Norbert ROULAND

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

(1990)

L'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE

Collection "Que sais-je ?" no 2528.

Un document produit en version numérique par Mme Marcelle Bergeron, bénévole
Professeure à la retraite de l'École Dominique-Racine de Chicoutimi, Québec

Courriel: mabergeron@videotron.ca

[Page web](#)

Dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales"

Site web: <http://classiques.uqac.ca/>

Une collection développée en collaboration avec la Bibliothèque
Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi

Site web: <http://bibliotheque.uqac.ca/>

Politique d'utilisation de la bibliothèque des Classiques

Toute reproduction et rediffusion de nos fichiers est interdite, même avec la mention de leur provenance, sans l'autorisation formelle, écrite, du fondateur des Classiques des sciences sociales, Jean-Marie Tremblay, sociologue.

Les fichiers des Classiques des sciences sociales ne peuvent sans autorisation formelle:

- être hébergés (en fichier ou page web, en totalité ou en partie) sur un serveur autre que celui des Classiques.
- servir de base de travail à un autre fichier modifié ensuite par tout autre moyen (couleur, police, mise en page, extraits, support, etc...),

Les fichiers (.html, .doc, .pdf, .rtf, .jpg, .gif) disponibles sur le site Les Classiques des sciences sociales sont la propriété des **Classiques des sciences sociales**, un organisme à but non lucratif composé exclusivement de bénévoles.

Ils sont disponibles pour une utilisation intellectuelle et personnelle et, en aucun cas, commerciale. Toute utilisation à des fins commerciales des fichiers sur ce site est strictement interdite et toute rediffusion est également strictement interdite.

L'accès à notre travail est libre et gratuit à tous les utilisateurs. C'est notre mission.

Jean-Marie Tremblay, sociologue
Fondateur et Président-directeur général,
[LES CLASSIQUES DES SCIENCES SOCIALES](#).

Un document produit en version numérique par Mme Marcelle Bergeron, bénévole, professeure à la retraite de l'École Dominique-Racine de Chicoutimi, Québec.
courriel : mailto : marcelle_bergeron@uqac.ca; mabergeron@videotron.ca

NORBERT ROULAND

L'anthropologie juridique.

Paris : Les Presses universitaires de France, 1990, 127 pp. Collection "QUE SAIS-JE ?", n° 2528.

[Autorisation formelle accordée par l'auteur le 11 janvier 2011 de diffuser cette œuvre dans Les Classiques des sciences sociales et autorisation confirmée par l'éditeur le 14 janvier 2011.]

Courriel : norbert.rouland@wanadoo.fr

Polices de caractères utilisée : Times New Roman, 12 points.

Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2008 pour Macintosh.

Mise en page sur papier format : LETTRE US, 8.5'' x 11''.

Édition numérique réalisée le 21 juin 2011 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, Québec.

Norbert Rouland

[p. 127]

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Chapitre I. — **Thématique de l'anthropologie juridique**

- I. Du côté des juristes : les sciences ancillaires du Droit, 8.
- II. L'évolutionnisme, 14.
- III. Le fonctionnalisme, 35.
- IV. Les tendances actuelles de l'anthropologie juridique, 39.

Chapitre II. — **Un horizon dépassable : les Droits traditionnels**

- I. La distinction entre Droits traditionnels et Droits modernes, 46. —
- II. La coexistence entre les pensées juridiques sauvage et moderne, 62.
- III. Interprétations anthropologiques du droit positif français, 71.

Chapitre III. — **L'acculturation juridique**

- I. Transferts de Droits et acculturation des Droits traditionnels, 85. —
- II. Les mutations provoquées par l'acculturation juridique, 92.

Conclusion. — **Le devenir de l'anthropologie juridique**

BIBLIOGRAPHIE

[p. 3]

INTRODUCTION

[Retour à la table des matières](#)

Malheur à l'homme seul, nous préviennent les sociétés traditionnelles. Bien des populations qu'étudient les anthropologues sont communautaristes. Les droits des groupes y prédominent sur ceux de leurs membres, auxquels ils assurent leur protection. Celle-ci n'est pas un leurre : chez les Inuit, le même terme désigne l'ostracisme et le suicide ; l'orphelin et le célibataire sont des êtres amoindris et situés au bas de la hiérarchie sociale. À l'inverse, la Révolution française proclama la déchéance juridique des groupes et valorisa l'individu. Elle entreprit de le vêtir de droits pour le préserver des atteintes de l'État. Mais celui-ci disposait d'une arme acérée : la loi, utilisée contre les pluralismes statutaires et coutumiers. Le rêve de Siéyès en témoigne : « Je me figure la loi au centre d'un globe immense ; tous les citoyens, sans exception, sont à la même distance et n'y occupent que des places égales. »¹ Devant la loi, les coutumes devaient fléchir et la jurisprudence s'effacer.

Nous vivons aujourd'hui la fin de ces mythes juridiques modernes. Le rôle de l'État est réévalué, sinon contesté ; la prolifération maligne des lois (plus d'un millier par an et autant de décrets) épuise leur autorité ; on s'aperçoit que la coutume anime des relations que notre culture a choisi de privilégier (vie économique et droit des affaires). Enfin, au fardeau inacceptable de l'isolement répondent la montée de la vie associative, les affirmations identitaires et l'influence croissante des groupes dans la vie sociale et juridique. Mais il est une autre solitude, inaugurée par la modernité. Celle à laquelle nous avons livré la négation d'un monde surnaturel. Le Code civil ignore la religion ; un siècle plus tard, Planiol a cette phrase terrible : « Les morts ne sont plus des personnes ; ils ne sont plus rien »², condamnation confirmée par notre droit positif³. Sommes-nous résolus à cette finitude ? La quête de transcendance, la remontée du religieux (en des formes parfois aberrantes), la vogue actuelle de la cosmologie portent à croire

¹ Siéyès, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, rééd. PUF, 1982, 44.

² Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I. Pichon, 1904, n° 371, p. 145.

³ Cf. la thèse de P. Berchon, *La condition juridique des morts*, Thèse Droit, Bordeaux I, 1984, 768 p.

que si l'homme est condamné à donner lui-même un sens à son existence, il incline, par aveuglement ou clairvoyance, à le trouver dans la conjonction du sensible et de l'invisible. À leur manière, les mythologies de peuples que séparent le temps et l'espace nous le disent. Pour les Mayas, l'humanité fut d'abord créée à partir de la boue. Mais ces premiers hommes étaient incapables de nommer les dieux et de les adorer : la pluie tomba et les dissout. Les Grecs nous apprennent qu'à l'âge d'airain, les hommes, gratifiés du feu par Prométhée, en vinrent à mépriser les dieux. Irrité par leur attitude, Zeus les fit périr dans le déluge. Nous devons nous réconcilier avec nous-mêmes et avec les puissances qui animent le monde, qu'elles soient, selon nos croyances, matérielles ou spirituelles. Ainsi s'aboliront les cercles glacés de nos solitudes.

Les leçons des sociétés traditionnelles, et tout particulièrement leur vision des phénomènes juridiques, peuvent nous y aider. Primitives, elles le paraissent moins que jamais ; sous-développées, elles ne le sont que mesurées à l'aide de critères choisis par nous, et dont nous commençons à nous déprendre. La plupart [p. 5] de ces sociétés n'ont pas valorisé les rapports économiques. Elles ont préféré spéculer sur l'organisation sociale, et rechercher les voies de la transcendance à des niveaux que nous avons parfois le plus grand mal à atteindre.

La cosmogonie des Dogon n'a rien à envier à celle des Grecs ; les Aborigènes d'Australie ont élaboré des systèmes parentaux d'une complexité telle que nous devons utiliser les ordinateurs pour en saisir toutes les potentialités ; l'organisation politique des Mayas était très en avance sur celle des États européens qui les colonisèrent. Bien d'autres sociétés ont mis en œuvre des conceptions d'un droit moins orienté vers la répression que la prévention et la conciliation, notions que nous explorons aujourd'hui.

Ne cédon pas pour autant au mythe du Bon Sauvage. Bien des sociétés non occidentales ne sont ni douces ni égalitaires, et sacrifient aisément la vie des individus à la survie des groupes. La modernité a fait reculer la mort et nous a délivrés, pour la plupart, du froid, de la faim et même souvent de la douleur physique. Cependant, a-t-elle davantage épargné les vies humaines que les sociétés « sauvages » ? L'ampleur des guerres, le coût humain des révolutions industrielles incitent au scepticisme. Quant à l'esclavage, il n'appartient exclusivement ni au lointain passé des Droits antiques, ni à la « barbarie » des soi-disant primitifs. En 1824, à l'époque où Ampère et Faraday étudient l'électricité et où Niepce fixe les images de la chambre noire, un magistrat peut encore, devant la Cour de cassation, qualifier ainsi la main-d'œuvre employée dans nos colonies : « L'esclave est une propriété dont on dispose à son gré [...] cette propriété est mobilière, toutes les fois que l'esclave n'est pas attaché à la culture, mais [...] dans ce dernier cas, il devient immeuble par destination ; [...] il ne jouit d'aucun droit civil ; [...] ne possède rien qui n'appartienne à son maître [...] ne peut se

marier sans le consentement de celui-ci ; [...] sa postérité naît comme lui dans l'esclavage. » ¹

L'anthropologie juridique a été nourrie par les expériences des sociétés traditionnelles. Leurs valeurs ne sont nullement infantiles ou inférieures par rapport aux nôtres, au point que nous semblons, plus ou moins inconsciemment, les redécouvrir. C'est dire que l'anthropologie juridique ne borne point son champ à l'étude des sociétés lointaines ou « exotiques ». Elle se veut aussi réflexion sur notre propre Droit. Elle part du principe qu'une connaissance conjointe des systèmes juridiques traditionnels et modernes est indispensable à la constitution d'une authentique science du Droit. Ce petit livre voudrait ouvrir quelques pistes dans cette direction. C'est pourquoi, tout en accordant à la doctrine anglophone la part déterminante qui lui revient, nous avons souvent mis l'accent sur les théories des auteurs français contemporains. Non point, on voudra bien nous en créditer, par ignorance ² ou par ethnocentrisme, mais en raison du rôle joué par ceux-ci (notamment M. Alliot et E. Le Roy) dans le tournant historique et épistémologique qui conduit à soumettre nos propres Droits à l'analyse anthropologique.

¹ Req., 1^{er} décembre 1824, *Jur. gén.*, 1^{re} éd., p. 674.

² On trouvera dans notre *Anthropologie juridique* (Paris, PUF, 1988, 496 p.), de plus amples développements (notamment quant à la méthodologie de l'anthropologie juridique (p. 163-182), que les dimensions restreintes de cet ouvrage ne nous ont pas permis d'étudier ici), et de nombreuses bibliographies thématiques et raisonnées.

[p. 7]

CHAPITRE PREMIER

THÉMATIQUE DE L'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE

La justice est une chose trop importante
pour la laisser aux juristes.

T. S. Eliot.

[Retour à la table des matières](#)

Toutes les sociétés connaissent des modes de contrôle social que nous qualifions de juridiques. Mais elles ne leur accordent pas la même importance. Certaines demandent d'emblée au Droit de garantir les valeurs qui leur paraissent essentielles. D'autres n'y recourent qu'avec plus de prudence, ou en dernière extrémité. Compte tenu de ces variations, on peut définir l'anthropologie juridique comme la discipline qui, par l'analyse des discours (oraux ou écrits), pratiques et représentations, étudie les processus de juridicisation propres à chaque société, et s'attache à découvrir les logiques qui les commandent.

Toutes les sociétés ne partagent par la même vision du monde. Les valeurs qu'elles privilégient diffèrent souvent. Il en va de même du contenu de leurs Droits¹ (la virginité de l'épouse sera une des conditions, de la validité du mariage dans certaines [p. 8] cultures et non dans d'autres). L'anthropologue du Droit ne peut donc se satisfaire de la seule étude du contenu des prescriptions juridiques et de la forme de leurs sanctions. Il doit mettre en lumière les *processus de juridicisation*. En fonction de l'importance qu'elle accorde au Droit dans la régulation sociale, chaque société choisit en effet de qualifier (ou disqualifier) de juridiques des règles et comportements déjà inclus dans d'autres systèmes de contrôle social (par exemple la morale ou la religion). Pour la plupart, les juristes ont jusqu'ici ignoré ces distinctions et confondu *le* Droit avec *leur* Droit. Depuis un siècle, le fossé s'est creusé entre notre science juridique et l'anthropologie sociale et culturelle, principalement pratiquée dans les Facultés de Lettres. C'est pourquoi la thématique de l'anthropologie juridique, ébauchée du côté des juristes par certaines disciplines dites « auxiliaires » du Droit, s'est surtout déployée à partir des sujets que lui a fournis l'anthropologie sociale.

¹ Cf. N. Rouland, *Penser le Droit*, *Droits*, 10 (1989), 77-79.

I. – Du côté des juristes : les sciences ancillaires du droit

[Retour à la table des matières](#)

Notre enseignement valorise les analyses descriptives du Droit positif. Les disciplines juridiques plus théoriques ne jouissent que d'une capacité réduite dans la cité du Droit. Dites auxiliaires, elles sont en réalité ancillaires : comme ces domestiques des siècles passés, on les voit sans les regarder, et on les congédie avec facilité. L'anthropologie juridique eut pu entretenir avec certaines d'entre elles des rapports de filiation : ils ne sont que de cousinage.

[p. 9] **1. Anthropologie juridique et Droit comparé.** – L'anthropologie juridique aurait dû naître de la dilatation du Droit comparé¹. Apparemment, tout rapprochait les deux disciplines : intérêt pour les Droits différents de celui de l'observateur ; démarche *comparative* fondamentale en anthropologie. En fait, les deux disciplines diffèrent par leurs objets, méthode et finalité. Alors que l'anthropologie juridique s'est développée à partir des expériences des peuples orientaux, puis africains et amérindiens, le Droit comparé s'est focalisé d'une manière qu'il faut bien qualifier d'ethnocentriste sur la distinction entre systèmes romanistes et de Common-Law, n'accordant qu'une place résiduelle aux Droits non occidentaux. De plus, les comparatistes ont trop souvent cédé à la facilité de la juxtaposition des éléments techniques d'entités juridiques censées jouir d'une existence autonome. Enfin, certains d'entre eux voient dans l'unification des Droits le but ultime de leur discipline. Le choix philosophique des anthropologues du Droit est inverse : ceux-ci considèrent la diversité des systèmes juridiques comme une source d'enrichissement culturel. Si l'anthropologie juridique peut consister dans la formulation d'une théorie unitaire du droit, elle ne vise nullement à l'unification du contenu des systèmes juridiques.

2. Anthropologie juridique et Histoire du Droit². – On peut dater la naissance de l'anthropologie juridique de la publication, en 1861, de deux ouvrages : *Ancient Law*, de Sr H. Sumner-Maine ; et *Das Mutterrecht*, de J.-J. Bachofen. Leurs auteurs sont historiens du Droit et romanistes. À l'époque, l'Orient est à la [p. 10] mode : les Droits non occidentaux auxquels ils prêtent attention sont surtout ceux de l'Inde et de l'Asie. L'Afrique noire n'entre en scène

¹ Le Droit comparé naît en France avec la création au Collège de France, en 1831, d'une chaire de philosophie des législations comparées ; l'anthropologie juridique voit le jour en Allemagne et en Angleterre en 1861.

² Cf. N. Rouland, Histoire du Droit et Anthropologie juridique, *Droits et Cultures*, 18 (1989), 193-223.

que plus tardivement, notamment dans la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, dirigée par F. Bernhoeff, G. Colin et J. Kohler, dont le premier numéro paraît en 1878. Lewis H. Morgan, avocat new-yorkais spécialiste des Indiens d'Amérique du Nord, avait écrit peu de temps auparavant *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family* (1871), suivi de *Ancient Society* (1877). Enfin, l'année 1893 voit la publication par H. E. Post de son *Ethnologische Jurisprudenz*. L'optique en est nettement historique – il s'agit de faire l'histoire de tous les systèmes juridiques, à la lumière des principes évolutionnistes – mais la place consacrée aux Droits de populations différentes du monde indo-européen augmente considérablement par rapport aux études antérieures.

Les œuvres fondatrices de l'anthropologie juridique se situent donc dans les dernières décennies du XIX^e siècle. Leur caractère historique est très marqué. D'une part parce que leurs auteurs sont le plus souvent des historiens du Droit. D'autre part en raison des principes évolutionnistes qui les inspirent : c'est dans la diachronie, dans la succession chronologique que l'on cherche à découvrir la logique des systèmes juridiques.

De ce large débat la France est quasiment absente. La création par Dareste, en 1855, de la *Revue historique de Droit français et étranger*, complétée, en 1869, par celle de la *Société de législation comparée*, témoigne bien de l'effort entrepris par une partie de la doctrine pour s'éloigner du dogmatisme et du positivisme juridiques. Mais ces recherches privilégient les sociétés étatiques et occidentales. Durkheim et Mauss manifestent un intérêt certain pour les questions juridiques, mais leur formation est essentiellement littéraire. Pendant la [p. 11] première moitié du XX^e siècle, l'étude des phénomènes juridiques dans les sociétés traditionnelles sera en France l'œuvre de littéraires (mais P. Huvelin et E. Lévy étaient les juristes) possédant des connaissances juridiques et travaillant, comme l'historien, en cabinet, et non pas sur le terrain (L. Gernet, P. Fauconnet, G. Davy, G. Richard). G. Davy mis à part, ils restent essentiellement des historiens du Droit occidental. Cependant, les travaux accomplis à cette époque par certains romanistes et historiens du Droit privé, bien que centrés sur l'Antiquité romaine et le Moyen Âge français, sont de nature anthropologique. Aujourd'hui encore, l'anthropologue du Droit peut lire avec profit le manuel de Brissaud (1904), les études de Jobbé-Duval ou de Planiol sur la Bretagne, les cours de P. Petot sur l'histoire du Droit privé français, et ceux de P. Noailles (1930) sur le très ancien Droit romain. Occidentales, les sociétés qu'ils étudient sont aussi traditionnelles. À ce titre, les comparaisons avec les sociétés exotiques font apparaître bien des similitudes. Mais le véritable père de l'ethnologie juridique française est H. Lévy-Brühl¹. Romaniste et historien du Droit, celui-ci publia relativement peu de textes consacrés aux Droits exotiques, mais il favorisa l'enseignement du Droit africain, et sut choisir comme disciples des historiens du Droit qui allaient présider, des

¹ Cf. N. Rouland, H. Lévy-Brühl et l'avenir du Droit, *Revue de Droit prospectif* 2, 1985, 510-530.

années soixante à nos jours, au développement de la discipline en France, et y former leurs propres élèves. Depuis la mort de H. Lévy-Brühl (1964), celle-ci est passée du stade ethnologique (étude à caractère monographique d'un certain nombre de sociétés, surtout d'Afrique noire, dans la tradition française) au niveau anthropologique (comparaison généralisée entre les systèmes juridiques qui inclut nos propres Droits po-[p. 12] sitifs). À l'heure actuelle (1990), les principaux anthropologues du Droit français sont des historiens du Droit (M. Alliot, fondateur en 1965 du *Laboratoire d'Anthropologie juridique de Paris*, actuellement dirigé par E. Le Roy ; R. Verdier, qui a créé en 1977 à Paris X le Centre « *Droit et Cultures* » et, en 1981, une revue d'ethnologie juridique du même nom, tous spécialistes de l'Afrique noire (nos propres travaux, consacrés aux populations arctiques, faisant exception).

La France n'a donc pas été le pays d'élection de l'ethnologie et de l'anthropologie juridiques, principalement développées par des auteurs anglo-saxons et allemands. À l'heure actuelle, ces disciplines comportent le plus de chercheurs et sont le plus enseignées en Amérique du Nord. Cependant, depuis les années soixante, ce sont en France les historiens du Droit qui se sont attachés à leur promotion. Les destinées de l'histoire du Droit et de l'anthropologie juridiques françaises ne sont pas pour autant parallèles. Si l'évolutionnisme décline en anthropologie dès le premier conflit mondial, il influencera beaucoup plus longtemps l'histoire du Droit. Par ailleurs, l'orientation technocratique des études de Droit, commune aux réformes dites de « droite » ou de « gauche », a amené un net déclin des disciplines historiques dans l'ensemble des facultés de Droit françaises. Histoire du Droit et anthropologie juridiques pourraient donc connaître des destinées inverses. Au-delà des effets de mode, une des raisons de la progression de l'anthropologie juridique tient à l'universalité de son objet : l'occidentalisation du monde est un processus moins certain qu'il n'avait pu le paraître.

3. Anthropologie juridique et sociologie juridique. – Anthropologie et sociologie juridiques naissent dans les dernières décennies du XIX^e siècle. Fondamentale [p. 13] ment, leur but est le même : comprendre le fonctionnement des sociétés humaines. Mais le partage opéré par A. Comte entre les champs des différentes sciences humaines donnera à chacune de ces disciplines une spécificité qu'elle possède encore, même si le clivage va en s'atténuant. À l'ethnologie devait en effet revenir l'étude des sociétés exotiques, et à la sociologie celle des sociétés occidentales. Le tracé de ces frontières n'est pas principalement géographique : il repose sur des jugements de valeur aujourd'hui dépassés. En effet, les « primitifs » étant alors jugés radicalement différents de nous (dans le sens de l'arriération), leur étude devait être faite par une discipline particulière. Dès lors, sociologie et ethnologie juridique vont se constituer selon des traditions différentes. Au niveau méthodologique, l'écart principal réside dans la situation de l'observateur par rapport à l'objet observé : le sociologue, à l'inverse de l'ethnologue, étudie sa propre société. Ceci ne constitue pas forcément un avantage : il est plus facile de

se dépayser que de se défamiliariser. Par ailleurs, si sociologie et ethnologie convergent dans l'analyse simultanée des discours et des pratiques, la seconde attache plus d'importance que la première à l'étude des représentations (au sens de systèmes de valeurs et de croyances) : le Droit est conçu comme profondément enraciné dans la culture, particulièrement religieuse. Enfin, l'anthropologue qui s'intéresse à sa propre société dispose d'un champ de comparaison plus étendu que le sociologue. Ce dernier n'a souvent été formé qu'à l'étude des sociétés modernes, alors que tout anthropologue a une compétence ethnologique : il paraît ainsi mieux placé pour juger de l'universalité – ou de l'irréductibilité – de telle ou telle institution juridique. Cependant, dans le futur, les clivages épistémologiques entre les deux disciplines devraient aller en s'atténuant. Sociologues (et politologues) s'intéressent de plus en plus aux données fournies [p. 14] par l'ethnologie, et les anthropologues du Droit (notamment en France et en Amérique du Nord) prennent leurs propres sociétés comme objets d'étude.

Une conclusion s'impose : surtout en France, les juristes ont été peu nombreux à s'intéresser à l'anthropologie. L'histoire des théories de l'anthropologie juridique est donc davantage tributaire des débats propres à l'anthropologie sociale qu'à la science juridique. C'est pourquoi nous devons maintenant étudier l'évolutionnisme, auquel succédera le fonctionnalisme, avant d'envisager les courants actuels de l'anthropologie juridique.

II. – L'évolutionnisme

Il y a pour les races supérieures un droit, parce qu'il y a un devoir pour elles. Elles ont le devoir de civiliser les races inférieures.

J. Ferry.

[Retour à la table des matières](#)

L'évolutionnisme fut la maladie infantile de l'anthropologie. De plus, il servit – souvent de bonne foi – à légitimer les entreprises coloniales. On doit en distinguer deux versions : l'une, rigide, *l'évolutionnisme unilinéaire*, qui domina l'anthropologie juridique au XIX^e siècle ; l'autre, plus souple, le *néo-évolutionnisme*, né au milieu du XX^e siècle, et surtout développé en Amérique du Nord. L'évolutionnisme unilinéaire inspire encore largement l'enseignement du Droit en France : on le montrera en étudiant les présentations traditionnelles d'institutions telles que la famille, le contrat, la propriété et la vengeance. Enfin, nous constaterons qu'il trouve une de ses manifestations les plus pernicieuses dans certaines idéologies du développement, longtemps partagées par les États industrialisés et ceux issus de la décolonisation.

[p. 15] **1. Évolutionnisme unilinéaire et néo-évolutionnisme.** L'évolutionnisme unilinéaire considère les sociétés humaines comme un ensemble cohérent unitaire, soumis à des lois de transformation globales et générales, qui font passer toutes les sociétés par des phases identiques dans leur contenu et leur succession, s'emboîtant les unes dans les autres. Les sociétés « sauvages », dès lors qualifiées de « primitives », représenteraient un stade de développement originel par lequel sont passées nos propres sociétés, de même que les plus « simples » de ces sociétés primitives – les chasseurs-pêcheurs-collecteurs – seraient une image des sociétés préhistoriques. Tout changement, même s'il vise à une adaptation à des circonstances nouvelles, n'est pas une évolution. La théorie postule que celle-ci ne peut se traduire que par une *complexification* de l'institution analysée : il doit y avoir passage progressif, par le biais de processus de différenciations et d'intégrations, d'un état d'homogénéité à un état d'hétérogénéité. Cette présentation favorise évidemment les sociétés modernes, plus divisées que les traditionnelles, et les situe au bout de la flèche de l'évolution. La traduction juridique de l'évolutionnisme unilinéaire consiste en un certain nombre de postulats. Sur le plan politique, l'évolution dirigerait les systèmes non centralisés vers des formes de pouvoir de plus en plus spécifiées et étatisées. Sur le plan juridique, elle conduirait à dégager le Droit de la morale et de la religion (on a beaucoup écrit qu'une des causes du succès du Droit romain réside dans sa laïcisation précoce) ; à transférer progressivement sa genèse du groupe social (coutume) à l'État (loi) ; et à l'émergence d'un appareil spécialisé de sanction à partir de formes « primitives » où les conflits sont réglés par les parties elles-mêmes (vengeance), alors que dans les sociétés civilisées, leur solution dépend de l'intervention toujours plus déterminante d'un tiers (médiateur, conciliateur, arbitre, juge) dont les [p. 16] pouvoirs croissent de pair avec sa qualité de représentant de la société.

Cet évolutionnisme est né au XVIII^e siècle, qui voit la rupture de la conception cyclique du temps. Vico (1668-1774) la remet le premier en cause. Ferguson (*History of Civil Society*, 1767) perfectionne sa pensée en établissant une succession entre trois états (sauvagerie, barbarie, civilisation) qui connaîtra, un grand succès, et sera reprise par L. Morgan au siècle suivant et, au XX^e siècle, par A. S. Diamond (*Primitive Law*, 1935). L'évolutionnisme du XVIII^e siècle, imprégné du parfum du mythe du Bon Sauvage, n'est pas systématiquement défavorable aux « primitifs » : ils apparaissent souvent comme les témoins de paradis perdus, et des images de ce que nous fûmes. Ainsi, en 1760, Condillac écrit-il dans *La langue des calculs* : « Nous qui nous croyons instruits, nous aurions besoin d'aller chez les peuples les plus ignorants, pour apprendre d'eux le commencement de nos découvertes : car c'est surtout ce commencement dont nous aurions besoin ; nous l'ignorons parce qu'il y a longtemps que nous ne sommes plus les disciples de la nature. » Certains philosophes sont cependant moins enthousiastes. Helvetius fait remarquer que : « On n'a point observé que les peuples les plus ignorants fussent les plus heureux, les plus doux et les plus vertueux. » Le bon Voltaire lui-même écrit : « La race des Nègres est une espèce d'hommes différente de la nôtre, comme la race des épagneuls l'est des lévriers

[...] C'est par là que les Nègres sont les esclaves des autres hommes. » Il fut d'ailleurs actionnaire dans une des sociétés participant au « commerce triangulaire ».

