Sociologie juridique d'après les notes prises au cours et avec l'autorisation De M. Jean Carbonnier 1974-1975

Introduction P 1

Section I - Idée générale de 1a sociologie juridique ***P 1***

Paragraphe 1 –Les frontières de la sociologie juridique P 2

A – Les frontières avec le droit dogmatique P 2

B- Les frontières avec la sociologie générale P 3

Paragraphe 2 – Les compartiments de la sociologie juridique P 4

Section II – Les recherches empiriques en sociologie juridique ***P 11***

Paragraphe 1 – Les recherches de bibliothèque P 15

A - L'étude ethnologique P 15

B- L'analyse de contenu P 20

Section III – Les doctrines en sociologie juridique ***P 47***

Paragraphe 1 – Les courants idéologiques P 47

A – Les courants conservateurs P 48

B- Le courant révolutionnaire P 52

Paragraphe 2 – Les synthèses explicatives P 55

A- L'évolutionnisme juridique P 55

B- Le structuralisme juridique P 60

C- Le pluralisme juridique P 61

Partie générale : Le Code civil des Français comme phénomène sociologique P 64

Chapitre I – La législation en général comme objet d'étude sociologique ***P 65***

Section I – Les législateurs P 65

Paragraphe 1 - Le législateur réel P 65

Paragraphe 2 – La part des hommes dans la réalité de la législation P 69

Paragraphe 3 – La part des choses dans la réalité de la législation P 76

Section II – Les lois P 84

Paragraphe 1 – La décision P 84

Paragraphe 2- Le texte, produit de l'activité législative P 86

Chapitre II – Les influences sociologiques qui se sont exercées sur le Code civil ***P 90***

Section I – La sociologie des législateurs de 1804 P 90

Paragraphe 1 – La sociologie législative dans les idées du temps P 91

Paragraphe 2 – La sociologie législative dans les faits P 100

Section II- Les forces sociologiques à l'œuvre en 1804 P 103
Paragraphe 1-La diversité des forces sociologiques en présence P 103
Paragraphe 2 – L'unité de décision P 115
Chapitre III - Les influences sociologiques exercées par le Code civil P 119
Section I- Difficultés et méthodes de la recherche P 120
Paragraphe 1-Le Code civil des Français P 120
Paragraphe 2-La société européenne où va s'exercer l'influence du Code civil des Français P 123
Paragraphe 3 – La relation d'influence P 127
Section II – Quelques directions de recherche P 129
Paragraphe 1- L'effet de codification P 129
Paragraphe 2- L'effet d'abstention du Code civil P 135
Paragraphe 3- L'effet de réglementation du Code civil P 139

Partie spéciale P 147
Chapitre I – Droit et population P 147
Section I- La législation démographique P 148
Paragraphe 1-Aspects sociologiques des législations démographiques P 148
Paragraphe 2-Sociologie du problème législatif de l'avortement P 154
Section II- Sociologie du droit de la filiation P 157
Paragraphe 1- La filiation naturelle en générale P 158
Paragraphe 2 – La filiation adultérine P 161
Chapitre II - Droit et inflation P 165
Section I - Les monnaies P 166
Paragraphe 1- L'origine des monnaies P 166
Paragraphe 2-L'iconographie des monnaies P 168
Paragraphe 3- Le droit naturel des monnaies P 170
Section II – L'emprunt P 172
Paragraphe 1- Les emprunts privés P 172
Paragraphe 2- Les emprunts publics P 173
Section III- L'impôt P 174
Paragraphe 1- La loi fiscale P 175
Paragraphe 2 – La résistance à la loi P 177

UNIVERSITE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS

PARIS II

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

Monsieur Jean CARBONNIER

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

ANNEE 1974-1975

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

Nous tenons à exprimer nos remerciements à Monsieur le Doyen CARBONNIER qui a bien voulu autoriser la parution de ce polycopié.

Introduction :

- Idée générale de la sociologie juridique
- Les recherches empiriques en sociologie juridique
- Les doctrines en sociologie juridique

Partie générale :

Le Code Civil des Français comme phénomène sociologique

Chapitre I : La législation en général comme objet d'étude sociologique

- Les législateurs
- Les lois

Chapitre II : Les influences sociologiques qui se sont exercées sur le Code Civil

- La sociologie des législateurs de 1804
- Les forces sociologiques à l'oeuvre en 1804

Chapitre III : Les influences sociologiques exercées par le Code Civil

- Difficultés et méthodes de la recherche
- Quelques directions de recherche

Partie spéciale :

Chapitre I : Droit et population (contribution à la sociologie juridique des personnes et de la famille)

- La législation démographique
- Sociologie du droit de la filiation

Chapitre II : Droit et inflation (contribution à la sociologie juridique du patrimoine)

- Les monnaies
- Les emprunts
- Les impôts

BIBLIOGRAPHIE ELEMENTAIRE

I - OUVRAGES DE SOCIOLOGIE JURIDIQUE

- Henri LEVY-BRUHL - Sociologie du droit, 4ème édition 1971, (Que sais-je?)
- JORION - Sociologie du Droit, Bruxelles 1968
- Dans le Traité de Sociologie de GURVITCH (et autres) le tome II (édition 1968) contient un chapitre consacré à la Sociologie juridique (par GURVITCH lui-même)
- Dans le Manuel de Sociologie de CUVILLIER (édition P.U.F. 1968), un chapitre, p. 466, Tome II, est consacré à la sociologie juridique, un autre à la sociologie de la famille
- Il n'existe pas actuellement de revue consacrée spécialement à la sociologie juridique mais parmi les périodiques de sociologie générale, l'Année Sociologique (cf ci-dessous) renferme une section, habituellement, de sociologie juridique

- R.J. SIMON - The Sociology of law - Interdisciplinary readings, San Francisco 1968
- V. AUBERT Sociology of law - Penguin books - 1969
- A.J. ARNAUD - Enquête sur l'état actuel de la Sociologie juridique, Revue trimestrielle de droit civil, 1972, p. 522 s.
- Le divorce et les Français (ouvrage collectif), P.U.F. 1974

II - OUVRAGES DE SOCIOLOGIE GENERALE

A) Ouvrages de fond :

- H. MENDRAS - Eléments de Sociologie (Coll. U.L. Colin) 1968
- H. MENDRAS - Recueils de textes (A. Colin) 1968
- G. BOUTHOUL - Traité de Sociologie, 2 vol., nouvelle édition 1968, petite bibliographie Payot, Les structures sociologiques, T.I, Variations et mutations sociales, T. 2
- J. DUVIGNAUD - Introduction à la sociologie (coll. Idées, 1966)
- G. LAPRADE et René LOURAU, Clefs pour la sociologie, Seghers, 1971
- J. DUVIGNAUD - Anthologie des sociologues français contemporains, P.U.F. 1970
- J. CAZENEUVE et VICTOROFF - La sociologie (dictionnaire), coll. les dictionnaires du savoir-moderne 1970
- J. STOETZEL - La psychologie sociale, Flammarion 1963
- OTTO KLINEBERG - Psychologie sociale, P.U.F. 1969
- R. DAVAL - F. BOURRICAUD - Y. DELAMOTTE - A. DORON, Traité de psychologie sociale, P.U.F. (Logos) 1970
- D. KRECH et R.S. CRUTCHFIELD, Théories et problèmes de psychologie sociale, 2 volumes traduits de l'anglais par H. Lesage, P.U.F. 1952
- J. MAISONNEUVE, Introduction à la psychologie, P.U.F. 1973
- ANDREE MICHEL - La sociologie de la famille, Mouton 1970 (recueil de morceaux choisis)
- ANDREE MICHEL, Sociologie de la famille, P.U.F. 1972
- H. MENDRAS, Sociologie de la campagne française, P.U.F., coll. "Que sais-je ?"

B) Ouvrages de méthodologie :

- Madeleine GRAWITZ, Méthodes des sciences sociales, Dallo . 1972
- Maurice DUVERGER, Méthodes des sciences sociales, Thémis
- Hubert BLALOCK, Introduction à la recherche sociale, éd. Gembloux Bruxelles, 1973
- Raymond BOUDON, Les méthodes en sociologie, Collection "Que sais-je?" P.U.F. 1970
- Albert BRIMO; Les méthodes des sciences sociales, Collection Université nouvelle (Précis Dornat), 1972

C) Périodiques :

- L'année sociologique fondée par DURKHEIM en 1896 - 1ère et 2ème séries Alcan 1896-1912 et 1923 - 1925
  Actuellement 3ème série P.U.F. 1949 s. (un volume par an, dernier paru n° 24/1973)
  De 1934 à 1942, l'Année sociologique avait été remplacée par les Annales sociologiques
- Cahiers Internationaux de Sociologie (P.U.F.)
  (Directeur : G. BALANDIER)
- Revue Française de Sociologie, (édition C.N.R.S. 1960 et s.)
  (Directeur : J. STOETZEL)
- Archives Européennes de Sociologie (Directeur R. ARON)
- La revue Population de l'Institut National d'Etudes Démographiques (I.N.E.D.) fondée en 1946 est importante pour la sociologie de la famille (ex. n° spécial de juin 1971 : Famille, Mariage, Divorce)
- La revue "Sondages" publie les enquêtes de l'I.F.O.P. (Institut français d'opinion publique)

D) J. CAZENEUVE, F. BALLE, . . AMOUL, Guide de l'étudiant en sociologie, P.U.F. 1971

INTRODUCTION

La sociologie juridique est une discipline relativement nouvelle . On peut lui trouver des précurseurs au 18ème siècle : Montesquieu et, dans une certaine mesure, Jean-Jacques Rousseau . Au 19ème siècle, se détachent les noms de Durkheim et d'Auguste Comte . Ce n'est qu'au 20ème siècle que la sociologie du droit se constitue réellement, par le nom en particulier .

Sociologie du droit, sociologie juridique ?

L'expression "sociologie juridique" est critiquée : certains disent que la sociologie ne se doit pas d'être juridique ; elle doit porter sur le droit . Ils pensent qu'il serait donc préférable de parler de sociologie du droit .

D'autres auteurs emploient cette expression avec une intention particulière, celle de l'étude du droit au sens strict .

Il convient donc de définir ce que l'on entend par sociologie juridique .

Section I - IDEE GENERALE DE LA SOCIOLOGIE JURIDIQUE :

On dit volontiers que c'est l'étude de la société en rapport avec le droit, ou du droit en rapport avec la société .

La sociologie est l'étude des causes sociales du droit et des effets sociaux du droit . Mais, au fond, tous les juristes ne font-ils pas alors de la sociologie juridique ? En effet, quel est le juriste qui expose le droit sans se préoccuper des causes et effets de telle ou telle institution ?

Il nous faut alors chercher une approche plus rigoureuse : on dira que c'est une branche de la sociologie générale qui étudie les phénomènes sociaux que sont les phénomènes juridiques . Elle essaie d'atteindre le droit en tant que phénomène .

Paragraphe I - Les frontières de la sociologie juridique :

Elles doivent être tracées de deux côtés : du côté du droit dogmatique et du côté de la sociologie générale .

A - Les frontières avec le droit dogmatique :

En quoi la sociologie du droit se distingue-t-elle du droit dogmatique ? Les uns placent la différence dans le point de vue de celui qui pratique la discipline . Le juriste dogmatique se place à l'intérieur de son système juridique : il y participe et l'appréhende donc de l'intérieur . De ce fait, tout juriste dogmatique a une vocation à devenir créateur de droit . C'est un acteur du droit .

Au contraire, le sociologue du droit est un spectateur par rapport au système juridique . Il peut apprécier le droit, mais sans le créer . C'est cette distance entre lui et le système juridique qui le caractérise .

On peut objecter à cette thèse que le juriste qui pratique la philosophie du droit, ou la théorie du droit, prend également une certaine distance vis à vis du droit . Mais, en fait, le philosophe du droit parle au nom d'un système idéal qui est la projection de son propre système juridique . De plus, il contemple le droit dans sa réalité ontologique et non phénoménologique .

Le sociologue du droit va travailler avec des statistiques, des sondages, des études, alors que le juriste travaille avec des textes et des raisonnements .

On peut également objecter que parmi les sociologues du droit, il en est certains qui font de la spéculation très proche de la philosophie du droit . Mais on répondra à cela que, puisqu'ils s'occupent de phénomènes, on les considèrera comme des sociologues . D'ailleurs, Durkheim et Gurvitch n'ont pas toujours utilisé l'outillage du sociologue du droit .

3 - Les frontières avec la sociologie générale :

La sociologie générale ne reconnait pas toujours l'autonomie des sociologies particulières . Les sociologues généraux découpent souvent la sociologie suivant des lignes où le droit ne retrouve plus sa spécificité . Par exemple, un découpage distingue la sociologie des professions, des décisions et des organisations . Dans ce découpage, la sociologie juridique se trouve donc elle-même découpée :

- sociologie des professions : étude de la magistrature, par exemple
- sociologie des décisions : étude du jugement, par exemple
- sociologie des organisations : tout le reste de la sociologie juridique

car les sociologues généraux ne considèrent, à la limite, le droit que comme une organisation : le droit ne serait qu'une branche des organisations sociales .

Malgré cette tendance de la sociologie générale à dénier son autonomie à la sociologie juridique, il faut la distinguer avec une réalité propre . En effet, elle étudie le droit en tant que phénomène, phénomène différent des autres organisations sociales . La juridicité caractérise certains phénomènes sociaux : en particulier, il ne faut pas confondre droit et moeurs .

Mais la difficulté réside dans le choix d'un critère de distinction :

- dans la pensée de Marx, le droit est un phénomène de classe, tandis que les moeurs sont communes à toutes les classes . Mais ce critère n'est pas sûr . Il peut y avoir des schismes de classes dans les moeurs .

- Le critère le plus classique nous vient de DURKHEIM . Il est tiré de la contrainte sociale . La règle de droit et la règle de moeurs sont des commandements émanant de la société que celle-ci fait respecter . Mais la nature de la contrainte est différente :

. pour le droit, la contrainte sociale est consciente, organisée ;
. pour les moeurs, la contrainte est diffuse .

Ce critère à notre époque a été mis en doute et on a proposé de le remplacer, surtout dans la sociologie anglosaxonne, par le critère de l'intervention du juge .

- le critère de l'intervention du juge ou critère de la justiciabilité . C'est l'éventualité, pour une règle, de donner lieu à l'intervention du juge . Pour sortir de l'impasse où l'on se trouve du fait des antagonismes dans la société, les sociétés, à partir d'une certaine époque, passent de la diade à la triade avec l'intervention d'un juge qui arbitre .

Paragraphe 4 - Les compartiments de la sociologie juridique :

Les divisions peuvent s'opérer suivant différents clivages :

- les clivages s'opérant par projection de catégories juridiques .

Les plus larges viennent de la division entre les différentes parties du droit : droit civil, commercial, etc... On pourrait diviser la sociologie juridique par grandes branches du droit : par exemple, sociologie du droit civil, sociologie du droit commercial, administratif, etc...

Cependant, les habitudes déjà prises peuvent créer des chevauchements : il n'est pas usuel de parler de la sociologie du droit administratif, qui est absorbée dans la science administrative . De même, le cas de la sociologie criminelle : la sociologie criminelle n'est pas la sociologie du droit pénal, mais la sociologie de la criminalité . La sociologie du droit pénal est tout autre chose .

- le clivage par institutions juridiques .

Il y en a beaucoup . Il y a les institutions primaires : la loi, le jugement, etc..., les institutions secondaires : contrat, propriété, ménage, etc... Les phénomènes juridiques secondaires viennent du primaire .

Mais on risque de se heurter à la sociologie générale : par exemple, la famille est à la fois un phénomène de moeurs, de droit, d'économie . Dans les nombreux travaux sur la famille faits par la sociologie générale, on relève une quantité d'observations utiles pour la sociologie du droit de la famille .

On peut aussi effectuer des clivages à partir des différentes catégories de la sociologie générale .

Parmi ces clivages, nous retiendrons d'abord ceux qui tiennent à des différences d'objet . Il est un fait que la sociologie en général est susceptible d'une acception large qui englobe les branches de la sociologie dont nous allons parler à l'instant . Mais d'autres sociologues, plus rigoureux, mettent à part de la sociologie au sens propre du terme, certaines disciplines qui se distinguent de la sociologie en général par la spécificité de l'objet .

Tel est le cas, en premier lieu, de l'ethnologie .

On peut parler d'une ethnologie générale distincte de la sociologie générale, comme on peut parler d'une ethnologie juridique distincte de la sociologie juridique . Il y a donc une sorte de spécialité, l'ethologie juridique qui s'est taillée une autonomie, à l'intérieur de la sociologie juridique . Henri LEVY-BRUHL avait un enseignement d'ethnologue juridique .

Mais comment définir l'ethnologie juridique, comment la séparer de la sociologie juridique ?

Dans une acception première, la plus étroite, l'ethnologie, c'est la science des ethnies . Il fallait prendre le mot "science des ethnies" dans un sens particulier, c'est à dire dans le sens des tribus par opposition aux nations constituées . Tandis que la sociologie générale se donnait pour champs de recherche les sociétés parvenues à un certain

degré de développement et de culture, l'ethnologie se donnait pour champ de recherche les sociétés dites primitives . On parle plus volontiers aujourd'hui de sociétés archaïques . Ces sociétés archaïques se caractériseraient par la présence en elles d'un type de mentalité distinct de la mentalité rationaliste, logique des sociétés européennes, dites civilisées . La mentalité archaïque se caractériserait par un type de logique, de prélogique, distinct de notre logique (cf J. CAZENEUVE : "La mentalité archaïque") .

On dit encore que ces sociétés sont, et l'expression est plus récente, des sociétés a-historiques, parce qu'elles se caractériseraient suivant l'optique structuraliste, par l'absence d'évolution, l'absence d'histoire .

Mais on ne s'en est pas tenu à ce champ de recherche . Dans une conception qui est devenue courante chez les sociologues, et en particulier chez les sociologues de langue française, il peut y avoir une ethnologie une ethnologie générale, et par projection une ethnologie juridique, même au sujet de sociétés de type européen . On peut faire de l'ethnologie sur la société française . Ainsi fonctionnent près de nous le Centre d'Ethnologie Sociale de Monsieur Chombart de Lauwe et le Centre d'Ethnologie Française . Ces institutions sociologiques travaillent sur la société française : mais il s'agit de la société française traditionnelle saisie, à une certaine profondeur de son passé (cela peut être un passé relativement récent), et à une certaine profondeur de réalité populaire . Par opposition à une recherche globale sur la société, l'ethnologue s'intéresse, par préférence, à la couche populaire de notre société . Et là, à cette profondeur de passé et de populaire, l'ethnologie générale et l'ethnologie juridique retrouvent ce que l'on appelle le folklore, folklore juridique comme il y a un folklore général .

Nous avons ainsi des rameaux qui se sont détachés de la sociologie générale ou juridique : l'ethnologie générale ou juridique, le folklore général ou le folklore juridique .

Ce n'est pas loin de l'ethnologie qu'il faut loger l'anthropologie . Il y a une anthropologie qui se distingue, à l'heure actuelle, de l'ethnologie, et à plus forte raison de la sociologie générale . Par projection, nous pouvons admettre qu'il y aurait place pour une anthropologie juridique distincte à la fois de l'ethnologie et de la sociologie juridique .

Mais qu'est-ce au juste ?

Etymologiquement, l'anthropologie, c'est la science de l'Homme . L'Homme est un animal social . Si nous appliquons notre recherche à l'Homme, n'allons-nous pas retrouver l'homme en tribu, s'il s'agit d'un homme primitif et donc du même coup l'ethnologie ? Ou bien, l'homme en société, et alors nous retrouvons la sociologie .

Est-ce qu'il y a finalement lieu d'établir une science distincte qui serait l'anthropologie ?

Il faut ici nous référer avec beaucoup de circonspection à la distinction entre nature et culture .

L'anthropologie s'efforcerait de découvrir l'Homme dans sa nature, l'Homme avant toute culture . Tandis que l'ethnologie, et à plus forte raison la sociologie, s'attacherait à l'homme placé dans un milieu culturel . Il s'agirait donc pour l'anthropologie d'étudier l'Homme dans ce qu'il a de plus primitif, presqu'aux confins de l'animalité .

Dans le juridique, qu'est-ce que cela peut signifier ? Nous avons un concept de nature dans notre droit et nous avons des théories de droit naturel . Est-ce à dire que le droit naturel serait le droit de l'Homme naturel, de l'homme, à ce niveau de primitivité auquel veut atteindre l'anthropologie juridique ?

A la vérité, notre droit naturel est quelque chose de très peu primitif, et quelque chose de très élaboré . Il n'empêche qu'il peut y

avoir un lien entre nos concepts venus du droit dogmatique sur le droit naturel et le concept de nature tel qu'y travaille l'anthropologie .

Il y aurait des règles très primitives et qui auraient un caractère d'universalité dans l'Humanité . Il y aurait des règles, selon certains anthropologues, qui se retrouveraient dans toutes les sociétés, mêmes les plus primitives . Ce serait cela la nature humaine, ce serait cela la nature de l'homme juridique .

Quelles sont ces règles ?

Selon Monsieur Claude LEVY-STRAUSS, il y aurait en première ligne le tabou, la prohibition de l'inceste . Il y aurait la règle de l'échange, de la réciprocité du don, ce besoin de communication à charge de réciprocité .

Cette règle de réciprocité serait au trefonds de la nature humaine, et au trefonds du droit . Ce serait ce trefonds du droit, concrétisé dans la règle de la réciprocité, dans la règle de l'échange, qui constituerait l'objet même de l'anthropologie juridique .

Quelques anthropologues y ajouteraient une autre règle, mais déjà le terrain est moins sûr : la spécificité des fonctions de chacun des deux sexes dans la société .

Un autre rameau : la psycho-sociologie :

En sociologie générale, à l'heure actuelle, on ne fait plus très clairement la distinction entre ce qu'est rigoureusement la sociologie et ce qu'est rigoureusement la psychologie sociale . Que veut-on dire quand on essaie de distinguer la psychologie sociale de la sociologie en général et de la sociologie juridique ?

Au lieu d'étudier les rapports sociaux à travers les institutions, on les étudiera à travers les représentations au sens psychologique du terme, les représentations collectives, les états collectifs de conscience auxquels ces institutions peuvent donner lieu .

Nous voyons donc cette teinte de psychologie qui est introduite dans la sociologie : mais est-ce une novation assez considérable pour que l'on puisse parler d'une science tout à fait distincte ?

Il est évident, par les travaux mêmes de la sociologie contemporaine qu'il n'est guère possible de distinguer la sociologie de la psychologie sociale . Il est peu de sociologues qui fassent abstraction aujourd'hui des représentations collectives, c'est à dire des phénomènes psychologiques qui accompagnent les phénomènes sociaux . Du même coup, la sociologie juridique peut difficilement ne pas faire leur place aux phénomènes psychologiques . Et en ce sens, elle est, comme la sociologie générale, une psychologie sociale, une psycho-sociologie .

Mais seulement, une question va ici se poser . Il n'y a pas de difficulté majeure à conjoindre la psychologie sociale ; mais y-a-t-il une place dans la sociologie juridique pour une psychologie juridique qui ne serait pas une psychologie sociale, mais qui serait une psychologie individuelle ou une psychologie interindividuelle ? Peut-il y avoir des psychologues du droit ? Peut-il y avoir des phénomènes psychologiques individuels qui seraient des phénomènes juridiques ? Le droit se prête-t-il à une psychologie individuelle ou interindividuelle qui ne serait pas en même temps une psychologie sociale ?

Il doit être très difficile de construire une psychologie juridique qui soit purement individuelle, car c'est une psychologie qui se réfère au droit : il s'agit d'états de conscience qui doivent être conçus par rapport au droit . Or le droit est un mécanisme social . Si un phénomène psychologique est juridique, par la force des choses la société y est présente, parce que le droit y est présent et que le droit n'est pas un phénomène

individuel : il n'y a de droit que par la société .

Un exemple : le testament olographe . C'est la solitude la plus complète qui précède le testament olographe . Le phénomène considéré en lui-même est un phénomène de psychologie que l'on pourrait dire, a priori, rigoureusement individuel . Pourtant il n'y a de testament que parce qu'il y a un système de droit et il est évident que dans le testament, malgré sa solitude, le testateur olographique est en présence de la société : il est en présence du droit . Donc, en réalité, cet acte de psychologie individuelle, interindividuelle à la rigueur, ne peut pas être compris autrement que comme un phénomène relevant de la sociologie .

Nous voyons donc la difficulté particulière à la sociologie juridique d'abstraire la psychologie de la sociologie .

Il y a un autre clivage concevable qui nous est proposé par la sociologie générale et que nous pouvons transporter en sociologie juridique ; c'est le <u>clivage selon les méthodes</u> .

Nous constatons qu'à l'heure actuelle en sociologie générale, il y a deux modes d'action, deux méthodes des sociologues : il y a des sociologues empiriques et il y a des sociologues théoriciens .

Il y a des sociologues qui font des recherches par voie d'enquêtes sur le terrain, en lançant des sondages, en analysant des statistiques : ce sont les sociologues empiriques . Cette <u>sociologie empirique</u>, qui nous est venue des Etats-Unis, a, à l'heure actuelle, une très grande vogue, une très grande activité : il y a une floraison d'ouvrages, d'articles qui ont pour assises des enquêtes, des sondages, des statistiques, des recherches ethnographiques, toute démarche que l'on qualifie d'empirique .

En regard, et c'était la démarche qui était dominante au début du siècle, ce fut la démarche de DURKHEIM, de GURVITCH : on a des théo-

riciens très proches de la philosophie du droit qui réfléchissent aux phénomènes juridiques, aux phénomènes sociaux et qui font des théories : ils font une oeuvre spéculative . C'est la sociologie théorique .

Ces deux méthodes ont leur raison d'être chacune . Ce que nous retiendrons ici, c'est qu'il y a place dans la sociologie générale comme dans la sociologie juridique pour ces deux types de recherche . Nous verrons dans la section II les recherches empiriques et dans la section III les doctrines en sociologie juridique .

Section II : LES RECHERCHES EMPIRIQUES EN SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Cette section présente un double objectif :

- nous donner une meilleure connaissance de la sociologie juridique, telle qu'elle fonctionne ;

- et tout à la fois nous donner une première connaissance des méthodes empiriques de la sociologie du droit .

Tel est le double objectif que nous nous efforcerons conjointement de poursuivre .

La sociologie juridique a beau être une discipline récente, depuis une vingtaine d'années en France, depuis plus longtemps aux Etats-Unis, les recherches empiriques se sont multipliées et sont aujourd'hui nombreuses .

Avant de présenter les recherches empiriques de la sociologie du droit à travers un classement des méthodes principales, nous ferons trois remarques préliminaires .

1ère remarque :

Tous les secteurs du droit ne sont pas également recouverts par les recherches de la sociologie du droit .

Ainsi, la sociologie du droit pénal, à cause de la sociologie criminelle, a été beaucoup plus active, depuis longtemps, que la sociologie du droit commercial .

Si même nous considérons plus spécialement le droit civil, nous pourrons faire la remarque que la recherche sociologique est plus abondante dans la partie que nous appellerions dogmatiquement l'Introduction au Droit : la théorie de la Loi, la théorie du Jugement, de la Jurisprudence . Nous y trouvons des recherches de sociologie juridique . Il en est de même dans un autre secteur, celui de la Famille .

Pourquoi cette sorte de prédilection pour l'Introduction au Droit Civil d'une part, et pour le Droit de la Famille d'autre part ? Tout simplement parce que, dans un enseignement de droit civil, ce sont les matières les moins techniques, les plus parlantes pour un non-juriste . En effet, une grande part de ces recherches ont été effectuées par des sociologues de formation non juridique ; ce qui explique qu'il y ait tant de recherches sociologiques sur le mariage par exemple (on est à la frange du droit et des moeurs), tandis qu'il y a si peu de recherches sociologiques sur le contrat ou sur la responsabilité civile .

2ème remarque :

Les recherches empiriques, surtout en France, sont marquées d'un caractère contingent : en effet, tandis qu'aux Etats-Unis, beaucoup de recherches de sociologie du droit ont été menées dans une perspective académique, en France, pour des raisons purement contingentes, ce sont souvent des besoins pratiques qui ont fait que l'on a travaillé sur tel ou tel secteur du Droit .

Mais quels besoins pratiques ? Qui peut se servir de la sociologie du droit ?

Ce sont des juristes, au sens large du terme, qui ont des besoins en sociologie ; c'est l'administration de la Justice qui a en France des besoins législatifs qu'elle a voulu éclairer par des recherches sociologiques, et c'est ainsi qu'on en est venu, pratiquement, en France, à faire de la recherche empirique .

Ces finalités pratiques ne sont pas sans influence sur les méthodes . En effet, à l'heure actuelle, la sociologie générale est arrivée à un haut degré de formalisation ; elle s'est mathématisée . Une conséquence en découle pour la recherche empirique : il ne faut pas que les méthodes soient trop perfectionnées, si on veut qu'elles soient utilisables . De même il faut que les résultats de la recherche empirique de sociologie du droit ne soient pas trop mathématisés, trop formalisés, afin qu'ils soient accessibles à l'utilisateur non sociologue ; sinon, ils ne passeront pas dans la conscience des utilisateurs .

<u>3ème remarque</u> :

Elle concerne la très grande diversité des techniques en sociologie générale . La sociologie juridique a puisé sa méthodologie dans la sociologie générale . Ces diverses méthodes, ces techniques peuvent être classées suivant différentes manières, sauf à remarquer que, d'un classement à l'autre, il peut se produire des chevauchements .

Un premier classement tient compte du volume de l'objet observé :

Si l'objet est unique, nous dirons que la recherche est monographique ;

Si l'objet est plural, nous dirons que la recherche est quantitative .

1ère remarque :

Tous les secteurs du droit ne sont pas également recouverts par les recherches de la sociologie du droit .

Ainsi, la sociologie du droit pénal, à cause de la sociologie criminelle, a été beaucoup plus active, depuis longtemps, que la sociologie du droit commercial .

Si même nous considérons plus spécialement le droit civil, nous pourrons faire la remarque que la recherche sociologique est plus abondante dans la partie que nous appellerions dogmatiquement l'Introduction au Droit : la théorie de la Loi, la théorie du Jugement, de la Jurisprudence . Nous y trouvons des recherches de sociologie juridique . Il en est de même dans un autre secteur, celui de la Famille .

Pourquoi cette sorte de prédilection pour l'Introduction au Droit Civil d'une part, et pour le Droit de la Famille d'autre part ? Tout simplement parce que, dans un enseignement de droit civil, ce sont les matières les moins techniques, les plus parlantes pour un non-juriste . En effet, une grande part de ces recherches ont été effectuées par des sociologues de formation non juridique ; ce qui explique qu'il y ait tant de recherches sociologiques sur le mariage par exemple (on est à la frange du droit et des moeurs), tandis qu'il y a si peu de recherches sociologiques sur le contrat ou sur la responsabilité civile .

2ème remarque :

Les recherches empiriques, surtout en France, sont marquées d'un caractère contingent : en effet, tandis qu'aux Etats-Unis, beaucoup de recherches de sociologie du droit ont été menées dans une perspective académique, en France, pour des raisons purement contingentes, ce sont souvent des besoins pratiques qui ont fait que l'on a travaillé sur tel ou tel secteur du Droit .

Mais quels besoins pratiques ? Qui peut se servir de la sociologie du droit ?

Ce sont des juristes, au sens large du terme, qui ont des besoins en sociologie ; c'est l'administration de la Justice qui a en France des besoins législatifs qu'elle a voulu éclairer par des recherches sociologiques, et c'est ainsi qu'on en est venu, pratiquement, en France, à faire de la recherche empirique .

Ces finalités pratiques ne sont pas sans influence sur les méthodes . En effet, à l'heure actuelle, la sociologie générale est arrivée à un haut degré de formalisation ; elle s'est mathématisée . Une conséquence en découle pour la recherche empirique : il ne faut pas que les méthodes soient trop perfectionnées, si on veut qu'elles soient utilisables . De même il faut que les résultats de la recherche empirique de sociologie du droit ne soient pas trop mathématisés, trop formalisés, afin qu'ils soient accessibles à l'utilisateur non sociologue ; sinon, ils ne passeront pas dans la conscience des utilisateurs .

<u>3ème remarque</u> :

Elle concerne la très grande diversité des techniques en sociologie générale . La sociologie juridique a puisé sa méthodologie dans la sociologie générale . Ces diverses méthodes, ces techniques peuvent être classées suivant différentes manières, sauf à remarquer que, d'un classement à l'autre, il peut se produire des chevauchements .

Un premier classement tient compte du volume de l'objet observé :

Si l'objet est unique, nous dirons que la recherche est monographique ;

Si l'objet est plural, nous dirons que la recherche est quantitative .

Il y a place en sociologie juridique comme en sociologie générale pour des statistiques ou des sondages (c'est là de la quantification, parce qu'il y a une pluralité de phénomènes qui vont être pris en compte par la recherche), et pour des études de cas (ce sont des monographies) .

Dans les études de cas, la recherche n'est plus quantitative, mais qualitative parce qu'elle s'efforcera de faire apparaître les qualités des phénomènes . Elle permet un approfondissement parce que l'objet est unique .

Il y a eu une certaine préférence pour la recherche quantitative : elle permet, en effet, plus d'objectivité . Nous allons atteindre, grâce à elle une réalité qui, sans cela, nous échapperait .

A la quantification dans les Sciences Humaines, qui a eu une très grande vogue dans la sociologie américaine, que peut-on objecter ? La quantification n'arrivera pas toujours à discerner les différents facteurs : par exemple nous constatons le taux élevé de la mortalité infantile dans certains pays, mais quels sont les facteurs de cette mortalité ? Différents facteurs peuvent s'enchevêtrer, et nous n'arriverons pas toujours très bien à les discerner .

De plus, il y a des facteurs qui sont très difficiles à connaître et ceci est particulièrement vrai dans les recherches de la sociologie juridique . Dans les enquêtes de sociologie juridique, une des caractéristiques est la fuite de l'objet observé . Les enquêtés souvent se dérobent . Il y a là une difficulté de connaissance qui est un obstacle aux recherches quantitatives .

Ajoutons enfin que si de l'empirisme social nous attendons des prévisions pour l'avenir, ces prévisions seront toujours déroutées par l'imprévisibilité des comportements humains .

Il n'empêche que cette méthode de la quantification conserve une importance extrême .

Mais ce n'est pas ce classement que nous retiendrons à l'intérieur de cette section . Nous prendrons un classement qui se place du côté du chercheur en sociologie du droit, c'est à dire un classement selon le degré d'initiative et d'activité du chercheur .

Le chercheur peut faire des recherches de bibliothèque, c'est à dire des recherches sur des documents déjà constitués . Il peut aussi faire des recherches sur le terrain . C'est l'enquête par sondage, par exemple . Ici, le chercheur doit constituer lui-même son objet en menant l'enquête . Un degré encore, et ce sera la recherche expérimentale . Dans l'expérimentation, par opposition à l'observation, on fait varier l'objet observé afin de saisir les effets de ces variations . C'est dans ce sens qu'il y a un degré d'activité supplémentaire de la part du chercheur .

Nous étudierons successivement dans trois paragraphes chacune de ces techniques, et à l'occasion de chacune d'elles, nous nous efforcerons de faire apparaître les différents niveaux de pénétration dont le chercheur peut user, tantôt la simple description, tantôt l'explication qui va plus loin .

Paragraphe I : Les recherches de bibliothèque :

Plusieurs variétés de recherche de bibliothèque nous apparaissent, selon la nature des documents étudiés : nous en retiendrons trois : l'étude ethnologique (A), l'analyse de contenu (B), la statistique (C) .

A - L'étude ethnologique :

C'est une étude qui est poursuivie sur des documents fournis par l'ethnologue véritable qui aura été enquêter sur le terrain, et qui aura rangé les résultats de ses recherches dans ces documents . Sur les observations préalablement recueillies par des ethnologues, le sociologue du droit pourra travailler au second degré .

Les précurseurs de la sociologie ont volontiers opéré ainsi . Montesquieu et Jean-Jacques Rousseau ont fait des études ethnologiques . Ils ont utilisé les ouvrages rédigés par des voyageurs pour en tirer des observations ethnologiques (L'Esprit des Lois est, pour une large part, un travail à base d'étude ethnologique) .

De même Durkheim et L. Lévy-Bühl ont travaillé sur des documents d'ethnologues .

