Norbert ROULAND [1948-]

Docteur en droit, en science politique et en anthropologie juridique

Professeur de droit à l'Université Paul Cézanne.

Membre honoraire de l'Institut Universitaire de France

(1988)

Introduction historique au droit

Un document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, bénévole,
professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi

Courriel: jean-marie_tremblay@uqac.ca

Site web pédagogique : <http://www.uqac.ca/jmt-sociologue/>

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

Une bibliothèque numérique fondée et dirigée par Jean-Marie Tremblay,
professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi

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](#).

Cette édition électronique a été réalisée par Jean-Marie Tremblay, bénévole, professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi à partir de :

Norbert Rouland

INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT.

Paris : Les Presses universitaires de France, 1988, 722 pp. Collection : Droit fondamental, droit politique et théorique.

[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 :

Pour le texte: Times New Roman, 12 points.

Pour les citations : Times New Roman, 12 points.

Pour les notes de bas de page : Times New Roman, 10 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 29 janvier 2011 à Chicoutimi,
Ville de Saguenay, Québec.

Norbert ROULAND [1948-]

Docteur en droit, en science politique et en anthropologie juridique
Professeur de droit à l'Université Paul Cézanne.

INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT

Paris : Les Presses universitaires de France, 1988, 722 pp. Collection : Droit fondamental, droit politique et théorique.

[2]

DU MÊME AUTEUR

Chez le même éditeur :

Anthropologie juridique, 1988, 496 p. ; trad. anglais (Stanford Univ. Press, Stanford ; Athlone, London), italien (Giuffrè, Milano), russe (Norma, Moscou) [En préparation dans Les Classiques des sciences sociales. JMT.]

L'anthropologie juridique, coll. « Que sais-je ? », 1995 (2e éd.), 128p. ; trad. indonésien (Penerbitan Universitas Atma Jaya, Yogyakarta) [En préparation dans Les Classiques des sciences sociales. JMT.]

Droit des minorités et des peuples autochtones (avec J. Poumarède et S. Pierré-Caps), 1996, 581 p. ; trad. espagnol (Siglo Veintiuno ed., Mexico) [En préparation dans Les Classiques des sciences sociales. JMT.]

Chez d'autres éditeurs :

Le Conseil municipal marseillais et sa politique (1848-1875), Aix en Provence, Edisud, 1974, 408p.

Les esclaves romains en temps de guerre, Bruxelles, Latomus, 1977, 106 p.

Les Inuit du Nouveau-Québec et la Convention de la Baie James, Québec, 1978, 218 p. (épuisé)

Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit, numéro hors série d' Etudes Inuit, 3, 1979, 171 p. (épuisé) [En préparation dans Les Classiques des sciences sociales. JMT.]

Pouvoir politique et dépendance personnelle dans l'Antiquité romaine : genèse et rôle des relations de clientèle, Bruxelles, Latomus, 1979, 658 p.

Rome, démocratie impossible ?, Arles, Actes Sud, 1981, 360 p., (épuisé) ; trad. portugais (Ed. Universidade, Brasilia) [En préparation dans Les Classiques des sciences sociales. JMT.]

Les lauriers de cendre, Arles, Actes-Sud, 1984, 446 p. ; trad. espagnol (Edhasa, Barcelona)

Soleils barbares, Arles, Actes-Sud, 1987, 469 p.

Aux confins du droit, Paris, Odile Jacob, 1991, 318 p. [En préparation dans Les Classiques des sciences sociales. JMT.]

L'État français et le pluralisme (476-1792). Histoire politique des institutions publiques, Paris, Odile Jacob, 1995, 378 p. [En préparation dans Les Classiques des sciences sociales. JMT.]

Les statuts personnels et coutumiers en droit constitutionnel français, à paraître.

[3]

*À mes enfants et aux jeunes,
qui vivront dans un monde chatoyant.*

SOMMAIRE

[Introduction](#) : Naissance d'une matière

Première partie **À la recherche du droit et de l'État**

[Chapitre I](#). Le binôme droit/État

[Section I](#). Bref inventaire du concept de droit

[Section II](#). La transition étatique

[Chapitre II](#). La diversité des systèmes juridiques

[Section I](#). Les cultures juridiques non-occidentales: des visions alternatives du droit

[Section II](#). Les droits occidentaux

[Chapitre III](#). La diversité des systèmes étatiques

[Section I](#). Les naissances de l'État

[Section II](#). La Cité-État

[Section III](#). Les États modernes

[Chapitre IV](#). La diversité des systèmes explicatifs

[Section I](#). L'évolutionnisme

[Section II](#). Les critiques de l'évolutionnisme

[Section III](#). Les théories globales

[Chapitre V](#). Au-delà des normes

[Section I](#). Les représentations du droit

[Section II](#). Les pratiques

Deuxième partie

Naissances et migrations des droits européens

Titre I.

La trame juridique de l'Europe : un système pluriel

Chapitre I. Les droits communs

- Section I. La spécificité de l'Europe
- Section II. Les droits communs européens
- Section III. Les codifications européennes
- Section IV. Les Déclarations européennes des droits de l'homme

Chapitre II. Les droits de Common Law

- Section I. Les caractères des droits de Common Law
- Section II. La formation historique de la Common Law en Angleterre

Chapitre III. L'État de justice en France et en Europe

- Section I. Les concepts : de l'État de justice à l'État de droit
- Section II. L'État de justice en France
- Section III. L'histoire des systèmes judiciaires et la construction européenne
- Section IV. La croissance du pouvoir législatif des souverains européens

Titre II.

Les migrations des droits européens

Chapitre I. Les transferts de droit

- Section I. Les agents des transferts
- Section II. Les types de transferts
- Section III. Les effets des transferts

Chapitre II. Les migrations du droit français

- Section I. Les conquêtes révolutionnaires et impériales
- Section II. L'expansion du droit français hors d'Europe

Chapitre III. Les migrations du droit anglais

- Section I. Les principes généraux du droit colonial anglais
- Section II. L'anéantissement du droit autochtone : les Aborigènes d'Australie

- [Section III.](#) La prise en compte des droits autochtones
- [Section IV.](#) Les fluctuations du droit colonial anglais en Amérique du Nord

Troisième Partie

Les mutations de la République

Titre I.

Le destin du pluralisme juridique

[Chapitre I.](#) La monarchie française et le pluralisme juridique

- [Section I.](#) Du droit ethnique au droit pluri-territorial
- [Section II.](#) La réduction du pluralisme juridique

[Chapitre II.](#) La Ière République et la passion de l'Un

- [Section I.](#) Unité et diversité en Europe à la veille de la Révolution française
- [Section II.](#) La Déclaration des droits de l'homme de 1789
- [Section III.](#) Le sacre de l'individu
- [Section IV.](#) Le divorce entre la Révolution et l'Eglise
- [Section V.](#) L'uniformisation

Titre II.

La République transfigurée : le droit positif

[Chapitre I.](#) Les mutations du lien social

- [Section I.](#) L'individu et la société
- [Section II.](#) La crise de la raison juridique

[Chapitre II.](#) L'émergence de la diversité en droit français

- [Section I.](#) Droits de l'homme et diversité des cultures
- [Section II.](#) Les mutations de la conception française de la laïcité

[Chapitre III.](#) La différence dans l'égalité

- [Section I.](#) Les sources du principe d'égalité
- [Section II.](#) Les discriminations positives en droit français
- [Section III.](#) Le principe d'égalité et la diversité des territoires
- [Section IV.](#) L'interprétation pluraliste de l'État unitaire français

[Conclusion générale](#) : pour sortir du dualisme

[Table des matières](#)

[699]

Introduction historique au droit

INDEX DES MATIÈRES

(les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

[Retour au sommaire](#)

- acculturation 1, 32, 33, 75, 101, 103,
139, 198, 201, 202, 203, 217,
221, 260, 346
- Affirmative action 331, 340, 342
- annexion 139, 194, 199, 203, 204,
207, 243, 251, 355, 356
- anthropologie 1, 2, 7, 9, 11, 12, 41,
43, 45, 77, 78, 83, 85, 86, 87, 88,
104, 131, 132, 192, 229, 231,
237, 254, 260, 269, 270
- apartheid 195, 269, 342
- assimilation 32, 33, 55, 60, 61, 63, 67,
87, 129, 139, 203, 205, 221, 222,
239, 242, 243, 246, 254, 263,
268, 270, 287, 288, 290, 326,
334, 340
- autochtones 1, 12, 17, 43, 44, 45, 47,
48, 53, 74, 75, 87, 101, 129, 139,
140, 148, 195, 198, 205 à 208,
210, 215 à 219, 221, 226 à 234,
250 à 253, 255, 256, 259, 262,
265 à 269, 325, 333, 340, 351 à
354
- avortement 23, Conclusion générale
- bouddhisme 18, 87, 247, 258, 308
- Carolingiens 9, 13, 105, 114, 176
- caste 13, 17, 20, 26, 87, 93, 120, 155,
199, 213, 247, 257, 258, 306, 307
- Charte européenne des langues régio-
nales ou minoritaires 74, 129,
290, 357
- christianisme 26, 31, 41, 43, 80, 88 ,
105 à 107, 111, 114, 118, 121,
173, 174, 191, 271, 281, 283,
308, 313, 323
- clan 15, 103, 138, 219, 340
- code 11, 16, 17, 23, 25, 29, 30, 31, 75,
88, 94, 98, 101, 109, 122 à 124,
126, 136, 148, 188, 209 à 215,
219, 222, 224, 225, 239, 247,
259, 260
- Code civil (français) 17, 18, 19, 25,
38, 81, 89, 94, 100, 101, 103,
110, 123 à 126, 194, 196, 203,
204, 208, 210, 214, 225, 232,
243, 244, 275, 277, 280
- collectivités locales 65, 66, 345 à 347,
357
- colonisation 46, 139, 196, 202 à 207,
210, 218, 220, 221, 229, 235,
236, 237, 239, 253, 257, 258,
263, 269, 270, 352

- communautarisme 210, 294, 326
 Congrès de Vienne 59, 68, 194, 225
 Conseil constitutionnel 65, 73, 283,
 286 à 290, 292, 329 à 333, 336,
 345, 347 à 350, 353, 355, 357
 Conseil d'État 330
 Constitution (France) 1, 16, 17, 20,
 21, 37, 39, 56, 58, 65, 67, 68, 70,
 71, 73, 90, 101, 103, 124, 127,
 129, 133, 135, 137, 151, 152, 161
 à 169, 181, 182, 192 à 194, 211,
 213, 215, 222 à 225, 238, 240,
 248, 254, 257, 278, 283 à 290,
 292, 329 à 333, 336, 345, 347 à
 350, 353, 357
 coutume 7, 13, 16, 24, 25, 27, 29, 30,
 31, 34, 62, 63, 74, 75, 83, 85, 86,
 87, 97, 101 à 104, 126, 129, 130,
 131, 138 à 140, 149, 169, 175,
 178, 184 à 188, 190, 214 à 218,
 221, 272 à 274
 démocratie 1, 17, 27, 37, 51, 68, 69,
 77, 90, 103, 152, 161 à 163, 169,
 183, 190 à 194, 270, 279, 294,
 324, 342 à 345
 dharma 13, 18, 307
 Diète 57, 58, 74, 105, 189, 190, 193
 Dieu 22, 23, 24, 26, 33, 43, 76, 77, 80,
 88, 105, 107, 114, 115, 119, 120,
 129, 154, 170, 172, 185, 194,
 203, 206, 217, 223, 226, 229,
 247, 282 à 284, 296, 300, 304,
 309 à 311, 313, 315, 320 à 323
 Digeste 26, 29, 31, 33, 35, 107, 109,
 111, 113, 115, 142, 144, 148
 discrimination 51, 129, 253, 254, 256,
 321, 326, 329 à 334, 338, 340,
 341, 343 à 356
 divorce 1, 12, 21, 31, 47, 81, 87, 90,
 92, 94, 97, 100, 101, 104, 118 à
 120, 123, 173, 215, 224, 281,
 293, 317, 322, Conclusion générale
 dot 34, 35, 86, 173, 215, 244
 drogman 197, 198
 droit canon 31, 41, 47, 87, 102, 107,
 110, 111, 113, 115 à 121, 130,
 132, 139, 143, 152, 164, 172,
 173, 184, 206, 207, 225, 248,
 258, 271, 272, 313
 droit romain 11, 15, 22, 26, 27, 29, 32,
 33, 35, 38, 41, 99, 100, 101, 106
 à 113, 116, 203, 206 à 208, 212 à
 215, 248, 273, 277
 droits de l'homme 19, 23, 38, 41, 45,
 64, 90, 92, 117, 121, 126 à 130,
 152, 163, 165, 169, 181, 191,
 211, 213, 230, 237, 278, 282,
 283, 285, 286, 299 à 301, 303 à
 305, 308
 égalité 1, 10, 13, 14, 21, 23, 27, 31,
 60, 66, 70, 87, 90, 94, 100, 101,
 123 à 126, 129, 151, 153, 159,
 166, 183, 191, 193, 194, 197,
 204, 211, 215, 223, 224, 268,
 278, 279, 284 à 286, 288, 291,
 293, 294, 296 à 298, 300, 303,
 304, 307, 309, 314, 315, 321, 326
 à 331, 333, 334, 335, 336, 341,
 343 à 345
 Equity 134, 142, 143, 146, 149, 150,
 177, 259
 esclave 22, 29, 33 à 35, 50, 106, 174,
 206, 228, 242, 244, 257, 275,
 284, 308
 État de droit 19, 38, 39, 45, 77, 129,
 161 à 166, 169, 193
 ethnie 62, 105, 138, 210, 216, 271,
 272, 292, 294, 295, 308, 326,
 338, 339, 340, 354, 356, 357
 évolutionnisme 2, 17, 44, 79, 80, 81,
 84, 260
 eyre 139, 140, 142
 foulard (islamique) 319 à 321
 Grande Charte 69, 127, 142, 163
 habeas corpus 127, 279
 harmonie 5, 7, 13, 14, 20, 21, 84,
 279, 300
 hindouisme 258, 305, 307, 308
 hiyal 102

