va faire intervenir un autre élément : la classe sociale.

Les démographes pensent qu'à côté de la mortalité biologique existe une mortalité sociale. Il est incontestable que l'abaissement de la mortalité, que ce soit la mortalité infantile ou la mortalité adulte, depuis le début du XIXème siècle a principalement concerné les classes pauvres. L'abaissement moyen de la mortalité a été fait par un progrès de la médecine, de l'hygiène, etc... dans les classes les plus défavorisées. En d'autres termes, il s'est produit, comme le disent les démographes, un nivellement de la mortalité sociale. Il est de fait que la mort frappait, au siècle dernier, de façon très inégale les classes sociales. Des études ont été faites avant la guerre de 1914. En 1912, le démographe Huber relevait les chiffres suivants :

Entre 45 et 54 ans, le total de la mortalité était, pour la France, de 178 pour mille, pour la moyenne de la population, mais de : 232 pour mille du côté des ouvriers et 127 pour mille du côté des patrons.

Aujourd'hui, on est probablement très près de l'égalité. L'allongement de la vie des ouvriers a été considérable, l'allongement de la vie des patrons a été moindre, parce qu'ils en avaient collectivement moins besoin .

M. Sauvy a également étudié le rapport du taux de mortalité rectifié des quartiers pauvres et des quartiers riches de Paris. Ce rapport était de 1,42 en 1891, c'est à dire que dans les quartiers riches la mortalité était de 1 et de 1,42 dans les quartiers pauvres. Mais en 1946, il s'était produit un nivellement et le rapport n'était plus que de 1,26.

Du point de vue d'une sociologie des successions, cette constatation est capitale. Il est évident que ce sont les catégories riches qui y sont impliquées. Si nous avons disposé de statistiques relatives à l'espérance de vie moyenne, ventilées de manière à ne concerner que les catégories laissant des successions, il est probable que nous aurions constaté que l'augmentation de l'espérance de vie moyenne est encore moins considérable que ne le font apparaître les statistiques globales sur lesquelles nous avons précédemment opéré.

Ces deux observations paraissent assez décisives. On peut se demander si d'autres objections qui peuvent venir à l'esprit auraient la même force probante.

A supposer qu'il y ait eu un allongement de la vie humaine dans les catégories mises en cause par le droit des successions, est-ce que ce phénomène n'a pas été neutralisé, dans ses effets sur la dévolution successorale, par un accroissement des phénomènes de pré-succession ?

Considérons par exemple l'avancement d'hoirie et la donation partage. Il est évident que si le de cujus donne tous ses biens en avancement d'hoirie, le problème disparaît du même coup, il y a pré-succession ; il en est de même, en matière de la donation partage.

M. Sebag, dans sa chronique précitée (Dalloz 1963, chronique page 211, colonne 1), a émis l'opinion qu'il y avait plutôt moins de phénomènes de pré-succession qu'il n'y en avait au siècle dernier. Il fait état en ce sens de la faible proportion des donations par contrat de mariage qui permettent de recenser les statistiques de l'enregistrement dans 6% des mariages seulement, il y a des donations faites par contrat :

En 1955, il y en a eu ainsi 23.865 pour 312.703 mariages. Ces donations par contrat de mariage représentaient un actif de : 9 milliards 679 millions d'anciens francs, ce qui représentait relativement peu.

Mais on peut se demander si le phénomène des dons manuels déterminé par l'accroissement des impôts frappant les mutations à titre gratuit, ne se cache pas derrière cette diminution des donations par contrat de mariage. Il est possible que les parents remettent des capitaux à leurs enfants de la main à la main. Ce sont des phénomènes de pré-succession.

L'opinion, selon laquelle les phénomènes de pré-succession ont diminué, doit encore être corrigée par la prise en considération d'un autre phénomène, de pré-succession de fait. Nous-avons par là, la situation du patrimoine successoral quand il se trouve entre les mains d'un héritier qui en abandonne la gestion à ses propres héritiers. C'est la situation déjà signalée où, le père étant mort, la femme recueille son patrimoine à titre d'usufruitière, mais en abandonne de facto l'administration, faute d'expérience aux enfants majeurs.

Une autre considération vient à l'esprit ; elle est beaucoup plus délicate, les démographes reconnaissent que, dans le domaine de la mortalité, variable selon les classes sociales, selon les régions, de larges zones de mystère subsistent. Ils observent qu'il ne suffit pas de savoir comment se soigner - ce qui est affaire d'éducation - il ne suffit pas d'avoir les moyens de se soigner - ce qui est affaire de niveau de vie - encore faut-il avoir la volonté de se soigner.

A cet égard, jouent des aptitudes générales, des causalités de groupes, qui peuvent disposer plus ou moins favorablement à se soigner et, quelque sorte, plus ou moins favorablement à vivre, à ne pas mourir. Nous connaissons mal, disent les démographes, ces mortalités de groupe, cette espèce de psychologie-clé de la mortalité. Vivre n'est pas évidemment une affaire de volonté et il ne suffit pas de vouloir vivre pour ne pas mourir, mais il est probable que la psychologie de l'individu peut agir sur sa mortalité.

Ce que nous ignorons, c'est si le phénomène successoral, pour les états de conscience qu'il détermine dans les individus, a un effet en retour sur la volonté de ne pas mourir. Nous pouvons former des hypothèses à cet égard :

D'abord, l'hypothèse que l'espérance de l'héritage l'expectative, soutient l'héritier dans son vouloir-vivre et que l'évènement de l'héritage, même s'il survient un peu tard pour l'héritier, lui donne un coup de fouet, une nouvelle jeunesse. Il y a des individus que la retraite abat, il y en a d'autres pour lesquels la retraite est un nouveau départ du moins dans les professions où la retraite vient tôt exemple - armée, SNCF. Peut-être l'héritage agit-il de cette manière sur les héritiers.

Inversement, la sécurité d'avoir les héritiers que l'on aime, que l'on regarde comme un autre soi-même, ne crée-t-elle pas une certaine indifférence à la mort, si du moins les héritiers sont en âge de gérer le patrimoine ?

Sans doute y-a-t-il une formule folklorique selon laquelle "faire son testament ne fait pas mourir", mais cette formule psychologique de sécurité juridique : "j'ai fait mon testament, tout est prêt pour le départ", peut être une invite à mourir.

Il y a là à côté de l'effet direct de la mort sur la succession toute zone de contre-coups, de "feed-back", diraient certains, de la succession sur la mort.

Nos observations sur les effets de l'allongement de la vie humaine sont encore très grossières, elles auraient besoin d'être complétées par des études psychosociologiques plus poussées.

§2. Renouvellement des générations.-

La mort ne suffit pas pour constituer le phénomène sociologique de la succession. Il faut qu'une autre génération soit prête à prendre la relève pour qu'il y ait succession, "Il remplace les pères par les enfants", ce verset du Livre de Josué traduit bien l'émerveillement des peuples devant le phénomène du renouvellement des générations.

Mais qu'entendre par "générations" ? Il existe une notion psycho-sociologique et une notion démographique de la génération.

La notion psychologique, c'est l'appartenance à une même période historique, quelles que soient les différences d'âge qui peuvent exister entre les participants à cette génération. C'est dans cette acception que l'on emploie le terme quand on parle, par exemple, de la génération des Anciens Combattants de la guerre de 1914 ou des Anciens Combattants de la guerre de 1939. Cette appartenance à une même période historique pourra créer une unité, une communauté de sentiments, de pensée, entre tous les participants de cette génération.

Ce n'est pas dans cette acception que nous devons prendre ici le terme mais bien dans l'acception démographique.

Cette notion de génération est celle qui, depuis le démographe Quételet, au début du siècle dernier, fait assigner une durée moyenne de 30 années aux générations européennes. La définition de la génération hoc sensu, c'est le temps moyen durant lequel, dans une société donnée, les individus arrivent à l'âge d'homme, à l'âge de la reproduction. La formule est devenue très courante "la durée d'une fructation est de 30 ou 33 ans". C'est une formule démographique qui est aussi une formule juridique car notre loi de 1790 sur le louage emphytéotique qui fixe un maximum afin d'empêcher les baux perpétuels, prend comme maximum 99 ans ou trois générations. C'est la formule littérale de la loi de 1790 : "99 ans ou trois générations", si bien que notre jurisprudence a eu à statuer sur certaines difficultés marginales de la notion de génération au sens de la loi de 1790.

Citons, à titre d'échantillon, un arrêt de la Cour d'Appel d'Angers du 21 août 1851, au Dalloz 1852, 2, 17, qui décide que la génération n'est épuisée que quand tous

les enfants ont cessé d'exister et non pas seulement l'aîné de la génération.

C'est à partir de cette notion démographique que nous avons ici à raisonner.

Le renouvellement des générations se présente à nous comme un phénomène de micro-sociologie ou de macrosociologie, indifféremment; phénomène de micro-sociologie si nous l'examinons à l'intérieur d'une famille isolée artificiellement de la société, macrosociologie si nous le considérons à l'intérieur de la société. Nous pourrions avoir à passer tour à tour de cette considération microsociologique à la considération macrosociologique.

Dans l'espèce animale, le renouvellement se fait dans une totale ressemblance des générations successives. La jeune génération sera incapable de la moindre innovation dans le cadre de son espèce. Voilà ce qui caractérise dit-on, l'animal. Pour l'être humain, c'est le contraire, chaque génération est nouvelle, chaque génération fait de l'histoire. Néanmoins, faire de l'histoire est aussi se rattacher à un passé.

Dans l'analyse du phénomène que nous avons appelé renouvellement des générations, nous aurons à suivre, un mouvement dialectique, à considérer la continuité, la discontinuité et l'association entre les générations.

A - La continuité.-

La succession d'une génération à l'autre peut être comprise d'abord comme un continu, la génération suivante remplace la génération précédente, l'une va se retrouver dans l'autre. Comment peut-il y avoir continuité ?

Les facteurs de continuité sont de deux sortes : il est des facteurs biologiques et des facteurs psychologiques. Ces facteurs ne sont pas indifférents à une sociologie des successions.

I - Les facteurs biologiques de continuité.-

Le phénomène biologique qu'on appelle l'hérédité a un nom significatif par l'évocation qu'il fait de l'héritage.

Les progrès de la biologie, progrès considérables au XXème siècle, ne permettent plus de se faire de l'hérédité l'idée simpliste qu'on s'en faisait il y a 100 ans :

l'idée d'une transfusion toute simple des traits physiques et moraux des parents à l'enfant. Cette idée n'est plus acceptée par les sociologistes de notre époque.

L'hérédité nous est maintenant présentée comme une combinaison de gènes, selon des processus extrêmement complexes. Il n'en est pas moins certain que dans les caractéristiques de l'individu, une part est due à l'hérédité et une part au milieu. Le problème est d'en doser la part respective. Il y a là une question classique de la psycho-sociologie contemporaine. Quelle est la part respective de la nature et de l'éducation, nature et nature comme disent les psycho-sociologues américains ? Ou encore la part de l'hérédité et de l'environnement ?

On a fait des recherches qui veulent être scientifiques dans cette direction. On s'est efforcé de faire apparaître la similarité ou la dissimilarité des performances d'individus ayant la même hérédité ou, au contraire, des hérédités différentes dans un même milieu, de manière à isoler l'effet propre qui pourrait-être imputé à l'hérédité.

Des "performances", qu'est-ce à dire ? Il faut entendre par là l'âge mental, le quotient intellectuel, tous ces procédés par lesquels on s'efforce, à tort ou à raison, de quantifier les qualités intellectuelles de l'individu. Pour opérer dans les meilleures conditions scientifiques, il faut disposer d'un lot de jumeaux et de frères ou de soeurs qui ne sont point jumeaux, de façon à faire des comparaisons. Citons les résultats auxquels sont arrivés, en 1929, des psycho-sociologues américains. C'est ce que l'on appelle l'indice de corrélation de Wingfield.

Sur des jumeaux identiques, ils trouvaient un indice de corrélation de 0,90. La corrélation parfaite serait l'unité. Pour des frères et soeurs non-jumeaux, l'indice de corrélation tombait à 0,50. Pour des cousins : 0,27. Pour des orphelins ayant passé au moins 25% de leur vie dans le même orphelinat, pas de corrélation du tout : 0.

En revanche, entre parents et enfants, l'indice de corrélation était de 0,31 seulement, entre grands-parents et petits-enfants : 0,16 ; ce qui laisse supposer des dissimilitudes à l'intérieur de la descendance, que l'on peut apercevoir dans ce phénomène qu'on a appelé le conflit des générations.

Un autre sociologue américain, Burks, a procédé différemment : il a recherché des corrélations entre le niveau mental des parents et des enfants, tantôt dans des familles adoptives, donc sans aucune hérédité biologique, tantôt dans des familles vraies, c'est-à-dire à hérédité biologique ; la corrélation était de 0,20 ans dans les familles adoptives et de 0,52 dans les familles biologiquement vraies.

Si nous retenons ces résultats - et il en est d'autres - nous sommes fondés à conclure à une influence dont la mesure exacte peut d'ailleurs être discutée. L'hérédité biologique n'est pas un phénomène niâble, mais ce phénomène peut-il emporter des conséquences juridiques ? Voilà le point qui doit maintenant nous retenir.