De toute façon, pour les Lumières, l'état de civilisation est préférable à celui de la sauvagerie. D'ailleurs la déclaration des droits de l'homme de 1789 est d'un universalisme... limité à l'homme européen, et à son prolongement d'origine anglaise en Amérique du [p. 17] Nord¹. Le XIX^e siècle, marqué par la seconde grande vague des colonisations occidentales, durcira les préceptes évolutionnistes. Les primitifs, souvent qualifiés d'« arriérés », doivent être civilisés, pour leur bien, et afin de leur épargner les lenteurs de l'évolution.

L'anthropologie juridique naissante n'échappera pas à l'évolutionnisme unilinéaire. H. Sumner-Maine voit dans les civilisations orientales une image du passé de l'Occident. H. E. Post (*Ethnologische Jurisprudenz*, 1893) entreprend d'étudier *toutes* les institutions juridiques de *toutes* les sociétés connues. Les auteurs italiens (G. d'Aguanno, l'équipe de la *Rivista italiana di sociologia*, le romaniste P. Bonfante, G. Mazzarella) sont eux aussi très sensibles à l'évolutionnisme : ils s'efforcent de parvenir à une meilleure connaissance de l'ancien Droit romain en utilisant les données fournies par les ethnographes des sociétés traditionnelles, également sollicitées pour tenter de décrire l'apparition du Droit à l'époque préhistorique. En France, il faut surtout citer le nom de Durkheim. Dans *De la division du travail social* (1893), il cherche à comprendre comment les sociétés passent de la primitivité à la modernité. À la solidarité mécanique des sociétés primitives correspondrait un Droit essentiellement *répressif* : toute atteinte statutaire (aux rangs des chefs et prêtres, adultes, hommes et femmes, non-adultes, etc.) est vécue comme un défi à la société tout entière, et entraîne une réaction pénale. Au contraire, à la solidarité organique des sociétés modernes correspondrait un Droit principalement *restitutif* : la société étant divisée, ses membres privilégient leur appartenance au groupe auquel ils sont rattachés par rapport à leurs liens avec la société globale ; la violation des normes [p. 18] juridiques n'est plus celle de l'ordre social tout entier ; le Droit pénal se développe moins vite que les autres branches du Droit (Droit civil et Droit commercial), qui naissent avec ce type de sociétés.

Bien qu'il ait pu servir à justifier le colonialisme, l'évolutionnisme unilinéaire ne manque pas de grandeur. J.-J. Bachofen pouvait s'exclamer : « Au lieu du chaos nous apercevons le système ; au lieu de l'arbitraire, nous reconnaissons la nécessité. » Mais les auteurs travaillaient sans jamais aller sur le terrain : ils y disposaient d'informateurs et, surtout, se servaient de documents d'archives (récits de voyageurs, de missionnaires, rapports des autorités coloniales, etc.) qui reflétaient souvent moins la réalité autochtone que les préjugés de ses observateurs. Dès la fin du XIX^e siècle, s'élèvent les premières critiques. F. Boas

¹ Cf. N. Rouland, La tradition juridique africaine et la réception des déclarations occidentales des droits de l'homme, Actes du Colloque international de Dakar La *Révolution française de 1789 et l'Afrique*, 23-29 avril 1989.

(1858-1942), spécialiste des Inuit et Indiens d'Amérique du Nord, dénonce les « anthropologues de fauteuil » et les lacunes de leurs grandes fresques historiques, leur préférant des monographies réalisées à partir de l'observation concrète des sociétés. Il s'inscrit en faux contre l'universalisme évolutionniste : les sociétés sont plus marquées par la diversité que les similitudes. Quelques décennies plus tard, R. Thurnwald (*Die menschliche Gesellschaft in ihren ethno-soziologischen Grundlagen, 1931-1934*) se situe lui aussi à contre-courant de Post : les différences entre sociétés traditionnelles et modernes sont telles qu'une théorie commune de leurs Droits paraît difficile. Partant de considérations différentes, l'école *diffusionniste* aboutit également à la critique de l'évolutionnisme unilinéaire. Dès 1911, Graebner met l'accent sur les phénomènes de contacts provenant de l'entrecroisement de grands cercles culturels (*Kulturkreisen*) dont l'aire d'application voit ses limites se modifier (d'où le nom de diffusionnisme). Les grandes cultures, nées dans un lieu géographique précis, étendent ainsi leurs influences au gré de proces-[p. 19] sus dont l'histoire n'est pas absente, mais qui ne présentent pas la rigidité et la régularité de l'évolutionnisme unilinéaire. Graebner sera quelques années plus tard suivi par des juristes de la *Zeitschrift*¹, M. Schmidt (1918) et surtout Trimborn (1927). Ces divers auteurs concordent donc sur un certain nombre de points : rejet de lois universelles de l'Histoire s'appliquant au développement juridique ; accent mis sur la diversité des systèmes juridiques plus que sur leur unité ; insistance, au niveau méthodologique, sur la constitution de monographies rigoureuses plutôt que sur de grandes synthèses.

Comme nous le verrons plus loin², l'évolutionnisme unilinéaire ne survécut à ces attaques que chez les juristes, qui se sont tenus relativement à l'écart de l'évolution des sciences sociales. Dans les années quarante, le néo-évolutionnisme, surtout développé en Amérique du Nord, a pris en compte les critiques adressées à l'évolutionnisme. En 1943, L. A. White puis, plus tard, Steward, mettent l'accent sur le concept d'évolution *multilinéaire*. Ces auteurs pensent qu'il existe bien des régularités dans le changement culturel de sociétés très diverses dans le temps et l'espace. Mais ces régularités s'inscrivent dans des processus plus souples et plus complexes que ne le croyaient les auteurs unilinéaires. Chaque société change à son propre rythme ; elle fait évoluer les divers éléments de son système culturel – dont le Droit – à des degrés différents, et suivant des rythmes divers. Sur le plan juridique, un des meilleurs représentants de ce courant est E. Adamson-Hoebel qui, dans un classique de l'anthropologie juridique (*The Law of Primitive Man*, 1954) développe sa conception du *Trend of Law*, le sens général de l'évolution du Droit. Il y a bien, globalement, transition [p. 20] du simple au complexe, même si ce passage s'effectue de façon non uniforme, suivant des itinéraires divers. Toute société n'a pas nécessairement à traverser tous les stades d'évolution, des intervalles régressifs peuvent être insérés dans la marche vers la complexification. Mais le sens général de l'évolution se place sous

¹ Cf. *supra*, p. 10.

² Cf. *infra*, p. 21.

le signe de l'accroissement des normes juridiques et des procédures contentieuses de règlement des conflits, sans que pour autant les sociétés de droit minimal puissent être qualifiées d'inférieures aux autres. Plus homogènes et connaissant surtout des relations de face à face, la plupart des sociétés de chasseurs-cueilleurs semblent avoir peu de Droit. L'inflation juridique ne commencerait qu'avec la sédentarisation néolithique (il y a environ huit mille ans), et s'accélélerait avec l'invention de l'écriture. Plus divisées et hétérogènes, de densité démographique supérieure, ces sociétés recourraient plus volontiers au Droit : les normes se font plus explicites et plus nombreuses ; leur interprétation (surtout à partir du moment où elles sont écrites) devient le fait de spécialistes (ceux qui connaissent les mythes et les coutumes : les premiers juristes) ; leur sanction passe de la parenté à la société et à ses représentants, le Droit public apparaît.

On rapprochera des néo-évolutionnistes le politologue français J. W. Lapierre, pour qui l'apparition de l'État s'insère dans un schéma évolutif, qui n'est pas partout le même, mais obéit à un facteur déterminant¹. Les sociétés dont le pouvoir politique s'est différencié au point d'aboutir à une organisation de type étatique sont celles qui, confrontées pour des causes externes ou internes à la nécessité du changement, ont su s'y adapter en se donnant cette forme étatique. Celles qui, ainsi sollicitées, ont échoué dans la conduite de ce processus, ont disparu. L'État représenterait donc un pro-[p. 21] cessus évolutif d'adaptation au changement, de nature plutôt bénéfique. Les théories néo-évolutionnistes, pourtant scientifiquement beaucoup plus satisfaisantes, ne paraissent guère connues des juristes français. En revanche, parfois sans même le savoir, ceux-ci se rattachent souvent à l'évolutionnisme unilinéaire, comme nous allons le voir.

2. L'influence de l'évolutionnisme unilinéaire sur la doctrine juridique française. – Elle apparaît très nettement dans les présentations historiques qui sont faites d'institutions telles que la famille, le contrat, la propriété et la vengeance.

A) *Famille large et famille nucléaire.* – La thèse communément admise par les juristes est que l'évolution a conduit les sociétés humaines de la famille large (englobant toutes les personnes descendant d'un auteur commun, unies par un lien de parenté et par la communauté de sang dans les limites fixées par le Droit, et comprenant les collatéraux et cousins éloignés, et certains alliés) à la famille nucléaire (limitée aux époux et à leurs descendants, voire à leurs enfants mineurs). Cette théorie est calquée sur l'évolutionnisme unilinéaire. Les ethnologues du XIX^e siècle portaient du postulat que les sociétés civilisées ne pouvaient être que très différentes de celles des « primitifs ». Les premières étant marquées par la prédominance de la famille nucléaire et le mariage monogamique, il fallait que

¹ Cf. J. W. Lapierre, *Vivre sans État ?*, Paris, Le Seuil, 1977.

des traits opposés caractérisent les secondes. On imagina donc des stades originels tels que la « promiscuité primitive » et le « mariage par groupe ». Les recherches sur le terrain s'intensifiant, on s'aperçut du caractère artificiel de ces oppositions : bien des sociétés parmi les plus élémentaires (Andaman, Nambikwara, Bushmen, etc.) avaient pour structure la plus stable la famille conjugale, souvent même monogamique. On tendit alors à affirmer que la [p. 22] famille conjugale était un phénomène universel. Ici encore, une observation plus fine montre que si cette position est en grande partie avérée, il convient de remarquer que dans certains cas extrêmes (Nayar de la côte du Malabar ; société nazie, marquée par une hyperdivision sexuelle du travail, qui aurait pu déboucher sur l'élimination de la cellule familiale ; expériences de vie collective de la Chine maoïste), la famille conjugale telle que nous la concevons semble quasiment universelle (les exemples cités concernent aussi bien des sociétés modernes que traditionnelles ...). Par ailleurs, celle-ci affirme son existence avec plus ou moins de force : elle est très vigoureuse dans certaines sociétés, alors que d'autres restreignent son rôle (Masai, Chagga, Bororo, Muria). Là où l'évolutionnisme voyait la succession d'un type familial à un autre, il convient plutôt de constater que les sociétés traditionnelles connaissent elles aussi des formes de regroupement familial que les modernes ont choisi de développer de préférence à d'autres, sans s'interdire des expériences en sens contraire (dans les années soixante-dix, l'émergence des communautés néo-rurales nées des idéologies de Mai soixante-huit traduisent, à leur manière, un désir d'effacement de la famille nucléaire).

Il existe cependant un certain nombre d'invariants propres à la plupart des sociétés. La famille est issue du mariage, union définitive ou temporaire, socialement et juridiquement reconnue entre deux individus et les groupes auxquels ils appartiennent, soumise à la prohibition de l'inceste (certains parents sont interdits, des mariages préférentiels peuvent être prescrits) qui permet aux différents groupes sociaux de communiquer entre eux par l'échange de conjoints. Pratiquement toutes les sociétés distinguent en effet le mariage de l'union de fait, et valorisent le premier état. En général, le mariage a une fonction procréative (également présente dans nos sociétés). D'autre part, la famille inclut, au minimum, le [p. 23] mari, l'épouse et leurs enfants mineurs, auxquels sont éventuellement agrégés d'autres parents ; de plus, les membres de la famille forment un ensemble dont la cohérence repose sur des liens juridiques, économiques, affectifs et sexuels. À partir de ces invariants, la famille – nucléaire ou large – peut revêtir de multiples formes, signe le plus évident de l'importance que lui attribuent toutes les sociétés.

B) *Contrat et statut*. – On peut définir le statut juridique comme la position conférée par un système juridique à un individu à partir de critères tels que la naissance, le sexe, la profession ou l'origine sociale, et fixant ses droits et ses devoirs vis-à-vis des autres individus et des groupes sociaux dont est composée la société. Le contrat est quant à lui défini par l'article 1101 C. civil : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou

plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. » Pour les auteurs évolutionnistes (notamment H. Sumner-Maine), l'évolution se traduit par le passage du statut au contrat, caractéristique des sociétés modernes, alors que dans les sociétés traditionnelles, ce ne serait pas l'accord des volontés individuelles mais le statut d'une personne au sein de la société qui engendrerait ses obligations, privilèges et responsabilités. À l'immobilisme primitif répondrait ainsi la mobilité moderne. Ici encore, la confrontation opérée au XX^e siècle entre ces théories et les données ethnographiques devait amener à d'importantes révisions. R. Redfield (1950) et E. Adamson-Hoebel (1964) font observer que relations statutaires et contractuelles ne sont pas exclusives les unes des autres : toute société est à la fois contractuelle et statutaire, mais à des degrés différents. La prédominance d'une catégorie de liens sur l'autre n'est pas principalement déterminée, comme le prétend l'évolutionnisme unilinéaire, par la succession diachronique.

[p. 24]

L'histoire de notre siècle le montre bien : souvent des régimes autoritaires ou totalitaires ont *succédé* à des régimes démocratiques, ordonnant les droits et devoirs des individus principalement par rapport à leur statut de classe ou de race. Moins qu'une « loi de l'histoire », c'est le choix d'un projet de société qui détermine la prééminence de relations de type contractuel ou statutaire. Les premières seront valorisées dans les sociétés libérales, où le Droit a tendance à privilégier l'individu par rapport aux groupes. Les secondes prédomineront dans deux types de sociétés. Tout d'abord celles de type communautariste (c'est le cas de nombreuses sociétés traditionnelles, notamment négro-africaines) ; ensuite celles de type collectiviste (dictatures modernes). Cependant, même dans les sociétés traditionnelles les relations contractuelles existent toujours à un certain degré. De façon très générale, on peut dire que ces relations sont d'autant plus fréquentes que les individus qu'elles unissent appartiennent à des groupes différents. Elles peuvent aussi intervenir entre des individus appartenant à un même groupe et unis par une communauté de vie. Dans ce cas elles portent le plus souvent sur un secteur particulièrement sensible de leurs relations et potentiellement conflictuel : le contrat, en fixant précisément droits et obligations et en prévoyant leurs sanctions, vise à prévenir le conflit et à maintenir l'harmonie sociale. Dans les sociétés communautaristes, on observera que la liberté contractuelle connaît des limites assez fermes : les individus sont subordonnés aux groupes auxquels ils appartiennent ; plus une chose est considérée comme essentielle à la vie du groupe, moins les individus disposent de droits sur elle.

C) *Propriété et communautarisme*. – Les juristes étudiant la propriété l'ont souvent fait dans une optique évolutionniste unilinéaire : « Il semble que, chez tous les peuples, la propriété ait été collective à l'origine : [p. 25] les biens appartiennent au clan, à la tribu. La propriété, droit individuel, a dû apparaître d'abord quant aux objets mobiliers : vêtements, puis instruments de travail. Les immeubles consacrés au logement furent assez rapidement l'objet d'une appropriation, au moins familiale. Mais la terre demeura longtemps propriété du

clan. Elle fut, à l'origine, cultivée en commun pour le compte de tous. Puis la culture et la jouissance devinrent l'objet d'une division temporaire entre les familles ; chacune se vit attribuer une parcelle qu'elle devait cultiver pour sa subsistance ; la propriété restant commune, l'attribution variait chaque année ; peu à peu l'usage s'établit de ne pas modifier la répartition pendant un certain laps de temps [...]. Enfin, l'attribution de jouissance devint perpétuelle. Ainsi, la propriété elle-même des fonds se trouva divisée entre les familles, plus tard entre les individus ; la propriété familiale était, d'ailleurs, parfois propriété individuelle : lorsqu'un chef de famille avait seul la propriété des biens du groupe. Propriété collective du clan, propriété familiale, propriété individuelle. Telles furent les étapes. »¹ Cette présentation possède un corollaire : celui qui oppose la conception civiliste originelle du droit de propriété, conçu comme imprescriptible, absolu, exclusif et perpétuel au droit foncier coutumier « archaïque », qui considérerait la terre comme un bien immeuble sur lequel pèserait un droit collectif de propriété, la rendant inaliénable, et qualifiant les droits fonciers de temporaires, limités et relatifs.

De telles théories appellent plusieurs critiques².

D'une part, outre son caractère arbitraire, cette reconstitution « historique » interprète en termes de suc-[p. 26] cession chronologique des niveaux juridiques en réalité synchroniques. Il n'y a pas substitution progressive des droits de l'individu à ceux du groupe, mais, dès l'époque à laquelle remontent nos premières observations, coexistence entre ces droits. En Afrique noire, les terres sont possédées et contrôlées par des groupes (lignages, villages, etc.) représentés par leurs aînés ou leurs conseils, mais les individus y ont accès et peuvent les utiliser, suivant des modalités diverses (qui rappellent la saisine médiévale), et dépendent de leur situation dans les groupes en question. Au qualificatif de collectif il faut préférer celui de *communautaire* : les droits des individus existent, mais sont modulés par ceux des groupes. Si les droits fonciers sont effectivement temporaires, limités et relatifs, c'est donc ailleurs que dans le caractère collectif de la propriété qu'il faut chercher la cause de ces caractères. Ils trouvent en réalité leur fondement dans le fait que la reconnaissance du droit sur la terre est fonction de la mise en production et n'existe que tant que dure la mise en valeur. Lorsqu'un droit d'exploitation n'est pas exercé pendant un certain délai, il échappe à son titulaire.

D'autre part, il faut nuancer l'appréciation caractérisant d'*inaliénable* la propriété foncière traditionnelle. Il est vrai que la sacralité de la terre, maintes fois attestée par les sociétés traditionnelles (un proverbe Agni affirme : « Ce n'est pas l'homme qui possède la terre mais la terre qui possède l'homme ») est un des freins les plus efficaces à sa trop grande mobilité. Celle-ci n'est cependant pas nulle. Comme l'ont montré les études de R. Verdier, on doit distinguer selon que

¹ H., L., J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, Paris, Montchrestien, 1966, 1060.

² Cf. N. Rouland, pour une lecture anthropologique et interculturelle des systèmes fonciers, *Droits*, 1 (1985), 73-90, où nous exposons de façon plus détaillée la théorie d'E. Le Roy.

l'opération de transfert ou de mise en gage de la terre est externe ou interne au groupe. À l'extérieur du groupe (exo-aliénation) s'applique le principe d'exo-intransmissibilité : on peut prêter ou louer la terre à des étrangers au lignage, mais non la céder à titre définitif. À l'in-[p. 27] térieur du groupe (endo-aliénation), la circulation de la terre est à l'inverse possible.

D) *vengeance et peine*. – S'ils s'accordent à voir dans la peine la réaction du corps social tout entier (en général représenté par une autorité à caractère étatique) dirigée contre l'auteur d'une infraction, les juristes présentent en général la vengeance comme une réaction de violence immédiate (et souvent démesurée) à une infraction, émanant d'un individu ou d'un groupe particulier, préjudiciable à l'ordre social, alors que la peine aurait un effet régulateur bénéfique pour ce dernier. Dans la première moitié du XX^e siècle, plusieurs juristes européens (français : Fliniaux, G. Vidal, H. Donnedieu de Vabres, H. Decugis, R. Charles ; anglais : R. R. Cherry, G. W. Kirchner) imaginent un schéma évolutionniste encore largement admis de nos jours par les pénalistes. Les sociétés a-étatiques recourent à la réaction primitive de la vengeance sans frein ; à un stade supérieur marqué par l'apparition du législateur et d'un système judiciaire naît la règle du talion, première limitation de la vengeance ; dans une troisième phase, le talion devient rachetable par le versement de compositions volontaires, puis légales ; enfin, dans les sociétés les plus civilisées, l'État se charge à titre exclusif de la répression et met en œuvre le système des peines publiques, prononcées et exécutées au nom de la société. Ainsi la vengeance posséderait deux caractères, négatifs : sauvagerie et archaïsme. Des études récentes, dirigées par R. Verdier¹ remettent totalement en cause ce schéma.

D'une part, la vengeance dans les sociétés traditionnelles obéit à une réglementation minutieuse. Tout [p. 28] d'abord, un principe quasiment universel, *la règle de distance sociale*, limite globalement le recours à la vengeance. Celle-ci ne peut s'exercer entre membres d'un même groupe, afin d'éviter l'effondrement sur elles-mêmes de ces unités constitutives de la société. Les conflits sont alors réglés de façon pacifique : combats rituels, sacrifices, conciliation, etc. En revanche, elle peut servir à vider des querelles intervenant entre des groupes distincts, mais elle doit s'exercer suivant des procédures précises visant à éviter tout débordement : les temps et lieux de la vengeance sont limités, il existe un ordre des vengeurs et de ceux contre lesquels la vengeance est susceptible d'être dirigée, qui tient en général compte à la fois des niveaux sociaux et des degrés de parenté propres aux protagonistes.

D'autre part, les données ethnographiques et historiques convergent pour montrer que vengeance, composition et peines publiques ne se succèdent pas chronologiquement, mais existent *simultanément* dans nombre de sociétés

¹ Cf. *La Vengeance*, dir. R. Verdier, 4 t., Paris, Cujas, 1981-1984. Pour le Droit romain, cf. notamment : Y. Thomas, *Se venger au Forum*, *Ibid.*, t. 3, 65-100.

traditionnelles : ces modes de règlement des conflits sont propres à certaines catégories d'infractions (dont le contenu peu varier suivant les sociétés), échelonnées suivant leur degré de gravité. Ainsi les sociétés Inuit pratiquaient-elles les combats rituels, la vengeance, mais connaissaient également fort bien la peine (bannissement ou peine capitale, appliqués aux sorciers et aux meurtriers récidivistes)¹. À Rome, jusqu'à la fin du II^e siècle av. J.-C., le *crimen* ne désigne que les atteintes à la souveraineté de la Cité. Le meurtre volontaire échappe longtemps aux poursuites publiques. Durant toute la période républicaine, le Droit pénal ignore le viol, le rapt et l'adultère. Le système pénal ne s'affermira qu'avec la centralisation [p. 29] étatique impériale, avant que la vengeance ne revienne en force dans l'Antiquité tardive.

On ne niera pas que le sens global de l'évolution paraisse résider dans l'effacement progressif du système vindicatoire au profit de la peine. Mais la peine, pas plus que le contrat ou la famille conjugale, ne peut être envisagée comme le critère distinctif de la civilisation : les sociétés traditionnelles la connaissent fort bien. On est donc fondé à se demander si la présentation classique de la séquence conduisant de la vengeance (archaïque) à la peine (civilisée) ne procède pas en réalité d'une *vision moderne, postérieure à l'instauration de l'État*, lui servant à légitimer son monopole de la contrainte et de la sanction.

Les exemples jusqu'ici cités inclinent à penser qu'un critère se révèle particulièrement utile : celui qui consiste à voir comme source de leurs différences les relations structurelles existant entre groupes et individus. Quand ces relations sont internes (les individus qu'elles unissent appartiennent au même groupe), un certain nombre de règles visent à préserver la cohérence et la permanence de ce groupe : la prohibition de l'inceste évite l'effondrement sur eux-mêmes des groupes familiaux qui résulterait d'une trop forte endogamie ; l'exo-intransmissibilité de la terre lignagère assure aux lignages une pérennité matérielle et leur permet la poursuite de la vie communautaire ; le statut a tendance à l'emporter sur le contrat ; la mise en œuvre de la vengeance est interdite. À l'inverse, quand les relations sont externes au groupe (les individus qu'elles unissent n'appartiennent pas au même groupe), ces impératifs se desserrent. L'objectif fondamental de valorisation des groupes reste le même, mais les règles servant sa mise en œuvre s'exercent dans des sens à la fois différents et complémentaires. D'une part, certaines règles satisfont à l'impératif de préservation de l'identité des groupes : [p. 30] l'exo-aliénation foncière est la plupart du temps impossible (sauf à faire valider le transfert par les responsables des lignages et à l'assortir d'une clause de rétrocession) ; la mise en œuvre de la vengeance devient possible et parfois obligatoire. D'autres règles satisfont à la nécessité d'établissement de relations entre les groupes : échanges de conjoints impliqués par les mariages préférentiels (plus fréquents dans les sociétés

¹ Cf. N. Rouland, Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit, *Études Inuit*, numéro spécial, vol. 3 (1979), 170 p.

traditionnelles que dans les modernes, où la liberté de choix est *juridiquement* totale, mais pas sociologiquement, en raison de la loi d'homogamie socio-économique) ; établissements de liens contractuels entre les individus appartenant à des groupes différents.

L'évolutionnisme unilinéaire, si longtemps prisé par les juristes, pèche donc par le simplisme de ses analyses. Il situe dans la durée une diversité des institutions juridiques qui est en fait beaucoup plus dépendante de leur localisation dans la structure sociologique des sociétés considérées. L'histoire n'est pas pour autant immobile. Elle influe sur cette structuration sociologique et sur la vision que les sociétés se forment d'elles-mêmes. À partir de là, suivant les lieux et les époques, certaines institutions juridiques seront effectivement préférées à d'autres. Mais ces processus n'enlèvent rien au fait que les sociétés traditionnelles ne sont nullement primitives, archaïques ou infantiles : bien avant les sociétés modernes, elles avaient déjà inventé la famille conjugale, le contrat et la peine, en usant de façon alternative avec la famille large, le statut et la vengeance. La capacité de réflexion dont témoigne la diversité de ces choix en fait, tout autant que les nôtres, des sociétés civilisées.

Malgré ces constats, l'évolutionnisme marque encore, de nos jours, les relations entre les pays industrialisés et ceux du Tiers Monde. Nous allons le constater en étudiant brièvement l'idéologie du déve-[p. 31] loppement *transféré* (c'est-à-dire calqué sur les modes de développement occidentaux, libéraux ou socialistes).

E) *Évolutionnisme et développement transféré.*

Les dons font les esclaves comme les
fouets font les chiens.

Proverbe Inuit.

Le développement est en général pensé comme élément de la science économique¹. Nous pensons qu'en réalité son étude ressortit davantage à l'histoire des idées culturelles et politiques, et possède d'importantes conséquences juridiques. Loin de se réduire à un niveau « objectif » d'intensification des forces productives, le développement est largement une qualification issue de la culture occidentale. Quel est le sens de la notion de sous-développement, version plus ou moins camouflée de la vieille opposition évolutionniste entre sociétés primitives et civilisées ?

¹ S. Latouche, *Faut-il refuser le développement ?* Paris, PUF, 1986 du même auteur, *L'occidentalisation du monde*, Paris, La Découverte, 1989 *Alternatives au développement*, dir. R. Vachon, Montréal, 1988. On lira aussi : S. Brunel, *Tiers Monde : controverses et réalités*, Paris, Economica, 1987, 84100, qui, contre les lieux communs généralement admis, montre bien que religions et structures sociales traditionnelles ne sont pas nécessairement les causes du sous-développement, même envisagé de façon strictement économique.