- homosexualité 12, 119, 120, 131, 317
- identité 1, 21, 32, 35, 40, 59, 62, 74, 88, 105, 130, 205, 216, 222, 244, 271, 272, 290, 293, 294, 297, 304, 311, 324, 325, 330, 336, 340, 345, 347, 353, 355, 357, Conclusion générale
- immigration 75, 92, 195, 255, 315, 326
- individu 5, 7, 9, 11, 14, 19, 20, 21, 37, 43, 48 à 50, 57, 65, 73, 74, 81, 84, 86, 87, 89, 90, 92, 93, 96, 105, 119, 120, 126 à 129, 148, 151, 152, 158, 161 à 163, 165 à 167, 169, 193, 200, 219, 229, 231, 243, 244, 248, 254, 255, 260, 275, 279, 281, 282, 290, 292, 293, 294, 297, 303 à 306, 307, 318, 327, 339, 341, 344, 345, 351, 356
- indivisibilité 65, 78, 287, 288, 345, 347, 349, 350, 353
- intégration 51, 55, 59, 179, 199, 246, 248, 318, 321, 326
- Inquisition 173, 174
- islam 10, 45, 54, 75, 76, 88, 102 à 104, 220, 240, 246 à 258, 308, 309, 311, 318, 319, 320, 326
- jurisprudence 7, 19, 26, 28, 29 à 31, 38, 65, 88, 97, 101, 117, 119, 123, 125, 147 à 149, 162, 166, 169, 175, 179, 180, 191, 194, 222, 230, 237, 238, 246, 248, 250, 253 à 256, 261, 267
- laïcité 92, 103, 211, 258, 310, 312 à 315, 317, 320 à 325, 338
- langue 5, 58, 63, 70, 71, 74, 76, 105, 124, 125, 132, 139, 199, 204, 214, 222, 226, 227, 236, 248, 252, 255, 256, 258, 275, 288 à 290, 294, 326, 339, 352, 357
- liberté 20, 26, 27, 30, 33, 34, 43, 49, 51, 56, 58, 64 à 66, 71, 73, 77, 81, 84, 87, 90, 92, 103, 105, 106, 120, 125 à 128, 151, 152, 157 à 160, 162, 164, 165, 169, 175, 186, 194, 204, 206, 207, 223, 224, 225, 244, 248, 275, 279, 280 à 283, 284, 287, 289, 290, 294, 300, 303, 304, 323, 324, 339, 340, 345, 347, 353, 356, 357, Conclusion générale
- mariage 18, 20, 24, 26, 30, 32, 38, 81, 86, 87, 90, 94, 98, 99, 100, 101, 103, 114 à 120, 126, 131, 159, 173, 184, 196, 206, 211, 215, 229, 241, 247, 248, 254, 263, 272, 281, 322 à 324, 326, 338
- matrilinéaire 49, 89, 103, 217
- minorités 1, 45, 55, 56, 68, 74, 92, 129, 152, 193, 199, 221, 253, 269, 295, 326, 331, 333, 340, 341, 343, 346, 351, 356, 357
- multiculturalisme 294, 326, 357, Conclusion générale
- multi-ethnique 32, 56, 195
- multinational 55, 56, 61, 66, 68, 70 à 74
- natio 35, 62, 337
- nazi 22, 33, 35 à 38, 71, 84, 87, 105, 110, 131, 168, 179, 215, 270, 294, 297, 305
- noblesse 57, 59, 69, 110, 208, 273, 280, 281, 284
- notaires 41, 96 à 98, 100, 102, 216, 248
- ONU 71, 237, 336, 351, 352, 357
- oralité 5, 75, 199, 200
- pape 23, 101, 105, 109, 111, 113, 114, 115, 117, 121, 154, 173, 174, 183 à 185, 189, 206, 225, 225, 227, 234, 271, 282, 308, 310, 312, 313
- Pétition des droits 163
- pluralisme 17, 31, 32, 38, 46, 47, 63, 68, 72, 74, 76, 91, 102, 121, 122, 136, 139, 152, 176, 185, 190, 191, 204, 205, 218, 221, 225, 231, 237, 238, 240, 241, 248, 254, 258, 271 à 274, 289, 306,

- 314, 315, 340, Conclusion générale
- pluri-législatif (Etat)
- positivistes 1, 11, 23, 25, 36, 38, 47, 67
- pouvoir législatif 10, 39, 67, 103, 114, 115, 117, 165, 168, 184 à 188, 190, 222, 225
- Proclamation royale (de 1763) 238, 267
- protestants 120, 126, 128, 130, 194, 261, 282, 312
- race 33, 34, 38, 40, 62, 73, 84, 101, 106, 229, 253, 255, 270, 294, 295, 305, 314, 327, 329, 331, 333, 337 à 343, 353
- religion 1, 9, 13, 23, 26, 38, 40, 41, 51, 53, 67, 73 à 76, 88, 90, 93, 105 à 108, 144, 173, 174, 176, 250, 258, 282, 294, 298, 308, 311 à 318, 320 à 324, 326, 329, 337, 338, 357
- sexe 43, 44, 284, 286, 295, 297, 327, 329, 330, 333, 334, 335, 342, 343
- souveraineté 9, 16, 23, 31, 45, 46, 57, 64, 114, 117, 127, 129, 149, 151, 163, 166, 171, 172, 185, 191, 192, 204, 206, 207, 211, 227, 232, 233, 236, 238, 251, 255, 279, 345, 349, 355
- statut personnel 65, 196, 215, 218, 222, 239, 240, 248, 253, 259, 269, 326, 338, 353
- terra nullius 205, 253, 254
- TOM 65, 288, 340, 347
- turc 103, 197, 198, 211, 290
- uniformisation 17, 32, 49, 57, 59, 102, 106, 129, 150, 180, 190, 193, 287, 294
- uniformité 19, 20, 21, 31, 107, 125, 136, 152, 190, 191, 194, 204, 207, 253, 258, 279, 286, 288, 294, 321, 349, Conclusion générale
- unitaire (Etat) 16, 29, 54 à 60, 63, 64, 65, 67, 70, 152, 222, 224
- unité normative 271, 275, 348, 355
- universalisme 1, 21, 81, 83, 84, 87, 105, 129, 152, 294, 296, 299, 300, 304, 311, 325, 337
- writ 139, 143, 177, 187

[702]

Introduction historique au droit

INDEX DES NOMS PROPRES

*(personnes, pays, ethnies)**(les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)*[Retour au sommaire](#)

- Aborigènes (Australie) 36, 205, 251 à 255, 265, 269
 Alexandre
 Algérie 1, 205, 239, 309, 318, 338
 Allemagne 12, 38, 40, 41, 57, 58, 61 à 63, 68, 87, 105, 107, 109 à 111, 115, 120, 122, 123, 125, 126, 131, 152, 161, 169, 174 à 176, 179, 181 à 183, 191, 193, 194, 204, 206, 208, 213, 215, 222, 225, 235, 239, 270, 297, 323, 326, 333, 343
 Alliot M. 20, 21, 41, 45, 88, 201 à 203, 217, 221
 Alsace-Moselle 222
 Amérindiens 1, 14, 221, 226, 227, 229, 232 à 236, 238, 249, 265, 266, 268, 352, 353
 Angleterre 10, 55, 59, 61, 62, 69, 87, 106, 115, 120, 123, 130, 132, 133, 136 à 141, 143, 151, 152, 166, 176, 177, 182, 186, 190, 191, 193, 194, 196, 197, 198, 201, 204, 205, 225, 227, 235, 249, 250, 251, 255, 258, 259, 262, 263, 265, 266, 324, 326
 Aristote 87, 105, 181, 188, 206, 247
 Arkoun M. 104, 309, 326
 Arnaud A.J. 78, 126, 131
 Assier-Andrieu L. 5, 12
 Autriche-Hongrie 68, 69, 71, 75
 Aztèques 48, 53, 199
 Bacon 123, 144
 Badinter R. et E. 41, 297, 311, 320
 Bart J. 109, 110, 1120
 Baxter (arrêt) 333
 Beaumanoir (Philippe de) 185
 Béchillon (de) 4, 12, 38, 103
 Belgique 59, 68, 70, 120, 181 à 183, 193, 194, 204, 214, 225, 270, 323, 326, 336
 Belkacemi N. 246
 Blanc F.P. 104
 Bodin 2, 87, 104, 116, 194, 226
 Bonaparte 106, 123, 126, 164, 165, 223, 224, 246, 286, 313, 323
 Borella J. 338
 Boulvert G. 34, 41
 Burke 125, 226, 304
 Calvin (Affaire) 196, 204, 249 à 251, 258, 266
 Canaques 219, 221, 338, 340, 350, 352 à 355
 Carbasse J.M. 12, 192

- Carbonnier J. 94, 95, 209
 Carré de Malberg 73, 157, 161, 193
 Chine 10 à 19, 41, 44, 46, 48, 56, 75, 81, 86 à 88, 165, 195, 198, 199, 210, 212, 213, 242, 270, 303, 325
 Clastres P. 44 à 46, 78
 Colbert 123, 156, 228, 274, 275
 Confucius 14, 16, 21, 87, 88, 212, 308
 Coriat J.P. 41
 Danemark 87, 124, 138, 193, 194, 324
 David R. 12, 41, 102, 106, 107, 131, 132, 150, 151, 153, 193, 194, 210, 269
 Debbasch R. 78, 287, 288, 290
 Deckker (de) P. 104
 Deng Tsiao Ping 16, 19
 Durand B. 54, 78, 104
 Durkheim 5, 50, 89, 335
 Ecosse 61, 250
 Empire germanique 57, 60, 110
 Empire romain 31, 32, 49, 75, 105, 107, 109, 110, 195, 248
 Espagne 46, 55, 56, 67, 87, 90, 106 à 108, 119, 123, 160, 169, 174, 181, 182, 183, 187, 188, 191, 193, 194, 195, 206, 207, 225, 227, 235, 276, 322, 331, 348
 Favoreu L. 336, 338
 Garapon A ; 192
 Gaudemet J. 12, 23, 24, 30, 41, 78, 110, 131, 190, 221, 248
 Girault
 Gratien 1, 115, 117
 Grèce 15, 23, 41, 50, 51, 54, 129, 152, 169, 183, 208, 247, 248, 324, 326, 336
 Grégoire IX 115, 174
 Grewe C. 68, 165, 169, 191, 192, 193, 194
 Grotius 43, 107, 128, 230
 Guyane 104, 228, 232, 352 à 354
 Habsbourgs 61, 115, 108, 110, 124, 276
 Harouel J.L. 12, 159, 160, 192, 223, 224
 Hauriou 40, 47
 Hayek 297
 Henri II (d'Angleterre) 139, 140, 141, 187
 Hilaire J. 96, 97, 101, 104, 185, 192
 Inca 46, 48, 49, 199
 Inde 10 à 14, 41, 44, 46, 75, 76, 195, 197, 205, 246, 247, 257 à 260, 308, 350
 Inuit 221, 229, 253, 267
 Irlande 61, 139, 151, 152, 194, 219, 249, 323, 324
 Italie 40, 46, 52, 62, 67, 87, 90, 108, 110, 120, 121, 123, 126, 152, 162, 169, 174, 178, 181, 182, 183, 191, 193, 194, 197, 204, 210, 211, 212, 223 à 225, 248, 305, 322, 331, 336, 348
 Japon 12, 17, 18, 41, 87, 211 à 213, 220, 270, 307
 Juifs 1, 12, 22, 26, 33, 38 à 41, 110, 114, 120, 145, 173, 183, 184, 226, 248, 258, 270, 282, 284, 292, 309, 311
 Justinien 1, 26, 29, 31, 107, 109, 115, 120, 121, 142, 144, 188
 Kalanke (arrêt) 343
 Karpe 238
 Kelsen 37, 38, 47, 72, 73
 Lajoie A. 231, 232, 246
 Lapierre W. 44 à 46, 78
 Le Pourhiet A-M. 294, 344
 Le Roy E. 7, 45, 85, 218, 219, 221, 242, 269
 Legré H. 244
 Lévi-Strauss C. 1, 5, 20, 46, 83, 86, 102, 199
 Lévy J-P. 97, 104
 Liang Zhiping 15, 41
 Lochak D. 12, 40, 41, 327, 330, 338, 340
 Locke 43, 116, 127, 128, 194, 226, 296