Au phénomène de l'hérédité, on a voulu attacher des conclusions d'ordre législatif. Ce phénomène, en effet, n'était pas passé inaperçu de l'opinion publique et, par conséquent, de l'opinion des juristes. Emile Zola avait voulu construire son histoire naturelle des Rougon-Macquart à partir d'une théorie de l'hérédité. Dans la suite de l'exécution du projet, il s'en éloigna beaucoup de la théorie et par moments, il parut même l'abandonner complètement. Mais ceci montre qu'à la fin du siècle dernier, les esprits avaient été très frappés par les premières découvertes de la biologie concernant l'hérédité.

Les juristes ne furent pas insensibles à cette idée. Colin et Capitant avaient été frappés par ce phénomène de l'hérédité et dans leurs Cours élémentaire de Droit Civil (T. III N° 299), se trouve un développement où, pour fonder la théorie juridique de la continuation de la personne du défunt par l'héritier, avec toutes les conséquences pratiques qu'elle implique, notamment l'occupation passive, ils font appel à l'idée biologique :

"Prise en soi, écrivaient-ils, cette idée de continuation de la personne est loin d'être aussi fictive qu'on le prétend. L'hérédité des tares physiques et morales comme celle des qualités et des vertus est une loi de la nature".

"A ce point de vue, les descendants sont bien les continuateurs du défunt. L'extention de la règle aux autres héritiers peut se justifier par une persée de justice. S'ils sont traités comme les enfants du défunt, en recueillant son actif, pourquoi seraient-ils traités autrement pour le passif?"

Sous une forme plus générale et plus vulgaire, l'hérédité est fréquemment sentie dans l'opinion comme une justification de l'héritage.

L'enfant est un autre moi-même. Il ne doit pas y avoir d'interruption, par conséquent, dans la transmission du patrimoine, parce que mon héritier, c'est moi.

Mais comment préciser cette sorte d'intuition ? Comment en faire un raisonnement législatif ? Pour beaucoup, il semble que cela ne dépasse pas la relation analogique : puisqu'il y a transmission du patrimoine biologique par le jeu de l'hérédité - il doit y avoir analogiquement transmission du patrimoine juridique.

Mais on peut pousser plus loin l'explication, et l'on invoque alors la notion de compensation. Au début du XIXème siècle une théorie des compensations, un peu naïve, a été développée par Azaïs. L'idée de compensation, de juste réciprocité, peut arriver à faire de la dévolution successorale la contrepartie de l'hérédité biologique. Puisque l'héritier bénéficie des avantages physiques et intellectuels de son auteur, avantages qui l'aideront dans la vie, qui constituent en somme un capital pour lui, même s'il ne reçoit rien à titre de capital véritable dans la succession, il est juste qu'il supporte les dettes, les charges même en l'absence d'un actif pécuniaire. Il existe un actif héréditaire qui fonde l'obligation. Réciproquement, puisque l'héritier peut supporter les tares du défunt, tares qui le desserviront dans la vie, il est juste que, réciproquement, par compensation, il recueille l'actif qui l'aidera à faire face à ses difficultés venues de ces tares. Ou, en faisant la synthèse : puisque l'héritier recueille à la fois l'actif et le passif biologiques, indiscernablement mêlés, il doit succéder à l'actif et au passif juridiques indissolument unis, c'est-à-dire qu'il doit succéder au patrimoine.

Tel est le raisonnement législatif.

2 - Les facteurs psychologiques de continuité.

Par une transmission de représentations psychologiques par une transmission de souvenirs, la psyché de la génération subséquente prolonge la psyché de la génération ancienne. La génération nouvelle va s'identifier à la génération ancienne, va semettre dans son prolongement psychologique. Ne parle-t-on pas couramment du legs de souvenirs qui s'opère d'une génération à l'autre. La famille

est derrière la famille. L'héritage, qui la structure matériellement, a une fonction de mémorisation et une fonction d'identification.

On met ces deux fonctions psychologiques : mémorisation, identification, à la base de la continuité qui constituerait, dans un premier temps, le renouvellement des générations. Raisonnons successivement sur les deux fonctions.

a) Fonction de mémorisation : elle a été étudiée dans des ouvrages classiques par le sociologue Maurice Halbwachs. ("Les Cadres sociaux de la mémoire", 1925 ; "La Mémoire collective" ouvrage posthume, 1950).

Il faut tout de suite se mettre en garde contre une déformation possible de ces appellations. De même que pour la "conscience collective" de Durkheim, il ne faut pas comprendre "mémoire collective" dans le sens d'une mémoire qui flotterait sur la collectivité indépendamment des individus. Tout souvenir est contenu dans une conscience individuelle, produit par une conscience individuelle. Mais, selon la thèse d'Halbwachs, cette reconstruction du passé qui est le souvenir s'appuie sur des repères qui nous sont fournis par la collectivité. C'est par des éléments qui viennent du dehors, d'une collectivité, de la société ou de la famille, que l'individu pourra se souvenir. Il est très palpable que la société nous aide à nous souvenir, que nous datons notre vie par des événements historiques que la société nous apporte (Nous dirons : "C'était avant la guerre de 1939" ou bien : "Cela s'est passé depuis 1958").

La famille aussi peut nous apporter des événements qui nous aideront à dater notre vie, événements personnels mais ordonnés par la société. Il en est ainsi des rites de passage ; première communion, baccalauréat, service militaire.

Beaucoup de ces rites de passage s'incèrent directement dans un cadre familial ou dans un environnement familial : la première communion est une cérémonie familiale, le baccalauréat a un contexte familial ; les événements de famille, qu'ils soient marqués ou non par des cérémonies, jalonnent non seulement la vie de l'intéressé, mais celle de toute la famille : la naissance de tel ou tel membre de la famille, de tel ou tel frère, le mariage de tel ou tel cousin, le décès des parents, des grands-parents. Ces événements de famille vont aider l'individu

à dater sa vie, vont constituer pour lui des repères, des éléments de mémorisation. Par la famille, l'individu va se rattacher à la société, à la grande histoire générale et il dira tantôt : "C'était du temps de mon père", tantôt : "C'était avant la guerre de 1939". La famille sert à l'insertion de l'individu dans la durée, et la société a besoin que l'individu s'insère dans la durée ; par ce biais, la société a besoin de la famille.

Ici, nous rejoignons les thèses fonctionnalistes en matière de famille. La famille a de multiples fonctions à remplir pour la société et notamment la fonction de mémorisation, la fonction d'insertion de l'individu dans le temps.

Comment le droit de succession patrimonial va-t-il contribuer à cette fonction de mémorisation ?

La psychologie sociale s'en est peu préoccupée et cela tient à sa position générale; la psychologie sociale s'intéresse peu aux choses, elle considère trop souvent l'homme indépendamment des biens qu'il peut avoir, Pourtant les choses ont une grande importance, semble-t-il, pour une compréhension psycho-sociologique de l'homme. C'est un fait d'expérience que les choses aident à se souvenir, que la vue d'une chose peut réveiller notre mémoire et, de ce point de vue, le droit des successions a une fonction à remplir: conserver les biens dans les familles.

Ce principe a bien eu historiquement d'autres significations, une signification politico-économique évidente. La conservation des biens dans les familles est destinée, sur ce terrain-là, à assurer la splendeur du nom, la pérennité des fortunes, mais elle donne aussi un soutien au souvenir.

Examinons un texte du Digeste (4-4 35).

Il s'agit d'un mineur qui pourra demander à revenir sur un achat s'il est, nous dit le texte, de son intérêt d'acheter le bien.

Et quel exemple le texte nous donne-t-il de l'intérêt que le mineur pourrait avoir à acheter le bien ? "parce que ce bien avait appartenu à ses ancêtres". Ce ne peut être ici qu'un intérêt sentimental, affectif ; ou en termes de psychologie sociale, un intérêt de mémorisation, de continuité dans la chaîne des générations.

Deux notions du droit positif des successions mettent d'ailleurs en relief cette fonction mémorisante de certains biens : la notion de souvenirs de famille et la notion de maison de famille.

1°/ Les souvenirs de famille :

Il existe une théorie jurisprudentielle de cette sorte de biens, théorie qui a pris conscience d'elle-même à une époque relativement récente, mais qui existait dès auparavant dans la pratique judiciaire et une pratique notariale très courante. A titre d'échantillon jurisprudentiel, l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 14 mars 1939 (Dalloz 1940, 1, 9, avec une note de M. Savatier), dispose que : "Les souvenirs de famille peuvent, selon l'appréciation du juge du fond, ne pas être soumis aux règles habituelles des partages".

Que faut-il entendre par "Souvenirs de famille", Ce sont les décorations, les diplômes, les portraits d'ancêtres, mais aussi, semble-t-il, des bibelots et même des bijoux. Le régime auquel sont soumis ces souvenirs de famille est un régime dérogatoire à notre régime de dévolution successorale ab intestat. Bien souvent, les souvenirs de famille seront attribués globalement à l'aîné, avec, en faveur des autres enfants, simplement un droit de communication s'il s'agit de documents, ou un droit de visite s'il s'agit d'une autre sorte de biens. Peut-être, du reste, le régime ainsi organisé par notre pratique judiciaire n'est-il pas celui qui correspond le mieux à la fonction de mémorisation que nous venons d'assigner aux souvenirs de famille. Peut-être serait-il plus conforme à cette fonction que chacun des héritiers eût quelques souvenirs de famille, mais que chacun en eût une part, afin d'avoir les moyens de se souvenir à part lui, sans être obligé de réclamer un droit de visite.

En accord avec cette idée, on peut citer une autre pratique, d'après laquelle l'héritier distribue entre les amis et les parents éloignés du défunt - ceux qui ne viennent pas à la succession - des objets mobiliers ayant appartenu au de cujus, à titre de souvenirs. Il ne s'agit pas de legs particuliers, notamment au regard du droit fiscal. L'Administration consent à ne pas leur attribuer cette qualité.

2° La maison de famille:

C'est celle où le défunt vivait avec ses héritiers : l'immeuble mais aussi les meubles meublants qui garnissaient cet immeuble. Pourquoi la maison de famille appelle-t-elle un régime successoral

particulier ? Pourquoi sera t-elle mise à part, comme instinctivement, par le droit successoral, surtout le droit successoral de notre époque ?

Parce qu'elle est un centre de souvenirs. Elle est, "bruisseuse de souvenirs", y compris les souvenirs d'enfance qui sont particulièrement vifs et dont le rôle est capital à partir d'un certain âge, devant former le cadre d'un retour idéologique individuel extrêmement important pour l'évolution idéologique de la société elle-même (à un certain âge, se produit le conflit de générations, mais, plus tard, s'opère un retour idéologique mental, spirituel, vers la génération ancienne.)

Ce qui rend la maison de famille extrêmement efficace dans sa fonction mémorisante, c'est qu'elle localise le passé de la famille dans l'espace et non plus seulement dans le temps. Le droit positif en a tenu compte, dans une certaine mesure. Cela transparait, non sans une certaine ambiguïté dans notre législation du bien de famille.

A l'origine de notre loi du 12 juillet 1909, qui a introduit le bien de famille insaisissable à l'image du "homestead" anglo-américain, il y avait le projet de garantir un substrat économique à la famille, de lui garantir un réservoir de valeur. C'est une idée étrangère à la fonction mémorisante sur laquelle nous raisonnons. L'idée économique a pu survivre à travers les transformations les extensions successives de la loi de 1909, car nous retrouvons les linéaments de cette loi dans la législation sur les habitations à bon marché et, plus tard, dans la législation sur l'attribution préférentielle de l'exploitation agricole. Mais à partir d'une certaine époque, on voit une autre idée rejoindre la première, interférer avec elle parfois même la refouler : c'est l'idée toute différente, de psychologie affective, qu'il faut maintenir un cadre de vie à l'héritier, dans lequel son existence se déroulait en commun avec celle du de cujus. Cette idée du cadre de vie, apparaît dans le nouvel article 866 du Code Civil, alinéa 2, qui prévoit un régime particulier quant aux objets immobiliers ayant été à l'usage commun du conjoint défunt et du bénéficiaire de la libéralité. Elle apparaît aussi, dans l'article 1094, modifié par la loi du 13 juillet 1963, sur la quotité disponible entre époux, qui prévoit un régime particulier en ce qui concerne les libéralités portant sur l'habitation servant de résidence principale au ménage et les meubles meublant cette habitation.

b) Fonction d'identification

Il s'agit de l'identification du successeur au de cujus.

Nous sommes, au moins au départ, sur un terrain qui n'est peut être pas très solide, parce que c'est le terrain de la psychanalyse. Le concept d'identification a été, en effet, forgé par les psychanalystes et, en premier lieu, par Freud dans son ouvrage : "Psychologie collective et analyse du Moi", qui est de 1921.

Le processus d'identification, selon les psychanalystes, est le processus par lequel une personne se rend, sous un certain rapport, semblable à une autre, le processus par lequel une personne cherche à rendre le Moi semblable à celui qui a été pris comme modèle. L'explication n'est peut-être pas très lumineuse, mais le phénomène paraît en lui-même assez probable.

L'explication serait que ce processus d'identification est un mécanisme de défense du Moi et en même temps un facteur déterminant dans l'évolution de la personnalité, (ce dernier point étant plus compréhensible que le premier). Concrètement, nous explique Freud, ce processus d'identification a ses racines dans l'attitude de l'enfant, du petit garçon qui veut remplacer son père, qui veut devenir ce que le père est.

Nous songeons, en France, plus simplement à l'imitation, qui a été si complaisamment décrite par Gabriel de Tarde. Ce n'est pas la même chose, nous est-il répondu, car le phénomène d'identification est inconscient et se situe plus en profondeur.