L'ethnologue du seconddegré dans son étude peut utiliser la méthode comparative en mettant en perspective les observations faites par des ethnologues ayant travaillé sur des terrains très différents .

L'étude ethnologique ne sera pas nécessairement une étude d'ethnies primitives ; cela pourra être aussi une étude menée sur la société française prise à un certain degré de profondeur de passé historique et de caractère populaire .

Citons deux exemples d'études ethnologiques :

- le <u>Ier exemple</u> est classique : c'est le <u>potlatch</u>, mot qui vient, mais sans certitude du langage Kwiakiuth . Vers la fin du siècle dernier, des ethnologues américains font des recherches sur un terrain, dans une ethnie d'Indiens, dont l'habitat se situe en Colombie Britannique, l'ethnie des Indiens Kwiakiuth . Un de ces ethnologues, Boas, remarque un phénomène à plusieurs reprises : un certain jour, une tribu rencontre en un certain lieu une autre tribu ; dans une atmosphère de fête, l'une des deux tribus va remettre à l'autre, très solennellement, des couvertures ; après un certain temps, une nouvelle cérémonie symétrique et inverse de la précédente, c'est à dire que la tribu qui avait reçu les couvertures va remettre à la tribu premièrement donatrice, de nouveau, des couvertures, mais plus qu'elle n'en avait reçues . Il y a eu un don solennel suivi , après un certain temps, d'un don en sens inverse, d'un don avec un "supplément" : <u>le don amène le contre-don</u> .

On est en présence d'un phénomène rituelle, institutionnalisé . C'est cette institution que l'on appelle le "potlatch" .

D'autres ethnologues vont faire état de phénomènes comparables dans des ethnies toutes différentes, en particulier dans les îles de la Polynésie, de la Mélanésie et les îles Samoa .

Voilà le phénomène tel que les ethnologues le décrivent . Un sociologue, non plus sur le terrain, mais ethnologue du second degré, Marcel Mauss, disciple de Durkheim, va s'emparer de ces descriptions ethnologiques et les mettre en perspective avec d'autres descriptions de phénomènes qu'il rencontre dans des terrains très différents qui sont livrés par l'Histoire : ainsi l'Ancien Droit Romain, l'Ancien Droit Germanique, le Droit Scandinave, le Droit Hindou primitif . Constatant une parenté entre les phénomènes, il en induit qu'il existe un phénomène général des sociétés primitives caractérisé par le don qui appelle un contre-don .

Mauss tire de là une loi scientifique (cf son "Essais sur le Don" Année sociologique 1923) : le don est la forme primitive de l'échange . Dans l'évolution des sociétés et des systèmes juridiques, notre phénomène juridique de l'échange aurait eu à sa racine le phénomène du don . Alors que nous concevons juridiquement l'échange comme un acte qui a un caractère onéreux, c'est le caractère gratuit que Mauss met en relief .

Mais pourquoi le don appelle-t-il le contre-don ? C'est que l'objet donné est, en quelque sorte, grevé d'une potentialité maléfique, et celui qui reçoit un don cherchera à neutraliser cette potentialité maléfique par un contre-don . Une observation d'ordre linguistique est assez frappante : le mot allemand "Gift" signifie à la fois don et poison .

C'est là un exemple d'étude ethnologique classique . Mauss a fait application de la méthode comparative, en partant d'observations variées tirées de terrains différents, pour construire, par induction, une loi générale : "Le don est la forme primitive de l'échange" . C'est un emploi, dit-on

encore, de la méthode historico-comparative . En effet, Mauss a utilisé la méthode comparative à la fois dans le temps et dans l'espace . "L'Essai sur le Don" est un très bon exemple de l'emploi de cette méthode .

- le 2ème exemple est tiré d'une recherche récente menée sur une société provinciale française à une certaine profondeur de passé (les décennies qui nous ont précédé) et à un certain niveau populaire (dans le milieu rural) .

Cf l'article de Madame Martine Segalen : "Photographies de noces, mariages et parents en milieu rural" dans la Revue Ethnologique française .

Madame Segalen a choisi dans un village de Basse-Normandie un certain nombre de photographies de noces ayant eu lieu entre le début du siècle et 1946 et les a mises en série .

Nous sommes en présence d'une étude ethnologique, dont nous allons saisir les deux niveaux possibles : le niveau de la description et le niveau de l'explication .

Ier niveau de la description : Madame Segalen fait un certain nombre d'observations :

- Dans le vocabulaire, les intéressés font la distinction entre les noces qui représentent la fête, et le mariage qui représente l'acte juridique devant l'Etat Civil, ou même la cérémonie religieuse ;

- Elle note également les variations des costumes : il y a eu une uniformisation des costumes qui fait que les particularismes provinciaux tendent à s'estomper ;

- La distinction des figurants dans la photographie : il y

a tout à fait à la périphérie les serveurs du banquet, puis la couturière, les camarades de communion des deux époux, quelquefois le propriétaire -bailleur. Et puis, des voisins et des amis . Et, ici, Madame Segalen fait observer qu'il y a une différence entre la noce urbaine où les amis sont très nombreux, et la noce rurale où il y a une grande quantité de parents, mais peu d'amis .

Mais quels parents sont conviés au banquet ? Ici, nous rentrons dans le deuxième niveau de la recherche, et nous allons avoir une quantité d'observations utilisables pour une sociologie du droit de la famille .

Madame Segalen dit que la parenté invitée ne dépasse pas le degré d'oncle, tante et cousin germain .

Nous avons ainsi une donnée qui n'est pas sans prolongement éventuel dans le domaine juridique . En effet, on se demande souvent, en législation, jusqu'où va la famille, avec cette arrière-pensée de calquer la limite du degré successible (qui aujourd'hui est le sixième degré en ligne collatérale) sur les mœurs . Mais jusqu'où les mœurs font-elles aller la parenté ? Nous avons ici une donnée qui semble nous montrer que la parenté collatérale s'arrête assez vite, au 6ème degré, donc plus tôt que nous l'aurions imaginé .

- Autre observation : les degrés généalogiques sont fortement distingués dans la disposition des personnes sur la photographie de noce (la proche parente est plus près des deux époux) ;

- Madame Segalen retrouve en comparant des photos prises dans le même village, à intervalles, les mêmes personnages : c'est ce qu'elle appelle le renchaînement d'alliance . Elle entend par là que les époux du moment ont souvent eu l'occasion de se connaître dans une noce antérieure . Le folklore de la noce, dit Madame Segalen, a pour fonction entre autres, d'ériger en modèle le mariage, qui est vécu ce jour-là, pour y contraindre les célibataires ;

- Enfin, dernière observation : les époux sont au centre de la famille . Ils sont entourés . C'est une position de privilège, mais Madame Segalen voit là, en même temps, le symbole de la pression que la famille exerce sur la constitution du couple . Elle rejoint ainsi les conclusions de Monsieur Alain Girard qui, dans son ouvrage "Le Choix du Conjoint" explique que, si dans le choix du conjoint les parents n'ont plus le rôle juridique qu'ils avaient sous l'Ancien Régime, ils ont toujours un rôle non moins efficace de pression psychologique .

B - L'analyse de contenu :

La sociologie juridique a emprunté cette technique à la pratique des sociologues qui l'ont précédé dans les voies de la sociologie générale . Selon la définition la plus simple, l'analyse de contenu est une lecture attentive d'un texte ; mais cette lecture doit avoir un certain caractère scientifique, doit être faite avec attention et intention . Pour délimiter le procédé tel que nous le présentons ici, il faut exclure l'étude ethnologique, qui au fond est aussi une analyse de contenu, parce que dans l'étude ethnologique il y a l'idée que le livre à une certaine transparence par rapport à ce qui a été l'observation du voyageur ou de l'ethnologue . Semblablement, nous devons exclure de notre étude la statistique, que nous verrons plus loin : bien que la statistique soit aussi une analyse de contenu, c'est surtout une lecture de tableaux, d'ouvrages composés de chiffres .

Nous nous bornerons ainsi à une conception étroite de l'analyse de contenu .

I - Notions générales de l'analyse de contenu :

L'expression nous vient de la formule anglaise "content analysis" . Pour avoir une vision générale de l'analyse de contenu telle que la voient les anglo-américains cf l'ouvrage de Festinger et Kat "Méthodes de recherche dans les sciences sociales", chapitre IO .

a) Le mode opératoire de l'analyse de contenu :

L'analyse de contenu, c'est une lecture, nous l'avons dit, qui doit être conduite avec attention et intention . Mais le degré d'attention peut être porté plus ou moins haut .

Un degré de perfectionnement de l'analyse de contenu, c'est la quantification, c'est à dire que l'on va mesurer la fréquence, on va mesurer les occurences d'un mot dans un texte . Et, en appliquant la méthode comparative à l'analyse de contenu, on pourra tirer certaines inductions des différences de fréquences d'un mot dans les différents textes .

Par exemple, en considérant le Code Civil comme la tête d'une série, nous pourrions prendre la série des éditions successives du Code (c'est à dire le considérer dans l'état qu'il avait par exemple après la Monarchie de Juillet, puis à la veille de la 3ème République, etc,.. et tel qu'il est aujourd'hui), et essayer de mesurer les occurences du mot "famille" par exemple . Nous constatons que, dans le Code de 1804, il revient très peu, et il revient généralement d'une manière collatérale . Au contraire, si nous prenons le Code Civil dans son état actuel, le terme "famille" revient très fréquemment et bien sûr ce changement doit avoir une signification sociologique .

On peut également mesurer la fréquence d'une combinaison de mots : par exemple, "intérêt de la famille" . C'est une association de mots qui, bien sûr, a une signification sociologique .

On peut opérer aussi d'une manière relativement simple : la tabulation des recueils de jurisprudence . On prendra une collection de recueils de jurisprudence, à différentes époques de notre histoire juridique, et sur les tables du recueil d'une année donnée, nous mesurerons le nombre d'occurences jurisprudentielles qui apparaissent sous un mot (par exemple, succession, divorce, etc) . De là, nous pourrons faire une induction relative à l'évolution de notre droit, relativement à tel ou tel phénomène . Mais il nous fau-

dra le faire avec beaucoup de circonspection, car ce n'est pas toute la réalité contentieuse qui apparaît dans un recueil de jurisprudence . Il y a une sélection des recueils .

Néanmoins, le procédé est très accessible . Citons un exemple de cette technique : Monsieur Lombois, dans sa thèse de "L'influence de la santé sur l'existence des droits civils" a tabulé l'application jurisprudentielle de l'article 909 du Code Civil qui interdit à un médecin de recevoir une libéralité de son malade pendant la dernière maladie . Monsieur Lombois a noté que, dans tout le cours du 19ème siècle, il y a eu 49 arrêts recensés relatifs à cet article 909 ; de 1900 à 1930 il en relève 6 ; de 1930 à 1956 8 .

Nous constatons donc une certaine décadence jurisprudentielle de l'article 909 .

Pourquoi cette décadence de cette prohibition de recevoir à titre gratuit, dirigée en 1804, contre les médecins ? Ici, nous essayons de dépasser le stade de la description pour entrer dans la voie de l'interprétation, de l'explication d'une évolution chiffrée .

Plusieurs explications nous viennent à l'esprit :

- ou bien, le prestige du médecin a grandi depuis le début du 19ème siècle, de sorte que les héritiers de l'auteur de la libéralité n'osent plus s'attaquer à lui ;

- ou bien, ce qui est plus probable, les libéralités d'une façon générale, sont devenues plus rares au 20ème siècle ;

- ou bien, ces libéralités, faites à des médecins, en contravention à l'article 909, se cachent, et notamment peuvent revêtir la forme d'un don manuel ou d'un supplément d'honoraires .

L'exemple est propre d'ailleurs à nous faire sentir les limites scientifiques du procédé, vu le petit nombre sur lequel on opère .

Un <u>second perfectionnement</u> est venu, à notre époque, des progrès de la linguistique auxquels sont liés le noms de Saussure et de Chomsky . La nouvelle critique propose des procédés de lecture qui supposent une certaine autonomie du texte par rapport à la pensée qui, estimait-on autrefois, animait le texte . Les nouveaux modes opératoires ont eu une influence sur l'analyse de contenu en sociologie juridique : il y a aujourd'hui des lectures de textes, en particulier de textes juridiques, qui sont faites dans cet esprit de la nouvelle critique, dans l'esprit de cette lecture sémantique .

Citons un exemple récent : c'est l'étude du fonctionnement sémantique du langage de la justice qui a été menée par un sociologue, Monsieur Raymondis . Il s'agit, dans cette recherche, de voir le dysfonctionnement de la communication entre le juge et le justiciable . Monsieur Raymondis a noté sur une série de décisions de justice, prises comme échantillon, que des archaïsmes sont très fréquents dans les textes des jugements : "s'il y échet", "le dit", "le sus-nommé" . Il a relevé la présence de systèmes connotatifs dans la rédaction des jugements, c'est à dire que certaines expressions contiennent un jugement de valeur : le terme "condamner" que nous employons dans tout jugement évoque plus volontiers pour le grand public la condamnation pénale que la condamnation civile, même lorsqu'il est employé dans un jugement civil . Monsieur Raymondis a constaté également que, dans le langage des juges, il y a une partie qui "prétend", alors que l'autre déclare .

Ce procédé demeure encore assez littéraire . On pourrait y faire une objection : dans la recherche dont il s'agit, le chercheur a perçu tout cela en tant que juriste et sociologue, mais qui nous dit que les destinataires réels des textes le perçoivent de la même façon ?

b) L'objet de l'analyse de contenu

Il y a possibilité de distinguer, suivant l'objet de l'analyse de contenu, entre l'analyse portant sur des textes juridiques et celle portant sur des textes non-juridiques .

Il faut toutefois nuancer cette réflexion : en effet, ce qui est véritablement distinctif, c'est l'élément qui, à l'intérieur d'un texte juridique ou non juridique, est l'objet de la recherche . Il peut y avoir de ce point de vue une analyse de sociologie juridique sur un texte non juridique . Il suffit, alors, que dans ce texte non juridique, se trouvent des éléments de sociologie juridique en suspension, et que le chercheur essaie de les déceler .

c) Le volume de textes sur lequel peut porter l'analyse :

Ici il faut faire une distinction entre l'analyse monographique de contenu et l'analyse quantitative de contenu .

On peut opérer sur un texte : c'est l'analyse monographique On peut opérer, et c'est là l'analyse quantitative, sur une série de textes, chaque texte apparaissant comme une entité, ce qui nous permettra d'employer, en quelque sorte, la méthode comparative .

L'analyse monographique permet un certain approfondissement du fait même que notre objet est concentré, ce qui n'est pas le cas pour l'analyse quantitative . Dans cette dernière, on essaiera de s'en tenir à quelques caractères communs à toutes les unités de la série .

2 . L'analyse monographique de contenu

Nous l'avons dit, il s'agit d'opérer sur un texte, et non sur une série de textes ayant chacun une certaine indépendance . .

Ce qui caractérise l'étude monographique, c'est l'homogénéité de l'objet de l'analyse de contenu .

Nous retrouvons l'opposition textes littéraires - textes juridiques .

Parmi les textes littéraires, nous retiendrons comme exemple Balzac . C'est un terrain de choix pour la sociologie juridique . Il a une importance particulière parce qu'il a pris position à l'égard du Code Civil qui a joué un grand rôle dans son oeuvre . Citons quelques recherches sous cet aspect sociologique de l'oeuvre de Balzac ;

- Peytel : "Balzac, juriste romantique" ouvrage de 1950

- Mme M.H. Faillie : "La femme et le Code Civil dans la Comédie Humaine d'H. de Balzac", ouvrage de 1968

D'une analyse monographique d'un texte littéraire tiré de l'oeuvre de Balzac, par exemple, nous pouvons attendre des informations sur certaines pratiques du droit, sur certains phénomènes juridiques qui ne sont pas ordinairement aperçus par les juristes . Les juristes ne voient du droit que ce qui émerge dans le contentieux . Balzac était un observateur aigu de l'existence quotidienne . Il y a dans son oeuvre beaucoup d'observations intéressantes pour la sociologie juridique .

Il y a une autre utilité au niveau de l'interprétation et de l'explication, non plus au niveau de la simple description . Par un grossissement caricatural, l'auteur nous montre l'esprit d'une institution, d'une règle de droit, d'une codification beaucoup mieux que l'analyste technicien .

Nous pouvons faire porter l'analyse monographique sur des textes juridiques . Ici il s'agira de faire une analyse sociologique .

Donnons deux exemples à travers deux arrêts : l'arrêt Blanco en droit administratif, et l'arrêt Jandheur en droit civil

- L'arrêt Blanco, Trib. des Conflits, 8 février 1873, S. 1873,III, p. 153

Ce qui est important pour le sociologue ce sont les faits .

En 1871, une enfant de cinq ans, Agnès Blanco, fut heurtée

et estropiée par un wagonnet de l'Entrepôt des Tabacs dans une rue de Bordeaux . Le père de la mineure porta l'affaire devant le Tribunal civil et il obtint 40.000 francs or de dommages-intérêts, indemnité assez forte pour l'époque . La famille Blanco avait obtenu justice des tribunaux judiciaires, mais pour l'amour des principes on la renvoya devant les tribunaux administratifs .

On peut tirer de cet arrêt, très sobre sur les faits, un certain nombre d'éléments sociologiques : qu'il y avait déjà des accidents de la circulation en 1871 ; que les enfants étaient facilement victimes d'accidents de la circulation ; que les tribunaux judiciaires étaient déjà assez généreux dans la réparation des dommages corporels .

l'arrêt Jand'heur :

C'est une affaire qui a duré fort longtemps . Prenons l'arrêt des Chambres Réunies du 13 février 1930, D. 1930, I, p. 57 .

L'arrêt des Chambres Réunies a fixé l'interprétation sur l'article 1384 alinéa 1er, et depuis lors la responsabilité du fait des choses est entrée dans notre système de droit civil .

De cet arrêt bref et très concis, que peut faire sortir l'analyse sociologique ?

Le 22 avril 1925, un camion appartenant à la société des Galeries Belfortaises a renversé et blessé la mineure Lise Jand'heur . Il y a là déjà une donnée : la durée du procès . La société des Galeries Belfortaises est une personne morale . On sait que les personnes morales sont des plaideuses beaucoup plus infatiguables que les personnes physiques : nous en avons ici une preuve .

Par d'autres arrêts Jand'heur précédant celui-ci, nous constatons que cette mineure est sous la tutelle de sa mère, veuve et tutrice . La défense de la veuve et l'orpheline est

une sorte de mythe qui domine notre système judiciaire . Nous tirons de l'arrêt cette première conclusion que le cas était favorable et que la faveur des personnes peut consciemment ou inconsciemment avoir un impact sur la décision des juges .

Nous pouvons tirer de l'arrêt un autre attendu . Attendu que la loi ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme, qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, et non à la chose elle-même . Sociologiquement parlant, que pouvons-nous en tirer ?

Dans beaucoup de droits primitifs, on trouve une responsabilité de la chose, dans le sens d'une responsabilité de l'objet homicide, de l'objet meurtrier . Dans l'Antiquité grecque, il y avait un tribunal spécial pour les objets homicides .

On prête une vie, donc une responsabilité à l'objet qui a causé un dommage . Nous retrouvons cette responsabilité chosale au Moyen-Age français .

Dans la mentalité du 20ème siècle, il pouvait flotter quelque chose de cet état d'esprit . Et alors, la Cour de Cassation va exorciser cette irrationalité, et c'est le sens psycho-sociologique que nous pouvons apercevoir sous la formule "la responsabilité n'est pas attachée à la chose, elle est attachée à la garde de la chose" . On déplace ainsi l'incidence de la responsabilité, elle n'est plus dans le camion, elle est dans le gardien du camion .

On a voulu éviter ainsi un retour vers la mentalité archaïque ?

Si on essaie à partir de ces deux exemples de faire en quelque sorte la théorie de l'analyse sociologique de jurisprudence, nous dirions que cette analyse se différencie de l'analyse dogmatique en ce qu'elle met l'accent plutôt sur les faits que sur le droit .

Quelle est la valeur sociologique de cette technique de recherche qu'est l'analyse sociologique de jurisprudence ?

Elle a assurément des infériorités par rapport à d'autres techniques, savoir l'enquête sur le terrain et même la statistique .

Il peut d'abord y avoir un écart entre le contentieux publié par le recueil et le contentieux réel . Les recueils de jurisprudence, du moins les recueils commerciaux, ne sont pas exhaustifs de tout le contentieux .

D'autre part, tous les phénomènes juridiques ne donnent pas lieu à un conflit qui appelle une solution devant une juridiction . Il y a infiniment plus de phénomènes juridiques que de phénomènes judiciaires . La plus grande majorité des contrats se nouent et se dénouent sans donner lieu à un contentieux . Ainsi il y a un océan de réalités juridiques qui échappent à l'investigation de l'analyse sociologique de jurisprudence

De plus le jugement ne statue que selon ce qui a été allégué, démontré, prouvé par les parties .

Toutefois, après avoir fait le bilan des infériorités nous pouvons essayer de mettre en contrepartie les avantages

Tout d'abord, nous avons donc dans un jugement un certain contrôle des faits qui a pu être exercé par le juge . Certes dans le procès civil, le juge ne voit pas tout . il est prisonnier des conclusions des parties, de ce qui est allégué, prouvé, néanmoins dans certains cas, il a un certain pouvoir de contrôle Tandis que lors d'une enquête sur le terrain, nous faisons parler un enquêté, mais il ne raconte que ce qu'il veut et nous n'avons pas de moyen de contrôle .

Toujours en comparant une analyse sociologique de jugemen à une enquête sur le terrain, on relève qu'une enquête a lieu à un moment ponctuel : nous faisons parler l'enquêté sur la situa-

tion du moment .

Dans un jugement, nous avons un certain historique de l'affaire . Le conflit n'est pas saisi au moment où le juge rend son jugement : il est saisi dans son déroulement diachronique . Sur ce point, le jugement a une supériorité sur l'enquête .

3 . L'analyse quantitative de contenu :

Dans cette seconde variété d'analyse, on constitue des séries de documents de même nature . Chaque série est étudiée la lumière d'une grille pour révéler des caractères communs .

a) L'analyse quantitative de jugement :

La Faculté de Droit et l'Institut National d'Etudes Démographiques ont mené une enquête sur la divorcialité .

On a pratiqué un sondage sur une population de 900 à 1.000 divorcés . Pour constituer cet échantillon, on a procédé à une analyse quantitative de jugements de divorce (16.000 à 17.000 décisions) .

On constate que les divorcés après le jugement essaient de mettre un écran entre leur passé et le présent (par exemple, changement de domicile) .

Sur les 17.000 jugements de divorce retenus, 900 divorcés seulement se sont prêtés à l'entretien . L'échantillon n'est donc pas représentatif des divorcés .

Autre exemple d'enquête quantitative de jugement : L'Institut d'Etudes Judiciaires des Universités d'Aix en Provence et de Montpellier ont entrepris l'analyse quantitative des décisions rendues par les Cours d'Appel d'Aix et de Montpellier . Cf. E. Bertrand, Dalloz 1972, p. 123 et 1973, p. 75 .

Ces études révèlent que sur 10 décisions, une seule seulement porte sur une question de droit, les 9 autres portant sur des

questions de fait .

Les questions les plus évoquées devant les Tribunaux sont le divorce, les problèmes d'habitat, les accidents corporels et enfin le contentieux du travail .

b) Analyse quantitative de contrats :

Un exemple classique : Eugen Ehrlich (1862 - 1922), juriste sociologue autrichien, fondateur de la sociologie juridique consciente et historien du droit .

Il a publié en 1893 une étude sous le titre "La déclaration tacite de volonté" . Dans cet ouvrage, Ehrlich avait analysé 400 modèles de contrats et arrivait à la conclusion suivante : il y a un écart considérable entre les contrats et le droit dogmatique qui est censé les régir . Il y a un écart entre la réalité du droit et la doctrine . Les contrats écrits étudiés sont appliqués hors des prévisions prévues par les contrats . Notamment les clauses rigoureuses ne sont pas toujours appliquées . La réalité du droit doit donc être cherchée dans la pratique juridique .

Un autre exemple : Rehbinder a mené une étude en 1971 : "Du contrat de pompiste dans la perspective d'une recherche des faits juridiques" . Il a étudié les contrats qui lient les commerçants détaillants aux sociétés pétrolières .

Techniquement le contrat de représentation commerciale présente le pompiste comme un commerçant indépendant . Mais si à l'analyse du contrat il apparait comme indépendant, en réalité il est dépendant économiquement .

Troisième exemple : les contrats de mariage en France . Dans quelle mesure les contrats de mariage reflètent-ils une volonté, une attitude personnelle des contractants ou du notaire ? Ou bien ne reflètent-ils pas des volontés impersonnelles enregistrées dans les formulaires notariaux ?

Ces contrats de mariage ont donné lieu, ces dernières

années, à de multiples recherches de la part des juristes et des historiens du droit .

Hilaire . Thèse Montpellier I957 : "Les régimes matrimoniaux depuis le I3ème siècle jusqu'au I6ème siècle" .

Avant cette thèse, on admettait que les pays de droit écrit étaient régis par le droit romain et connaissaient donc le régime dotal . Or, Hilaire a constaté que dès le début du I3ème siècle, les notaires de Montpellier réalisaient des communautés universelles qui étaient le régime en vigueur dans les pays de coutume .

Dans les toutes dernières années, les contrats de mariage ont été la proie de la sociologie générale, car ils fournissaient des indications sur les conditions sociales au moment de leur conclusion . Quelle catégorie sociale y recourt, par exemple ? Les inventaires des apports des époux nous donnent une vision de l'importance de leur fortune respective .

Mademoiselle Daumard et F. Furet : "Structures et relations sociales à Paris au milieu du I8ème siècle" . Cahier des Annales I96I, n° I8 . Ces structures et ces relations sociales sont vues à travers les contrats de mariage . Le contrat de mariage est destiné à écarter le régime matrimonial de droit commun .

Aujourd'hui on constate la décadence du contrat de mariage qui s'est poursuivie à partir du I8ème siècle .

c) L'analyse quantitative des sources administratives :

On réunit sous cette étiquette les documents du cadastre, de la conservation des hypothèques, de l'Enregistrement . Ces documents sont des sources de renseignements sur la propriété foncière et ses mutations . D'où l'idée venue à la sociologie générale d'utiliser des documents pour avoir un aperçu de la réalité foncière .

Une enquête à laquelle a participé Mademoiselle Daumard : "Les fortunes françaises au I9ème siècle", portant sur la réparti-

tion et la composition des fortunes privées à Paris, Lyon, Bordeaux, Toulouse d'après les enregistrements des déclarations de succession (cf collection de l'Ecole Pratique des Hautes Etudes, 1973, 6ème section, fascicule 27) .

Une étude menée en 1973 sur les transferts fonciers en Aubrac aveyronnais de 1956 à 1958, à partir du cadastre, de l'enregistrement, de la conservation des hypothèques (Institut National de la Recherche Agronomique) .

On y constate l'importance de la pratique de la donation et de l'attribution préférentielle à l'enfant qui continue l'exploitation, et enfin l'importance économique des soultes dans les partages .

C . La statistique :

La statistique est un mécanisme d'Etat . C'était à l'origine la description numérique, quantitative des Etats .

Au 17ème siècle, on parlait de la description numérique des Etats, on parlait de l'arithmétique politique .

La statistique s'est développée au 18ème siècle . C'est au début du 19ème siècle que la statistique au sens scientifique du terme se constitue . La statistique représente le modèle de la quantification . Si la sociologie juridique doit être quantifiée, c'est à travers la statistique qu'elle peut espérer se quantifier, car c'est une quantification exhaustive .

L'application de la statistique à la sociologie juridique suppose qu'on a à faire à des phénomènes juridiques collectifs, ou du moins collectivisables, des phénomènes juridiques que l'on peut ramener à l'unité . On pourra, par exemple, dresser une statistique des mariages, parce que nous pouvons ramener ces phénomènes juridiques extrêmement nombreux à l'unité, avec une part d'artifice bien sûr car un mariage n'est jamais équivalent à un autre mariage .

Il existe encore ici deux niveaux dans l'emploi de la statistique :

- la description quantitative d'un système de phénomènes juridiques permet de se faire une vision plus réaliste des institutions . Ainsi on étudie beaucoup les nullités de mariage ; or, si on consulte les statistiques des nullités de mariage, on constate qu'elles sont très rares .

- l'analyse statistique permet de découvrir des rapports de causalité, des corrélations entre phénomènes .

I . Les sources statistiques employées :

Ces sources sont dispersées et sont pour une part importante des sources d'emprunt .

a) Les statistiques économiques :

Ces statistiques économiques peuvent être fort utiles à un sociologue du droit patrimonial, du droit commercial .

Il y a une différence de point de vue entre l'économiste et le sociologue du droit . Par exemple, dans une statistique des ventes, c'est la valeur des biens qui intéressera au premier chef l'économiste, tandis que c'est l'unité juridique, le contrat, qui intéressera le sociologue du droit .

De même, si on raisonne sur les procès, c'est le nombre des procès, la qualité des parties, le phénomène de processivité qui importent pour le sociologue du droit . Au contraire, l'économiste s'intéressera à l'intérêt pécuniaire qui est en jeu dans le procès .

b) Les statistiques démographiques :

Elles peuvent intéresser une sociologie du droit des personnes et de la famille .

Nous avons ici une statistique très importante : la statistique de l'état-civil . Elle est bien faite et elle laisse dans l'état actuel des choses une part très minime à l'erreur . A l'origine, l'état-civil n'était qu'un moyen de prouver l'état des personnes, c'est devenu pour l'Etat un instrument de statistiques démographiques avec l'I.N.S.E.E. De la statistique d'état-civil nous pouvons rapprocher les recensements de la population qui sont sous la direction de l'I.N.S.E.E. Certains recensements de la population ont permis des études de sociologie juridique . Ainsi Mr Thery a fait une étude sur la vie maritale ou en union libre des recensés (Revue Trimestrielle 1960, p. 331) .

c) La statistique judiciaire :

Il existe un instrument de statistique judiciaire organisé par le Ministère de la Justice : le Compte Général de l'Administration de la Justice Criminelle et de la Justice Civile et Commerciale qui a été créé en 1827 . A L'origine, il avait été imaginé par le Ministère de la Justice pour contrôler le fonctionnement du service judiciaire, pour contrôler notamment le degré d'occupation des tribunaux . Il s'agissait d'un contrôle administratif . Mais à la fin du 19ème siècle, le Compte a pris une importance sociologique .

Ainsi, par exemple, dans le Compte de 1971, il y a une étude sur le coût du crime en 1970 - 1971 et une étude sur la réparation judiciaire des dommages causés par les accidents de la circulation .

On peut néanmoins faire au Compte un certain nombre de critiques, à la fois du point de vue de la statistique et du point de vue de la sociologie du droit .

Du point de vue de la statistique, le comptage élémentaire reste sujet à caution . En effet, il est opéré par les greffes des tribunaux qui ne saisissent pas toujours clairement la finalité sociologique et statistique de l'opération . Pour remédier à cet inconvénient, le Ministère de la Justice pourrait, par exemple, utiliser la technique du sondage probabiliste en

opérant sur un échantillon de tribunaux, à condition évidemment que cet échantillon soit convenablement construit, c'est à dire qu'il soit représentatif de l'ensemble des juridictions françaises .

Du point de vue de la sociologie du droit, le Compte d'Administration de la Justice n'appréhende la réalité du droit que sous l'aspect du procès, c'est à dire du conflit . Mais l'aspect conflictuel du droit n'est qu'une fraction de l'activité juridique . Exceptionnellement, nous trouvons dans le Compte le tableau des contrats notariés, le tableau des constitutions de sociétés, mais il faudrait tout de même un élargissement de l'objectif du Compte de la Justice .

II . L'emploi de la statistique en sociologie du droit :

Prenons, par exemple, dans le Compte de I97I, le tableau des actions en responsabilité civile qui ont été jugées par les tribunaux de Grande Instance en I97I .

Sous l'article I382	8744 demandes accueillies
	II33 demandes refusées
Sous l'article I384, al. I	I24I4 demandes recueillies
	I606 demandes refusées

De même, I5 % des procès environ ont été des procès en responsabilité civile .

Nous pouvons remarquer que contrairement à l'impression qu'on avait en droit dogmatique, l'article I384, alinéa Ier, n'a pas tué l'article I382 . Nous constatons aussi que le taux des rejets n'est pas sensiblement différent entre l'article I382 et l'article I384, alinéa Ier . Ce qui montre que la preuve de la faute dans le cas de l'article I382, n'est pas si difficile à faire .

Mais cette statistique est imparfaite et appelle une réserve : il y a des accidents de la circulation qui donnent lieu

à des actions en responsabilité intentées cumulativement en fonction de l'article I382 et de l'article I384 .

Deuxième exemple : la statistique des divorces :

En I968 - I969, on a décidé de consacrer dans le Compte de la Justice une statistique particulière aux procès en divorce . Un exemple de cette statistique particulière a été donné pour l'année I970 dans un volume publié sous le titre "Le divorce en France" .

Pour l'année I970, il y a eu 59400 tentatives de conciliation
41860 jugements de Ière instance
29I0 appels
275 pourvois en cassation

Tout de suite, nous constatons que la très grande majorité des procédures de divorce ne donnent pas lieu à des voies de recours, ce qui n'apparait pas dans nos receuils de jurisprudence .

Sur les 59400 tentatives de conciliation, il y a eu :
548 conciliations réussies
2889 sursis à statuer
55963 permis de citer

Près de 30 % des couples sont des couples sans enfant .

La femme est demanderesse dans 62,9 % des cas quand il s'agit d'un jugement de divorce, et dans 77,8 % des cas quand il s'agit d'un jugement de séparation de corps .

40 % des demandes principales en divorce et 33 % des demandes principales en séparation de corps sont accompagnées de demandes reconventionnelles .

Le jugement est prononcé par défaut dans 37,2 % des cas .

Sur les 41860 jugements de première instance, il y avait 36010 divorces non précédés de séparation de corps, I244 divor-

ces par conversion de séparation de corps. 3399 séparations de corps et enfin I207 rejets .

Les torts sont attribués au mari dans 47.5 % des cas, à la femme dans 26,7 % des cas, et réciproquement dans 25,8 % des cas .

La garde de l'enfant mineur est attribuée à la mère dans 83,I % des cas .

Mais les auteurs du volume sont allés plus loin que la description et ont fait, dans une seconde partie, une analyse des résultats . Par exemple, ils ont établi une corrélation entre la fréquence des conceptions prénuptiales et les divorces, et montrent que 32,7 % de l'ensemble des couples en instance de divorce sont concernés par une conception prénuptiale .

Paragraphe 2 : Les recherches sur le terrain :

Ce sont, dit-on souvent, des recherches in vivo, en milieu vivant . Il s'agit plus concrètement de ce que l'on appelle l'enquête . L'enquête, en sociologie, a commencé au I9ème siècle . Il y a eu les enquêtes de Vuillermé, en particulier celle sur la condition ouvrière dans le Nord de la France sous la Monarchie de Juillet . Elles ont eu une action législative et c'est ce en quoi elles intéressent la sociologie du droit .

Avant ou après Vuillermé, il y eut aussi beaucoup d'enquêtes sociales menées par des médecins hygiénistes .

On distingue deux grands types d'enquête :

- l'enquête monographique et l'enquête quantitative .

A . L'enquête monographique ou qualitative :

L'enquête monographique perd en extension ce qu'elle gagne en profondeur . Elle permet un approfondissement psychologique . L'entretien singulier du chercheur avec un enquêté peut apporter

beaucoup d'informations psychologiques qui, au contraire, échapperont à un questionnaire d'enquête quantitative . Si le cas est bien choisi, on pourra faire l'induction que ce cas est exemplaire et expressif d'une réalité quantitative .

Il y a un modèle de cette méthode monographique : les monographies de familles de F. Le Play (1806 - 1879) . Le Play a consacré à des familles de milieu ouvrier et paysan des monographies très riches en informations . Il a réalisé une enquête successive à différentes périodes, à différentes générations même .

Il a étudié une famille paysanne dans les Basses-Pyrénées pour suivre l'évolution de cette famille, pour suivre en l'occurence sa décadence sous l'effet du Code Civil, sous l'effet du régime successoral du Code Civil (sur la méthode de Le Play, cf une étude de Mme Andrée Michel aux Cahiers Internationaux de Sociologie, 1963, p. 47 et s.) .

Aujourd'hui l'enquête qualitative est pratiquée couramment en complément d'une enquête quantitative .