- Lombard J. 8, 10, 12
 Louis XIV 2, 33, 63, 123, 156, 159,
 163, 164, 186, 190, 225, 235,
 274, 275
 Luxembourg 119, 129, 152, 323, 343
 Maastricht 55, 74, 290
 Mabo (arrêt) 235, 253, 269
 Madiot Y. 325, 344, 345
 Maine 2, 12, 43, 44, 78, 80, 81, 26
 Maistre 304
 Malinowski 5, 8, 20, 44, 49, 50, 82
 Mao Dze Dong 16, 212
 Maori
 Marckx (arrêt) 343
 Mareschal J.R. 279
 Marschall (arrêt) 343
 Marx K. 1, 44, 80, 297, 304, 338
 Melin F. 331, 338
 Ménager L.R. 27, 35, 41
 Mestre J.-L. 164
 Metternich 70, 194
 Michalon T. 350
 Modrzejewski J. 248
 Montesquieu 20, 29, 67, 93, 120, 128,
 164, 181, 226, 296
 Morabito M. 35, 41
 Morin M. 236, 246, 269
 Moutouh H. 294, 295, 320, 325, 342
 Moyrand A. 65, 67
 Napoléon 16, 33, 58, 70, 75, 120, 122,
 125, 126, 136, 151, 152, 160,
 165, 194, 204, 208, 214, 224,
 225, 250, 275, 277, 289
 Norvège 48, 87, 124, 169, 193, 194
 Nouvelle-Calédonie 205, 215, 216,
 219, 239, 253, 254, 288, 338,
 340, 348, 350, 353 à 355
 Nouvelle-Zélande 255, 256, 269
 Papachristos A.C. 208, 214, 221
 Pays-Bas 59, 68, 93, 119, 120, 152,
 169, 181 à 183, 193, 194, 204,
 213, 221, 277, 323, 326
 Pierré-Caps S. 12, 56, 64, 69, 71 à 74,
 78, 221, 346
 Poirier J. 12
 Pologne 110, 115, 129, 190, 191, 210,
 225, 276
 Polynésie 340, 352, 355
 Portalis 124, 126
 Portugal 67, 107, 129, 169, 174, 178,
 181, 182, 183, 193, 194, 206,
 235, 332
 Poumarède J. 11, 12, 62, 63, 131, 158,
 246
 Ptolémée 247, 248
 Renan 337
 Renner 68, 72 à 74, 78
 Rials S. 128
 Rigaudière A. 117, 155, 175, 192,
 Rigaux F. 37, 38, 41
 Robespierre 101, 283 à 286, 313
 Rome 8, 9, 15, 22 à 33, 35, 41, 44, 50
 à 52, 79, 99, 105, 111, 114, 115,
 120, 123, 129, 139, 172, 204,
 210, 223, 225, 244, 248
 Rouland N. 12, 41, 221, 246, 269
 Roume 218
 Rousseau J. J. 43, 45, 78, 87, 105, 106,
 128, 151, 159, 194, 210, 279,
 296, 297, 328
 Royer J.-P. 12, 41, 131, 181, 182, 192
 Ruiz-Fabri H. 165, 169, 191 à 194
 Savigny 125, 126, 194, 204, 304
 Schmitt C. 38, 41
 Siéyès 42, 64, 279, 283, 284, 286, 338
 Suisse 56 à 58, 68, 110, 126, 152, 193,
 212, 224, 225, 277
 Tanistry (Affaire) 249
 Théroigne de Méricourt
 Todd E. 86, 87
 Touraine A. 294, 296, 320
 Troper M. 4, 12, 38, 41
 URSS 129, 224, 234, 242
 Vanderlinden J. 4, 12, 196, 198, 221,
 242, 269
 Vattel 230, 243
 Verdier R. 7, 12, 45, 78, 84, 85, 269
 Viala A. 56, 59, 78, 106, 108, 131,
 Vichy 11, 12, 22, 35, 39, 40, 41, 183,
 200, 304

Vitoria 206, 221, 230

Voltaire 43, 80, 105, 106, 120, 159,
163, 301

Waitangi (Traité de) 255, 256, 269

Weber F. 347

Wieviorka M., 320

Yougoslavie 68, 70 à 72, 87, 120, 129

Zeldin T. 290

[9]

Introduction historique au droit

INTRODUCTION

NAISSANCE D'UNE MATIERE

«... nous [les Français] faisons abstraction de toute différence nationale, nous nous montrons souvent d'un amour-propre collectif ombrageux à l'excès, mais nous nous fermons volontiers aux idées étrangères et aux étrangers eux-mêmes (...) nous n'éprouvons que peu le besoin (...) de nous mêler de la vie du dehors. »

E. Durkheim, L'Education morale, (1925).

[Retour au sommaire](#)

1. UNE HISTOIRE DES DROITS. - L'histoire passe souvent pour un luxe dans les facultés de droit. En ces temps de chômage, on valorise toujours plus la finalité professionnelle des enseignements, qui s'essoufflent à suivre l'inflation des normes juridiques. Reconnaissons-le : beaucoup de professions juridiques ne requièrent aucune compétence historique. On peut être un très bon fiscaliste ou avocat d'affaires sans connaître le moindre mot du *Digeste* de Justinien, du *Décret* de Gratien, sans parler du *Miroir des Saxons*. De manière logique, l'enseignement du droit reflète en grande partie ce constat. On lui prescrit de s'adapter toujours plus aux demandes des milieux professionnels. Parallèlement, parmi les universitaires, dominant les positivistes, attachés à une approche purement technique du droit qui laisse loin derrière elle la nécessité d'une réflexion théorique et critique. La détermination du contenu et de l'orientation des enseignements s'en ressent nécessairement. Ajoutons que la fonction descriptive est très importante en droit : l'ex-

posé souvent complexe des mécanismes juridiques prévaut sur leur éventuelle mise en cause. La célèbre anthropologue M. Mead disait que le candidat aux études de psychologie avait des problèmes de personnalité, celui intéressé par la sociologie ne se sentait pas à l'aise dans sa société d'origine... quant à l'aspirant à l'anthropologie, il cumulait ces deux traits. Elle avait en grande partie raison. En général, les juristes n'éprouvent guère ce genre de doutes. Mais que serait la recherche sans des âmes inquiètes ? Le droit peut servir aux sciences humaines. Aujourd'hui en tout cas, il n'en constitue pas une.

[10]

Par ailleurs, il n'est nullement prouvé que, même sur un plan théorique, l'histoire serve à quelque chose. Ses partisans soulignent toujours qu'elle peut éclairer le futur. Mais le célèbre constat de P. Valéry donne à réfléchir : « L'histoire justifie ce que l'on veut. Elle n'enseigne absolument rien, car elle contient tout et donne des exemples de tout. Elle est le produit le plus dangereux que la chimie de l'intellect ait élaboré ». L'histoire annonce-t-elle l'avenir ? Certainement, mais d'une manière qui nous demeure opaque : les historiens qui ont pris le risque le prédire se sont presque toujours trompés. Au-delà du court terme, l'enchevêtrement des facteurs engendre une complexité trop grande pour qu'on puisse tracer son évolution. Après tout, la Révolution ne devait pas nécessairement accoucher de la République : en 1789, l'opinion était hostile aux privilégiés, mais croyait toujours en la monarchie, d'ailleurs présente dans notre première Constitution (1791). Il y a plusieurs manières de parvenir à la démocratie : l'exemple anglais le montre bien, où elle naquit de la monarchie parlementaire. On peut même soutenir que si l'histoire ne prédit pas l'avenir, le présent explique l'histoire. En effet, nous interrogeons le passé en fonction des transformations de notre époque¹. Des objets de recherche nouveaux surgissent tandis que d'autres s'effacent. On s'est ainsi intéressé à l'histoire des femmes à partir des années soixante et dix ; nous nous tournons maintenant vers celle du droit des homosexuels ou des minorités, sans compter la floraison des ouvrages sur le droit musulman, autrefois parent pauvre du droit comparé. Simultanément, les commentaires de la pensée de Marx sont en chute libre. Cette posture face au passé explique la naissance de la matière

¹ Pour quelques exemples de reconstruction des identités nationales (dont celle de la France), cf. : Mémoires des peuples, Projet, 248, décembre 1996. Sur l'identité culturelle, cf. Memmi A., Les fluctuations de l'identité culturelle, Esprit, janvier 1997, 94-106.

à laquelle est consacré cet ouvrage : une introduction historique au droit, qui, suivant les recommandations des promoteurs de la réforme des enseignements d'histoire du droit, doit désormais accorder une place importante aux droits européens. Car la construction de l'Europe est aujourd'hui une de nos préoccupations majeures. Le présent modèle le passé : on y cherche des solutions -les intégristes poussent cette démarche à l'extrême - alors qu'il faudrait se satisfaire d'y trouver des idées... et aussi du plaisir (l'étude du passé fait voyager), ce qui ne compte pas pour rien.

[11]

Cependant, à supposer qu'elle soit un luxe, la démarche historique en est des plus utiles.

Elle donne des idées générales, dans une époque qui en a grand besoin. D'abord parce que nous devons faire face à la disparition des grands systèmes explicatifs. Ensuite en raison d'un effet pervers des techniques modernes de communication : la surinformation peut dégénérer en désinformation. Jamais l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » n'a été aussi fictif. Personne ne sait avec précision combien de lois sont actuellement en vigueur : 100,000 peut-être... mais combien d'appliquées ? Car l'excès de droit conduit à son ineffectivité, même à l'âge des ordinateurs. D'autre part, l'histoire ne peut se contenter de décrire le passé. Elle doit aussi tenter d'expliquer les causes des transformations qu'elle constate, ce qui nécessite le recul salutaire que se refusent les positivistes. L'historien du droit constate notamment que le droit n'est pas toujours à la traîne des mœurs, contrairement aux lieux-communs. Quand les révolutionnaires instituent le divorce et l'égalité successorale entre hommes et femmes, ils bousculent les habitudes de la majorité des Français. D'ailleurs, leurs adversaires leur reprocheront moins l'exécution du roi que ce qu'ils estimaient être la mise à mort de la famille. De nos jours, on sait que la suppression de la peine de mort continue à diviser la France. Mais pourquoi parler de « recul salutaire » ? D'une part parce qu'il permet de relativiser des évolutions, et d'être moins surpris par les changements inopinés. Il y a trente ans, qui aurait cru au retour sinon des religions, du moins des préoccupations religieuses ? Surtout en France, la loi d'une inéluctable séparation entre le monde du droit et celui de la religion semblait gravée dans l'airain. D'autre part, ce recul nécessite de sortir du droit pour mieux l'expliquer. Et donc de rencontrer en chemin d'autres ordres normatifs, comme la morale ou la reli-

gion, et d'éviter certaines dérives. Car poussée à l'extrême, la machine positiviste peut s'emballer. Les exemples sont de toute époque. Les juristes romains ont assimilé à un vice caché l'état de grossesse (non apparent) d'une esclave mise sur le marché. Beaucoup plus près de nous, en 1824, la Cour de Cassation n'est pas en reste quand elle cherche à définir la nature juridique de l'esclave français : « L'esclave est une propriété dont on dispose à son gré (...); cependant, la femme, le mari et les enfants impubères ne peuvent être vendus séparément s'ils sont sous la puissance d'un même maître ; (...) cette propriété est mobilière toutes les fois que l'esclave n'est pas attaché à la [12] 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 (...) l'enfant [suivant] toujours la condition de la mère » ².