Observons tout d'abord que ce constat d'infériorité est essentiellement dressé à l'aide d'étalons de mesure de la production matérielle (PNB). Or le découplage – propre à la pensée occidentale moderne – entre l'économie et la culture intellectuelle aboutissant à autonomiser la première *n'est rien d'autre qu'un choix culturel*. Si d'autres indicateurs étaient choisis (taux de suicide, consommation d'anxiolitiques, degré de ce que nous nommons le « stress »), d'autres relations de sens envisagées (sentiment du sacré, relations avec la nature [p. 32] et le cosmos, représentations de la mort et de l'au-delà) ou d'autres secteurs de la pensée évalués (l'Einstein des systèmes de parenté fut probablement un Aborigène), les derniers deviendraient sans doute les premiers sur l'échelle du développement. On doit cependant se garder des oppositions simplistes : les sociétés anciennes ou traditionnelles n'ont pas toutes choisi la « croissance zéro ». La transition néolithique représente certainement à cet égard un passage décisif. Il y a environ dix mille ans, un mouvement historique commence à se généraliser : des innovations techniques font naître une nouvelle structure économique, caractérisée par une récolte massive de ressources saisonnières et leur stockage intensif. À peu près à la même époque, des chasseurs-cueilleurs « stockeurs » (sociétés indiennes de la côte ouest d'Amérique du Nord) apparaissent, tandis que d'autres sociétés entreprennent de cultiver le sol. Intensification de la chasse et de la cueillette et agriculture paraissent donc comme les deux versions quasiment simultanées d'un même mouvement ¹. C'est à partir de la Mésopotamie et dans le monde indo-européen, lieux de naissance de la civilisation occidentale, que le système a été porté jusqu'à ses plus extrêmes conséquences, que nous vivons aujourd'hui. Ce n'est pas un hasard si nous constatons que dans ces régions l'intensification des activités productives agricoles que permet l'invention de l'araire (vers 3000 av. J.-C. au Proche-Orient) va de pair avec l'invention de l'écriture (« premier et principal instrument de l'asservissement des hommes », selon C. Lévi-Strauss et, en tout cas, technique favorisant l'autonomisation du Droit et la constitution d'un groupe de spécialistes de son interprétation), et précède la pré-[p 33] mière codification que nous connaissons, due au souverain Dumérien Ur-Nammu (vers 2080, reposant en fait sur des modèles plus anciens). Le processus s'accélère après la fin du Moyen Âge. Newton et Descartes attribuent à l'homme la mission de dominer la nature, et donnent comme principal instrument à ce projet la raison calculatrice. Bénéficiant d'une supériorité militaire et technologique, l'Occident se lance dans l'aventure coloniale. Dès lors, à un projet d'imposition universelle de la domination occidentale correspond la prétention à l'universalisme de ses valeurs. Le XIX^e siècle va encore plus loin : grâce à l'évolutionnisme, la conception linéaire et cumulative du temps s'impose ; l'idée d'un sous-développement inhérent à une infériorité ethnique qu'utilisera le racisme se fait jour (elle est loin d'avoir disparu à l'heure actuelle : les Sud-Africains ne qualifient-ils pas les Japonais de « Blancs d'honneur » ?). Signe des temps, c'est au XIX^e que le terme de développement change de sens : auparavant

¹ Cf. le bon résumé donné par : A. Testard, Les chasseurs-cueilleurs entre la Préhistoire et l'Ethnologie, *Dossiers Histoire et Archéologie*, 115 (avril 1987), 8-17.

synonyme de clarification, il s'identifie alors à la notion de progrès, chère à l'évolutionnisme. On retrouve ce terme sous la plume du gouverneur Roume qui, en 1905, prescrit aux juges de rassembler les données qui serviront de base à la rédaction de coutumiers en Afrique noire : « Notre ferme intention de respecter les coutumes ne saurait nous créer l'obligation de les soustraire à l'action du progrès, d'empêcher leur régulation ou leur amélioration. » Car *l'idéologie du développement existe aussi sur le plan juridique* : elle aboutit d'abord au rapprochement avec les techniques juridiques occidentales, puis à leur copie. Ce processus de mimétisme culminera après les indépendances, dans les années soixante-dix. Loin de s'inspirer des coutumes traditionnelles, les nouveaux États imiteront les constitutions occidentales, et recourront aux codifications, symboles du développement juridique, avec d'autant plus de célérité que les conseils des experts occidentaux [p. 34] allaient en ce sens. Ainsi, dès 1962, le comparatiste R. David écrivait-il que le nouveau Code civil de l'Éthiopie devait être « ... conçu comme un instrument politique destiné à désigner dans certaines voies le développement du pays [...]. Cette coutume [le droit traditionnel] ne méritait pas le respect ; elle est la cause du sous-développement sous toutes ses formes ». Les échecs de l'industrialisation (les complexes industriels implantés dans le Tiers Monde ne tournent souvent au mieux qu'à 50% de leur capacité de production) et de l'urbanisation (source de déculturation, et de paupérisation criminogène pour une partie importante de la population) conçues à l'occidentale dans un milieu culturel et économique différent suffiraient à prouver les impasses auxquelles conduit le mimétisme. Ce dernier ne fut pas plus efficace dans le domaine juridique. Les codifications devinrent très souvent des instruments de sous-développement juridique, dans la mesure où elles creusèrent un fossé entre le droit officiel occidental (appliqué par une élite urbanisée) et les droits officieux, d'inspiration traditionnelle, que continua à pratiquer la majorité de la population. Un tel résultat apparaît plus comme une régression qu'un progrès. Certains signes, aussi bien en Occident que dans le Tiers Monde, semblent cependant montrer que l'évolutionnisme a atteint ses limites. Les succès des mouvements écologistes, la vogue des médecines « douces », la recherche du spirituel, la montée du mouvement associatif (on se souvient du slogan : *Small is beautiful*, les critiques plus nombreuses du développement transféré traduisent la réinsertion de l'économie dans le culturel et l'abandon des seuls critères économiques pour juger du bonheur des nations. Dans le Tiers Monde, les années quatre-vingt ont vu se développer certaines expériences d'authenticité juridique, tandis que le rythme des codifications se ralentissait. Aux solutions calquées sur les droits [p. 35] occidentaux, les législateurs africains (notamment dans le Code zaïrois de la famille, entré en application en 1988) en préférèrent d'autres, qui s'inspirent du droit traditionnel (maintien de la dot comme condition du mariage, accompagné d'une limitation de son montant pour éviter les abus).

L'idéologie du développement transféré est donc une séquelle de l'évolutionnisme unilinéaire. Après le premier conflit mondial, la théorie fonctionnaliste l'avait déjà vivement critiquée.

III. – Le fonctionnalisme

[Retour à la table des matières](#)

A) *Les ruptures fonctionnalistes.* – B. Malinowski (1884-1942) est le premier anthropologue à effectuer de longs séjours sur le terrain (en Mélanésie). Cette pratique du terrain fait depuis figure d'étape obligatoire dans la formation de tout anthropologue. Les grandes synthèses évolutionnistes du passé devinrent peu à peu obsolètes, au fur et à mesure que s'accumulèrent les données ethnographiques contenues dans les monographies réalisées par les chercheurs sur les terrains coloniaux. Mais B. Malinowski est aussi l'auteur d'une théorie, le fonctionnalisme, qui marque une forte réaction contre les explications de type historique. Il reproche aux évolutionnistes de se tromper sur la notion de cause : la cause de l'état présent d'une société ne réside pas dans son stade de développement antérieur, mais dans l'agencement interne des différents éléments qui constituent son système social, et qui accomplissent différentes sortes de *fonctions*, répondant à la satisfaction de besoins qui sont fondamentalement les mêmes dans toute société. Deux aspects de son œuvre sont particulièrement importants pour la réflexion juridique¹. D'une part, son insistance sur la nécessité du terrain rapproche le Droit de la réalité : celui-ci ne consiste pas seulement dans des normes abstraites, mais aussi dans des phénomènes concrets, saisissables par l'observation directe. D'autre part, sa conception de la société comme celle d'un système culturel dont toutes les parties sont reliées entre elles le pousse à affirmer la dépendance du Droit vis-à-vis d'autres données, biologiques ou culturelles (mais il risque ainsi de confondre le Droit avec ce qui l'engendre). Son influence sur l'anthropologie juridique moderne demeure capitale : l'analyse processuelle, longtemps opposée à la normative, découle directement de ses conceptions juridiques.

B) *Analyses processuelle et normative en anthropologie juridique.* – Choisie par certains anthropologues et sociologues (Radcliffe-Brown, Roscoe-Pound), et correspondant surtout à la conception du Droit dominante chez les juristes, l'analyse normative découle d'un paradigme : le Droit consiste essentiellement en un certain nombre de normes explicites et écrites, souvent codifiées, dont la sanction repose sur l'usage de la contrainte – ou sa menace – exercée par un individu ou un groupe mandaté par la société. La plupart des manuels destinés aux étudiants en Droit reproduisent ce type de définition. Celle-ci repose sur un certain nombre de présupposés : la norme compte plus que sa pratique ; dans la

¹ Sur les théories juridiques de Malinowski, cf. I. Schapera, *Malinowski's Theories of Law*, in *Man and Culture*, R. Firth ed., Londres, Roudedge & Kegan Paul, 1968, 139-155.

mesure où les normes doivent ordonner la vie sociale, leur violation – qu'exprime le conflit – est un phénomène pathologique ; les sociétés ont besoin d'institutions centralisées édictant ces règles, et d'un appareil judiciaire et répressif pour les sanctionner. Cette théorie présente de graves inconvénients. Car elle aboutit à rejeter hors du Droit de très nombreuses sociétés, centralisées ou non. Comme par hasard (mais ce n'en est évidemment pas un), le Droit se retrouve précisément localisé dans les sociétés occidentales : à part l'Occident, peu de sociétés, comme la Chine sous la dynastie Ch'in (221-206 av. J.-C.) ou les Aztèques, possèdent une conception normative du Droit. La plupart des sociétés traditionnelles raisonnent par rapport à des comportements concrets, et non en faisant référence à des corpus de règles. Par ailleurs, même dans les sociétés centralisées ou occidentales, l'analyse normative souffre de graves déficiences. Pendant la plus grande partie de son histoire, la Chine a été dominée par la doctrine confucianiste, suivant laquelle le Droit et le recours aux tribunaux sont les pires voies pour régler des conflits. On doit leur préférer les préceptes moraux et la conciliation. Même à Rome, durant toute la période républicaine, les lois sont peu nombreuses et souvent dépourvues de sanctions, le Droit privé étant essentiellement réglé par la coutume des ancêtres. L'analyse processuelle repose sur d'autres principes. Elle domine très largement, depuis un demi-siècle, la littérature d'anthropologie juridique.

Malinowski (cf. *Crime and Custom in Savage Society*, 1926) refuse de lier le Droit à l'existence d'une sanction émanant d'un pouvoir central. Pour lui, il doit être défini par sa fonction, et non par les modalités de ses manifestations. Il assure avant tout une fonction de réciprocité. La force qui lie les individus et les groupes, et permet la vie en société, [p. 38] résulte de rapports réciproques d'obligations. C'est cette réciprocité, et non une contrainte émanant d'une autorité centrale ou de l'État qui assure la cohérence de la société. On doit chercher davantage le Droit dans le champ des relations sociales que dans les normes censées l'exprimer. D'où l'attention privilégiée portée aux conflits. Pour les tenants de l'analyse processuelle, c'est à l'occasion de sa contestation qu'on peut le mieux saisir ce qu'est le Droit *effectivement* vécu et observé par les individus.

Plus réaliste et moins ethnocentriste que l'analyse normative, l'analyse processuelle présente l'inconvénient de réduire l'anthropologie juridique à une anthropologie des conflits. Or l'homme peut aussi vivre le Droit en dehors du conflit. L'obéissance au Droit constitue la forme la plus courante de son observation. L'homme obéit aux normes ou aux coutumes parce qu'il les a intériorisées, parce qu'il redoute une sanction, ou parce qu'il les trouve raisonnables.

Pour conclure, nous pensons avec J.-L. Comaroff et S. Roberts (*Rules and Processes*, 1981), qu'on doit maintenant substituer au dualisme normatif/processuel une approche synthétique. L'analyse des normes ne peut être négligée par le juriste, ni par l'anthropologue. Il convient d'étudier non seulement leur contenu, mais la façon dont les conçoivent les parties quand survient un conflit. Car les normes ne sont pas seulement un cadre, elles peuvent alors devenir

un enjeu : les parties peuvent les négocier au cours du conflit, et même postérieurement à la décision de règlement. Mais on doit *aussi* étudier les raisons pour lesquelles les normes sont appliquées, négligées, tournées ou violées : en ce sens, la séquence du conflit est effectivement un lieu d'observation privilégié. Cette volonté de synthèse entre les analyses normative et processuelle fait partie des tendances actuelles de l'anthropologie.

[p. 39]

IV. - Les tendances actuelles de l'anthropologie juridique

[Retour à la table des matières](#)

La plupart des anthropologues du Droit sont aujourd'hui très sensibles aux divers thèmes envisagés par les théories du pluralisme juridique. Ces anthropologues forment depuis une dizaine d'années une communauté internationale, qui demeure marquée par de grandes disparités du développement de la discipline dans chaque nation.

A) *Le pluralisme juridique* ¹

Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits [...] mais qui frappent infailliblement les petits [...] la grandeur du génie ne consisterait-elle pas à savoir dans quel cas il faut l'uniformité, et dans quels cas il faut des différences ? [...] Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ?

Montesquieu, *L'Esprit des lois*,
XXXIX, 18.

Le pluralisme juridique est un courant doctrinal insistant sur le fait que *toute société*, à des degrés d'intensité variable, possède une multiplicité hiérarchisée d'ordonnancements juridiques, que le Droit officiel reconnaît, tolère ou nie. Selon la définition de J. Griffiths (1986), il y a pluralisme juridique lorsque dans un champ social déterminé on peut discerner des comportements relatifs à plus d'un

¹ Cf. J. Vanderlinden, Le pluralisme juridique. Essai de synthèse, dans *Le pluralisme juridique*, J. Gilissen, éd. Univ. Bruxelles, 1972, 19-56 ; J. Griffiths, What is Legal Pluralism ? *Journal of Legal Pluralism* 24, 1986, 1-55 ; N. Rouland, Pluralisme juridique, dans *Dictionnaire de théorie et de sociologie juridique*, dir. A. J. Arnaud, Paris, LGDJ, 1988, 303-304.

seul ordre juridique. Sur le plan méthodologique, les diverses théories du pluralisme juridique insistent sur la nécessité de re-[p. 40] chercher les manifestations du Droit ailleurs que dans les domaines où les situe la théorie classique du Droit. Il s'ensuit que, sur le plan politique, les mêmes théories relativisent la tendance de l'État à se présenter, par le relais de la prééminence de la loi dans la hiérarchie des sources du Droit, comme la source principale ou exclusive du Droit. Si, d'après leurs partisans, le pluralisme juridique est un phénomène universel (toute société pratique plusieurs systèmes de Droits), certaines le valorisent plus que d'autres. Dans les sociétés traditionnelles, la cohérence de la société est assurée par des représentations (légitimées par des mythes) insistant sur la complémentarité entre les groupes sociaux. La forme minimale de pluralisme juridique réside alors dans la différence existant entre les règles régissant les rapports externes ou internes aux groupes (comme nous l'avons vu pour le contrat, la propriété et la vengeance). Dans les sociétés occidentales modernes, la tendance de l'État à monopoliser le Droit l'incite à la diffusion d'une idéologie présentant l'uniformité du Droit comme le souverain Bien (l'apogée du système légaliste, sous la Révolution, en est un bon exemple).

Romanistes et historiens du Droit ont depuis longtemps étudié les phénomènes de pluralisme juridique. Dès 1891, Mitteis analysait le pluralisme juridique interne à l'Empire romain. E. Levy (1951), M. Kaser (1962), J. Gaudemet (1963) ont signalé l'importance du Droit vulgaire, Droit issu de la pratique romaine ou provinciale, souvent différent du Droit officiel. Le Moyen Âge est l'époque d'élection du pluralisme juridique. D'une part, en raison du mode de conservation des documents ou de circonstances dues aux aléas des fouilles, les documents nous sont parvenus en plus grand nombre. D'autre part, le système idéologique propre à cette période (cf. la tri-fonctionnalité) a conduit à la reconnaissance officielle d'ordres juridiques distincts doublés de systèmes judiciaires également différents (par exemple le Droit canon fait du mariage un acte consensualiste, alors que le Droit seigneurial fait primer l'accord des groupes familiaux sur celui des individus ; il existe des pratiques nobles et des systèmes ro-[p. 41] turiers de maîtrise du sol). Anthropologues et sociologues du Droit sont cependant les premiers à élaborer des théories générales du pluralisme juridique. Si c'est l'œuvre de Gurvitch (*L'expérience juridique et la philosophie du Droit*, 1935), bien peu connue des juristes, qui a introduit en France le pluralisme juridique, les anthropologues du Droit s'y sont intéressés dès le début du siècle (Van Vollenhoven, 1901), l'ont approfondi dans les années quarante (cf. notamment, le classique *Cheyenne Way* [1941] de Llewellyn et Adamson-Hoebel). Depuis une vingtaine d'années le pluralisme juridique règne dans la communauté internationale des anthropologues du Droit, même si plusieurs versions en circulent. L'institution qui, à l'heure actuelle, fédère ceux-ci sur le plan mondial (depuis 1978) porte le nom de « Commission on folk-law and legal pluralism » et patronne des congrès et publications essentiellement centrés sur les thèmes chers au pluralisme juridique.

B) *La situation actuelle de l'anthropologie juridique.* Comme nous venons de le voir, l'anthropologie juridique est actuellement dominée par les réflexions sur le pluralisme juridique. Les auteurs de tendance marxiste (M. Gluckman, F. G. Snyder, P. Fitzpatrick) sont peu nombreux ¹. Le structuralisme est de même peu représenté, si ce n'est dans certains aspects des travaux d'E. Le Roy et dans notre propre production scientifique. Une des raisons de cette partition tient sans doute au fait que l'anthropologie juridique est surtout développée au Canada et aux États-Unis (ces deux États regroupent à eux seuls près de la moitié des anthropologues du Droit – au nombre d'environ 275, en 1989 – disséminés dans le monde), pays peu réceptifs au marxisme et au structuralisme.

À l'heure actuelle, on doit constater que l'anthropologie juridique, qui s'est formée grâce aux données collectées dans les anciens territoires coloniaux, reste un luxe de pays occidentaux industrialisés (aux États-Unis, elle est enseignée dans une centaine de collèges [p. 42] et universités). Mais même dans ces pays, son développement est très inégal. La première variable réside dans l'ampleur des expériences coloniales ou l'existence de minorités ethniques, qui ont servi de terrain d'expérimentation et de motivations à la recherche. À l'heure actuelle, en Amérique du Nord, la persistance d'un problème amérindien est pour beaucoup dans la vitalité de l'anthropologie juridique (ce sont souvent les débats sur l'aménagement du Droit positif en faveur des minorités ethniques qui ont provoqué l'intérêt pour l'anthropologie juridique). En Europe, celle-ci est fort développée aux Pays-Bas, dont on connaît l'importance de l'ex-territoire colonial en Indonésie. Mais l'existence de colonies ou de minorités ethniques ne suffit pas à assurer le développement de l'anthropologie juridique (l'Espagne et le Portugal ne comptent pratiquement pas d'auteurs dans cette discipline). Il nécessite également la formation, dans le cadre national, d'une tradition intellectuelle, et son institutionnalisation académique. Certaines cultures juridiques y sont plus favorables que d'autres. La tradition romano-civiliste, dominante en Europe continentale, attachée à une approche normative du Droit, n'y est pas des plus propices. En revanche, les pays anglophones, qui ont connu un grand développement des sciences sociales en général, et de l'anthropologie juridique en particulier, y sont sans doute été prédisposés par leur référence commune au système de la Common Law. L'accent qui est mis sur la pratique judiciaire dans la détermination du Droit a permis à leurs juristes de s'acclimater plus facilement aux sociétés traditionnelles, où l'adaptation des normes aux conditions concrètes est valorisée, et de leur appliquer les méthodes de l'analyse processuelle, avec laquelle ils étaient intellectuellement familiers, de par leur formation. Rappelons en tout cas qu'en France, l'anthropologie juridique n'a connu qu'un développement bien [p. 43] tardif, malgré l'ampleur des recherches africanistes. Toutefois, depuis quelques années, les juristes (surtout privatistes) font preuve d'un intérêt parfois bienveillant envers la discipline. La création de deux chaires d'anthropologie

¹ Cf. P. Fitzpatrick, Is it simple to be a Marxist in Legal Anthropology ?, *Modern Law Review*, 48, 1985, 472-485.

juridique (en 1988 à l'Université d'Aix-Marseille III, en 1989 à l'Université de Paris I) ; la publication d'un manuel ¹ constituent indiscutablement des signes encourageants, en dépit d'une professionnalisation accrue de l'enseignement du Droit dans ce pays.

La situation de l'anthropologie juridique dans le Tiers Monde est en revanche très préoccupante dans la mesure où cette discipline n'y est pratiquement pas enseignée. Cette constatation n'est paradoxale qu'en apparence, et tient moins à des considérations d'ordre matériel qu'idéologique. En Afrique noire et dans l'océan Indien, les nouveaux États ont souvent adopté les conceptions unitaires du Droit léguées par l'ex-colonisateur, avec d'autant plus de vigueur que leurs dirigeants redoutent que l'unité nationale soit mise en péril par la reconnaissance des identités ethniques et culturelles. L'anthropologie y est donc souvent suspecte. À notre sens à tort, car de multiples exemples contemporains (pris aussi bien dans les pays du Tiers Monde qu'industrialisés) montrent qu'à trop vouloir nier les particularismes, on provoque en général les troubles qu'on voulait éviter. La reconnaissance d'identités peut être le meilleur remède contre la division, voire la sécession (l'Amérique du Sud où, dans certains États, les Indiens constituent la majorité de la population, offre des exemples extrêmes de cette attitude : en Bolivie, l'anthropologie n'est autorisée que depuis 1986...).

Pas moins que l'Occident – et sans doute davantage – le Tiers Monde n'échappera au mouvement identitaire. Loin d'être un ferment de discorde, le développement de l'anthropologie et de sa branche juridique lui permettrait de mieux s'y adapter.

Signalons enfin que le sort des minorités ethniques et des peuples autochtones est à juste titre devenu un souci majeur de beaucoup d'anthropologues, ces communautés étant souvent menacées dans leur existence même (notamment en Amazonie et en Asie). L'évolution de leur statut juridique devrait donc faire l'objet d'une attention particulière de la part des juristes ².

¹ Cf. N. Rouland, *Anthropologie Juridique*, Paris, PUF, 1988, 496 p.

² La bibliographie sur ce sujet est principalement anglophone (cf. *infra*, p. 125). Un manuel français de Droit des minorités ethniques serait hautement souhaitable. Sur l'évolution historique de la condition des minorités en France, on lira avec profit : *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, études réunies par A. Fenet et G. Soulier, Paris, L'Harmattan, 1989.

[p. 45]

CHAPITRE II

UN HORIZON DÉPASSABLE : LES DROITS TRADITIONNELS

[Retour à la table des matières](#)

L'ethnologie juridique étudie les Droits des sociétés lointaines. L'anthropologie juridique s'en distingue : elle n'est pas une histoire des institutions exotiques, ni du Droit colonial.

Les sociétés traditionnelles sont certes fort diverses : une micro-société de l'Afrique australe, un groupe mélanésien, une tribu malgache des plateaux ou un clan lapon ne sont pas interchangeables, ne serait-ce qu'en raison de la différence des contextes écologiques. L'ethnologie juridique rend compte, dans le domaine du Droit, de ces variations. L'anthropologie juridique situe ses analyses à un niveau plus général. Tout en tenant compte de la diversité des Droits traditionnels, elle les distingue des Droits modernes, marqués par la croissance étatique et la valorisation du développement économique. Cette distinction ne se confond toutefois pas avec une exclusion mutuelle : des passerelles existent.

L'anthropologie juridique vise ambitieusement à une compréhension globale de l'ensemble des systèmes juridiques, traditionnels et modernes. *Les Droits traditionnels forment donc un horizon nécessaire et dépassable.* Nous analyserons ce qui les distingue des Droits modernes avant de constater que sociétés traditionnelles et modernes peuvent se rejoindre dans l'emploi conjoint de logiques juridiques différentes. Puis nous donnerons quelques exemples de ce processus empruntés au Droit positif français.

I. – La distinction entre Droits traditionnels et Droits modernes

[Retour à la table des matières](#)

Les juristes ont longtemps identifié le Droit avec l'État (la hiérarchie des sources du Droit communément enseignée le montre bien, qui place à son sommet la loi et le règlement). En conséquence, les sociétés « primitives » étaient jugées sans Droit. Séquelle de l'évolutionnisme, cette attitude conduit à mal poser l'important problème des rapports du Droit avec l'État. En fait, les critères

habituels de l'État et de l'écriture ne suffisent pas à borner le champ de l'anthropologie juridique. Ce sont des caractères, dont l'absence ou la présence traduit, selon les sociétés, des états différents de complexification sociale, de différenciation et d'extension du Droit. Mais ils ne constituent pas des essences : le Droit peut exister avec ou sans eux. Par conséquent, l'anthropologie juridique ne peut s'arrêter là où ils commencent.

Sociétés traditionnelles et modernes connaissent toutes le Droit, mais si les premières relativisent son rôle, les secondes ont tendance à l'étendre. Cette attitude s'inscrit dans une logique générale qu'il nous faut résumer, avant d'étudier les variations des champs du Droit.

1. La logique des sociétés traditionnelles. – On pense communément que la distinction entre sociétés traditionnelles et modernes recoupe celle existant entre passé et présent. En réalité, sans être inutilisable, le critère diachronique ne peut fonder que des approximations. Car les sociétés modernes ne sont pas nécessairement les plus récentes. La Rome impériale, urbanisée, centralisée et étatique, utilisant l'instrument monétaire et où, au moins dans les villes, les groupes familiaux étaient plus proches de la famille nucléaire que larges, commence près d'un millénaire avant la société féodale, qui présente les tendances inverses. Le critère géographique n'est pas, lui non plus, déterminant. L'Occident a connu durant des siècles le régime féodal, qui possède bien des points communs avec les sociétés étudiées par les ethnologues ; en Afrique noire, les formations politiques à pouvoir centralisé dépassent probablement le millier ; l'aire tropicale sud-américaine n'est pas le paradis des sociétés « sans chef » que certains auteurs y ont vu (un nombre non négligeable de ces sociétés ont connu l'exercice effectif d'un pouvoir centralisé)¹. Il faut donc chercher d'autres critères de distinction pour définir la logique des sociétés traditionnelles. Sur le plan économique, les sociétés traditionnelles (comme les anciennes sociétés paysannes de l'Occident), obéissent à un idéal d'autarcie. Pour M. Sahlin (*Âge de pierre, âge d'abondance*, 1976), la non-maximisation des processus de production qui les caractérisent ne proviendrait pas d'une incapacité à produire plus, mais d'un choix culturel, destiné à prévenir une division sociale et politique trop poussée.

Sur le plan sociopolitique, il convient de distinguer quatre types de sociétés. *Élémentaire* : l'organisation parentale assure la totalité des fonctions politiques. *Semi-élémentaire* : pouvoirs parental et politique sont distincts, mais associés par un lien d'interdépendance. *Semi-complexe* : pouvoirs politique et parental sont nettement séparés. Le pouvoir politique tend à la centralisation, et s'élabore dans le cadre de classes d'âge, [p. 48] de castes ou d'organisations territoriales. Le Droit devient plus normatif et plus impératif. *Complexe* : le pouvoir parental ne régit

¹ Cf. les études publiées dans : Chieftaincy and the State in Africa, *Journal of Legal Pluralism*, 25-26, 1987 ; L'Anthropologie politique aujourd'hui, *Revue française de Science politique*, vol. 38, n° 5, octobre 1988.

plus que les relations familiales, le pouvoir dans la société globale est assuré par une pluralité d'organisations où dominent celles qui sont spécialisées dans l'exercice du pouvoir politique, qui permettent l'épanouissement de l'État, lequel développe son emprise sur le Droit et ses modes de sanction. Les sociétés modernes sont de type complexe. Certaines sociétés traditionnelles peuvent être complexes, mais elles se distribuent plutôt entre les trois autres types.