"L'identification à la figure parentale de même sexe, poursuivent les auteurs, permet à l'enfant d'accéder à la condition d'homme adulte ou de femme adulte, suivant les cas".

Il faut être comme l'autre, mais il faut aussi sentir et faire comme l'autre. Ce n'est pas une identification d'essence à essence ou d'existence à existence, c'est aussi une identification dans l'action. L'enfant qui s'identifie à une figure parentale s'efforcera d'avoir les mêmes goûts alimentaires que le parent auquel il s'identifie. Il aura inconsciemment le même son de voix et, nous expliquent les psychanalystes, peut être avec quelque naïveté, c'est pour cela que le petit garçon fume des cigarettes. Cette dernière remarque, nous entraîne vers le droit

des biens : le petit garçon prend les cigarettes de son père, réalisant un phénomène de succession lato sensu.

Néanmoins, la théorie psychologique a, ici encore, accordé trop peu d'importance aux biens. Le droit successoral peut apparaître comme ayant une fonction pour faciliter ce processus d'identification, que les psychanalystes déclarent nécessaire à l'évolution de la personnalité.

Si l'enfant hérite du fauteuil de son père, il se calera dans le fauteuil le soir, il aura les mêmes attitudes, il utilisera ses loisirs de la même manière. S'il hérite de l'entreprise, il reproduira les mêmes gestes de direction, de gestion, qu'avait son père.

Certains systèmes successoraux paraissent du reste répondre plus ouvertement à cette fonction d'identification que nous pouvons attribuer, en général, au mécanisme successoral : ce sont les systèmes successoraux où certains biens sont transmis selon leur nature propre, masculine ou féminine, de préférence à des hommes ou à des femmes. Le Code Civil suisse, par exemple, dans ses articles 611 et suivants, a maintenu certains usages locaux qu'ils a expressément réservés quant au mode de partage des biens, en tenant compte de leur nature.

Dans cette vue, les armes et les bijoux masculins seront dévolus au fils, tandis que les bijoux féminins seront dévolus à la fille.

L'article 621, alinéa 3 du Code Civil suisse, accorde expressément et directement une préférence aux fils, aux enfants mâles, quant à l'attribution de l'exploitation agricole.

Ainsi le droit successoral peut jouer un rôle dans la continuité psychologique qui est à la base du renouvellement des générations.

C'était un premier temps mais il en est un second.

B - La discontinuité.

Le renouvellement des générations qu'implique le phénomène successoral ne peut-il s'accomplir comme une rupture, comme une tension, comme une crise, comme un conflit ? Ce serait le conflit des générations.

L'expression, sinon le phénomène semble récente, et elle a acquis une singulière fortune dans la doctrine sociologique, parfois même dans la doctrine pseudo-sociologique. Peut-être l'expression remonte-t-elle à l'ouvrage de G.H. Pearson : "L'adolescence et le conflit des générations". (Pearson est un psychanalyste et son ouvrage date de 1958). C'est en tout cas lui qui a popularisé cette notion dans la littérature psycho-sociologique). Le mot "popularisé" paraît exact car il vient de paraître un ouvrage anonyme, collectif plus exactement, publié par les soins de la "Bibliothèque de prospective", sous le titre : "Les conflits de générations". Dans cet ouvrage, vous trouvez une bibliographie de 374 numéros.

Plusieurs faits d'actualités ont contribué à l'attrait du problème. Quels sont ces faits ?

D'abord, ce que l'on a appelé les révoltes d'adolescents, le phénomène concrètement appelé le phénomène des "blousons noirs" en France, des "teddy-boys" dans les villes anglo-américaines : en termes de droit traditionnel : la délinquance et le vagabondage d'adolescents. Le phénomène a paru constituer une forme aiguë, violente, du phénomène général de conflit des générations.

Puis il y a eu, sous une forme moins violente, la crise de l'exploitation agricole familiale en France, crise qui a été couramment présentée comme un conflit entre les générations d'agriculteurs vieilles, routinières, d'une part, et d'autre part, les jeunes de la génération montante. Ce conflit de générations a pu être souligné par certains aspects de l'organisation syndicale de l'agriculture française. Il existe, en effet, une organisation spéciale des Jeunes Agriculteurs.

Enfin, troisième phénomène : les transformations rapides des pays sous-développés, notamment des pays d'Afrique Noire ou d'Afrique du Nord. Ces transformations des pays en voie de développement ont paru atteindre différemment les différentes générations. Les générations les plus anciennes ont évidemment résisté davantage aux transformations et, du même coup, il s'est opéré une sorte de décalage psycho-culturel entre les différentes générations. Les luttes pour le pouvoir, dans ces jeunes Républiques, ont paru constituer des conflits de générations plus encore que des luttes proprement sociales ou politiques.

Ces phénomènes réunis sous la même notion sont dissemblables ; ils n'intéressent pas toujours les mêmes

couches d'âge. Il n'est pas sûr qu'ils intéressent à égal titre la sociologie des successions, surtout si nous limitons celle-ci par principe, à la succession au sens juridique du terme.

Ce qui a accru l'intérêt pour le problème, c'est corrélativement un éveil d'intérêt médico-social pour les vieillards. Le phénomène biologique de la vieillesse a donné lieu, à notre époque, à des études très poussées. Une branches spécialisée de la médecine tend à se créer : la gérontologie, elle étudie, un phénomène isolé du reste, la sociologie de la vieillesse.

De ce phénomène du conflit des générations, il faudra essayer de donner d'abord une analyse. Nous nous demanderons, en second lieu, quelle peut en être la place dans une sociologie des successions.

I - Analyse du phénomène.-

Comment le phénomène du conflit des générations peut-il être saisi par l'observation sociologique ?

On peut songer d'abord à l'enquête directe, par voie d'interview. Il y en a eu de fragmentaires. Dans l'ouvrage publié par la Bibliothèque de Prospective, sous le titre "Conflits de générations", quelques éléments de sondages sont relatifs à ce sujet.

L'an dernier, aux Etats-Unis, dans "American Journal of Sociology", une enquête a paru sur le choix de la profession par les jeunes-gens, qui faisait apparaître le phénomène du conflit des générations sous un certain éclairage.

Il y a des procédés indirects pour saisir le conflit des générations, peut-être plus efficaces, parce qu'ils évitent la difficulté de sincérité que peut rencontrer l'enquête directe par voie d'interview.

L'un deux consiste à saisir les divergences d'opinion entre les couches d'âge à propos d'un sondage portant sur une question quelconque : si les différentes générations répondent différemment à la même question, nous pouvons voir apparaître indirectement, le conflit des générations ou ne pas le voir.

Si nous faisons un retour en arrière vers le sondage de l'I.F.O.P. sur le régime matrimonial qu'il y aurait lieu de préférer comme un régime légal, nous constatons qu'il n'y a pas de différences sensibles suivant les

niveaux d'âge en ce qui concerne la préférence pour la séparation de biens. Mais d'autres hypothèses, on peut imaginer que des sondages portant sur des questions indifférentes fassent apparaître des réponses différentes et des divergences entre les générations.

On peut également essayer de saisir, le conflit des générations dans la divergence des réponses électorales. Il est des pays où on a pu faire des ventilations suivant l'âge des électeurs entre les votes. En Italie, par exemple, où l'étude a été faite par un sociologue, M. Dogan.

Il y aurait enfin le procédé, très judiciaire, qui consisterait à saisir le conflit des générations sous l'aspect des conflits de famille, des procès de famille. La forme la plus affirmée du conflit de générations ne serait-elle pas un procès entre deux générations à l'intérieur de la même famille ?

Mais cette sorte de recherche est limitée, car toutes les tensions familiales n'émergent pas à la lumière du contentieux.

Après ces indications sur les voies qui pourraient être suivies pour essayer d'appréhender sociologiquement le conflit de générations, interrogeons-nous sur les différentes espèces du phénomène, car tous les exemples cités ne paraissent pas ressortir à une même catégorie. La notion de conflit de générations recouvre peut être des réalités différentes.

Le phénomène peut être étudié d'abord en termes de macrosociologie, à l'intérieur de la société globale.

A l'intérieur de la société française, par exemple, les démographes discernent une pyramide d'âges. Les chiffres que nous allons mettre en avant ne sont pas les chiffres exacts, mais ce ne sont pas non plus des chiffres arbitraires.

La couche de 0 à 15 ans représente 25% de la population ; la couche de 15 à 25 ans 15% la couche de 25 à 40 ans 20%. La couche de 40 à 60 ans 25%, la couche de 60 ans et plus 15%.

A l'intérieur de cette pyramide d'âge, nous pouvons imaginer des batailles, mais qu'elles batailles ?

Il y en a une première que nous pouvons imaginer assez concrètement : le combat des jeunes non encore mariés contre leurs pères, le conflit de générations du type "Blousons Noirs". Dans ce conflit, nous verrons aux prises les jeunes de 15 à 25 ans avec la génération de 40 à 60 ans, leurs parents. Il y a lieu d'éliminer les moins de 15 ans auxquels nous pouvons supposer une passivité suffisante pour rester à l'écart de ce conflit (où, après tout, on pourrait remarquer que les plus âgés sont plus nombreux, mais il ne suffit pas du nombre pour gagner une bataille).

Ce conflit peut, si l'on y réfléchit, se trouver amorti par les catégories qui n'y sont pas impliquées. Nous voyons tout de suite que ce conflit de générations ne peut pas signifier une coupure de la société en deux parties antithétiques. Il y a deux groupes, qui sont peut-être en opposition, mais il y a comme dans toutes les guerres bien organisées des gens qui peuvent espérer demeurer neutres et, par conséquent, prêter leurs bons offices.

Il y a d'abord la génération des plus de 60 ans : ce sont les grands-parents. Nous pouvons a priori leur supposer un rôle d'amortisseurs. Il y a aussi la catégorie, peut-être moins voyante mais qui peut être très efficace, des individus compris entre 25 et 40 ans : ils peuvent être en fait et peuvent, en tout cas, se sentir soit des frères aînés des jeunes, soit des frères cadets des pères, c'est-à-dire qu'ils peuvent se sentir inclinés tantôt vers un groupe, tantôt vers l'autre. D'ailleurs, en raison de cette position intermédiaire, elle peut avoir soit un rôle arbitral, soit un rôle de parfaite neutralité, d'indifférence. En tout cas, le conflit n'est pas si simple, qu'on le croit, à cause de ces catégories intermédiaires dont on fait toujours abstraction.

Prenons maintenant un autre type de conflit, le conflit de "type agricole", un conflit qui met aux prises les individus déjà mariés et pères de famille, mais dans des conditions encore subalternes parce qu'ils sont bloqués quant à leur avancement, quant à l'héritage, par les plus anciens.

Pour schématiser, nous devrions admettre que ce conflit met aux prises les individus ayant de 35 à 55 ans, ou de 30 à 55 ans, avec les individus ayant 55 ans et plus, c'est-à-dire que le conflit met ici aux prises la génération des parents avec la génération des grands-parents. Les parents ont des enfants et la masse de leurs

propres enfants va les appuyer , va augmenter la pression, si bien qu'il faut admettre que les plus de 55 ans risquent finalement d'avoir tout le monde contre eux ; même si dans le reste il y a des éléments plus passifs. La présence des enfants jeunes constitue un complexe supplémentaire de besoins, ils vont exciter par leur seule présence la génération active des parents.

Il peut y avoir néanmoins une petite couche qui reste arbitrale ou indifférente : les individus de 25 à 30 ou 35 ans, une petite couche de 12 à 15 %, à moins que cette couche elle-même ne soit entraînée dans le mouvement parce qu'elle espère, sinon l'avancement direct - elle n'est pas appelée à hériter - un avancement indirect. S'il se déclenche un mouvement, toute la chaîne va être entraînée dans un mouvement ascendant. Il n'est donc pas sûr que même cette couche-là ne soit pas entraînée à prendre parti contre les plus âgés. Le conflit est donc ici plus grave que dans l'hypothèse précédente.

Néanmoins, il y a lieu de faire quelques observations marginales en relevant certaines caractéristiques du conflit de générations, quelle qu'en soit la forme, lorsqu'on considère ces conflits à l'échelle de la Société globale.

Il y a d'abord un enchevêtrement de positions, dont la notion conflit de générations telle qu'on la présente couramment, avec cette absence de nuances si caractéristique, ne rend pas compte.

En outre, la notion est trop statique. Il faut tenir compte de la fluidité des positions. A un certain moment dans la vie individuelle, les classes sont cristallisées ; on est rivé à une condition inférieure pour le reste de sa vie, sauf événements exceptionnels, dont il n'est pas interdit de rêver, mais dont les esprits lucides ne veulent plus rêver. Au contraire, en ce qui concerne le conflit de générations : l'individu est toujours sûr de sortir de sa couche d'âge. Ses attitudes sont donc sujettes à des atténuations progressives ; chaque jour, il est entraîné vers le parti adversaire, chaque jour, il est un peu plus vieux. Les attitudes sont peu rigides. Quand on parle du conflit de générations dans la thèse courante, on n'insiste pas suffisamment sur la fluidité des positions.