En 1967, il y a eu une enquête sur les attitudes des Français à l'égard du régime successoral (cf Revue Sondage 1970, n° 4) . L'enquête était une enquête quantitative au premier chef, une enquête par sondage . Mais pour construire le questionnaire du sondage d'opinion, on a fait auparavant une enquête qualitative .

Dans une enquête de 1964 sur les régimes matrimoniaux, la démarche avait été inverse : on avait commencé par l'enquête quantitative, puis on avait, pour mieux éclairer les législateurs, fait une enquête qualitative sur un échantillon particulier, pour faire apparaittre plus clairement par un entretien approfondi certains points que l'enquête quantitative laissait indécis .

B . L'enquête quantitative :

C'est l'enquête par excellence, à notre époque, en tout domaine sociologique . La technique des sondages d'opinion est

très répandue . La base scientifique de cette technique, c'est la théorie des probabilités . L'application en sociologie ne se situe aux U.S.A. qu'entre les deux guerres et en Europe qu'au lendemain de la deuxième guerre mondiale . Le sondage probabiliste a entrainé une révolution dans la recherche sociologique . En effet, si le sociologue n'a que la statistique, il est obligé d'opérer avec les instruments que l'Etat lui fournit, que l'Etat a constitués suivant ses objectifs qui lui sont propres . Avec le mécanisme des sondages, le sociologue peut construire sa statistique parce que l'échantillon est un échantillon réduit qui, s'il est bien construit, doit nous donner une image exacte de la totalité, laquelle échappe au chercheur parce qu'elle est trop vaste .

Ce n'est qu'à partir des années 1960 que la sociologie du droit en est arrivée aux sondages :

Bibliographie : De Sabie : "Théorie et pratique des sondages" 1966
Caplow "L'enquête sociologique" 1970
Mr Stoetzel et Alain Girard : "Les sondages d'opinion publique" 1973

Il y a dans toute enquête quantitative plusieurs phases :

La première, c'est la constitution de l'échantillon .

Il existe plusieurs sortes d'échantillons .

L'échantillon national est un échantillon qui est représentatif de l'ensemble de la population française . Mais il y a des sondages sur échantillons spécifiés : par exemple, un sondage opéré sur un échantillon de divorcés . L'échantillon national, dans la statistique française, c'est un échantillon de 1850 personnes au minimum (de plus de 18 ans) .

Comment va-t-on établir l'échantillon national ? Il y a plusieurs techniques :

- il y a la technique aléatoire : la constitution, par exemple, sur une liste électorale :

- la technique des strates , que l'on utilise le plus souvent . On décompose l'ensemble de la population en un certain nombre de catégories suivant des clivages d'ailleurs différents . Dans les sondages de l'I.F.O.P., rentrent en ligne de compte, très couramment : le sexe, l'âge, les catégories socio-professionnelles, les catégories de communes, les régions, la situation de famille et enfin la catégorisation par niveau d'études .

La deuxième phase, c'est l'établissement du questionnaire : il y a des questions de fait, des questions de connaissance et des questions d'opinion .

- les questions de fait : il y en a toujours dans les sondages d'opinion sous la forme de questions signalétiques . L'enquêteur doit relever un certain nombre de données signalétiques qui permettront de catégoriser l'enquêté . Mais il y a aussi des questions de fait qui peuvent être particulières à l'entretien .

- les questions de connaissance : en matière d'enquêtes de sociologie du droit, il s'agit de la connaissance du droit . Les questions de connaissance du droit peuvent avoir différentes finalités . Il peut s'agir d'un objectif principal de l'enquête, par exemple mesurer quelle est la perception du droit dans le grand public . Mais les questions de connaissance peuvent avoir un objectif de contrôle dans une recherche dont l'objectif principal est ailleurs : par exemple, tester si les réponses données à une question d'opinion sont données à bon escient ou au hasard .

- les questions d'opinion, d'opinion publique . Dans le questionnaire relatif au divorce, c'était l'objectif primordial de l'opération que de tester les attitudes des Français à l'égard de l'institution du divorce .

Troisième phase : L'exécution sur le terrain :

Il y a des sondages qui se font par correspondance . On établit un échantillon d'adresses, mais le taux des non-réponses est extrêmement élevé (environ IO % de réponses seulement) .

L'enquête vraiment probante c'est l'enquête qui est faite par entretien oral .

L'enquêteur doit s'efforcer de rester neutre .

Quatrième phase : le dépouillement du sondage

Cinquième phase : interprétation des résultats .

On verra sur un même sondage se dresser des interprétations qui pourront être contradictoires .

Paragraphe 3 : Les recherches par expérimentation :

Elles sont différentes de l'observation où les chercheurs se bornent à observer les phénomènes se produisant spontanément devant eux . Dans l'expérimentation le chercheur peut agir sur les faits .

Durkheim pensait que l'expérimentation ne serait jamais possible dans les sciences sociales, parce que les sciences sociales ont pour objet l'Homme et que le chercheur semble ne pas pouvoir agir sur l'homme .

Durkheim pensait qu'il ne pourrait jamais y avoir de laboratoires de sociologie et que la méthode comparative était le substitut de l'expérimentation .

Contrairement à cette prévision, il s'est créé un certain nombre de laboratoires de sociologie (C.N.R.S.) et l'expérimentation sur les sociétés humaines parait possible .

En sociologie juridique, il y a un type d'expérimentation traditionnelle, c'est l'expérimentation législative (A) . Nous étudierons ensuite l'expérimentation opératoire (B) et les tests (C) .

A . L'expérimentation législative :

Il s'agit de faire une loi à titre d'expérience . Pour en arriver à une législation expérimentale, il faut que la loi consente à se différencier dans l'espace ou dans le temps . Il faut aussi qu'il y ait chez le législateur une intention scientifique . Il y a deux types d'expérimentation législative selon qu'il s'agit d'une différenciation dans l'espace territorial ou d'une différenciation dans le temps .

L'expérimentation dans l'espace :

Notre Ancien Régime, spécialement à l'époque des Lumières, a pratiqué volontiers cette méthode législative . On mettait, par exemple, en application une réforme fiscale dans une intendance pour vérifier la valeur de la loi . Après un temps d'expérimentation, suivant les résultats, on étendait à l'ensemble du territoire la réforme .

Au 20ème siècle, dans notre procédure civile, la réforme de la mise en état a été appliquée progressivement à un nombre croissant de Cours d'Appel . Dans le décret du 5 octobre 1965, nous voyons que la nouvelle procédure de mise en état s'est introduite dans le ressort de cinq Cours d'Appel . En 1967, dans sept autres Cours d'Appel .

Les avoués attaquèrent cette méthode devant le Conseil d'Etat, en faisant valoir qu'elle portait atteinte à l'égalité des citoyens devant la loi . Le Conseil d'Etat a rejeté ce recours par un arrêt du 21 février 1968 (D. 1968, p. 222) et a du même coup consacré la possibilité de l'expérimentation législative dans l'espace .

La mensualisation de l'impôt a été appliquée par zones territoriales successives .

L'expérimentation législative dans le temps :

La loi est promulguée avec un caractère provisoire . Elle a une durée limitée . Par exemple, l'Angleterre a aboli la peine de mort en 1965, mais à titre provisoire . C'était une expérience

qui devait être contrôlée aux résultats perceptibles .

En France, la nouvelle loi sur l'interruption de grossesse est une expérimentation législative . Le Parlement a adopté des dispositions valables pour seulement cinq ans . Le législateur tirera des enseignements de l'application de la loi nouvelle et confirmera ou modifiera cette loi .

On fait à ce type d'expérimentation certaines objections : en effet, la conscience chez les sujets de la loi de son caractère expérimental, c'est à dire provisoire, peut affaiblir l'obéissance qui est due au commandement étatique, et d'autre part les adversaires de la loi peuvent être tentés d'agir de telle sorte que l'expérience soit défavorable .

B . L'expérimentation opératoire :

On se rapproche de ce qu'est l'expérimentation dans les sciences physico-chimiques . Le chercheur va agir sur les données sociales, donc humaines, qui constituent le lieu où le phénomène juridique en question doit se produire .

On peut concevoir une expérimentation sur le grand public . Par exemple aux U.S.A., on a expérimenté la propagation des rumeurs . Un chercheur lance une rumeur dans le grand public et on note quelles sont les ondes de propagation de cette rumeur .

Un autre type d'expérimentation plus maniable, c'est l'expérimentation sur des petits groupes . Les sociologues de sociologie générale aux U.S.A. pratiquent beaucoup cette expérimentation . Par exemple, on recherche comment se produisent des phénomènes d'autorité . Il convient d'avoir un groupe témoin et un groupe expérimental dans lequel l'expérimentateur introduit une variable . L'introduction de cette variable va déterminer des différences dans le groupe expérimental . Par analyse causale, on pourra imputer cette différence de résultat à la variable introduite . Par exemple, on lance un interdit dans les deux groupes . Mais dans l'un des groupes on expliquera pourquoi cette interdiction a été introduite, tandis que dans l'autre groupe il n'y aura pas d'exposé

de motifs . On cherchera ensuite quel est le degré d'obéissance à cette expérimentation de la part de chacun des deux groupes . La loi expliquée est-elle mieux obéie que la loi brute ?

C . Les tests :

Il s'agit d'une série d'épreuves ou de questions au moyen desquelles le chercheur explore, mais indirectement, la personnalité du sujet . C'est le comportement du sujet en face de la question qui va être révélateur de sa personnalité inconsciente .

On distingue les tests d'aptitude, les tests de connaissance et les tests de personnalité . Ce sont ces derniers qui intéressent la sociologie juridique .

Le test va nous révéler des états de conscience, mais ne nous dira rien sur les comportements effectifs .

La sociologie juridique utilise des questions-test insérées dans des questionnaires plus généraux d'enquête, afin de démasquer une opinion latente chez l'individu enquêté .

Dans une enquête d'opinion sur les attitudes du public français à l'égard du droit successoral, certaines questions avaient un caractère de test . Par exemple "Considérez-vous que les biens de vos parents vous appartiennent ? " - "S'ils les vendaient, s'ils les donnaient, cela vous toucherait-il ?"

59,3 % se trouveraient touchés s'ils apprenaient une telle nouvelle .

40,7 % disent que la question les laisserait indifférents .

Si nous ventilons suivant les catégories, on trouve 70,3 % d'agrilculteurs qui ont répondu affirmativement, ce qui confirme le grand attachement des agriculteurs à la réserve héréditaire .

Dans une enquête sur les attitudes des Français à l'égard du divorce, figuraient également certaines questions ayant un caractère de test . Par exemple : "Quelle serait votre réaction si vous apprenniez que l'instituteur de votre enfant divorçait ?" Les résultats donnèrent :

72 % aucune importance
I8 % assez indifférents
9 % franchement méfiants
I % franchement hostile

Autre question : "Quelle serait votre réaction si vous apprenniez que votre enfant a l'intention d'épouser un (e) divorcé (e)?"

32 % aucune importance
I7 % assez indifférents
35 % plutôt méfiants
I6 % hostiles

Donc nous voyons comment la question fait jaillir un aspect de la personne qui peut-être ne se découvrirait pas dans une question simple .

Il existe une variété de tests dans lesquels il entre une part d'expérimentation opératoire, c'est la méthode Delphi .

C'est une méthode particulière de sondage d'opinion menée sur un petit groupe de spécialistes concernés par le thème de la question . C'est une combinaison de l'expérimentation opératoire et de l'expérimentation par voie de test .

On pose la même question aux enquêtés plusieurs fois dans un délai assez bref . C'est un sondage à deux tours . AVant le second tour, on a porté à la connaissance des enquêtés les résultats du premier tour . Au second tour, on constate une nouvelle répartition des attitudes . Il se produit une action des résultats du premier tour sur les résultats du deuxième . Ceci permet de tester quel est l'effet de l'opinion publique sur les participants constitutifs de cette opinion .

Exemple : enquête menée ces derniers temps auprès d'un échantillon de I80 magistrats de Tribunaux de Grande Instance (64 seulement ont répondu) . On leur demandait quelle était, à leur avis, l'incidence possible de la fusion des professions judiciaires sur le volume des affaires d'accidents de la route, et plus précisément sur la durée des procédures :

Ier tour	2ème tour	
7 %	3,8 %	Allongement de la durée des procédures
50,9 %	58,5 %	Diminution de la durée
42,I %	37,5 %	Pas de changement

On constate que la connaissance des résultats du premier tour a amené une concentration des réponses sur la réponse qui avait été majoritaire au premier tour .

SECTION III : LES DOCTRINES EN SOCIOLOGIE JURIDIQUE

Observation : la sociologie juridique parait constituer elle-même une doctrine si l'on en croit certains auteurs qui sont en dehors de la sociologie juridique . Dans le classement des doctrines, les philosophes du droit à notre époque évoquent assez volontiers ce qu'ils appellent le "sociologisme", ce qui serait en somme la sociologie juridique elle-même érigée en doctrine avec une prétention d'impérialisme sur l'ensemble de la pensée juridique . Ainsi Brimo parle-t-il de "sociologisme" dans son ouvrage sur les grands courants de la philosophie du droit .

Mais ici il s'agit de faire apparaitre des doctrines à l'intérieur de la sociologie du droit et non pas de faire apparaitre la sociologie du droit comme une doctrine à l'intérieur de la philosophie juridique . Les lignes de partage de ces doctrines sont essentiellement idéologiques .

Nous ne retiendrons que les doctrines ayant une portée générale, par opposition à des doctrines que l'on pourrait rencontrer à l'occasion de telle ou telle institution concrète du droit . En général, les doctrines que nous allons rencontrer sont élaborées par la voie déductive . Nous sommes très près de la spéculation philosophique et ces doctrines ont également un lien de parenté avec les doctrines que l'on rencontre dans la science politique .

Elles peuvent être classées en deux grandes catégories :

- les courants idéologiques très proches de la science politique

- les synthèses explicatives qui sont des doctrines moins politiques .

Paragraphe I : Les courants idéologiques :

Il s'agit de doctrines qui ont un certain caractère politique . Elles sont tournées vers l'action . On distingue les cou-

rants conservateurs et les courants révolutionnaires .

Certes il est bon de nuancer parmi ceux que nous rangeons dans les courants conservateurs et dans les courants révolutionnaires, mais c'est cette distinction que nous retiendrons .

A . Les courants conservateurs :

Il y a eu au I9ème siècle une hostilité à la Révolution de I789 qui a pris des formes sociologiques, une hostilité à la Révolution et une hostilité au Code Civil identifié à la Révolution . Dans ce courant conservateur, l'idéal présenté est un idéal de conservation du système juridique antérieur à I789 par un retour vers l'Ancien Régime .

I . La formation historique :

Déjà au I8ème siècle, un courant conservateur opposé aux philosophes se dessine . Pendant la Révolution, l'opposition à la Révolution s'est manifestée surtout à l'étranger . L'Anglais Edmond Burke s'est livré à une critique radicale de la Déclaration des Droits de l'Homme par une démarche sociologique : il y a une opposition entre l'expérience historique et le rationalisme, l'idéalisme des Révolutionnaires .

En France, sous la Restauration, l'Empire une fois tombé, le terrain parait déblayé politiquement pour l'épanouissement des doctrines conservatrices . La chute de l'Empire, c'est la victoire des faits, c'est la victoire de l'expérience sur le rationalisme, sur l'idéalisme qui n'a duré qu'un quart de siècle . Le Code Napoléon est présenté comme l'antinomie de l'Histoire .

Joseph de Maistre : I753 - I82I

Dans "Considérations sur la France " - I797 - il s'élève contre la sociologie des Lumières, cette sociologie rationalisante, déductive à laquelle il oppose les lois de l'Histoire .

"Les soirées de Saint Petersbourg" : sociologie du droit pénal .

Louis de Bonald : 1754 - 1840

Il joua un rôle important dans la politique civiliste sous la Restauration . La loi de Bonald de 1816 abolit le divorce . Il essaya de rétablir le droit d'aînesse vers 1820 mais échoua dans cette tentative .

Pour prôner le retour à l'Ancien Régime, il s'appuie sur une conception du droit qu'on peut qualifier de conception sociologique .

Contre Jean-Jacques Rousseau et son Contrat Social, il dit que la société n'est pas un fait arbitraire et conventionnel, mais un fait nécessaire et primitif . "La législation primitive" parue en 1802 : toute société actuelle dépend d'une forme sociale antérieure qu'elle continue . L'Homme n'a pas pu inventer les lois . La loi est liée au langage . Or le langage est un fait primitif, ce n'est pas une création humaine .

Louis de Haller

"La restauration de la science politique ou théorie de l'état social naturel opposé à la fiction d'un état civil factice". Il s'agit de combattre la thèse du contrat social et de montrer dans la société un fait naturel et primitif nécessaire .

Balzac

Il y a une certaine hésitation, une ambivalence chez Balzac . Balzac a eu une jeunesse rousseauïste, donc nullement conservatrice . Mais à partir d'une certaine époque, il est sur la pente de la conservation (hostilité envers le régime successoral du Code Civil) .

Dans cette première période de formation du courant conservateur, nous voyons se dessiner une des idées capitales :

Le Code Civil s'identifie à la Révolution : c'est le Code de l'individualisme . En contrepartie, nous voyons apparaitre une

exaltation des corporations, de la famille, une sociologie des corps intermédiaires entre la société et l'individu . Le courant conservateur forme un courant anti-individualiste et du même coup anti-Code Civil .

2 . La conjonction des courants conservateurs avec la sociologie naissante :

Au I9ème siècle, la sociologie se constitue . Auguste Comte lui donne le nom et la fonde .

Auguste Comte (I798 - I853) :

Fondateur de la sociologie générale, il est hostile à l'établissement de sociologies particulières et il ne parait pas s'intéresser au droit . Il est hostile au Code Civil . Il lui reproche d'avoir détruit la famille, les corps intermédiaires . Il lui reproche son individualisme et son rationalisme .

F. Le Play (I806 - I882) :

Son hostilité au Code Civil et ses positions se fondaient sur la méthode de l'enquête par monographie sur le terrain .

Proud'hon (I809 - I865) :

Proud'hon envisagé par rapport au Code Civil apparait comme appartenant au courant conservateur . Il fait du testament un instrument sacré . Proud'hon critique le Code Civil qui a heurté la liberté de disposition . Il exalte la famille forte, la puissance maritale, rejette le divorce .

3 . La survivance de l'idéologie conservatrice au 20ème siècle :

a) L'héritage de Le Play :

Il a laissé une école de disciples, l'école de la Réforme Sociale . Les disciples et les chercheurs qui entouraient

Le Play ont poursuivi ses enquêtes après sa mort . L'Ecole a eu très tôt un groupe de dissidents, dit de la science sociale, avec le nom de Démolins .

Le Play a eu une grande influence sur la législation . Il a inspiré beaucoup de propositions de loi tendant à réformer notre droit successoral . En 1938, la réforme successorale s'inspire de ses idées .

b) Les tendances conservatrices diffuses chez certains sociologues :

Durkheim avait des traits de conservatisme qui s'inscrivent dans la ligne de l'idéologie que nous venons de définir . Son "familiarisme", son attachement à la famille en tant qu'institution sont la conséquence de son anti-individualisme . Hostilité également au divorce . Il est favorable aux groupes intermédiaires et aux corporations .

Son concept de l'anomie est un autre trait conservateur . Ce concept a été repris par la suite chez des sociologues américains, notamment Merton . L'anomie, c'est un état de la société qui est un état de langueur, de mélancolie . Pour Durkheim, c'est une société qui n'a plus de règles · les mesures, les contraintes, les règles ont disparu . Et la société française, à la fin du 19ème siècle et début du 20ème siècle est en état d'anomie . Cet état est imputable aux désirs illimités des membres de la société, désirs que la société ne régule plus . Cela aboutit à une société en état de deliquescence .

Prévenir cet état implique un souci conservateur chez Durkheim : l'individu doit limiter ses désirs, accepter les règles et une discipline .

c) Le mouvement communautaire, troisième aspect de la survivance de l'idéologie conservatrice :

Ferdinand Tönnies (1855 - 1936) sociologue allemand . Il publia en 1887 un livre intitulé "Communauté et société" (Gemeinschaft und Gesellschaft) qui ne fut véritablement connu que vers 1930 et traduit en français en 1946 . L'idée fondamentale de ce

livre est la suivante : il existe deux sortes de groupements . A côté de la personnalité morale, de la personnalité juridique qui est un concept qui a des contours bien définis, il y a place pour un autre type de groupe d'essence germanique, la communauté (Gemeinschaft) qui n'a pas des contours aussi nets que la société, personne morale (Gesellschaft) . La communauté est fondée sur des rapports affectifs, sur des rapports d'esprit, de voisinage, sur des rapports de sang .

Jusqu'à la fin du Moyen Age, dira Tönnies, l'Europe n'a connu que des communautés . La personnalité morale, la société a refoulé le vieux concept de la communauté lors de la renaissance du droit romain .

En France François Perroux : la communauté doit se substituer à notre conception individualiste de la personnalité morale, de la société . La propriété, l'indivision successorale, l'entreprise sont à repenser à partir de l'idée de communauté, donc sur une base communautaire .

La communauté a été une mode intellectuelle autour des années 1930 - 1950 qui est passée aujourd'hui .

B . Le courant révolutionnaire :

Nous allons pratiquement l'identifier à Marx et aux marxistes . Ici nous allons essentiellement avoir à faire au marxisme en tant que doctrine de sociologie du droit .

Cf "Marx et le droit moderne" aux Archives de philosophie du droit, 1967 .

I . La sociologie de K. Marx (1818 - 1883) :

a) Le matérialisme historique dans son application au droit :

Chez Marx, l'infrastructure, constituée par les rapports économiques de production, détermine la superstructure constituée par les idéologies . Le droit fait partie, dans la vision de K. Marx, de la superstructure . L'évolution du droit est donc déter-

minée par l'évolution de l'infrastructure . Le droit et son évolution reflètent les rapports économiques de production et leur évolution .

Pour Marx, le Code Civil reflète les changements intervenus au I8ème siècle dans l'infrastructure . Il est le reflet du capitalisme naissant qui avait besoin d'un Code adapté à ses besoins .

b) La conception générale du droit :

Elle n'a rien de moraliste, rien de naturaliste . Pas de droit absolu, pas de justice idéale . Pas non plus de droit naturel universel et immuable car il est lié à la présence de la propriété . Marx rejoint les idées déjà émises par Rousseau et Montesquieu . Marx dit que le droit est lié à l'inégalité et à son corollaire la propriété . Il n'y a pas de droit de la famille, laquelle est régie par les moeurs .

c) Le dépérissement de l'Etat et du droit :

Au terme de l'évolution passant par le socialisme et le communisme, disparition de l'Etat, car il n'y aura plus de pénurie, plus de division du travail, plus d'antagonisme entre les hommes .

2 . La sociologie juridique dans la pensée marxiste :

Les disciples du 20ème siècle ont nuancé la pensée de Marx dont les positions étaient très rigides .

a) Le matérialisme historique :

Karl Renner (I870 - I950) : "Les institutions du droit privé et leurs fonctions sociales" . I904 :

D'après Renner, la transformation de l'infrastructure n'implique pas toujours la transformation de la superstructure . L'évolution est a-synchrone . Il y a un décalage entre l'évolution de l'économie et celle du droit .

Ainsi la propriété s'est déjà collectivisée dans le monde capitaliste (collectivité des actionnaires d'une société par exemple) ; inversement, l'effet de domination se produit sur une collectivité de dominés, les travailleurs . Pourtant, on se sert toujours du concept de la propriété individuelle .

Gramsci et Althusser :

Ils atténuent le mécanisme du matérialisme historique parce qu'ils admettent une certaine réaction de la superstructure sur l'infrastructure, en particulier une réaction de l'idéologie juridique sur l'infrastructure économique . Le système juridique conquiert une certaine indépendance par rapport à l'infrastructure économique .

b) La conception générale du droit :

Chez les auteurs soviétiques, on voit monter une notion qui réintroduit une idée de justice que Marx avait plutôt écartée . On parle de la conscience juridique .

Cf Szabo : "les fondements de la théorie du droit" : cette conscience juridique exprime la relation de la masse envers le droit positif . Ce n'est pas la connaissance du droit, mais un état psychologique .

La conception du droit se trouve également transformée chez les juristes soviétiques par une réintégration de la famille dans le droit .

c) Dépérissement du droit :

Il est remis en question, à l'heure actuelle, par certains marxistes :

Monsieur et Madame Weyl : "Révolution et perspectives du droit" . 1974 . Une formule résume la ligne de force de l'ouvrage : "Il y a un danger dans la critique trop prononcée de l'idéologie juridique, c'est le danger d'une nouvelle idéologie

anti-juridique" . Le droit est une garantie pour la classe ouvrière . Ce n'est donc pas une superstructure méprisable dans la société capitaliste . Même dans la société socialiste, le droit aura encore son utilité : il y aura besoin d'une légalité de garantie La société même communiste aura des institutions juridiques, car pour accélérer le dépérissement de l'Etat, il faut un développement du droit .

Paragraphe 2 : Les synthèses explicatives :

Le terme de synthèse suggère de relier entre eux différents faits qui ont été observés et entre lesquels on croit reconnaitre des caractères communs . De ces caractères communs, il se dégage une signification commune qui va découvrir au sociologue une conception nouvelle du droit, du droit envisagé dans son ensemble .

C'est parce que l'explication va porter sur le droit envisagé dans son ensemble que ces synthèses explicatives, que l'on réfère à la sociologie juridique, demeurent très proches de la philosophie du droit .

Nous allons examiner trois synthèses explicatives :

A : l'évolutionnisme juridique

B . le structuralisme juridique
C . le pluralisme juridique

A . L'évolutionnisme juridique :

I . La place de l'évolutionnisme juridique dans les doctrines évolutionnistes :

On rencontre l'évolutionnisme comme doctrine en sociologie générale et même, plus largement, cette doctrine nous vient des sciences de la nature . La perception d'une évolution dans les sociétés est une perception fort ancienne . La perception d'un devenir historique a suggéré facilement l'idée d'une évolution des

Ainsi la propriété s'est déjà collectivisée dans le monde capitaliste (collectivité des actionnaires d'une société par exemple) ; inversement, l'effet de domination se produit sur une collectivité de dominés, les travailleurs . Pourtant, on se sert toujours du concept de la propriété individuelle .

Gramsci et Althusser :

Ils atténuent le mécanisme du matérialisme historique parce qu'ils admettent une certaine réaction de la superstructure sur l'infrastructure, en particulier une réaction de l'idéologie juridique sur l'infrastructure économique . Le système juridique conquiert une certaine indépendance par rapport à l'infrastructure économique .

b) La conception générale du droit :

Chez les auteurs soviétiques, on voit monter une notion qui réintroduit une idée de justice que Marx avait plutôt écartée . On parle de la conscience juridique .

Cf Szabo : "les fondements de la théorie du droit" : cette conscience juridique exprime la relation de la masse envers le droit positif . Ce n'est pas la connaissance du droit, mais un état psychologique .

La conception du droit se trouve également transformée chez les juristes soviétiques par une réintégration de la famille dans le droit .

c) Dépérissement du droit :

Il est remis en question, à l'heure actuelle, par certains marxistes :

Monsieur et Madame Weyl : "Révolution et perspectives du droit" . 1974 . Une formule résume la ligne de force de l'ouvrage : "Il y a un danger dans la critique trop prononcée de l'idéologie juridique, c'est le danger d'une nouvelle idéologie

anti-juridique" . Le droit est une garantie pour la classe ouvrière . Ce n'est donc pas une superstructure méprisable dans la société capitaliste . Même dans la société socialiste, le droit aura encore son utilité : il y aura besoin d'une légalité de garantie . La société même communiste aura des institutions juridiques, car pour accélérer le dépérissement de l'Etat, il faut un développement du droit .

Paragraphe 2 : Les synthèses explicatives :

Le terme de synthèse suggère de relier entre eux différents faits qui ont été observés et entre lesquels on croit reconnaitre des caractères communs . De ces caractères communs, il se dégage une signification commune qui va découvrir au sociologue une conception nouvelle du droit, du droit envisagé dans son ensemble .

C'est parce que l'explication va porter sur le droit envisagé dans son ensemble que ces synthèses explicatives, que l'on réfère à la sociologie juridique, demeurent très proches de la philosophie du droit .

Nous allons examiner trois synthèses explicatives :

A : l'évolutionnisme juridique

B . le structuralisme juridique
C . le pluralisme juridique

A . L'évolutionnisme juridique :

I . La place de l'évolutionnisme juridique dans les doctrines évolutionnistes :

On rencontre l'évolutionnisme comme doctrine en sociologie générale et même, plus largement, cette doctrine nous vient des sciences de la nature . La perception d'une évolution dans les sociétés est une perception fort ancienne . La perception d'un devenir historique a suggéré facilement l'idée d'une évolution des

sociétés, et le devenir historique est suggéré à l'individu par la conscience qu'il a de son devenir individuel entre la naissance et la mort . Cette analogie entre l'évolution des sociétés et l'évolution du corps humain nous vient de l'Antiquité .

La constitution, en doctrine, de l'évolutionnisme date du I9ème siècle . Il y a eu un passage de la nature physique à la nature sociale dans l'histoire des idées , des doctrines sociologiques . On date volontiers ce passage de l'oeuvre d'un sociologue anglais Herbert Spencer qui publia ses "Principes de sociologie" entre I876 et I885 . Dans l'évolutionnisme sociologique, on a volontiers tracé la ligne générale de l'évolution des sociétés dans le sens d'un passage de l'homogénéité, de la simplicité qui aurait caractérisé les sociétés primitives à une complexité croissante par la division du travail social .

A l'heure actuelle, on évite en sociologie, de parler d'évolutionnisme . On parle d'un changement plus localisé dans le temps et dans l'espace d'une société donnée . Sous cette forme modérée, l'évolutionnisme est devenu une espèce d'orthodoxie dans la sociologie contemporaine . Il n'y a pas de fixisme dans la pensée sociologique actuelle . L'évolutionnisme peut, du reste, revêtir une couleur idéologique : le marxisme est évolutionniste ; de même dans les théories fonctionnalistes illustrées par Parsons, l'évolutionnisme est inséparable de fonctionnalisme . Il y a un ajustement de tous les éléments composants de la société qui est une nécessité de la vie des sociétés elles-mêmes . C'est dans cet ajustement réciproque que nous allons placer l'évolutionnisme juridique .

2 . La signification de l'évolutionnisme juridique :

Il y a d'abord la constatation élémentaire que le droit change .

Il y a des résistances spécifiques à l'idée d'un changement qui serait naturel au droit . Il y a tout d'abord l'idée du droit naturel, car le droit naturel est souvent représenté comme un droit universel et immuable . D'autre part certaines parties

des systèmes juridiques héritées du droit romain (les obligations) semblaient dotées de l'immuabilité inhérente aux mathématiques, à la géométrie .

Il est une autre signification de l'évolutionnisme juridique, savoir que le droit doit changer, parce que la société change . Or le Droit est appelé à régir la société . Il doit s'ajuster à la société qui a changé .

C'est un principe de politique législative . L'accélération de l'histoire qui se traduit par une accélération des changements sociaux impose une accélération des réformes juridiques .

Il peut y avoir des contestations sur ce point . Le changement qui entraine les sociétés humaines est a-synchrone, c'est à dire qu'il ne porte pas sur tous les éléments constitutifs de la société en même temps et à la même vitesse . Par exemple, il y a des différences de vitesse dans le changement entre les moeurs et l'économie, entre les groupes sociaux . Si l'on admet cette affirmation, la porte est ouverte à une thèse nuançant l'évolutionnisme juridique selon laquelle le droit pourrait ne pas changer à la même vitesse que le reste des composants sociaux . Ce pourrait être même son rôle d'être un frein dans l'évolution sociale . Renner, dont nous avons parlé à propos du marxisme, disait que le droit ne change pas à la même vitesse que l'économie (cf ci-dessus) et que le changement du droit a un temps de retard sur le changement de l'économie . On peut généraliser cette hypothèse de Renner et dire que le droit change, mais pas nécessairement à la même vitesse que le reste de la société .

A l'inverse, on peut imaginer le droit précédant le changement social . La loi peut avoir un rôle pédagogique, elle peut montrer une évolution possible, alors elle va avoir un temps d'avance dans son évolution, sur l'évolution générale de la société . Il n'est pas exclu, par exemple, que le Code Civil de I804 ait été en avance sur son temps, sur l'état des moeurs en I804 .

Il faut noter qu'à l'intérieur même du droit, tous les secteurs n'évoluent pas au même rythme . Ainsi la conception de la

famille est plus avancée dans les droits spéciaux que dans le droit commun . La conception de la famille de la Sécurité Sociale a intégré la concubine, l'enfant naturel bien plus tôt que ne l'a fait le droit civil du code, et même sur certains points le droit civil du code résiste encore à l'intégration .

3 . Les différents aspects de l'évolutionnisme juridique :

- Un problème de source : où trouve-t-on exprimé cet évolutionnisme juridique ? Un double courant doctrinal a contribué à populariser cette doctrine chez les juristes et chez les sociologues .

Dès le début du siècle, un certain nombre de juristes ont été impressionnés par l'évolutionnisme sociologique, celui de Spencer, celui de Durkheim, et l'ont transporté dans le droit . Citons Léon Duguit : "Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon " 1912 .

Monsieur René Savatier : "Les métamorphoses du droit" .

Chez les sociologues du droit, l'évolutionnisme juridique prend des formes plus rigoureuses .

H. Levy-Brühl : "La sociologie du droit", Que sais-je ?

Friedmann : "Law in a changing society", 1960

- Quel est le sens du mouvement ?

Il y a la vieille idée du mouvement circulaire, des cycles qui nous vient de l'Antiquité . Cette idée sera reprise par Machiavel et par des juristes modernes, tel Maurice Hauriou .

Il est plus courant cependant de parler d'un mouvement linéaire . L'interprétation la plus courante depuis le siècle des Lumières, c'est qu'il y a un idéal du droit qui est devant nous et l'évolution du droit se fait suivant une ligne droite ascendante, c'est à dire qui tend vers un progrès toujours plus grand . Mais

la notion de progrès juridique est difficile à préciser .

- le changement dans le droit se fait-il par gradations, par degrés ou bien par mutations ?

Selon Marcel Mauss, le droit varierait par bonds, par mutations brusques . La loi, acte de volonté, opérant des réformes et parfois des révolutions, parait bien correspondre à cette notion sociologique de la mutation, par opposition à l'évolution graduelle .

Toutefois, on peut se demander si les deux formes d'évolution ne coexistent pas . En effet il est assez clair qu'un système juridique coutumier est justiciable d'un changement lent, graduel et qu'à l'inverse une société légaliste s'accomode, par la nature même de son instrument, la loi, de la mutation ; c'est une affaire de systèmes juridiques .

4 . Les conséquences pratiques de cet évolutionnisme juridique :

Une première conséquence de cet évolutionnisme a été la prédominence des lois d'évolution dans les lois scientifiques que la sociologie du droit s'est efforcée de formuler . Nous citerons deux de ces lois :

- la loi de Maine : (Summer Maine, I822 - I888) . Elle se formule ainsi : "le statut précède le contrat" . Ce serait une loi à l'origine de tous les systèmes juridiques . Le statut, c'est la loi ; le contrat, c'est au contraire ce mécanisme créateur du droit par accord de volontés . Le contrat, dans la vision de Maine, est venu tardivement . Les sociétés primitives ont commencé par une règle objective de droit .

- la loi de Max Weber : (I884 - I920) :

Weber a décrit comme la loi régissant l'évolution des systèmes juridiques la succession d'un certain nombre de phases, et en particulier il a établi une liaison entre le développement du capitalisme moderne et la rationalisation croissante du système

juridique . La loi de Max Weber pourrait s'exprimer comme une loi de rationalisation et de bureaucratisation croissante des systèmes juridiques .

Une deuxième conséquence qui découle de l'évolutionnisme juridique, c'est l'importance que les chercheurs sociologues attachent aux "indicateurs de modernisme" . Comme une sorte de préalable méthodologique aux enquêtes quantitatives, aux sondages d'opinion, il faut essayer de discerner si les enquêtés sont du type traditionnaliste ou du type moderniste, car la réaction à l'évolution du droit que l'on postule peut être différente selon les individus, selon les groupes sociaux .

Une dernière conséquence : l'entrée de la prospective dans l'action sociologique, et en particulier dans la politique de la sociologie du droit .