Cette classification permet de saisir que si l'État et le Droit peuvent former un couple, celui-ci n'est pas indissociable. Nous pensons en effet qu'il n'existe pas de limites universellement reconnues du domaine de la réglementation qualifiée de juridique. À partir du moment, variable dans l'espace et le temps, où les sociétés choisissent d'*étendre* la part du Droit et de l'*explicitier* en normes, codifiées ou non, l'apparition de formes nettement différenciées d'organisation du pouvoir politique, auxquelles on peut donner le nom d'État, suit de façon corrélative. Ici se situe, à notre sens, la véritable distinction entre sociétés traditionnelles et modernes (cependant, si l'extension du Droit semble bien conduire à l'État, ce dernier peut aussi se passer du Droit, comme le montre la défaveur dans laquelle les sociétés orientales étatiques le tiennent ¹ : le Droit peut exister sans l'État, l'État peut exister sans le Droit, mais l'expérience occidentale a voulu les conjoindre). Enfin, cette variation dans l'expérience humaine du Droit, dont l'État peut être un signe, se traduit également au niveau des représentations. Comme l'indique le nom que nous leur avons donné, les sociétés traditionnelles valorisent plus la fidélité au passé que la vo-[p. 49] lonté de changement, chérie par les sociétés modernes. C'est pourquoi les premières préfèrent la coutume à la loi. Cependant, montrer de la réticence au changement ne signifie pas qu'on puisse toujours l'éviter. Les sociétés traditionnelles, elles aussi, changent. Le plus souvent, elles le faisaient moins vite que les modernes. Mais depuis le second conflit mondial, l'acculturation s'est faite plus rapide, et a parfois tourné à l'ethnocide. Ainsi l'humanité risque-t-elle de se priver d'une autre expérience du Droit, dont les sociétés traditionnelles étaient porteuses. C'est cette expérience qu'il nous faut maintenant approfondir, à travers l'étude des variations du champ du Droit.

2. Les variations du champ du Droit. – Dans la tradition occidentale, la régulation juridique s'exerce dans les secteurs de la vie sociale qu'une société juge essentiels à sa cohésion et sa reproduction. Mais il n'en va pas ainsi en tous lieux en tout temps : le Droit est moins un objet aux contours immuables qu'une façon de penser les rapports sociaux ². Il semble, d'après J. Griffiths, que l'apparition du contrôle social de type juridique dépende de la distance relationnelle entre les personnes ou les groupes. Plus ceux-ci sont séparés, plus ils ont tendance à s'en remettre au Droit pour régler leurs rapports (dans nos sociétés, la vie quotidienne des gens mariés, les relations d'amitié, la circulation des cadeaux, les actes de

¹ Cf. *infra*, p. 57 sq.

² Cf. N. Rouland, *Penser le Droit, Droits*, 10, 1989, 77-79.

dévouement se situent la plupart du temps hors du Droit, ou à sa lisière). Le doyen J. Carbonnier a par ailleurs mis en lumière les processus d'*internormativité* : chaque société choisit de qualifier – ou de disqualifier – de juridiques des règles et comportements déjà inclus dans d'autres systèmes de contrôle social (par exemple [p. 50] ple, morale ou religion : suivant que le Droit officiel d'une société est influencé par une religion ou strictement laïque, il inclura ou non dans son champ le blasphème). Ces éléments inclinent à penser que la meilleure question n'est pas « qu'est-ce que le Droit ? » mais plutôt « quel est le domaine du Droit ? » Droits traditionnels et occidentaux fournissent des réponses différentes.

A) *Le Droit dans les sociétés traditionnelles.* – Aux travaux de M. Sahlins et P. Clastres sur les plans économique et politique correspondent ceux de M. Alliot¹ au niveau juridique. Pour cet auteur, c'est surtout la tradition occidentale qui fait du règne du Droit un idéal : un grand nombre de sociétés lui sont indifférentes ou s'en méfient. Dans la plupart des sociétés traditionnelles, les mots *Droit* et *juridique* n'existent pas. Ceci ne prouve pas l'absence du Droit, mais témoigne du désir de cantonner son rôle. Ce projet est moins étrange qu'il peut au premier abord le paraître. Comme l'ont bien montré les analyses du doyen J. Carbonnier, nos propres sociétés ont leurs temps (certains actes juridiques ne sont pas autorisés durant les nuits et les jours de fête) et lieux (domiciles) d'affaiblissement du Droit, et même de non-Droit ; dans certains domaines, le Droit ne pénètre que peu (vie interne des familles, concubinage, inceste, nouveaux modes de procréation). Mais les tendances dominantes ne sont pas les mêmes. Car si nos systèmes juridiques sont marqués par l'inflation du Droit, les sociétés traditionnelles le soumettent à des processus de contrôle, et le dotent de caractères propres à éviter sa trop grande expansion.

Ces caractères ne sont pas ignorés de la doctrine [p. 51] juridique classique, mais elle les interprète négativement. On dira ainsi que le Droit des sociétés traditionnelles se mélange à d'autres modes de régulation, est incohérent par excès de particularisme, souffre d'être mal connu et indéterminé, est affligé d'un excessif immobilisme que reflète l'attachement aux traditions. Ces affirmations constituent autant de contresens. Pour M. Alliot, elles se rapportent en fait à une conception du rôle du Droit différente de la nôtre, mais non moins logique, comme nous allons le voir.

– *Il est exact que les sociétés traditionnelles refusent au Droit des sanctions autonomes*, empêchant ainsi la constitution d'un champ juridique indépendant d'autres mécanismes de régulation tels que la morale, la magie, la religion, la croyance en de possibles interventions de l'ordre naturel et cosmique (la transgression d'une règle peut déclencher des phénomènes célestes ou des épidémies). Mais il ne s'agit nullement d'une infirmité : au contraire, cet enchevêtrement conduit à un respect accru du Droit, en multipliant les possibilités de sanction.

¹ Cf M. Alliot Über die Arten des « Rechts-Transfers », *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, Freiburg-München, K. Alber, 1980, 161-231.

– *Il est exact que les sociétés traditionnelles mettent tout en œuvre pour empêcher l'uniformité du Droit*, qui doit maintenir les particularismes des groupes. Car le Droit intervient dans un champ discontinu, qui est celui de la société elle-même, et se situe aux antipodes du rêve de Siéyès¹. Les sociétés traditionnelles se conçoivent comme des assemblages de groupes (familiaux, résidentiels, religieux, d'âge, etc.). Nous avons tendance à confondre unité et uniformité. Or, dans les sociétés traditionnelles, les rapports entre ces différents groupes tendent moins à l'opposition qu'à la complémentarité. Le Droit n'est donc pas uniforme par imperfection, mais parce qu'il sert cette vision de la société.

[p. 52]

– *Il est exact que le Droit est souvent mal connu*. Bien des individus ignorent les coutumes suivies dans des villages proches, ou par le lignage voisin, et paraissent ne point s'en soucier. Ce phénomène s'explique par le trait précédent : le droit a tendance à être secret (l'oralité renforce cette orientation) afin que chaque groupe puisse mieux préserver son identité.

– *Il est exact que le Droit est souvent indéterminé* : une règle peut ne pas s'appliquer, ou recevoir des sanctions très différentes selon les cas. Les juristes ont souvent vu dans cette flexibilité une des preuves les plus flagrantes de l'inexistence du Droit, ou de son caractère très rudimentaire. Un tel jugement est cohérent avec nos conceptions impératives du Droit (la sanction constitue pour nous le critère majeur du Droit), mais n'en pêche pas moins par ethnocentrisme : *summum ius summa iniuria...*

– *Il est inexact de prétendre que le Droit des sociétés traditionnelles est immobiliste*. Ce Droit change aussi, mais pas de la même façon que les nôtres. Car les sociétés traditionnelles se défient moins de l'innovation elle-même que de l'usage qui peut être fait du pouvoir d'innover. Si ce pouvoir était attribué à certains individus ou groupes (dans nos propres sociétés, c'est le cas des pouvoirs législatif et réglementaire), ceux-ci pourraient tenter de s'en servir pour faire évoluer la société dans un sens qu'à tort ou à raison, elle ne souhaite pas (on peut être abolitionniste, tout en constatant que la loi supprimant la peine de mort ne correspond pas aux désirs de la majorité des Français). On préfère ne pas procéder à une telle institutionnalisation et s'en remettre à l'évolution de la coutume, plutôt qu'à l'action de la loi.

Comme on le voit, ces différents traits caractérisent une pensée juridique fort différente de la nôtre.

¹ Cf. *supra*, p. 3.

[p. 53]

B) *Le Droit dans les sociétés occidentales.*

Soyez féconds, multipliez-vous, emplissez la terre. Soyez la crainte et l'effroi de tous les animaux de la terre et de tous les oiseaux du ciel, comme de tout ce dont la terre fourmille, et de tous les poissons de la mer : ils sont livrés entre vos mains !

Genèse, 9, 1-2.

Lors de la transition néolithique, l'homme développe son emprise sur la nature, qu'il n'utilisait auparavant que par la prédation. L'ère de la domestication des animaux et des plantes a commencé, et avec elle se manifeste l'activité *sélective* de l'homme. Dirigée vers l'efficacité, cette tendance peut aboutir à fragiliser les milieux auxquels elle s'applique. Dans un milieu caractérisé par la profusion des espèces vivantes, catastrophes naturelles, épizooties et épiphyties en atteignent certaines et en épargnent d'autres. Tel n'est plus le cas lorsque ce milieu a été modifié de telle façon qu'il ne compte plus que quelques espèces sélectionnées et très développées : la marge de sécurité est de ce fait réduite. On peut se demander avec M. Alliot si cette activité sélective n'a pas également été mise en œuvre dans le champ des modes de contrôle social, aboutissant à séparer le Droit des autres types de régulation sociale (tel n'est pas le choix, nous l'avons vu ¹, des sociétés traditionnelles). Dès lors, le Droit est entré dans une phase inflationniste. Mais il s'est probablement aussi fragilisé : il est moins contraignant quand il se laïcise, moins intériorisé quand il s'écarte de la morale. On a d'ailleurs dû recourir à des fictions (nul n'est censé ignorer la loi ; la chose jugée est tenue pour vraie) pour remédier à cette perte d'efficacité. Cette inclination paraît caractériser les sociétés (passées ou présentes) de type moderne. Mais ce [p. 54] sont les sociétés occidentales qui ont tenté d'aller le plus loin dans ce sens.

À la fin du III^e millénaire à Sumer, au II^e en Égypte, au 1^{er} en Chine apparaissent des codes inspirés des conceptions nouvelles : le Droit y est en partie dégagé des autres modes de régulation sociale, indépendant des coutumes locales, et jouissant après sa proclamation d'une indépendance de fait à l'égard de son auteur. En Grèce, le régime de la cité est perceptible dès les poèmes homériques (VIII^e siècle av. J.-C.). Il s'installe d'abord en Ionie, puis dans les îles de la mer Égée, et pénètre dans la Grèce continentale. Fréquemment citadelle juchée sur un éperon rocheux, la ville devient un lieu d'échanges et un centre de vie politique (l'agora se substitue à l'acropole). La loi reste d'abord fondée sur la religion (législation de Zaleucos, à Locres, en 663 av. J.-C.). Puis elle tend à s'en détacher (à Athènes, la loi de la cité est purement humaine et laïque), même si on peut invoquer contre elle des principes moraux d'ordre supérieur (Antigone). Dans diverses cités (à Athènes, en 621), les législateurs entreprennent d'affaiblir les

¹ Cf. *supra*, p. 51.

groupes familiaux (géné) en limitant le recours au système vindicatoire. La loi ne tire plus sa force, comme dans les sociétés traditionnelles, du consentement unanime de la collectivité. Elle repose sur l'autorité de l'État-Cité, institution suffisamment distincte de ceux qui la composent ou la gouvernent pour que leur simple majorité arithmétique puisse suffire à ces décisions

Le Droit romain connaît le même type d'évolution. Il est d'abord profondément lié à la religion et demeure secret, l'interprétation des règles juridiques étant le monopole des pontifes. Puis le *ius* (droit humain) est distingué et détaché du *fas* (droit inspiré et garanti par les dieux). En 450-449 av. J.-C., après une période d'intense agitation sociale, on procède à la première rédaction de lois (accolant encore prescriptions religieuses et laïques) : douze tables sont gravées et affichées au Forum (loi des XII Tables). À l'époque classique (milieu II^e siècle av. J.-C. à 284 apr. J.-C.), marquée sur le plan politique par l'instauration du régime impérial, les sources du Droit sont dominées par les édits des magistrats (élus par les assemblées, mais proposés par l'empereur) et les constitutions impériales. À la fin de l'époque classique, celles-ci sont devenues la source presque exclusive du Droit. L'unification des sources du Droit a donc fait quasiment de l'empereur le seul maître du Droit. Le haut Moyen Âge occidental et surtout l'époque féodale voient un retour à des conceptions juridiques beaucoup plus proches de celles des sociétés traditionnelles. Le Droit s'appuie de nouveau sur la religion, l'oralité l'emporte sur l'écriture (les lois romano-barbares, et, plus tard, les capitulaires carolingiens étaient des textes écrits, mais on pense que l'écart entre ces Droits officiels et la pratique était souvent très [p. 55] grand), le système vindicatoire s'inscrit dans le champ du règlement des conflits, on reconnaît à chaque groupe social la faculté de produire et appliquer son propre Droit, l'économie redevient autarcique et le pouvoir politique se fragmente. Mais à partir des XI^e-XII^e siècles, l'économie connaît de nouveau une phase d'ouverture et de croissance, l'élan démographique reprend, les États sortent de leur léthargie. On assiste alors à la résurrection du Droit romain : il apparaît comme un instrument qui a fait ses preuves dans la construction d'une société de type moderne (comme le fut la Rome classique). Or c'est bien de nouveau un processus de transition moderniste qui se dessine dans cette Europe du milieu du Moyen Âge. Mais deux remarques s'imposent. D'une part, cette résurrection fut surtout voulue par une minorité de gouvernants, d'intellectuels et de juristes souvent liés au pouvoir central. Les populations et les praticiens étaient beaucoup plus attachés à leurs coutumes qu'au Droit romain, comme il apparaît dans de nombreuses rédactions de coutumes, et ainsi que le montre la multiplication des clauses de renonciation au Droit romain. D'autre part, le Droit romain ne sortit pas indemne de sa résurrection, car la nécessité de son adaptation était évidente. Le régime politique qui le fondait était mort depuis des siècles. De plus, pour toute la période classique, il s'agissait d'un Droit issu d'une culture païenne. S'appuyant sur Aristote, saint Thomas d'Aquin, au début du XIII^e siècle, s'attacha à démontrer qu'assise sur la Raison, la philosophie préchrétienne était dans une large mesure conforme à la loi divine. Ainsi fut exorcisé le Droit romain aux yeux des lettrés. La Raison se retrouvant en tout homme, il était censé entraîner l'assentiment de tous, ce qui légitimait sa

force juridique. Le Droit romain prenait ainsi une vocation universelle, se dilatant bien au-delà de l'époque, des lieux et des régimes qui l'avaient engendré. Le Droit devenait consubstantiel à ce que l'homme portait en lui de meilleur. Cette hypervalorisation du Droit situe ces conceptions très loin de celles des sociétés traditionnelles. Mais un autre trait les en rapproche néanmoins : le Droit continue à se fonder sur la religion. Car on rapproche au point de les confondre le Droit et la loi morale, en insistant sur son caractère de loi naturelle, expression de la volonté de Dieu, dont le XVII^e siècle précisera qu'il nous la révèle par la religion, et nous la fait sentir par notre raison (le juriste Ferrière [1639-1715] écrit ainsi : « Les lois romaines ont été établies sur des raisons naturelles et sur les principes de l'équité... c'est un rayon de la divinité que Dieu a communiqué aux hommes »).

Une contradiction se noue donc au cours du Moyen Âge dans l'évolution de la pensée juridique occidentale. On assiste d'une part à la surdétermination du Droit par rapport aux autres modes de contrôle social (ce dont témoigne son ancrage dans une Raison supposée universelle) et, d'autre part, à la persistance de ses liens avec [p. 56] la religion, ici chrétienne. Le premier trait appartient à la pensée moderne, le second à la pensée traditionnelle. Durant les trois siècles suivants (de la Renaissance à la Révolution française et à l'Empire napoléonien), on tentera, par diverses voies, d'orienter définitivement le Droit vers la modernisation, quitte à rompre toute attache avec le passé traditionnel. Car c'est bien à l'élimination de Dieu de la construction du Droit que procèdent les théoriciens du contrat social (Grotius, Hobbes, Locke, Rousseau). Ceux-ci forgent un nouveau mythe : celui d'individus libres dans l'état de nature qui, pour protéger au mieux leur liberté, se réunissent en société et, conformément à la Raison, définissent par un contrat des lois et des libertés auxquelles ils renoncent, et celles qu'ils conservent à titre de droits subjectifs. De l'état de nature aux Droits individuels, l'univers juridique est fondé rationnellement, et possède sa cohérence en dehors de toute référence religieuse. D'autres auteurs (Bentham, Jhering) éliminent également Dieu, mais écartent le mythe du contrat en fondant la société sur la seule conscience individuelle de l'utile. La Révolution française consacrera cette progression. Les groupes sont détruits au profit de l'individu, dont des déclarations tentent de garantir les droits face à l'État ; le Droit est proclamé laïc et identique pour tous, fermement fondé sur une Raison universelle. Il pourra donc être à juste titre exporté. Car ce n'est pas un des moindres paradoxes que de constater que ces conceptions modernistes du Droit pourront être mises au service de politiques de conquêtes. Les guerres napoléoniennes tenteront d'imposer le Code civil à l'Europe et, plus tard, les puissances coloniales (particulièrement la France) organiseront dans les territoires conquis la prééminence de leurs Droits sur les Droits traditionnels, promis à l'acculturation au nom du progrès et du développement, idées qui persisteront dans bien des cas après les indépendances.

Si la pensée moderne du Droit n'est pas le propre de l'Occident, celui-ci paraît être allé le plus loin dans la voie tendant à la valoriser et à l'isoler par rapport aux autres modes de contrôle social, même si, dès le XIX^e siècle, certains signes laissent penser que ce chemin risque de n'être qu'une impasse. Ces signes se

multiplient aujourd'hui. Mais avant de les étudier ¹, il convient de revenir sur un parallèle nié ou ignoré par le Droit positif occidental : celui que l'on peut établir entre pensée juridique et pensée religieuse.

[p. 57]

C) *Le parallèle entre pensée juridique et pensée religieuse.* – Comme le montrent les analyses de M. Alliot ², une série de parallèles articulent les manières de penser l'univers et le Droit. On peut les réduire à trois grands archétypes : l'identification, la différenciation, la soumission.

– *L'identification* : cet archétype caractérise les droits d'Extrême-Orient. On l'illustrera par l'exemple de la Chine ancienne. Pour les lettrés de cette époque, l'univers consiste en une infinité de mondes, et est éternel (il se fait et se défait au cours de grands cycles cosmiques). Il combine les contraires sans les laisser s'exclure l'un l'autre : on ne peut penser le bien sans le mal, l'esprit sans la matière, le rationnel sans le sensible, le *yin* sans le *yang*. Son dynamisme n'est limité par aucune loi imposée de l'extérieur : l'univers se gouverne spontanément. Il doit en aller de même de l'homme. Confucius postule l'identité de l'ordre cosmique et de l'ordre humain ; il en déduit une logique suivant laquelle les hommes doivent se perfectionner eux-mêmes en s'exerçant aux rites, et non pas chercher un salut ou une protection dans les contraintes de la loi, d'où le mépris dans lequel était tenu le Droit, qui va de pair avec celui du contentieux (les litiges devaient être réglés par la conciliation ou l'arbitrage). Pas plus qu'il n'existe de Dieu créateur pour organiser le monde, pas plus le Droit ne doit s'imposer à la société. En fait, celui-ci n'est bon que pour les Barbares (les étrangers) et les criminels incorrigibles : le peuple chinois vit normalement dans le non-Droit. Cette pensée traditionnelle n'a été que rarement contestée (principalement au III^e siècle av. J.-C., à l'époque des royaumes combattants, durant laquelle l'École des lois insiste sur la nécessité d'obéir aux lois, et exprime une [p. 58] conception du Droit très voisine de celle de l'Occident). Malgré les campagnes engagées plus tard par le régime communiste contre le confucianisme, on retrouve chez Mao-ze-Dong des idées très voisines. Le 27 février 1957, celui-ci proclame dans un discours que le Droit n'est pas fait pour tout le monde. Car il existe deux sortes de contradictions dans la société chinoise d'alors. D'une part, les plus graves, celles qui opposent le peuple à ses ennemis contre-révolutionnaires : on ne peut les résoudre qu'en recourant au Droit et à la dictature. D'autre part, les moins graves, à l'intérieur du peuple lui-même : les opposants doivent être amenés à reconnaître leurs torts non par la contrainte, mais par l'éducation et la persuasion. À l'heure actuelle (1990), la plupart des conflits sont toujours prioritairement réglés par la conciliation ou l'arbitrage (il n'y a que quatre mille avocats pour mille cent millions d'habitants).

¹ Cf. *infra*, p. 62-71.

² Cf. M. Alliot, L'anthropologie juridique et le droit des manuels, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 24, 1983, 71-81.

– *La différenciation* : on illustrera cet archétype et sa logique par les exemples de l'Égypte ancienne et de l'Afrique animiste. Les cosmogonies de ces sociétés sont en effet très voisines (on a souvent comparé la mythologie des Dogon à celle de l'Égypte ancienne). Le monde y est le résultat transitoire d'une création, que précédait le chaos. Celui-ci n'était pas le néant, mais contenait en puissance aussi bien la création que le créateur. Le Dieu primordial se différencia progressivement en couples de divinités complémentaires, lesquelles tirèrent le monde et l'homme du chaos, au terme d'essais souvent infructueux. L'univers ainsi conçu est fragile : l'être naît de l'inorganisé, les forces de l'ordre ne sont jamais assurées de l'emporter sur celles du désordre. L'homme y joue un rôle fondamental : par les rites et la divination, il collabore avec les forces de l'invisible pour faire triompher l'ordre. Il est conçu à l'image de l'univers : puisque la création n'est pas l'œuvre d'un instant ou de quelques jours, mais [p. 59] réside dans un processus continu de différenciation, l'homme ne peut se réduire à l'individu, dont l'existence est trop ponctuelle. C'est donc par rapport au groupe que l'individu est d'abord situé. De même, la structure sociale est le fruit d'un processus de création continu, qui a amené les différents groupes à se distinguer progressivement les uns des autres, et à se concevoir comme complémentaires plutôt qu'opposés. Dans ces sociétés, les législations uniformisantes sont ressenties comme destructrices de l'unité. Ici le Droit n'est pas rejeté, mais on veille à le cantonner, de même qu'on reconnaît l'existence d'un dieu primordial, tout en pensant qu'il demeure trop loin des hommes pour s'intéresser vraiment à eux. En conséquence, ces sociétés sont autocentrées. Elles obéissent à une logique qui les rend responsables d'elles-mêmes. L'analyse de leur idéologie et de leur structure sociale le confirme. Au niveau idéologique, la hiérarchie des valeurs valorise le groupe (qu'il soit parental, territorial, religieux, professionnel, etc.), chaque individu pouvant appartenir simultanément à plusieurs groupes, de nature différente. Parallèlement, la fonction prime sur l'être. De même que Dieu n'« existe » pas au sens occidental du terme, mais qu'il se saisit dans différentes forces créatrices s'exprimant en formes diverses qualifiées, selon l'énergie qu'elles rassemblent, de divinités, d'humains ou d'objets, la « personne juridique », familière au Droit moderne et dotée de Droits uniformes et invariables, est une notion inconnue des Droits traditionnels : l'univers n'est pas un ensemble d'êtres, mais un ensemble de fonctions qui déterminent des êtres. Un individu possède des statuts variables, lesquels dépendent des fonctions qu'il exerce dans la société. La fonction détermine également les rapports entre les êtres : le mariage sert moins à unir des individus qu'à structurer la société par l'alliance des lignages et à la perpétuer en leur donnant des descendants ; il est donc [p. 60] normal qu'il ne soit pas principalement fondé sur le consentement des époux.

La structure sociale des sociétés traditionnelles repose sur le principe d'union des contraires, cher à la pensée chinoise, mais inverse de la logique aristotélicienne, qui l'exclut. Ce principe est encore une conséquence du processus de différenciation, dans lequel différence n'est pas synonyme d'opposition. Ainsi, un mythe bambara explique qu'avant de fonder un village, deux frères, qui se ressemblaient beaucoup, durent se différencier professionnellement, chacun

s'engageant pour lui-même et ses descendants, l'un à cultiver la terre, l'autre à travailler le métal. Ces différences sont par ailleurs associées en des processus de conjonction, qui ont pour but de maintenir et perpétuer la cohérence de la société globale. Ainsi les communautés se constituent-elles par le jeu des règles régissant les alliances matrimoniales et la résidence : un matrilineage maître de la terre va par exemple accorder ses filles aux patrilignages autorisés à cultiver son domaine, créant ainsi une communauté à la fois généalogique et résidentielle.

Cependant, le danger de la division existe toujours, qui pourrait substituer la compétition et le conflit à la complémentarité. Plusieurs techniques visent à la conjurer. En général, on ne peut appartenir à plusieurs groupes de même nature (la filiation unilinéaire est la plus fréquente), ce qui limite les occasions de compétition. Par ailleurs, quand celle-ci malgré tout se manifeste, on tente de l'atténuer ou de la ritualiser. L'accumulation des richesses doit être interrompue périodiquement par des redistributions ; les mariages préférentiels atténuent la compétition pour les conjoints ; dans l'exercice du pouvoir, l'unanimité est préféré à la règle majoritaire ; dans les techniques de règlement des conflits, beaucoup évitent le recours aux modes juridictionnels et prennent leur distance [p. 61] avec les normes, dont l'application n'est que rarement impérative.

Ces sociétés ne s'abandonnent donc ni à Dieu, ni à l'État, ni au Droit tels que nous les concevons. Car notre propre vision découle d'un autre archétype : celui de la soumission.

– *La soumission* : pour les religions du Livre, Dieu préexiste à sa création et le régit de l'extérieur¹. Il est celui qui Est avant d'être Celui qui crée, il aurait pu ne pas créer, ou créer autrement : l'Être prime l'Agir et l'emporte sur la fonction. L'homme est donc soumis à un pouvoir et une loi qui lui sont extérieurs. Dans l'Islam, la loi a continué à être identifiée à Dieu, qui l'a révélée par son Prophète et dans le Coran ; elle s'impose à tous, y compris aux détenteurs du pouvoir politique : l'État islamique n'a donc ni la mission, ni les moyens de transformer la société, il ne doit qu'assurer le respect de la loi divine.

L'Occident chrétien partage avec l'Islam la référence à une loi imposée au monde et aux hommes. Mais sa pensée a évolué à partir de cette base commune dans une tout autre direction : l'autorité extérieure qui fonde la loi n'est plus Dieu, mais l'État, parfois appelé Providence... Dieu absent, l'État se donne pour but de créer un monde meilleur, et de transformer la société par le Droit, le plus souvent confondu avec la loi, supérieure dans la hiérarchie des sources à la jurisprudence et à la doctrine, et appliquée par l'administration et les tribunaux de ce même État, auxquels doivent se soumettre tous les citoyens. Les normes prennent une importance qu'elles n'ont pas dans les sociétés inspirées par d'autres archétypes

¹ On pourra objecter que dans la religion chrétienne, Dieu s'incarne dans sa création et se soumet à son imperfection en acceptant son propre sacrifice. Mais cette incarnation n'est que temporaire : Jésus remonte siéger à la droite du Père. De plus, elle reste transcendante au monde, puisque c'est le sacrifice du Christ qui est justement salvateur des hommes.

que celui de [p. 62] la soumission : la conciliation et l'équité ne jouent qu'un rôle subsidiaire. La société tend à se décharger de ses responsabilités sur l'État. Ce changement de perspective repose sur une logique qui entraîne des effets inverses de ceux que nous avons constatés dans les sociétés traditionnelles. D'une part, les contraires s'excluent au lieu de s'unir, puisque la cohérence du monde lui vient non d'une interaction réciproque de ses éléments, mais de lois qui lui sont imposées de l'extérieur. La différence est pensée en termes d'opposition. D'autre part, les groupes sont niés, car ils apparaissent comme des obstacles à la maîtrise par l'État d'individus décrits comme autonomes et égaux.