On sait aussi que sous le régime de Vichy, après la publication des statuts concernant les Juifs, une partie de la doctrine n'hésita pas à dissenter sur les critères de qualification de leur identité, comme sur la nature des procédures destinées à les déposséder de leurs biens. Un nouvel objet juridique se présentait, il fallait bien en traiter. Souvent ces auteurs n'étaient pas particulièrement antisémites, ce qui aggrave encore ce constat.

Outre qu'elle permet de tresser certains colliers au droit, la démarche historique conduit à mieux délimiter les contours des enjeux que certains tirent du passé. En effet, il y a plusieurs demeures dans la maison du droit. L'histoire ne hante pas celle du spécialiste de la TVA. Mais elle peut être ailleurs déterminante. Songeons à ce nouveau droit qui naît un peu partout dans le monde : celui des minorités et des peuples autochtones. Tous ces différents groupes se réclament, à tort ou à raison, d'une situation particulière ancrée dans leur histoire qui leur donnerait dans le présent des droits spécifiques. L'histoire est ici sollicitée, de manière souvent contraire par leurs partisans et leurs adversaires. Il convient d'autant mieux de la connaître. C'est pourquoi la plupart des Français n'ont rien compris au conflit yougoslave, ces préoccupations « ethniques » leur semblant réservées à des peuples lointains. Plus profondément, on remarquera avec Claude Lévi-Strauss

²

Conclusions présentées par Favard, Req., 1/12/1824, Jur.gén., 1^{ère} éd, p.674 ad.not. Cf. aussi Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t.4, Esclavage, p.737 à 744.

que ces utilisations différentielles de l'histoire rappellent celles de la mythologie dans les sociétés traditionnelles. Les mythes sont appropriés par des groupes sociaux différents qui les utilisent pour expliquer leur promotion ou leur déchéance, justifier des privilèges existants ou revendiqués. Aujourd'hui l'histoire, passion bien française, remplit souvent ce rôle (il y a plusieurs histoires de la Révolution française... ou de la guerre d'Algérie suivant les lieux politiques d'où on les observe aujourd'hui). L'histoire est un palimpseste ³.

[13]

Admettons donc que, contrairement à certaines impressions préliminaires, l'histoire n'est pas un luxe gratuit. Reste à savoir si aujourd'hui il convient de faire celle du droit ou *des* droits. Longtemps on a pu croire que suffisait la forme singulière : on enseignait l'histoire des institutions françaises sous le titre générique d'*Histoire du droit*, sans penser à mal. Une telle position n'est plus tenable. Le changement vient bien sûr de la construction européenne : d'anciens adversaires sont devenus nos alliés, un ordre juridique nouveau apparaît en Europe. La tentation est donc grande de juger à l'aune de l'histoire l'innovation dont il procède : y a-t-il des précédents ? Il serait réconfortant d'en trouver, puisque nous sommes toujours dans l'espérance d'un sens de l'histoire. Encore faut-il le vérifier. Donc, une histoire *des* droits car pour l'historien il n'y a pas un seul droit en Europe, ni même un seul droit européen.

Mais l'Europe elle-même n'est qu'une partie du vaste monde qu'elle a tôt entrepris d'explorer, faisant voyager ses droits : l'historien ne peut ignorer ces migrations. Dans le passé, elles étaient surtout à sens unique : les droits français et anglais se sont imposés aux Amérindiens, et non l'inverse. Aujourd'hui, le tableau est moins clair. Les droits européens vivent toujours hors d'Europe, mais des droits venus d'ailleurs la pénètrent : on pense au droit musulman, en attendant peut-être d'autres.

Enfin, une histoire *des* droits en raison de la mondialisation. On en souligne aujourd'hui surtout les aspects économiques. Mais l'uniformisation de la consommation ne va pas nécessairement de pair avec celle des cultures. Au contraire, on observe un peu partout (y compris en France) des mouvements identitaires qui

³ Parchemin dont le texte original a été gratté et portant un nouveau texte, cela par économie à une époque (médiévale) où le matériau de support de l'écriture coûtait cher.

vont chercher loin dans l'histoire leurs justifications. L'accent est mis sur le spécifique au détriment du commun (on connaît le leitmotiv de

l'« exception française », agité dans bien des domaines par notre pays qui, par ailleurs, se veut universaliste... d'autant plus facilement que l'ignorance de l'étranger est un trait bien français). Au point qu'un auteur américain, S. Huntigton, a récemment prédit que le XXI^e siècle serait celui d'un nouveau type d'affrontements⁴. Les traditionnelles causes économiques ou idéologiques passeraient derrière des motivations d'ordre culturel jaillissant d'inéluctables conflits de valeurs : « Les lignes de fracture [14] entre civilisations seront les lignes de front de l'avenir ». On sait ce qu'il faut penser des prédictions à base historique. Cependant, ce danger n'est pas illusoire. Pour le conjurer, on peut interroger l'histoire d'une autre manière et s'attacher à mettre en relief les phénomènes d'acculturation résultant des transferts de droit. Une troisième voie, entre l'universalisme abstrait et le repli identitaire. L'histoire des droits est aussi celle des métissages juridiques.

Mais l'ampleur de la tâche entraîne des contraintes non négligeables. Précisons-les.

2. LES LIMITES DE CETTE HISTOIRE DES DROITS. - La matière ainsi assignée à notre démarche est quasiment infinie. On renoncera d'emblée à tenter de la subjuguier en sept cents pages. La tentative a pourtant déjà été faite au siècle dernier, par les auteurs évolutionnistes. Dans l'esprit du temps, ceux-ci pensaient qu'existaient des grandes lois de l'évolution valables dans toutes les sociétés, occidentales ou non. Il était donc nécessaire et suffisant de collecter toutes les informations disponibles sur tous les droits et de classer ces données suivant un certain nombre de schémas pré-établis qui révéleraient un ordre uniforme derrière l'apparence de la diversité. Les auteurs allemands (H.E. Post, J. Kohler) se sont illustrés dans cette démarche et ont accompli un travail titanesque, malheureusement difficile à utiliser aujourd'hui en raison des présupposés qui les animaient. Non sans raison, on fait remonter à cette époque la naissance de l'anthropologie juridique moderne, dans le sens étymologique d'un discours sur l'être humain dans sa plus grande généralité. Si les auteurs allemands ont construit un évolutionnisme rigide, H. Sumner-Maine, un grand juriste anglais considéré comme le fondateur

⁴ Cf. le dossier consacré à ses thèses dans : *Commentaire*, volume 18, n° 66, 1994, pp 238-280.

de cette anthropologie, était plus mesuré. Il croyait néanmoins en une origine commune indo-européenne de notre civilisation, dont il s'efforçait de retrouver la trace dans l'évolution des différents droits européens depuis la matrice indienne. Quoiqu'il en soit des différences entre ces auteurs, il suffit de consulter leurs ouvrages pour constater que nous y verrions beaucoup plus aujourd'hui des historiens du droit attirés par un certain exotisme que des anthropologues. Mais au début du siècle suivant, des enquêtes menées directement sur le terrain ont montré le caractère exagérément systématique des thèses évolutionnistes, qui entrèrent dans un déclin rapide. De plus, la première moitié du XX^{ème} siècle européen a été dominée [15] par les nationalismes. Cette ouverture en direction des systèmes juridiques étrangers n'a donc pas duré et l'histoire du droit s'est engagée dans des perspectives principalement nationales, même si à l'heure actuelle la plupart des anthropologues du droit français ont eu une première formation d'historiens du droit (à la différence des milieux anglo-saxons). Une exception notable cependant : celle des travaux de la Société Jean Bodin, publiés sous la forme de nombreux Recueils thématiques (*La femme, La ville, La coutume, La preuve*, etc.), qui envisagent l'histoire des droits (occidentaux *et autres*) dans leur pluralité. On peut par ailleurs effectuer avec profit des incursions chez les comparatistes. Si leurs préoccupations essentielles concernent le droit positif, les données historiques ne sont pas absentes de leurs oeuvres. D'autre part, les systèmes d'origine européenne les occupent principalement et on trouvera chez eux beaucoup d'informations sur les droits de *Common Law*, profondément exotiques pour un juriste français.

Par un chemin différent, il est donc temps de renouer avec une tradition pluraliste de l'histoire des droits. Pluraliste, et d'autant moins exhaustive. Car un ouvrage de cette dimension ne peut avoir qu'une ambition limitée par rapport aux domaines auxquels il se propose d'introduire, qui couvrent une bonne partie de l'histoire de l'humanité. Nous avons donc dû prendre le parti de laisser bien souvent le lecteur insatisfait, nous contentant d'ouvrir devant lui quelques pistes sur lesquelles il lui faudra poursuivre seul. Nous procéderons donc le plus souvent par idée générales, appuyées par quelques exemples : c'est après tout la fonction d'une introduction. La même contrainte s'impose à la bibliographie. Dans les rubriques *Pour aller plus loin*, situées à la fin de chaque chapitre, nous ne donnerons que quelques titres à partir desquels le lecteur pourra par ricochet élargir le cercle de ses références. Par ailleurs, dans un souci d'allègement du texte, nous avons choisi

de réduire au minimum les notes de bas de pages. Quand un auteur est cité dans le corps du texte, on trouvera la référence à l'oeuvre visée dans ces mêmes rubriques bibliographiques.

Autre limite à tracer dans un ouvrage historique : la chronologie. La réforme des enseignements dont procède celui-ci prescrit de mettre l'accent sur l'époque moderne : les historiens la font débiter à la fin du Moyen Age. Nous nous y conformerons donc, en nous réservant cependant la faculté de pousser parfois jusqu'à l'époque immédiatement [16] contemporaine. Mouvement logique, dans la mesure où nous interrogeons l'histoire à partir de notre présent.

Le nouveau programme présente une dernière exigence. Avant de plonger dans nos passés, il convient d'éclairer les principaux concepts que nous allons rencontrer tout au long de nos explorations : le droit et l'État. Ce qui n'est pas une mince tâche, tant ce couple entretient des relations complexes. Il sera donc nécessaire de consacrer à sa recherche la première partie de cet ouvrage, où l'anthropologie juridique sera particulièrement présente. Puis nous aborderons des rivages découpés, mais plus fermes : ceux des droits européens, envisagés dans leurs naissances et migrations. Enfin, suivant un choix dont nous ne nions pas la part d'arbitraire, nous consacrerons une dernière partie aux mutations de la tradition juridique française. Qu'entendons-nous par là ? On affirme communément qu'en France plus qu'ailleurs l'État a construit la Nation, à la différence d'autre pays européens ou celle-ci a pré-existé à l'unification étatique. Fondé dans son principe, cet argument plonge d'autres réalités françaises dans une pénombre parfois trop sombre. L'État à la française s'est certes construit par la réduction des particularismes et la centralisation politique, administrative et juridique. Mais cela au cours d'un processus très lent, qui a duré des siècles. En fait, la majeure partie de l'histoire de la France est dominée par des systèmes juridiques pluriels, ce qu'on oublie trop facilement. Quand Louis XIV, notre souverain le plus absolu, parcourait son royaume, le français ne lui servait pas longtemps : à quelques lieues de Paris, on l'interpellaient en picard. Et à Marseille, il avait besoin d'un interprète... En 1684, une enquête cartographique lui révèle que la superficie du royaume est d'un tiers inférieure à ce que l'on croyait⁵. Il faudra donc revenir sur certaines idées reçues. D'autant plus qu'à l'heure actuelle, notre système juridique voit se transformer les

⁵ Cf. Harouel J-L. et alii, Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution, Paris, PUF, 1993, p. 426.

fondements hérités de la période révolutionnaire : la France demeure un État unitaire, mais son interprétation pluraliste est désormais possible. La troisième partie de cet ouvrage portera sur ces problèmes.