Le déterminisme permet de faire une prévision sur ce que sera l'évolution du système juridique, considéré non seulement dans ses règles, mais aussi dans les réactions des sujets . D'où l'arrivée dans la pratique des sociologues du droit de la prévision de sociologie juridique . Il y a des recherches qui sont menées à l'initiative du Ministère de la Justice, pour essayer de prévoir ce que sera l'évolution de la criminalité dans les IO, 20 années à venir .

B . Le structuralisme juridique :

Le structuralisme, à beaucoup d'égards, prend le contrepied de l'évolutionnisme . Il se présente comme une rupture avec l'évolutionnisme . Le droit, le système juridique n'est plus compris comme un flux, comme un flux humain . C'est un système clos et immobile . Ce n'est pas un système humain, c'est un système de mots .

Les structuralistes dans leur ensemble paraissent avoir été assez indifférents au droit .

L'analyse structurale peut être utilisée comme instrument de recherche . Les sociologues du droit s'intéressent depuis 5 ou IO ans au structuralisme . Le structuralisme insiste sur l'interdépendance qui relie entre eux les éléments d'un même système . Un système social est un composé d'éléments et on ne pourrait pas imaginer d'autres combinaisons que celles que nous pouvons constater dans le système . Ceci peut avoir un sens pour les systèmes juridiques .

En sociologie législative, on pourrait tirer du structuralisme cette conséquence que toute réforme partielle du droit est un non-sens en raison de la solidarité qui existe entre les différents éléments constitutifs d'un système juridique .

Cf Monsieur André - Jean Arnaud : Archives de philosophie du droit, I968, p. 283, I970, p. 466 .

André Hauriou : "Recherches sur une problématique et une méthodologie applicable à l'analyse des institutions politiques", Revue de droit public, I97I, p. 305 .

C . Le pluralisme juridique :

C'est une doctrine qui est associée en France au nom de G. Gurvitch (I894 - I965), qui a écrit "L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit" en I935 . Suivant la conception du droit dogmatique, un système juridique est un tout homogène, et sur un territoire donné il n'y a place que pour un droit . Le pluralisme juridique affirme, en contradiction au droit dogmatique, l'existence au sein d'une société déterminée de mécanismes juridiques différents pouvant s'appliquer à des situations identiques . Les doctrines pluralistes vont non seulement s'accommoder de ce fait, mais le trouver bénéfique et bienfaisant .

Quels phénomènes faut-il faire entrer au juste dans la notion de pluralisme juridique ?

Gurvitch parlait de foyers générateurs de droit . Il pensait surtout à une concurrence qui, dans les sociétés modernes,

était faite au droit étatique par certaines institutions de droit social qui lui semblaient secréter des règles de droit : ainsi les statuts d'une association, le règlement d'entreprises. Ce sont là de petits systèmes juridiques qui viennent rompre l'unité du droit telle que les dogmatiques la conçoivent . De même, la concurrence existe au plan international . D'après Gurvitch, les règles de droit de la S.D.N. venaient en concurrence avec les règles de droit de la société nationale .

Des auteurs venant à la suite de Gurvitch ont fait porter leur attention pluraliste vers des phénomènes qui étaient perceptibles en droit colonial . Les systèmes juridiques des pays colonisateurs entraient en concurrence avec des systèmes juridiques autochtones d'essence coutumière . Plus largement, on a établi une liaison entre le pluralisme juridique et les phénomènes "d'acculturation juridique" (greffe d'une institution d'importation étrangère sur un droit autochtone, sur un droit national) .

Jacques Vanderlinden, sociologue belge, en préface à son ouvrage "Le pluralisme juridique", 1971, ajoute à la liste le droit militaire qui est en concurrence avec le droit commun . Les droits spéciaux constituent une spécialisation qui est une dissociation à l'intérieur du système juridique global . Le droit commercial, comme le droit militaire, va être retenu comme un phénomène de pluralisme juridique : de même la liberté des contrats, car le contrat délimite un cercle qui est, en quelque sorte, en concurrence avec le système juridique étatique .

Le pouvoir souverain des juges du fond crée une certaine autonomie du droit dans le ressort d'un tribunal donné qui vient rompre l'unité du droit national (la notion d'intérêt de la famille, la valeur du point d'invalidité pour calculer des dommages-intérêts sont variables d'un tribunal à l'autre) .

Le pluralisme normatif :

On parlera de pluralisme normatif, parce que la concurrence ne s'établit pas entre deux systèmes ayant un caractère juridique, mais entre un système juridique et un système norma-

tif qui n'est pas juridique, qui peut être infra-juridique . On va englober dans l'inventaire les phénomènes de justice populaire, le droit des bandes et des gangs (le Code de la Maffia), le droit des écoliers ("Louis Lambert" de Balzac), le droit domestique (étude de Spittler sur la norme et la sanction à l'intérieur du personnel des cuisines d'un grand restaurant) .

PARTIE GENERALE

LE CODE CIVIL DES FRANCAIS COMME PHENOMENE SOCIOLOGIQUE

Le Code Civil des Français, c'est le titre que notre Code Civil a porté à l'origine quand il est sorti des mains du législateur par la loi du 30 Ventôse An XII, qui a réuni les différents titres du Code en un seul corps de lois .

Quelques mois plus tard, Bonaparte allait prendre le titre d'Empereur des Français . L'accent était mis sur l'idée qu'il s'agissait de régir, par un code ou par un gouvernement, un peuple et non pas une entité abstraite .

Nous allons étudier le Code Civil des Français comme un phénomène sociologique et non pas comme un texte dogmatique . Jean Ray, il y a une trentaine d'années, avait déjà dit qu'il fallait considérer le Code Civil comme un fait . Klimrath (1807 - 1837) disait qu'il fallait le traiter comme un document historique .

Ce phénomène sociologique a eu une très grande importance pour la société française . Le Code Civil, qui est resté, au moins dans la forme, le même depuis 1804, représente une continuité qui manque à travers les Constitutions politiques .

C'est un phénomène singulier comme le sont, en principe, les phénomènes historiques, néanmoins c'est un code . Nous commencerons donc par replacer le Code Civil dans la catégorie à laquelle il ressortit conceptuellement : c'est une législation .

Dans un premier chapitre, nous étudierons la législation en général comme objet d'étude sociologique ; ce n'est qu'ensuite que nous prendrons le Code Civil en lui-même comme phénomène sociologique en recherchant ses causes et ses effets dans la société .

CHAPITRE I : LA LEGISLATION EN GENERAL COMME OBJET D'ETUDE SOCIOLOGIQUE :

Dans les sociétés modernes, la forme de la règle de droit la plus importante est la loi . La législation est à la fois une génération de la loi et un produit de cette génération . Il y a des législateurs et il y a des lois . Nous étudierons successivement les législateurs et les lois . Les législateurs, dont il sera question dans la Section I, pourront être aussi bien des forces impersonnelles que des hommes .

SECTION I : LES LEGISLATEURS :

Il faut distinguer le législateur apparent (celui que le droit constitutionnel désigne) et le législateur réel (qui peut se cacher derrière le législateur apparent) ou encore on dira qu'il y a le législateur juridique et le législateur sociologique .

Paragraphe I : Le législateur réel :

Pour le droit dogmatique, le législateur réel se confond avec le législateur apparent désigné par la Constitution .

Pour une sociologie du droit très sommaire, le législateur réel c'est la force des choses, c'est l'opinion . Ce sont les intérêts et non les hommes qui créent la loi . Dans cette conception, on n'arrive pas très bien à distinguer l'appellation de la loi de l'appellation de la coutume . La coutume naît des forces impersonnelles, de la masse . La loi aussi va naître de la masse, de forces impersonnelles . On ignore le législateur en tant qu'individu .

Une sociologie du droit qui veut être scientifique doit s'efforcer à une vue moins partiale du législateur réel .

A . Les différents apports à la recherche du législateur réel :

Nous en trouvons d'abord dans la science politique qui, à

certains égards semblerait nous fournir des arguments contre l'idée d'une dépersonnalisation du pouvoir . En effet, la science politique contemporaine a mis l'accent sur le phénomène de la personnalisation du pouvoir .

Cf L. Hamon et A. Mabillo : "La personnalisation du pouvoir", 1964 . Ils ont surtout porté leur attention sur le pouvoir executif et pas du tout sur le pouvoir législatif . Il faut observer d'ailleurs qu'il existe une apparente contradiction entre l'idée de pouvoir personnel et la notion de loi qui est un commandement impersonnel .

On aperçoit l'idée d'une personnalisation du pouvoir législatif chez Hitler . Par la loi du 23 mars 1933, il s'est octroyé le pouvoir de légiférer . La volonté du Führer était considérée comme véritable source du droit .

Dans les droits anciens, notamment dans l'Antiquité, on note qu'il y a personnalisation du pouvoir . Nous saisissons la figure d'un législateur charismatique . C'est un législateur qui tire son pouvoir d'une grâce surnaturelle (Moïse) . La législation est l'oeuvre de personnes charnelles ou de personnes surnaturelles .

Nous trouvons un second apport dans la <u>philosophie de l'histoire</u> :

Le problème du législateur réel s'insère dans le problème plus général de la causalité en histoire : quel est le rôle respectif, dans le déroulement de l'histoire, des individus et des forces impersonnelles ?

Si l'on accorde un rôle, même secondaire, aux grands hommes dans le devenir historique, on introduit l'accidentel dans l'histoire . Les accidents qui peuvent affecter un homme pourront affecter le cours de l'histoire (pensons au nez de Cléopâtre) . On introduit des "parvae causae" (des petites causes) échappant à tout déterminisme saisissable et qui sont si influentes sur le cours de l'histoire et de l'histoire du droit en particulier .

Montesquieu, bien qu'implicitement déterministe, n'excluait pas le rôle des grands hommes dans le devenir juridico-historique (grands législateurs historiques ou légendaires tel Solon, Lycurgue) . Les lois lui paraissaient échapper pour partie au déterminisme . Il notait que les lois sont beaucoup plus arbitraires que les moeurs .

Durkheim s'est élevé contre Montesquieu . Pour lui, si une telle liberté existe de la part du législateur, on sort de l'ordre rationnel et il n'y a plus de déterminisme dont la science a besoin pour étudier le développement des sociétés .

Pour le marxisme, la liberté que Montesquieu accorde au législateur vient à la traverse du matérialisme historique .

Raymond Aron, dans ses "Dix huit leçons sur la société industrielle" prend à son compte les thèses de Montesquieu . Pour Aron, les hommes sortent du schéma déterministe soit parce qu'ils sont intelligents, soit parce qu'ils sont insuffisamment intelligents . Il dit que les chefs d'Etat font partie de la réalité sociale au même titre que les masses . Les grands hommes sont une causalité possible du devenir historique .

Un troisième apport nous est fourni par la <u>théorie des décisions</u> .

C'est un thème récent . L'étude de la décision, en général, a suscité un intérêt scientifique qui n'est pas uniquement théorique, mais qui est aussi pratique . On étudie le phénomène de la décision pour pouvoir le maitriser, le prévoir, l'orienter .

Schubert, sociologue du droit américain, a étudié la décision judiciaire .

Dans les recherches sur la décision législative, on retrouve les thèses du marxisme (le jeu des intérêts; le code du profit dicte la prise de décision) .

Robert Wahl dans son ouvrage "Qui gouverne ?", I97I, a mis l'accent sur les causalités psychologiques de la décision .

Monsieur Lucien Sfez : "Critique de la décision" . Pour lui, la décision est le résultat d'une série de causes qui, en se frottant mutuellement, provoquent un changement . C'est le produit d'une série de forces qui provoquent le changement .

B . Trois modèles de recherche du législateur réel :

I . Le cas du Code Napoléon :

Cette appellation souligne la personnalisation de la loi . Il y a des précédents dans l'histoire : Code Théodosien, Code Justinien .

Le Code Civil, promulgué sous le titre de Code Civil des Français, va prendre en vertu d'une loi du 3 septembre I807, le titre de Code Napoléon . A la Restauration, le Code Napoléon redevient le Code Civil . Mais, avec le Second Empire, le Code Civil reprend le nom de Code Napoléon en vertu du décret du 27 mars I852 .

A partir du décret de I852, les esprits vont se diviser en ce qui concerne le problème de la paternité du Code Civil . N'y-at-il pas eu en effet une part de forces impersonnelles dans l'élaboration du Code Napoléon ?

Dans une première hypothèse, on peut se dire que le Code Civil a été le produit d'une évolution historique antérieure et extérieure à Bonaparte et à ses juristes . L'idée d'une codification unitaire du droit civil avait cheminé tout au long du I8ème siècle et elle était finalement arrivée à maturité en I804, et même sans Bonaparte la France aurait eu un Code Civil .

Dans une thèse opposée, on dira que, sans doute, il y a eu une part extérieure et antérieure à Napoléon et ses juristes, mais, que, sans Bonaparte, le Code Civil n'aurait pas été ce qu'il a été . Ainsi le divorce et l'adoption ont été voulus par Bonaparte contre l'avis de ses juristes et des forces collectives . On peut dire même que sans Bonaparte le Code Civil n'aurait peut-être pas été

du tout, car la décision de légiférer est un acte de volonté ; elle a besoin d'une volonté décidée et persévérente .

2 . Modèle tiré de l'ethnographie :

Une tribu de papous est soumise à un système de droit coutumier, de droit a-historique . Et pourtant, on note à un moment donné une innovation juridique, une rupture dans cette permanence de la coutume . La coutume prohibant le mariage incestueux est abrogée par le chef qui a violé la coutume en contractant un mariage incestueux . Il va institutionnaliser des unions du modèle de la sienne pour l'ensemble de la communauté .

Sans doute existait-il une pression dans la tribu dans le sens de cette violation . Le législateur individuel va prendre sur lui la responsabilité de cet assouplissement . Il y a là une réponse à une attente de la collectivité . Nous voyons ici l'exemple du législateur personnel qui transpose dans la loi son expérience personnelle . On peut le rapprocher du rôle de Bonaparte à propos du divorce et de l'adoption . Sa réforme répondait sans doute à un besoin personnel, mais aussi à l'attente de la collectivité .

3 . La réforme des études médicales et des structures hospitalières:

Décret du 5 août 1970 .

Selon Monsieur Jamous ("Sociologie de la décision" 1971) il y avait une situation historique qui appelait la réforme des études médicales, mais cette situation n'était pas suffisante à elle seule . Il fallait un "médiateur charismatique" (le Professeur R. Debré) . Et le charisme de ce médiateur n'aurait pas été suffisant s'il n'était pas allé à la rencontre de l'évolution .

Paragraphe 2 : La part des hommes dans la réalité de la législation :

En droit dogmatique, le législateur est celui que désigne la Constitution .

Il fait une distinction selon que le législateur apparait comme un individu (le tyran, le despote et la technique du décret nous met encore en présence d'un législateur solitaire)ou comme un groupe (Parlement) .

Le législateur solitaire parait n'appeler qu'une étude de psychologie individuelle .

Le législateur collectif (les comices de la Rome archaïque, les Parlements de nos sociétés actuelles) conduit à s'intéresser aux phénomènes de groupes qui ont retenu l'attention de la psychologie sociale .

Mais la réalité est plus complexe . Pour saisir la réalité nous distinguerons le législateur en titre qui est titulaire du pouvoir législatif et les législateurs auxiliaires .

A . Les législateurs en titre :

La loi est une manifestation de volonté, un acte juridique destiné à produire des effets de droit .

Cette volonté humaine ne va-t-elle pas introduire l'indétermination dans la trame des phénomènes juridiques, puisque par hypothèse les phénomènes juridiques sont le résultat de la loi ? Du même est-ce que dans le système juridique ne s'introduit pas cette indétermination ? Mais la volonté humaine, une volonté juridique a fortiori, n'est pas en général indéterminée . Elle est déterminée par des mobiles, elle est donc rationnalisable et peut être réintégrée dans la chaîne des événements sur lesquels l'analyse causale peut s'exercer . Nous pourrons donc faire une distinction selon que la volonté législative est arbitraire ou au contraire déterminée .

I . La volonté législative arbitraire :

Nous prendrons l'arbitraire à son maximum et ferons porter l'observation sur le phénomène de la loi absurde . La loi absurde a été un thème littéraire en faveur après la dernière guerre .

Pensons à Kafka (l'absurdité du droit) et à l'existentialisme qui insistait sur l'absurdité de la vie, de la société, et du même coup du droit .

La sociologie juridique peut-elle saisir des phénomènes de loi absurde ? Souvent les phénomènes de lois absurdes que l'on cite sont des phénomènes de lois faussement absurdes, en ce sens qu'elles ne le sont que pour des esprits rationalistes . les auteurs du I8ème siècle, Montesquieu en tête, lorsqu'ils recensaient certaines lois du passé ou des lois de pays lointains, portaient des jugements d'absurdité, parce qu'ils ne comprenaient le droit qu'à l'image du droit rationnel des pays européens . Ils ne comprenaient pas ces institutions juridiques, mais l'ethnologie les a aujourd'hui éclairés . Certaines prescriptions de l'Ancien Droit hébraïque nous paraissent aujourd'hui encore absurdes : en fait, elles ont une explication magique qui reste à découvrir (exemple : Ancien Testament, Deuteronome, chapitre 22 : l'interdiction des mélanges) .

Mais il est possible que nous rencontrions des lois véritablement absurdes car elles sont l'oeuvre de législateurs déments . Leur explication relève alors de la psycho-pathologie . Pensons à Néron, à Caligula . La Compilation de Justinien a écarté les constitutions de certains empereurs dont la santé mentale fut jugée suspecte . Il y a là une sorte de mécanisme de défense de la société à l'égard du droit absurde .

2 . La volonté législative déterminée :

Déterminée par quoi ? La loi répond à un mobile ; elle a des motifs qui sont des données psychologiques dont la traduction, l'expression dans la technique juridique est constituée par l'exposé des motifs .

L'exposé des motifs exprime un désir de rationalité législative, mais les motifs exposés peuvent être trompeurs . Le but visé par la loi est explicite, mais le motif dudit but ne l'est pas . Ces motifs subjectifs, il appartient à la sociologie juridique de les découvrir . Il y a les tiers intervenants et le législateur .

Les tiers intervenants :

C'est le phénomène le plus facile à déceler . Derrière le législateur, il y a un tiers qui est le législateur clandestin : Egérie et les capteurs de lois .

L'égérie :

L'égérie est une nymphe, inspiratrice du roi Numa (le législateur type comme l'indique son nom Nomos, la norme de droit) .

On en rencontre au cours de l'histoire dans l'entourage du législateur, influençant la volonté de celui-ci .

Justinien : influence de sa femme Théodora dans un sens de protection de la femme ;

Joséphine qui aurait influencé Napoléon opérant à l'adoption (discutable) .

Capteurs de lois :

Par l'intermédiaire du législateur en titre, ils obtiennent le dépôt d'un projet de loi et son vote . La loi est en ce cas conçue dans l'intérêt personnel de cet intervenant :

I94I : loi sur la légitimation adultérine inspirée au Maréchal Pétain par son jardinier ;

Il s'agit de résoudre le cas personnel d'un particulier, au besoin par le biais d'une loi rétroactive ou dite interprétative . C'est un phénomène ancien et général .

Le législateur :

La loi, disposition générale et impersonnelle, prise dans l'intérêt général, est prise dans l'intérêt personnel du législateur . L'intérêt personnel du législateur est le véritable motif conscient de la législation .

Claude : un sénatus consulte rend licite le mariage entre oncle et nièce . Permettre le mariage de l'empereur et de sa nièce Agrippine .

Napoléon : adoption et divorce par consentement mutuel .

A un moindre degré - et c'est le cas le plus fréquent - le législateur parlementaire est influencé dans son vote par son propre intérêt et sa situation personnelle . Il pense à la Nation et à lui-même . L'intérêt personnel poursuivi peut être diffus et inconscient .

Des recherches aux U.S.A. ont été conduites . Thèse en parallèle des votes avec l'arrière fond du législateur pour révéler l'intérêt personnel . Enquête en 1960 sur le logement : la solution législative apparait être celle qui permet de satisfaire les besoins de logement des parlementaires .

Ceci suppose une liberté du vote des élus qui ne sont pas obligés de se plier à la discipline du vote du parti .

B . Les législateurs auxiliaires :

Plus une société se rationnalise et se bureaucratise, plus les techniciens du droit reçoivent du législateur son pouvoir de légiférer (rédaction du texte des projets de loi - élaboration du texte - consultation préalable...) . Le pouvoir de fait est considérable . On rencontre trois espèces :

- les bureaux
- les tribunaux
- les corporations judiciaires

I . Les bureaux de la législation :

Les fonctionnaires préparent les projets de lois et de décrets . En droit civil, la Chancellerie du Ministre de la Justice joue un rôle important dans la préparation de la législation (cf la loi de Max Weber) . A l'âge de l'urbanisation, la loi est

une affaire des bureaux qui reçoivent les réclamations, procèdent à des enquêtes et nourrissent le travail législatif .

2 . Les tribunaux judiciaires :

(Le Conseil d'Etat a un rôle consultatif prévu par la Constitution) .

XVIIIème siècle : les Parlements étaient associés à la législation par l'enregistrement des édits .

La Révolution a pratiqué la séparation rigoureuse des personnes . Aujourd'hui le pouvoir judiciaire revendique d'être associé au pouvoir législatif .

Mais il y a des formes plus modernes d'intervention . Le législateur consulte officiellement les tribunaux avant la prise en considération du projet (ou officieusement) . Rappellons que le projet de Code Civil avait été communiqué aux tribunaux d'appel et au tribunal de cassation qui avaient été invités à présenter leurs observations .

3 . Les corporations judiciaires :

- leur mode d'action :

. rôle de consultation : il est rationnel de consulter les "compétents" (appel aux capacités) . L'association est un gage de succès au stade de l'application de la loi : on peut compter sur leur collaboration ; on prévient peut-être les risques de "sabotage" .

. action par pression sur le législateur : ces groupes socio-professionnels ont été représentés au Parlement de façon privilégiée . Depuis quelques années, leur importance numérique est en régression .

Mais tenir compte que les élus comptent parmi leurs grands électeurs des juristes professionnels qui peuvent agir sur eux .

En Belgique I83I : 38 % des élus sont des juristes professionnels
I900 : 44 %
I936 : 28 %
I960 : 24 %

- quels intérêts défendent-ils ?

Pour Marx, le professionnel du droit est au service des intérêts dominants, c'est à dire du capitalisme . Pour l'avoué et le notaire, étant donné la patrimonialité des offices, on peut dire qu'ils sont des capitalistes . Quant à l'avocat, c'est la notion d'intérêt de clientèle qui permettrait d'en faire un auxiliaire du capitalisme .

La réponse est plus complexe, particulièrement à propos de l'avocat : les corporations judiciaires ont des intérêts propres liés à un phénomène spécifique, celui de "classe contentieuse" . Elles vivent des conflits, des procès qui sont construits sur des intérêts antagonistes . On ne peut pas avancer que le juriste professionnel est au service d'une classe sociale dite dominante car les procès ne sont pas d'un type unique et il est des procès où les parties appartiennent à la même classe .

Autre problème posé : les corporations judiciaires ne risquent-elles pas de se sensibiliser aux seuls problèmes de leur spécialité et d'ignorer les autres ? En étant associées à la législation, ne risquent-elles pas de privilégier certains aspects des problèmes dont elles ont à connaitre ? On a dit que les rédacteurs du Code Civil ignoraient les problèmes de certaines couches de la population . Par ignorance, ils n'ont pas légiféré en certaines matières .

Mais est-ce un avantage ou un inconvénient d'avoir ou de ne pas avoir de droit applicable ? Que penser de l'"avocat sans cause" ? Ce manque influence-t-il sur son comportement professionnel ?

Au I9ème siècle, l'avocat "sans cause" était souvent un "amateur" fortuné qui avait des loisirs à consacrer au droit .

Est-ce un gage d'impartialité ?

Un avocat sans cause n'est-il pas tenté de susciter un droit processif ? On cite le cas des pays balkaniques où les avocats ayant fait leurs études juridiques en France avaient agi pour introduire le Code Civil dans leur pays, parce que cette législation leur procurait un monopole de fait (ils "détenaient" le savoir de la nouvelle législation) . Le statut du fermage promulgué en 1945 a été source d'un contentieux abondant . On a imputé cette situation à la volonté des avocats .

A l'inverse, on note que les avocats ont joué un rôle considérable dans les assemblées révolutionnaires . On note de leur part un désir de créer une législation qui tarirait les procès .

Paragraphe 3 : La part des choses dans la réalité de la législation :

Recensement des forces impersonnelles qui sont créatrices de la loi .

L'expression "part des choses" ne doit pas tromper . On veut parler de la force des choses : ce ne sont plus des hommes identifiables ; ce sont des collectivités qui agissent et contraignent à légiférer dans un certain sens .

A . Les forces économiques (intérêts économiques)
B . Les forces psychologiques (les idéologies)

A . Les forces économiques :

L'intérêt est une notion difficile à saisir ; c'est l'intéressé qui est juge de son intérêt ; il y a l'intérêt immédiat, l'intérêt futur .

- Thèse marxiste :

Le jeu des intérêts a une importance capitale dans la législation : l'infrastructure entraine la superstructure . Cette

constatation est faite par des non-marxistes (G. Ripert "Les forces créatrices de droit" 1951 ; au nombre de ces forces, il compte les intérêts économiques) .

Ce qui complique la recherche, c'est que l'infrastructure n'est pas homogène et qu'il y a des antagonismes d'intérêts . S'il est possible d'observer la classe dominante, de déceler ses intérêts et son opposition avec d'autres classes, par contre le passage de l'intérêt de la classe dominante dans la législation est plus difficile à préciser .

Modes d'action de l'intérêt (force impersonnelle) sur la loi :

Expression élaborée d'une volonté, expression personnalisée .

. intérêts inorganisés
. intérêts organisés

I) Action des intérêts inorganisés sur la loi :

Il n'y a pas d'organe pour exprimer leurs aspirations, leurs demandes .

Notons que c'était le cas au siècle dernier pour la classe ouvrière avant l'avènement du syndicalisme . Aujourd'hui encore, bien que la création d'associations soit juridiquement facile, il existe encore des catégories socio-professionnelles inorganisées . Il y a des intérêts qui ne parviennent pas à s'organiser parce qu'ils sont soit trop généraux, soit le fait d'individus quantitativement très nombreux . Ce caractère fait que leurs titulaires ne croient pas utile de s'organiser . Ils pensent sans doute que leur intérêt particulier s'identifie avec l'intérêt général ; ils s'en remettent au législateur . Ainsi il existe une association des enfants naturels mais il n'existe pas d'association des enfants légitimes .

Supposons qu'un intérêt soit inorganisé, comment va-t-il néanmoins agir sur le législateur et le pousser à légiférer ?

Chez Marx, la pression diffuse de la masse est difficile à analyser . Quid de la pression diffuse d'un intérêt inorganisé et particulier ? Admettons qu'il soit possible de vérifier le lien de causalité entre cet intérêt et la loi .

Une première réponse : la loi en faveur d'une certaine catégorie n'est pas pour autant le résultat de la pression exercée par les intéressés . Elle peut être le fait du législateur qui a pris en charge un intérêt particulier sans que leurs titulaires aient fait pression sur lui . Ainsi, l'abolition de l'esclavage n'est pas le fait des esclaves ; les lois d'assistance, les lois philanthropiques ne sont pas le fait des classes misérables .

Deuxième réponse possible : l'action des forces impersonnelles est révélée dans les motifs de la loi, dans les travaux préparatoires qui font état des plaintes, de démarches entreprises généralement auprès des "bureaux", de l'administration . Des doléances exprimées individuellement en ordre dispersé, sans caractère comminatoire, qui appellent une réforme... parviennent à retenir l'attention du législateur .

Dans l'histoire du droit, on constate des variations concomitantes entre les réclamations des forces économiques et la loi . Exemple : la publication hypothécaire a connu des flux et des reflux au gré des interventions des créanciers et des débiteurs . L'oscillation de la législation révèle l'action des forces économiques en présence .

2) Action des intérêts économiques organisés :

L'organisation peut être embryonnaire : pétition, comité temporaire . Il peut s'agir, plus souvent, d'institutions permanentes : des intérêts économiques épars prennent conscience de la communauté de leurs intérêts, de leur force,... ils décident de se constituer en association .

C'est à ce niveau que se présente le phénomène des groupes de pression dont l'organe est représenté par le "lobby" (couloir) .

Jean Maynaud : "Les groupes de pression en France" I958 (ouvrage classique) .

Le phénomène vient d'Angleterre et surtout des U.S.A. où il n'est pas clandestin . Dans certains Etats, il est même officialisé . Aux U.S.A., on estime que la loi est un compromis entre des intérêts antagonistes, qu'il est bon que ces intérêts se fassent connaitre ; en se neutralisant ou en s'équilibrant, ils permettent l'indépendance du législateur . Le "lobby" prépare le projet, en saisit le parlementaire, suit la procédure et suit l'application de la loi nouvelle par l'administration .

En France, leur action est plus discrète . Se rencontrent à propos de la législation fiscale et économique (bouilleurs de cru , betteraves, viticulteurs, assurances ayant entrainé la loi de I972 qui a été prise à l'instigation des compagnies d'assurances pour limiter la responsabilité résultant de la jurisprudence de la cour de cassation de l'article I384 du Code Civil ; exemple du caractère subjectif de la notion d'intérêt...car la jurisprudence nouvelle était source d'accroissement de l'activité des compagnies) .

Philippe Willems, I97I, "La vie politique sous la IVème République" .

L'auteur conclut que sur 900 parlemantaires français, 60 au plus sont liés à des groupes d'intérêts .

A l'occasion de la réforme des régimes matrimoniaux en I965, on prévoyait la signature du mari et de l'épouse pour l'achat à crédit d'appareils ménagers . Protestation des fabricants . Une seule signature pour la validité de l'engagement, deux pour la solidarité .

LA complexité de la nature humaine fait que les intérêts économiques sont dilués, épars .

Il existe de faux "lobby" . On rassemble les intéressés dans des pseudo-groupements de défense téléguidés par ceux qui ont intérêt à ne pas mobiliser les intéressés . On stoppe ainsi

les réclamants éventuels . On prévient les oppositions .

B . Les forces psychologiques :

Ce sont des états collectifs de conscience ou d'inconscience . Il s'agit de phénomènes de psychologie sociale qui sont sources de phénomènes juridiques . Tantôt ces forces sont canalisées, tantôt elles restent à l'état diffus, s'exerçant par pression sur le législateur .

I . Les forces psychologiques canalisées :

L'opinion publique en est la plus courante . C'est un phénomène psycho-social assez difficile à cerner .

Un juriste anglais, Dicey, dans un ouvrage de 1905 "le droit et l'opinion en Angleterre" la définit ainsi :

"Il existe à tout moment donné un corps de croyances, de convictions, de principes, de sentiments reconnus et fortement enracinés, créant ainsi un courant prédominant" .

Cf Jean Stoetzel : "La théorie des opinions", 1943 .
G. Berger, Colloque de 1957, "L'opinion publique"

Il relève le trait caractéristique de l'opinion : elle est consciente et porte en elle une intention de rationalité .

Ce phénomène de l'opinion publique a été décelé depuis fort longtemps . On trouve trace d'une théorie dès l'Antiquité · Pascal parle de "l'opinion, règle du monde" . C'est au 18ème siècle que l'opinion a pris conscience de son existence et de sa force . Elle avait pour siège les salons et les cafés parisiens, elle est élitariste . Au 19ème siècle, par la popularisation de la presse, elle atteint, touche beaucoup plus de couches . Au 20ème siècle, les masses média accentuent ce caractère populaire . Apparaissent aussi les sondages d'opinion .

Ce qui nous importe ici, c'est que l'opinion publique dans ses relations avec la loi, c'est son action législative . Peut-elle faire pression sur le législateur pour qu'il légifère dans tel ou tel sens ? Certainement : l'oeuvre du Code Civil est le fruit d'une pression de l'opinion publique ; il en est de même du droit du travail . Dicey prenait comme exemple en Angleterre les réformes du statut de la femme mariée . Aujourd'hui les exemples abondent : la contraception, l'avortement .

Quels sont les canaux par lesquels l'opinion publique va agir sur le législateur ? Il y a les organes constitutionnels et les canaux privés .

Les organes constitutionnels :

Les Parlements peuvent être considérés comme des canaux . Néanmoins, il nous faut apporter des nuances . En effet, le vote parlementaire est un acte de volonté, ce que n'est pas l'opinion publique . Il y a une différence entre un sondage d'opinion publique, qualifié de référendaire, et le vote d'un citoyen. Par le vote, le citoyen émet une volonté, tandis que l'enquêté émet une opinion qui est plus molle, plus superficielle .

Il n'empêche que chez beaucoup d'auteurs, dont Jean-Jacques Rousseau, il y a un glissement de l'opinion au vote . Il n'y aurait pas, selon eux, de cloison hermétique entre les deux phénomènes . On peut admettre qu'en régime parlementaire, les votes émis par les élus sont un reflet de l'opinion publique . Mais il faut souligner que les députés , en France par exemple, n'ont pas été élus sur un programme législatif précis, ce qui en fait leur donne une indépendance vis à vis de l'opinion publique ; par exemple, actuellement, en Angleterre, l'opinion publique est favorable au rétablissement de la peine de mort alors que le Parlement vient de se prononcer contre . Un député a déclaré : "L'opinion publique doit former une partie, mais non la totalité de notre jugement" .

Les canaux privés : ce sont la presse et les mass-média .

A notre époque, un canal spécifique : le sondage . Le sondage peut avoir des fins purement documentaires . Mais on a vu apparaitre des sondages à finalité législative, soit que le sondage ait été commandé par le législateur lui-même, soit qu'il ait été commandé par un groupe de pression . Alors même que le sondage est mené à l'initiative du législateur, il ne dictera pas la loi . La volonté du législateur continue à former un filtre entre l'opinion exprimée et le texte législatif .

2 . Les forces diffuses :

Elles ont un niveau moins élevé de rationalité . On est souvent proche de l'inconscient . Ce sont des pulsions qui montent de la masse et dont l'action sur le législateur est malaisée à cerner . Deux traits peuvent définir ces forces : le caractère populaire et le caractère affectif .

a) Le caractère populaire :

Il peut se retrouver dans des votes parlementaires (cas des votes unanimes, debout, par acclamation générale) .

Il ne faut pas penser à l'extension dans l'espace du phénomène psychologique . Par contre, il faut relever son extension dans le temps . Dans les forces diffuses, il y a une certaine dimension historique, coutumière, une référence à un passé (un passé qui n'est pas nécessairement lointain) . Ce peut être par exemple une référence à de grands ancêtres .

Deux exemples observables de ce caractère populaire des forces :

- le Volksgeist :

Cette notion a été mise en honneur par l'école historique allemande, dont le représentant le plus connu fut Charles de Savigny (1779-1861) romaniste célèbre et philosophe du droit . Le droit ne fait que mettre en forme une force psychologique diffuse

dans la nation : c'est le Volksgeist qui secrète le droit que le législateur n'a plus qu'à recueillir . Ces idées avaient déjà été amorcées par Herder (I744 - I803) qui a influencé Portalis : pour lui, c'est la découverte des forces créatrices du peuple qui sont à l'origine de la loi . C'est une idée romantique développée par le poëte Hölderlin (I770 - I843), dont l'essentiel de l'oeuvre se situe vers I800, avant Savigny qu'il influença . On trouve chez lui la notion de la "voix du peuple" . Mais Hölderlin montre les dangers à suivre la voix du peuple si elle reste immobile .

- la notion de conscience juridique :

Cette notion est utilisée par les marxistes . Il s'agit d'une force consciente diffuse qui n'est pas rivée au passé, sinon aux grands penseurs marxistes . Elle est évolutive .

b) Le caractère affectif :

Il relève d'une analyse du sentiment . Le sentiment joue un rôle essentiel dans l'élaboration de la loi . Un problème se pose quant au rôle du sentiment dans la législation . Il y a des législations sentimentales qui échappent à la rationalité des intérêts . Ainsi il y a des lois d'amour (nuit du 4 août I789) . Il y a aussi des lois de haine : lois prises en haine de quelque chose ou de certaines catégories d'individus (haine des usuriers dans le droit romain) . La mort civile du Code Civil était une loi de haine . Il est certain que ce caractère peut n'être pas apparent ou encore paraitre obéir à une certaine rationalité . D'ailleurs , dans l'interprétation, aujourd'hui, telle disposition motivée par la haine devient une loi odieuse, ce qui conduit à l'interpréter restrictivement . A l'inverse, telle loi motivée par l'amour doit être interprétée largement .