L'archétype de la soumission semble donc isoler de façon radicale les sociétés modernes des autres : il engendre une logique suivant laquelle la société se décharge de ses responsabilités sur une entité extérieure, alors que les archétypes de l'identification et de la différenciation élaborent des logiques selon lesquelles la société est responsable d'elle-même. Comme nous allons le voir, cet écart est cependant moins grave qu'on pourrait le supposer.

II – La coexistence entre les pensées juridiques sauvage et moderne

[Retour à la table des matières](#)

La pensée sauvage n'est pas plus la pensée des sauvages que la pensée moderne n'est celle des civilisés. Nous-mêmes raisonnons plusieurs fois par jour par analogie et intuition, de même que les « Sauvages » adoptent des techniques de chasse ou élaborent des systèmes de parenté tout aussi logiques que nos mathématiques. Il s'agit en fait de *types de pensées*, et non d'attributs d'une catégorie d'individus ou de sociétés. La véritable différence tient seulement au fait, nullement négligeable, que certaines sociétés (les nôtres) ont [p. 63] jugé nécessaire, à une époque donnée, de valoriser la Raison plus que d'autres croyances et représentations, et de l'institutionnaliser. Ces principes (surtout développés par C. Lévi-Strauss) s'appliquent à notre sens parfaitement au domaine juridique.

D'une part, comme nous l'avons vu ¹, la pensée juridique moderne se retrouve au sein des sociétés traditionnelles : elles aussi connaissent la famille conjugale, le contrat, la propriété privée, la peine.

¹ Cf. *supra*, p. 21-31.

D'autre part, la pensée juridique traditionnelle se retrouve au sein des sociétés modernes. Cette affirmation surprenante doit être étayée par quelques développements. Ceux-ci auront pour but de vérifier une hypothèse : *l'identification d'une société à l'un des trois archétypes cités plus haut n'exclut pas qu'à l'intérieur de cette société fonctionnent des logiques différentes correspondant à des situations elles-mêmes différentes ; des logiques semblables peuvent donc être à l'œuvre dans des sociétés dont les archétypes sont contraires.* Si nous appliquons cette hypothèse à la société française actuelle, nous devrions donc y voir à l'œuvre des logiques que les anthropologues voient fonctionner dans les sociétés traditionnelles. Or, les exemples ne manquent pas, comme l'a montré M. Alliot. Citons-en quelques-uns.

1. Pensée mythique et Droit positif. – Pour C. Lévi-Strauss, les mythes (dont la forme peut être orale, écrite, ou même plastique) ne reflètent pas nécessairement le monde réel : ils tendent le plus souvent à en donner, par la voie du symbole, une explication dont la cohérence doit convaincre les destinataires du message mythique. Cette explication peut se situer à plus ou moins grande distance du fonctionnement réel de la société à laquelle elle s'applique. D'autre part, la portée d'un mythe transcende le sens des signes qu'il utilise (le nationalisme est au-delà du drapeau). Nos propres sociétés ne manquent pas d'utiliser en ce sens le Droit et ses véhicules. On peut sans grande difficulté analyser ainsi certains de nos monuments législatifs. L'autorité du Code civil ne lui vient pas seulement de la vigueur technique de ses articles. Celui-ci gravite autour d'une représentation majeure : celle d'une société composée d'individus libres, régis par la Raison, qui ont volontairement choisi de se plier au Droit (la plupart de ses éditions ne sont-elles pas revêtues de la couleur rouge, celle du pouvoir dans l'Antiquité, et qui est encore de nos jours signe de prestige ?). La Constitution, quant à elle, ne fait pas qu'énumérer les compétences de divers organes : elle entend refléter l'image d'une société où le pouvoir est juste, contrôlé, et respectueux des Droits des citoyens. Les élections elles-mêmes, dans nos sociétés démocratiques, sont plus qu'un simple mode de désignation des gouvernants. Ce sont des rites par lesquels le corps social manifeste sa cohérence, puisque la minorité est censée se soumettre à la majorité (sitôt élu, le Président de la République, jusque-là le plus souvent homme de partis, devient le « Président de tous les Français »). Les élections visent aussi à la maîtrise du temps par l'homme, en tant que rite de recommencement : de même que dans certaines sociétés africaines le monarque doit être mis à mort au bout d'un certain délai pour que la société soit régénérée, de même le mandat des élus est-il limité dans le temps, et un « état de grâce » est-il censé suivre l'élection du nouveau Président. L'État tel que l'a expérimenté l'Europe occidentale est aussi un mythe juridique moderne, né en même temps que celui de l'individu : on l'a d'ailleurs souvent associé à des figures allégoriques (État-Gendarme, État-Providence, État-Patron). Répétons que si les mythes prétendent exprimer la réalité, ils n'en constituent qu'une interprétation. Ainsi le doyen J. Carbonnier a-t-il pu heureusement qualifier le

Code civil de « symbole du [p. 65] temps arrêté », en faisant remarquer qu'il est le seul des cinq codes napoléoniens à être resté fidèle à son architecture originelle, quoique son contenu, en près de deux siècles, ait été considérablement bouleversé. Cette apparente fixité appartient à la pensée traditionnelle qui, dans les mythes recensés par les ethnologues, entend montrer que le futur doit se modeler sur le présent, lequel doit être fidèle au passé. La loi appartient elle aussi à ces arborescences dont les lignes s'estompent dans le mythe. On continue à proclamer qu'elle procède de la volonté populaire. En fait, aujourd'hui, 90% des lois votées par le Parlement sont préparées dans les bureaux des ministères et procèdent de l'initiative gouvernementale. Mais la figure mythique du Peuple législateur fait toujours partie de nos représentations juridiques.

Cependant, l'utilisation de la pensée mythique n'est pas le seul trait à rapprocher sociétés traditionnelles et modernes.

2. L'inachèvement du Droit. – Comme nous l'avons vu, dans les sociétés traditionnelles, le Droit est souvent indéterminé et requiert l'action de l'homme pour se présenter sous une forme achevée. Nous avons également constaté que la période révolutionnaire a vu l'apogée du désir pluriséculaire de l'Occident d'objectivation du Droit. Or les XIX^e et XX^e siècles voient ce rêve s'effacer, et se multiplier les emprunts à la logique des sociétés traditionnelles, pour lesquelles le Droit a besoin, pour exister pleinement, du concours de la société et de ses représentants. En l'occurrence, les juges, les praticiens et les administrateurs. La Révolution avait voulu la mort de la jurisprudence : celle-ci revient en force quelques décennies après le Code civil. Autant que par ses tribunaux, la société contrôle les transformations du Droit par l'intermédiaire des praticiens. Ceux-ci développent des formules juridiques nouvelles (dans les régimes matrimoniaux, le Droit des assurances, celui de la [p. 66] copropriété) Il en va de même des diverses administrations dont les pouvoirs considérables en matière économique, sociale, dans les domaines de l'urbanisme et de l'environnement, les conduit à définir constamment le contenu concret des droits subjectifs de chacun (le classement d'un terrain en telle ou telle zone modifie profondément les droits de son propriétaire). La loi pèse donc infiniment moins qu'on ne le croit dans notre Droit positif : celui-ci dépend largement de l'action des gens de justice et des administrateurs. D'ailleurs, l'existence de lois-cadres, lois-programmes, lois d'orientation n'est-elle pas l'aveu implicite que le Droit ne découle pas principalement de la loi ?

3. Les difficultés du changement juridique. – Les lignes qui précèdent expliquent que nous retrouvons un trait déjà observé dans les sociétés traditionnelles : les difficultés à l'institutionnalisation d'un pouvoir d'innovation dans le champ juridique. En théorie, tout est simple : ce qu'a édicté une loi, une autre peut le défaire. Il n'en va pas de même en pratique. Car on ne change pas la jurisprudence ou la pratique administrative aussi facilement que la loi. En fait, les

modifications que les juges et les administrateurs apportent à leur pratique sont comparables à celles qu'une société traditionnelle fait subir à sa coutume : il y faut du temps, celui dont ont besoin les acteurs juridiques pour intérioriser les nouvelles règles. Dans bien des cas d'ailleurs, l'administration s'affranchit du respect du Droit.

Contrairement au mythe de la hiérarchie des sources du Droit où elle se trouve placée en premier, la loi voit sans cesse se rétrécir les limites de son royaume. La coutume, toujours minorée dans les manuels de Droit (les juristes gardent à son encontre une invincible méfiance) est en réalité déterminante dans le Droit des affaires, le Droit social, le Droit commercial national et international, autrement dit dans les domaines où l'on cherche plus à parvenir à un accord par la négociation que par le strict respect des normes, autre trait fréquent dans les sociétés traditionnelles.

4. L'hétérogénéité du Droit. – Notre idéologie juridique repose toujours sur les principes de 1789 : la loi doit être la même pour tous, les groupes doivent s'effacer devant les individus. La réalité est toute autre. Celle des faits tout d'abord : le pluralisme juridique nous a appris que des groupes sociaux non reconnus par le Droit officiel engendraient et sanctionnaient leur propre Droit. Celle du Droit positif ensuite. Son évolution va dans le sens d'une multiplication des statuts particuliers et dérogatoires au Droit commun (particulièrement sensible dans les Droits du travail ou de la Sécurité sociale, domaines où la hiérarchisation de notre société en groupes distincts est fort perceptible). On peut voir un autre signe de cette hétérogénéité croissante du Droit (qui évoque celle des sociétés traditionnelles) dans la multiplication des disciplines juridiques, dont témoignent les intitulés des manuels de Droit.

Les anciennes divisions que l'on croyait autrefois logiques (Droit public, Droit privé, Droit civil, Droit pénal, etc.) se brisent, laissant apparaître d'autres Droits. Ceux-ci correspondent en fait à l'existence de groupes, qu'ils régissent, mais qui aussi les contrôlent : Droit rural, Droit des affaires, Droit de la Sécurité sociale, Droit de l'urbanisme, Droit du travail, Droit syndical, Droit notarial, Droit des loyers, Droit des assurances, Droit de l'environnement, etc. Ces divers Droits constituent autant de zones de résistance correspondant à des groupes réticents aux modifications imposées de l'extérieur.

Tous les exemples que nous avons cités jusqu'ici [p. 68] convergent pour montrer que le fonctionnement réel de nos sociétés modernes emprunte largement à la pensée juridique traditionnelle. Ainsi se trouve justifié une partie de notre hypothèse : des logiques semblables peuvent être identifiées dans des sociétés dont les archétypes sont contraires. Mais il faut aller plus loin et remarquer que, conformément aux principes du pluralisme juridique, ces logiques différentes traduisent l'existence de Droits eux aussi différents, à l'intérieur même de notre propre société. Car sous l'éclat des Droits officiels dont s'illumine le Pouvoir, qui veut les voir trouve des Droits cachés.

5. Droits cachés et pensée juridique traditionnelle. – Si l'on observe le fonctionnement réel de notre société, on s'aperçoit que, lorsqu'un groupe a la possibilité de se soustraire à l'autorité de l'État et à celle de la loi, il ne disparaît pas pour autant dans le trou noir du non-Droit. Sa mécanique est alors régie par d'autres systèmes de Droits, dont les principes sont ceux que les anthropologues ont déjà vus à l'œuvre dans les sociétés traditionnelles. L'évitement des Droits officiels est fréquent. Bien des communautés (familles, associations, partis politiques, syndicats, églises, ordres professionnels) possèdent leur propre régulation, dont les sanctions sont familières aux anthropologues : sanctions psychologiques (avertissement, blâme, autocritique), ostracisme, exclusion. Elles cherchent en général à régler elles-mêmes leurs conflits. Le recours aux tribunaux étatiques ne se produit qu'en dernière extrémité, ou lorsque le conflit oppose un membre de la communauté à quelqu'un qui lui est étranger (les habitants d'un même village en appelleront moins facilement au juge que ceux de villages différents) : on retrouve là la règle de distance sociale.

Ce dualisme Droits officiels / Droits cachés traduit-il l'opposition bien connue entre l'État et la société ci-[p. 69] vile ? C'est souvent le cas, mais il peut fort bien la dépasser. En fait, la pensée juridique traditionnelle opère au cœur même de l'État, au sein de la haute fonction publique et de la classe politiquement dirigeante, comme l'a montré M. Alliot :

Diversification et complémentarité. – Dans bien des sociétés traditionnelles non centralisées, le pluralisme sociologique (les groupes sont identifiés et valorisés) et politique (des personnages divers détiennent des pouvoirs différents) est reconnu, et conçu comme bénéfique : pluriels, les groupes et détenteurs de pouvoir sont unis par leur complémentarité. La tendance à la diversification et à la complémentarité est également très forte dans la classe politico-administrative française. Directions et bureaux de ministère, grands corps, partis : chacun argue de sa compétence pour s'assurer une position particulière et faire sentir aux autres groupes qu'ils ont besoin de lui. Plus que les normes du Droit constitutionnel et du Droit administratif, cette diversification constitue le véritable fondement des règles non écrites (ou écrites) de répartition des emplois et des fonctions.

Recherche de l'unanimité. – La ressemblance entre les sociétés traditionnelles et certains groupes de notre propre société se confirme quand on constate l'importance attachée à l'unanimité. Celle-ci est d'autant plus nécessaire dans les groupes dépourvus d'un pouvoir de coercition supérieur. L'objectif n'est pas ici de dégager une majorité et une minorité, mais de trouver une position acceptable par tous. Ce qui peut prendre du temps, aussi bien dans la palabre africaine que dans les commissions interministérielles. On pourrait sans doute aller plus vite en se référant, comme dans les Droits officiels, à la norme codifiée ou au précédent connu, mais on y perdrait quant à l'efficacité de la décision prise. Cette préférence accordée à la conciliation se retrouve dans le règlement des conflits.

Conciliation et règlement des conflits. – Nous savons que, dans les sociétés traditionnelles, à l'intérieur d'un même groupe, on préfère recourir à la conciliation plutôt qu'à l'affrontement. Il en va de même dans nos propres communautés. Non seulement elles essaient de circonscrire les conflits en leur sein (« on lave son linge sale en famille »), mais préfèrent parvenir à concilier les parties qu'à les départager en désignant un coupable et un innocent (« un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès »). À tout le moins essaie-t-on de parvenir à un auto-amendement de la part du fautif, ou d'obtenir son adhésion à sa sanction (attitude également caractéristique des sociétés orientales, où le Droit est en défaveur). Dans les grands corps français aussi on s'efforce de régler entre soi les conflits, souvent par la discussion et la compensation.

[p. 70] Il reste à expliquer pourquoi l'existence de ces systèmes de régulation est la plupart du temps celée. En effet, peu de hauts fonctionnaires sont prêts à reconnaître *ouvertement* que la machine gouvernementale ne fonctionne pas suivant les normes des Droits constitutionnel et administratif. De même les magistrats se présentent-ils souvent comme les gardiens du Droit, alors que des études récentes¹ ont montré que, de nos jours, plus de deux litiges sur trois sont tranchés en fait (ce qui signifie que les droits subjectifs objets de contestation se verront reconnaître, dénier ou altérer par le juge sans qu'il y ait recours à des dispositions de Droit positif, si ce n'est de façon purement formelle).

Pour des raisons culturelles et historiques, notre Droit positif a institutionnalisé l'archétype de la soumission. Il est donc logique que les Droits officiels le reproduisent, en surdéterminant l'État et la loi et, parallèlement, que règne un silence rarement troublé sur les autres Droits qui eux mettent en œuvre d'autres mécanismes, issus d'autres archétypes. Observons enfin que ceux-là même qui, pour se répartir le pouvoir, s'en remettent aux Droits cachés, trouvent un intérêt évident à imposer aux autres, ceux dont ils attendent la soumission, le modèle des Droits officiels, qui la valorisent. Comme l'écrit M. Alliot : « Le système mythique du Droit des manuels n'intervient pas quand il s'agit de définir les positions et de prendre les décisions au plus haut niveau. Il intervient aussitôt après pour éviter à 54 millions de Français de voir que la loi résulte des visions et des conflits d'un petit nombre et pour leur faire admettre qu'ils doivent y obéir parce qu'elle exprime leur volonté. Pour l'ensemble de la société comme pour chacun de ses membres, l'apparence rationnelle et unitaire du système des manuels cache une autre réalité, plurale, conflictuelle et multiforme que l'anthropologie aide à découvrir quand elle reconnaît que penser le monde c'est penser le Droit. »

À ceux qui, cependant, douterait encore, on peut livrer d'autres interprétations de notre Droit positif attestant la permanence en son sein de la logique juridique traditionnelle.

¹ Cf. T. Ivainier, *L'interprétation des faits en Droit*, Paris, LGDJ, 1988 ; E. Serverin, *De la jurisprudence en Droit privé, théorie d'une pratique*, Lyon, 1985 ; M. Saluden, *Le phénomène de la jurisprudence, étude sociologique*, thèse Paris II (polycopiée), 1983.

III. – Interprétations anthropologiques du Droit positif français

[Retour à la table des matières](#)

En l'état actuel des recherches, deux domaines les justifient plus particulièrement : le Droit de la famille, les procédures alternatives de règlement des conflits.

1. Droit de la famille. – « Il ne faut pas sourire de l'exemple : pour l'homme moderne, la route est, avec la feuille d'impôt, le lieu de plus haute intensité juridique, celui où il rencontre le plus fortement la pression de la règle de Droit » a pu écrire à juste titre le doyen J. Carbonnier (on pourrait ajouter les formulaires de Sécurité sociale à ces incrustations du Droit). Remarquons qu'il ne cite pas la famille qui, conçue de plus en plus comme un cocon protecteur (ce serait le cas de 33% des familles en 1988), se meut le plus souvent dans le non-Droit. Il existe cependant un Droit de la famille, qui nous intéresse à un double titre : d'abord parce que, proche ou lointain par rapport à la réalité, il traduit une certaine idée de la famille, que notre société a choisi de valoriser en la juridicisant ; ensuite parce qu'à le lire, l'anthropologue y éprouve des étonnements, en même temps qu'il y retrouve des habitudes.

Commençons par les étonnements : ils naissent au sujet de la division sexuelle du travail et du Droit de la filiation.

[p. 72]

A) *Division sexuelle du travail.* – La très grande majorité des sociétés ont juridicisé la division sexuelle du travail. À la femme reviennent certaines tâches, à l'homme d'autres, dont le contenu peut varier (et parfois même s'inverser suivant les sociétés). En général, cet ordonnancement se fait sous le signe de la prééminence du sexe masculin sur le féminin, mais il institue également la complémentarité entre les sexes. Notre Droit positif tend à y substituer les notions d'association (l'art. 1398 Code civ. qualifie le mariage de *contrat*) et d'égalité entre les sexes.

On observe une évolution parallèle en Droit du travail (des lois à répétition instituent l'égalité salariale) et dans les pratiques administratives (plus de monopole masculin dans les formalités administratives). En quarante ans, notre société aurait donc mis fin à un modèle plurimillénaire et quasi universel. En fait, le doute s'impose. Bien des enquêtes montrent en effet que derrière le contrat, le statut s'affirme toujours, même si c'est avec moins de force qu'auparavant. On sait

bien que le travail des femmes reste concentré dans certaines fonctions : secrétariat (97,6%), personnel de service (81,1%), emplois de bureau non qualifiés (71%) dont le caractère inférieur traduit bien le décalage entre les mœurs et le Droit officiel. D'autres signes vont dans le même sens : en 1987, le taux de chômage des femmes était supérieur de moitié à celui des hommes ; l'écart entre le salaire moyen des hommes et celui des femmes était à la même date de 14,9% pour les cadres moyens ; les hommes actifs âgés de 18 à 64 ans consacrent en moyenne une heure trente-huit par jour aux activités ménagères, soit deux fois moins que les femmes.

On peut toujours penser que l'évolution vers l'égalité (surtout sensible dans les pays industrialisés) se poursuivra. À la lumière de son expérience, l'anthropologue est porté à souhaiter que se produise un découplage entre la recherche de l'égalité et l'augmentation de l'indifférenciation. Le meilleur modèle serait sans doute celui où les sexes rempliraient des tâches différentes sans que l'un l'emporte sur l'autre, ce qui suppose, au minimum, que les occupations valorisantes et celles qui le sont moins soient équitablement réparties.

[p. 73]

B) *Droit de la filiation et nouveaux modes de procréation.* – « C'est la parole qui fait la filiation, c'est la parole qui la retire. » Ce proverbe Samo (Burkina-Faso) montre bien que le Droit de la filiation est une production culturelle, basée certes sur des conditions naturelles, mais qui possède par rapport à elles une autonomie certaine. En effet, tout système de filiation, traditionnel ou moderne, apparaît comme le traitement de quelques invariants biologiques universels¹ : la reproduction implique dans l'espèce humaine le concours de deux sexes ; elle entraîne une succession de générations dont l'ordre ne peut être inversé (la génération des parents est antérieure à celle des enfants) ; un ordre de succession des naissances au sein d'une même génération classe les individus en aînés et en cadets, et des lignes parallèles de descendance sont issues des individus ainsi classés. À partir de ces invariants, les sociétés, en fonction de leurs choix culturels, ont élaboré divers systèmes de filiation². Les nôtres ont choisi la filiation cognatique, ou indifférenciée (avec une inflexion patrilinéaire qui a pratiquement disparu avec les réformes de 1986 portant sur la transmission du nom). Ces variations culturelles traduisent la part du construit dans les conceptions des rapports familiaux, au point que C. Lévi-Strauss a pu écrire que les systèmes de parenté n'existaient que dans la conscience des hommes. Or l'anthropologue constate que, si les sociétés traditionnelles ont la plupart du temps une conception abstraite de la parenté qu'elles éloignent des contraintes biologiques en multipliant fictions et présomptions, nos propres sociétés

¹ Cf. F. Héritier-Auge, La cuisse de Jupiter. Réflexions sur les nouveaux modes de procréation, *L'Homme*, 94, 1985, 5-22.

² Cf. *infra*, p. 96-101.

connaissent depuis quelques temps le mouvement inverse : la filiation tend à s'identifier à l'engendrement. D'abord parce que la [p. 74] technique permet des manipulations autrefois impossibles. Ensuite parce que, nues face à la mort, nos sociétés ont transformé le devoir de descendance traditionnel en un « droit à l'enfant » moderne. Un proverbe Bambara dit : « La mort n'a pas de remède, si ce n'est l'enfant. » Nous pouvons le répéter, mais sa portée n'est pas la même. Pour les sociétés traditionnelles, la mort qu'il convient surtout d'éviter est celle du lignage. Pour nos sociétés, c'est notre propre mort, individuelle, qu'il s'agit de conjurer : d'où l'importance d'avoir un enfant qui provienne bien de soi, quitte à s'en remettre à des interventions médicales pénibles et intimes, souvent répétées. Primat de la culture ou de la nature : les nouveaux modes de procréation illustrent bien ce débat.

Toutes les sociétés considèrent la stérilité comme un malheur (partout, à des degrés divers, le mariage possède une fonction procréative). Les sociétés traditionnelles essaient, elles aussi, d'y remédier par des cures et des médications. Mais elles exercent plus volontiers leurs efforts dans les domaines de l'abstraction. Par un jeu de fictions, elles parviennent à des résultats qui sont *structurellement* identiques à ceux que la médecine moderne a récemment atteints. Ainsi, chez les Samo, une fillette peut-elle être donnée en mariage dès sa naissance. Devenue pubère, elle entretient des relations officielles avec un amant, puis va vivre avec son mari : l'enfant qui naît est alors considéré comme le premier-né de son union légitime. D'autre part, une femme ne peut avoir qu'un mari légitime, même si, en cas de séparation, elle peut connaître des unions secondaires avec des hommes dont elle aura des enfants. En revanche, un homme peut avoir plusieurs épouses légitimes successivement, et si elles le quittent de son vivant, il reste en droit le père de tous les enfants qu'elles mettront postérieurement au monde en s'unissant à d'autres hommes. Grâce à ces stratagèmes, un homme impuissant ou sté-[p. 75] rile peut être pourvu d'une abondante descendance légitime. Ce dispositif est structurellement identique à ce que nous nommons l'insémination par donneur. Ces rapprochements anthropologiques ne doivent pas nous dissimuler la nouveauté des modes de procréation récemment découverts. D'une part ceux-ci dissocient sexualité et reproduction ; d'autre part, les sociétés traditionnelles manipulent les rapports de parenté, les modernes leurs vecteurs biologiques ; enfin, les nouveaux modes de procréation sont le fait d'une civilisation technicienne et marchande, qui risque d'aller jusqu'à faire du corps humain une chose soumise aux lois d'un marché économique. Les exemples jusqu'ici cités traduisent donc plutôt des divergences entre sociétés traditionnelles et modernes. D'autres paraissent familiers à l'anthropologue. Citons en ce sens la permanence de l'interdit de l'inceste et la persistance de modèles non nucléaires de la famille.

C) *Prohibition de l'inceste et homogamie socio-économique.* – « ... dans tous les cas, la parole de l'Écriture « Tu quitteras ton père et ta mère » fournit sa règle d'or (ou, si l'on préfère, sa loi d'airain) à l'état de société », a pu écrire C. Lévi-

Strauss. Pratiquement toutes les sociétés, en effet, veillent à interdire l'union entre parents par le sang ou par alliance considérés comme trop proches, les degrés définissant cette proximité variant eux-mêmes dans le temps et l'espace. La plupart des anthropologues pensent que l'inceste, pulsion naturelle, est réprimé pour permettre la communication entre groupes sociaux différents, dont l'un des instruments est l'échange des conjoints. On constatera que si le Droit français prend en compte l'inceste, il le fait fort discrètement. Les premiers codes napoléoniens ne le définissent ni ne le nomment (c'est la doctrine qui s'en chargera en 1899). Du Code civil de 1804 à nos jours, l'évolution peut se résumer en deux traits. [p. 76] Restriction de l'interdit sur le plan civil (il concerne surtout la filiation, ce qui montre que pour le législateur, autorité parentale et acte sexuel doivent s'exclure), répression plus marquée sur le plan pénal. Malgré la discrétion dont le Droit positif continue à entourer l'inceste, l'anthropologue peut s'étonner de la permanence de sa prohibition. En effet, celle-ci peut se comprendre dans les sociétés traditionnelles, où l'organisation sociale, économique et politique est en général très déterminée par les groupes familiaux : la famille y joue plus de rôles que dans les nôtres. Permettre aux groupes familiaux de se replier sur eux-mêmes – ce qui résulterait de la licéité de l'inceste – serait une attitude suicidaire. Mais dans nos sociétés, les stratégies de conquête des avantages économiques, politiques et sociaux ne sont pas réductibles aux mécanismes de l'alliance matrimoniale. Les réponses sont ici difficiles. Pour C. Lévi-Strauss, il n'est pas exclu que cet interdit disparaisse un jour, si on lui substitue d'autres moyens d'assurer la cohésion sociale. Suivant F. Héritier et F. Zonabend, l'interdit de l'inceste reste central parce que, même dans les sociétés modernes, il se pourrait bien qu'on retrouve, sous le manteau des stratégies d'ordre apparemment seulement politiques ou économiques, des choix et des mécanismes dont les règles sont directement empruntées aux systèmes de parenté que les anthropologues voient fonctionner dans les sociétés traditionnelles. L'hypothèse est séduisante. À cette heure, elle reste cependant à être démontrée plus complètement pour être admise.