[17]

Introduction historique au droit

Première partie

À la recherche du droit et de l'État

[Retour au sommaire](#)

3. LA DIVERSITÉ DES HYPOTHÈSES. - Dans la tradition juridique française comme dans les mentalités actuelles, un couple semble bien assuré de durer : celui du droit et de l'État. Les normes juridiques sont produites par des institutions étatiques s'exprimant par les pouvoirs législatifs et réglementaires, et accomplies par des tribunaux qui jugent au nom du peuple français⁶. Pour autant, cette conjugalité n'est pas universelle. Déjà dans les droits de *Common Law*, le juge paraît plus important que le législateur étatique, au moins si l'on compare sa place à celle qu'il occupe dans le système français. Plus loin de nous dans l'espace et le temps, la complexité s'accroît. Des sociétés étatiques peuvent n'accorder qu'une place restreinte au droit et on peut se demander si celles qui n'ont pas connu l'État ne pratiquaient pas malgré tout un type de régulation juridique. Comme on le devine, les réponses aux questions que soulèvent ces problèmes dépendent largement des termes initiaux : y a-t-il des définitions universellement

⁶ Cf. Viallet L., *La justice est-elle rendue au nom du peuple français ?*, Mémoire DEA Théorie Juridique, Aix-en-Provence, 1997.

reconnues du droit et de l'État ? Préliminaires importants, qui seront l'objet d'un premier chapitre, consacré au binôme droit/État. Munis de ce viatique, nous pourrons ensuite nous aventurer dans un monde d'une diversité foisonnante, dont les expériences historiques témoignent de la diversité des systèmes juridiques (Ch.2) et des systèmes étatiques (Ch.3). Après ces explorations, une halte sera nécessaire. Car le constat de la diversité n'est utile que dans la mesure où il sert à amorcer une réflexion sur la possible existence d'un ordre sous-jacent à cette diversité. Un [18] quatrième chapitre sera donc consacré à l'exposé de quelques systèmes explicatifs. Enfin, au risque de réintroduire l'incertitude, dans un cinquième chapitre, nous essaierons d'entrevoir la face cachée du droit, ou en tout cas celle qui est traditionnellement minorée dans son enseignement : et s'il ne consistait pas seulement en normes ?

[19]

Introduction historique au droit

Première partie :
À la recherche du droit et de l'État

Chapitre I

Le binôme droit/État

Les hommes s'habitueront graduellement à respecter les règles élémentaires de la vie en société (...) sans violence, sans contrainte, sans soumission, sans cet appareil spécial de coercition qui a nom : l'État.

Lénine, L'État et la révolution.

[Retour au sommaire](#)

On ne peut parler du droit que sous bénéfice d'inventaire. Il ne correspond pas partout et toujours aux mêmes objets, aux mêmes fonctions, et ne revêt pas les mêmes apparences. Il dépend aussi d'institutions qui interfèrent avec lui : l'État, notamment.

Section I

Bref inventaire du concept du droit

[Retour au sommaire](#)

4. LE DROIT NE VA PAS DE SOI. - Le droit et l'État appartiennent à la famille assez étendue des concepts qui ne sont clairs qu'entrevus de loin. Dès qu'on cherche à s'en approcher, la vision se brouille. Ce constat n'est pas neuf. Déjà Kant écrivait que les juristes en étaient toujours à définir leur concept de droit. Aujourd'hui, des théoriciens comme M. Troper et D. de Béchillon constatent qu'aucune définition universelle du droit n'existe, et, pis encore, qu'il faut renoncer à l'espoir d'en découvrir une, car le droit est une opération intellectuelle de qualification, et non un objet réel donné *a priori* par la nature. Une expérience tentée en 1989 par *Droits*, une importante revue française de théorie juridique, semble le montrer. L'idée de la rédaction était de demander à une cinquantaine d'auteurs de donner en quelques pages leur conception du droit. Ensuite, un travail de synthèse aurait dégagé quelques grandes options, à défaut de parvenir à une solution unique. Les contributions furent réunies, mais l'objectif ne put être atteint en [20] raison de la trop grande diversité des définitions données. Un des grands maîtres de notre temps, le doyen Vedel, eut même la franchise d'écrire : « Voilà des semaines et mêmes des mois que je « sèche » laborieusement sur la question (...) « Qu'est-ce que le droit ? » (...) me voilà déconcerté tel un étudiant de première année remettant copie blanche, faute d'avoir pu rassembler les bribes de réponses qui font échapper au zéro ». Il concluait quand même : «... si je sais mal ce qu'est le droit dans une société, je crois savoir ce que serait une société sans droit ». Le tableau n'est guère plus rassurant du côté des comparatistes. J. Vanderlinden a ainsi relevé que cherchant à comparer les systèmes juridiques, ils n'utilisaient pas moins de quatorze critères, ce qui semble repousser d'autant l'espoir d'une théorie unitaire du droit.

5. LE DROIT ET L'ÉTAT, UN COUPLE INSTABLE. - Fatalement, le problème se complique encore quand on cherche à définir la nature de la liaison entre le droit et l'État. Pour un Français, elle est si évidente qu'il n'est même pas utile de s'interroger sur sa légitimité. L'anthropologue ici s'alerte : il sait bien que les évidences les plus « naturelles » sont souvent celles les plus culturellement dépendantes. Il reste que traditionnellement, les juristes, à l'exception des historiens du droit des périodes anciennes, ne s'intéressent pas aux sociétés dont le droit n'est pas fermement arrimé à l'État. Quand ce dernier n'existe pas ou peu, ils concluent en général à l'existence d'un droit de qualité inférieure (le droit coutumier) notamment parce que non écrit, ou même à l'inexistence de tout droit. Pourtant, un adage romain dit bien que là où il y a vie en société, se trouve aussi le droit (*ubi societas, ibi ius*). Ainsi posé, le débat est assuré de tourner indéfiniment en rond. À notre sens, mieux vaut sortir des définitions binaires. Que la part de l'État soit déterminante dans la production juridique de nos sociétés, qui pourrait le nier ? Ce qui ne signifie pas qu'il en soit le seul auteur : les théories du pluralisme juridique s'attachent à décrire des lieux où il se forme à l'extérieur de l'usine étatique. À l'autre extrême, la thèse du panjuridisme n'est recevable qu'avec d'innombrables nuances. Le fait que dans beaucoup de langues n'existe pas d'équivalent exact du terme « droit » permet déjà de le supposer. Si on veut néanmoins continuer à tenir que le droit est partout, il faut admettre que c'est sous des formes et avec une ampleur dont les degrés de variation sont tels qu'ils peuvent parfois atteindre son essence. Par exemple, entre les conceptions américaines et [21] orientales du droit et de la justice, un immense espace s'étend dont il faut prendre la mesure. Car d'autres formes de normativité existent. Le droit partage avec elles le champ de la régulation sociale dans des proportions qui varient suivant l'histoire culturelle des sociétés.

Finalement, on trouvera peut-être l'approche la moins frustrante du droit là où on ne l'attendait pas. Du côté des anthropologues du droit, souvent accusés de relativisme. Car si la diversité est la règle, tout se vaut, ce qui n'est pas fait pour plaire aux juristes. On les comprendra d'autant mieux que ce constat *n'est justement pas* celui de l'anthropologue du droit. Car au-delà de la variation, il recherche -et parfois trouve, nous le verrons- des constantes. (Quand il y a un demi-siècle Claude Lévi-Strauss ouvrait le gigantesque chantier des structures de la parenté, il entendait bien découvrir quelques grands systèmes logiques expliquant

leur foisonnante diversité. Ce qu'il fit.). Dans un récent essai ⁷, L. Assier-Andrieu entreprend ainsi une approche globale de l'irritante question de la présence du droit. Au-delà de la mouvance de ses objets et de ses formes, qui varient dans le temps et l'espace, *le droit sert à prévenir et traiter les conflits survenant dans la société au nom d'une référence partagée*. Fonction opératoire dans des sociétés avec ou sans État. Le noeud gordien n'est pour autant pas tranché, à supposer qu'il doive être défait. Car on peut poser principalement le droit dans l'une des branches de l'alternative : assurer l'harmonie sociale, ou sanctionner les conflits. Au début du siècle, le grand anthropologue B. Malinowski passe plusieurs années dans l'archipel mélanésien des Trobriand, au nord-est de l'Australie. Il déduit de cette expérience que le droit naît avant tout de l'interaction des obligations réciproques que contractent les membres d'une société ; il ne découle pas principalement de la crainte de sanctions, surnaturelles ou non. Pour lui, *le champ juridique est la configuration des obligations qui rend impossible à [l'individu] de négliger sa responsabilité sans en souffrir ultérieurement*. Bien entendu, en cas d'infraction des procédures de règlement des conflits peuvent se déclencher. Mais dans la pensée de Malinowski, elles ne constituent que l'accessoire du droit, non son essence. Vision roborative, qui contraste à la fois avec l'image répandue (notamment par Durkheim) des sociétés traditionnelles adeptes d'un droit essentiellement répressif et celle de nos sociétés modernes, qui définissent le [22] droit par sa sanction (comme la plupart des manuels de droit). Mais d'autres anthropologues du droit (comme K.N.L. Lewellyn, qui dans la première moitié de ce siècle, étudie les Indiens Cheyenne) préfèrent se tourner vers le litige pour y déceler le droit. Cette attitude ne traduit pas seulement une inclination intellectuelle. Elle peut aussi résulter de contraintes méthodologiques. En effet, les sociétés chères aux ethnologues du droit sont souvent celles de l'oralité. Pour connaître le droit, on ne peut donc se référer à des volumes où seraient consignées les normes : situation déroutante pour un juriste français, où s'ancre fermement le réflexe codificateur. Il faut donc recueillir des témoignages, observer des situations concrètes dans lesquelles l'ordre a été troublé, et la manière dont il est rétabli. D'où l'accent mis sur le litige comme lieu d'éclosion du droit. La culture juridique de l'observateur intervient également. Or la plupart des anthropologues du droit, au cours de notre siècle, sont anglo-saxons : il participent donc à une culture juridique où le juge-

⁷ Cf. Assier-Andrieu L., *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996.

ment est davantage porteur du droit que l'énoncé législatif. Tout naturellement, ils seront donc portés à transporter cette configuration dans la société observée.

Entre les deux orientations, il ne convient pas d'opter, mais simplement de constater leur utilisation alternative dans le temps et l'espace. Les sociétés font leur choix en fonction de leur histoire, de leurs structures politiques et sociales : on en trouvera tout aussi bien qui valorisent le conflit ou son évitement. Notons d'ailleurs que celles qui lient le droit au conflit peuvent user de noeuds différents. Le rétablissement de l'ordre peut se faire par la recherche prioritaire de la restauration de l'harmonie (transaction et médiation entre les parties, accomplissement de sacrifices d'animaux qui dévient la violence potentielle), ou celle de l'établissement d'une responsabilité. Deux modèles très différents, l'un qui efface la confrontation, l'autre qui la solde. Ainsi, pendant longtemps, la justice médiévale des litiges de la vie quotidienne va chercher à faire prévaloir l'harmonie. Cette tendance est toujours prédominante dans les sociétés orientales. Elle se manifeste aussi actuellement dans les nôtres dans la recherche de solutions négociées d'un certain nombre de conflits, notamment familiaux : c'est le champ, en expansion, des justices dites alternatives.

On peut se demander si l'absence ou l'existence de l'État constitue un panneau signalisateur dans ces embranchements.

[23]

Section II

La transition étatique

[Retour au sommaire](#)

6. L'ÉTAT ET LA VIOLENCE. - L'État tend en général à limiter l'exercice de la vengeance dite privée, puis à s'attribuer le monopole des règlements officiels des conflits. Au Moyen-Age, le pouvoir royal, imitant d'ailleurs l'Eglise, commence à limiter la guerre féodale dans le temps et l'espace, puis transforme le droit de guerre en droit royal. Plusieurs adages juridiques en témoignent : « Nul ne peut pendre son voleur », « Nul ne peut se faire justice lui-même ». En général, les justifications invoquées -et largement reçues par les juristes- résident dans le maintien de l'ordre et la diminution de la violence. L'intervention d'une tierce partie, *a fortiori* quand elle est étatique, limiterait cette dernière. Pourtant, la corrélation n'est pas certaine. Les données ethnographiques montrent que beaucoup de sociétés valorisant la paix ne sont pas étatiques et ne connaissent pas ou peu de modes de règlement des conflits faisant intervenir une tierce partie. De plus, il y a déjà trente ans, K.F. et C.S. Otterbein ont montré l'absence de corrélation entre l'augmentation de la centralisation du pouvoir et la valorisation des modes pacifiques de règlement des conflits. Il faut donc chercher ailleurs. Dans le mode d'organisation familiale : sans qu'on sache exactement pourquoi, il apparaît que le recours à la vengeance est plus fréquemment dans les sociétés où dominant le principe de résidence masculine et la polygynie. Le type d'organisation socio-économique est également déterminant. En général, les sociétés de chasseurs-cueilleurs nomades ou semi-nomades privilégient les modes pacifiques de règlement des conflits, à l'inverse des sociétés d'agriculteurs sédentaires. On observera d'ailleurs que l'État est en général absent parmi les premières, et tend à se développer au sein des secondes, ce qui nuance la thèse classique associant à l'État la

croissance des modes pacifiques de règlement des conflits. Cependant, l'existence de l'État semble bien marquer une transition importante dans les modes de règlement des conflits et l'utilisation de l'arsenal des peines.