SECTION II : LES LOIS

Le phénomène juridique que constitue la loi peut être envisagé sous deux angles différents : on peut en retenir la décision prise par le législateur (paragraphe I) ; mais cette activité législative va se matérialiser dans un document, un texte qui a par lui-même un contenu sociologique (paragraphe 2) .

Paragraphe I : La décision :

La décision législative est un phénomène qui a lui-même ses causes . Dans les études sociologiques de la loi, on distingue d'une part les petites causes, à savoir les scandales, les événements qui ont sensibilisé l'opinion publique et ont fait pression sur le législateur, d'autre part les causes plus profondes, savoir les forces psychologiques, sociologiques .

L'activité législative n'étant pas saisissable à travers une seule décision, il faut la faire apparaitre à travers une série de décisions .

A . L'activité législative comme phénomène de sociologie du droit :

Il existe comme un rythme de la législation : il y a plus ou moins de lois dans un temps donné (ressortissant à tel ou tel type de législation) . L'étude du rythme de la législation présente des intérêts sociologiques . Le rythme peut avoir une signification par lui-même . Il peut y avoir un rythme précipité : on parle alors d'inflation législative,phénomène préoccupant les juristes et les sociologues du droit par leurs conséquences pratiques . S'il y a trop de lois, n'y-at-il pas un risque d'ignorance, d'inobservation de la loi ?

Question préalable : ce phénomène est-il une réalité ou une illusion . Le discours déplorant l'inflation législative semble être une constante à travers la littérature .

Montaigne la déplore. Une thèse de doctorat parue en Allemagne en 1701 parle d'une société "malade de trop de lois" . Rousseau:

"L'excès de lois est le signe de la décadence d'un peuple" . Même propos dans un texte du "Peuple" de Michelet .

Pour trouver un effort d'objectivité, il faut se tourner vers Montesquieu (Livre VI de l'Esprit des Lois) : le phénomène de l'inflation législative, le nombre des lois, selon Montesquieu doit être mis en rapport avec des éléments extérieurs, et en particulier avec le régime . Le gouvernement despotique : c'est une législation simple ; le gouvernement monarchique aurait besoin d'une législation plus abondante et plus complexe .

D'ailleurs Montesquieu repoussait l'idée de simplification des lois .

Ce rythme de législation mérite l'attention du sociologue, quand on le considère dans ses rapports avec les autres phénomènes sociaux . En effet, il peut révéler certains mouvements dans le corps social .

B . Deux modèles d'analyse de l'activité législative :

I) Le modèle belge construit par Gilissen : "Essais statistiques de la législation en Belgique de I507 à I954" . C'est une tentative de quantification . Gilissen a recensé le nombre des lois dans les différentes périodes (cf Revue du Nord, I958, n° I58) .

		moyenne annuelle	
16ème siècle	I507 - I555	37	ordonnances
	I556 - I598	64	"
I7ème siècle		35	"
18 ème siècle	I70I - I7I5	52	"
	I9I6 - I740	32	"
Marie-Thérèse d'Autriche	I74I - I780	32	"
Joseph II, despote éclairé	I78I - I789	I09	"
Révolution brabançonne	I789 - I790	280	"
	I790 - I794	80	"
Belgique française	I795 - I799	576	"

I9ème siècle	I800 - I830	36 ordonnances
	I830 - I899	89 "
2oème siècle	I900 - I954	92 "

Ce tableau nous révèle que les moyennes les plus élevées se situent dans les périodes révolutionnaires ou despotiques .

Il y a une sorte de corrélation entre les mouvements politiques et sociaux et le rythme de l'activité législative . L'inflation législative n'est pas un phénomène uniquement propre à notre époque .

2) Le modèle tiré du cours d'histoire moderne de Guizot (I796 - I874) . Guizot recourt à la méthode comparative et il retient l'importance des facteurs économiques . Son oeuvre est un effort pour essayer de saisir objectivement le rythme de l'activité législative dans la période des Carolingiens .

Guizot dresse un tableau analytique des capitulaires contenant les dates des textes, le nombre d'article (ce que ne faisait pas Gilissen), classe les lois d'après leur objet : les lois morales (c'est à dire appelées à régir les moeurs), les lois civiles, religieuses, politiques pénales, canoniques et enfin les législations de circonstance . Il étudie ainsi le rythme législatif de chaque catégorie .

Guizot constate que sous le règne de Charles le Chauve, la législation politique et de circonstance prend le pas sur les autres, et voit là le signe d'un changement de politique : le gouvernement est en péril .

C'est une méthode donc qui consiste à tirer des conclusions sociologiques par analyse du rythme d'activité législative .

Paragraphe 2 : Le texte, produit de l'activité législative :

On prendra comme modèle le Code Civil .

Le texte de loi nous met en présence d'un texte écrit : c'est une application du phénomène sociologique de l'écriture . L'écriture nous apparait comme un moyen de communication pratique, mais à l'origine elle avait une signification magique plus que pratique . Il n'est pas certain d'ailleurs que le texte de loi n'ait pas conservé quelque chose de son origine magique . Le texte de loi vit comme une entité qui s'est détachée de son auteur, qui est indépendante . Le texte peut avoir une vie imprévue, propre, indépendante de la pensée qui était à son origine .

Il peut présenter des caractéristiques différentes suivant la manière dont il se présente . Un article de loi est différent du texte de loi dans son entier ou même d'un code . Le Code est un livre à signification psycho-sociologique . Il constitue un véritable corpus,dans l'océan de dispositions il recèle des contradictions, il contient des combinaisons, etc.

Dans la codification, il y a deux idées contradictoires : il y a d'une part l'évocation de l'infini par la multitude de textes, mais d'autre part une idée de finitude : tout le droit est là, y est inclus ; en dehors de cela, ce n'est pas du droit .

Si nous prenons le Code Civil comme exemple, que peut-on tirer d'un code ?

Deux directions :

- une description ethnographique : le reflet de la société qui l'a secrété

- une analyse plus profonde : le reflet d'un inconscient collectif .

A . Description ethnographique :

A travers le Code Civil des Francais, nous avons une reconstitution du paysage sociologique de la France de 1804 .

Le pays est surtout rural . Ainsi l'article 524 montre la coloration agricole de l'énumération des biens immeubles par destination . Il en est de même pour les articles 590 à 594 concernant l'usufruit : les préoccupations agricoles sont très présentes . En revanche, l'industrie apparait peu . Dans l'article 524, deux lignes seulement la concerne ; de plus, il s'agit de l'industrie très traditionnelle . La part respective de l'agriculture et de l'industrie, dans le Code de I804, sont conditionnées par des circonstances économiques qui seront très vite dépassées .

Les maisons d'habitation apparaissent sous deux aspects : les réparations locatives de l'article I754 concernent des maisons assez humbles . L'article 533 permet de reconstituer l'ameublement d'un hôtel très bourgeois .

Les hommes : l'article I326, alinéa 2 . Quels sont les contractants exemptés de la formalité du "bon pour" : les commerçants, les artisans parce qu'ils n'ont pas le temps de sacrifier à ce formalisme . De même, les laboureurs, les vignerons, les gens de journée et de service ; ce qui atteste qu'une fraction de la population est illettrée .

Les rapports de classe existant en I804 apparaissent-ils ? L'ouvrier n'est pas inconnu, mais c'est le plus souvent un artisan (cf les articles I787 à I79I relatifs au louage d'ouvrage destinés à de petits entrepreneurs indépendants ne fournissant pas toujours les matériaux). Le salarié n'est pas inconnu, mais c'est surtout un domestique . Le Code Civil a été inégalitaire à son encontre .

La vie quotidienne : elle n'est pas toujours facile, du moins pour tout le monde . Il y a des traits de misère, même, qui peuvent apparaitre . Par exemple, l'article I905 qui permet de stipuler des intérêts pour des prêts d'argent ; ainsi que pour les prêts de denrées, ce qui est un signe de pauvreté et d'économie de rareté .LA difficulté de payer comptant est apparente dans l'article 2IOI, 5° qui énumère les privilèges généraux . Les fournisseurs de consommation immédiate (boulanger, boucher, etc) sont au nombre des créanciers privilégiés (encouragement au crédit à la

consommation .

B . Analyse en profondeur :

Si on essaie d'aller plus en profondeur dans le texte, on pourrait parler d'une analyse structuraliste transportée en discipline juridique .

André-Jean Arnaud : "essai d'analyse structurale du Code civil français", 1973 . A.J. Arnaud utilise une méthode intéressante par les nouveautés qu'elle emprunte : il psychanalyse le législateur de 1804 .

Citons deux exemples de ce qu'il tire de cette méthode .

- A propos de l'interdiction des aliénés, ce mot évoque un blocage ; l'aliéné est interdit, ligoté . La preuve en est que lorsqu'on a réformé le droit des incapables majeurs en 1968, on a soigneusement évité de reprendre le terme d'interdiction qui est assez traumatisant pour lui substituer le mot "tutelle" qui, lui-même, d'ailleurs encourt certains reproches (infantilisation, protection) .

- La notion de domicile exprime le dessein du législateur de river l'individu à la terre, à un certain secteur territorial ; Arnaud voit là un rapprochement des individus des immeubles par destination.

CHAPITRE II : LES INFLUENCES SOCIOLOGIQUES QUI SE SONT EXERCEES SUR LE CODE CIVIL

L'expression "influence sociologique" peut être entendue de deux façons différentes :

- l'influence d'une pensée sociologique, de la sociologie en tant que science, qui habitait le législateur ;

- influence de facteurs susceptibles d'observations sociologiques, c'est à dire de phénomènes, de forces sociologiques .

Nous verrons donc successivement la sociologie des législations (Section I) et les forces sociologiques à l'oeuvre (section II) .

Section I : La sociologie des législateurs de 1804 :

Nous nous intéresserons ici aux législateurs de 1804 tant en fonction de leur tâche législative qu'en fonction de la sociologie qu'ils ont pu consciemment ou instinctivement appliquer à leur art .

En 1804, il y avait déjà, dans la doctrine, l'amorce d'une sociologie et d'une sociologie juridique en particulier . En outre, il y avait déjà pour le législateur une certaine manière de s'informer qui annonçait certaines techniques modernes de la sociologie .

Si bien que deux questions sont à examiner :

- Est ce que les législateurs de 1804 ont eu une doctrine de sociologie législative ?

- Est-ce qu'ils ont pratiqué des techniques relevant de la sociologie législative ?

Paragraphe I : La sociologie législative dans les idées du temps :

Les juristes, les historiens du droit qui ont étudié l'histoire de notre Code Civil, ont déjà rencontré la question que nous nous posons ici . Ils se sont demandés quelle idée les législateurs du Code Civil se sont-ils fait de la méthode législative . Ont-ils considéré qu'un législateur devait donner plus d'importance à l'élément rationnel ou, au contraire, à l'élément expérimental du droit ?

F. GENY, dans "Méthodes d'interprétation" distinguait ces deux données comme sources de la règle de droit .

Cette opposition entre ces deux éléments, entre l'expérience et le rationnel, a joué un grand rôle dans le Code Civil . Le rationnel, c'est la théorie, l'a priori, la notion abstraite de justice ; l'expérience, c'est la réalité sociale . Cette opposition n'est pas inconnue des juristes qui ont travaillé sur le Code Civil : le législateur du Code Civil avait le choix entre l'expérience et le rationnel .

Les juristes, pour savoir comment le législateur de 1804 a opéré, cherchaient la réponse, dans les travaux préparatoires . La sociologie, aujourd'hui, reprend la recherche avec plus de précision, en éclairant rétrospectivement les courants philosophiques du 18ème siècle . On essaie d'insérer les concepts de Montesquieu dans les courants de sociologie . La sociologie historique nous permet de voir que les législateurs de 1804 se trouvaient au milieu d'une contreverse, avivée à la période des Lumières, par la passion des réformes, et les philosophes s'étaient interrogés sur la manière de faire la Loi : et il y eut, tout de suite, une opposition entre les a-prioristes et les partisans de la loi fondée sur l'expérience .

Nous étudierons d'abord cette contreverse doctrinale

sur les méthodes législatives (A), puis nous étudierons la position des auteurs du Code Civil dans cette contreverse (B) . Enfin, la position des ennemis du Code Civil (C) .

A - La contreverse doctrinale sur le Code Civil :

La question de méthode qui se posait au législateur de 1804 était la suivante : convient-il de légiférer empiriquement ou rationnellement ? La première solution fait appel à l'histoire, aux moeurs, à la coutume, à la diversité, à la modération . La seconde solution invoque des notions telles que la raison, la justice, l'unité, le progrès .

Durant la période où la France s'est engagée dans le processus de codification, trois courants importants s'y heurtent quant à la méthode législative :

- la doctrine du droit naturel
- la doctrine de Montesquieu
- la doctrine des idéologues .

I : L'Ecole du Droit Naturel :

L'Ecole moderne du droit naturel fondée par le jurisconsulte hollandais GROTIUS (1583-1645) et illustrée par PUFENDORF (1632-1694) et BARBEYRAC (1674-1744), est rationaliste, individualiste . Le droit naturel est le droit subjectif naturel .

Cette école avait été enseignée comme orthodoxie et avait formé la pensée juridique des juristes en place . Le projet de Code Civil de l'An VIII comportait, à titre préliminaire, une déclaration de principe se référant au droit naturel .

Comment situer cette école par rapport à la sociologie ?

Sa signification est ambigüe . A première vue, elle est opposée à la sociologie, car elle prône un droit universel, immuable, absolu . Pour la sociologie, le droit est particulier, changeant, relatif . Dans la législation, elle recommandait une méthode également anti-sociologique, une méthode déductive : il fallait faire la loi à partir de certains axiomes de justice . L'apriorisme est opposé à la sociologie .

Et pourtant, si on dépasse le premier coup d'oeil, on voit certains aspects la rapprochant de la sociologie . On voit que son existence même était une critique du droit positif . En outre, chez les jurisconsultes du 18ème siècle, il y avait une sorte d'ethnologie implicite : les tenants de l'école moderne du droit naturel se réfèrent, en effet, constamment au droit des sociétés primitives, qui serait le droit naturel construit non pas abstraitement, mais avec des exemples tirés des récits des voyageurs . Ainsi LOCKE, lorsqu'il évoque le droit naturel, pense au droit primitif qu'il va chercher dans la Bible .

Quand Jean-Jacques ROUSSEAU parle de droit naturel, il est certain qu'il pense aux coutumes tirées des Indiens d'Amérique .

Par le biais de cette ethnologie implicite, un certain relativisme et historicisme va se réintroduire dans l'école du droit naturel .

Nous voyons bien là l'ambiguïté venant de l'apriorisme et de cet effort pour atteindre la réalité vivante .

2 : Montesquieu - L'Esprit des Lois (1748) :

Il bouleverse la conception traditionnelle du droit . Un certain matérialisme est inhérent à la théorie des climats, par exemple . Montesquieu apparut comme le juriste de la philosophie . Voltaire émit des réserves sur la théorie des climats, car il sentait bien que les méthodes de Montesquieu pouvaient être un blocage aux réformes désirées par les philosophes . Il en est de même pour

Diderot .

Cependant, c'est une génération plus tard que les réserves se systématisèrent . On s'aperçut du conservatisme de Montesquieu . L'empirisme qu'il développe dans l'Esprit des Lois s'oppose au dessein de légiférer rationellement . Montesquieu recommande toujours la prudence au législateur : son relativisme va à l'encontre de l'universalisme du droit rationel . Il écarte l'idée d'unification du droit, car il est sceptique à l'égard des réformes législatives .

3 : Les idéologues :

Il ne faut prendre ce terme que dans un sens technique : c'est un groupe de philosophes de la fin du 18ème siècle et du début du 19ème siècle qui entendait pratiquer "l'idéologie", c'est à dire la science de la genèse des idées, si bien que "l'idéologue" peut devenir synonyme de psychologue .

C'est une doctrine qui se constitue au milieu du 18ème siècle, avec Diderot et Condillac . Quelques noms de l'école : Condorcet, Destutt de Tracy, Sieyès, Cabanis et Stendhal les admiraient .

Cette doctrine est une sorte de réhabilitation de la volonté et de la liberté qui sont les moteurs essentiels du développement de la société et du droit . Il y a donc une position volontariste dans l'élaboration du droit qui s'oppose au déterminisme de Montesquieu . Ils remettent parallèlement en honneur la raison et l'unité . Evidemment cette théorie est anti-sociologique . Ceci apparait clairement dans un ouvrage "Critique de l'Esprit des Lois" publié en 1819 : le prétendu esprit de modération de Montesquieu n'est que de l'incertitude .

Or, les idéologues au moment où le Code Civil a été mis en chantier, occupaient des positions-clés dans les rouages de l'Etat : au Tribunat, au Sénat, à l'Académie des Sciences Morales et Politiques . La méthode législative qu'ils préconisaient a-t-elle pour

autant guidé le législateur de 1804 ? C'est ce que nous allons voir maintenant .

B : La position des auteurs du Code Civil :

Une commission de quatre membres a été chargée de rédiger le projet : Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu et Maleville . A ces noms, ajoutons aussi ceux de Cambacérès (influencé par Kant) et de Bonaparte .

Mais ici, nous ne retiendrons que deux noms : Portalis qui représente l'intelligence juridique et Bonaparte, la volonté législative .

I : Portalis :

Sa pensée se trouve exprimée notamment dans le Discours Préliminaire de l'An VIII .

C'était un juriste . Il avait également un rôle politique (signature du Concordat) .

Quelle a été sa conception du droit et, par là, de la méthode législative ?

Il avait une conception sociologique avant la lettre . Dans les textes qu'on a de lui, on retrouve facilement des citations et des formules de Montesquieu . Dans la manière de légiférer, il donne le primat à l'observation de l'élément sociologique, contre l'universalisme dont rêvait la Révolution . Il avait une conscience très claire de la différence entre la méthode sociologique et la méthode doctrinale . Il choisit la première méthode . Portalis était donc en opposition avec l'idéologie dominante .

2 : Bonaparte :

Il était hostile à l'idéologie et il a souvent éliminé les idéologues de la codification . Il les expulse du Tribunat . Il les attaque : "Ils veulent faire le droit a priori, au lieu de rechercher les lois du coeur et de l'histoire" . Pourtant, à d'autres moments, il présente le Code Civil comme l'expression de certains principes de la Révolution, par exemple lorsqu'il veut l'imposer aux pays satellites .

La réalité est qu'entre les mains de Napoléon, le Code Civil se transforme en instrument politique . Il doit être son auxiliaire pour abattre les pouvoirs rivaux et s'assurer l'appui de nouvelles couches sociales .

Le divorce : il est tentant de dire que Bonaparte l'a introduit dans le Code Civil à des fins personnelles . Mais peut-être pensait-il qu'il y avait dans le divorce un acquit de la Révolution, et qu'il fallait le maintenir au moins comme institution de façade, en évitant de s'en servir . Car il est un fait que Napoléon n'aimait pas les divorcés .

L'histoire de son propre divorce est édifiante . D'ailleurs le divorce de Napoléon n'a pas eu lieu selon la procédure du Code Civil, ce qui peut être une preuve qu'il n'avait pas besoin d'introduire dans le Code Civil le divorce pour son propre usage .

Le statut impérial de 1806 relatif à l'état-civil pour la dynastie impériale interdisait le divorce aux membres de la famille impériale . L'Empereur n'est pas visé par ce texte .

Le divorce a eu lieu en 1809 et a consisté en un échange de discours .

Pour Napoléon, le droit était au service de la politique dynastique .

C : La position des adversaires du Code Civil :

Ils dénoncent le défaut technique comme le pêché politique du Code Civil :

Deux groupes : les émigrés
les auteurs étrangers

I : Les émigrés :

La sociologie récente (Cf "Clés pour la sociologie" de Lapassade) a reconnu l'importance de la sociologie émigrée qui aurait eu une sorte de complicité avec le pouvoir établi ; mais ces auteurs n'ont pas envisagé l'aspect législatif de la question . Cette sociologie émigrée était fascinée par le Code Civil qui représentait pour eux la Révolution .

Nous retiendrons :

- Montlausier :

Au moment de la parution du Code Civil, il se trouve à Londres . En 1801, il a publié ses "Observations sur le projet de Code Civil" . Il s'y révèle comme un adversaire farouche de l'idéologie qui est à la base du Code Civil : il s'oppose à l'esprit rationalisant imputé au législateur du Code Civil . "Les lois sont un supplément aux coutumes" . Au nom de ce postulat, il critique la législation sur le droit de la famille (du projet de l'An VIII), car c'est un droit individualiste, volontariste, anti-sociologique . La nation doit reposer sur la famille . La méthode du législateur est trop rationelle, a prioristique, elle est destructrice .

- Benjamin Constant :

Libéral, évincé du Tribunat lorsque Bonaparte l'a purgé des idéologues, il est émigré de l'Empire, non de la Révolution . Il se réfugie en Allemagne . Il est influencé par les contacts avec les

milieux étrangers qui n'avaient pas participé à la fièvre révolutionnaire et qui avaient donc un jugement plus impartial .

En 1813 : "De l'Esprit de conquête et d'usurpation dans ses rapports avec la civilisation européenne" . Dans un chapitre consacré à la législation, il fait preuve d'esprit historique . Il oppose les lois qui viennent de l'autorité, c'est le cas pour le Code Civil, aux lois produites par l'histoire, lesquelles seront mieux obéies, dit-il .

2 : Les étrangers :

On citera deux noms allemands . La situation de l'Allemagne est marquée par l'introduction du Code Civil dans certaines parties de son territoire .

- Ch de Savigny : (1779-1861)

Fondateur de l'Ecole historique allemande qui se caractérise par le respect profond de la réalité historique du droit . Nous avons vu plus haut le Volksgeist : forces créatrices à l'oeuvre dans le peuple .

C'est dire que Savigny va être porté contre l'universalisme du droit issu de la Révolution . Le droit n'est pas universel, le droit a vocation nationale et spéciale, dit-il .

En fait, Savigny était un aristocrate féodal et un romaniste . Pour lui, le droit national allemand doit être le droit romain qui a été reçu en Allemagne et germanisé . Il se trouvait donc un peu gêné pour développer le côté populiste et surtout nationaliste de sa doctrine .

En 1814 : "De la vocation de notre temps pour la législation et la jurisprudence" . Dans cet ouvrage, il s'élève contre toute codification du droit allemand . L'idée même de codification est mauvaise, car elle vient de France . D'ailleurs, le droit ne se fait pas par raisonnement, par décret de l'autorité, mais spontanément .

Cf Meyerbufek, Revue Historique du Droit, 1956, page 59,
Cf Jaeger, Archives de Philosophie du Droit 1974 p. 416 .

- Rehberg (1757-1836)

Son livre "Du Code Napoléon et de son introduction en Allemagne" (1814) est un commentaire critique . Il estime que les vraies sources du Code Napoléon sont les lois révolutionnaires, ce sont les principes métaphysiques de liberté et d'égalité, en particulier, le droit de la famille du Code Civil . Les principes métaphysiques lui apparaissent contraires à la réalité physique .

En conclusion de ce paragraphe I, nous pouvons constater que la méthode sociologique avait la préférence du personnage essentiel, Portalis ; que la méthode idéologique a été condamnée par Napoléon, et écartée du Code Civil .

Mais, d'autre part, les émigrés ont eu l'impression que c'était la méthode idéologique qui a été suivie et non celle de l'expérience . Le Code Civil leur paraît être l'héritier de la Révolution . En certaines occasions, du reste, Napoléon a pris à son compte cet héritage révolutionnaire et présente le Code Civil comme novateur, révolutionnaire .

Comment expliquer cette contradiction ? Une explication pourrait être la suivante : la législation révolutionnaire en dix ou quinze ans avait réussi, malgré sa brièveté, à s'incorporer dans l'expérience française . En tenir compte, c'était une certaine manière de se montrer historique . Si les émigrés ne l'ont pas pris ainsi, c'est qu'ils avaient perdu le contact avec les réalités françaises .

A la Restauration, l'article 68 de la Charte de 1815 stipule que le Code Civil reste en vigueur, sauf contradiction avec la

Charte, et sauf à y déroger légalement . Donc on maintient le Code Civil .

Paragraphe 2 : La sociologie législative dans les faits :

Aujourd'hui on admet couramment qu'il y a des techniques de sociologie législative au service du législateur . En 1804, il ne pouvait s'agir que d'embryons de recherches sociologiques . Il est évident que le Code Civil n'est pas le fruit d'une simple discussion entre spécialistes . Il existe une certaine préparation sociologique .

Nous distinguerons les recherches de bibliothèque et les recherches sur le terrain .

A : Les recherches de bibliothèque :

- l'étude historico-comparative n'a pas été totalement absente .

Au plan historique : un arrêt du Conseil du Roi en date du 10 octobre 1788 a décidé la création d'une bibliothèque d'études législatives . Il s'agissait de mettre à la disposition des ministres, en vue de la réformation des abus, la documentation nécessaire .

Au plan du droit comparé : les rédacteurs du Code Civil en ont-ils fait ? Les rédacteurs du Code Civil avaient une expérience de droit comparé intérieur, en raison de la diversité du droit français . Les comparaisons s'imposaient d'elles-mêmes . Mais qu'en est-il de la comparaison avec le droit étranger ? Le souci n'est pas absent, mais il n'est pas capital . Napoléon avait créé en 1808-1809 un Bureau de Législation Etrangère .

- la statistique : Napoléon s'y intéressait beaucoup . Mais il ne semble pas, en fait, qu'elle ait joué un grand rôle dans la confection du Code Civil .

B : Les recherches sur le terrain :

On peut énumérer un certain nombre de techniques en oeuvre, en vue de l'élaboration du Code Civil .

- les consultations des tribunaux :

Ce sont une forme traditionnelle d'enquête . Le projet de l'An VIII fut soumis au Tribunal de Cassation et aux Tribunaux d'Appel . Presque tous y répondirent, certains parfois en présentant des critiques, par exemple le Tribunal de Montpellier . Ces avis n'ont pas été sans influence sur la rédaction définitive du Code .

- les questionnaires :

Cette technique n'était pas inconnue en 1804 . Les physiocrates l'ont utilisée. A la demande du gouvernement , Volney, en 1795, rédige un questionnaire adressé aux diplomates, sur le droit des pays où ils étaient en poste . Une démarche similaire a été entreprise pour la préparation du Concordat : une enquête a été menée par la police sur l'état des sentiments religieux en France .

C : Les cahiers de doléances des Etats Généraux :

Ils participent de la recherche de bibliothèque et à la recherche sur le terrain . C'est un vaste sondage d'opinion sur l'ensemble de la population française adulte et de sexe masculin .

Les rédacteurs du Code Civil ne semblent pas les avoir consultés, mais ils en ont certainement subi l'influence par l'intermédiaire du droit révolutionnaire qui, lui, a été influencé par ces Cahiers .

Quelle est leur valeur sociologique ?

Quelles sont les matières législatives qui ont fait l'objet de ce sondage ?

Deux thèses en présence : dans la thèse de Gagnac, les Cahiers des Etats Généraux ne touchaient guère au droit civil, sinon à la procédure civile . Ils touchaient au droit pénal . Cette interprétation a été contestée, en 1929, par un juriste hollandais Van Han ("Les efforts de la codification en France") : il soutient que le droit civil est bien dans la préoccupation des rédacteurs des Cahiers de doléances : l'uniformité et la simplification seraient les voeux de la population qui reviennent le plus souvent .

Quelle est la valeur subjective des Cahiers ? Est-ce vraiment un sondage qui a pénétré au coeur de la masse ? Il semble qu'il y ait eu un taux élevé d'absentéisme .

D'autre part quel a été le degré d'adhésion réelle aux cahiers? Il faut savoir qu'il existait des modèles de cahiers, qu'ils ont souvent été rédigés d'avance par les notables . Les notables ont joué un rôle prépondérant, si bien que les cahiers ont fait entendre, le plus souvent, les revendications de la bourgeoisie . De plus, on assiste à une déperdition des opinions de la base . Néanmoins, l'opinion de la base n'est pas complètement absente .

Quelles sont, en matière civile, les aspirations de l'opinion publique qui allaient monter jusqu'au législateur ?

Il y a un désir d'unification et de simplification des lois civiles . Ces deux aspirations expriment une demande de codification, avec pour corollaire une demande de législation du droit civil (pointe d'animosité contre le pouvoir des juges et leur pratique d'un droit arbitraire) .

Ce qu'il y a généralement de plus novateur dans le Code Civil, c'est le fait que ce soit un Code, abstraction faite de son contenu .

Section II : Les forces sociologiques à l'oeuvre en 1804 :

1804 est une date conventionnelle . 1800-1804 n'est que l'extrême pointe d'une époque beaucoup plus étendue : il faut remonter plus avant dans le temps, non seulement aux années révolutionnaires 1789-1799, mais encore à l'époque des Lumières, et même plus loin : toute la masse de l'Histoire de France peut être mise à l'origine du Code Civil, d'une certaine manière .

Mais il nous faut repérer ici les forces qui, dans la société française, ont été opérantes . Il nous faut voir, dans le Code Civil, quelles sont les dispositions qui peuvent être rapportées à une action de la société qui réclamait ces dispositions . La disposition agit comme un révélateur d'une force qui doit être à l'oeuvre dans la société .

Il y a une grande diversité des forces (paragraphe I) mais il y a unité de la décision (paragraphe 2) car il y a eu un mode d'action de la force : c'est le passage de la force à l'article du Code Civil . Il a fallu une décision qui rassemble ces forces diverses et en fasse un texte obligatoire .

Paragraphe I : La diversité des forces sociologiques en présence :

Pour l'observateur, la société dans laquelle le Code Civil s'est élaboré apparait comme le théâtre de forces très hétérogènes, et la vision est confuse . Il est nécessaire de faire un regroupement

Le marxisme met au premier rang les forces économiques . Cependant, il y a une autre catégorie qui nous est familière : c'est la force des traditions, des précédents législatifs . Il y a une pesanteur qui fait que le droit tend à persévérer dans l'être, à se reproduire . Ce sont les forces historiques à l'oeuvre dans la préparation du Code Civil . Il existe d'autres forces plutôt psycho-sociologiques : nous faisons ici état des sentiments, des idéologies, des modèles cultu-

rels, etc... Cependant, s'agissant du droit, les courants intellectuels se trouvent matérialisés dans les chaines du passé, des précédents en face desquels se trouvaient les rédacteurs du Code Civil . De telles forces ne sont pas autonomes et on les trouvera à travers les forces historiques . Il existe toutefois une force psycho-sociologique qui, en l'espèce, a joué un grand rôle : ce sont les forces religieuses .

A . Les forces historiques :

Le passé est toujours présent à la veille de la promulgation du Code Civil, à savoir le Droit Romain, le Droit de la Révolution, et le droit intermédiaire . Les rédacteurs du Code Civil étaient en face d'un existant dont le poids était grand, car la force de l'habitude joue un grand rôle dans l'élaboration des lois .

I . La force des existants législatifs en législation :

C'est un phénomène général de la psychologie individuelle et collective que la force de l'imitation . Il y a une imitation dans le temps, une reproduction du modèle antérieur .

Il existe une thèse absolutiste suivant laquelle il n'y a pas de véritable création dans le droit . Les mêmes schémas se reproduisent dans l'histoire de l'homme . Il y a des considérations pratiques qui justifient l'imitation dans le travail du législateur, par exemple la loi du moindre effort . La véritable création ex nihilo est rare . Ainsi, dans le Code Civil de 1804, on trouve des nouveautés, mais par décalque .

Notre Ancien Droit connaissait un type de succession anomale : droit de retour à l'ascendant donateur . Le Code Civil a créé deux autres successions anomales qui en sont le décalque : celle de l'adoptant et celle des frères et soeurs de l'enfant naturel .

La nouveauté peut se faire par dérivation . Notre Ancien Droit connaissait deux sortes de legs : le legs universel et le legs particulier . Le legs universel comprenait aussi le legs de fraction . Le Code Civil a créé le legs à titre universel (c'est le legs de la fraction) . Il n'y a pas eu création ex nihilo .

Notons que la difficulté de nommer la création législative limite la création en législation .

La nouveauté peut se faire par changement de contexte.

Par exemple, le cas de l'article 815 : dans l'Ancien Droit, il était admis que l'indivisaire pouvit sortir de l'indivision . Le Code Civil reprend cette règle dans l'article 815 . Mais le contexte a changé. Il prend une signification nouvelle rejetant la pesanteur de la communauté familiale .

2 : le recensement des forces historiques

Elles sont plus faciles à déceler . Il s'agit d'utiliser la technique comparative des textes pour déceler les emprunts au droit Ancien et au droit intermédiaire . Tout le monde convient que le Code Civil n'a pas principalement innové, qu'il a puisé aux sources antérieures .

Ces sources peuvent être classées suivant plusieurs clivages :

a) opposition entre sources doctrinales et législatives :

Cf Thèse A.J. Arnaud, Strasbourg 1969 .

Les origines doctrinales du Code Civil : Pothier, mais on peut citer également Domat . Ainsi l'article 1134, alinéa I, Domat

l'a trouvé dans la doctrine romaniste, et plus loin dans la Compilation de Justinien .

Les origines législatives : différentes sources du Droit de l'Ancien Régime : les ordonnances royales . Cf articles 1042 et suivants du Code Civil, textes tirés de l'Ordonnance d'Aguesseau .

b) Deuxième clivage : opposition entre le droit coutumier et le droit romain :

Les coutumes rédigées les plus importantes sont celles de Paris et d'Orléans . La communauté conjugale du Code Civil imite la coutume de Paris . Pothier a travaillé sur la coutume d'Orléans .

Le Droit Romain régissant les pays du Midi et même l'ensemble du pays pour les contrats et les obligations .

C'est un clivage à la fois géographique et historique qui a joué un grand rôle dans les discussions . Ce clivage a eu du reste, quelque temps, une coloration politique . Au 18ème siècle, on a soutenu que le droit coutumier d'origine germanique était celui des aristocrates, descendants des Germains, tandis que le Droit Romain était celui du Tiers-Etat, descendant des Gallo-Romains . Boulainvilliers soutient cette thèse .

Cependant, cet aspect politique s'estompait au moment du Code Civil .

c) troisième clivage : opposition entre l'Ancien Droit et le Droit de la Révolution :

Le Code Civil s'est approprié une partie importante du Droit révolutionnaire : état-civil, mariage, divorce, dévolution successorale . En ce sens, le Code Civil est souvent qualifié de

novateur par rapport à l'Ancien Droit ; en fait, il s'est approprié le droit intermédiaire qui lui était révolutionnaire .

Le Code Civil consolide le droit révolutionnaire qui avait une décennie d'existence et répond au désir de statu quo .

Quelle était la situation exacte ? La Révolution avait légiféré sur certaines institutions qui lui paraissaient avoir un caractère politique : le mariage de 1792, les successions de la Loi de Nivôse, An II . Mais elle n'a pas réformé l'ensemble de la législation civile . Au plus fort de la Terreur, les tribunaux appliquaient toujours l'Ancien Droit dans les matières non réformées . Quelquefois il fallait que l'Ancien Droit s'infléchisse pour tenir compte des principes nouveaux . Ainsi, pour le prêt, l'Ancien Droit continue à s'appliquer, mais le prêt à intérêt devient licite . Les servitudes demeurent régies par le droit coutumier, mais l'abolition de la féodalité entraine la disparition des servitudes personnelles .

Le droit existant à l'époque où s'élaborait le Code Civil est passé en grande partie dans celui-ci . Avec le Droit de la Révolution, comme avec celui de l'Ancien Régime, les législateurs de 1804 avaient toujours un existant .

3. La mesure de l'action des forces historiques dans le Code Civil :

On dispose ici d'un instrument commode d'analyse, donné par ce type d'ouvrage qu'est le Code Civil à annotation historique sous chacun des articles . Une finalité de ce genre d'ouvrage : la référence aux sources historiques pourrait faciliter l'interprétation du droit nouveau . On a plusieurs livres de ce type :

- Fenay : 1826 : Pothier et le Code Civil
- Bizet : 1824 : Application au Code Civil des Institutes de Justinien et des 50 livres du Digeste, avec la traduction en regard .

- Bard : 1805 : Le Code Civil des Français avec des notes indicatives des lois romaines, des coutumes, des ordonnances, édits et déclarations qui ont rapport avec chaque article ou conférence du Code Civil avec les lois anciennes .

- Dufour : 1806 : Le Code Civil des Français avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées .

Grâce à ces instruments, on peut déceler les sources principales du Code Civil . Ce n'est pas le nombre d'articles qui nous importe, c'est plutôt leur poids politico-social . C'est une appréciation qualitative . Ainsi la sécularisation du droit matrimonial n'est exprimée que par un silence, non par une disposition .

B . Les forces économiques :

Si l'on adopte le schéma du matérialisme historique les forces économiques jouent un rôle essentiel . Le Code Civil apparait comme un moment dans l'évolution de l'économie française . Il marque l'avènement de la bourgeoisie .

I . Les forces économiques de la bourgeoisie sous le Code Civil :

L'hypothèse est formulée dans la perspective de la lutte des classes . Le Code Civil est l'expression de la bourgeoisie montante à cette époque . Comment la définir ? On peut parler de classe capitaliste, de classe possédante . A dire vrai, il y a une double interprétation marxiste du Code Civil selon que l'on insiste sur tel ou tel aspect de la bourgeoisie .

a) la bourgeoisie conçue comme le Tiers-Etat :

On tient assez couramment que le Code Civil a traduit les aspirations du Tiers-Etat . Le Code Civil prolonge, consolide l'oeuvre de la Révolution . Pour l'essentiel, il traduit l'abolition de tout le système féodal .

Le marxisme le plus classique n'a pas écarté cette interprétation et porte sur le Code Civil un jugement qui, historiquement, ne lui est pas défavorable : la bourgeoisie et son Code Civil ont représenté un moment historiquement nécessaire dans l'évolution de la société .

A l'appui de cette interprétation, on invoque certains articles du Code Civil qui sont des dispositions égalitaires et libertaires . Ainsi l'article 8 : égalité des personnes, l'article 630 : égalité des terres, l'article 544 : terres affranchies des charges féodales, l'article 1780 : abolition du servage, l'article 1134 : liberté des conventions .

Il s'agit de dispositions porteuses d'une idéologie économique qui est celle du Tiers-Etat .

L'hésitation, on la trouve à propos du régime successoral : il est égalitaire tendant à empêcher la reconstitution d'une aristocratie par l'abolition des privilèges d'aînesse et de masculinité . Mais n'y-a-t-il pas un idéal de petite propriété avec la constitution d'une classe de petits propriétaires obtenue par le partage égal, ce qui limite l'accumulation du capital ?

b) <u>La bourgeoisie comme classe possédante en général</u> :

Il y a une lutte entre les possédants et les non-possédants . Le Code Civil aurait été une forteresse dirigée contre les non-possédants .

Cf A.J. Arnaud : "La règle du jeu dans la paix bourgeoise" : le Code Civil est la règle du jeu de 1804, conçue pour assurer l'ordre bourgeois, marqué par cette opposition fondamentale durable entre possédants et non-possédants .

Il y a dans le Code Civil la volonté de conser-

ver les propriétés acquises pendant la Révolution : vente des biens nationaux, transfert de propriété d'une classe à une autre . Ces acquéreurs de biens nationaux tiennent à être défendus par le Code Civil : l'article 544 va en ce sens .

Autre interprétation possible : le Code Civil ne s'est guère préoccupé que du patrimoine . Le régime matrimonial est un régime de biens, de capitaux . Dans la tutelle, c'est la gestion des biens qui est surtout concernée . Il en est de même dans le droit de la filiation . C'est une manière de comprendre cette étiquette de code des possédants .

2. Complication classique : le contraste entre la propriété foncière et la propriété mobilière :

Il y a un antagonisme à l'intérieur de la classe des possédants, entre le capitalisme terrien et le capitalisme industriel et financier . Ce dernier constitue une nouvelle force au cours du 19ème siècle .

Cette opposition se traduit au plan politique . A la Restauration, prédominance aux terriens . Sous la Monarchie de Juillet, on voit une bourgeoisie d'affaires se substituer à l'aristocratie ou à la bourgeoisie foncière . Marx s'emparera de cet antagonisme et y verra l'illustration de la thèse des contradictions internes .

Quelle est la place du Code Civil dans ce conflit ?

Les civilistes de la fin du 19ème siècle ont fait remarquer que le Code Civil s'était condamné au vieillissement car on n'avait pas su prévoir l'avènement des valeurs mobilières . Au moment où la propriété industrielle allait devenir un moteur de l'économie, le Code Civil s'est rangé du côté de la propriété terrienne

Le Code Civil a-t-il été réellement l'allié de la propriété foncière ?

Certaines dispositions du Code Civil, aux dires des civilistes du 19ème siècle, trahiraient l'alignement sur les intérêts de la propriété foncière : d'abord la préférence donnée aux immeubles dans la composition des patrimoines . Ainsi lorsqu'il s'agit d'apprécier le crédit qu'une personne peut offrir à ses débiteurs, c'est uniquement la propriété immobilière qui est prise en compte . L'article 2019 : l'hypothèque légale qui doit protéger l'incapable est immobilière .

De même, le régime matrimonial légal du Code Civil est la communauté de meubles et acquêts, ce qui signifie que le mélange, la fusion des meubles importe peu . Au contraire, ce qu'il faut conserver dans le patrimoine familial de chacun des époux, ce sont les immeubles . On souligne encore que la procédure de saisie immobilière est très difficile . A l'inverse, la saisie mobilière est une procédure légère .

Tout ceci reflète bien, affirment ces auteurs, l'attachement du Code Civil à la fortune immobilière . Cependant, il nous faut refaire une ventilation dans la signification de ces différentes dispositions . La vaste part de reproduction législative qui se trouve dans le Code Civil explique que le Code Civil ne tienne pas compte du changement économique qui se dessinait dans la société française .

Mais à la décharge des rédacteurs du Code Civil, il faut souligner que de par la nature physique des biens meubles, il y avait une nécessité économique qui imposait certaines solutions adoptées par le Code Civil : en effet, la circulation des biens meubles, corporels ou incorporels doit être facile et rapide . Ils sont sujets à des fluctuations rapides . Il était économiquement utile de pouvoir en disposer librement .

L'article 2279 donne une image quelque peu fragile de la propriété mobilière, mais a été édicté parce que le meuble doit pouvoir circuler librement .

Dans la société préparatoire au Code Civil, l'antagonisme entre les propriétaires fonciers d'une part et les commerçants et les industriels d'autre part existait et les rédacteurs du Code Civil ne l'ignoraient pas .

Il faut noter qu'au 18ème siècle, d'un côté il y a une faveur nouvelle, non plus médiévale, mais physiocratique pour la propriété terrienne . Jean-Jacques ROUSSEAU, en prônant le retour à la terre, crée un courant également favorable à la propriété terrienne . Les scandales financiers ont discrédité les activités "mobilières" . Les moralistes font chorus : "les commerçants n' ont pas de patrie" .

Pourtant il y a un courant très fort en faveur de la propriété mobilière . On estimait à 58 milliards la fortune immobilière et à 16,4 milliards la fortune mobilière vers 1800 (évaluation de Canille) . Les économistes se préoccupaient donc de l'importance de la fortune mobilière . Et J.B. Say, en 1803, publie son Traité d'Economie Politique .

Au demeurant, le fond de la politique du Code Civil doit probablement être cherché dans des dispositions où on ne le cherche pas d'ordinaire, par exemple dans l'article 1095 qui rend licite le prêt à intérêts . C'est la marque d'une économie financière et bancaire agissante .

Il faut surtout tenir compte de dispositions qui sont hors du Code Civil, mais qui sont concomitantes . Il s'agit d'institutions collatérales au Code Civil qui conditionnent la pratique du droit des obligations . Ainsi, la création en 1800 de la Banque de France, qui reçoit en 1803 le privilège d'émission des billets .

La Loi de Germinal An XI, qui crée notre système monétaire, stabilise les relations sociales à travers la stabilité économique et financière qu'il instaure . Le Code Civil a pu se contenter uniquement de petites dispositions sur la monnaie .

3 . Les intérêts économiques de la classe juridique :

Rien ne permet de saisir une liaison entre les juristes rédacteurs du Code Civil et telle ou telle force économique . En général, les hommes de loi ont été les notables du Tiers-Etat, et ont eu un rôle actif dans la Révolution . Mais, avaient-ils des intérêts propres en tant que classe juridique ? Ici, il nous faut faire une remarque importante : la classe juridique avait été très affaiblie par la Révolution . Et malgré une certaine renaissance sous le Directoire et le Consulat, elle restait affaiblie par rapport à ce qu'elle était sous l'Ancien Régime . Sous l'Ancien Régime, la robe permettait de s'enrichir grâce à la vénalité des offices . La nuit du 4 août fait tomber la petite robe avec les justices seigneuriales, fait tomber la vénalité des charges . Suppression, sous la Constituante, des procureurs, des ordres d'avocats, les juges sont élus .

Certes, la classe juridique demeure en place et maintient ses pouvoirs . Mais malgré cette renaissance, elle reste en 1804 une classe sur la défensive, consciente de la précarité de sa situation et elle oppose moins sa résistance qu'elle ne le faisait habituellement devant les réformes . L'oeuvre de réforme judiciaire de la Révolution a créé un moment favorable pour la codification, car il n'y eut pas de résistance de la classe juridique .

C. Les forces religieuses :

Ces forces ont-elles une autonomie dans la société ? La doctrine marxiste tend à nier l'autonomie des forces de caractère idéologique . Sur ce point, on relève deux nuances :

Dans une première nuance, les marxistes insistent sur l'idée que les forces religieuses ne constituent qu'une projection des intérêts économiques de la classe dominante ("opium du peuple")

Suivant une autre nuance, on dira que la religion est une manière de divertir le peuple, de le faire dévier de la considération de ses propres intérêts .

Mais, il y a une difficulté quant à la première nuance : la bourgeoisie a été en même temps anti-religieuse, si bien qu'il y a une dissociation entre les intérêts économiques et les intérêts religieux . Mais, peut-on répliquer que la politique anti-religieuse serait la diversion destinée à détourner le peuple de ses intérêts ?

Dans la suite de notre développement, on postulera l'indépendance des forces religieuses, pour rechercher leur action possible dans l'élaboration du Code Civil .

I . Les forces religieuses dans la société française :

Qu'entend-on par forces religieuses ? Ce sont des phénomènes psycho-sociologiques qui s'expriment par des états de conscience collective d'une part, et des pratiques d'autre part . Il peut s'agir de pratiques relevant soit de moeurs, soit du droit . En effet, à l'époque, la religion imprègne le droit, voire le commande en certaines matières (par exemple mariage de l'Ancien Régime) . Mais en face de la religion, il y a l'irreligion issue de la philosophie du 18ème siècle (des Voltairiens et même des athées) . Il est difficile de mesurer l'importance de ces différents courants dans la société française .

En tout cas, l'acuité de la question religieuse est certaine en cette fin du 18ème siècle : la lutte de la philosophie contre la religion est classique . Cette question religieuse est l'une des dominantes de la Révolution (liberté de conscience, l'Eglise constitutionnelle, l'anticléricalisme, la séparation de l'Eglise et de l'Etat) .

Quels étaient les sentiments religieux des auteurs du Code Civil ?

Portalis est peu favorable à l'esprit philosophique . Il est très intéressé par la religion .

Bonaparte a eu une politique religieuse, mais déterminée par les besoins de sa politique générale, à savoir

l'Eglise au service de l'Etat .

2 . Comment cela s'est-il traduit dans le Code Civil ?

Il n'y a qu'un seul texte où le terme culte est employé ; c'est l'article 909 qui ne permet pas aux ministres du culte de recevoir des libéralités . Ce silence est éloquent car cette absence de dispositions de ce domaine tranche avec l'Ancien Droit où régnait le droit canon .

Le maire est l'officier de l'Etat-Civil et non plus le prêtre ; le mariage est un contrat civil . Le prêt à intérêts devient licite (ce qui était contraire au droit canon) .

Ce silence du Code Civil s'inscrit dans le droit fil de la Révolution ; il consolide la sécularisation et la laïcisation du droit civil . Mais deux nuances alterent ce principe :

- le Concordat de Messidor An IX,
- l'imprégantion religieuse, moralisante, qui a pénétré le Code Civil, sous une certaine influence janséniste à l'état diffus : hostilité au jeu et au pari ; la notion de bonnes moeurs qui donne un rôle moralisateur au juge ; le juge peut accorder des délais de grâce (article I244) . Le juge du Code Civil est un juge d'équité . Ce n'est pas le juge rêvé par la Révolution, qui voulait un "applicateur, un automate du droit" .

Paragraphe 2 : l'unité de décision .

Le Code Civil est le produit d'une série de décisions qui ont créé cette unité . Il apparait aussi comme un acte politique marqué de deux caractères : la volonté de puissance et l'esprit de transaction .

A . Le Code Civil est la manifestation d'une volonté de puissance:

On peut s'étonner que le Code Civil puisse être le support d'une volonté de puissance . Et pourtant c'est la véritable constitution de la France .

Napoléon y a placé beaucoup d'espoirs politiques ; on a parlé d'intérêts dynastiques .

Le Code Civil est une manifestation d'une volonté de puissance, en tant qu'il est un instrument de centralisation et une arme de politique étrangère :

Instrument de centralisation :

Le Code Civil des Français, en tant que codification, est jacobin car il est unitaire : il a réalisé l'unification du droit civil français . Sur ce point il n'y a pas eu de retour : le Code Civil est toujours là, comme un code unificateur du droit civil (légère exception pour le régime d'Alsace-Lorraine qui a conservé certains particularismes) .

Arme de politique étrangère :

Formellement, tout un prestige s'est attaché à cette codification réussie . Il a été une arme offensive de politique étrangère contre les régimes féodaux ecclésiastiques des pays voisins . Il y avait là une extension du droit civil français . Introduit dans le Royaume de Westphalie, il constituait un instrument d'expansion de la politique française . Napoléon ne rêvait-il pas de l'unification de tout le droit européen autour du Code Civil ?

B . Le Code Civil est le produit d'un esprit de transaction :

I . Transaction de 1804 :

On pourrait parler de politique constante de transaction . Notamment il y eut une transaction entre pays de coutumes et pays de droit écrit .

Il y eut des conflits en matière de régime matrimonial : y aurait-il régime dotal ou régime de communauté ?

Autre conflit : la réserve existait en pays de coutume ; dans le Midi, on avait la légitime qui n'était pas de même

nature : sorte de créance contre la succession, alors que la réserve était une part de la succession .

Sur ces deux points, il y a eu transaction : pour le régime matrimonial de droit commun, on a retenu le régime de communauté (droit coutumier), mais possibilité d'adopter le régime dotal (droit écrit) .

En matière de succession, il n'y a qu'un régime unique . Il n'y a qu'une seule réserve qui combine des éléments des deux régimes : les héritiers réservataires sont protégés en tant qu'héritiers, ils ont donc une part de la succession, mais ils seront protégés sur tous les biens (alors que dans les pays de coutume, ils ne l'étaient que sur les propres) .

Il y avait un autre conflit entre l'Ancien Régime et la Révolution . Le Consulat avait adopté une position intermédiaire : "La Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée ; elle est terminée" . On n'entérine que le début de la Révolution .

Et le Code Civil porte la marque de ce compromis . Ainsi les spoliations (les biens nationaux) sont définitives, mais il n'y en aura plus .

Il n'y a plus de droit d'aînesse, mais on peut favoriser un enfant grâce à la quotité disponible (alors que le droit de l'An II avait supprimé cette possibilité) .

Dans l'Ancien Droit, l'enfant naturel n'avait aucun droit successoral . Dans le droit révolutionnaire, il est assimilé à l'enfant légitime . Le Code Civil fait une transaction : sa part est du tiers de ce qu'il aurait eu s'il avait été légitime .

2 . Une notion générale de droit de compromis (law of compromise) :

Si l'on pose que la Loi est le résultat d'un rapport de forces, on peut concevoir un équilibrage : telle est la loi de compromis, phénomène courant dans nos sociétés modernes de

droit écrit . Les rédacteurs du Code Civil ne manquèrent pas d'ailleurs de faire valoir que le Code était une oeuvre de transaction . Ils pensaient surtout aux réactions des tribunaux du Midi . Le Tribunal de Montpellier eut des réactions très développées et particularistes . Il soumit à une analyse critique l'idée même de transaction et a discuté, pied à pied, les prétendues concessions qui auraient été faites aux pays de droit écrit . Il conteste que le compromis puisse être global .

Les sociologues ont repris la théorie du compromis, ainsi que certains juristes : ainsi Ripert dans "Les forces créatrices du droit" . Si l'on creuse la notion de droit de compromis, on constate deux sortes de compromis : le compromis d'intention et le compromis d'élaboration .

Le compromis d'élaboration consiste à se "concerter" avec les groupes intéressés par la loi en cours d'élaboration . Il est très fréquent en droit du travail . Il est élaboré par des commissions paritaires avec l'arbitrage de l'Etat .

Le compromis d'intention : on est en présence d'une élaboration autoritaire de la loi, mais pour mieux assurer l'application de bon gré de la loi future, on fait un compromis entre les différentes forces en présence . Ainsi la loi de 1898 sur les accidents du travail .

Chapitre III : LES INFLUENCES SOCIOLOGIQUES EXERCEES PAR LE CODE CIVIL :

Nous étudierons ici les effets du Code, comme phénomène sociologique . Les juristes ont eu l'impression que le Code Civil aurait accompli un ébranlement de la société . Pour eux il y aurait la société d'avant et la société d'après le Code Civil .

Ces juristes n'ont-ils pas tendance à confondre leur propre univers et la société globale ? Il ne s'agit pas de rechercher l'influence du Code sur les législations étrangères, forme traditionnelle de droit comparé . Il nous faut ici saisir non pas l'influence de textes sur d'autres textes, mais de textes sur la société, et il ne suffit pas d'examiner l'influence sur la pratique et la jurisprudence étrangère, qui reste du droit comparé .

Notre recherche sera donc celle de l'influence du Code Civil dans les sociétés, soit en France, soit à l'étranger .

Des recherches ont été entreprises dans cette direction . Citons Albert Sorel qui écrit que le Code Civil "procura la paix sociale", (fin 19ème siècle, début 20ème siècle) . Nous pourrions en fait situer les recherches en fonction des idéologies sous-jacentes :

- au centre, il y a d'abord les bonapartistes du 19ème siècle qui louèrent le Code Civil, puis les modérés qui admirent le fait que le Code avait pris le meilleur de la Révolution et dressé un barrage contre les excès ;

- il y eut une critique de droite, née pendant l'émigration, développée pendant la Restauration : le Code individualiste est un ferment d'anarchie : le régime successoral aurait ruiné l'économie rurale . A. Comte, Le Play .

- il y eut la critique de gauche, apparaissant chez Marx et développée au 20ème siècle, faite au nom du progrès social ou du socialisme . A. Tissier : "Rapports du Code Napo-

léon avec la classe ouvrière" : le Code Civil est insuffisant à l'égard du monde du travail . Le marxisme est plus virulent : la codification a freiné la montée du prolétariat et le progrès social .

La sociologie doit être plus objective dans sa recherche : il y a un préjugé anti-sociologique qui est commun aux trois positions, à savoir que ces thèses postulent la toute puissance du droit . Elles méconnaissent des phénomènes d'inefficacité, d'incidence (ainsi par exemple, telle disposition n'a pas eu l'effectivité voulue par le rédacteur ou a eu un effet autre que celui prévu par le législateur) ou des phénomènes d'aculturation (ainsi la greffe d'institutions juridiques à l'étranger a pu ne pas réussir ou être dénaturée) .

Section I : DIFFICULTES ET METHODES DE LA RECHERCHE :

Quelle a été l'influence du Code Civil français sur la société européenne ? (une recherche planétaire est hors de notre portée) . Il y a des difficultés scientifiques portant sur les concepts auxquels s'appliquent la recherche et sur les moyens d'investigation utilisés .

Paragraphe I - Le Code Civil des Français :

Il est plus facile de déceler l'influence d'une oeuvre littéraire, laquelle est écrite une fois pour toutes, alors que le Code Civil est variable et hétérogène et mène une vie autonome .

A - La fluidité du Code Civil :

Si le Code Civil est un événement instantané quant à sa promulgation, c'est, quant à son contenu, un flux juridique puisant sa source avant 1804 et baignant notre époque .

Les antécédents :

Le Code Civil n'a pas été créé ex nihilo . Il a emprunté la plupart de ses règles soit à l'Ancien Droit, soit au Droit

intermédiaire qui n'avait pas eu le temps d'imprégner la société . Peut-on imputer au Code l'influence exercée par des règles d'emprunt ? Peut-on, à l'inverse, faire abstraction de l'effet multiplicateur de la codification ? Les règles d'emprunt auraient-elles eu la même fortune sans le Code ? Et si l'on faisait abstraction des antécédents, que resterait-il ? Nous voyons donc que cela n'est pas possible .

Les suites du Code Civil :

Le Code Civil a connu des états successifs depuis I804 . D'où la question : à partir de quel moment le Code a-t-il cessé d'être ce qu'il était ?

Certains juristes placent la coupure vers I880, à l'époque de l'avénement de la IIIème République, qui apporte de grandes nouveautés (divorce en I884) . A ce compte, on est amené à intégrer dans notre champ d'observation le règne de Napoléon III : mais pendant ce règne, beaucoup de réformes font disparaitre des institutions du Code Civil des Français . On ramènera la coupure donc à I850, d'autant plus qu'à cette époque la lettre de la loi, l'interprétation stricte sont de rigueur : c'est encore le Code Civil .

B : La complexité du Code Civil :

L'influence du Code Civil, c'est littéralement son influence prise dans sa totalité . C'est une influence synthétique du Code Civil qu'il faudrait s'efforcer de déceler . Nous retrouvons là encore l'effet multiplicateur de la codification . Mais il y a un préalable analytique : il parait intéressant de dégager les éléments significatifs du Code Civil .

I : Les éléments significatifs du Code Civil :

Il nous faut procéder à une analyse .

Le Code Civil renferme 228I articles . Même si l'on admet qu'il existe entre eux des cohérences parcellaires, on peut trouver 200 à 300 principes dispersés dans un apparent chaos

Deux attitudes extrêmes sont concevables :

- on pourrait essayer de suivre à la trace dans la société l'influence de chaque principe . Mais c'est un projet démesuré qui donnerait des résultats hétéroclites ;

- l'autre extrême consisterait à ramener la diversité pullulente des principes à l'unité absolue ou quasi-absolue . Il s'agirait de rechercher l'esprit qui a procédé à la rédaction du Code Civil, ou bien l'unité qu'enseigne le structuralisme, afin de faire apparaitre cette cohérence . On a dit couramment que c'est l'individualisme, le libéralisme, l'humanisme . Cependant l'histoire et la psycho-sociologie législative doivent nous mettre en garde contre une telle tentative . En effet, dans l'élaboration d'un Code, il y a une trop grande part d'empirisme qui nous empêche de ramener l'ensemble à l'unité . En effet, par exemple, comment trouver la cohérence entre l a contrainte par corps et la prohibition des pactes sur successions futures ?

Ne peut-on pas tenter de trouver un certain nombre de foyers d'influence sur la société sans tenter de les relier ? Certains civilistes ont essayé cette méthode quand ils ont dressé le tableau des différentes doctrines du Code Civil : Aubry et Rau, Planiol . Cette méthode semble correcte, même si les listes dressées sont trop abstraites .

Il nous faut, en ce qui nous concerne, pousser plus loin nos investigations pour dégager des positions significatives sur certains points politiques : ainsi seront tenus pour significatifs les articles consacrant l'incapacité de la femme mariée ou la prohibition de la recherche de paternité naturelle. Ces principes peuvent se trouver dans des dispositions de caractère technique . Cf article 2251 et suivants : la suspension de la prescription résulte de la loi : cette disposition implique une politique de légalité contre la politique d'arbitraire de l'Ancien Régime . Cela peut modeler la société en lui donnant des exigences de rigueur .

2 : Le multiplicateur de la codification :

Le principe le plusactif du Code Civil réside par dessus tout dans sa forme de Code . Le fait d'avoir été le Code Napoléon caractère sublimé par la propagande, constitue un principe actif de nature à influencer par ce seul fait la société . Il y a un effet multiplicateur inhérent aux codifications réussies . A la loi diffuse est substituée une conscience collective plus nette, plus populaire . De sa codification, la loi se trouve popularisée, elle acquiert une force, un prestige indépendamment de son contenu . La loi codifiée a une seconde naissance . Tout ce que le Code Civil a emprunté au droit antérieur s'est trouvé investi d'une force comme s'il s'agissait d'une création nouvelle .

Seulement l'effet multiplicateur est un effet psychologique, donc difficile à saisir et à mesurer .

Paragraphe 2 : La société européenne où va s'exercer l'influence du Code Civil des Français :

Deux questions vont se poser :

A/ Délimitation du champ historique et géographique,

B/ Les phénomènes à retenir dans ce champ d'observation.

A : Délimitation du champ géographique et historique :

Découpage historique : nous avons retenu la période 1804-1850 en France . Cette période ne s'impose pas ici puisque l'influence du Code Civil a pu s'exercer bien après : mais pour des raisons pratiques, il convient d'arrêter notre observation vers la fin du 19ème siècle, car au fur et à mesure qu'on avance, l'évolution se fait plus rapide en France . A l'étranger, il en va parrallèlement : l'influence juridique française n'est plus si monopolistique, car il y a la concurrence d'autres codifications (suisse et allemande) .

Découpage spatial : Qu'entend-on par société européenne qu'on ne peut considérer comme homogène ? Il faut donc préciser le milieu dans lequel on va essayer de déceler l'influence du Code Civil . La première diversité est nationale : il y a des différences considérables entre les différents milieux nationaux . Les milieux étaient trop différents pour que la réception du droit français ait été la même partout . Il y a quelques études à citer :

- VIIIème congrès international de droit comparé . Varsovie, 1970 : la réception du Code Napoléon en Pologne ;

- H. von Meier . 1908 : "Influence française sur le développement du Droit et de l'Etat de la Prusse du 19ème siècle" ;

D'autre part, le milieu national lui-même n'est pas homogène. L'apparent monolithisme peut dissimuler un pluralisme . Ainsi, par accident, des foyers générateurs de droit ont réussi à se conserver contre le droit étatique : par exemple, en France, certaines coutumes successorales se sont conservées tout au long du 19ème siècle : enquête d'Alexandre von Brandt, "Droit et coutumes des populations rurales de la France", 1901 .

Le pluralisme peut tenir aussi à des différences de perception du Code Civil suivant les classes sociales .

D'autres différenciations aussi, par exemple, selon l'habitat; les campagnes n'ont pas subi l'influence du Code Civil avec la même immédiateté que les villes . C'est aussi une variable méconnue que celle des générations : principe de la non-rétroactivité ; des îlots d'Ancien Droit ont subsisté . Il y a une résistance passive au droit nouveau des vieilles générations . Certains notaires ont continué à insérer dans les actes de vente la clause de desaisine qui, pourtant, avec l'article 1138 du Code Civil, n'avait plus de sens .

B : Les phénomènes à observer :

Par hypothèse, il y a eu des changements sociaux à la

suite du Code Civil . Il peut s'agir de phénomènes juridiques, mais aussi de bien d'autres phénomènes sociaux . Beaucoup de modifications observées n'ont aucune pertinence, c'est à dire que raisonnablement, on ne peut leur attribuer de rapport avec l'action du Code Civil . Et parmi les phénomènes qui pourraient être pertinents, il y en a certains pour lesquels on ne dispose d'aucun moyen d'observation .

Deux critères dans le choix des phénomènes :

I. La pertinence des faits observés :

Nous pouvons la rencontrer dans plusieurs catégories de phénomènes :

a) Il y a d'abord les phénomènes juridiques : c'est le cas des procès et des contrats .

A propos des procès, le Code Civil a-t-il agi sur la processivité ? A-t-il fait prédominer certains types de procès ? Y-a-t-il fait en trer des antagonismes de classes ? Ou a-t-il fait des procès un terrain réservé à certaines classes, surtout la classe moyenne, écartant le "haut" et le "bas", comme certains l'affirment ?

Dans la pensée de ses promoteurs, il aurait du diminuer le nombre des procès, suivant la doléance générale de la fin du I8ème siècle .

A propos des contrats, les contrats solennels n'ont-ils pas perdu peu à peu la clientèle des classes populaires . Pensons au contrat de mariage très pratiqué par ces classes dans l'Ancien Régime . La création d'un régime matrimonial légal n'a-t-elle pas détourné ces classes des contrats ?

b) les phénomènes d'idéologie politique :

Le Code Civil a-t-il contribué à développer l'idéologie anti-féodale et anti-cléricale ?

c) Les phénomènes religieux :

Le silence sur ce point a-t-il influencé la séparation de l'Etat civil et de l'Eglise ?

d) Les phénomènes de moeurs :

Après la suppression du divorce en 1816 quelle a été l'influence du Code Civil sur les séparations de fait ? Les relations entre propriétaires et fermiers, entre locataires et bailleurs ont-elles été modifiées par le Code Civil ?

e) Les phénomènes démographiques :

La dénatalité française de la deuxième moitié du 19ème siècle est-elle imputable au régime successoral ?

f) Les phénomènes économiques :

Le Code Civil a rendu licite le prêt à intérêt, en principe illicite dans le droit antérieur à la Révolution . Quelle a été l'influence de cette règle nouvelle sur le taux courant de l'intérêt ? L'endettement des paysans a pu être influencé par le régime hypothécaire, comme le prétend K. Marx . La tendance au morcellement attribuée au régime successoral n'a-t-elle pas été modifiée par des stratégies matrimoniales, successorales des familles dont le patrimoine était menacé ?

2 . La possibilité pratique d'observer ces phénomènes :

L'idéal scientifique serait de disposer pour tous ces phénomènes énumérés de séries statistiques qui se dérouleraient avant et après le Code Civil . La situation n'est pas aussi favorable . Si on peut mesurer la processivité à travers le Compte Général de la Justice Civile, ou si l'on possède l'état-civil, on ne possède pas de statistiques antérieures permettant des comparaisons . On a cherché à pallier cette absence par des sondages rétrospectifs : la démographie historique plonge dans les registres paroissiaux de l'Ancien Régime . On a également travaillé à des

reconstitutions cadastrales . On pourrait faire des recherches dans les archives notariales · on a fait ce genre de recherches pour les contrats de mariage .

En fait, faute de données quantitatives, on a surtout fait des recherches qualitatives · analyse de jurisprudence, analyse de textes littéraires .

Paragraphe 3 : La relation d'influence :

Le mot influence est vague . Il est employé à dessein, car ici il ne faut pas trop espérer une relation de cause à effet .

A. Nature de la relation à établir :

L'idéal scientifique serait de faire apparaitre une relation causale . Mais il y a un risque en sociologie de confondre corrélation avec causalité .

Il faut surtout se garder de présenter un type unique de causalité pour toutes les sociétés européennes, car il y a des pays où l'influence du Code Civil fût plus directe, c'est à dire ceux où il a été le droit positif : France, Belgique, Prusse Rhénane .

Ailleurs, il ne peut s'agir que d'influences indirectes, que d'influences d'imitation .

La sociologie du droit, en second lieu, remarque que même où le Code Civil a été le droit positif, le rapport de causalité n'est pas si clair que ne le fait apparaitre le droit dogmatique : le Code Civil a-t-il eu pour influence l'ordre dont il était porteur ? Non, car ce schéma a été troublé par des phénomènes d'ineffectivité, d'incidence . Ainsi, l'adoption a été très peu utilisée pendant tout le IXème siècle . La tutelle protectrice des mineurs aboutissait à rendre souvent la vente précaire : l'acheteur faisait entrer dans le prix de la vente le calcul du risque, si bien qu'on arrivait à une protection moindre du mineur, en définitive .

Il ne faut pas prendre des corrélations pour des causalités . On peut constater une corrélation entre le Code Civil et le phénomène sociologique, mais où est la cause, où est l'effet ?

B . Comment établir la relation d'influence ?

Durkheim estime que si on possède des séries chiffrées sur une institution du Code et sur le développement de tel ou tel phénomène sociologique, on peut par les variations concomittantes établir une causalité entre le phénomène juridique et le phénomène sociologique . Malheureusement pour le sociologue la situation n'est jamais aussi claire . Ainsi si on considère le taux des naissances illégitimes au I9ème siècle, on constate une insensibilité apparente du taux à toute modification législative du statut de l'enfant naturel . On est tenté de conclure que l'action de la loi peut être noyée dans beaucoup d'autres actions et réactions, si bien qu'elle est insaisissable.

Autre procédé : le procédé des ressemblances et différences entre les différentes sociétés (Stuart Mill) . Il faudrait prendre la carte de l'Europe et y reporter les aires géographiques d'application et de non-application du Code Civil . Si on superpose à cette carte juridique une carte de sociologie, on pourrait peut-être faire des attributions d'influence : si dans des pays soumis à deux législations opposées, on observe des faits sociaux opposés, n'est-ce pas dû à la législation en question ?

Mais cette constatation doit être reçue avec prudence . En effet il y a des variables qui interfèrent avec le juridique . A la fin du I9ème siècle, l'Angleterre qui n'a pas connu le Code Civil n'est pas très différente de la France . Cette constatation montre la nécessité d'une recherche plus prudente et plus poussée, à moins de tenir le Code Civil pour un simple épiphénomène .

SECTION II : QUELQUES DIRECTIONS DE RECHERCHE :

Qu'y-a-t-il eu dans la société française de changé par l'effet du Code Civil que nous puissions lui imputer ? Sur chaque point, il faut chercher à dégager ce qui est réellement imputable au Code Civil et non à des phénomènes éventuellement juridiques, mais extérieurs au Code Civil .

Deux procédures de classement de ces points critiques sont concevables :

- on peut retenir les différentes institutions du Code Civil et chercher leur influence ;

- ou bien on peut prendre comme critère la manière dont l'influence du Code Civil a pu s'exercer . C'est cette méthode que nous retiendrons .

Nous décelons trois sortes d'effets possibles du Code Civil :

- un effet de codification

- un effet d'abstention

- un effet de réglementation .

Paragraphe I - l'effet de codification :

C'est l'effet propre du Code Civil en tant que contenant, abstraction faite de son contenu . Les règles du droit antérieur qui ont été incluses ont été ainsi dotées d'un impact supérieur ; c'est l'effet multiplicateur de la codification .

Si nous essayons de décomposer le multiplicateur de codification, on peut apercevoir trois effets - l'effet d'unification, l'effet de simplification, l'effet d'axiomatisation .

A . L'effet d'unification :

Le dessein du Code Civil était d'opérer l'unité du droit français pour réaliser l'unité française, et peut-être même l'unité européenne . Le code a ainsi "nationalisé" le droit civil .

Mais quels sont les changements qui se sont produits dans la société par le fait de cette unification ?

- Effet du Code Civil sur l'économie nationale :

Pendant tout le IXème siècle, on a réclamé l'unification, la codification du droit civil pour assurer la sécurité du commerce juridique . La théorie des conflits juridiques n'empêchait pas les procès de naitre . Pourtant il y avait un certain élément d'unité sur le terrain des contrats où le droit romain constituait un fonds commun . Il en était de même pour le droit commercial : l'ordonnance de 1673 était un véritable code de commerce . Mais il y avait beaucoup de points où la diversité persistait, par exemple la licéité ou l'illicéité du prêt à intérêt .

Le Code Civil a-t-il favorisé le commerce par l'unification du droit des obligations ?

Il est incontestable que le commerce intérieur de la France s'est développé tout au long du IXème siècle . Il existait un change intérieur entre les différentes places commerciales de France, c'était là l'indice d'un certain obstacle à l'activité commerciale . Ce change intérieur diminue à partir du Code Civil . Mais est-ce grâce au Code Civil ?

La part du Code Civil dans ce développement du commerce français est restreinte par d'autres causes étrangères à la codification .

Il y a des causes juridiques qui sont antérieures au Code Civil : ainsi la Révolution avait supprimé les douanes intérieures et avait supprimé les corporations : liberté de l'industrie et du commerce .

Il y a des causes technologiques : développement des relations postales, ferroviaires .

- Effet du Code Civil en tant que phénomène unificateur sur les diversités historico-culturelles (les comportements, les mentalités) :

Le Code Civil a-t-il unifié les mentalités ?

Recherchons la réponse à travers les régimes matrimoniaux . Dans l'Ancien Droit, dans les pays de droit coutumier, le régime matrimonial était la communauté, et dans les pays de droit écrit le régime dotal . Le Code Civil a institué le régime de communauté légale des meubles et acquêts à défaut de contrat de mariage . Ainsi l'autonomie provinciale avait la faculté de subsister par la volonté des parties .