Une autre considération dont il faut faire état, c'est qu'il n'existe pas de solidarité consciente à l'intérieur d'une couche d'âge, du moins qui soit comparable, à la solidarité de classe. Il n'y a pas une organisation comparable, en général, à celle des syndicats ouvriers et des syndicats

patronaux. Il existe certaines associations professionnelles qui regroupent plus volontiers les plus jeunes, notamment dans l'agriculture : le C.N.J.A., le Centre National des jeunes Agriculteurs. Il existe également une organisation des Jeunes Patrons, une organisation des Jeunes Avocats, des Jeunes Ménages. Comme, d'ailleurs, souvent en France pour toutes les organisations professionnelles, ces organisations ne regroupent que des minorités, et leurs cadres ne sont pas tenus d'être de l'âge de la couche d'âge encadrée. On peut faire une carrière dans les syndicats de Jeunes.

Réciproquement, il faut noter que les plus anciens ne sont pas groupés. S'il y a quelques organisations professionnelles de jeunes sur la base de la génération, il n'y a pas d'organisation des générations anciennes. Les Associations de parents d'élèves, évidemment, ne doivent pas être conçues comme des groupements de défense contre les "blousons noirs". Les Associations d'Anciens Combattants n'ont jamais prétendu répondre à une éthique de pères de famille - que cela ait souvent tourné ainsi dans les faits, c'est possible, mais ce n'était certainement pas la devise de départ - Si bien que les plus anciens ne sont pas organisés et les jeunes ne le sont pas beaucoup.

Cette difficulté de l'organisation par couches d'âge donne un aspect très différent au conflit de générations quand on le compare à la lutte des classes. Ce ne peut pas être la même chose.

Raisonnons maintenant sous un angle de microsociologie en nous plaçant à l'intérieur d'une famille et non plus dans la société globale.

Les deux types de conflits que nous avons discernés peuvent se retrouver à l'intérieur d'une famille déterminée, isolément considérée : le conflit des grands fils contre les parents et les conflits de toute la famille contre les grands-parents. Seulement, dans une famille déterminée, le conflit ne se présente pas exactement avec les mêmes données que dans la société globale.

Les couches amortisseuses manqueront souvent. Il pourra se faire qu'il y ait pas de frères ou que les frères vivent en dehors du groupe, si bien qu'il n'y aura pas toujours des représentants des couches d'âge non concernées dans le conflit pour faire tampon à l'intérieur de la famille.

Le conflit pourra avoir des arêtes plus nettes à l'intérieur de la famille que dans la société globale. Il sera - la chose est banale - exacerbé par la cohabitation. Mais, à l'inverse, il pourra être estompé par des phénomènes affectifs, par des phénomènes de continuité biologique ou psychologiques, par la conscience d'une unité du groupe, unité interne, unité charnelle, par un processus d'identification et, réciproquement, par la conscience d'une unité du Groupe de la famille contre ce qui lui est extérieur. Il y aura toujours la même fluidité dans les positions à l'échelon individuel. L'expectative successorale est un facteur psychologique de fluidité. L'héritier présomptif, sans doute, peut être conduit au conflit parce qu'il attend et qu'il attend en vain, mais sa position de conflit peut s'atténuer chaque jour parce que, chaque jour, il sent qu'il devient de plus en plus le propriétaire, parce que, chaque jour, il s'identifie de plus en plus au de cujus virtuel, parce que, chaque jour, le de cujus virtuel s'efface davantage.

Il y aura, en tout cas, une grande diversité dans ces conflits d'une famille à une autre : les âges respectifs des parents et des enfants, la dimension de la famille, les catégories socio-professionnelles, les conditions de logement, l'agressivité, le coefficient individuel d'agressivité des uns et des autres, tout cela conduira à différencier grandement le conflit d'une famille à une autre, même si dans la société globale certains types de conflits se reproduisent à de nombreux exemplaires.

1°/ Différents aspects du phénomène du conflit de générations.

2°/ Différentes explications auxquelles a donné lieu le conflit des générations.

a) L'explication ethnologique : la théorie de Schurtz, ethnologue allemand, sur les classes d'âges est une théorie classique en ethnologie.

Schurtz a exposé cette théorie dans un ouvrage de 1902, intitulé : "Classes d'âge et ligues d'hommes". Il est parti de cette observation que, dans beaucoup de sociétés archaïques, les jeunes, tant qu'ils ne sont pas mariés, vivent à part du reste de la tribu, jusqu'au moment où s'accomplissent à leur égard les rites d'initiation par lesquels ils seront intégrés à la société globale.

Ce phénomène des classes d'âge peut ou non être lié à celui des parentés classificatoires. C'est un système que l'on relève dans de nombreuses sociétés archaïques où les relations de parenté s'établissent non pas d'individu à individu mais de génération à génération, chaque enfant étant l'enfant de tous les adultes de la tribu et, ce qui nous intéresse directement, étant le frère de tous les enfants de la tribu, de tous les enfants du même âge.

Ce qui est remarquable, c'est que dans ce système des classes d'âges, les relations qui s'établissent entre la classe des jeunes et celle des adultes sont des relations d'hostilité latente. Les jeunes sont à part de la société globale mais, en outre, ils sont en quelque mesure contre la société globale. Ces relations d'hostilité latente sont marquées par des phénomènes tels que : vols, charpardages, (pour employer une expression qui rend peut-être mieux, sous l'angle éthique, la signification de ces menus vols), éventuellement, violences au détriment de la Société adulte.

Ce système de relations hostiles entre les deux groupes d'âges n'a rien d'anormal, de pathologique. L'équilibre de l'ensemble de la société s'établit sur cette base d'hostilité. Parfois, ces relations d'hostilité sont, en quelque mesure, juridicisées, mises en forme. Beaucoup d'ethnologues, interprètent de cette manière les fameuses lois de Lynch à Sparte. Il s'agirait de survivances - mal comprises, d'ailleurs, par les historiens postérieurs - de cet état d'hostilité latente entre les jeunes et les adultes qui aurait caractérisé normalement toutes les sociétés à un certain stade de leur développement. Le vol suivant une formule bien connue était favorisé à Spacte. IL faut entendre par là que le chapardage commis par les jeunes en bandes, au détriment de la classe adulte, était considéré comme phénomène normal.

Le conflit des générations, dans les sociétés évoluées, devrait être compris comme une forme estompée de ces phénomènes que l'on relève dans les sociétés archaïques. Le rapport de filiation sociologique serait particulièrement marqué en ce qui concerne un type de conflit des générations que l'on rencontre à notre époque : Le type dit "Blousons noirs", le phénomène des bandes d'adolescents.

Cependant, cette interprétation n'emporte pas la conviction sans réplique.

D'une part, l'hypothèse de Schurtz sur les classes d'âges, d'après laquelle il y aurait là un stade en quelque façon nécessaire dans le développement des sociétés, a été contestée par des ethnologues, et pour les sociétés archaïques.

D'autre part, serait-il établi que dans les sociétés primitives, le phénomène existe, il resterait à expliquer la survie de ce phénomène dans les sociétés modernes. Qu'une structure sociale venue dans des sociétés archaïques puisse se transmettre ainsi à des millénaires de distance, même en dégénéralant, est toujours historiquement très conjectural. Ce n'est pas impossible mais les preuves manquent totalement.

b) L'explication dite psychologique, elle se situe dans la personnalité même de l'adolescent qui passe nécessairement, à un certain stade - l'observation en est maintenant devenue banale - par une crise, que certains psychologues appellent la crise d'originalité juvénile. (cf Debesse "la crise d'originalité juvénile", thèse de doctorat ès-lettres 1941 l'un des premiers ouvrages systématiques sur la question).

Cette crise d'originalité juvénile rencontre fatalement l'inertie, voire l'hostilité, les réactions adverses du milieu adulte. De là naît le conflit. La crise d'adolescence est la dernière phase de la croissance. Le jeune, découvre alors et affirme son moi, il se détache de sa famille par une sorte de reniement de tout ce dont il s'est nourri antérieurement.

Cette crise interne, en quelque sorte, purement psychologique est à l'origine, d'après les psychologues du conflit des générations.

c) L'explication psychanalytique :

Les psychanalystes ont repris l'hypothèse en lui donnant à la fois plus de précision et un tour plus dramatique. Eux aussi croient à la causalité psychologique comme explication du conflit des générations, mais ils précisent cette causalité. Freud pense qu'il existe une rivalité d'origine sexuelle entre le père et le fils). Là serait la racine du conflit des générations. Poursuivant l'hypothèse, les psychanalystes affirment que l'être ne devient réellement autonome qu'à la mort du père, et l'enfant qui se sent devenir homme n'accomplit sa mutation qu'en souhaitant à un moment ou à un autre, consciemment

.../...

ou inconsciemment, tuer son père, le tuer physiquement ou le tuer, en quelque sorte, symboliquement, comme représentant une domination qui est négatrice de sa liberté personnelle.

Ces explications psychologiques tendent à faire apparaître le phénomène du conflit des générations comme un phénomène "naturel", lié à la nature psychologique de l'être humain. C'est sur ce terrain, du reste, que l'interprétation psychologique a été combattue.

Une ethnologue américaine, Margaret Mead, a contesté ce caractère permanent, universel, du conflit des générations, et elle a démontré en s'appuyant sur des arguments ethnologiques que la crise juvénile dépendait étroitement des statuts sociaux que chaque culture peut faire aux adolescents. Le phénomène ne vient pas spontanément de la nature humaine mais il est conditionné par la société.

Les explications du phénomène du conflit de générations amènent presque invisiblement à une question qu'on a abondamment posée à notre époque : celle de la nouveauté ou de l'ancienneté du phénomène.

En partant de l'interprétation psychologique, on est conduit à admettre une permanence du phénomène, tandis que si on relie le phénomène à la structure sociale, on est amené à admettre que le phénomène a pu ne pas toujours exister.

Or, il est remarquable que les auteurs contemporains qui étudient si fréquemment le conflit des générations ont une tendance à le présenter expressément comme un phénomène récent. Dans l'ouvrage publié récemment par la Bibliothèque de Prospective, sous le titre "Les Conflits de générations",

le phénomène est présenté comme un phénomène lié à l'âge "industriel", comme un phénomène très récent, par conséquent (antérieur aux années 1950). Notons que dans cette opinion sur l'ancienneté du phénomène, il peut y avoir le reflet d'une attitude générale, très répandue dans la sociologie contemporaine qui consiste à ne pas faire d'histoire, à ignorer le passé, et à croire que nous vivons des temps exceptionnels. Le phénomène est constant dans la marche de l'humanité : chaque époque a, par un processus qu'il ne serait pas impossible d'analyser, la conviction qu'elle est une époque particulière, exceptionnelle.

.../...

Réciproquement le phénomène d'oubli collectif qui recouvre les événements et les inquiétudes du passé, même d'un passé relativement proche n'est pas moins constant.

Et pourtant des témoignages anciens du phénomène du conflit des générations existent.

Une expression littéraire mais très classique du phénomène se rencontre dans un ouvrage dont le titre-même est évocateur : "Père et Enfant", de l'auteur russe, Ivan Tourguéniev. Ce roman est de 1861.

Bien au-delà dans le passé, la Conjuración de Catilina, à travers le récit de Salluste (Catilina, XII-XXI) apparaît comme une conjuration de jeunes ; jeunesse de Rome, conduite par un meneur (qui lui-même n'est plus que relativement jeune), se soulève dans une sorte de conflit des générations contre la Société adulte.

Aux frontières du mythe et de l'ethnologie, se situe l'attitude, vraie ou fausse, mais mal ou bien comprise, de certaines sociétés archaïques à l'égard des vieillards. Le mythe dit du "cocotier" manifeste le conflit de générations dans les sociétés les plus primitives.

Plus sérieux, mais comportant des variantes apparaît dans le folklore européen, ce que l'on pourrait nommer le mythe "de l'écuelle" (le terme n'est pas très significatif, parce que, suivant les variantes, il ne s'agit pas toujours d'une écuelle). Il met aux prises trois générations à l'intérieur d'une famille parce que le vieillard, aux mains tremblantes, a laissé tomber son plat, son fils décide qu'il ne mangera plus désormais que dans une écuelle de bois ; au bout de quelque temps, il voit son propre fils, un enfant encore, en train de construire une écuelle de bois ; la réponse est simple à deviner : il lui prépare une écuelle pour le jour où ses mains trembleront. Ce mythe montre combien l'observation du conflit des générations est ancienne.

Cependant, on soutient dans la sociologie contemporaine que des faits nouveaux seraient venus au moins aggraver ce phénomène à notre époque.

En premier lieu, il y aurait l'accélération de l'histoire. Le phénomène à la vérité, ne date pas seulement de ces toutes dernières années, comme semblent le penser certains de nos contemporains. Le mot est déjà en

.../...

1948 chez Daniel Halévy, et sur le terrain plus spécial du conflit des générations, en songeant plus spécialement à la société française, on pourrait se demander si la fin du XIXème siècle ne pouvait pas donner tout aussi légitimement l'impression d'une accélération de l'histoire.

A cette époque, se situe le phénomène considérable de la généralisation de l'enseignement primaire, une rupture s'opère dans la masse de la population entre la génération scolarisée et les générations antérieures; elle se manifeste par des phénomènes objectivement observables d'une portée considérable. Une génération sait lire et écrire alors que la génération précédente - il faut se situer surtout dans le milieu rural des provinces françaises - dans sa majorité ne sait pas lire ni écrire. Dans le Midi de la France, dans les départements bretons, une génération parle, écrit la langue française, tandis que les générations antérieures n'utilisaient pas la langue française comme langue courante. Les sources de conflits de générations. Sont ainsi très nombreuses.