[24]

A. L'État et les modes de règlement des conflits

7. ORDRES NEGOCIE ET IMPOSÉ. - Dans un ouvrage qui a fait date (1979), l'anthropologue du droit anglais S. Roberts a présenté une description générale des modes de résolution des conflits, dans les sociétés non étatiques comme étatiques. On trouve aussi de nombreuses réflexions sur ces thèmes dans les contributions des anthropologues du droit français, notamment E. Le Roy et R. Verdier.

Dans toutes les sociétés, un certain nombre de règles ont pour but d'assurer la prévisibilité des comportements. Mais dans les premières, où règne un ordre dit négocié, la base normative de cette régularité n'est pas clairement conceptualisée en droits et obligations, ni spécifiée en termes d'une catégorie dite juridique. L'application des sanctions obéit à un principe de flexibilité : des infractions similaires n'entraînent pas nécessairement les mêmes réactions sociales. On cherche avant tout à rétablir l'harmonie. L'intervention du tiers dans le règlement des conflits requiert en général la collaboration des parties. Les normes de référence sont constituées par des modèles de comportement. On peut en trouver des exemples dans les sociétés étatiques (« le bon père de famille »), mais ils sont en nombre beaucoup plus réduits. Car avec l'État et l'introduction souvent concomitante de l'écriture, les logiques changent, et on passe à un ordre davantage *imposé*. Les groupes sociaux se différencient et entretiennent des formes de coopération plus complexes, les inégalités socio-économiques sont plus marquées. La densité des normes s'accroît. Les anciens modes de résolution des conflits ne disparaissent pas nécessairement, mais deviennent secondaires par rapport à d'autres. L'harmonie s'efface devant la nécessité de dire le droit (*vere dicere* : verdict), c'est-à-dire de déterminer qui a tort ou raison en utilisant des règles supposées générales et impersonnelles, inscrites dans des textes législatifs (la loi l'emporte sur la coutume) ou des jurisprudences. Leur interprétation devient une science, réservée à une

certaine catégorie d'individus : les juristes. Le juge détient les pouvoirs d'imposer une décision aux parties, même s'il peut aussi choisir d'intervenir en tant que conciliateur, avec leur accord. L'organisation judiciaire acquiert une dimension verticale avec la possibilité de l'appel des décisions devant une juridiction ou une autorité supérieures (alors que dans les sociétés [25] non-étatiques, le plaignant peut souvent choisir entre plusieurs institutions de règlement des conflits, mais ne peut faire appel. Signalons enfin une confusion à ne pas commettre : celle qui restreindrait la notion de sociétés étatiques aux seules sociétés modernes et occidentales. Comme nous le verrons plus loin, l'État a existé ailleurs qu'en Occident et depuis longtemps. On s'en aperçoit d'ailleurs quand on examine l'influence qu'il semble jouer dans l'arsenal des peines dont une société se dote (Naturellement, l'exemple des rapports entre l'État et la peine n'est qu'un aspect du problème plus vaste de la définition du droit. Laquelle dépend largement de l'investiture qu'opère l'État du juridique en se donnant le pouvoir de tracer ses contours).

B) L'État et l'arsenal des peines

Notre tradition juridique associe étroitement la peine à l'État : avant lui, c'est le règne sauvage de la vengeance, exercée par des individus ou des groupes qui défendent leurs intérêts propres ; à compter de sa naissance domine la peine, édictée au nom de la société toute entière. On retrouve fréquemment ce schéma chez les pénalistes contemporains, où il a valeur d'axiome. Malheureusement, l'avantage de sa clarté est vicié par le constat de son inexactitude. La peine peut fort bien se passer de l'État ; l'État ne succède pas à la vengeance. En revanche, son empreinte est ferme dans les procédures de sanctions et certaines formes des peines. Pour nous en convaincre, examinons quelques données prises aussi bien dans l'histoire que l'anthropologie du droit.

8. LA PEINE DECROCHÉE DE L'ÉTAT.- Constatons d'abord que l'État n'est pas le seul facteur déterminant dans la variation de la nature et des formes de la peine. Celles-ci dépendent largement des valeurs culturelles. Dans les sociétés, avec ou sans État, dans lesquelles le pouvoir est théocratique, les infractions majeures sont celles qui touchent les divinités et le domaine du sacré. Dans l'Égypte

pharaonique, le meurtre des animaux sacrés est puni de mort. Au Moyen-Age, dans certains cas, on perce la langue du blasphémateur. En France, jusqu'au XVI^e siècle, la mort punit ceux qui commettent des vols dans les églises ou les profanent ; sous la Restauration, ils sont condamnables aux travaux forcés à perpétuité. Ce n'est qu'en 1830 que le crime de [26] sacrilège est aboli. La sorcellerie est un crime majeur dans la plupart des sociétés sans État, elle le demeure souvent ailleurs. À Rome, la loi des XII Tables punissait de mort le recours à la magie. Le Moyen-Age, mais aussi le XVII^e siècle, ont connu leurs grands procès de sorcellerie. Et aujourd'hui, même si l'État français est devenu laïque, les tribunaux ont à connaître d'infractions perpétrées par des groupes se réclamant de Satan et de violations de sépultures, au point que récemment on a dû accorder au cadavre une protection juridique. L'existence d'infractions -et de peines religieuses- n'est donc pas liée à celle de l'État qui substituerait sa sanction à celle des forces surnaturelles. Car on trouve ces infractions religieuses aussi bien chez les sociétés chères aux ethnologues que chez celles étudiées par les historiens du monde occidental. Comme l'écrit J. Lombard : « La « laïcisation » de la faute n'est pas contemporaine de l'apparition de l'État, surtout quand celui-ci est de nature théocratique ou étroitement associé à une Église » ⁸.

Remarquons ensuite que la peine n'a pas toujours besoin de l'État pour exister. De nombreuses sociétés croient à l'automatisme de la sanction. Étudiant le tabou, Freud a montré qu'en cas de violation, le châtiment se déclenche automatiquement. Dans de nombreuses sociétés africaines, on pense que les ancêtres peuvent se venger du non-respect des tabous en gâtant les récoltes ou frappant le bétail de maladies. Les Diola du Sénégal croient que la femme adultère sera punie par un accouchement difficile. Chez les Yap de Caroline de l'Ouest, ceux qui commettent l'inceste verront un des membres de leur famille frappé de mort. La sanction peut aussi prendre la forme de l'auto-répression. Malinowski rapporte un cas tiré de ses expériences dans les îles Trobriand. Un jeune homme avait commis l'inceste avec sa cousine maternelle. Le prétendant de la jeune fille l'avait appris et porté contre lui une accusation publique. Le coupable s'était alors jeté du haut d'un cocotier, ce qui avait entraîné sa mort. La peine peut aussi être décidée par la communauté, en dehors de toute structure étatique. Pour les Inuit, la sorcellerie ainsi que le meurtre

⁸ Cf. Lombard J., La peine et la répression, dans : Poirier J. (dir.), *Histoire des mœurs*, vol. II, Paris, Gallimard, 1991, 611-698.

commis avec récidive constituaient des infractions particulièrement graves : le coupable devenant un danger pour le groupe tout entier, il devait être éliminé. La décision prise par la collectivité, la sanction était exécutée cours d'une partie de chasse [27] par le plus proche parent de la victime. Non par sadisme. Mais les Inuit étaient assez fins juristes pour bien distinguer entre la peine et la vengeance. S'agissant d'une réaction du groupe tout entier, il fallait éviter qu'elle ne soit confondue avec un acte de vengeance, susceptible d'entraîner des représailles de la part de la famille du meurtrier exécuté. Dès lors, le fait que cette exécution soit accomplie par ses plus proches parents montrait bien qu'elle ne pouvait être imputable à un groupe familial rival. Dans d'autres sociétés sans État, la peine peut-être décidée par des institutions de formes diverses. J. Lombard rapporte ainsi que chez les Nandi du Kenya, les Anciens d'un groupe de villages se constituaient en assemblée de justice en présence de la population adulte. Le plus estimé des Anciens prenait la parole et incitait chacun à donner son point de vue. L'accord était recherché sous la forme de l'unanimité, ce qui pouvait nécessiter une discussion de plusieurs jours. La sanction décidée, elle était appliquée par la classe d'âge des guerriers. Toujours en Afrique, la justice pouvait être exercée par des sociétés secrètes dont les membres formaient une aristocratie : c'était le cas des sociétés d'homme-léopards d'Afrique centrale.

Tous ces exemples montrent que la peine peut-être aisément décrochée de l'État. Cependant, on ne peut que constater la disparition des mécanismes que nous venons de citer dans nos sociétés modernes. Dès lors, on est tenté de déduire qu'il y a bien une évolution, et que cette évolution a un sens : l'État finit par assurer le règne de la peine.

9. L'ÉTAT, VECTEUR DE LA PEINE ?. - La peine est généralement assurée de la faveur des juristes. Ils y voient un point d'aboutissement des modalités de sanction, plus ou moins confondu avec les progrès de la civilisation. Dans la première moitié du XXe siècle, plusieurs juristes européens (français : Fliniaux, G. Vidal, H. Donnedieu de Vabres, H. Decugis, R. Charles ; ou anglais : R.R. Cherry, G.W. Kirchney) imaginent un schéma évolutionniste encore largement admis de nos jours par les pénalistes. Les sociétés non 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-

re 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 [28] oeuvre le système des peines publiques, prononcées et exécutées au nom de la société. Mais une fois de plus, l'histoire et l'anthropologie du droit démentent ce schéma simpliste.

Remarquons d'abord que l'étymologie du mot peine ne permet pas de lui attribuer exclusivement le sens de châtiment. Au contraire, dans les droits antiques, la *poînè* grecque et la *poena* latine signifient compensation, composition, le plus souvent pécuniaires, apportées pour le trouble causé par une infraction. Mais à ces mêmes époques, ces termes revêtent aussi la signification que nous leur attribuons aujourd'hui : Eschyle parle de *poînè* pour qualifier le châtiment de Prométhée. La peine est alors expiation, signification que lui donneront les religions judéo-chrétiennes. Une douleur infligée au coupable. Cependant, l'idée de restitution, très présente dans la vengeance et la loi du talion, n'est pas pour autant décrochée de la peine. La souffrance est nécessaire, mais elle obéit à une logique : le rétablissement de l'ordre qui a été troublé. Autrement dit, l'idée de vengeance n'est pas exclue de la peine. C'est toute l'ambiguïté de la peine de mort : elle repose sur la fiction du retour à une situation équivalente à l'ordre antérieur à l'infraction (alors qu'en réalité un meurtre est irréparable). Pour autant, cette peine n'est pas uniquement inscrite dans l'arsenal des sociétés « primitives » : elle connaît un regain de fréquence aux États-Unis, et reste légitime pour la moitié des Français. Au sein de la peine, il y a donc co-existence de sens. On la décèle aussi sur le plan historique.