En I804, la pratique du contrat de mariage était encore courante dans les différentes couches de la population . Le Code Civil pouvait ainsi donner l'impression de laisser subsister la diversité provinciale . Néanmoins, il donne l'avantage à la communauté et engage ainsi le processus d'unification .

Regardons ce qui s'est passé dans la pratique . Au I9ème siècle, beaucoup de juristes pensaient que le régime dotal s'imposerait, même en pays coutumier . Il n'en a rien été comme le montrent les études statistiques de l'Enregistrement sur les contrats de mariage en I898 :

mariages célébrés en I898 : 287.000
contrats de mariage : 82.000, soit 28 %

.../...

dont 68.000 contrats de communauté de formes diverses, en particulier la communauté réduite aux acquêts

10.000 régimes dotaux

2.000 séparations de biens

Il y a donc une minorité des contrats dotaux . La plus grande partie de ceux-ci se rencontrent dans les départements du Midi, notamment à Montpellier, Nimes, Aix et Bastia .

	contrats de mariage	régime dotal
à Toulouse	4.000	764
à Grenoble	4.300	1.500
à Riom	6.000	1.800

Ainsi dans les anciens pays de droit écrit, le régime dotal est minoritaire . L'effet unificateur du Code Civil s'est donc manifesté .

Enquête réalisée en 1962 par les organisations notariales (résultat publié en 1964 dans l'"Année sociologique") :
317.000 mariages célébrés en 1962
55.000 contrats de mariage, dont 28 par régime dotal,
21.439 séparations de biens .

L'effet d'unification s'est poursuivi et a même progressé . Le régime dotal ayant cessé d'être une réalité, il a disparu du Code lors de la réforme de 1965 . Et une enquête du Conseil Supérieur du Notariat portant sur l'année 1972 (publiée en 1974) donne les chiffres suivants :

416.000 mariages
44.900 contrats de mariage, soit 11,83 %, dont 26.200 séparations de biens .

Il y a donc décadence du contrat de mariage qui avait pour but d'empêcher l'entrée des meubles dans la communauté .

Avec la réforme de 1965, les meubles propres ne tombent plus dans la communauté du régime légal . Une des raisons de faire un contrat disparait .

La répartition géographique des contrats de mariage atteste qu'il subsiste un fonds de tradition dans le Midi .

L'unification des mentalités s'est faite, mais pas complètement . Elle a été mise en cause, à certains égards, par le particularisme de l'Alsace-Lorraine : lors de son retour à la France, il y a eu une nette préférence pour le régime de communauté universelle .

B . Effet de simplification :

La simplification réalisée par le Code Civil est indiscutable . Auparavant, l'état du droit français était dispersé dans une foule de volumes . Cette simplification a-t-elle eu un effet quelconque sur la société ?

L'effet généralement attendu au 18ème siècle d'une codification était la réduction du nombre des procès ? Qu'en est-il dans la réalité ?

Le Compte de la Justice Civile qui parait depuis 1825 contient une statistique des procès . Mais la corrélation entre le Code Civil simplificateur et le nombre des procès n'est-elle pas en interférence avec d'autres phénomènes ? En effet, dans la processivité, il y a une pluralité de variables psychologiques (par exemple une plus ou moins grande agressivité) et des économiques .

Rogue a dressé une courbe à partir de 1825 . Il fait apparaitre une chute très abrupte de la processivité globale de 1825 à 1850 . Mais, si on entre dans le détail, nous voyons que cette chute est surtout imputable à la chute du nombre des affaires devant les Juges de Paix (petits procès), alors que le nombre des affaires devant les tribunaux de grande instance se maintient . Donc, c'est surtout la petite processivité qui

parait avoir chuté . Autres variables possibles en dehors du Code Civil : le début de l'urbanisation a réduit l'importance des problèmes de la propriété rurale . Ce serait l'environnement économique qui appelle l'intervention du Juge de Paix plutôt que le droit applicable .

C . Effet d'axiomatisation du Code Civil .

Le passage d'un texte de l'Ancien Droit en une formule revêtant une valeur de principe dans le Code Civil peut avoir un effet propre . Prenons l'exemple de l'article II34 du Code Civil : ce n'est pas une innovation de I804 . Le Code Civil n'a fait que condenser ici un passage de Domat . Il est clair que par sa rédaction sous forme d'axiome, l'article II34 a pris un très vif impact .

Autre exemple : l'article 544 donne une définition du droit de propriété qui n'est pas nouvelle , c'est un condensé des propos de Pothier .

La liberté des conventions, le droit de propriété ont-ils pris une force particulière par cette axiomatisation ?

L'attitude des propriétaires a-t-elle été transformée ? La conscience de leur bon droit s'est-elle traduite dans leurs comportements ? Peut-être même le comportement et le phénomène juridique ont-ils tout simplement une cause commune : l'aspiration montante des propriétaires de la fin du I8ème siècle ou encore la transformation économique .

L'évolution dans la pratique de l'expropriation pour cause d'utilité publique : article 545 . A la fin de l'Ancien Régime la paysannerie française se plaignait beaucoup de ces expropriations faites pour le développement de la voirie . Ce sont en général des expropriations sans indemnité et le paysan est tenu à des des prestations en nature (les corvées) pour l'établissement de la route . L'article 545 montre une innovation . En effet l'expropriation est subordonnée au paiement d'une indemnité . Cette indemnité donne à l'expropriation une toute autre allure .

L'expropriation est souvent considérée comme une bonne aubaine par les propriétaires ruraux . La mentalité vis à vis de l'expropriation s'est modifiée par l'effet de l'axiomatisation .

Nous pouvons cependant réfléchir sur l'exemple de la Pologne qui a connu le Code Civil . L'introduction de l'article 544 en 1807 n'a pas eu d'effet sensible tout de suite ; mais à partir de 1864 elle a contribué au changement de mentalité . En effet est intervenue une réforme agraire qui distribua aux paysans la terre qu'ils cultivaient . Dans une certaine mesure, les terres ainsi distribuées furent rapidement affranchies des vestiges féodaux, car les paysans devenus propriétaires s'emparèrent de l'article 544 : ils se révélèrent propriétaires, au sens absolutiste du terme . Ceci permet de dire qu'une réforme du droit de la propriété est sans grande efficacité si elle n'a pas un collatéral de réforme agraire . Or, en France, ce collatéral existait avant le Code Civil et avait accompli une redistribution des propriétés (les biens nationaux) . Les nouveaux propriétaires ont pris conscience de l'absolutisme de l'article 544 comme les paysans de Pologne .

Paragraphe 2 : l'effet d'abstention du Code Civil :

Le Code Civil s'est abstenu de légiférer sur la religion . Mais il y a toutefois un collatéral qui est la reconnaissance des religions établies dans le Concordat et les articles organiques . L'effet le plus profond qui peut être attribué au Code Civil ne résulte pas d'une règle positive, mais d'un silence .

A . L'originalité du Code Civil :

I . La portée de l'innovation :

La laïcisation du droit civil est un caractère novateur indiscutable du Code Civil qui se mesure par comparaison avec

le droit antérieur .

- Comparaison avec l'Ancien Droit : l'originalité est manifeste . Elle est unique par rapport à la majorité des pays européens, puisque partout en Europe on renvoyait au droit canon . Si bien qu'il fallut composer lorsqu'on a introduit le Code Civil dans certains pays . En Westphalie, on décida que l'état-civil serait tenu par les ministres du culte agissant comme officiers d'état-civil .

- L'innovation par rapport au droit intermédiaire : la laïcisation, c'est la Révolution qui l'a accomplie . Mais il y a le collatéral du Concordat et des articles organiques . Sans celui-ci et son apaisement religieux, le maintien de la législation intermédiaire aurait pu donner à la laïcité du droit français un caractère d'exclusion de la religion . Ainsi parmi les juristes du Directoire, il y avait une tendance officielle à ne considérer qu'un mariage, le mariage civil, celui dont l'officier d'état-civil aurait le monopole : cella allait de paire avec la volonté officielle de fabriquer un culte civique . En l'absence de la politique d'apaisement religieux, n'aurait-on pas eu un système différent? Au lieu du système de la double célébration du mariage, à savoir un mariage civil et un mariage religieux, le premier ayant la primauté chronologique, on aurait peut-être eu une célébration unique .

2 . La réception dans le droit français :

- Du côté de l'Etat :

La quasi-simultanéité du Code Civil et du Concordat fait que l'on peut avoir des hésitations sur la portée réelle des innovations . La doctrine a eu tendance à interpréter le Code Civil en lui-même comme une consécration de la laïcisation du droit civil .

En jurisprudence, dans les premiers temps du Code Civil, la laïcité passe bien . Il y a une indépendance absolue de l'autorité civile à l'égard de l'autorité éccié-

siastique . Mais le problème du mariage du prêtre nous permet d'hésiter . Ce mariage était-il valable au plan civil ?

Il a été statué que les mariages célébrés pendant la période révolutionnaire étaient pleinement validés (Ch. civ. 22 janv. 1812) . Etait donc bien là consacrée l'indépendance du droit civil à l'égard de l'Eglise .

Mais la thèse de l'empêchement prohibitif trouva rapidement des adeptes . Portalis lui-même, en tant que ministre des cultes, avait envoyé des lettres aux officiers d'état-civil pour leur enjoindre de ne pas célébrer le mariage des prêtres ordonnés . En 1813, Napoléon envisagea même de faire une loi allant en ce sens .

La Cour de Cassation décida à plusieurs reprises que la qualité de prêtre constituait un empêchement au moins prohibitif . Il fallut attendre le 25 janvier 1888 (S. 1888, I, p. 193) pour voir affirmer la validité du mariage d'un prêtre par la Cour de Cassation .

- Du côté de l'Eglise :

Comment le système fut-il reçu ? Beaucoup de préfets et même de maires dénoncèrent les prêtres et les fidèles qui refusaient d'accepter les obligations du droit civil et ne se contentaient que de la célébration du mariage religieux . Mais, au fil des ans, ces résistances vont en s'amenuisant .

De même disparurent certaines résistances assez vives sous la Restauration contre le prêt à intérêt ; certains prêtres en effet refusaient l'absolution à des prêteurs à intérêt .

En définitive, on constate que l'acceptation du Code Civil a été quasi-générale, sans doute grâce à l'aspect dualiste du système .

B . Les effets sociologiques :

I . Les effets directs :

Le Code Civil a implanté en France un système dualiste tout à fait caractéristique : le système de la double célébration, civile et religieuse, du mariage . Mais est-ce que le baptême a le même ordre chronologique que le mariage ? Portalis insiste sur l'autonomie du droit religieux : le baptême peut précéder la déclaration à l'état-civil . Cet ordre chronologique ne joue que pour le mariage seulement . Un problème psychosociologique se pose : c'est celui de savoir quel est le "vrai" mariage pour les époux ?

2 . Les effets indirects :

En déniant tout caractère juridique à l'acte religieux, le Code Civil pouvait suggérer son inutilité . Il pouvait ouvrir la voie à une sécularisation des moeurs . A-t-il eu à cet égard sur les moeurs une influence réelle ?

On constate que le I9ème siècle voit apparaitre ce type de cérémonie purement civile non suivie de cérémonie religieuse . Mais est-ce l'effet du Code Civil ou l'effet d'un processus de sécularisation qui s'est opéré dans la société française ? La déchristianisation de certains secteurs de la société française urbaine et rurale explique sans doute mieux la pratique du seul mariage civil que le Code Civil .

Les difficultés d'investigation font que la question doit rester, pour l'instant, pendante .

Langlois dans "Religion et pouvoir politique dans la France napoléonienne" estime que le Code Civil aurait eu une influence indirecte par la règlementation positive qu'il a donnée au droit de la famille . L'auteur vise le système, repris par le Code Civil, de l'incapacité de la femme mariée et du mineur . Ce n'est pas le Code Civil qui l'a inventée, mais il lui a peutêtre donné une sonorité qu'elle n'avait pas aupa-

ravant . La femme et l'enfant sont exclus de la société politique et l'Etat les laissera à l'influence religieuse de l'Eglise parce qu'ils sont jugés comme étant sans influence . Il y a une féminisation de l'Eglise catholique . C'est là un effet indirect, très spécifique .

Paragraphe 3 : L'effet de règlementation du Code Civil .

Ce troisième effet résulterait des dispositions positives introduites dans la société française par le Code Civil . Ont-elles amené des changements ? On se placera à trois postes d'observation :

A . La règle de l'écrit :

Les articles I34I et suivants du Code Civil accordent une certaine prééminence à la preuve écrite qui l'emporte sur le témoignage . Est-ce une innovation ? On peut en douter car l'article I34I parait emprunté à l'ordonnance sur la procédure civile de I667 et à l'ordonnance de Moulins de I566 . La civilisation de l'écrit se répand et le droit de la preuve a reflété ce changement de l'ordonnance de Moulins .

Toutefois, si on regarde de plus près, on constate que le système de I804 est différent des systèmes antérieurs . Il y a une série d'exceptions à la preuve écrite, en particulier la possibilité de recourir à la preuve testimoniale lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit . Dans cette exception (article I347) qui avait un précédent dans l'ordonnance de I667, il s'est opéré une modification, car dans l'Ancien Droit le commencement de preuve par écrit était librement apprécié par le juge contrairement à l'exigence de l'article I347 . Il y a donc un changement en I804 : on ne parle plus en équité . La jurisprudence immédiate suivant le Code Civil l'a bien compris (cf Cass. Civ. 8 mai I8II, S. Chron.) .

Le Code Civil a donc apporté un durcissement notable au système de la preuve écrite .

Peut-on imputer à cette innovation un changement dans la société française ?

L'écriture au I9ème siècle va prendre dans la mentalité française une importance énorme . L'écriture introduit plus de clarté et de loyauté dans les échanges . Mais, ici encore, on est conduit à se demander si ce n'est pas l'influence d'autres phénomènes .

On pense en effet à l'école primaire qui développe l'instruction . Cependant est-ce que l'école primaire n'était pas dans la logique du Code Civil ?

Il y a donc eu une certaine influence de l'article I34I sur l'instruction, la politique scolaire, sur la mentalité attachée à l'écriture . La corrélation peut être avancée, sauf à faire une observation : tout n'a pas été terminé avec le triomphe de l'écriture et de l'école primaire . En effet, à notre époque, la jurisprudence a édulcoré la portée de l'article I34I qui est maintenant sujet à beaucoup d'exceptions, sur la base de l'article I348 . Pourquoi un tel revirement ? Probablement en raison de la tendance souvent perceptible des juges à juger en équité, à s'affranchir de la loi .

B . Le régime de la publicité foncière :

Après avoir connu pendant la Révolution (Loi 9 Messidor An III et surtout 4 Brumaire An VIII) un régime de publicité très en avance, le Code Civil marque un retour partiel vers l'Ancien Droit . C'est le fruit d'une transaction :

- Ainsi la clandestinité fut rétablie pour les aliénations d'immeubles ;

- Quant à la publicité des hypothèques, il y a certains trous qui subsistent, ainsi pour l'hypothèque légale de la femme mariée et du mineur en tutelle .

Pour les aliénations, malgré le défaut de transcription,

le premier acquéreur pouvait l'emporter sur le deuxième, suivant l'article II38 . Néanmoins, ce système fut édulcoré dans le Code de Procédure Civile .

On aboutit à un système qui manque de cohérence : l'infériorité technique du système français était reconnue partout et s'est traduite par des résistances dans les pays étrangers où on a voulu introduire le Code Civil . Ce système boiteux était le produit de certaines erreurs techniques, mais non d'une politique délibérée .

Quel a été l'effet social de ce système ? A-t-il marqué l'économie française du I9ème siècle ? L'opinion retient plutôt les inconvénients de ce système . Bientôt alertée par les résistances rencontrées par le Code Civil à l'extérieur, elle critique volontiers le système de publicité du Code Civil .

Dès I826, Casimir Périer institua un concours sur la réforme du système hypothécaire . Il y eut des pétitions et les [illegible] juristes et les banquiers suivirent le mouvement . Sous la Monarchie de Juillet, on réclame une réforme et une vaste enquête est déclenchée auprès des praticiens qui conclut à la nécessité de cette réforme . Mais quelles étaient donc les conséquences de cette publicité insuffisante ?

- la transcription d'une aliénation immobilière n'était pas obligatoire pour être opposable aux tiers . Dans la pratique, les aliénations non transcrites étaient fréquentes surtout à la campagne . Il en résultait une insécurité qui était dénoncée dans les milieux d'affaire et les milieux du droit .

Quel était l'effet de ce régime sur la société française ?

Un mauvais régime de publicité foncière devrait paralyser les transactions car elles sont entachées d'insécurité . Or, il est au contraire observé qu'il y eut beaucoup de mutations immobilières de I804 à I855, date du rétablissement de la transcription .

Ici encore, donc, il y a une incertitude quant aux effets du Code, puisque l'effet attendu ne s'est pas produit .

C . Le régime successoral :

La caractéristique la plus importante est l'égalité : égalité des vocations héréditaires, égalité dans le partage, égalité en nature . Le Code Civil a-t-il innové ? Dans la plupart des provinces, on connaissait l'égalité successorale . En effet, le droit d'ainesse ne concernait que les biens nobles . Mais sous l'Ancien Régime, le principe égalitaire subissait des exceptions importantes :

- dans la coutume de Normandie, les filles étaient exclues de la succession aux propres et aux acquêts si elles avaient été dotées ;

- à Paris et Orléans, préciput en faveur de l'aîné ;

- enfin, la volonté du chef de famille pouvait toujours établir des inégalités entre les enfants par le biais de pactes sur succession future, des substitions fidéicommissaires, du droit d'exhérédation .

Si bien que le système de 1804 était empreint d'une rigueur égalitaire toute nouvelle . Cependant il était moins égalitaire que le système de la Révolution (Loi 17 Nivôse An II mise en vigueur en l'An VIII seulement) qui avait limité la quotité disponible au 1/10ème, lorsqu'il y avait des descendants, et il était interdit d'avantager un enfant par rapport aux autres . Cette loi obéissait à la volonté du législateur de niveller les fortunes . La Loi de l'An II fut très peu appliquée (les fraudes furent nombreuses, semble-t-il) .

De fait, le Code Civil fut perçu comme une transaction, mais en même temps surtout comme une opposition au système aristocratique de l'Ancien Droit . Il y eut sous la Restauration une tentative pour rétablir le droit d'aînesse . Le projet de loi de Villele tendait à attribuer de plein droit

la quotité disponible à l'aîné . Il y eut une réaction libérale très forte et le projet fut repoussé, sauf une partie de ce projet concernant l'élargissement des substitutions fidéicommissaires .

Quel a été l'effet de ce régime sur la société française ? Notre recherche portera sur la propriété et sur la natalité .

I) Influence sur la propriété :

Dans le régime successoral assez rigoureusement égalitaire que le Code Civil avait introduit, il y avait un effet virtuel de division des patrimoines ? Cet effet virtuel s'est-il réalisé ? L'article 725 qui posait le principe de la rigoureuse égalité a-t-il morcellé les patrimoines et l'article 832 (égalité en nature) a-t-il entrainé le morcellement des exploitations ?

Il est certain que le Code Civil avait un idéal de petite propriété .

Nous ne disposons ici que de monographies de communes et notamment celles établies par Le Play et son école : elles tendent à prouver qu'il y a eu effectivement un émiettement de la propriété . Les monographies actuelles tendent à le confirmer . Citons celle de R. Thabault : "Mon village" 1944 . Il constate qu'entre 1791 et 1852 le nombre des propriétaires de la commune en question a doublé et que ce sont les petites et moyennes propriétés qui ont vu leur nombre s'accroitre .

L'effet de division parait assez clair . Cet effet de morcellement qui était mécaniquement inhérent au Code Civil est signalé un peu partout .

Néanmoins il est probable que l'effet mécanique de morcellement a souvent été neutralisé par des phénomènes antagonistes qui sont relevés par des sociologues et des démographes : d'abord les mariages consanguins dans certains milieux ruraux qui ont pour effet de rassembler les terres . Ils apparaissent plus nombreux au milieu du 19ème siècle qu'auparavant

et semblent être une stratégie familiale pour la conservation du patrimoine familial .

. le rachat par l'un des héritiers des parts des frères et soeurs .

. il existe encore des combinaisons directement destinées à contrer le régime successoral . Les unes en ne violant pas la loi, en recourant à la technique du "consentement à exécution" . Il s'agit d'accorder une libéralité excessive dépassant la quotité disponible à un enfant afin d'éviter le morcellement . Les autres enfants ne peuvent ni la valider du vivant du de cujus, mais la valider une fois la succession ouverte (cf thèse Paris 1962 . Lefeuvre . Il y a d'autres combinaisons contra legem .

Néanmoins, en revenant à l'effet de morcellement, on peut le suivre dans ses prolongements .

- effets économiques du morcellement :

Spécialement sur l'agriculture . Le morcellement des exploitations a été une gêne pour l'économie rurale . On a cherché à y remédier par le remembrement dès la fin du 19ème siècle .

D'autre part, le morcellement a fait que les patrimoines sont devenus insuffisants pour faire vivre les familles . D'où la prolétarisation des petits et moyens propriétaires .

- effets psychosociologiques :

La certitude d'avoir un jour un héritage encourage l'inertie . On a imputé le refus d'émigration des Français à leur certitude d'avoir une part réservée .

- effet sur la natalité :

C'est un phénomène d'incidence, c'est à dire un

effet non prévu et non voulu par le législateur .

Devant le risque de division de leur patrimoine, les parents réduisent leur descendance . La réponse de la france rurale au régime successoral du Code Civil aurait été l'enfant unique .

Le phénomène de restriction des naissances a été perçu très tôt au I9ème siècle, mais alors seulement comme un phénomène individuel n'intéressant que la bourgeoisie ! A partir de la deuxième moitié du I9ème siècle, le phénomène a été perçu comme un phénomène collectif, global (Le Play) .

Il y a une chute de la natalité tout au long du I9ème siècle qui devient sensible surtout sous la Monarchie de Juillet :

Taux	3I,8 (pour I.000 habitants)	période I8II - I820
	29	I83I - I840
	26,3	I86I - I870
	20,6	I90I - I9I0

Faisons maintenant une comparaison dans l'espace . Les pays d'Europe Occidentale ont été sujets à une baisse de natalité à la même époque, mais moins rapidement qu'en France . Ceci a permis à Le Play d'imputer l'effet de dénatalité au Code Civil . Il va faire une comparaison entre les pays sujets au régime successoral du Code Civil et d'autres pays non sujets à ce régime . Il dira que ce régime est un facteur de dénatalité .

En Angleterre où la liberté testamentaire est à cette époque totale, la baisse de la natalité est bien plus faible . Il en est de même en Allemagne (droit d'aînesse), mais il constate dans le Royaume de Bade qui est soumis au Code Civil un taux de natalité beaucoup plus faible qu'ailleurs, ce qui confirme l'opinion de Le Play .

Dans ce débat, les partisans du Code Civil font valoir qu'en Italie, qui connaissait le régime du partage égal, on

connait un fort excédent de naissances . A quoi on réplique que la plus grande pauvreté de l'Italie venait à la traverse du phénomène juridique . En France, au contraire, il y avait un grand nombre de petits et moyens propriétaires, dont la sensibilité propriétaire avait été avivée par la Révolution, ce qui avait rendu plus ardente la défense du patrimoine, d'où une restriction des naissances .

Cette contreverse demeura vive . Elle devait déterminer en 1938 une intervention du législateur .

Il fallut donc un siècle pour que le droit français change le système en contrevenant au système de l'égalité en nature : attribution préférentielle du domaine agricole à l'exploitant .

PARTIE SPECIALE

CHAPITRE I : DROIT ET POPULATION :

Contribution à la sociologie des personnes et de la famille .

Il existe une affinité entre la sociologie du droit de la personne et de la famille d'une part, et la démographie d'autre part . Cette affinité tient à deux motifs :

- il est des phénomènes démographiques qui sont d'abord des phénomènes juridiques : ainsi le mariage, le divorce, car ils sont définis par le droit . La filiation, si elle est d'abord biologique, porte une étiquette juridique (phénomène de la légitimité ou de l'illégitimité) .

- le droit peut se mettre au service de la démographie . S'il y a une politique démographique, elle aura pour instrument la législation .

SECTION I : LA LEGISLATION DEMOGRAPHIQUE

SECTION II : LA SOCIOLOGIE DU DROIT DE LA FILIATION :

SECTION I : LA LEGISLATION DEMOGRAPHIQUE :

On conçoit une législation démographique passive qui prend pour objet un phénomène démographique, parce qu'elle lui donne un statut sans agir sur lui . Par exemple, l'enregistrement des actes de l'état-civil sert la statistique démographique sans avoir l'intention d'influencer les phénomènes enregistrés .

A l'inverse, il est des institutions juridiques qui ont pour but d'agir sur la démographie . Par exemple, le régime des allocations de maternité a une action nataliste (cf A. Nizard - Population - juin 1974) .

La population d'un territoire donné dépend de plusieurs variables qui toutes pourraient ressortir de la sociologie de la législation démographique . celle-ci cherche à agir sur les décès, sur l'immigration, l'émigration, etc .

Mais ici nous nous en tiendrons au noyau étroit de la législation démographique, celle qui tend à agir sur les naissances, en insistant sur le mariage et le divorce aussi bien que dans leur rapport avec les naissances .

Nous ne nous intéresserons à la législation démographique qu'en tant qu'elle est un phénomène de sociologie du droit.

Paragraphe I : Aspects sociologiques des législations démographiques :

Notre recherche peut se situer à deux moments de la législation : l'élaboration et l'application .

A . L'élaboration des législations démographiques :

Les fins et les moyens des législations sont liés .

I . Finalités des législations démographiques :

Dans notre étude, nous ne retiendrons que les finalités purement quantitatives .

Dans quel sens la finalité législative peut-elle se proposer d'agir ? Il y a plusieurs directions possibles :

- rechercher l'état stationnaire de la population, par exemple . Platon : "TOut changement est un péril" .

- mais le plus souvent, c'est vers le plus ou vers le moins qu'une législation démographique se dirige : c'est pour augmenter ou diminuer la population .

L'histoire nous montre des législations qui sont tantôt natalistes, tantôt antinatalistes . Ainsi l'Empire Romain s'est senti, à partir d'Auguste surtout, menacé par la dénatalité et en conséquence Auguste fit établir une législation nataliste (lois caducaires) .

L'entre-deux guerres, en France, est également marqué par une législation nataliste .

Par contre, au I8ème et I9ème siècles, en Allemagne et en Angleterre, il y eut des législations antinatalistes destinées à freiner la natalité excessive du prolétariat . Et depuis I960, dans le monde entier, on assiste à l'élaboration d'une législation antinataliste pour lutter contre l'explosion démographique .

En I974, Conférence Internationale de Bucarest organisée par l'ONU .

Comment peut-on expliquer sociologiquement ces oscillations du droit de la politique démographique ? On peut essayer de rationaliser les interventions du législateur à postériori . On peut supposer que le législateur essaie d'assurer l'optimum de population, tantôt en donnant un coup de

frein, tantôt en donnant un coup d'accélérateur . Même en se reportant à des époques archaïques, on ne peut exclure cette rationalité de la législation démographique . Les sociétés de l'Antiquité disposaient de moyens leur permettant de percevoir les phénomènes démographiques (recensement, levées de soldats, levées d'impôts) . Les dirigeants apercevaient le dépeuplement ou le surpeuplement et agissaient en conséquence, en prenant les mesures législatives adéquates .

Ainsi le droit romain reconnaissait aux familles de trois enfants au moins, certains avantages que nous avons aussi aujourd'hui .

Seulement, tout est-il rationnel dans la législation démographique ? Certains sociologues disent que l'inconscient collectif peut aussi jouer un rôle . Cet aspect de la législation démographique a été principalement mis en relief par : une branche de la sociologie qui, à notre époque, s'est développée, la polémologie (science des guerres) . D'après cette vision, la législation démographique serait à mettre en liaison avec le phénomène des guerres . L'approche d'une guerre, l'antériorité d'une guerre entreraitipour beaucoup dans les oscillations de législation démographique . La guerre serait à la fois un facteur mécanique de dépopulation et un facteur psychojuridique de natalisme . On cite toujours les lois natalistes du III ème Reich . De même, le Code Français de la Famille de 1939 .

La surpopulation obtenue par une législation nataliste pourra appuyer une revendication de territoire . On perçoit une relation qui peut être dialectique entre la guerre et la législation démographique .

Il y a une autre variable qui intervient, c'est la variable religieuse, participant à la fois de la rationalité et de l'inconscient collectif . Il n'est guère contestable qu'elle puisse agir sur la législation démographique . Elle peut agir d'ailleurs de facons diverses, et à cet égard le christianisme n'a pas toujours eu le même effet sur la législation démographique . Il est tentant de lui attribuer une action uniformément nataliste. mais l'exemple du droit romain nous enseigne le

contraire : ce sont les empereurs chrétiens qui abolirent les lois caducaires . Ils exaltèrent le célibat écclésiastique, état de perfection chrétienne .

A l'heure actuelle, si on se réfère à la Conférence de Bucarest, la législation antinataliste préconisée par les pays développés se heurte un peu partout à la variable religieuse .

2 . Les techniques juridiques :

Elles se diversifient suivant les besoins .

A notre époque, les pays qui réclament une législation antinataliste (dont les U.S.A.) élaborent des "stratégies démographiques" qui intéressent la sociologie du droit .

Il existe des stratégies natalistes plus anciennes et moins élaborées : ainsi les stratégies du droit romain .

On peut classer ces techniques selon qu'elles sont directes ou indirectes .

Techniques directes :

Ce sont celles que l'on rassemble sous l'étiquette du droit du contrôle des naissances (contraception, avortement) Cf Pagès : "Le contrôle des naissances en France et à l'étranger" - Paris - thèse 1971 .

Techniques indirectes :

Le rapport à la natalité est beaucoup plus lache . Par exemple, la législation sur l'âge au mariage peut espérer agir sur la natalité, car le mariage est plus prolifique que l'union libre.

Autre exemple : si on favorise par une législation sociale le travail de la femme mariée, on apporte un frein à la natalité, car il semble exister une corrélation inverse

entre le travail de la femme et le nombre des enfants .

On peut également faire un autre classement : techniques autoritaires ou techniques incitatives .

Techniques autoritaires ;

Certaines législations ont rendu obligatoire la stérilisation de certains malades . Dans certains états des U.S.A., au Japon, il y a une stérilisation à des fins eugéniques .

Dans les "Workhouses" anglais, aux I8ème et I9ème siècles, asiles de travail ouverts au prolétariat pauvre et sans travail, il semble qu'il y avait séparation des sexes, et cela à des fins antinatalistes .

Techniques incitatives :

Plan d'encouragement à la natalité de la Commission Laroque : politique d'allocations familiales .

Sous Auguste, techniques de droit successoral : la capacité de recevoir des legs était limitée à l'égard des célibataires et des couples sans enfant .

Certaines techniques démographiques sont ambivalentes : le divorce en déstabilisant la famille n'incite pas à la natalité . Mais beaucoup voient, au contraire, dans le divorce un moyen de natalité : répudiation de la femme pour cause de stérilité .

B . L'application des législations démographiques :

Les démographes ont tendance à prêter au droit une toute puissance que les sociologues du droit ne peuvent facilement partager . La toute puissance du droit est contestée :

- la législation d'Auguste a échoué ;

- les programmes d'élaboration de la natalité, les programmes de contrôle des naissances n'ont pas toujours été efficaces et ont en grande partie échoué ;

Pourquoi cet échec ? A cause des phénomènes normatifs qui tendent à neutraliser la législation démographique .

a) Il y a d'abord la distorsion qui s'opère, dans la mise en oeuvre de ces programmes, entre la technique individuelle et le dessein collectif poursuivi . L'idéologie libérale ne permet pas de présenter le contrôle des naissances autrement que comme un droit individuel .

En 1968 s'est tenue à Téhéran une conférence sur les droits humains . Le contrôle des naissances y a été présenté comme un droit humain fondamental, avec pour corollaire le droit pour chaque famille de fixer elle-même le nombre d'enfants qu'elle désire .

Si bien que le planning, s'il doit servir de dessein collectif, devrait être sous contrainte collective et non sous choix individuel .

b) Autre obstacle : le pluralisme des normes qui règlent les conduites : la norme morale, religieuse, de moeurs, économique . La législation de contrôle des naissances agit sur la norme juridique mais cette norme va entrer chez l'individu en concurrence avec d'autres normes plus intériorisées : il y a là un phénomène d'acculturation . C'est un jeu de normes qui va très souvent contrarier la législation anti-nataliste . Ainsi on constate que les familles pauvres souhaitent beaucoup d'enfants . Dans les sociétés agraires, les enfants constituent une main d'oeuvre à bon marché . En plus de cette norme économique, il y a un besoin psychosociologique de protection que les familles pauvres recherchent dans l'abondance de progéniture .

Paragraphe 2 : Sociologie du problème législatif de l'avortement :

Il s'agit d'étudier les phénomènes de psychologie sociale qui se sont manifestés à l'occasion de la "loi sur l'avortement" .

Deux thèmes : A) : sociologie de la législation
B) : sociologie du droit des personnes

A . Sociologie de la législation :

A l'occasion de la discussion et du vote de cette loi, on peut mettre en relief plusieurs phénomènes de sociologie juridique :

- phénomène des lois imaginaires
- phénomène de l'ineffectivité des lois
- phénomène des lois symboliques

Le phénomène des lois imaginaires a été étudié par F. Lalou (cf "Les lois imaginaires") . En l'occurence, lors des débats, et même dans les discours officiels, il a été très souvent fait référence à la loi du 31 juillet 1920 . On parlait de ce texte comme étant celui qui avait introduit la répression pénale de l'avortement en France, ce qui est inexact .

Cela aurait été anodin, si l'on n'avait pas bâti autour de cette date toute une explication psychosociologique de la répression de l'avortement : elle serait la conséquence de la guerre de 1914-1918 et l'oeuvre d'une chambre "bleue horizon" répressive .

On a passé sous silence la loi de 1923 qui avait correctionnalisé l'avortement pour assurer une répression plus efficace . Car l'avortement était réprimé dans le Code Pénal de 1810 où il était qualifié de crime .

Le phénomène de l'ineffectivité des lois . Il y a des lois non appliquées . Si on examine objectivement la situation, on constate que l'ineffectivité est un phénomène ancien et qu'il y avait une grande indulgence des Cours d'Assises dans la répression de l'avortement . Par exemple, pour la période 1909-1911, la moyenne annuelle des poursuites a été de 30 seulement . Or, à la même époque, les sociologues, et en particulier le Docteur Lacassagne, chiffraient à 500.000 le nombre annuel probable d'avortements en France .

Donc, il existait déjà une distorsion entre la criminalité présumée réelle et la criminalité poursuivie . La loi était visiblement ineffective . Mais l'était-elle par impuissance ou bien n'y avait-il pas une volonté collective, inconsciente de ne pas poursuivre à 100 % ce type d'infraction, cette même volonté voulant néanmoins maintenir les textes législatifs répressifs ?

Le phénomène des lois symboliques . Une application intermittente de la loi suffit à maintenir le symbole . On ne cherche pas à découvrir tous les coupables . Les poursuites exercées ne visent qu'à maintenir le symbole .

La difficulté de la décriminalisation :

En présence d'une loi inapplicable, la solution rationnelle serait d'aligner le droit sur les moeurs . Mais les opérations de décriminalisation sont difficiles, parce qu'elle a des effets de psychologie sociale difficiles à mesurer d'avance .

La suppression de la criminalité du fait peut être ressentie comme une validation morale .

B . Sociologie du droit des personnes :

Il faut entendre ici la sociologie de la grossesse . Il y a une oscillation entre deux attitudes à l'égard du foetus dans tous les droits .

Suivant une première attitude, "foetus est pars viscerum matris" (Digeste L 25 T 4) . Il n'y a pas d'autonomie . La grossesse ne concerne que la mère .

Suivant une autre attitude "infans conceptus pro nato habetur" . Cet adage a été recueilli par le Code Civil . Dans cette optique, l'enfant a une vie distincte .

Dans cette lutte entre les deux images du foetus, il y a des antagonismes d'intérêts qui se sont toujours manifestés . Sont en cause les intérêts de droit privé et l'intérêt public .

Dans le thème de l'avortement, on voit très bien les déductions qu'on a tirées de l'une et de l'autre image .