On remarquera enfin que si la prohibition de l'inceste semble répondre négativement à un désir quasi universel d'union au plus proche dans le cercle parental, notre Droit positif laisse le champ libre à ce désir de proximité matrimoniale, à condition qu'il s'exprime sur le plan socio-économique. En effet, le Droit positif s'inscrit dans la catégorie nommée par les anthropo-[p. 77] logues *systèmes complexes de parenté à échange généralisé*. Une fois franchi le cercle des parents incestueux, notre Droit ne prescrit aucun mariage préférentiel : la liberté de choix est juridiquement totale. L'échange généralisé n'est pas inconnu des sociétés traditionnelles. Mais il est surtout répandu dans les sociétés modernes. En effet, il autorise en principe la répartition des individus dans tout l'espace social, mais en fait, sous la couverture de cette liberté juridique *et grâce à elle*, permet aux différenciations sociales, politiques et économiques de jouer pleinement. Car toutes les enquêtes sociologiques menées en France depuis quarante ans prouvent l'existence d'une loi d'homogamie socio-économique. On se marie préférentiellement dans la même catégorie sociale (tendance d'autant plus

affirmée dans les catégories supérieures). Quand la liberté de choix est totale, elle ne débouche nullement sur des résultats aléatoires. Comme dans les sociétés traditionnelles, où des systèmes prescriptifs dirigent les futurs conjoints vers certains types d'union plutôt que d'autres, l'individu des sociétés modernes reproduit dans ses choix la structuration globale de la société. L'homogamie joue donc le jeu de la stabilité sociale. Il se pourrait aussi qu'elle engendre la sclérose et de redoutables blocages, cachant sous des formes « démocratiques » une structure de castes. Car si dans les sociétés traditionnelles la prohibition de l'inceste sert bien à éviter aux groupes sociaux les dangers d'un excessif repliement sur eux-mêmes, l'homogamie socio-économique pourrait avoir dans nos sociétés l'effet inverse. Enfin, on peut se demander si, par un apparent paradoxe, le verrouillage que, dans nos sociétés, continue à assurer l'interdit de l'inceste par rapport à nos proches parents n'est justement pas la condition qui permet à l'homogamie socio-économique de jouer pleinement. En interdisant la formation de cellules familiales trop compactes, la prohibition de l'inceste servirait alors à [p. 78] ouvrir au désir de l'identique le champ plus vaste, dans nos sociétés, des divisions socio-économiques.

D) *Persistence de modèles non nucléaires de la famille.* – L'anthropologue est habitué à des sociétés où la famille nucléaire est enchâssée dans des structures plus larges. *A priori*, tel n'est plus le cas des sociétés modernes, qui consacraient la disparition de la famille large (et parfois celle de la famille nucléaire, brisée par le divorce en familles monoparentales *matricentrées*), et ne verraient dans le mariage qu'un accord consensuel entre deux individus. Le Droit positif français semble confirmer ces inclinations. D'une part, le mariage est défini comme un contrat. Peuvent le conclure, sans l'autorisation de leurs parents, des individus majeurs. D'autre part, l'évolution législative a restreint les dimensions de la famille. Mais les faits nous révèlent des familles aux contours plus vastes.

Remarquons tout d'abord avec le doyen J. Carbonnier que l'existence de la loi d'homogamie prouve bien l'influence des parents sur le choix matrimonial : « Les parents, aujourd'hui encore, guident le *libre* choix des enfants vers l'accomplissement de la norme sociale, non plus par voie d'autorité, de consentement juridique, mais par un jeu subtil d'éducation préalable et d'influence à point nommé. » ¹ D'autres faits montrent que le mariage est non seulement un contrat, mais une institution sociale qui unit des individus, et également des groupes (qui se rassemblent d'ailleurs, lors des événements marquants : baptêmes, communions, mariages, funérailles, etc., ou durant les vacances). L'anthropologue sait que dans beaucoup de sociétés traditionnelles le mariage n'est vraiment formé qu'à la naissance du premier enfant. Si le Droit positif ne pose nulle exigence de ce type, nos terminologies de parenté [p. 79] traduisent le même phénomène. Juridiquement, alliance et parenté ont des effets communs (devoirs de protection

¹ J. Carbonnier, *Flexible Droit*, Paris, LGDJ, 1988, 184.

mutuelle, obligation alimentaire entre parents et alliés de la ligne directe, possibilité d'écarter dans un procès le témoignage des parents ou alliés d'une partie, etc.). Mais, en fait, alliés et consanguins sont d'abord nettement distingués. On dit des premiers que ce sont des « pièces rapportées », on les désigne de façon particulière (en accolant les préfixes *beau* ou *belle* devant le terme de parenté). En réalité, l'alliance n'est vraiment nouée que par la naissance des enfants. C'est à leur génération et par leur médiation que les alliés deviennent des consanguins : les conjoints deviennent des père et mère, les beaux-parents respectifs se fondent dans la catégorie des grands-parents. Nous savons par ailleurs que, dans les sociétés traditionnelles, le principe d'unification (patri- ou matrilinéaire) est le plus fréquent, car il permet de mieux structurer la société autour de la famille. Notre Droit positif affirme au contraire que la famille est indifférenciée. Mais la pratique est plus subtile. À l'heure actuelle, il n'existe guère de famille française où l'on ne distingue (en général en termes de prestige) entre ligne paternelle et maternelle : on connaît toujours mieux sa généalogie d'un côté que de l'autre, et ces omissions ne sont pas fortuites.

Comment expliquer ces décalages répétés entre le Droit et le fait ? La prééminence accordée par le Droit officiel à la famille nucléaire n'est sans doute pas innocente. L'État y trouve un double avantage. D'une part, l'unité nucléaire est une base qui peut lui faciliter ses opérations de quadrillage (il est plus facile de contrôler, recenser et taxer des familles nucléaires que des groupes étendus). D'autre part, la famille nucléaire représente les valeurs individualistes (consensualisme, autonomie de la volonté) qu'il est censé garantir.

[p. 80]

2. Les procédures alternatives de règlement des conflits. – Notre propre tradition voit dans le jugement un des signes distinctifs de la sanction juridique. Pour les sociétés traditionnelles, le Droit peut aussi être préventif, et sa finalité consister surtout dans le rétablissement de la paix sociale, au besoin par des procédures dans lesquelles la détermination du juste et de l'injuste n'est pas prioritaire¹. Certains signes semblent montrer qu'aujourd'hui nous redécouvrons ces conceptions. Le doyen J. Carbonnier a pu écrire à juste titre : « Solution d'un litige, apaisement d'un conflit : faire régner la paix entre les hommes est la fin suprême du Droit, et les pacifications, les accommodements, les transactions sont du Droit, bien plus clairement que tant de normes ambitieuses. » On peut douter que tous les juristes en soient convaincus.

Les procédures alternatives de règlement des conflits leur inspirent souvent quelque défiance. On peut les définir *a contrario* comme des procédures ne se terminant pas par une décision de type juridictionnel, où le juge, représentant l'État, détermine une solution censée conforme aux normes juridiques (en fait,

¹ Cf. *infra*, p. 92-93.

souvent, le juge se forme d'abord une conviction avant de l'habiller de ces normes), qui s'impose aux parties et devient irrévocable quand n'est plus ouverte aucune voie de recours. Les modes non juridictionnels de règlement des conflits peuvent reposer sur la seule initiative des parties (transaction), ou comporter l'intervention d'un tiers (médiation, conciliation, arbitrage). À l'inverse du jugement, ils reposent tous, à des degrés divers, sur l'idée de compromis. Or le compromis vise plus à la conciliation des intérêts en présence qu'à l'application de normes préétablies, et on a pu démontrer que plus le règlement d'un conflit fait appel à l'intervention d'un tiers, plus le recours aux normes se développe [p. 81] car, face à ce tiers, les parties doivent rationaliser leurs prétentions, les ordonner en fonction de règles.

Le choix entre le jugement et les modes alternatifs de règlement des conflits procède d'une certaine vision de l'ordre social et des manières dont il peut être mis en jeu. E. Le Roy distingue quatre attitudes fondamentales¹. La première est *l'ordre accepté* : les parties règlent elles-mêmes leurs différends. La seconde est *l'ordre négocié* : les différends deviennent des conflits dans lesquels l'intervention d'un tiers est nécessaire ; on cherche à rétablir la paix par divers moyens, les normes juridiques jouant le rôle de modèles, non d'impératifs. Le passage à *l'ordre imposé* témoigne de la transformation des conflits en litiges, tranchés par un juge qui doit appliquer le Droit positif. Enfin, *l'ordre contesté* voit jouer la loi du plus fort ou du plus habile : aucune autorité extérieure ne s'interpose entre les parties, dont chacune utilise les moyens qu'elle juge adéquats pour triompher de l'autre, les normes juridiques étant contestées ou volontairement ignorées. Ce modèle est pleinement anthropologique, car il rend compte des différents modes de règlement des conflits qu'on peut voir fonctionner dans les sociétés traditionnelles *et* modernes. Les premières ne sont pas identiques aux secondes. Car si l'ordre accepté et l'ordre contesté sont présents dans toutes les sociétés, certains autres ordres en sont absents, et surtout certaines sociétés valorisent des ordres plus que d'autres. Ainsi, l'ordre imposé n'existe pas dans les sociétés élémentaires, caractérisées par l'absence d'autorité législative ou judiciaire. En revanche, le Droit officiel de nos propres sociétés (sociétés complexes) le valorise tout particulièrement, même si beaucoup de différends y sont [p. 82] réglés par le recours à l'ordre accepté et à l'ordre négocié. Mais les jugements contentieux, expression de l'ordre imposé, ne sont pas pour autant l'exclusive des sociétés complexes, les sociétés traditionnelles semi-complexes (celles où le pouvoir politique est différencié du pouvoir parental) les connaissent aussi. Ces particularismes ne sont pas le fruit du hasard, mais plutôt d'une loi de tendance. Si les sociétés traditionnelles connaissent surtout les ordres accepté et négocié, et si le Droit officiel des sociétés modernes valorise particulièrement l'ordre imposé, c'est parce que les premières, à l'inverse des autres, répugnent à s'en remettre à une autorité extérieure (l'adage « nul n'est censé se faire justice lui-même »

¹ Cf. E. LE Roy, La conciliation et les modes précontentieux de règlement des conflits, *Bulletin de liaison du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris*, 12, 1987, 39-50.

exprime pour nous un progrès ; pour les sociétés traditionnelles, il s'agirait plutôt d'une régression).

Notre Droit positif et son enseignement mettent l'accent sur l'ordre imposé et le jugement, parce que ceux-ci émanent directement de l'État qui joue dans notre société et son imaginaire le rôle que l'on sait. Mais ceci ne doit pas nous dissimuler le fait, que dans nos sociétés, à l'instar des sociétés traditionnelles, la plupart des différends sont sans doute réglés par les techniques propres aux ordres acceptés et négociés.

L'ordre négocié jouit d'ailleurs d'une popularité croissante parmi les Français (dont un quart seulement estime qu'il peut avoir confiance en la justice)¹. Depuis une dizaine d'années, on a tenté de mettre en place des procédures judiciaires et extra-judiciaires basées sur la conciliation et l'arbitrage. L'État peut lui-même les avaliser. D'une part, elles lui permettent de remédier à l'encombrement des prétoires. D'autre part, elles concernent souvent des conflits peu importants. Enfin, elles peuvent correspondre à des quasi-privileges qu'oc-[p. 83] troie l'État à certains acteurs de la vie sociale et économique (juridiction des prud'hommes pour les conflits du travail ; tribunaux de commerce) : ceux-ci peuvent régler eux-mêmes leurs différends, au moins en première instance. Mais l'ordre négocié et l'ordre accepté règnent également dans nombre de communautés, dont les activités *au total*, occupent un champ beaucoup plus large que celui reconnu à l'ordre imposé (groupes marginaux et délinquants ; familles nucléaires, associations, minorités ethniques, etc.).

Il faut donc rompre avec les vieux concepts évolutionnistes. Occultés par le Droit officiel, les ordres acceptés et négociés jouent dans notre propre société un rôle insoupçonné. Par ailleurs, les procédures alternatives de règlements des conflits qu'ils mettent en œuvre ne sont pas les vestiges d'une « justice privée » censée régner dans notre passé et que refléteraient les sociétés traditionnelles. Des similitudes existent bien. Elles résident dans les mécanismes que nos sociétés modernes *réinventent* quand elles estiment que certains types de litiges peuvent être mieux résolus par l'ordre négocié que par l'ordre imposé. Mais les contextes sociopolitiques n'en sont pas moins très différents. Dans la plupart des sociétés traditionnelles, les ordres acceptés et négociés correspondent à des formes de division sociale peu poussées, ainsi qu'à la relative indifférenciation du pouvoir politique. Dans les sociétés modernes, l'État s'efforce de contrôler les manifestations de ces ordres : soit le Droit positif les nie, soit il les tolère en leur superposant le recours à l'ordre imposé (les appels contre les décisions des juridictions d'exception – telles que les tribunaux de commerce ou les conseils de prud'hommes – sont portés devant les cours d'appel).

¹ Cf. Y. Baraquin, *Les Français et la justice civile*, Paris, La Documentation française, 1975.

[p. 84]

CHAPITRE III

L'ACCULTURATION JURIDIQUE

« Elles [les lois] doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. »

Montesquieu, *L'Esprit des lois*.

[Retour à la table des matières](#)

Le Droit comparé offre de multiples exemples d'emprunts d'un Droit à un autre. L'anthropologie juridique s'attache aux phénomènes de transferts plus amples, en utilisant la notion d'acculturation juridique. On peut la définir comme la transformation globale que subit un système juridique au contact d'un autre, processus impliquant la mise en œuvre de moyens de contrainte de nature et de degrés divers et pouvant, répondre à certains besoins de la société qui la subit. Cette transformation peut être unilatérale (un seul des Droits se trouve modifié, ou même supprimé), ou réciproque (chacun des Droits se modifiera au contact de l'autre). Les phénomènes de réception des Droits ont toujours retenu l'attention des juristes ¹, mais peu d'entre eux se [p. 85] sont intéressés à l'effectivité de tels transferts lorsque s'y trouvent impliqués des Droits traditionnels. Étant donné les différences existant entre les Droits traditionnels et les Droits modernes ², l'acculturation juridique côtoie souvent la déculturation. Nous étudierons tout d'abord les conditions générales de l'acculturation des Droits traditionnels, avant d'envisager son contenu.

¹ Cf. par ex. : A. C. Papachristos, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologique juridique*, Paris, LGDJ, 1975 ; J. Gaudemet, Les transferts de Droit, *L'année sociologique*, 27, 1976, 29-59 Les modalités de réception du Droit à la lumière de l'histoire comparative, dans *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, I, Ed. Giuffrè, 1979 ; E. Agostini, *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988, 243-322.

² Cf. *supra*, p. 46-62.

I. – Transferts de Droits et acculturation des Droits traditionnels

[Retour à la table des matières](#)

Tout système de Droit est l'émanation d'une culture. Quand se trouvent en contact plusieurs cultures *très différentes*, les transferts de Droits des unes aux autres revêtant les caractères de l'acculturation exigent la transformation, sinon l'abandon, des valeurs sur lesquelles reposent leurs systèmes juridiques. La théorie de M. Alliot¹ met en évidence l'ampleur de ces transformations, tout particulièrement dans le contexte de la colonisation.

1. Acculturation juridique et colonisation. – Pour les sociétés traditionnelles, c'est à travers le mythe et ses répétitions rituelles qu'est vécue l'adhésion à l'ordre du monde. Les sociétés modernes ont inventé d'autres [p. 86] absolus, auxquels se réfère la loi. Le premier absolu peut être celui de la loi elle-même : Égyptiens et Mésopotamiens pensaient que la loi astrologique et la loi royale s'imposaient à tout et à tous comme un principe éternel. À partir des Grecs, l'absolu se déplace dans la nature : d'abord expression de la volonté des dieux, la loi est légitimée (V^e siècle av. J.-C.) par sa conformité à l'ordre universel. L'expérience occidentale emprunta deux voies pour découvrir cet ordre. Soit la Raison : les auteurs qui, à partir du milieu du Moyen Âge, participèrent à la renaissance du Droit romain, célébraient sa conformité à la Raison et à la Nature. Soit la Tradition : à partir du XIII^e, les juges royaux anglais se référèrent essentiellement au précédent, inaugurant le système de la *Common Law*. Mais à l'époque contemporaine (XIX^e-XX^e siècles) on éprouva de plus en plus de difficultés à concilier la diversité des systèmes juridiques avec celle d'un ordre naturel. Aussi l'absolu de la loi se déplaça-t-il une nouvelle fois : de nos jours, l'instrument législatif ne sert plus à réaliser d'abord un ordre naturel ou rationnel,

¹ Cf. M. Alliot, L'acculturation juridique, dans *Ethnologie générale* (dir. J. Poirier), Paris, Gallimard, 1968, 1180-1236, et également N. Rouland, Les colonisations juridiques, *Journal of Legal Pluralism*, 1990. M. Alliot insiste sur la manière dont évoluent les coutumes. Aux explications nouvelles – qui se multiplient en période d'acculturation – correspondent des applications nouvelles : « Quand la mentalité se transforme, on cherche à ce type d'héritage [d'oncle utérin à neveu] des raisons compatibles avec la pensée nouvelle ; on songe alors que, dans la famille matrilocale, le neveu a depuis l'enfance travaillé pour son oncle et qu'il est juste qu'au décès de celui qu'il a enrichi, il soit récompensé en recueillant ses biens. Mais cette nouvelle explication vaut pour d'autres cas également, par exemple pour la succession au père lorsque, la famille patrilocale se répandant, c'est pour lui que le fils a travaillé : une nouvelle règle apparaît, celle selon laquelle on hérite les biens qu'on a aidé à créer ou à faire fructifier. »

mais surtout celui qu'une société se propose d'atteindre, et qu'elle définit dans des idéologies, des programmes et des projets. Ces divers absolus de la loi sont aussi des mythes. Mais les valeurs qu'ils instituent sont profondément différentes de celles des sociétés traditionnelles.

Or, d'une façon générale, les transferts juridiques ne s'accomplissent de façon satisfaisante – c'est-à-dire sans trop perturber la société réceptrice – que lorsque celle-ci est engagée dans une mutation rendant nécessaire l'adoption d'un Droit nouveau, et que le Droit transféré vient d'une société dont les traits fondamentaux ne diffèrent guère de la société réceptrice (emprunts de législations entre les cités grecques) ou est considéré par elle comme indépendant de la société dans laquelle il est né et susceptible d'être adopté par tout autre (réception du Droit islamique dans de nombreux pays mu-[p. 87] sulmans, ou des Droits européens par plusieurs États du Tiers Monde). Or, si la colonisation a bien provoqué une profonde mutation des sociétés traditionnelles, les deux autres conditions ne pouvaient être remplies. C'est pourquoi, durant l'époque coloniale et même après les Indépendances, les rapports entre les Droits autochtones et ceux des colonisateurs sont rarement harmonieux. En témoigne le modèle général de Bradford W. Morse, qui entend rendre compte des divers agencements possibles entre Droits autochtones et Droits colonisateurs¹. Il distingue ainsi la séparation, la coopération, l'incorporation et le rejet. La *séparation* peut être quasiment totale : les contacts ne se produisent que par émigration ou conflits de lois (attitude de quelques colonies britanniques d'Amérique du Nord au XVIIe vis-à-vis de certaines nations indiennes avec lesquelles elles avaient passé un traité). Il peut y avoir *coopération*. Certains critères (territoriaux, ou *ratione personae* ou *materiae*) déterminent la compétence des divers systèmes juridiques. On peut ainsi décider que les tribunaux et le Droit coloniaux s'appliqueront à la fois aux colons et aux autochtones dans les zones effectivement colonisées et dans toutes les matières, alors que le Droit autochtone s'appliquera seulement là où le territoire n'est habité que par des autochtones, et dans toutes les matières. L'*incorporation* témoigne d'un stade de sujétion plus élevé du Droit autochtone : celui-ci est incorporé dans le Droit du colonisateur dans tous les domaines où n'existent pas de contradictions trop flagrantes (le Droit familial n'est en général pas incorporé) ; cette intégration peut aboutir à une dénaturation du Droit traditionnel dans la mesure où, dans certains cas (colonies anglaises en Asie et en Afrique), [p. 88] les autorités coloniales ont fait appliquer le Droit autochtone par des juridictions qu'elles établissaient. Une solution plus brutale est celle du *rejet* du Droit autochtone jugé trop « primitif » par le colonisateur ou les États qui lui ont succédé : ainsi les tribunaux australiens ont-ils rejeté le Droit aborigène, de même que, dans la période qui a suivi les indépendances, de nombreux États africains ont refusé de reconnaître une valeur juridique aux Droits traditionnels. La coopération et l'incorporation sont évidemment les procédés les plus subtils.

¹ Cf. Bradford W. Morse, *Indigenous Law and State Legal Systems : Conflict and Compatibility*, in *Indigenous Law and the State*, Bradford W. Morse-Gordon K. Woodman eds, Dordrecht, Foris Publications, 1988, 101-120.

Leur emploi peut s'accompagner de quelques raffinements qui ont tous pour résultat de masquer la réalité de la déculturation juridique qu'ils réalisent au détriment des Droits traditionnels. On peut procéder par traité, par voie législative ou jurisprudentielle, à la validation du Droit traditionnel qui devient en fait une partie du Droit étatique (Convention de la Baie James s'appliquant dans l'Arctique québécois aux Inuit et aux Indiens Cree depuis 1977). Très fréquemment on fera assumer les fonctions juridictionnelles et politiques par des autochtones ou des métis (justices de paix indiennes et métisses en Amérique du Nord). Dans certains cas on va même plus loin en autorisant expressément les gouvernements tribaux à décider en toute liberté de la manière dont les litiges seront résolus (cas de certaines réserves indiennes aux États-Unis). On se tromperait en pensant qu'il résulte nécessairement de cette autonomie une application systématique du Droit traditionnel. En fait, ces ethnies minoritaires subissent la pression des modes de vie de la société globale et on doit constater qu'en Amérique du Nord, beaucoup de cours tribales reproduisent le modèle juridique occidental.

Quelles que soient les nuances avec lesquelles furent appliquées ces différentes politiques, on notera qu'elles s'exercèrent la plupart du temps au détriment des Droits traditionnels. Si néanmoins, dans certains pays, ceux-ci ont pu résister jusqu'à nos jours à l'emprise du [p. 89] colonisateur et des États postcoloniaux, c'est surtout en raison de la volonté des communautés autochtones de préserver leurs Droits et leurs modes de vie originels. L'Afrique noire en est un bon exemple.

2. Pluralisme juridique et résistance à l'acculturation en Afrique noire. –

Les théories du pluralisme juridique permettent d'interpréter de façon satisfaisante l'acculturation juridique en Afrique noire, et les formes de résistance opposées par les populations à la dénatura-tion de leurs Droits. En effet, si les dominants utilisent les Droits étatiques, largement inspirés, en Afrique noire francophone, par le système civiliste, les dominés recourent à d'autres Droits, plus ou moins reconnus durant la période coloniale, et en général officiellement niés par le Droit positif après les indépendances. On peut, avec E. Le Roy ¹ les classer en quatre catégories. Certains sont anciens (Droits traditionnels et coutumiers), d'autres sont nouveaux (Droits locaux et populaires).

– *Les Droits traditionnels* sont ceux que pratiquaient les autochtones avant la colonisation (Droit islamique compris). À partir de celle-ci, leur rôle va être progressivement contesté et réduit. Dans un premier stade, dit de neutralisation, le colonisateur se contente de lever l'impôt, d'organiser le travail forcé et d'imposer des prestations en nature, sans intervenir directement dans les affaires locales. Les Droits traditionnels continuent à exister, mais les migrations de populations,

¹ Cf. E. Le Roy – M. Wane, Les techniques traditionnelles de création des Droits, *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, I (*L'État et le Droit*), Dakar, 1982, 353-391 ; cf. également F. Snyder, Customary law and the economy, *Journal of African law*, 28, 1-2, 1984, 34-43.

l'impôt, le travail forcé, les conversions religieuses, l'option de renonciation au statut personnel altèrent leur fonctionnement.

– *Les Droits coutumiers* n'apparaissent qu'avec la période d'administration coloniale. Ils résultent [p. 90] de la rédaction des coutumes, entreprise sous l'impulsion d'es autorités coloniales (doctrine Roume). Ces rédactions, quand elles aboutirent, dénaturèrent souvent les Droits traditionnels. La genèse des Droits coutumiers correspond, sur le plan économique, à la phase dite d'absorption : jusque-là périphériques à la société autochtone, les rapports marchands se développent sans que soient dans l'immédiat bouleversés les rapports sociaux. La monnaie et l'individualisme apparaissent, ainsi qu'un ordonnancement des juridictions en instance de premier ou de second degré, où siège l'administrateur local. Celui-ci bénéficie d'une compétence exclusive en matière criminelle et juge suivant la typologie occidentale des preuves. De nouvelles causes de litiges apparaissent, non prévues par les modes antérieurs de régulation sociale, ou mettant en jeu des personnes de coutumes différentes par suite des migrations de populations. Ces innovations font qu'il devient nécessaire de modifier le Droit traditionnel, transformation qu'opère la rédaction.

Les Droits locaux et populaires correspondent à une troisième phase de l'évolution économique, dite de dissolution, qui a commencé avant la fin de la période coloniale, et se poursuit de nos jours. Les économies des sociétés deviennent totalement dépendantes du marché mondial, la monétarisation et l'individualisme s'accroissent encore davantage. Au niveau social, on assiste à une déstructuration qui doit mettre en rapport l'organisation sociale avec les nouvelles formes de la vie économique. Les anciens groupes dominants se fondent dans les nouveaux, ou passent la main à des élites de remplacement.

– *Le Droit local* représente une des formes juridiques de cette transition. Comme le Droit coutumier, il est une sorte d'avatar du Droit traditionnel, mais situé dans une phase d'acculturation plus intense. On peut le [p. 91] définir avec E. Le Roy comme « ... un système juridique apparaissant avec le développement de l'influence de l'État et de son appareil administratif, et dont les modes de formation et de légitimation sont, pour l'essentiel, déterminés par l'État, alors que ses modes de fonctionnement sont laissés plus ou moins à l'appréciation des autorités locales, dans la perspective d'une véritable décentralisation administrative ». L'originalité du Droit local tient au fait que ce Droit est d'inspiration étatique et répond à la volonté de l'État d'un meilleur contrôle des populations, mais qu'à l'inverse des processus visant aux mêmes résultats par dénaturation des Droits traditionnels, il repose sur la réinterprétation des catégories juridiques exogènes à la lumière des conceptions juridiques autochtones. Le Droit local n'est donc pas dépourvu d'une certaine ambiguïté : il apparaît à la fois comme Droit des dominés, dans la mesure où ceux-ci interviennent directement pour l'adapter à leurs besoins, mais aussi comme Droit des dominants, dont il augmente ou maintient l'emprise. Le Bénin et le Sénégal ont connu de tels phénomènes de Droit local : en général, l'instance de formation

est une personne morale de droit public introduite dans la hiérarchie des institutions étatiques et dotée de compétences juridictionnelles spécialisées.

– *Les Droits populaires* forment une catégorie de droits étendue, et dont le contenu est encore mal connu, en raison de leur caractère non officiel. Plus difficiles à discerner, ils constituent pourtant plus le Droit réellement appliqué que les Droits étatiques. Les Droits populaires se forment donc en dehors des instances étatiques, aussi bien en zone urbaine que rurale. Différents des Droits étatiques, ils s'éloignent également assez souvent des Droits traditionnels, car ils sont essentiellement innovants.

[p. 92]

II. – Les mutations provoquées par l'acculturation juridique

[Retour à la table des matières](#)

Afin de mieux saisir l'ampleur des changements juridiques dus à l'importation des Droits occidentaux, nous étudierons tout d'abord brièvement les traits principaux des Droits traditionnels. Puis nous analyserons les modifications qu'ils ont subies, principalement en Afrique noire ¹.