Dans un sens plus général, d'ailleurs, l'école primaire obligatoire diffuse des techniques nouvelles, diffuse des "lumières", comme on disait, dont les générations antérieures ne voulaient pas toujours. La littérature de la fin du XIXème siècle, porte des traces de l'impression profonde laissée par ce conflit des générations: ainsi, "Blanchette", la pièce d'Eugène Brieux.

(2) Une seconde cause d'aggravation alléguée par certains sociologues contemporains serait la dimension des sociétés modernes.

Comment expliquer la relation de cause à effet entre la taille de la société et le conflit des générations ? L'explication a été proposée par M. Lévi-Strauss récemment :

M. Lévi-Strauss admet au départ, comme une donnée naturelle de l'histoire de tout individu, que l'adolescent s'imagine pouvoir faire abstraction de tout passé parental pour pouvoir commencer sa vie et qu'au contraire, le vieillard trouve intérêt à se réinsérer dans le passé historique. Donc, au départ, M. Lévi-Strauss admet qu'il peut y avoir une constante dans le conflit des générations, mais il ajoute : "Ce qui est nouveau cependant, c'est que dans des sociétés de plus en plus grosses comme les nôtres, peuvent coexister différents modèles culturels". Savoir que la dimension accrue de nos sociétés permet la

.../...

constitution de sociétés différentes, qui pourront s'ignorer et éventuellement se combattre réciproquement.

Il continue : "Des coupures horizontales entre les générations viendraient remplacer les coupures verticales d'autrefois". Autrefois, on était cloisonné, en quelque sorte, par provinces ou par classes sociales, maintenant il y a plus d'homogénéité entre les différentes provinces d'un même pays ou même entre les différentes classes sociales. Mais l'hétérogénéité se reconstitue d'une autre manière : elle se reconstitue sous la forme de classes d'âges (pour utiliser la terminologie de Schurtz).

D'autre part, nos moyens de communication permettent à des sous-cultures, à des cultures séparées à l'intérieur de la culture globale, de se constituer très rapidement.

Voilà comment, suivant M. Levi-Strauss, pourrait s'expliquer à notre époque une aggravation du conflit des générations. Cette explication appelle peut-être une objection. À la vérité, c'est une objection d'ethnologue qu'il faudrait adresser à cet ethnologue :

Dans les sociétés archaïques, si l'on part de l'hypothèse de Schurtz, il y a aussi des segmentations d'âge et se sont pourtant des sociétés réduites comme taille. Pourquoi dans les sociétés archaïques, la segmentation se constitue-t-elle si facilement si naturellement même, s'il est vrai, comme le pense M. Levi-Strauss, que c'est la taille, la dimension accrue de la société qui permet cette segmentation?

3 La troisième cause d'aggravation du conflit de générations serait l'allongement de la vie humaine. Elle ne peut avoir d'influence généralisée sur le premier type de conflit de générations que nous avons discerné, sur le type "blousons noirs". Ce conflit opposant par hypothèse des adolescents ou de jeunes hommes avec des adultes de 40 à 55 ou 60 ans, l'allongement de la vie humaine n'a pas d'influence sur la vie de ces pères qui seraient aux prises avec leurs enfants.

On concevrait, au contraire, que l'allongement de la vie humaine puisse avoir une certaine influence sur le conflit du second type, étiqueté un peu sommairement "type agricole", en considérant toutefois que cette influence n'est pas très marquée dans la classe sociale considérée, savoir celle des propriétaires essentiellement.

Sans doute, on pourrait dire que les couches âgées sont, grâce aux progrès de la médecine, en meilleure santé aujourd'hui qu'autrefois. Indépendamment de leur longévité, elles ont une santé plus florissante et cette circonstance peut avoir un effet aggravant, sur le conflit des générations. Elles opposeront plus de résistance, peut-être même elles déploieront plus d'agressivité en raison de la santé meilleure dont elles jouissent.

Mais cet argument n'est pas irréfutable. On peut répondre que l'homme, vieillissant moins qu'autrefois, conserve plus longtemps son ouverture d'esprit. Il s'ensuivrait que le conflit des générations se trouverait plutôt atténué par cette meilleure santé, le physique réagissant sur le moral.

II - Le conflit des générations et le droit successoral.

a) Sur le plan du droit patrimonial.

Le droit successoral peut aviver le conflit des générations. Une opposition d'intérêts pécuniaires s'ajoute à une opposition purement psychologique qui, en soi, eût déjà été suffisante à le faire naître.

Le droit patrimonial des successions donne un aspect concret à ce votum mortis que Freud a décelé sous le conflit des générations. Il donne un intérêt à la mort du de cujus, rend par conséquent le danger plus sensible que le successible veuille tuer le de cujus (fût-ce symboliquement). Que ce danger existe, notre droit positif en porte la trace. Il a sanctionné par l'indignité successorale l'attentat à la vie du de cujus, commis par le successible.

Seulement, si le droit patrimonial des successions par certains de ces côtés, avive le conflit des générations, il renferme aussi des institutions qui tendent à l'apaiser.

Certaines institutions traditionnelles, vont au-devant de l'impatience des héritiers en leur donnant l'avantage successoral avant la mort du successible. Tous les phénomènes de présuccession, avancement d'hoirie, démission de biens, pour employer les expressions anciennes plus parlantes que nos expressions modernes, qui sont techniques, (donation rapportable ou donation-partage) sont

institutions qui ont pour fonction traditionnelle, inconsciente dans la société, d'apaiser le conflit des générations. Elles n'y réussissent pas toujours, car il est de droit folklorique que ces institutions tournent souvent mal, surtout la démission de biens, parce qu'elle est plus totale que l'avancement d'hoirie, par l'ingratitude des héritiers. Il existe, à ce sujet, tout un folklore de la donation-partage.

Il est remarquable que des institutions nouvelles tendant aux mêmes fins aient été introduites en France par le droit positif. Elles se situent surtout dans l'ordre paysan, ont donc été destinées essentiellement à apaiser le conflit de générations du second type, du type agricole.

Parmi ces dispositions, il en est qui relèvent du droit privé : ainsi, dans le Code rural, ce fragment de l'ancien statut du fermage, - l'article 832, "la cession du bail à ferme est autorisée en faveur des enfants du preneur". Ainsi, en général, le preneur ne peut pas céder son bail, mais il le peut en faveur de ses enfants. La loi veut faciliter le passage à la génération suivante.

- L'article 845, alin. I, disposition ajoutée par la loi d'orientation agricole du 30 décembre 1963, "le droit de reprise du bailleur ne peut pas être exercé au profit d'une personne ayant atteint l'âge de la retraite". On veut éviter ici une aggravation du conflit des générations que permettrait la concentration de la propriété d'exploitation agricole entre des mains trop âgées.

Les dispositions interventionnistes de la législation récente, beaucoup plus ouvertement, ont pour but de faciliter l'installation des jeunes sur les exploitations agricoles ; la loi du 8 Août 1962, complémentaire à la loi d'orientation agricole, dans son article 27, prévoit un complément de retraite pour les agriculteurs âgés qui cessent leur exploitation (afin de hâter, en quelque sorte, la démission de la couche plus âgée des exploitants) ; elle prend des mesures pour l'emploi et le réemploi des fils d'agriculteurs. Par un système d'indemnité de départ, on a voulu organiser une sorte d'écoulement de la couche la plus âgée afin de faciliter la montée de la couche la plus jeune.

Il faut remarquer, cependant, que le droit successoral n'aggrave le conflit des générations, que si l'on raisonne dans l'hypothèse d'une situation qui serait

absolument fermée sur le bien héréditaire. Or, le conflit des générations peut ne pas naître parce que le père de famille, de cujus en puissance, orientera son successible, son enfant vers une situation extérieure aux biens héréditaires.

Il ne faut pas considérer la relation qui existe entre le phénomène du conflit des générations et le droit successoral comme s'il n'y avait que les biens héréditaires. A la vérité, le de cujus peut, en quelque sorte, canaliser vers le dehors l'activité de son successible. C'est un aspect du phénomène qui avait été relevé déjà par certains sociologues, notamment par M. Gaston Bouthoul "Lorsque la durée de la vie augmente, il n'est pas aussi urgent que chacun remplisse exactement la même fonction que son père".

Observant la noblesse du 18^e siècle, M. Bouthoul constate que, dans cette classe, la durée de la vie humaine augmente l'augmentation du confort, la diminution des duels, jointes à une période de paix relative en sont causes - Face à cette espérance de vie accrue les nobles essaient de se réserver le plus possible de places, plus qu'au XVII^e siècle. Les historiens de droit partent de la réaction nobiliaires du XVIII^e siècle. On voit en effet, à cette époque, des édits, réserver aux nobles, aux fils de nobles, l'entrée dans les écoles militaires, la magistrature, l'administration haute et moyenne. Les nobles cherchent beaucoup plus à se réserver les fonctions de l'Etat desquelles ils se désintéressaient aux époques précédentes.

Ils demandent aussi, au XVIII^e siècle, à faire le commerce. Suivant une interprétation, il s'agirait d'une transformation idéologique, de la disparition des préjugés de noblesse à l'égard du commerce. "Pas du tout, répond M. Bouthoul, en réalité, c'est une sorte d'intérêt inconscient de la classe noble qui a conduit cette classe, au XVIII^e siècle, à accaparer en dehors de la terre un nombre croissant de fonctions".

Tel est, d'après M. Bouthoul le contrecoup de l'allongement de la durée de la vie humaine : les pères de famille sachant que les enfants hériteront de la terre ou du bien principal à une échéance beaucoup plus lointaine, veulent, en attendant, leur assurer une situation sociale, les "caser". Cette situation, le père de famille la trouvera en dehors du bien héréditaire.

Nous assistons peut-être à un phénomène analogue à notre époque. Le paysan dont la vie est plus longue pousse ses enfants vers une masse de fonctions publiques, vers les fonctions d'instituteur, de gendarme, facteur, postier, parce qu'il faut bien que les enfants aient un revenu assuré en attendant que la succession s'ouvre.

Telles sont les remarques possibles concernant le mouvement de discontinuité, de rupture, qui est l'un des mouvements par lequel on peut caractériser le renouvellement des générations dans le mécanisme successoral.

Mais, le renouvellement des générations, est un mouvement dialectique. A côté des mouvements de continuité et de discontinuité existe peut-être un troisième mouvement qui serait la synthèse : un effet de solidarité, d'association entre les générations.

C/ Solidarité entre les générations.

Ce n'est pas sous l'aspect de cliché sentimental qu'il évoque et qui ne nécessiterait l'introduction d'éléments mystiques sociologiquement incontrôlables qu'il faut le retenir. Il ne s'agit pas d'une solidarité spirituelle post mortem, il s'agit d'une solidarité matérielle objectivement observable intervivos.

Le droit des successions peut créer par lui-même une solidarité entre le de cujus et ses successibles, ses héritiers présomptifs. Dès avant l'ouverture de la succession, la situation sociologique et psychologique du de cujus et celle de l'héritier présomptif vont se trouver modifiées par l'existence-même du droit des successions.

Envisageons d'abord la question en nous plaçant du côté du de cujus :

I - La situation du de cujus.

Dans le système juridique qui consacre la succession ab testat, chacun naît de cujus et le restera jusqu'au bout. C'est une des rares certitudes que nous ayons, mais l'individu n'en prend pas conscience tout de suite, il n'en prend conscience qu'à partir d'un certain âge. Il n'est pas sûr d'ailleurs qu'il y ait de ce point de vue, comme il serait logique, une progression continue. Les psychologues prétendent qu'il s'agit plutôt d'une courbe, le sentiment de la condition de mortel, existant avec plus d'intensité vers la cinquantaine et diminuant ensuite progressivement

On pourrait croire possible d'étudier objectivement la marche de cette courbe en recherchant à travers les statistiques (théoriquement concevable) l'âge où les individus font le plus volontiers leur testament. Mais un élément perturbateur interviendrait ici : les particularités de la situation patrimoniale familiale qui sont décisives quand il s'agit de prendre la décision de faire ou de ne pas faire un testament. Le fait qu'on a ou qu'on n'a pas d'enfants, le fait qu'on a ou qu'on n'a pas de patrimoine, sont beaucoup plus déterminants pour prendre cette résolution que la propension purement interne que l'on peut avoir à sentir ou non sa condition de mortel.

L'assurance sur la vie n'est pas davantage révélatrice de la vivacité du sentiment que nous pouvons avoir de notre condition de mortel, car le contrat d'assurances sur la vie est présenté par les assureurs, et senti par les assurés, comme un acte de bonne gestion financière. Du reste, dans la pratique, on combine l'assurance sur la vie avec l'assurance en cas de vie, si bien que l'assuré pense moins à la mort.

Il arrive tout de même un moment où l'individu se rend compte qu'il a un héritier présomptif. A ce moment-là, une relation va s'établir entre eux. Comment va t-elle s'établir ? Est-ce comme une relation d'hostilité ? Le de cujus considère-t-il a priori son héritier présomptif comme un adversaire ?

Il n'y a pas de réponse unique et les variables sont nombreuses : éloignement de la parenté, âge du de cujus, caractère du de cujus et, réciproquement, caractère du successible.

Néanmoins, on peut tenir pour probable que la relation d'adversaire n'est pas prédominante entre de cujus et successible, que la plupart de ceux que nous appelons "de cujus" n'éprouvent pas le sentiment d'être l'objet d'un vœu mortis, (on peut même considérer ce sentiment comme pathologique).