On constate que les systèmes juridiques ont appliqué l'une et l'autre image suivant le moment de la grossesse . Ainsi dans les droits archaïques, on observe que tant que l'enfant n'a pas encore remué dans le ventre de sa mère, il n'est pas une personne distincte . L'enfant est une part des entrailles de sa mère . Le droit canonique distingue entre l'âme et le corps : l'âme n'entrait dans le foetus qu'au bout d'un certain temps (théorie de l'animation) . Les criminalistes de l'Ancien Droit ont élaboré leurs doctrines en réinterprétant ces données . Dans l'Ancien Droit, l'avortement n'est pas criminel, ou moins criminel, suivant des délais variables : I6 à I8 semaines dans certaines coutumes archaïques, 8 à I0 semaines chez les canonistes . D'après la glose, l'animation se produisait au 40ème jour pour les futurs hommes et 80ème jour pour les futures femmes ; Bartolé retient le 40ème jour pour les premiers et le 60ème jour pour les secondes .

Les criminalistes du I8ème siècle préconisaient une répression uniforme : l'interruption de grossesse était toujours un crime, quel que soit le délai écoulé entre la conception et l'avortement .

Aujourd'hui, la connaissance scientifique a révélé une continuité dans le processus : tout est acquis dès la féconda-

tion . Cette vision scientifique peut donc conduire à des attitudes plus rigoureuses à l'égard de l'interruption de grossesse . Mais l'ancienne distinction a été réinterprétée par la pratique médicale : en effet certaines techniques abortives ne sont possibles que dans les premiers temps de la grossesse . Ainsi la loi française admet l'avortement dans les IO premières semaines de la grossesse . Mais la distinction n'a rien de commun avec la théorie dite de l'animation ; elle répond à des préoccupations strictement médicales . Il n'empêche que du point de vue des droits de la personne, cela n'est pas très cohérent . En effet, pourquoi n'y-at-il atteinte à la vie humaine qu'après ce délai et non pas avant ?

SECTION II : SOCIOLOGIE DU DROIT DE LA FILIATION :

Par le droit de la filiation, la société cherche à résoudre un certain nombre de problèmes pratiques, problèmes dont il ne faut pas exagérer l'importance : le droit de la filiation ne tient pas une place capitale dans la vie des Français . D'ailleurs le contentieux est faible pour ces problèmes .

La fonction manifeste du droit de la filiation est de reconstituer la vérité biologique . C'est sa fonction première . Pourquoi cela ? C'est que la discordance entre le droit et la vérité peut être génératrice de troubles pour les intéressés Les légitimations de complaisance d'enfants naturels par le mari de leur mère peuvententrainer le rejet des enfants .

Cependant, en sens inverse, le droit s'est dit que toutes les vérités ne sont pas bonnes à mettre en lumière et qu'il y a parfois intérêt à préférer l'apparence à la vérité . Le repos des familles commande cette politique .

A côté de sa fonction manifeste, le droit de la filiation n'a-t-il pas une fonction latente ? L'hérédité joue un rôle social considérable . L'individu est jugé en fonction de son hérédité . Dans une société cloisonnée, une filiation biologiquement incertaine permet à l'individu de prendre sa revanche en faisant sauter les carcans de la stratification sociale .

L'opposition filiation légitime - filiation naturelle doit retenir notre attention . L'illégitimité est étudiée par le sociologue du droit parce que c'est l'exceptionnel, l'anormal . C'est elle qu'on va considérer .

Nous distinguerons :

la filiation naturelle en général
et la filiation adultérine .

Paragraphe I : la filiation naturelle en général :

A . Les théories générales de l'illégitimité :

C'est un fait que la filiation hors mariage provoque de la part de la société un certain rejet . La société veut contrôler les naissances et elle exerce ce contrôle par le mariage .

Mais une idée de justice conduit à remettre en question ce traitement différentiel . Néanmoins cette différenciation reste . Comment expliquer ce phénomène de rejet ?

Pour les sociologues américains, la naissance hors mariage est un phénomène de déviance, un écart par rapport à la norme . Cette théorie a cependant donné lieu à une discussion particulièrement marquée dans la sociologie américaine : certains sociologues ont fait l'objection que dans une société il y a un pluralisme des normes : il y a déviance par rapport à une norme générale, mais l'illégitimité n'est-elle pas conforme à une autre norme ?

Deux noms sont attachés à cette contreverse . Il s'agit de deux sociologues américains Goode et Rodman . Ils ont travaillé sur le même terrain, aux Caraïbes .

Pour Goode, aux Caraïbes, il s'agit d'un phénomène de déviance par rapport à une règle ressentie de façon très catégorique . Il n'y a aucune approbation, aucune formation d'une contre-norme, même dans ce milieu qui pratique l'union libre plus lar-

ment . L'union libre est perçue comme disfonctionnelle par rapport à l'idéal du mariage .

Pour Rodman, les couches inférieures, même si elles ont un respect théorique du mariage, pensent être dans la norme lorsqu'elles vivent en union libre .

Ces deux théories conduisent à des théories normatives différentes .

Pour Goode, le droit aura beau essayer d'améliorer la condition de l'enfant naturel, il ne parviendra pas à limiter le rejet .

Rodman, au contraire, pense qu'il faut assimiler l'enfant légitime et l'enfant naturel .

Autres interprétations de l'illégitimité :

L'illégitimité est un phénomène de classe . Cette formule peut être entendue de deux façons : on peut entendre d'abord par là que le phénomène se situe tout entier dans une seule classe, ou bien que c'est un phénomène déterminé par l'inégalité des classes .

Les données dont on dispose sont très insuffisantes pour savoir si le phénomène se situe dans une seule classe . La théorie a surtout été soutenue en Allemagne sur la base de l'observation suivante : Geiger a observé qu'en Allemagne la mère naturelle se rencontre presque toujours dans la classe populaire ; au contraire, le père naturel peut se trouver dans toutes les classes, souvent dans les classes supérieures .

B . L'illégitimité dans la société française :

Le phénomène de l'illégitimité peut être envisagé comme un phénomène de naissance, mais aussi comme un phénomène évolutif : l'enfant naît enfant naturel, mais sa condition est appelée à se transformer après sa naissance .

I . L'illégitimité comme phénomène de naissance :

Rappelons que le taux d'illégitimité est le rapport entre le nombre des naissances d'enfants naturels et le nombre global des naissances .

Ce taux, dans la société française, a été sujet à des variations cycliques depuis 1915 jusqu'à nos jours : après être descendu à un minimum aux alentours de 1955 (6,4 %), il a graduellement remonté pour atteindre 8,2 % en 1973 . Donc, il y a des variations cycliques, mais en même temps il y a une certaine constance, car il n'y a pas de variations énormes : le dernier taux connu se situe au dessous du taux de 1930 qui était de 8,7 % .

2 . L'illégitimité comme phénomène évolutif :

C'est un état transitoire, si l'on considère la destinée individuelle de l'enfant illégitime .

L'enfant est déclaré à l'Etat-civil et là surgit sa condition d'enfant naturel . Mais sa condition peut avoir été reconnue telle sur le plan juridique avant même la naissance .

La reconnaissance peut intervenir postérieurement à la déclaration de naissance .

A coté de cela, il est des enfants naturels qui ne sont reconnus à aucun moment . Il y a la possibilité de la recherche de la filiation naturelle .

En 1971, il y a eu 296 recherches de paternité au titre de l'article 340 du Code Civil, et 113 actions au titre de l'article 342 .

Beaucoup d'enfants naturels, après avoir été reconnus, vont devenir légitimés soit par le mariage de leurs parents, soit par autorité de justice . De plus, l'adoption, est une forme de légitimation qu'il ne faut pas oublier .

La fluidité de la condition de l'enfant naturel est certaine, mais il est difficile d'avoir des données quantitatives . Il existe une étude de Mr Dezalay qui porte sur l'année 1967 .

Le pourcentage des enfants naturels reconnus avant ou au moment de la déclaration de naissance s'établirait ainsi :

enfants reconnus par le père seul	15 %
enfants reconnus par la mère seule	20 %
enfants reconnus par les deux parents conjointement	7 %

A quoi il faudrait ajouter les enfants naturels non reconnus expressément, mais dont l'acte de naissance porte le nom de la mère : 7%

Au total, 49 % des enfants naturels ont un certain rattachement juridique avec l'un ou l'autre de leurs parents ou avec les deux .

D'après Dezalay, 45 à 50 % des enfants naturels finissaient par être légitimés . Compte tenu des reconnaissances postérieures à la naissance, on peut avancer, en définitive, que 55 % des enfants naturels sont reconnus par les deux parents, 28 % par la mère seule, 3 % par le père seul .

Il résulte de cela que pour une large part l'état de l'enfant naturel est bien un état transitoire qui tend à s'aligner sur le conformisme, à rentrer dans la conformité .

Paragraphe 2 : la filiation adultérine :

A . Possibilités de l'investigation statistique :

C'est une catégorie d'enfants illégitimes qui, sous le régime antérieur à 1972, était cachée dogmatiquement . Peut-on avoir une idée du phénomène de l'adultérinité ? Il faut distinguer les enfants adultérins à matre et les enfants

adultérins a patre .

- les enfants adultérins a matre :

Un moyen de l'appréhender est l'action en désaveu . Les statistiques du Compte de la Justice Civile nous apprennent qu'en I97I, 998 actions en désaveu (dont 247 dans le seul ressort de la Cour de Paris) avaient été accueillies .

Il faut noter que l'enfant désavoué est d'abord saisi dans la catégorie des enfants légitimes . Mais avant I972, l'action en désaveu est assez peu ouverte .

Il y a donc un certain nombre d'enfants adultérins, de fait, qui sont considérés comme des enfants légitimes .

- l'enfant adultérin a patre :

Jusqu'en I972, son statut était celui de l'enfant naturel non reconnu, puisque l'adultère faisait obstacle à sa reconnaissance . Depuis la réforme de I972, ils peuvent être reconnus .

L'enfant adultérin pouvait depuis I955 intenter une action alimentaire (article 342 du Code Civil) . Cette faculté fut rarement utilisée . Le Compte de la Justice Civile fait état de I4 actions intentées en I97I par les enfants adultérins sur le terrain de l'article 432 .

Depuis I972, il peut intenter une action en recherche de paternité ou une action alimentaire .

En général, on est frappé par le petit nombre des actions en justice . Un des facteurs : beaucoup de mères naturelles ne tiennent pas à voir s'établir un lien de filiation entre l'enfant naturel et le père de celui-ci .

Il faut recouper ces données avec d'autres, notamment l'adultère . L'adultère est à la fois un délit pénal et une cause de divorce .

Sur le plan pénal, en 1971 il y eut 531 condamnations à des peines d'amende, dont 64 avec sursis . Il y eut 17 peines d'emprisonnement dont 15 avec sursis .

Sur le plan civil, l'adultère est lié au divorce . Un tiers ou un quart des divorces sont prononcés pour sanctionner l'adultère, soit 10.000 adultères environ par an . Mais l'adultère est souvent stérile .

De plus, l'enfant né de l'adultère peut être légitimé par la suite par le mariage . Il est donc lui aussi dans une situation in transitu .

B . La théorie de l'adultérinité :

Sur ce phénomène, il y a des images traditionnelles entachées de sexisme . La filiation adultérine a matre ridiculise le mari . Au contraire, il y a toujours une certaine indulgence pour la filiation adultérine a patre .

Mais les évolutions qui se sont produites dans d'autres institutions ont transformé les attitudes . C'est ainsi que le divorce efface une part de la réprobation qui s'attache à l'adultère . Plus le divorce est facilement admis, plus l'adultère apparait comme un divorce d'intention .

Le grand changement dans la société francaise s'est opéré au début du siècle avec des réformes de portée très profonde . La loi du 15 décembre 1904 a permis le remariage après divorce pour adultère de l'époux coupable avec son complice . La pratique judiciaire, bien avant la réforme, avait anéanti la prohibition : les juges qui voulaient favoriser le remariage s'abstenaient de désigner le complice dans le jugement .

La loi du 7 novembre 1907 permet la légitimation de l'enfant adultérin avec des réserves . Ces réserves vont se réduire tout au long du 20ème siècle . Ceci se projette sur les attitudes de la société envers l'enfant adultérin et l'adultère .

En réalité, dans notre société, on distingue deux types de filiation adultérine .

- la filiation adultérine sur vif mariage . Le mariage est encore vivant, l'adultère est un phénomène de polygamie : l'enfant né de l'adultère est mal accueilli par l'opinion publique car il concurrence les enfants légitimes .

- la filiation adultérine sur mort mariage . C'est la plus fréquente . Le mariage est un échec et cet échec se manifeste par une séparation de fait . L'attitude de la société est beaucoup plus indulgente .

CHAPITRE II : DROIT ET INFLATION

Contribution à la sociologie juridique du patrimoine

L'inflation est un phénomène économique . Mais est-il exclusivement économique ? Longtemps les économistes l'ont cru et l'ont enseigné . Cependant, en présence des phénomènes contemporains, les économistes ont du se rendre à l'évidence que l'économie politique n'expliquait pas tout . Dans l'inflation il y a ainsi des aspects sociologiques et juridiques .

L'inflation est un phénomène sociologique par ses causes . Et cela parce que l'inflation est due à ce que le corps social divisé se dispute les fruits de la croissance .

Elle est en outre plus certainement un phénomène sociologique par ses effets . C'est la thèse soutenue notemment par G. Myrdal . Myrdal soutient, en effet, que les dangers les plus graves de l'inflation viennent des faits sociaux, de l'irritation que l'inflation provoque entre les différentes catégories : entre les créanciers et les débiteurs, entre le mari et la femme, entre le salarié et l'employeur, entre les citoyens et l'Etat, etc. Elle est génératrice de conflits, de division .

L'inflation est un phénomène juridique car le droit est lié à la division des hommes . Il crée la division entre les hommes en conférant un droit subjectif à l'un dans la rareté de l'objet et en refusant nécessairement ce droit à l'autre . En même temps le droit essaie d'accomplir un certain partage des biens, un certain équilibre des droits subjectifs .

Trois institutions juridiques semblent capables de jouer un rôle dans ces phénomènes d'inflation : la monnaie, l'emprunt et l'impôt .

La monnaie est l'instrument juridique à travers lequel l'inflation opère .

L'emprunt est un lieu juridique où les conflits dont parle Myrdal se manifestent . L'antagonisme du prêteur et de

l'emprunteur est manifeste en période d'inflation .

L'impôt : il y a un impôt sur le capital qui résulte de l'inflation . L'inflation est devenue la plus grande ressource des finances publiques .

Section I : LES MONNAIES

Si les monnaies n'étaient que des marchandises, on peut se demander s'il y aurait des phénomènes d'inflation . A la vérité c'est le droit qui fait des monnaies quelque chose d'artificiel . Dans les théories de la monnaie-marchandise, il y a au fonds un refus du droit parce que le droit est tenu comme une volonté , donc comme un arbitraire . Le phénomène juridique de la monnaie semble aller à l'encontre de la rationalité . En réalité il y a dans la monnaie un mélange de rationnel et d'irrationnel .

Paragraphe I : L'origine des monnaies :

Les sociologues, les ethnologues, les monétaristes ont forgé des hypothèses sur l'origine de la monnaie dans les sociétés humaines . C'est au niveau des sociétés archaïques que les chercheurs se sont placés . Les uns disent que, dans ces sociétés, tout est irrationnel, tout est magique . D'autres affirment que, même dans ces sociétés qui paraissent dominées par l'irrationnel, il y a un calcul utilitaire .

Ainsi la sociologie des monnaies oscille entre deux interprétations :

invention utilitaire ou besoin irrationnel .

Un ouvrage important en la matière est celui de Simmel "Philosophie de la monnaie" . Plus récemment, nous avons eu les travaux de Schmölders et de Schacht (anthropologie culturelle de l'argent) .

A . L'hypothèse de l'invention utilitaire :

La monnaie est apparue pour répondre à certains besoins

pratiques . Cette hypothèse de l'invention utilitaire a trouvé une expression classique dans le Digeste, dans le texte connu sous le nom de Lex Origo (Digeste Livre I8, titre I) . Une matière fut choisie dont l'évaluation publique et constante permettrait un échange égalitaire et rémédierait aux difficultés de l'échange en nature .

Ainsi la vente avec son corollaire la monnaie, a remplacé l'échange en nature pour répondre à un besoin pratique .

A ce moment là, l'autorité publique est intervenue pour en quelque sorte consacrer cette convention entre les hommes . A partir de là, la monnaie s'est détachée de la matière ; elle est devenue une création du droit .

Ce texte avait un intérêt pratique en droit romain : il servait à appuyer une certaine solution de droit positif . Il recèle en outre, dans sa teneur sociologique, des idées qui ont encore aujourd'hui une valeur : d'un côté, la rationalité de l'invention ; de l'autre, le caractère artificiel de la monnaie consécutif à l'intervention de l'Etat .

Ce texte sera utilisé par l'Ancien Droit à l'appui de la théorie du nominalisme monétaire : article I895 du Code Civil .

B . L'hypothèse du besoin irrationnel :

Cette hypothèse a revêtu des formes variables . L'origine de la monnaie est attribuée à un besoin irrationnel .

Le besoin de parure d'abord . Nombre de sociologues ont affirmé que la monnaie est un moyen général de communication entre les hommes . On parlera pour la monnaie d'une parure de publicité : elle est un moyen d'exalter la personnalité, de se faire reconnaitre socialement . Ainsi, dans cette hypothèse, c'est le bijou qui a engendré la monnaie et non pas l'inverse .

Objection à cette thèse : la parure est un moyen de se distinguer, de se différencier par les bijoux . Or la monnaie

remplit une fonction d'échange qui suppose l'homogénéité . Il faut que les monnaies soient toujours semblables entre elles . A cela les sociologues répondent que la monnaie a d'abord circulé sous forme de don, et ce don doit être beau .

L'homogénéité qui nous parait quelque chose d'essentiel dans la technique monétaire, ne devait pas être essentielle dans le "potlatch" (le don appelle le contre-don) .

La monnaie nous apparait dans les sociétés primitives comme un symbole lié à des représentations mystiques . La linguistique va insister là-dessus . En effet nummus (monnaie) = numen (divinité) .

La monnaie aurait été un élément équilibrant, un élément de garantie qui venait sceller l'engagement pris par les contractants .

Il y a une sacralisation du don .

Un sinologue, J. Gernet, dans une thèse sur la vente en Chine au 9ème et IOème siècle a repris cette hypothèse des origines magiques de la monnaie .

Paragraphe 2 : L'iconographie des monnaies :

La monnaie est porteuse d'image . C'est l'un des plus vieux moyens de communication du monde . C'est un message tiré à beaucoup d'exemplaires . Ce fut à une époque ancienne un moyen d'informer les provinces lointaines d'un événement . La monnaie pouvait être porteuse d'une certaine publicité .

Il y a donc une iconographie monétaire qui n'est pas neutre . D'ailleurs, la contrefaçon de billets est réalisée par l'imitation de l'image, parce que l'image fait partie de l'affirmation de souveraineté monétaire .

A . L'image :

On constate dans l'iconographie toute une symbolique qui

revient dans les séries socio-monétaires (animaux, divinités, symboles religieux) et qui n'est pas sans intention .

Une sorte d'image doit être mise à part, c'est l'effigie du prince . Ce peut être le Prince impersonnel (la cité, l'Etat) . Elle figure souvent sous les traits d'une femme (la Semeuse, Marianne) . L'émergence de la personnalité morale est ici une femme . C'est le corpus mysticum .

Mais il y a aussi le Prince personnel : l'effigie du souverain, en tant que personne physique . Elle s'est parfois heurtée à des résistances . Ainsi César a rencontré de telles résistances . De même, sous Henri II, résistance des féodaux contre cette manifestation de centralisation . Avec l'affermissement de la monarchie absolue, l'effigie du Prince devient constante .

Aujourd'hui, malgré le phénomène de la personnalisation du pouvoir, les détenteurs du pouvoir semblent répugner à faire figurer leur effigie sur la monnaie . Peut-être percoivent-ils le danger d'associer leur image à une monnaie fragile .

B . La signification de l'image monétaire :

L'irrationnalité de la monnaie va ressurgir à cet endroit . On pourrait penser que l'image est là pour rendre la contrefaçon plus difficile . Mais l'image a une autre signification : c'est l'intention d'apothéose .

Dans la Rome impériale, il faut prendre l'apothéose dans son sens étymologique : l'élévation au rang des dieux . Les pièces avec l'effigie de l'Empereur se relient à un mécanisme théologique de divinisation de l'Empereur .

Juridiquement dans le système pénal romain, le fondement de la répression du faux monnayage se relie à cette signification mystique de la monnaie . Il n'est pas puni comme un vol . Le fondement de la répression est l'offense faite aux effigies sacrées .

Dans notre Ancien Droit, c'est un crime de lèse-majesté ; mais c'est aussi un signe, une signature, un procédé d'identification du souverain monétaire par lequel il affirme sa volonté . C'est aussi la marque apposée sur un objet pour affirmer qu'on en est propriétaire . L'image du Prince apposée sur la pièce est la représentation magique du Prince lui-même . Le Prince imprègne la monnaie . Dans une vision archaïque du droit de la propriété, ce qui fonde le droit de propriété individuelle, c'est l'imprégnation de la chose par la personne . Cette imprégnation de la monnaie est le fondement de la propriété du Prince .

De là va sortir une théorie juridique : c'est la théorie de la monnaie, chose du Prince : l'émetteur retient un droit de propriété sur la monnaie . Le détenteur en a le domaine utile, mais le Prince conserve le domaine éminent ? Ce domaine éminent ressurgira dans les prérogatives juridiques . Le Prince pourra retirer les espèces de la circulation . Il peut même muer la monnaie, d'abord matériellement, c'est à dire la refondre et la remettre en circulation à un titre plus faible par exemple . Dans une technique plus intellectualisée, muer la monnaie c'est manipuler intellectuellement, juridiquement la monnaie ; c'est manipuler le pouvoir libératoire de la monnaie .

Ce procédé connu dans les derniers siècles de l'Ancien Régime survit dans l'article 1895 du Code Civil . C'est le seul procédé de manipulation monétaire reconnu par le Code Civil .

Le pouvoir général de manipuler les monnaies vient de l'effigie . La théorie du nominalisme monétaire serait mieux nommée théorie de l'effigialisme monétaire .

Paragraphe 3 : Le droit naturel des monnaies :

A . Droit positif et droit naturel monétaire :

Il y a un droit positif monétaire . C'est l'ensemble des règles de droit régissant l'appropriation, la circulation des monnaies ainsi que l'évaluation des intérêts en monnaie .

Le droit positif monétaire est livré à une évaluation arbitraire . Nous venons de constater ce pouvoir de manipuler les monnaies . L'abus du droit positif a suscité l'appel au droit naturel monétaire . Les constitutions médiatrices entre le droit positif et le droit naturel ont parfois essayé de faire descendre le droit naturel monétaire sur le terrain du droit positif .

Dans les Cahiers de Doléances, on trouve parfois au nombre des revendications l'interdiction faite au Prince de muer les monnaies .

La constitution des U.S.A., dans son article Ier, réserve au Congrès le pouvoir de battre monnaie, et d'en arrêter la valeur .

B . Nature et monnaie :

Les deux termes semblent antinomiques . Mais c'est justement là qu'est le point important . Est-ce que le recours au droit naturel monétaire n'est pas en définitive le recours à l'économie en nature ?

Le droit naturel monétaire s'est souvent manifesté sous forme de revendication de droits individuels . Lors de la dévaluation du dollar en 1934, des citoyens américains lésés par cette manipulation monétaire s'adressèrent à la Cour Suprême en invoquant l'article Ier de la Constitution . Arrêt rendu le 18 février 1935 . Le terrain d'attaque des demandeurs était le suivant : le pouvoir de régler la valeur de la monnaie ne pouvait aller jusqu'à autoriser un arbitraire tendant à la destruction des droits individuels . Il y avait une atteinte au droit de propriété . Cette action a été rejetée par 5 voix contre 4 .

Deuxième forme du droit naturel monétaire : l'Etat honnête-homme :

On la trouve chez les disciples de l'école du droit de la nature et des gens, dont Burlamaqui . L'Etat doit se limiter par une sage moralité . Autolimitation de l'Etat par lui-même .

Dans l'école moderne du droit naturel, le droit naturel est celui qui résulte de la nature des choses . Que faut-il entendre par là en matière monétaire ?

Selon la doctrine officielle, la nature des choses, en matière monétaire, c'est l'or, détaché de toute action du souverain, des lois, du droit . L'or peut se passer du droit . Sous l'empreinte du souverain, l'or accomplit sa fonction de droit positif .

Il y a là une question riche d'implications économiques, mais l'extrême serait l'état de nature . En effet, c'est par convention qu'on en est venu à utiliser la monnaie . L'état de nature aurait précédé toute monnaie . La seule institution du droit naturel est le troc, anti-monétaire par définition . Jean-Jacques Rousseau a apporté sa caution .

SECTION II : L'EMPRUNT :

Paragraphe I : les emprunts privés :

Il faudrait faire apparaitre la typologie des contractants . Il en est de plusieurs sortes :

- on peut penser d'abord à la forme traditionnelle forme bipolaire, où le créancier est en face du débiteur . L'exemple le plus classique ici est le prêt hypothécaire . Monsieur J.P. Poisson a étudié les dossiers des prêts hypothécaires dans une étude de notaire parisien pendant la période 1959-1963 . Il a relevé quelques traits intéressants de la typologie des parties . Il apparait que les prêteurs sont surtout des femmes, très souvent âgées et veuves qui se trouvent à la tête de liquidités provenant de la liquidation de la communauté conjugale . Les emprunteurs sont plus jeunes que les prêteurs .

D'où cette conclusion non dépourvue d'intérêt sociologique que le prêt hypothécaire accomplit une sorte de circulation d'argent entre les générations .

- mais la variété de prêts la plus répandue à notre époque est le prêt triangulaire . C'est le prêt qui vient se greffer sur un mécanisme de vente à crédit .

Il faut essayer de mettre en relief la signification sociologique du prêt à intérêt .

Dans les sociétés antérieures, le phénomène du prêt est dominé par le phénomène de l'usure .

Aujourd'hui la signification du prêt à intérêt a changé, quoique la vente à crédit donne souvent lieu à des intérêts usuraires . Mais dans beaucoup de prêts de type bipolaire, c'est une inversion de l'usure que nous constatons . L'usure, en réalité, c'est le prêteur qui en est victime à cause de la dépréciation monétaire . Si bien que par réaction de défense, le prêteur a recherché une contrepartie, savoir l'indexation . Sous réserve de l'indexation, l'usure a changé de sens . Et l'on a pu constater à partir de la première guerre mondiale des phénomènes d'intérêts négatifs . C'est un phénomène capital dans la sociologie du droit de l'emprunt .

Paragraphe 2 : Les emprunts publics :

Ici il faudrait distinguer deux moments : celui de la souscription et les suites .

- la souscription :

C'est le moment de l'euphorie du souscripteur . Il y a dans cet acte de souscription à un emprunt public une manifestation de volonté mais lorsque l'emprunteur est la collectivité nationale, la manifestation de volonté se colore de connotations affectives .

Il y a à côté de l'acte juridique une manifestation sentimentale . On est dans une zone imprécise entre l'impôt, l'emprunt et le don .

On pourrait faire porter l'investigation sociologique sur les mécanismes de propagande qui, pendant les deux grandes guerres, ont accompagné les emprunts de guerre . Il était fait appel à l'affectivité des citoyens .

- les suites de l'emprunt public :

Une fois le moment de l'euphorie passé .

Les rentiers de l'Etat constituent une catégorie qui a sa physionomie sociale . Au XVIIème siècle, on les voit protester parce que l'Etat a omis de leur payer un trimestre de rente . A notre époque, les rentiers de l'Etat paraissent moins organisés et moins combattifs .

SECTION III - L'IMPOT :

Dans les sociétés modernes, l'impôt est le lieu où nous sentons le plus fréquemment et le plus intensément le droit .

C'est surtout exact de l'impôt direct, celui que le contribuable sent, tandis que l'impôt indirect est plus insensible .

Les responsables de l'économie et des finances ont pris conscience à notre époque de cet aspect psychologique de l'impôt . Ainsi le Ministre des finances parle "d'allergie fiscale" (déclaration 20 novembre 1972), avec à l'arrière plan cette idée que l'allergie pourrait être soignée par une action psychologique . C'est sans doute une vue superficielle empruntée à la sociologie américaine .

La psychosociologie de l'impôt a donné lieu à une littérature abondante ces dernières années . Citons en particulier :

- Dubergé - "La psychologie sociale de l'impôt" Thèse 1961
- Schmölders "Psychologie des finances et de l'impôt"

Dans cette étude sociologique du droit de l'impôt, deux questions seront abordées :

- la loi fiscale

- la résistance à la loi fiscale .

Paragraphe I : la loi fiscale :

Nous nous placerons à deux points de vue : au point de vue statique, puis au point de vue dynamique .

A . Point de vue statique :

Il arrive que le contribuable rencontre la loi fiscale sans la voir . A l'inverse, il l'aperçoit clairement dans le cas des impôts directs, surtout ceux qui donnent lieu à déclaration Dubergé relève que cette déclaration pèse sur les contribuables . Elle constitue un souci sérieux pour 39 % d'entre eux .

L'impôt direct, dans l'hypothèse de l'impôt sur le revenu, a de surcroit cette particularité d'imposer une déclaration à l'intéressé lui-même . Nous avons ici une variété de lois dans la typologie des lois, c'est la loi-test, la loi-test réclamant un aveu contre soi-même . Corrélativement, c'est un type de loi que l'on peut nommer loi de tentation . Comme toutes les fois que l'on demande un aveu, il y a une tentation implicite à répondre par un mensonge . L'intéressé est placé entre son intérêt et son devoir .

L'impôt indirect est très différent . Il est insensible et apparemment indolore .

Dubergé a constaté qu'à la question : "l'impôt indirect vous parait-il satisfaisant ou non ?", il y avait une majorité de satisfaits (58 %), dont beaucoup de commerçants .

Les motifs de la satisfaction :

- invisible du fait de son incorporation dans les prix : 60 %

- le contribuable peut y échapper en s'abstenant d'acheter : IO %

- il frappe indistinctement tous les consommateurs : 24 %

Dans l'histoire de notre Ancien Régime, les périodes où la fiscalité indirecte a été préférée à la fiscalité directe sont des périodes de calme fiscal . Les révoltes fiscales paraissent liées à l'impôt direct .

B . La dynamique de la loi fiscale :

Comme l'affirmait le Directeur Général des Impôts en I968, la complexité de la fiscalité est toute relative . En effet il est admis qu'un impôt ne parait simple qu'après 20 ans d'application, disait-il .

Dubergé note que la vignette automobile avait suscité une hostilité très vive à son apparition, mais qu'un an après cette hostilité avait très nettement décru . De plus, c'est la crainte de la lex ferenda qui explique la résignation devant la loi actuelle .

La loi est mieux acceptée lorsqu'elle est recouverte d'une couche d'accoutumance . En matière fiscale, l'accoutumance, la coutume a des particularités . En effet, la loi fiscale qui, à l'origine, frappe directement ceux pour qui elle a été conçue, va être rejetée sur autrui par les intéressés .

Ainsi il y a des phénomènes d'incidence qui se manifestent, si bien que l'impôt se diluerait en définitive dans la masse contributive, de sorte que plus personne n'a l'impression de le payer . C'est la loi de Cannard .

Sous l'Ancien Régime, en droit public, cette distinction

entre impôt ancien et impôt nouveau s'était cristallisée . Pour l'impôt ancien, les publicistes considéraient qu'il y avait une sorte de prescription au profit du souverain fiscal . Il pouvait le percevoir sans qu'il soit nécessaire de réunir les Etats Généraux . Au contraire, pour l'impôt nouveau, l'assentiment des Etats Généraux est nécessaire, hors le cas d'urgence .

Paragraphe 2 : La résistance à la loi :

La pression de l'impôt détermine une réaction du contribuable .

A . La réaction du contribuable :

La résistance à la loi fiscale va crescendo avec la pression . C'est la loi de Von Gerloff . Mais à côté de cette loi, il y a la loi d'augmentation croissante des dépenses publiques, la loi de A. Wagner .

La pression est appelée à croître sans arrêt . Il faut donc, semble-t-il, s'attendre à une résistance croissante de la matière contribuable .

La relation de la résistance à la pression n'est pas aussi mécanique que l'on pourrait le croire . Il y a d'abord des phénomènes d'amplification . En dehors du taux, il y a le caractère du prélèvement qui peut entrainer une résistance plus ou moins vive . Il n'est pas indifférent pour déterminer quelle sera la résistance du contribuable de s'interroger sur le sentiment qu'il aura de l'utilité de ce qui lui est réclamé . La contre-prestation que le prélèvement fiscal peut impliquer entre certainement dans la résistance à l'impôt .

La notion de contreprestation touche, en effet, à un instinct puissant chez l'homme du "donnant-donnant". C'est la notion de taxe qui est un prélèvement en rapport avec un service rendu . Ce sentiment du service rendu peut aider à l'acceptation de l'impôt .

Mais, souvent dans les sociétés antiques, et dans certaines sociétés modernes, l'impôt est lié à des phénomènes de prestige, d'orgueil humain . Le régime censitaire donnait des satisfactions psychologiques à ceux qui paient beaucoup d'impôts .

Il y a également cet autre phénomène psychologique qui est le caractère plus ou moins volontaire du prélèvement . Et ici, les régimes démocratiques ont mis l'accent sur l'assentiment à l'impôt . Certains auteurs, dont Schmölders, ont fait des études comparatives sur les attitudes respectives des payeurs lorsqu'on augmente un impôt et lorsqu'on augmente la cotisation d'une association . Cette dernière augmentation est plus facilement acceptée parce que les membres d'une association peuvent toujours se retirer .

Il y a probablement des seuils psychologiques à l'impôt . Il existe des seuils psycho-historiques dont l'archétype est la dîme . Au delà du taux de IO %, à cause de cet archétype, l'impôt sera mal ressenti . Au siècle dernier, un auteur allemand a soutenu la survivance de cet archétype et disait que le taux de IO % ne devrait être en aucun cas dépassé par le législateur fiscal . En I930, un autre auteur allemand pensait que le seuil se situait au tiers des revenus . Après la deuxième guerre mondiale, la sociologie américaine a abouti à cette conclusion que le seuil doit être la moitié des revenus .

Schmölders remarque en objection à cette conclusion qu'aux U.S.A. comme en Allemagne, il y a des taux de 95 % de prélèvement sur les revenus et que de telles impositions ne suscitent pas trop de problèmes . Mais ces taux s'appliquent seulement aux tranches supérieures, et un taux de 95 % est plutôt un taux de façade .

B . Les formes de résistance à la loi fiscale :

La fraude fiscale :

Il faut distinguer l'illicéité absolue et l'illicéité relative . La faiblesse du droit fiscal est de n'être soutenue

matière fiscale, les gouvernements font appel à la morale, au mythe de la justice, de la volonté nationale .

Le concept de justice fiscale a évolué . A une époque la justice fiscale est l'impôt proportionnel . Aujourd'hui c'est plutôt le système de l'impôt progressif, système introduit en France en 1917 .

Mais que signifie le mot "justice" ? S'agit-il de justice individuelle ou de justice collective ? Longtemps, l'impôt juste était celui qui l'était pour le contribuable individuel appelé à le subir . Plus récemment on en est venu à une idée collective de la justice fiscale . La fiscalité serait juste en se réalisant par catégories de contribuables, ce qui introduit une espèce de responsabilité collective entre les contribuables individuels appartenant à la même catégorie .

A la question "que pensez-vous de la fraude?", 31 % des personnes interrogées ont répondu qu'on avait raison de juger la fraude avec indulgence, le motif avancé étant que le taux de l'impôt était calculé en tenant compte d'un certain pourcentage de fraude, 42 % pensent qu'on a tort de la juger avec indulgence .

La fraude fiscale partielle est probablement le phénomène le plus répandu . Elle doit avoir une signification psycho-sociologique bien à elle . Elle choisit de n'être pas totale par précaution sans doute, mais elle provient d'une volonté délibérée de manière individuelle de ramener à un seuil supportable un taux jugé excessif .

Les révoltes anti-fiscales :

Au delà d'un certain poids, la pression fiscale déclenche la révolte . Ce sont des phénomènes collectifs que les révoltes anti-fiscales . Elles sont fréquentes dans l'histoire, surtout dans l'Ancien Régime en France .

Pour Porchnev, les révoltes anti-fiscales des paysans préfiguraient la lutte des classes . Au 19ème siècle, elles prennent la forme de grève de l'impôt .