1. Le contenu des Droits traditionnels. – Nous envisagerons successivement le règlement des conflits, les Droits de la famille, des contrats et de la propriété foncière.

A) *Règlement des conflits.* – Autour du Droit rôde le conflit, ou sa menace. A *contrario*, l'idée de Bonheur est associée à son absence. Dans les âges d'Or d'Ovide et de Lénine, les hommes prospèrent sans lois, sans juges ni police. Et même dans notre monde sublunaire, « les gens heureux vivent comme si le Droit n'existait pas » a pu écrire le doyen J. Carbonnier. Mais l'agressivité est une donnée naturelle, inscrite dans notre patrimoine génétique. On peut, avec R. Verdier, distinguer diverses situations dont chacune est plus ou moins propice à sa libération ou à sa limitation.

¹ Nous ne pouvons ici que résumer à l'extrême. Pour plus de détails, cf. notre *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, 211-392. Les mêmes contingences expliquent que nos exemples concernent surtout les populations d'Afrique noire. Mais il va de soi qu'on pourrait étudier dans la même optique d'autres parties du monde, et aboutir à des constats très variables, allant de la déculturation au maintien des identités.

Quand le conflit intervient entre des sociétés différentes, il peut être qualifié de guerre, et est structuré par des relations d'hostilité. Ici, le Droit joue peu : l'essentiel est de remporter la victoire. Pour P. Clastres, les so-[p. 93] ciétés traditionnelles, jalouses de leur indépendance, sont essentiellement guerrières. Ce raisonnement convainc peu. D'une part, beaucoup de ces sociétés valorisent la paix et l'harmonie. D'autre part, si l'agressivité est un trait humain, la guerre n'est pas le propre de l'homme. Bien des études archéologiques montrent que guerre et massacres n'interviennent que très tardivement dans l'histoire de l'humanité, au Chalcolithique (2500-1500 av. J.-C.). Durant les millions d'années qui précèdent, l'homme n'était point un être de toute douceur. Mais si l'élan néolithique a bien augmenté la densité démographique et les capacités de stockage, et donc les inégalités socio-économiques, il a dû aboutir à actualiser avec beaucoup plus d'ampleur une violence autrefois limitée à de petits affrontements, ou détournée par la ritualisation ou l'évitement.

Quand le conflit intervient entre des groupes appartenant à une même société, il s'intègre dans le système vindicatoire, structuré par des relations d'adversité : l'acte répréhensible doit être échangé contre un autre acte équivalent, ceci suivant des procédures minutieuses ; il peut aussi donner lieu, suivant les cas, à composition.

Quand le conflit intervient à l'intérieur d'un même groupe, il doit lui rester circonscrit et se résoudre pacifiquement (conciliation, sacrifices de purification, etc.), car les relations ici mises enjeu sont d'identité.

Mais d'autres facteurs peuvent jouer.

Pour les historiens de notre Droit et la majorité des juristes de Droit positif, l'intervention d'un tiers (tout particulièrement d'une juridiction étatique) dans les conflits doit limiter le désordre, et fonde le précepte : « Nul n'a le droit de se faire justice lui-même. » Cette interprétation de type évolutionniste (l'État et la paix vont de pair, et inversement) est moins certaine qu'il n'y paraît. D'une part, les données ethnographiques montrent que beaucoup de sociétés valorisant la [p. 94] paix ne connaissent pas ou peu de modes de règlement faisant intervenir une tierce partie. D'autre part, des anthropologues ont montré par le biais d'une étude comparative qu'il peut ne pas y avoir corrélation entre l'augmentation de la centralisation du pouvoir et la diminution de la vengeance.¹

D'autres corrélations ont en revanche été plus avérées.

La première tient au type d'organisation familiale. Il existe un lien très net entre la fréquence du recours à la vengeance dans les sociétés où domine le principe de la résidence masculine, qu'elle soit patrilocale, virilocale ou avunculocale. Cette corrélation s'accroît si l'on ajoute à ce facteur celui de la

¹ Cf. K. F. et C. S. Otterbein, *An eye for an eye, a tooth for a tooth. A cross-cultural study of feuding*, *American Anthropologist*, 67, 1965, 1470-1482 ; *internal War : a cross-cultural study*, *American Anthropologist*, 70-2, 1968, 277-289. Cf. la critique d'E. Adamson-Hoebel [195] , *Droits et Cultures*, 15, 1988, 165-170.

polygamie. On peut expliquer ces corrélations de la manière suivante : la majorité des sociétés humaines sont régies par le principe de la domination masculine. Dans la plupart des cas, la division sexuelle du travail laisse à l'homme les activités guerrières. Quand l'organisation résidentielle favorise le regroupement des individus de sexe mâle par génération, il se forme des communautés d'intérêts fraternels d'autant plus cohérentes et promptes à réagir par la solidarité vindicatoire aux atteintes visant l'un de leurs membres qu'une fois mariés, les frères restent proches les uns des autres et sont unis par une communauté de vie. Cette solidarité résidentielle est accentuée par les mariages polygamiques. En effet, le mariage des fils y est plus tardif que dans les monogamiques : éduqués plus longtemps ensemble, les demi-frères se sentiront davantage solidaires (telle quelle, cette corrélation est inapplicable à nos propres sociétés. Pour en trouver l'équivalent, il faudrait cher- [p. 95] cher en quels endroits se concentrent les groupes ou individus détenant par leur statut ou leur richesse le plus de pouvoirs. La Bourse, les états-majors des grandes entreprises et établissements financiers, les cercles dirigeants des partis politiques apparaîtraient sans doute alors comme des lieux de vengeance et de conflits particulièrement caractérisés : ne dit-on pas que pour y réussir, il faut être un « tueur » ?).

Une autre corrélation est très nette : en général, les sociétés de chasseurs-cueilleurs (en tout cas les non-stockeurs, c'est-à-dire la majorité) privilégient les modes pacifiques de règlements des conflits, à l'inverse de celle d'agriculteurs. Le mode de vie des premières leur impose une organisation communautaire poussée. La recherche du gibier, l'établissement du calendrier et de l'itinéraire des migrations dépendent de décisions qui doivent être prises en commun, alors que le travail agricole est moins soumis à des contraintes collectives. D'autre part et surtout, le nomadisme permet aux individus entre lesquels existe une opposition de la résoudre par l'éloignement plus que par l'affrontement. (Un proverbe bédouin dit bien : « Rapprochons nos cœurs, et éloignons nos tentes. »)

Enfin, les structures sociopolitiques influent sur l'étendue des modes de règlement dont dispose une société pour mettre fin aux conflits. Dans les sociétés élémentaires, le pouvoir est assuré dans le cadre de la seule organisation parentale. Pour l'essentiel, c'est aux parties en conflit de trouver une solution en recourant à la négociation, la médiation ou la vengeance. Dans les sociétés semi-élémentaires, il n'existe toujours pas d'autorité centrale, mais l'arbitrage s'ajoute aux modes précédents. Dans les sociétés semi-complexes, le pouvoir politique est différencié du parental. Le jugement, rendu par le pouvoir politique, s'ajoute aux modes précédents. Dans les sociétés complexes, où le pouvoir étatique étend son emprise (les nôtres), le jugement [p. 96] tend à s'imposer aux autres modes, et à éliminer la vengeance.

B) *Relations de parenté.* – Pour notre Droit positif, la volonté d'un défunt, exprimée au moment où il était vivant, se prolonge *post mortem*, mais le décédé n'est plus qu'un néant juridique. Pour les sociétés traditionnelles au contraire, les clans ont vocation à l'éternité ; les défunts continuent à exister et à intervenir dans le monde des vivants, réclamant leurs droits (par exemple en frappant de maladie

certain individus), ou prouvant ceux des vivants lorsque ces derniers les en sollicitent (preuves judiciaires). L'archéologie, qui ne peut inventorier que des vestiges matériels, n'est pas à même – ou si peu – de nous renseigner sur l'évolution de la famille humaine dans l'immensité des temps paléolithiques. Mais nous pouvons constater un fait capital. Quand l'homme entre dans ce que nous nommons l'Histoire, non seulement la famille existe, mais les structures parentales revêtent des formes dont le raffinement et la complexité sont tels que les sociétés modernes n'y ont pratiquement rien ajouté, mais les ont surtout appauvries, dans la mesure où elles ont transféré à l'État des fonctions qu'assumait la famille. Les systèmes de parenté des sociétés traditionnelles ne participent pas à ce déclin.

Nous exposerons d'abord quelques notions générales sur la terminologie de la parenté, avant d'étudier les deux axes entre lesquels s'inscrit toute famille : la filiation et l'alliance.

Systèmes terminologiques de la parenté. – On doit à Morgan la distinction fondamentale entre parenté *classificatoire* (un même terme peut désigner des positions généalogiques différentes : on emploie le même mot pour désigner le père et les frères du père) et *descriptive* (une même position généalogique [p. 97] pourra être rendue par l'emploi de plusieurs termes : les deux enfants de sexe différent d'un même couple seront appelés frère et sœur). Les terminologies reflètent toujours une certaine conception de la parenté et de la famille. Ainsi, dans nos sociétés, où la famille nucléaire s'est affirmée, les termes père/mère, fils/fille, époux/épouse sont descriptifs : ils ne désignent qu'une seule position généalogique ; Comme nous portons moins d'attention à nos parents collatéraux, les termes qui les désignent sont en revanche classificatoires. Le terme de « neveu » s'appliquera indifféremment au fils d'un frère ou d'une sœur d'Ego, au fils du frère ou de la sœur du conjoint d'Ego, ou au fils du cousin d'Ego. Les sociétés traditionnelles utilisent souvent la terminologie classificatoire dans les règles fixant les stratégies matrimoniales : des parents auxquels le mariage est interdit seront nommés frère et sœur (même s'ils ne sont que cousins), ceux auxquels il est prescrit seront appelés époux et épouse (alors qu'ils sont cousins). En 1949, G. P. Murdock a pu rassembler en quelques grands types les systèmes de parenté dessinés par l'emploi de ces terminologies :

Eskimo	$G \neq [P = X]$		
Hawaïen	$G = P = X$		
Iroquois	$[G = P] \neq X$		
Omaha	$[G = P] \neq$
Crow	$[G = P] \neq$
Soudanais	$G \neq P \neq Xp \neq Xm$		

G = Germains
P = Cousins parallèles
X = Cousins croisés
XP = Cousins croisés patrilatéraux,
enfants de la sœur du père.

Xm = Cousins croisés matrilatéraux,
enfants du frère de la mère.

(Le nom donné à chaque grand type est celui de la population chez laquelle il a été décrit en premier, mais il peut s'appliquer à des sociétés très différentes.)

[p. 98]

Le système esquimau est du même type que celui de la France actuelle : les frères et sœurs sont distingués des cousins, mais il ne fait pas de distinction entre cousins parallèles et croisés, pas plus que patri- ou matrilinéaux. Ce système valorise la famille nucléaire, située au cœur d'un vaste ensemble de parents cognatiques. En revanche, le système *hawaïen* privilégie la famille étendue : les côtés paternels et maternels sont conjoints, tous les membres de chaque génération étant désignés par le même terme (par exemple la sœur du père et celle de la mère sont appelés mères, de même que sont appelés pères le frère du père et le frère de la mère). La nomenclature *iroquoise* identifie cousins parallèles, aussi bien patri- que matrilatéraux, et frères et sœurs, et les classe à part de tous les cousins croisés, ainsi que nous l'avons vu précédemment. La terminologie *soudanaise* distingue entre cousins patri- et matrilatéraux en assignant un terme particulier (le plus souvent descriptif) à chaque cousin, terme différent de ceux utilisés pour les frères et sœurs. Les systèmes *Crow* et *Omaha* sont identiques en ce qu'ils assimilent les cousins parallèles à des frères et sœurs. Mais le système *Crow* est matrilinéaire et le système *Omaha* patrilinéaire : dans le premier, Ego distinguera soigneusement entre ses parents matrilatéraux, alors qu'il confondra en une seule catégorie ses parents patrilatéraux, avec lesquels il a moins de rapports. On remarquera qu'un dernier système terminologique serait théoriquement concevable, où cousins germains et croisés seraient assimilés, et distingués des cousins parallèles (soit $[G = X] \neq P$). Dans l'état actuel de nos connaissances, il semble qu'aucune société n'ait fait ce choix.

La filiation. – Tous les individus faisant partie d'un groupe de parents sont parents entre eux, car tous descendent d'un auteur commun, ce dernier pouvant être très éloigné, ou même mythique (dans ce cas, il peut [p. 99] s'agir d'un animal ou d'un végétal). Suivant la situation de cet auteur commun, l'axe vertical de la filiation sera plus ou moins étiré :

1 / *La lignée.* – Elle comprend les descendants d'un auteur réel encore vivant par rapport à Ego.

2 / *Le clan.* – Le clan correspond à la longueur maximale de l'axe vertical : il unit les descendants d'un auteur réel, mort ou vivant, à un ancêtre mythique qui, souvent, n'est pas un humain mais un animal ou un végétal. Le clan met donc en jeu une parenté mystique, alors que la lignée et le lignage reposent sur des liens parentaux biologiques. Les clans portent le plus souvent des noms d'animaux ou de végétaux, qui leur servent à s'identifier et à se distinguer des autres groupes claniques, en liaison avec les croyances totémiques.

3 / *Les lignages.* – Unissant les descendants d'un ancêtre réel décédé, les lignages occupent une position intermédiaire entre les lignées et les clans. Leur extension généalogique varie beaucoup suivant les sociétés : elle peut aller de trois à dix générations.

Le rôle des lignages est fondamental dans les sociétés où les pouvoirs politique et parental ne sont pas différenciés. Plusieurs systèmes de filiation peuvent les organiser.

– La filiation *unilinéaire*, très fréquente, se présente sous deux formes. Dans la filiation matrilineaire, les relations s'établissent seulement à partir des parents par les femmes. L'enfant n'appartient pas au lignage de son père ; il doit obéir au frère de sa mère. *La matrilinearité n'est pas synonyme de matriarcat*. La plupart des systèmes matrilineaires sont en effet patriarcaux : la transmission des biens et des statuts se fait de l'oncle utérin aux enfants de la mère, et non de la mère aux filles. Cette filiation prend les femmes comme points de référence, mais elle peut très bien avantager les hommes dans les matrilineages. La filiation patrilineaire, attestée à la fois dans les sociétés traditionnelles et modernes, repose sur les parents par les hommes ; elle est en général patriarcale (elle tend à prédominer dans les sociétés semi-complexes et complexes, car il est difficile de faire coexister un pouvoir politique essentiellement masculin et une organisation parentale matrilineaire). Cette prédominance du patriarcat dans les deux systèmes de filiation atteste que, dans la plupart des cas, les sociétés ont institué la prévalence du sexe masculin sur le féminin.

– La filiation *indifférenciée* ou *cognatique*. À l'inverse des solutions précédentes, l'appartenance à un groupe de parenté n'est plus fondée sur le sexe. Tous les descendants d'un individu font partie de son groupe de parenté. C'est le système du Droit positif français. Rare dans les sociétés traditionnelles, cette filiation correspond à des sociétés dans lesquelles la famille joue un rôle social moindre (sociétés [p. 101] complexes) : la complexité de la famille croît en raison inverse de celle de la société.

On s'est beaucoup interrogé sur les fondements de ces divers systèmes de filiation. Certains facteurs sont d'ordre politique : la différenciation du pouvoir politique conduit à la patrilinearité. D'autres sont de nature économique : des enquêtes menées parmi les Indiens d'Amérique du Nord (Driver et Massey, 1966) montrent que lorsque le travail masculin prédomine, la filiation est patrilineaire, et qu'elle devient matrilineaire lorsque ce sont les activités féminines qui l'emportent. Cependant les indices définissant ces corrélations sont faibles. Ce qui signifie que d'autres causes (politiques, sociales, religieuses, etc.) exercent leur influence.

L'alliance et la prohibition de l'inceste. – « L'envie de la femme commence à la sœur », dit un proverbe Azandé. L'horreur de l'inceste, si souvent évoquée par les juristes, serait donc rien moins que naturelle. Plusieurs théories (R. Fox, M. Godelier) ont été avancées pour expliquer la quasi-universalité de la prohibition de l'inceste. À l'heure actuelle, c'est celle de C. Lévi-Strauss qui recueille le plus d'avis favorables. Pour ce savant, la prohibition de l'inceste ne peut reposer sur les dangers génétiques attribués aux unions consanguines¹ : celles-ci n'en accroissent les risques que dans une faible proportion et sur peu de générations. D'autre part, ce type d'argumentation n'apparaît qu'à partir du XVI^e siècle : si danger il y a, il est curieux qu'on ne l'ait pas cité avant. De plus, l'habitude de vivre ensemble n'est

¹ Cf. C. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton, 1967, 5-29.

pas un obstacle au désir sexuel : dans certaines sociétés, les futurs époux sont élevés ensemble dès leur plus jeune âge. Enfin, si la « voix de la nature » suffisait à interdire l'inceste, pourquoi toutes [p. 102] les sociétés le proscriraient-elles ? Pour C. Lévi-Strauss, la prohibition de l'inceste repose donc principalement sur des facteurs sociaux. Sous l'apparence d'une formulation négative, il aboutit en réalité à des prescriptions positives, qui établissent l'échange matrimonial, par lequel groupes et sociétés communiquent entre eux. On renonce à épouser ses proches parents, et on accepte de les donner en mariage à d'autres groupes familiaux, dont on recevra à son tour des conjoints.

À partir de là se nouent plusieurs systèmes d'échange matrimoniaux, qui correspondent à des types de sociétés différents :

- dans les systèmes *élémentaires*, sont interdits des parents et prescrits d'autres. Ces systèmes sont très nombreux dans les sociétés traditionnelles. Ils pratiquent soit *l'échange restreint* (un groupe d'hommes cède ses sœurs à un autre groupe, qui lui donne les siennes en échange), soit *l'échange généralisé* (il n'y a plus réciprocité immédiate dans l'enchaînement des transferts de conjoints ; ce système convient à des sociétés plus différenciées) ;
- dans les systèmes *semi-complexes*, les prohibitions de mariage sont édictées sur des classes entières de parents, et non plus seulement sur des individus généalogiquement précisés ;
- dans les systèmes *complexes*, certains parents sont interdits, mais aucun choix préférentiel n'est juridiquement prescrit. En général, ces systèmes complexes, comme celui des Droits positifs occidentaux, sont à échange généralisé : on peut prendre comme conjoint qui on veut, sans avoir à céder en échange un de ses parents. En fait, nous avons vu que la loi d'homogamie socio-économique restreint singulièrement la liberté de choix instituée par le Droit positif.

[p. 103]

C) *Relations contractuelles et communautarisme*. – Tout en continuant à rejeter la thèse évolutionniste de succession du statut au contrat, on doit observer avec E. Le Roy¹ que dans des sociétés communautaristes, la conception de l'obligation, la liberté des parties et le champ des relations contractuelles sont plus restreints que dans nos sociétés modernes.

La conception de l'obligation est limitée par deux grands principes du Droit traditionnel. L'attribution fonctionnelle des statuts (un individu n'est le représentant d'un groupe que s'il assume correctement cette fonction), et la réciprocité des droits et des obligations (plus le représentant d'un groupe dispose de droits importants, plus ses charges sont lourdes). Autrement dit, l'obligation

¹ Cf. E. Le Roy, Le système contractuel du Droit traditionnel wolof, *Law in Rural Africa*, 22, 1973, 45-56 ; N. Mahoney, Contract and Neighbourly Exchange among the Birwa of Botswana, *Journal of African Law*, 21-1, 1977, 40-65.

naît moins au profit ou à la charge de l'individu qu'à ceux du représentant du ou des groupes auxquels il appartient. De même, certaines obligations qui auraient pour effet de remettre en cause la continuité du groupe ne peuvent se former : ainsi le principe d'exo-intransmissibilité de la terre lignagère interdit-il la cession de la terre à un membre étranger au lignage. On notera également que les contrats réels (formés par la remise de la chose) sont beaucoup plus nombreux que les contrats consensuels (formés par l'accord des volontés des parties) car, par leur matérialité, les premiers permettent, beaucoup mieux que les seconds, le contrôle des actes des individus par les groupes.

Mais si le contrat porte sur une chose, il traite les choses différemment suivant la valeur que leur accordent les groupes auxquels appartiennent les parties. Certaines choses ne peuvent faire l'objet d'un accord contractuel entraînant leur cession définitive : ce sont [p. 104] les biens *parentalisés*, c'est-à-dire totalement identifiés au groupe familial (terres, autels, instruments de culte). D'autres choses ne pourront être l'objet de contrats qu'en certaines circonstances et avec l'accord des groupes : ce sont les biens *communautaires* (champ de case chez des pasteurs, bétail chez des agriculteurs). Certaines choses ne sont soumises qu'à la volonté de leurs détenteurs, mais circulent peu parce que liées à leur personnalité : ce sont les *avoirs individualisés* (bijoux, parures, outils). Enfin, certaines choses seront des objets préférentiels des relations contractuelles, car elles ne dépendent que de la volonté des cocontractants et circulent facilement : ce sont des *avoirs matérialisés* (monnaie, ou para-monnaie telles que des mesures de sel ou de miel, des rouleaux de cotonnade, etc.)

La vocation d'une chose à devenir l'objet d'un contrat dépend donc de la nature sociale de cette chose. Dans le même sens, tout individu n'a pas automatiquement qualité à nouer des relations contractuelles : le principe de la représentation a pour conséquence que seuls possèdent la capacité contractuelle les représentants des groupes. Chaque société détermine le niveau de la structure des organisations sociales où peut apparaître un représentant : famille restreinte, étendue, lignage, etc. Plus s'agrandit le groupe de référence, moins le nombre de représentants est important ; plus le groupe est développé, plus âgés en seront les responsables.

L'importance attribuée aux groupes est encore perceptible par deux traits :

La distance sociale : on entend par-là le degré de proximité ou d'éloignement qui unit ou éloigne des individus ou des groupes aux différents niveaux de la vie sociale (familiale, religieuse, politique, etc.). La règle générale est que plus la distance sociale est élevée, plus les contrats mettront en jeu des prestations onéreuses et anonymes ; plus elle est restreinte, plus les prestations seront symboliques et personnalisées. Autrement dit, plus le degré de communau-[p. 105] tarisme est élevé, plus la finalité sociale l'emporte sur la valeur économique, et inversement.

La notion de responsabilité : il est clair que le Droit traditionnel ne distingue pas comme le Droit moderne entre des obligations naturelles, civiles, pénales, contractuelles, délictuelles ou quasi délictuelles. Mais il serait erroné d'en déduire

une quelconque infirmité de la pensée juridique traditionnelle. Si la responsabilité n'est pas ainsi divisée, c'est en raison du caractère communautariste de ces sociétés, et non d'une éventuelle incapacité de leur part à faire des *distinguos* juridiques aussi subtils que les nôtres. En effet, dans nos propres Droits, ces distinctions reposent en grande partie sur la nécessité de séparer les domaines d'action de l'individu et de la société, représentée par l'État. Une telle césure n'existe pas dans le modèle communautariste, où mieux vaut parler d'un seul type d'obligation, l'obligation communautaire. Suivant la diversité des situations, le groupe peut être directement impliqué alors que l'individu ne l'est qu'indirectement, et inversement. Mais, dans tous les cas, les intérêts des groupes et ceux des individus qui les représentent sont liés : à des degrés divers, les intérêts des groupes sont toujours présents, ce qui empêche de reproduire en Droit traditionnel la distinction faite par le Droit moderne entre responsabilité pénale et civile.

D) *La propriété foncière*¹. – Les recherches entreprises depuis 1969 par E. Le Roy et R. Verdier permettent de faire état d'un certain nombre de résultats.

La présentation d'E. Le Roy est pleinement anthropologique, car elle entend rendre compte des rapports fonciers identifiables aussi bien dans les sociétés élémentaires que complexes². En règle générale, plus une société est complexe, plus elle comprend de systèmes fonciers. Ces derniers peuvent être regroupés en trois catégories.

– *Système d'exploitation des sols* : il est le seul connu des sociétés élémentaires. Il comprend l'ensemble des règles destinées à permettre l'utilisation d'espaces, puis à assurer le faire-valoir des sols à l'intérieur du groupe détenteur. Cette définition entraîne plusieurs conséquences :

– l'exploitation est limitée par l'usage que l'on en fait, et cet usage est prédéterminé par le statut personnel de l'exploitant. Si l'individu est d'un rang social très inférieur, il exploite par affectation ; s'il exploite en tant que dépendant parental ou en compagnie d'individus jouissant d'un statut identique au sien, son usage est dit de coexploitation ; il peut également exploiter par représentation d'un détenteur précédent, ou encore par exercice d'un titre à la répartition, quand le chef du groupe lui a directement attribué la jouissance d'une portion de sol ;

– l'activité productive est protégée par des alliances fécondatrices, où intervient la relation homme-dieu. L'alliance peut être originelle : on suppose que l'ancêtre fondateur a passé un pacte avec les puissances invisibles du lieu. Elle peut aussi être répétée par des sacrifices périodiques. Dans ce système, les droits sur la terre circulent facilement, puisqu'elle ne peut sortir du groupe.

¹ Pour les caractères généraux de la propriété en Droit traditionnel, cf. *supra*, p. 24-27.

² Cf. E. Le Roy, Démarche systémique et analyse matricielle des rapports de l'homme à la terre en Afrique noire, *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie juridique de Paris*, 3, 1981, 75-97.

Certains groupes, comme les chasseurs-collecteurs, pensent la totalité de leurs rapports de façon purement interne, et ne connaissent donc qu'un système d'exploitation des sols. Mais beaucoup d'autres sociétés lient les groupes par des rapports plus complexes : apparaît alors le système de distribution des produits de la terre, auquel peut éventuellement s'ajouter celui de répartition des terres.

– *Le système de distribution des produits de la terre* opère la communication entre les groupes et entre les individus par la distribution de ces produits. Il consiste dans l'ensemble des opérations à partir desquelles les produits de la terre, considérés dès lors comme des richesses détenues par le groupe, sont partagés soit à l'intérieur, soit à l'extérieur du groupe. Les critères du partage dépendent de la hiérarchie sociale entre les groupes, du niveau d'insertion de l'individu dans son ou ses groupes d'appartenance, du rôle joué dans l'activité économique créatrice de richesses.

– *Le système de répartition des terres* concerne les rapports externes aux groupes, lorsque ceux-ci en entretiennent, ce qui est en général le cas des sociétés sédentarisées et possédant un appareil politico-juridique spécialisé (sous la forme d'une chefferie ou d'un royaume). Il consiste dans l'ensemble des solutions de répartition des terres entre les groupes et aboutissent à une hiérarchisation ou à une affectation des compétences sur la terre. Dans ce système, à la différence du système d'exploitation, la terre reste inaliénable : une fois répartie, elle ne sort plus du groupe détenteur. En revanche, la terre peut circuler à l'intérieur du groupe : à cause de mort, ou entre vifs, suivant les besoins et les statuts des individus.

[p. 107]

Plusieurs autorités peuvent intervenir dans les opérations de répartition des terres et de distribution des produits du soi. Parmi elles, le chef de terre et le chef de lignage jouent un rôle fondamental ¹.

– *Le chef de Terre* est le représentant du lignage le plus ancien, qui a hérité de l'Ancêtre fondateur les droits et responsabilités issus de l'alliance que cet Ancêtre a conclue avec la terre. Sa fonction n'est pas directement politique : le chef de Terre détient un pouvoir sur les hommes parce qu'il a l'autorité sur le sol, le chef politique exerce une autorité sur le sol parce qu'il a le pouvoir sur les hommes ; le chef de Terre tient son pouvoir de la terre elle-même ; le chef politique le tient des hommes, qui le lui confient par hérédité ou élection. La dualité de chefferies résulte généralement soit d'une immigration successive, soit de la superposition de deux groupes ethniques.