Plus vraisemblable est la relation d'associés entre le de cujus et l'héritier présomptif. Si nous raisonnons sur l'hypothèse d'un enfant, déjà capable par l'âge d'être associé à la gestion d'un patrimoine, cette association de l'héritier au de cujus, du vivant de celui-ci, est un phénomène de droit privé qui a son prototype dans un schéma traditionnel de droit public, un schéma de droit dynastique.

Au commencement de la monarchie héréditaire, le roi s'associe de son vivant son successeur. Tel a été le départ de la monarchie française : Hugues Capet s'était associé de son vivant le futur Robert le Pieux, au Xème siècle. Robert le Pieux s'associa ses propres fils et cela continua Philippe Auguste. Pendant deux siècles de la monarchie fonctionna ce système du rex designatus aux côtés du rex coronatus. Le roi en fonction, le roi déjà couronné faisait élire par ses vassaux et sacrer de son vivant le rex designatus.

C'était évidemment une précaution, (on songe toujours, à cette explication, contre des contestations post mortem, fort à redouter à une époque où la monarchie héréditaire n'était pas encore affermie.

Mais il faut, pour expliquer ce phénomène qui ne se limite nullement aux origines de la monarchie française, songer à une autre explication, psychologique : le de cujus éprouve une félicité supérieure à voir son héritier en fonction. Reportons-nous à un autre exemple célèbre de rex designatus : Salomon, désigné par David. Au Livre Ier des Rois, chapitre Ier, verset 48 nous lisons : "Béni soit l'Eternel, le Dieu d'Israël, qui fait aujourd'hui asseoir sur mon trône un successeur que je vois de mes yeux" !

Il existe en droit privé des formes concrètes d'association inter vivos entre le de cujus et son successeur. Chacune de ces formes juridiques pourrait faire l'objet d'une enquête. A titre d'exemples :

La Société en nom collectif " X.. Père et fils " est une forme très traditionnelle d'association, entre de cujus et son successeur ; la donations-partage ; les procurations données par les parents, à leurs enfants, procurations générales ou spéciales, si fréquentes quand il s'agit des comptes en banque, des compartiments de coffres-forts dans les banques, etc... (l'association est ici tournée contre le fisc, mais c'est une vérité sociologique que la vitalité d'un groupe, d'une association, dépend encore plus de son opposition au dehors que de sa cohésion interne).

Plus largement, tout ce que fait un homme qui a des héritiers est, pourrait-on dire, imprégné par la perspective de ses héritiers. C'est la vérité psychologique qui est au fond du droit romain, admettant la stipulation "pour moi et mes héritiers", formule recueillie

par l'article 1122 du Code Civil (on est censé stipuler non seulement pour soi-même mais aussi pour ses héritiers).

L'activité économique déployée par le de cujus c'est le plus souvent, non seulement pour lui-même mais aussi pour ses héritiers qu'il la pense. Le phénomène psycho-sociologique a été complaisamment décrit par les économistes libéraux qui y voyaient un argument en faveur de l'institution de l'héritage, et du même coup en faveur du droit individuel de propriété. Ils ont peut-être mis trop de complaisance dans la description du schéma, mais le fond est exact.

On a pu dire que le droit successoral constituait un véritable facteur de la production. Inversement, on peut admettre que l'absence d'héritier ou l'éloignement excessif de l'héritier présomptif peut être une cause de stagnation économique, parce que le travail du de cujus n'a plus aucun stimulant.

II - La situation du successible.-

En droit dogmatique, on caractérise cette situation en affirmant que successible a une expectative, c'est-à-dire moins qu'un droit subjectif. L'expectative peut être fauchée par une loi nouvelle sans que cette loi soit entachée de rétroactivité.

Sociologiquement, cette attitude du droit positif n'est pas une attitude réaliste. Dire que le successible n'a pas de droit subjectif du vivant du de cujus, c'est une assertion qui est contredite sur le terrain-même du droit positif par des phénomènes comme la saisine, comme la réserve héréditaire, toutes institutions qui ne sont pas rationnellement explicables sans la supposition d'une copropriété familiale antérieure au décès, et partant d'un droit d'ores et déjà acquis au successible.

Sociologiquement, dès avant le décès, il existe un statut d'héritier présomptif. Être héritier présomptif, ce n'est rien au regard du droit, peut-être, mais c'est certainement une situation très réelle d'un point de vue psycho-sociologique. L'héritier présomptif a un statut et il a un rôle, il a un ensemble de devoirs, de droits, un ensemble d'attitudes.

Ce rôle d'héritier présomptif se détache dans le droit dynastique. L'héritier présomptif de la couronne a un rôle dans la société, comme l'héritier présomptif dans une famille. Dans des sociétés ou groupes archaïques, on verra apparaître l'héritier. Les moeurs, les coutumes re-

connaîtront le rôle de l'héritier.

Dans les coutumes des Basses-Pyrénées, que ce soit du Pays Basque ou du Pays du Béarn, l'héritier, l'héritière, c'est quelqu'un en tant que tel, il a véritablement un rôle, (il s'agit de sous-groupes où l'habitude de faire un aîné s'est maintenue) il ne se confond pas avec l'enfant qui n'héritera pas de l'exploitation agricole.

Il existe donc un rôle de l'héritier présomptif et on concevrait une enquête par sondage d'opinion auprès d'héritiers réservataires, avec une question telle que celle-ci : "Est-ce que vous vous sentez copropriétaire avant l'ouverture de la succession ? Est-ce que, si votre père aliénait un de ses immeubles, vous considèreriez que cela ne vous concerne pas ?"

Il n'est pas sûr que, dans l'ensemble de la société, la réponse serait une réponse indifférente car il y a tout de même une association assez évidente avant l'ouverture de la succession entre le de cujus et l'héritier.

La vérité, c'est que nous sommes ici en présence de deux situations qui se correspondent, d'une relation que l'on peut dire bipolaire, pour reprendre une expression déjà rencontrée, entre le fils et le père. Il y a des conduites réciproques que le de cujus et le successible, le père et le fils, doivent assumer pour satisfaire aux exigences de la société, des conduites qui sont relatives à leur statut particulier de de cujus et d'héritier présomptif.

En se plaçant sur un terrain très objectif, des relations inter vivos, la synthèse entre les mouvements de continuité et de discontinuité dans le renouvellement des générations, peut se faire dans la solidarité et l'association.

§ - II - La Succession dans les relations entre héritiers.

Nous rencontrons ici un ensemble de phénomènes juridiques qui peuvent être groupés autour de l'alternative législative : égalité ou inégalité entre les cohéritiers.

1) Sur le plan du droit patrimonial de succession

Dogmatiquement, ce problème de l'égalité entre cohéritiers peut se poser entre des cohéritiers quelconques, mais sociologiquement, ce qui est important, c'est le problème de l'égalité entre cohéritiers de la même gé-

nération, spécialement le problème de l'égalité entre enfants ou, en reprenant le problème de l'autre côté, de l'égalité entre frères et sœurs.

Le droit d'aînesse est la forme la plus voyante de l'inégalité entre cohéritiers.

L'observation montre une grande diversité des phénomènes d'égalité ou d'inégalité successorale, même si l'on s'en tient au droit patrimonial des successions. La diversité des phénomènes est attestée par le droit comparé comme par l'ethnologie. On peut, du reste, classer de différentes manières, ces phénomènes.

Il y a des classifications qui font appel au point de vue objectif : on distinguera les phénomènes d'égalité ou d'inégalité suivant l'étendue de l'inégalité ; d'autres qui font appel au point de vue subjectif : c'est la désignation du bénéficiaire de l'inégalité qui pourra être diverse d'un système juridique à un autre.

Les classifications font appel à des catégories qui peuvent être des catégories juridiques aussi bien que des catégories sociologiques.

De ces catégories juridiques, rappelons quelques exemples :

On distingue l'égalité en valeur et l'égalité en nature. Il peut y avoir des combinaisons entre ces deux types d'égalité successorale. Un système juridique peut affirmer à la fois l'égalité en valeur et l'égalité en nature des cohéritiers. Il peut affirmer l'égalité en valeur sans tenir néanmoins à l'égalité en nature. Ainsi : le système français, après avoir été dans la thèse pure de 1804 un système d'égalité en valeur et en nature, tend, après les réformes successorales de 1938, à devenir un système d'égalité en valeur qui ne tient plus la main aussi fermement à l'égalité en nature.

L'égalité ou l'inégalité peut être, d'un point de vue juridique, conçu comme impérative ou comme facultative. Il est des systèmes d'égalité impérative ne supportant aucune possibilité de dérogation par la volonté du de cujus. Il est des systèmes d'égalité facultative où le de cujus a une certaine liberté de modifier, par testament notamment, par des libéralités plus généralement, l'égalité que la loi lui propose comme un modèle dans la succession ab intestat.

Il existe, du reste, des combinaisons, des systèmes mixtes entre l'égalité impérative et l'égalité facultative. Il se peut que l'égalité entre cohéritiers ne soit impérative que dans une certaine limite. Dans le système français actuel, la succession ab intestat est bien conçue comme une dévolution égalitaire, mais le de cujus a la possibilité, par des libéralités, par testament, d'apporter dans la limite de la quotité disponible des atténuations à l'égalité qui lui est proposée en modèle par la loi.

Des classifications sociologiques peuvent aussi être utilisées.

On trouve en effet des phénomènes d'inégalité successorale - pour prendre le problème par sa face d'inégalité, laquelle est peut-être la plus facile à saisir - dans les sociétés archaïques. Ils se présentent sous des formes qui ne sont pas celles auxquelles nous sommes habitués dans les sociétés historiques, car la prérogative du frère le plus ancien a souvent à se combiner avec d'autres mécanismes juridiques, d'abord avec l'institution de la polygamie, si bien que l'aîné dans les sociétés archaïques, ce n'est pas toujours le premier né, c'est le premier né de la femme de premier rang.

Il faut également combiner le droit d'aînesse, dans ces sociétés archaïques, avec l'imprégnation communautaire qui leur est habituelle, si bien que l'on trouve souvent un droit d'aînesse collectif. C'est le privilège de la génération la plus âgée plutôt que le privilège de l'individu le plus âgé qui est pris en considération ou le privilège de la lignée aînée plutôt que le privilège de l'individu aîné.

Enfin, il faut combiner les privilèges accordés à certains héritiers avec l'institution de la famille utérine. Dans ces sociétés se rencontre le groupe Sororal composé des soeurs et de leurs enfants placé sous l'autorité du frère aîné, l'oncle utérin des enfants qui joue un rôle prééminent.

Si l'on voulait, à travers ces phénomènes assez hétéroclites, essayer de faire une synthèse de ce que nous apportent les sociétés archaïques sous cet angle, nous pourrions parler de deux types de droit d'aînesse :

On y rencontre le droit d'aînesse patriarcal, qui est le droit d'aînesse auquel nous sommes habitués, le droit d'aînesse descendant, vertical, où le pater familias et la

lignée des ancêtres vont en quelque sorte se résumer dans un seul.

Mais on y trouve aussi un droit d'aînesse horizontal, qui traduit la force du lien fraternel et sororal dans les sociétés archaïques.

Sociologiquement, dans les sociétés modernes par opposition aux sociétés archaïques, nous rencontrons une autre classification, qui n'est pas non plus une classification dogmatique. Les types de droits d'aînesse y sont au nombre de trois :

On trouve d'abord un droit d'aînesse féodal, aristocratique. Ce fut longtemps le type britannique du droit d'aînesse au XIX^{ème} siècle. (Dans les discussions, déjà sociologiques, auxquelles donna lieu le principe égalitaire du Code Napoléon sur le continent, on chercha souvent le modèle de droit d'aînesse dans le droit anglais de l'époque). La fortune passe à l'aîné des fils, les cadets allant chercher fortune ailleurs, au loin, en émigrant.

Puis il y a le droit d'aînesse paysan, assez fortement représenté dans les sociétés archaïques, avec deux branches :

Le droit d'aînesse paysan communautaire : au décès du père de famille, subsiste la communauté de famille où les cadets vivent sous l'autorité du frère le plus âgé. Nous retrouvons ici quelque chose de la société archaïque avec le privilège horizontal, le frater senior, le frère le plus âgé qui va prendre la tête du groupe. Ce droit d'aînesse communautaire qui est, en quelque sorte, une prééminence mélangée de fonction publique et de prérogatives de droit privé, on le rencontrait dans les fameuses communautés paysannes des Slaves, notamment dans la zadrouga des Slaves du Sud, jusqu'à l'instauration des démocraties populaires.

Le droit d'aînesse individuel, la dévolution à un héritier, à un des enfants qui n'est pas toujours l'aîné, moyennant assez souvent une indemnité aux autres.

Dans le droit d'aînesse aristocratique, le bénéficiaire sera plus volontiers l'aîné, dans le droit d'aînesse paysan, ce sera plus volontiers le cadet parce qu'il est resté à travailler avec le père, il se trouve en place au moment de la mort. C'est le système des pays germaniques, droit d'aînesse qui, sociologiquement, est très différent du droit d'aînesse britannique.

Ainsi, sous l'habillage juridique qui peut être le même, quand on parle de droit d'aînesse, on rencontre des catégories sociologiques fort différentes.

2) Sur le plan du droit extra patrimonial

Dans la succession extrapatrimoniale ces phénomènes d'égalité ou d'inégalité que nous avons observés dans la succession patrimoniale existent ils ?

Y-a-t-il un droit d'aînesse qui résulterait des mœurs, de la nature des choses, quand il s'agit non plus de la transmission du patrimoine mais de la transmission de ses avantages, lato sensu, qui se transmettent mortis causa et peut-être même ante mortem ?