En effet, les données historiques et ethnologiques nous montrent clairement qu'il n'existe pas une nécessaire succession chronologique entre la vengeance, la composition et la peine (au sens moderne de châtiment). Dans la cité athénienne démocratique, le meurtre, suivant les circonstances dans lesquelles il est commis, peut avoir pour conséquence le déclenchement de la vengeance, le paiement de compositions, ou des poursuites publiques. A Rome, jusqu'à la fin du II^e siècle avant notre ère, le *crimen* ne désigne que les atteintes à la souveraineté de la cité. L'adultère, le viol, le rapt, l'inceste, le meurtre ne sont que des délits privés sanctionnés par une procédure mélangeant peine et vengeance. La partie lésée s'adresse au tribunal qui, dans les cas les plus graves, met en oeuvre une procédure abou-

tissant à la remise du coupable au demandeur. Durant toute la République, le recours aux tribunaux peut très bien se combiner avec le système vindicatoire : les parties sont des mandataires de leurs groupes qui cherchent à se venger les uns des [29] autres par la voie de poursuites judiciaires. Sous d'autres cieux, on constate la même éventuelle co-existence entre des systèmes différents. Ainsi chez les Indiens des Prairies, certains meurtres déclenchent la vengeance, d'autres se règlent par la composition, tandis que l'autorité tribale connaît des crimes intéressant la société tout entière (essentiellement la rébellion). Si peine et vengeance peuvent coexister, il en va de même de la vengeance et des compositions volontaires. Chez les Bédouins de Jordanie, la possibilité d'offrir une compensation intervient après qu'un certain temps s'est écoulé dans le processus vindicatoire. Une des parties peut alors proposer à l'autre « le chameau du sommeil », qui fait passer l'oubli sur l'infraction. D'autre part, comme le fait remarquer G. Cardascia, le schéma évolutionniste repose sur un contresens logique. Le talion ne peut constituer une catégorie primitive générale de sanction répressive. En effet, il n'est applicable qu'à un petit nombre d'infractions, en général les agressions physiques. On ne peut en frapper les crimes contre les dieux, les rois, la Cité, car le crime commis dépasse de beaucoup la seule personne du criminel. Il en va souvent ainsi des injures et des préjudices moraux. Même les infractions contre les biens n'échappent pas à ce problème de proportionnalité. Dans la plupart des systèmes juridiques, le voleur n'est pas puni par la soustraction d'un bien égal à celui qu'il a dérobé. La peine est le plus fréquemment celle d'un multiple. Confronté à ces divers exemples qui infirment le caractère systématique de la thèse évolutionniste, on est 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.*

Cependant, ne tombons pas dans l'excès inverse. Les formes de pouvoirs étatiques sont elles-mêmes diverses : elles connaissent des degrés variés de concentration et de spécialisation, comme nous le verrons plus loin. Quand l'État s'affermirait, il semble que la peine progresse. À Rome, le régime impérial se traduit par l'instauration d'un État fort, doté d'une véritable administration, ce qui n'était pas le cas de la cité républicaine. Dès lors, on note une inflation de la peine. Simultanément, les auteurs condamnent la vengeance en laquelle ils ne voient plus qu'une

forme quasi-sauvage de réaction. Sénèque la situe ainsi entre l'humanité civique et la nature animale, tout juste bonne pour ces [30] marginaux que sont les Barbares, les femmes et les enfants en bas-âge. Inversement, l'affaiblissement de l'État redonne de la vigueur à la vengeance : la décadence du pouvoir des monarques carolingiens engendre la généralisation de la guerre féodale. Plus généralement, on peut penser que la croissance de l'État ne met pas fin à la vengeance (opposant des individus), mais provoque plutôt le déclin du système vindicatoire (opposant des groupes), dans la mesure où l'État accomplit les fonctions autrefois ou ailleurs dévolues à ces groupes. L'existence de l'État n'est donc pas dépourvue de conséquences. En fait, nous pouvons identifier plusieurs de ses empreintes dans le domaine de la répression pénale.

10. LES EMPREINTES DE L'ÉTAT DANS LA RÉPRESSION PÉNALE. - On peut faire plusieurs observations, les unes portant sur les procédures, les autres sur la nature des sanctions.

Dans les systèmes politiques où la hiérarchie des pouvoirs est plus nettement affirmée, la spécialisation des instances judiciaires apparaît. Celle-ci est décelable dans des sociétés qui peuvent être non-étatiques. Les Indiens Cheyenne se regroupaient en bandes, qui se rassemblaient l'été au sein de la tribu. Le conseil des chefs de ces bandes exerçait alors une fonction judiciaire, tandis que des associations militaires étaient compétentes pour juger certains types de délits. Quand l'État apparaît il est loin de posséder toujours le monopole du pouvoir législatif ou judiciaire. D'autres institutions peuvent l'assurer. Dans l'Israël ancien, le roi n'a pas de pouvoir législatif mais juge en appel. Parallèlement, existent des juridictions communales d'Anciens ainsi qu'une juridiction sacerdotale, le Sanhédrin. Au Moyen-Age, dans tous les États européens, les juridictions ecclésiastiques ont exercé des compétences dans de nombreux domaines, notamment le droit des personnes. Entre les Xe et XIIIe siècles, ces juridictions absorbent même une grande partie des affaires criminelles, le roi ne conservant qu'une justice de type seigneurial et n'exerçant qu'un pouvoir législatif extrêmement limité sur le plan territorial et nécessitant souvent l'approbation des barons. Il faut attendre la fin du Moyen-Age, et surtout l'époque moderne, pour que l'État monarchique reconquière le monopole du pouvoir de juger. D'une part, sans supprimer les juridictions ecclésiastiques et seigneuriales il réduit le champ de leurs compétences, qu'il dé-

membre au profit de ses juridictions. D'autre part, les juristes qu'il emploie -les légistes- [31] mettent au point un certain nombre de concepts légitimant ses ambitions. Ainsi de la célèbre distinction entre justice retenue et justice déléguée. Toute justice est censée émaner du roi. Mais elle est exercée principalement de deux manières. Soit le roi la rend personnellement, dans son Conseil : c'est la justice retenue. Soit, la plupart du temps, il la délègue à ses juridictions, qui l'exercent en son nom : c'est la justice déléguée.

Quand l'État est associé à un processus de laïcisation du droit, les sanctions les plus importantes se déplacent du domaine du religieux à celui du politique. Dans les cités grecques, le traître est puni de mort, son cadavre est jeté hors de la ville, ses biens brûlés. Le simple citoyen qui omet de dénoncer un complot contre la cité est exilé. À Athènes, le débiteur du trésor public encourt la contrainte par corps. Dans la France d'Ancien Régime, comme l'a fait observer Michel Foucault, le régicide est : «... le criminel total et absolu, puisque, au lieu d'attaquer, comme n'importe quel délinquant, une décision ou une volonté particulière du pouvoir souverain, il en attaque le principe dans la personne physique du prince ». À l'époque actuelle, notre Code pénal a prévu jusqu'en 1994 une peine de prison à vie en cas de tentative de modification de l'ordre constitutionnel ⁹.

Quand l'État est particulièrement fort et centralisé, J. Lombard note que généralement il développe des châtiments corporels incluant la torture et les supplices. Cependant, des nuances sont obligatoires. Tout dépend d'abord du degré d'autorité exercé. En France, jusqu'à une époque récente, l'État républicain a été fortement centralisé mais il était moins autoritaire que l'État monarchique. On peut observer que sa naissance correspond à la substitution de l'emprisonnement aux peines corporelles sous l'influence des philosophes des Lumières, ce qui souligne aussi l'importance à accorder au facteur culturel. C'est la thèse brillamment soutenue par Michel Foucault. La finalité de la peine change. Auparavant, l'emprisonnement était relativement exceptionnel. La prison servait à garder un détenu dans l'attente de son jugement. Seule l'Eglise, dès le Moyen-Age, l'utilisait sous le nom de « peine du mur », employée notamment à l'encontre des hérétiques afin de les

⁹ L'article 86 de l'ancien Code pénal punissait de la détention criminelle à perpétuité l'attentat visant à détruire ou changer le régime constitutionnel de la France. L'article 410-1 du Nouveau Code pénal, entré en vigueur en 1994, ne reproduit pas les termes de cette incrimination, mais vise les intérêts fondamentaux de la nation : la forme républicaine de ses institutions, l'intégrité de son territoire.

forcer à la repentance de leurs erreurs. Mais cette interprétation curative [32] de la prison était exceptionnelle. À partir de la Révolution, elle devient au contraire la règle. Car la peine doit désormais moins punir que rééduquer : « S'efface donc au début du XIX^{ème} siècle, le grand spectacle de la punition physique ; on esquivé le corps supplicié, on exclut du châtement la mise en scène de la souffrance, on entre dans l'âge de la sobriété punitive » écrit M. Foucault. Évidemment, nous en sommes revenus, après avoir constaté que le système carcéral, tel au moins qu'il a été appliqué, ne correspond pas à ces espoirs. On cherche donc d'autres solutions, visant là encore l'amendement du coupable. Par exemple, pour certains types d'infractions, les travaux d'intérêt général, qui requièrent l'accord préalable du condamné. Aux États-Unis, on note aussi le recours à des sanctions afflictives et infâmantes. A la différence de celles de l'ancienne Europe, elles n'entendent toucher que la conscience du coupable, et non pas aussi son corps. Ainsi, le mari coupable de violence conjugale peut être contraint de faire ses excuses à son épouse à la télévision. Celui qui a commis un vol dans un supermarché peut se voir condamner à défiler durant plusieurs jours devant l'entrée du centre commercial avec une pancarte où sont écrits son infraction et le regret qu'il en éprouve. Autant de piloris modernes...

D'autre part, les atteintes portées au corps du coupable dépendent aussi de la forme d'exemplarité attachée à la sanction. Dans de nombreuses sociétés traditionnelles comme dans le système répressif de la France d'Ancien Régime, son symbolisme s'est exprimé sous la forme des peines dites « réflexives ». La peine doit manifester immédiatement l'infraction commise. En Afrique et dans la tradition islamique, on tranche la main du voleur récidiviste. En Inde, on coupait le doigt de l'impudique. En Chine, une femme volage pouvait être condamnée à se déplacer nue et à quatre pattes devant le public. Au Dahomey, celui qui avait commis l'adultère avec une épouse du roi était enfoui et abandonné nu dans une fourmilière avec sa partenaire. Au Moyen âge et en France, le viol était puni de mort après castration. Michel Foucault cite l'exemple d'un supplice infligé à Cambrai en 1772 à une servante qui avait tué sa maîtresse. La sentence prévoit qu'au pied de la potence sera installé le fauteuil où était assise la victime quand sa domestique l'avait assassinée : «... et y étant placée, l'exécuteur lui coupera le poing droit et le jettera en sa présence au feu, et lui portera, immédiatement après, quatre coups du couperet dont elle s'est servie [pour assassiner sa maîtresse] dont le

premier et le second sur la tête, le [33] troisième sur l'avant-bras gauche et le quatrième sur la poitrine ; ce fait être pendue et étranglée à ladite potence sur ledit échafaud [...] ».

Enfin, J. Lombard note que l'inégalité des peines est d'autant plus accentuée qu'une société connaît une forme étatique, mais que ce constat doit être accompagné d'un certain nombre de nuances. En effet, l'inégalité croît avec le degré de complexité d'une société. Or, comme nous le verrons, l'apparition de formes étatiques de pouvoir politique paraît fortement liée au degré de complexité d'une société. Donc, historiquement, la plupart des sociétés étatiques ont été jusqu'ici marquées par l'inégalité sociale. Dès lors, il est logique de retrouver cette inégalité dans l'arsenal répressif. Inégalité sociale : au Moyen âge, en Angleterre (dans le Kent), l'offense contre le roi ou l'un de ses envoyés, celles commises à l'égard d'un noble, de même que le meurtre d'un roturier ou celui d'un noble constituent autant d'infractions différentes, punies par des peines de degrés variés. Différenciation sexuelle aussi, qui peut se traduire par des modalités d'application différente des sentences : au Moyen âge, les femmes condamnées à mort étaient enfouies dans la terre ou brûlées, mais généralement ni pendues, ni décapitées. La Révolution française, dans sa passion de l'égalité, mettra fin à ces subtils *distinguos*. La guillotine tranchera la tête des nobles comme celle des roturiers, des femmes comme des hommes. Pour autant, une égalité moins sinistre règne bien dans nos sociétés modernes, qui sont toujours étatiques : en principe, les peines sont les mêmes pour tous les citoyens. Car l'État démocratique repose sur le principe de l'égalité juridique. Là aussi, il est normal de la retrouver dans notre système répressif. L'État n'est donc par nature associé ni à l'égalité, ni à l'inégalité des peines : le choix est ailleurs, d'ordre culturel.