– *Le chef de lignage* veille à garantir au lignage l'exercice de ses Droits fonciers et à les préserver. Il répartit la terre entre les membres du lignage, maintient en son sein le patrimoine foncier (exo-intransmissibilité de la terre

¹ Cf. R. Verdier, « Chef de Terre » et « Terre du lignage », dans *Études de Droit africain et malgache* (dir. J. Poirier), Paris, Cujas, 1965, 333-359.

lignagère), modifie la répartition des terres lors d'éventuels processus de segmentation des lignages.

2. L'influence des Droits occidentaux sur les Droits traditionnels. – Nous l'étudierons en suivant le même ordre que dans le paragraphe précédent ¹.

[p. 108]

A) *Le règlement des conflits.* – Le colonisateur institua un système juridictionnel bipartite auquel ont mis fin le plus souvent les indépendances : dans les deux cas, ces réformes tendirent à substituer les juridictions étatiques aux organes et procédures traditionnels de règlement des conflits.

Au dualisme entre le Droit coutumier et le Droit moderne devait répondre un dualisme juridictionnel. On distingua d'abord deux grandes catégories de personnes dans les colonies : les sujets français, soumis au Droit coutumier, les citoyens français, régis par le Droit civil. En 1946, la qualité de citoyen fut attribuée à tous, cependant les ex-sujets conservaient leur statut civil particulier tant qu'ils n'y avaient pas renoncé, excepté en Droit pénal et en Droit du travail. Les justices indigènes étaient compétentes en matière de Droit coutumier, les juridictions de Droit commun appliquant le Droit moderne. En fait, ce dualisme était moins respectueux des Droits anciens qu'il n'y paraissait. D'une part les juridictions indigènes étaient des créations du colonisateur, ou résultaient de l'octroi par les autorités coloniales de pouvoirs nouveaux aux chefs traditionnels ². Par ailleurs, l'option de juridiction ne pouvait s'exercer qu'en faveur des juridictions de Droit moderne. Lors des indépendances, la plupart des législateurs africains ont mis fin au dualisme judiciaire, qu'un Droit unique ait été institué (Côte-d'Ivoire, Sénégal, Gabon) ou que subsiste encore un dualisme juridique entre Droit coutumier et Droit écrit (Burundi, Centrafrique, etc.). Il est possible de dégager quelques lois de tendance. Pour R. L. Abel, la généralisation des tribunaux de Droit moderne paraît entraîner un accroissement des procès pénaux et une diminution des litiges civils, le taux général des litiges augmentant en zone urbaine et décroissant en zone rurale. L'interprétation de ces données semble, à notre sens, prouver la résistance des Droits traditionnels, la diminution globale du nombre des litiges en zone rurale montrant non pas qu'il n'y a plus de conflits, mais que ceux-ci sont de préférence réglés par les instances non officielles. Par ailleurs, un examen attentif des cas de litiges civils montre que

¹ Faute de place, nous ne traiterons pas du Droit des contrats. Le lecteur pourra se référer à S. Melone, Les résistances du Droit traditionnel au Droit moderne des obligations, *Revue sénégalaise de Droit*, 21, 1977, 45-57 ; R. Decottignies, La résistance du Droit africain à la modernisation en matière d'obligations, *ibid.*, 59-78.

² L'évolution a été assez similaire dans l'Arctique : cf. N. Rouland, L'acculturation judiciaire chez les Inuit du Canada, *Recherches amérindiennes au Québec*, XIII-3, 1983, 179-191, et XIII-4, 1983, 307-318.

ceux portant sur les relations familiales décroissent alors qu'à l'inverse se multiplient ceux qui ont trait à la propriété foncière et aux contrats. Nous pensons que ces différences reflètent celle des degrés d'acculturation dans ces différentes matières : plus forte en Droit foncier (pression démographique, raréfaction des terres) et des obligations (diffusion de l'économie marchande), elle se traduit par un recours accru aux juridictions de Droit moderne, le mécanisme fonctionnant en sens inverse pour les relations familiales, globalement moins atteintes par la modernisation.

B) *Le Droit de la famille.* – De façon générale, les États (de l'époque coloniale et ceux nés des indépendances) ont tenté de constituer un nouveau Droit de la famille.

La filiation. – Dans les sociétés traditionnelles, l'unilinéarité assure la prédominance d'un type de filiation sur l'autre. Nos propres systèmes sont en revanche indifférenciés. L'acculturation tendra d'abord à l'équivalence des lignes paternelle et maternelle, l'une ou l'autre cessant d'être le pivot de la structure sociale, et à leur concentration dans la famille nucléaire. L'étape suivante pourra être la substitution aux lignages des parentèles, correspondant à notre propre conception des rapports de parenté : la parentèle comprend toutes les personnes avec lesquelles un individu se reconnaît en parenté, et qui ne sont pas nécessairement parentes entre elles. En général, les parentèles comprennent moins [p. 110] de parents que les lignages, et sont plus éphémères : conçues par rapport à un individu, elles disparaissent avec lui.

*Les régimes successoraux*¹. – À l'inverse du Droit occidental, le Droit traditionnel des successions porte plus sur les hommes que sur les choses : il entend situer chaque être dans la chaîne généalogique qui la relie au Créateur, plutôt que de préciser les Droits reconnus par l'État aux individus sur les choses. Plusieurs conséquences découlent de ce principe général. D'une part, le Droit successoral dépasse de beaucoup le domaine des biens individuels : il organise moins la transmission des biens d'un individu à un autre que cette transmission entre les membres d'un groupe. Dans tous les cas, un testament ne peut faire sortir les biens du lignage dont ils proviennent. D'autre part, le Droit successoral porte moins sur la transmission des biens, qu'ils soient individuels ou collectifs, que sur celle des fonctions : quand un individu décède, la question principale est de savoir qui va exercer ses droits et ses obligations envers ceux qui dépendaient de lui. Enfin, il n'y a pas d'unité de la succession : suivant les catégories de fonctions, de personnes et de biens, les régimes successoraux sont différents. Ainsi les terres, droits et biens de lignage paternel vont-ils aux frères germains ou consanguins, ou aux fils ; les terres, droits et biens de lignage maternel aux frères germains et

¹ Cf. M. Alliot, Le Droit des successions dans les États africains francophones, *Revue politique et juridique. Indépendance et coopération*, 4, 1972, 846-885.

utérins, ou aux neveux utérins ; dans des systèmes bilinéaires, chaque lignage héritera de certains biens et droits nettement spécifiés.

Le Droit moderne repose sur des principes très différents. L'État tend à uniformiser les régimes successoraux, affaiblir les groupes et développer la capacité [p. 111] testamentaire des individus. Cherchant surtout à définir les droits de l'individu sur les choses, il distinguera nettement entre Droit des personnes et des choses, et limitera le Droit successoral à la transmission des biens. Lié à une économie de type marchand, l'État moderne affaiblira le critère de distinction entre les biens basés sur leur nature et leur substance, de façon à accroître leur mobilité, et privilégier la notion de valeur économique : deux biens de même valeur matérielle sont juridiquement équivalents et interchangeables. On saisit mieux l'ampleur des différences séparant les systèmes traditionnels et modernes lorsqu'on étudie la façon dont les législateurs africains ont réglé quatre problèmes : l'objet de la dévolution successorale, sa date, les successions *ab intestat*, la liberté testamentaire.

L'objet de la dévolution successorale : les nouvelles législations ont dans l'ensemble choisi la philosophie occidentale. Le Droit des successions ne porte plus que sur les transferts des choses d'un patrimoine à l'autre. De plus aucune des nouvelles législations ne reconnaît des biens de lignage. L'appropriation collective du lignage, qui réside dans un monopole d'utilisation par ses membres, est confondue avec une indivision, où chaque individu dispose d'une quotité du bien commun, qui sera réalisée lors du partage : nul n'étant tenu de demeurer dans l'indivision, on en arrivera fatalement à partager ce qui ne devait pas l'être.

La date de la dévolution successorale : les législateurs ont choisi la date de la mort du prédécesseur et non pas celle de la majorité des successeurs.

Les successions « ab intestat », certains législateurs africains (Côte-d'Ivoire, Sénégal) les ont organisées en fonction de la conception restrictive de la parenté propre aux Droits occidentaux : sont considérés comme parents d'abord les descendants d'un auteur commun, les alliés, les adoptés et les adoptants. En général, deux [p. 112] étapes se succèdent : descendants hommes et femmes héritent à égalité, puis on admet que les biens puissent être dévolus hors du lignage. Ainsi passe-t-on de la succession lignagère à la succession dans la descendance.

La liberté testamentaire : elle était très restreinte en Droit traditionnel. L'exhérédation était en revanche possible. Le Droit moderne a beaucoup assoupli ces principes, cependant l'acculturation a été ici moins intense que dans les autres branches du Droit successoral (par rapport aux Droits européens les conditions de forme sont moins strictes, la quotité disponible plus faible ; l'exhérédation est possible dans certains cas).

Le mariage. – Le colonisateur était déjà intervenu, en fixant un âge minimum, et en faisant du consentement des époux le fondement du mariage (décret Jacquinot du 14 septembre 1951). Ces dispositions furent peu appliquées. Les législateurs africains sont allés beaucoup plus loin. Sous l'effet de la

monétarisation des échanges et, surtout en milieu urbain, de la nucléarisation de la famille, la dot avait tendance à devenir une prestation économique d'un montant exagéré, plutôt que le symbole d'une alliance entre deux familles. Certains États africains l'abolirent (Côte-d'Ivoire, Gabon, Centrafrique), d'autres la limitèrent (Guinée, Mali, Sénégal). Dans les faits, son versement continua à être pratiqué. La polygamie fut également visée par les législateurs. Bien qu'elle corresponde dans beaucoup de cas (Droits originellement africains et islamiques) à de très anciennes pratiques, on lui reprocherait de maintenir la femme dans un état de sujétion, et de nuire au développement, la division de l'autorité parentale étant jugée nuisible à l'éducation des enfants. Certains États l'abolirent (Côte-d'Ivoire, Tunisie, Madagascar, Centrafrique) ; d'autres la limitèrent (Mali, Guinée, Sénégal) ; d'autres n'intervinrent pas, [p. 113] en raison du fort degré d'islamisation de la population (Niger, Tchad). Il reste que, dans la pratique, la polygamie *légitime* caractérise à l'heure actuelle environ 30% des unions (contre une moyenne d'un peu plus de 4% dans le reste du monde), et que ce pourcentage devrait s'accroître avec les progrès de l'Islam.

C) *Le Droit foncier*

Le cacao détruit la parenté et
divise le sang.

Proverbe Ashanti.

Les politiques adoptées reposent fréquemment sur le même principe : le développement est bénéfique, il revient à l'État (colonial ou indépendant) de le diriger.

Durant la période coloniale, l'État s'affirma d'abord maître du sol par droit de conquête, puis en raison d'une infériorité supposée de la qualité juridique des droits des autochtones, à charge pour eux d'en prouver l'existence. De cette présomption d'infériorité (fondée sur l'opinion suivant laquelle les autochtones exploitaient « mal » leurs terres, c'est-à-dire ne les faisaient pas produire suffisamment, en raison de l'archaïsme de leurs coutumes) témoigne le régime d'immatriculation des terres. Les autochtones pouvaient sous certaines conditions immatriculer leurs immeubles par inscription au registre foncier, ce qui les plaçait sous le régime de la propriété du Code civil. Fort peu y recoururent, car l'administration exigeait pour immatriculer les terres que celles-ci fussent exploitées de façon à correspondre aux exigences du développement. Les indépendances affirmèrent encore plus la nécessité du développement. L'appel au respect des Droits traditionnels qui était une des revendications des élus africains avant la décolonisation cessa, après proclamation des indépendances, d'être une arme de combat.

[p. 114] Afin d'accélérer le développement économique, les nouveaux législateurs africains entreprirent un certain nombre de réformes agro-foncières.

Celles-ci reposaient sur trois grands principes : l'affirmation du Droit de la collectivité sur la terre légitimant la maîtrise du sol par l'État ; l'emprunt à la législation coloniale du système de l'immatriculation, favorisant le crédit immobilier et la pénétration du Droit étatique ; la reconnaissance de l'existence de terres lignagères toujours régies par le Droit traditionnel, en attendant qu'interviennent des organismes nouveaux destinés à assurer leur meilleure mise en valeur.

Dans l'ensemble, ces réformes agro-foncières, à des degrés divers, ne valorisent guère les communautés rurales traditionnelles. Sans doute faut-il voir là la principale raison de leurs résultats souvent décevants. Il est vrai que l'augmentation de la démographie, la désertification des terres dans les États du Sahel, l'extension de l'urbanisation rendent plus sensible encore qu'auparavant le problème de l'autosuffisance alimentaire de l'Afrique. Les erreurs souvent commises par les États en matière de réforme foncière n'en sont que plus graves. La première consiste à couper davantage encore d'une élite dirigeante productrice du Droit officiel la majorité des habitants du pays : les paysans soumis aux plans de développement, les habitants des bidonvilles, et une partie des petits fonctionnaires, soit 80 à 95% de la population totale. La seconde réside dans l'obstination à confondre le Droit traditionnel avec le contenu de normes anciennes : or celui-ci est parfaitement capable d'évoluer, comme les coutumes l'ont toujours fait. Si les paysans paraissent rebelles à la forme de modernité qu'on leur propose, les raisons en sont ailleurs que dans la prétendue infirmité de leurs systèmes juridiques et économiques. Il faut plutôt les chercher dans l'exogénéité du Droit étatique qu'on entend leur imposer, et dans la modicité des gains [p. 115] qu'ils peuvent escompter concrètement du passage à la modernité : ceux-ci ne représentent qu'une augmentation de revenus trop faible pour leur permettre d'acquérir les biens manufacturés qu'ils peuvent raisonnablement désirer. C'est moins la tradition qui fait obstacle à la modernité que le peu d'avantages que celle-ci est susceptible de procurer. Dans ces conditions, et tant qu'une solution ne sera pas trouvée à ce dilemme, on peut prédire que le Droit traditionnel persistera encore longtemps dans les campagnes, nonobstant l'effort des « développeurs ».

Le Droit foncier africain est un bon exemple des incertitudes et des échecs de l'acculturation. Car pour juger de son efficacité, il faut étudier non seulement les Droits officiels, mais aussi les Droits cachés.

Les premiers ont la plupart du temps consacré les solutions des Droits occidentaux, libéraux ou socialistes. Il existe cependant des exceptions, qui ont tendance à se multiplier ces dernières années, en raison des déceptions éprouvées face à l'inapplication de ces dispositions par une large partie de la population (au Cameroun le législateur a donné à la coutume compétence générale dans le Droit des personnes ; le Droit traditionnel inspire plusieurs domaines de la législation officielle au Sénégal et à Madagascar, ainsi que dans le nouveau code (1986) zaïrois de la famille ; au Cameroun, un décret de 1969 a permis aux parties d'opter en faveur du Droit traditionnel en matière d'obligations) ; la jurisprudence joue aussi un rôle très actif comme révélateur de la vitalité des Droits traditionnels : les

tribunaux escamotent des dispositions particulières du Code civil (Droit de la filiation camerounais) ou africanisent les règles civilistes ; les jurisprudences locales (notamment au Cameroun, Zaïre, Ghana) attestent la permanence, en matière d'obligations, du Droit traditionnel, ou la constitution d'un [p. 116] Droit populaire. Car la contre-acculturation peut emprunter deux voies : soit celle de la résistance opposée par le Droit traditionnel, soit, tendance qui deviendra sans doute de plus en plus fréquente, consister dans la réinterprétation de données des Droits exogènes à la lumière des principes issus de la Tradition. Ainsi peut-on constater en Afrique noire que, si la poussée des Droits occidentaux a pu, dans certains cas, dissoudre la famille large traditionnelle, il n'en est pas résulté pour autant une germination de familles nucléaires calquées sur le modèle occidental. On assiste plutôt à la naissance de familles monoparentales constituées tantôt autour du père, tantôt autour de la mère, qui réactualisent ainsi les anciens principes de filiation unilinéaires.

Les théories du pluralisme juridique constituent donc un instrument d'analyse très efficace pour juger des effets réels de l'acculturation. En les employant, on s'apercevra du fait que la vitalité des Droits traditionnels et populaires dépend d'une série de distinctions à opérer entre les couches sociales (les Droits occidentaux ont plus pénétré les classes dirigeantes que les couches populaires), les milieux urbains et ruraux (les Droits traditionnels et populaires sont plus fréquents à la campagne, mais on les constate aussi dans les milieux urbains défavorisés), et les différents domaines de la vie sociale (le Droit de la famille est celui qui résiste le plus aux Droits modernes, car, comme nous l'avons maintes fois répété, les relations familiales quotidiennes, dans *toutes* les sociétés, sont vécues largement à l'écart des Droits officiels). Par ailleurs, nous n'avons cité ici que des exemples pris dans les sociétés d'Afrique noire. On ne doit pas pour autant oublier que le degré d'acculturation est fonction de circonstances historiques, qui peuvent varier. Dans l'Arctique, l'acculturation occidentale a si bien pénétré qu'on semble devoir conclure à une véritable décultu-[p. 117] ration des Droits traditionnels, de même qu'en Amérique latine. L'Amérique paraît donc être le continent sacrifié aux Droits occidentaux.

Il n'en va pas de même en Afrique noire, ni dans les États de confession islamique. Quant aux pays orientaux¹, plusieurs signes montrent que, pour le moment, les coutumes, cachées sous les Droits officiels, fonctionnent toujours, d'autant plus que le Droit n'y a jamais connu une grande faveur. L'avenir dira si la déculturation ne se situe pas au bout d'un développement économique de type très occidental, ou d'une conversion au libéralisme des régimes encore officiellement marxistes.

¹ Cf. *Asian indigenous law*, M. Chiba éd., London, Roudedge and Kegan Paul, 1986 ; M. Chiba, *Legal pluralism : toward a general theory through Japanese legal culture*, Tokyo, Tokai University Press, 1989.

Comme le montrent les lignes qui précèdent, l'anthropologie juridique s'intéresse tout autant au présent des sociétés qu'à leur passé traditionnel. Elle peut même aider à préparer l'avenir.

D) *Anthropologie juridique et Droit prospectif*. – Si attachée qu'elle soit aux traditions des sociétés qu'elle étudie, l'anthropologie juridique n'est pas tournée vers le passé ni rétive à toute idée d'évolution. Les nombreuses résistances des Droits traditionnels mises en évidence dans ce chapitre ne peuvent d'ailleurs être interprétées uniquement en termes positifs : elles expriment certes une fidélité au passé, attitude que, selon son tempérament, on qualifiera de qualité ou de défaut, mais sont surtout révélatrices d'un refus par les populations des voies d'accès que l'État prétend leur ouvrir à la modernité. Il serait souhaitable que les deux branches de l'alternative proposée cessent d'apparaître, de façon caricaturale, comme étant soit le retour impossible [p. 118] à un passé intégralement ressuscité, soit un avenir calqué sur les modèles européens et décidé par d'autres. À notre sens, le Droit étatique n'est pas l'ennemi naturel et héréditaire, même si son intervention pré- et postcoloniale nous a semblé justifier les critiques que nous lui avons adressées. Il est possible de l'utiliser pour construire un Droit prospectif que l'anthropologie juridique pourrait faire bénéficier de quelques enseignements. En quoi consistent-ils ?

Tout d'abord, dans l'affirmation qu'un nouveau Droit du développement est possible, qui tiendrait davantage compte des mentalités autochtones et serait à cette condition plus efficace que les plans de développement trop longtemps calqués sur les modèles occidentaux.

L'anthropologie juridique nous enseigne également que les sociétés traditionnelles étaient essentiellement pluralistes, ce qui devrait inciter les nouveaux législateurs à corriger les prétentions monopolistiques de l'État : celui-ci doit laisser une certaine autonomie aux communautés nouvelles et anciennes, et reconnaître qu'elles peuvent fonctionner suivant des systèmes administratifs variés. Le même recours au pluralisme serait nécessaire dans le domaine de l'organisation judiciaire.

Enfin, nous avons vu qu'un des traits caractéristiques du Droit traditionnel réside dans le caractère flexible, non impératif des normes : il met plus en œuvre un « Droit-modèle » qu'un « Droit-sanction ». Une telle révision du rôle joué par la loi a tendance à scandaliser un certain nombre de juristes, qui parlent alors de « Droit-fantôme ». Mieux vaut à notre sens employer l'expression de « Droit progressif ». Cette nouvelle politique législative (adoptée par exemple en Éthiopie et en Côte-d'Ivoire) repose sur l'idée que les Droits nouveaux bénéficiant d'une consécration officielle du constituant et du législateur ne peuvent dans [p. 119] l'immédiat s'appliquer intégralement : ils représentent dès lors moins une obligation impérative qu'un modèle de ce que pourrait être la société future, étant entendu qu'ils pourront être modifiés sous l'effet des pratiques en cours de route. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, il ne s'agit pas là de rêveries juridiques.

Des techniques existent, permettant la mise en œuvre de ce type de processus : adjonction aux lois nouvelles d'un lot important de mesures transitoires ; planification juridique prévoyant un développement progressif et contrôlé du Droit législatif, accompagné de mesures d'éducation appliquées par le système scolaire, mais aussi par les administrations et les organisations partisans ou syndicales ; reconnaissance aux administrés de possibilités d'option entre différents statuts juridiques et juridictions ; octroi par le législateur au juge et à l'autorité administrative de larges pouvoirs d'interprétation de la loi pour l'adapter aux besoins et désirs des populations. Cette attitude n'est certes pas exempte de dangers : des abus peuvent se produire qui conduiraient à ôter en fait toute autorité à la loi. Mais c'est pourtant dans cette formule d'équilibre entre le Droit de l'État et celui des communautés que doit à notre sens être conçu le rôle de la loi.

Notons enfin que derrière l'État colonial et postcolonial, ce sont ceux qui le contrôlent qu'il faut incriminer. L'anthropologie du Droit n'est pas la proie d'un délire passéiste exigeant la suppression de l'État, mais elle préconise que celui-ci et son Droit soient rendus à la société car, comme nous l'enseignent les sociétés traditionnelles, le pouvoir doit servir la société, et non l'inverse.

[p. 121]

CONCLUSION

LE DEVENIR DE L'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE

Tout État où il y a plus de loix que la mémoire de chaque citoyen n'en peut contenir est un État mal constitué...

J.-J. Rousseau, *Fragments politiques*,
IV (Des loix), 6.

[Retour à la table des matières](#)

L'anthropologie est à la mode : mise en question des valeurs de la modernité, goût des voyages, célébration des différences et identités, ces facteurs et bien d'autres y concourent. Certains juristes se tournent aujourd'hui vers l'anthropologie juridique. Par attirance sans doute, mais aussi en raison de l'obscurcissement du Droit positif, engoncé dans des lois trop nombreuses, violenté par des changements rapides à l'excès, et enlaidi par des rédactions où le langage cède au jargon. L'ethnologue le sait bien : toute recherche d'un ailleurs commence par une lassitude du familier. *A priori*, l'ethnologie n'apporte aucun sentiment de sécurité : à la certitude d'un astre unique, elle substitue le vertige de la contemplation du ciel étoilé. Mais l'anthropologie juridique, qui entend penser conjointement les Droits de toutes les sociétés, apporte plus de sérénité. Si elle doit avoir un avenir, ce sera pour [p. 122] contribuer de façon décisive à faire du Droit une science. En bref, elle est porteuse de sens.

Ubi societas, ibi ius. L'anthropologie juridique nous apprend que le Droit n'est pas le privilège des sociétés modernes. Mais si toute société connaît le Droit, chacune le voit différemment (certaines vont jusqu'à ne point le nommer).

Summum ius, summa iniuria. L'anthropologie juridique nous rappelle ensuite que nous devons nous rendre maîtres du Droit, le confier à l'homme, et non l'inverse. Avant de s'inquiéter de son inflation, nos sociétés l'ont adulé, alors que d'autres le méprisaient. Notre avenir se situe peut-être dans la voie indiquée par nombre de sociétés traditionnelles : un Droit réduit à ses justes mesures, et davantage lié à l'éthique.

Suum cuique tribuere. S'il convient de situer chaque système juridique dans la totalité de la culture et de la société auxquelles il appartient, soulignant ainsi sa spécificité, l'anthropologie juridique entend découvrir les mécanismes généraux

qui procèdent à l'élaboration des milliers de Droits dont la trace est parvenue jusqu'à nous. Certains pas, déjà, sont accomplis, et non des moindres. Dans les lignes qui précèdent, nous avons pu dévoiler les structures du système vindicatoire, celles de l'alliance matrimoniale, et montrer où se rencontrent les pensées juridiques traditionnelles et modernes.

Cependant, l'anthropologie juridique, tout particulièrement en France, pourrait pâtir de la disproportion entre les espérances suscitées et la faiblesse des moyens (en ressources humaines et matérielles) dont elle dispose. En particulier, on notera qu'une discipline fort peu enseignée ne peut guère parvenir à l'âge adulte, et se voit même par là condamnée à périr. De plus, trop souvent encore, l'anthropologie juridique souffre d'un préjugé défavorable dans les pays du Tiers Monde. Certains croient – à tort – qu'elle risque de souli-[p. 123] gner dangereusement les particularismes ethniques, alors que l'erreur fondamentale consiste en leur négation, qui au contraire les avive. Le fait communautaire est sans doute essentiel dans la vie de toute société, moderne ou traditionnelle.

Regard d'abord porté par les sociétés occidentales vers les sociétés lointaines, l'anthropologie croise maintenant les visions que les unes se forment des autres. Plus que jamais, elle entend partir du distinct pour parvenir à l'universel, en refusant l'uniforme. Dans cette direction se situe pour nous son devenir.

[p. 125]

BIBLIOGRAPHIE

1. – OUVRAGES

[Retour à la table des matières](#)

Adamson-Høbel (E.), *The Law of Primitive Man*, Harvard University Press, 1967.

Allot (A.), Woodman (G. R.) (eds), *Peoples Law and State Law*, Dordrecht, Foris Publications, 1985 ; *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, Foris Publications, 1988.

Carbonnier J.), *Sociologie juridique*, Paris, A. Colin, 1972 ; *Flexible Droit*, Paris, LGDJ, 1988.

Gadacz (R. R.), *Towards an Anthropology of Law in Complex Society : An Analysis of Critical Concepts*, Calgary, Alberta, Western Publishers, 1982.

Gluckman (M.), *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, Oxford, Ed. B. Blackwell, 1971.

Gulliver (P. H.), *Disputes and Negotiations : A Cross-Cultural Perspective*, New York, 1979.

Kilani (M.), *Introduction à l'anthropologie*, Lausanne, Payot, 1989.

Negri (A.), *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*, Milanci, Ed. A. Giuffrè, 1983.

Poirier (J.) (sous la dir. de), *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, 1968, dont certains chapitres sont consacrés aux problèmes juridiques.

Pospisil (L. J.), *The Ethnology of Law*, New-Haven, Conn., Human Relations Area Files, 1985.

Roberts (S.), *Order and Dispute. An Introduction to Legal Anthropology*, Penguin Books, 1979.

Rouland (N.), *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988.

Vanderlinden (L.), *Les systèmes juridiques africains*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 2103, 1983.

Verdier (R.) (sous la dir. de), *La Vengeance* (4 t.), Paris, Cujas, 1980-1984.

Sur le statut juridique des peuples autochtones, cf. :

Burger (J.), *Report from the frontier*, London, Zed Books, 1987.

The Aborigine in comparative law, *Law and Anthropology*, n^{os} 1 (1986), 2 (1987), 3 (1988).

II. – REVUES

Droits et Cultures, publiée par le Centre Droit et Cultures, Université de Paris X – Nanterre.

Bulletin de liaison de l'association « Anthropologie et Juristique », publié par le Laboratoire d'Anthropologie juridique de Paris, Université de Paris I.

Ethnies (droits de l'homme et peuples autochtones), éd. par *Survival International* (France).

Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law.