Les sociologues de notre époque ont observé des aspects de cette sorte de droit d'aînesse mécanique qui ne résulte ni de la loi, ni de la volonté du père de famille .

La question étudiée est celle-ci :

Le rang de l'enfant dans la famille, dans la fratrie, dans la lignée des frères et soeurs, influe-t-il sur sa réussite sociale ?

S'il était établi que l'aîné ou que certains enfants trouvent dans leur rang de naissance un élément de la réussite sociale dont ils ont bénéficié, nous serions en présence d'une sorte de privilège successoral purement mécanique, résultant de la nature des choses, de causalités qu'il nous faudrait essayer de rechercher, mais en tout cas qui ne résulteraient pas de la loi, ni même de la volonté du père de famille.

Quels sont les faits ?

Ils apparaissent à travers un certain nombre d'enquêtes. L'ouvrage de M. Alain Gérard, intitulé "La Réussite sociale en France, ses caractères, ses lois, ses effets", (1961) s'appuie sur des enquêtes qui ont été menées par l'Institut National d'Etudes Démographiques en 1957 et également par voie de questionnaire l'année suivante, enquêtes menées auprès de personnalités considérées comme représentatives de la réussite sociale en France, sous ses différents aspects, plus spécialement, pour le second questionnaire, auprès d'anciens élèves de quatre Grandes Ecoles : Centrale, Polytechnique, Agronomique, Normale Supérieure.

Parmi les questions posées, il en était une qui concernait le rang dans la fratrie.

Quels ont été les résultats de l'enquête ?
M. Alain Gérard les résume ainsi : "L'avantage des premiers nés apparaît faible mais réel."

En effet, en considérant seulement les familles d'au moins deux enfants, la proportion des réussites d'aînés par rapport aux réussites d'enfants de rang subséquent est de 114 à 100. La première enquête relève donc un avantage statistique pour la catégorie des aînés.

Il en est de même dans l'enquête auprès des élèves des Grandes Ecoles, la proportion est de 120 à 100.

L'auteur relève également que les intéressés ne sont pas conscients de cet avantage. Ils ne l'ont pas relevé eux-mêmes, c'est l'enquêteur qui a fait le rapprochement. Ils n'ont pas l'impression d'avoir été servis dans la vie par la place qu'ils occupaient dans la fratrie.

Il faut noter que d'autres chercheurs, déjà au siècle dernier, par des méthodes purement empiriques, voisines de la simple impression subjective, admettaient cet avantage dans la réussite sociale dû à la place chronologiquement première dans la fratrie.

Si l'on serre de plus près la question, on voit d'ailleurs que l'avantage de l'aîné peut être accompagné d'un avantage des plus jeunes ; ce sont les intermédiaires qui sont défavorisés. Les causalités ne sont pas inexplicables, ne sont pas impossibles à retrouver. Dans un système social où la réussite sociale est largement conditionnée par la réussite scolaire, par la réussite dans l'âge de l'enfance ou de l'adolescence, il est palpable que les parents peuvent s'occuper davantage du premier né. Le premier né a, pendant un certain temps, la position d'un enfant unique, puis la taille de la famille s'augmentant, on s'occupe moins des subséquents, mais on peut de nouveau s'occuper des tout derniers nés parce que, à ce moment-là, le terrain est déblayé et les premiers enfants tirés d'affaire. Dans la mesure où, à l'heure actuelle, ce sont les parents qui font les devoirs de classe des enfants, il est évident qu'ils peuvent faire plus facilement les devoirs des aînés et des derniers nés mais qu'ils n'ont pas le temps de faire les devoirs des intermédiaires.

Néanmoins, il est possible que ces observations ne soient valables que pour la catégorie qui fait des études et dont la réussite est conditionnée par les études.

Il est possible, en d'autres termes, que dans des classes sociales plus humbles, la situation ne soit pas identique. Une enquête a été menée à cet égard en 1949, en Belgique, sur des enfants de milieu ouvrier. Le résultat est contraire : l'aîné est le plus défavorisé. Pourquoi ?

La causalité n'est pas impossible à retrouver : on lui demande davantage en travail domestique, on est pressé d'avoir l'appoint de son salaire, donc, scolairement il a moins de temps et dans l'orientation professionnelle, il risque d'être sacrifié, on le mettra très tôt en apprentissage.

D'autre part, au moment où le problème se pose pour l'aîné, à priori, les père et mère sont dans une situation qui est pécuniairement moins à l'aise qu'elle ne sera, suivant une évolution assez normale, quelques années plus tard, si bien que la famille aura plus de moyens pour favoriser l'ascension professionnelle des puînés. C'est pourquoi dans les familles ouvrières la situation se trouverait renversée.

Il y a donc une sorte de droit mécanique d'inégalité entre frères que l'on ne peut pas nier, sans que sa signification, sa direction soit toujours identique. Il est a priori probable, bien que l'on ne puisse pas toujours affirmer que c'est dans un sens plutôt que dans l'autre, que le rang dans la fratrie n'est pas indifférent à la réussite sociale de chacun des membres de la famille. Il y a des inégalités dans la transmission de cette sorte de succession extra-patrimoniaire dont nous avons vu l'importance à côté de la succession patrimoniale.

Mais est-ce que ce droit mécanique d'aînesse, cette inégalité mécanique entre les enfants peut avoir une influence sur l'égalité ou l'inégalité successorale ? Peut-on tirer de ce phénomène purement sociologique des conclusions législatives quant à la succession patrimoniale ?

On a parfois justifié le privilège patrimonial de l'aîné par une supériorité intellectuelle constatée dans les aînés. Inversement - ce qui manifeste une difficulté de toute législation sociologique, de toute conclusion normative que l'on prétend tirer de l'observation des faits - on a prétendu justifier les avantages que l'on ferait aux puînés comme une compensation des avantages mécaniques que l'aîné retirerait de la vie. En d'autres termes, les inégalités constatées de façon purement mécanique peuvent se traduire législativement par des conclusions tout à fait opposées, suivant que l'on emploie comme intermédiaire, dans le raisonnement législatif, l'idée de justification des aînés ou

l'idée de compensation des puînés.

Comment concevoir une recherche sociologique juridique concernant l'égalité ou l'inégalité successorale ?

Les hypothèses courantes en la matière sont des hypothèses optimistes, à l'égard de notre droit positif. Plus exactement, nous pouvons dire que chez les contemporains, qu'ils soient sociologues ou, à plus forte raison, qu'ils soient juristes, on néglige assez généralement le problème de l'égalité ou de l'inégalité successorale. On considère que le problème ne pose pas de difficultés en France.

Les réformes successorales de 1938, pourtant historiquement significatives parce qu'elles marquent une rupture remarquable avec l'idéologie égalitaire de la Révolution et du Code Civil ont été décrites d'un point de vue économique. On a vu en elles des facteurs importants, intéressants, pour une évolution de l'économie agricole, mais on s'est peu arrêté sur les problèmes psychosociologiques qu'elles mettaient en cause.

Le problème de l'égalité successorale entre enfants est considéré volontiers comme un problème clos. Les tendances inégalitaires sont regardées comme exceptionnelles et anormales. L'égalité correspondrait aux tendances profondes des intéressés, enfants aussi bien que parents, et elle serait tout à fait entrée dans les moeurs.

Ce n'est pas absolument certain, sans que l'on puisse affirmer le contraire, et il serait, scientifiquement plus utile de partir de l'hypothèse inverse, de se demander, en tout cas, s'il n'y a pas plus de difficultés derrière cette question de l'égalité ou de l'inégalité successorale, dans la société française contemporaine, qu'on ne l'admet chez les juristes et chez les sociologues que les tendances inégalitaires, déterminées d'ailleurs par des causes très complexes, sont profondes et toujours renaissantes; ce qui ne veut pas dire que, législativement, il s'ensuive qu'il faut renoncer au principe d'égalité, ni que ce principe d'égalité qui nous vient du Code Civil soit un principe inadéquat au réel.

Il se peut très bien qu'il faille maintenir le principe d'égalité comme mesure psychothérapique pour éviter de plus grands maux, peut-être ne faut-il pas y voir la déduction d'un principe abstrait de justice; peut-être n'est-ce qu'un moyen empirique de faire régner la paix,

même sans la justice.

En somme, on pourrait très bien concevoir, en face de l'hypothèse optimiste qui est de mise, une hypothèse de travail qui serait plutôt pessimiste.

La recherche pourrait, d'autre part, être menée sur deux terrains: une recherche de causalités puis une recherche de conséquences :

1) Recherches des causalités.

Les causalités sont complexes, contradictoires. On peut présumer qu'elles se balancent quand on observe comment les deux règles antinomiques, égalité ou inégalité, se distribuent arbitrairement dans la série sociologique. Il existe des systèmes juridiques d'égalité des systèmes juridiques d'inégalité et des oscillations d'un système à l'autre, comme si l'humanité ne pouvait pas se décider entre les deux principes.

I- Des causes agissent dans le sens de l'inégalité

Les unes sont de caractère objectif, matériel, ou économique ; les autres sont de caractère subjectif et tiennent à la personne du bénéficiaire de l'inégalité.

A. Causes objectives

D'abord, une cause très visible : l'indivisibilité du patrimoine familial. L'enfant unique peut l'assurer, sans doute, mais s'il y a plusieurs enfants, il faut qu'il n'y ait qu'un héritier si l'on ne veut pas que le patrimoine se divise.

Pourquoi ne veut-on pas que le patrimoine se divise ? Cela peut être entendu de manière très différente. On peut considérer la fortune globalement. Il s'agira alors d'assurer l'inégalité en valeur-même, car c'est la fortune qui doit être transmise intégralement, à un héritier afin que la splendeur du nom ne décroisse pas.

Mais parfois, c'est sous une forme plus concrète que l'indivisibilité du patrimoine familial est entendue : dans le droit d'aînesse paysan, c'est de l'indivisibilité du domaine, l'exploitation agricole qu'il s'agit. A ce stade des éléments affectifs, psychologiques, peuvent se mêler

aux considérations purement économiques et objectives, car le paysan souffre à la pensée que son domaine sera dépecé à sa mort, il le considère comme un être vivant. C'est donc l'inégalité en nature qui est postulée et pas seulement l'inégalité en valeur,

Mais les causalités économiques ont pris parfois un autre tour : au lieu de se placer du côté de l'héritier bénéficiaire de l'inégalité, on s'est placé du côté des héritiers qui auraient à souffrir, en apparence, de l'inégalité. En Angleterre, l'explication, au siècle dernier, a été souvent donnée dans les apologies du droit d'aînesse. Il faut forcer, dans l'intérêt de l'économie nationale, dans l'intérêt de la nation, les cadets à la lutte pour la vie et il n'y a pas de meilleur moyen de les y forcer que de les dépouiller de toutes les successions.

L'inégalité, le droit d'aînesse, ont été ainsi, après coup sans doute, mais très constamment présentés comme des encouragements à la lutte pour la vie.

B - Causes subjectives. -

L'inégalité successorale peut traduire des préférences ou tendre à des compensations entre enfants.

Il n'est pas insolite que les parents aient des préférences affectives pour l'un des enfants dans la fratrie, quoique, dans les sociétés modernes, par morale égalitaire, par souci de pédagogie aussi, les parents s'efforcent de lutter en eux-mêmes contre cette tendance préférentielle. Dans les sociétés anciennes, ce sentiment préférentiel était senti comme moins anormal. En tout cas, il était naturel de chercher dans ces préférences affectives la motivation de la préférence juridique en faveur de l'un des enfants. Mais les explications qui ont été présentées ainsi pour défendre le droit d'aînesse apparaissent après coup comme assez artificielles, encore que, du point de vue sociologique, elles ne soient pas sans intérêt.

C'est ainsi que la préférence traditionnelle du fils aîné a donné lieu à des analyses psychologiques. Que ces analyses soient scientifiquement douteuses, on s'en convaincra en constatant qu'elles sont souvent diamétralement inverses.

On a dit que l'aîné, dans nos sociétés occidentales, était privilégié parce qu'il était l'enfant de

l'amour: c'est l'enfant qui a été le plus intensément désiré, à un moment où l'amour conjugal n'a subi aucun refroidissement donc, il est normal que ce soit lui qui soit privilégié dans le plan successoral. Le malheur est que dans l'Inde antique, on dit que l'aîné est privilégié parce qu'il est l'enfant du devoir: le devoir est de donner un remplaçant aux ancêtres et une fois qu'on a donné un remplaçant aux ancêtres, on peut s'abandonner librement à l'amour.

La même institution juridique peut donc être expliquée de façons fort diverses. L'explication est par conséquent douteuse, il en est de même d'une explication que l'on trouve chez un auteur du XVIème siècle, Tiraqueau, juriste humaniste, qui a consacré un traité au droit d'aînesse.

Il accumule, dans la préface, des arguments sur le monde humaniste, tirés de toutes sortes de sources, aussi bien de l'antiquité que de la Bible, pour justifier le droit d'aînesse. Il propose notamment cette justification que la truie offre d'abord sa mamelle à l'aîné de ses pourceaux. Il donne cet autre motif qui est peut-être plus sérieux: l'aîné est le plus aimé parce que c'est celui dont l'enfantement a été le plus douloureux pour la mère. L'argument n'est transposable à la succession du père qu'en supposant que le père a beaucoup de sympathie pour sa femme. On peut dire, à l'inverse, que souvent l'enfant de la vieillesse est particulièrement aimé. C'est la rose de l'automne, c'est le benjamin, le petit Poucet, qui n'a jamais été un rival pour son père, qui par conséquent est l'élu de celui-ci.

Ce sont, des causes de préférences assez sentimentales, par conséquent, assez conjecturales. Il est des causes plus rationnelles.

L'aîné est celui qui a le plus d'expérience, le plus de force. Au moment où la succession s'ouvre, il est déjà élevé, surtout si l'on admet que le droit d'aînesse fleurira davantage dans une société où l'on meurt jeune. Il est par conséquent raisonnable que ce soit lui qui remplace le père à la tête du patrimoine, parce qu'il est le plus apte à le gérer. Il est probable que le père l'a associé déjà de son vivant à son administration, parce que c'est lui qui a été le premier en âge d'y être associé.

Ces motifs paraissent plausibles, tout à fait raisonnables, mais dans le droit d'aînesse paysan, c'est l'inverse, souvent le cadet qui

a le privilège successoral, parce que c'est lui qui est associé à la gestion du père de famille, les aînés ont quitté le domaine familial où il n'y avait pas de place pour eux, tandis que le cadet est resté, c'est lui qui est en place au moment où la succession va s'ouvrir.

Ainsi les causalités sont difficiles à démêler, d'autant que le raisonnement a porté sur les préférences justifiées par les qualités personnelles de l'un ou de l'autre des enfants en présence, mais l'on peut concevoir les préférences successorales comme des compensations à des manques qui seraient constatés dans l'un ou dans l'autre de ces enfants.

Si l'on prend comme élément intermédiaire la notion de compensation, tous les raisonnements peuvent se trouver inversés. Il va falloir donner des avantages aux plus jeunes ou parfois à l'aîné pour compenser des infériorités qu'ils peuvent subir.

Il est donc très difficile de débrouiller les causes qui agissent dans le sens de l'inégalité.

2) Les causes qui agissent dans le sens de l'égalité :

Il faut partir de la constatation de certains faits psychologiques. Sur ces faits psychologiques, on peut essayer de construire un raisonnement législatif.

Quels sont les faits psychologiques ? Ce sont les sentiments, soit des parents, soit des enfants, soit de la société.

Considérons d'abord les sentiments des parents.

Le plus souvent, quoiqu'il ne faille pas écarter l'idée de sentiments préférentiels, les parents auront un sentiment d'égal amour pour tous les enfants. Il est à peine besoin d'insister sur l'ancienneté-même de ce sentiment. Nous avons des témoignages juridiques où, au Moyen-Age, du temps où les filles étaient exclues de la succession par des privilèges de masculinité, existait la pratique du rappel à succession et les formules de Mareulf nous en offrent des exemples :

"A ma douce fille Dieu m'ayant donné des fils et des filles pour que je les chérisse également, je te constitue égale et légitime héritière".

Quant aux sentiments des enfants, le sentiment de justice distributive est un sentiment très précoce, à l'intérieur de la famille ou à l'école. Ce sentiment d'égalité paraît un sentiment très naturel à l'enfant. Des enquêtes ont été faites à ce sujet par des spécialistes de la psychologie infantile (M. Piaget et son école).

Citons un exemple qui a, du point de vue de notre recherche, cet avantage de nous montrer le sentiment égalitaire de justice distributive en conflit avec le sentiment de la justice rétributive (la justice distributive convie à l'égalité entre enfants, tandis que la justice rétributive pourrait faire admettre une inégalité à titre de sanction). Parmi les partisans de la liberté testamentaire, souvent l'argument a été présenté qu'il fallait assortir d'une sanction la magistrature du père de famille, qu'il fallait lui donner le maniement de la quotité disponible comme moyen de récompenser ou de punir.

L'inégalité serait-elle mieux acceptée comme sanction d'une faute ?

Citons un test de l'école de Piaget : une mère avait deux filles, l'une obéissante, l'autre désobéissante ; cette mère aimait mieux celle qui lui obéissait et lui donnait de plus grands morceaux de gâteau. On interroge les enfants : "Que penses-tu de cela ?" et l'on recherche comment se répartissent les réponses entre ceux qui approuvent la mère dans son injustice distributive, qui est une justice rétributive, et ceux qui désapprouvent la mère. Vous trouverez une progression avec l'âge :

De 6 à 9 ans, 70% des enfants approuvent la mère, 30% la désapprouvent. 70% des enfants, par conséquent, donnent la prépondérance à la justice rétributive sur l'injustice distributive.

Mais de 10 à 13 ans, on trouve 40% d'enfants qui approuvent la mère, 60% qui la désapprouvent. Après 13 ans 25% seulement approuvent la mère et 75% la désapprouvent.

La progression est nette au fur et à mesure que l'enfant acquiert plus d'autonomie. Du premier âge où se font les observations enfantines, c'est à dire aux alentours de 6 ans, jusqu'à cet âge de pré-adolescence, aux alentours de 13 ans, le sentiment égalitaire va croissant. Les autres tests confirment cette observation.

La conclusion nous est donc suggérée que le sentiment de l'égalité, et d'une égalité qui ne veut pas tenir compte des fautes commises est quelque chose de profondément enraciné dans la nature humaine.

Examinons, en 3ème lieu les sentiments de la société, les sentiments collectifs.

La sagesse millénaire de l'humanité s'est exprimée par des mythes à cet égard, et c'en est un fort répandu que le mythe des frères ennemis. Je mets à part certaines formes du mythe, parce que ce sont des formes qui concernent des enfants de lits différents : le mythe de Cendrillon, par exemple, qui concerne l'enfant du premier lit ou le mythe du bâtard repoussé par la famille légitime, Ismaël et Agar. Prenons des enfants légitimes de mêmes parents, nous avons alors deux mythes typiques bien connus :

D'abord, le mythe de Romulus et Rémus, jumeaux, parfaitement égaux en droit, par conséquent. Ils ont été départagés par les dieux d'une manière absurde : celui qui observerait le premier le plus grand signe augural aurait la prépondérance : Rémus n'a vu que six vautours, Romulus en a vu douze. Romulus l'a emporté, c'est lui qui a donné son nom à la ville. Mais ce fut le commencement d'une jalousie qui monta jusqu'à la bravade et jusqu'au drame final. C'est Romulus, sans doute, qui donna son nom à la ville, mais à travers la littérature des Romains, on voit que Rome voue une secrète tendresse à Rémus, qui est mort jeune et sans tache. Romulus, sans doute, a eu de la force, il a réussi, mais une sorte de regret mythique se tourne vers Rémus.

Le second mythe est celui de Caïn et Abel. Caïn est l'aîné, Abel est le cadet. Caïn est le laboureur, Abel c'est le pasteur. Certains ont mis à la base du mythe la lutte entre laboureurs et pasteurs. En fait : c'est le premier frème de la jalousie entre frères et c'est un mythe accablant parce que la révolte de Caïn, à vues humaines, avait les apparences de la légitimité. Rien ne légitimait humainement que l'offrande d'Abel fût plus agréable à Dieu. Saint-Paul a dit, bien plus tard : "C'est par la foi qu'Abel offrit à Dieu un sacrifice meilleur". Mais à vues humaines, le sacrifice d'Abel n'était pas meilleur que celui de Caïn et cependant, c'est Caïn qui a été maudit.

Comment l'humanité va-t-elle, à partir de ces mythes, conclure législativement ?

Aussi bien pour le mythe de Caïn et d'Abel que pour le mythe de Romulus et Rémus, la conclusion législative, ce n'est pas la prééminence de l'un sur l'autre, c'est l'éternité de la jalousie entre frères, le désastre qui menace l'humanité par ce sentiment de jalousie et, par conséquent, l'horreur législative que ce sentiment doit inspirer, l'effort législatif qui est demandé à toutes les sociétés pour empêcher la jalousie de naître entre frères.

L'égalité apparaîtra ainsi, non pas justifiée tellement par la justice, mais plutôt justifiée par une sorte d'utilité psychothérapique. IL faut empêcher par une égalité, même absurde, d'alimenter la jalousie entre frères. Voilà ce que, peut-être, on peut apercevoir à travers ces mythes ancestraux.

2) Recherche des conséquences, des phénomènes d'égalité ou d'inégalité.

A - Les effets directs.-

Pour raisonner sur l'exemple français, on se demanderait quels ont été les effets directs du système juridique égalitaire, du système d'égalité successorale complète qu'avait voulu le législateur de 1804. ("complète" en ce sens que c'était une égalité en nature très poussée, suivant l'ancien article 832, aussi bien qu'une égalité en valeur, non pas "complète" quant à l'étendue, car la faculté de la quotité disponible était laissée au père de famille).

Sur le plan économique en est-il résulté ce morcellement des terres que, par un raisonnement assez facile on est amené à supposer ?

Si, à chaque génération, on doit partager également le patrimoine, notamment le patrimoine paysan, il va en résulter un effet de pulvérisation. Cet effet de pulvérisation a-t-il eu lieu ? Ce serait une recherche à faire.

Il a été contesté à partir de statistiques, ou l'étude de cas. Souvent, en effet, l'observation dément l'effet qu'on pourrait attribuer au raisonnement abstrait, et l'on constate qu'au cours du XIXème siècle, les patrimoines paysans morcelés un instant se regroupaient assez rapidement. La loi de partage égal, en fait, n'a peut-être

pas abouti au dépeçement continu que laissait supposer le raisonnement purement théorique, parce que, périodiquement, le plus énergique dans la fratrie rachetait le lot des autres et reconstituait l'unité. Il y avait là, d'ailleurs, une pression concurrentielle qui pouvait avoir sa valeur, et qui pouvait neutraliser les inconvénients économiques immédiats à déduire de la règle d'égalité.

B/ Les effets indirects ou, plus exactement, en termes de psychosociologie, les réponses des individus au système juridique d'égalité.

En raisonnant toujours sur le système français, quels ont été, à partir du Code de 1804, les réponses des intéressés à ce système juridique qui imposait le partage égal entre les enfants ?

Il y a une réponse que l'on a dénoncée couramment: la restriction de la natalité. Ne pouvant plus faire un aîné, a-t-on dit, le propriétaire rural français a fait un enfant unique. C'était une autre manière de résoudre la question. Ici encore, des recherches systématiques seraient nécessaires.

Citons à ce sujet un texte assez remarquable de Balzac. Celui-ci était préoccupé par le problème du partage égal, du régime successoral du Code Napoléon qu'il désapprouvait, car il avait des conceptions politiques aristocratiques et conservatrices. Dans un de ses romans, qui n'est pas parmi les plus célèbres : "Les Mémoires de deux jeunes mariées", de 1840, une des deux épistolières écrit à l'autre :

"Toute femme mariée apprend à ses dépens "les
" lois sociales, qui sont incompatibles en beaucoup
" de points avec celles de la nature. On peut avoir
" en mariage une douzaine d'enfants en se mariant à
" l'âge où nous sommes, et si nous les avons, nous
" commettrions douze crimes, tandis que deux enfants
" sont deux bonheurs, deux bienfaits, deux créations
" en harmonie avec les moeurs et les lois actuelles.
" La loi-naturelle et le Code sont ennemis, et nous
" sommes le terrain sur lequel ils luttent. Appelle-
" ras-tu dépravation la sagesse de l'époux qui veille
" à ce que la famille ne se ruine pas elle-même ?

Telle est, selon Balzac, la réponse des familles riches françaises au régime successoral du code Civil: la famille à

deux enfants, un idéal de l'état stationnaire, pourrait-on dire. Il s'agit de maintenir le patrimoine familial tel quel. Pour cela, on peut avoir deux enfants mais il ne faut pas en avoir davantage. Pourquoi deux ?

Il y a postulat de sociologie juridique : c'est que les mariages ne sont pas des mésalliances, que les mariages unissent deux familles d'égale situation, d'égale fortune, de sorte que chacun des deux enfants retrouvera dans les successions de ses deux parents l'équivalent de la situation qu'avait l'un de ses parents au départ dans la vie. (S'il y avait un seul enfant, ce serait autre chose, ce serait la loi de capillarité, l'ascension sociale ; l'enfant unique aurait plus que n'avait chacun de ses deux auteurs).

Tels sont les postulats sociologiques, les sous-entendus juridiques qui sont dans ce passage de Balzac. Mais il faudrait appliquer à la question une recherche plus approfondie.

Ainsi apparaît ce que la sociologie juridique peut apporter au droit. Elle ne peut pas tout lui apporter. Elle ne peut, notamment, dans son état actuel, conduire à des conclusions législatives catégoriques. Quelques exemples l'ont montré dans le domaine même du droit successoral. Il est extrêmement difficile de passer de l'observation en sociologie à la conclusion normative. La sociologie juridique, dans son état actuel, ne peut pas non plus aboutir à l'élaboration de lois scientifiques au sens où l'on parle de loi scientifique dans les sciences physico-chimiques. Mais alors, quel peut être le rôle de la sociologie juridique ?

Il peut être un rôle de critique à l'égard du droit positif, ou même de la lex ferenda dogmatiquement proposée. La sociologie juridique peut donner des angles de vision que le droit dogmatique ne donne pas. La critique du droit, l'esprit critique en général, est une chose qui tend parfois à manquer, depuis que nous sommes peut-être moins historiens, depuis que nous avons moins le sens historique, mais la sociologie juridique peut prendre le relai de l'histoire, et nous restituer cet esprit critique qui est indispensable aux juristes.

-ooOoo-