Pour aller plus loin

11. L'ÉVOLUTION DE L'HISTOIRE DU DROIT EN FRANCE. - L'Histoire du droit a une histoire. Il y a une vingtaine d'années, J. Poumarède en posait les jalons (cf. J. Poumarède, Pavane pour une histoire du droit de défunte, *Procès*, 6, 1980, 91-102). Tout commence par un décret du 28 décembre 1880 qui introduit en première année un cours d'« *histoire générale du droit français* ». Jusque-là, l'histoire n'intéressait pas les juristes. En effet, les étudiants des Écoles de droit fondées en 1804, pliés à la doctrine de l'Exégèse, devaient commenter les codes article par article sans du tout s'attacher à la profondeur historique des règles juridiques, et [34] encore moins à leur mise en situation par rapport à un contexte politique et social. Le droit romain existait bien, mais il était conçu comme un pur exercice. Le nouveau cours d'histoire du droit échut souvent aux esprits les plus ouverts. En 1896, la matière avait acquis assez de spécificité pour que fut créé un concours d'agrégation d'histoire du droit. Victoire à la Pyrrhus, car elle appartenait dès lors à un corps de spécialistes et se coupait par là de l'étude du droit positif. Était ainsi occulté le lien que nous avons souligné dès le début de cet ouvrage : on n'interroge le passé que par rapport au présent. Matière de spécialistes, elle n'était pas pour autant politiquement neutre. Très proche de l'instauration définitive mais périlleuse de la République, elle sert à la justifier, en un temps où elle ne compte pas que des amis. L'histoire du droit doit faire penser que la forme républicaine du gouvernement est le fruit heureux d'un processus historique séculaire, de même que la croissance de l'État est par nature bénéfique. Dans l'entre-deux-guerres, cette idéologie dominante se nuance. Certains historiens du droit tempèrent cet optimisme et voient dans les institutions de l'Ancien Régime un heureux équilibre entre l'État et la société, organisée suivant une logique de groupes plus que d'individus. Évidemment, ses travaux seront récupérés par les théoriciens de la Révolution Nationale du régime de Vichy attachés au corporatisme. En 1954, nouveau tournant, qui marque un certain rapprochement avec les sciences sociales. Un décret instituant la licence en quatre ans substitue au vieux cours d'histoire du droit français un enseignement d'histoire des institutions *et des faits sociaux*.

Parallèlement à la montée de l'État-Providence, le social semble faire irruption dans le droit. Il n'alla pas très loin, face à d'importantes forces d'inertie. D'autant plus qu'en 1960, une nouvelle réforme réduit considérablement l'importance des enjeux économiques et sociaux dans le cours de première année. Plus tard, à la suite des événements de mai 68, un retournement paradoxal se produit. On se souvient que les étudiants les plus engagés reprochaient à leurs maîtres de leur dispenser un enseignement trop éloigné du réel. D'une certaine manière, ils furent entendus... car commence alors une période de grandes souffrances pour les enseignements juridiques qui ne sont pas liés à des perspectives professionnelles. Les tenants des options les plus conservatrices en furent les grands bénéficiaires : le droit devait être un ensemble de techniques directement utilisables sur le marché du travail, et certainement pas un instrument de lecture de la société et de ses évolutions.

Depuis une quinzaine d'années, des tendances contradictoires agitent le monde des juristes. Incontestablement, les positivistes et leurs puissants groupes de pression tiennent la place. Cependant, on doit parallèlement constater un certain regain pour les matières de réflexion, telles que la théorie et la philosophie du droit, l'épistémologie, la sociologie et l'anthropologie du droit. Il est largement dû aux vertiges éprouvés par certains des positivistes devant l'inflation des règles juridiques et l'éclatement des matières traditionnelles, perçus comme autant de pertes de points de repères. Toutefois, ces matières ne sont en général enseignées qu'en troisième cycle : la quasi-totalité des étudiants ignoreront jusqu'à leur existence même. D'autre part, les chercheurs et enseignants qui choisissent de s'y adonner ne bénéficient en général que d'une tolérance limitée. Dans ce paysage flou, l'histoire du droit se maintient, même si le droit romain est sur la voie d'une extinction qu'on peut craindre parvenue à un stade terminal. On regrettera cependant que se perpétue la coupure profonde instaurée en 1896 entre l'histoire du droit et les matières de droit positif. Dans d'autres pays européens, une tradition respectée veut que les historiens du droit enseignent aussi une matière de droit positif, contribuant ainsi à un salutaire décloisonnement des disciplines. Les études de droit portent en effet à juste titre sur la période actuelle. Dans ces conditions, et à la différence des facultés de Lettres, une appréhension historique du droit ne peut être coupée de ses prolongements dans le monde d'aujourd'hui. L'anthropologie juridique semble heureusement épargnée par ce travers, dans la mesure où elle

rassemble aujourd'hui en France en proportions égales des historiens du droit, des juristes et des publicistes.

[35]

12. INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES. - À nouvelle matière, nouveaux manuels. Compte tenu de la date récente de la réforme des enseignements d'histoire du droit, il en existe fort peu aujourd'hui. Le plus proche de cet ouvrage est : J. Gilissen, *Introduction historique au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979. Très complet (754 pages), il accorde une large place aux systèmes juridiques non-occidentaux. Il offre en outre l'avantage de comporter en annexes de nombreux textes. Cependant, il date déjà d'une vingtaine d'années et présente certaines différences : l'accent est mis sur l'histoire des sources du droit (XIIIe-XXe siècles) en Belgique (l'auteur est belge) et en France ; une partie importante est consacrée à l'histoire du droit privé. En revanche, les développements concernant les migrations des systèmes juridiques sont restreints et, en raison de sa date de rédaction, l'ouvrage ne peut évidemment analyser les changements du droit positif français auxquels se réfère ce manuel. Beaucoup plus récent, le livre de J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, 1997, est non moins indispensable. S'il se consacre entièrement aux droits occidentaux sans faire d'incursions au-delà, il contient de nombreuses données érudites présentées de façon très claire qu'on ne trouvera pas ici, faute de place. Signalons également l'ouvrage de J. M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1998, que nous n'avons pu consulter, celui-ci n'étant pas disponible au moment où nous avons terminé la rédaction de ce manuel.

Dans l'optique de cet ouvrage, qui se veut pluridisciplinaire, la lecture d'autres livres est également indispensable. D'abord, bien sûr, l'histoire du droit. Dans cette discipline académiquement reconnue, les titres ne manquent pas. On conseillera tout particulièrement : J.L. Harouel et alii, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, PUF, 1993 ; J. Bart, *Histoire du droit privé*, Paris, Montchrestien, 1998 ; N. Rouland, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques(476-1792)*, Paris, Odile Jacob, 1995. On citera aussi : N. Rouland (dir.), J. Poumarède-S. Pierré-Caps, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, qui comprend d'important développements historiques utiles

à la compréhension de la formation de la tradition juridique française. Le recours à l'anthropologie juridique se révèle par ailleurs particulièrement utile en raison des données comparatives et des hypothèses relatives aux explications globales concernant les variations des systèmes juridiques que cette discipline fournit. Il y a encore peu d'années, aucun ouvrage d'introduction générale à la discipline n'était disponible en français, en raison de la domination des chercheurs anglo-saxons en la matière. Ce n'est plus le cas. Pour l'aborder, on commencera par : J. Vanderlinden, *Anthropologie Juridique*, Paris, Dalloz, 1996 ; N. Rouland, *L'anthropologie juridique*, Paris, PUF, Coll. Que sais je ?, rééd. 1995. Puis on pourra continuer par des ouvrages plus complets : N. Rouland, *Anthropologie Juridique*, Paris, PUF, coll. Droit Fondamental, 1988 (on y trouvera notamment de nombreuses indications bibliographiques) ; du même auteur : *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991 ; L. Assier-Andrieu, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996 (cf. notre compte-rendu des ouvrages de J. Vanderlinden et L. Assier-Andrieu dans : *Revue trimestrielle de droit civil*, 4, 1996, 1073-1077). Pour plus de détails sur l'anthropologie juridique en France, on se rapportera au site Internet : <http://www.u-paris10.fr/gdr1178>.

La consultation des manuels de droit comparé est aussi recommandée, dans la mesure où plusieurs d'entre eux comportent d'importants développements historiques. On conseillera tout particulièrement : R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1974 ; R. Sacco, *La comparaison juridique au service du droit*, Economica, Paris, 1991 ; J. Vanderlinden, *Comparer les droits*, éd. Kluwer, Diegem Belgique, 1995. En général, priorité est donnée aux droits occidentaux. En contrepoint, il faudra donc chercher plus loin, par exemple dans : Masaji Chiba (ed.), *Asian indigenous law*, London, Routledge and Kegan Paul, 1986 ; J. Poirier (dir.), *Histoire des mœurs*, Paris, Gallimard, 1991, dont le grand succès éditorial est à la mesure de la richesse des informations fournies (cf. notamment la synthèse de J. P. Royer, *L'homme et le droit*, pp. 534-609) ; W. Capeller-T. Kitamura (eds.), *Une [36] introduction aux cultures juridiques non-occidentales*, Bruxelles, Bruylant, à paraître ; J. Vanderlinden, *Les voyages du droit*, à paraître.

Sur le difficile problème de la juridicité des normes en rapport avec l'État, on recommande pour une première approche : D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962 (2ème éd.) ; M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris, 1994 ; H. Dupeyroux, Les grands problèmes du droit - Quelques réflexions personnelles, en marge, *APDSJ*, 1938, p. 37 sq. ; G. Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946 ; du même auteur : La validité juridique, dans *Mélanges Maury*, p.477sq. ; M. Virally, Note sur la validité du droit et son fondement, dans : *Mélanges Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975 p.453 sq. ; du même auteur : Le phénomène juridique, *RDP*, 1966, p.13 sq. ; J. Chevallier, L'ordre juridique, dans : *Le droit en procès*, CURAPP-PUF, 1983, p.7 sq. ; P. Legendre, Ce que nous appelons le droit, *Le Débat*, 37, 1993, p. 109 sq.

Venons en maintenant à des points plus particuliers, abordés dans les lignes qui précèdent. On notera qu'en France, il existe des liens étroits entre l'histoire du droit et l'anthropologie juridique, même si aujourd'hui la deuxième est également partagée entre historiens, publicistes et privatistes : cf. N. Rouland, Histoire du droit et anthropologie juridique, *Droits et Cultures*, 18, 1989, 193-223. H. Lévy-Brühl a beaucoup fait pour leur rapprochement : cf. N. Rouland, H. Lévy-Brühl et l'avenir du droit, *Revue de la recherche juridique*, 1985-2, 510-530. A la fin du XIXème siècle et au début du XXe, en Allemagne et en Grande-Bretagne, ce sont aussi des historiens du droit qui ont étendu les champs traditionnels de la discipline au-delà du seul monde occidental : cf. J. Costa, Trois fondateurs de l'ethnologie juridique : Bachofen, Maine, Engels, dans : *Nomos* (éd. Cujas), 1, 1974, 15-42 ; voir aussi les dossiers consacrés par *Droits et Cultures* à H. Sumner-Maine (n° 19, 1990) et R. Thurnwald (n° 21, 1991). Au sujet de la définition du droit, la littérature est immense. On pourra consulter l'enquête que nous avons citée dans : *Droits*, numéros 10 (1989) et 11 (1990). Cf. également l'ouvrage récent de D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997. En ce qui concerne l'histoire du droit pénal, nous avons emprunté beaucoup d'exemples à J. Lombard, La peine et la répression, dans : J. Poirier (dir.), *Histoire des mœurs*, volume II, Paris, Gallimard, 611-698. Cf. aussi : J.M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990. Les références sont également innombrables en ce qui concerne l'histoire de la violence et de la vengeance et son lien avec le développement de l'État. On trouvera des liaisons directes avec les déve-

loppements que nous leur avons consacrés dans : R. Verdier (dir.), *La Vengeance*, 4 vol., Paris, Cujas, 1980-84 ; M. Foucault, *Surveiller et punir-Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, réed. 1993 ; S. Roberts, *Order and Dispute-An introduction to legal anthropology*, Penguin Books, 1979 ; 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 ; K.F. Otterbein, Internal war : a cross-cultural study, *American Anthropologist*, 70-2, 1968, 277-289 ; G. Cardascia, La place du talion dans l'histoire du droit pénal à la lumière des droits du Proche-Orient ancien, *Mélanges J. Dauvillier*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1979, 169-183, qui procède à une juste critique des théories évolutionnistes en matière d'évolution du droit pénal.

Au sujet de l'attitude des juristes français à l'égard du statut des Juifs durant la période de Vichy, cf. : D. Lochak, La doctrine sous Vichy où les mésaventures du positivisme, dans : *Les usages sociaux du droit*, Publications du CURAPP, Paris, PUF, 1989, 252-295 ; D. Gros, Le « statut des Juifs » dans les manuels en usage dans les facultés de droit (1940-1944), dans : P. Braud (dir.), *La violence politique*, Paris, L'Harmattan, 1993, 139-171 ; Y. Urban, Les concepts juridiques de l'indigénat et la législation antisémite de Vichy : une filiation ?, Mémoire du DEA de Théorie Juridique, Aix-en-Provence, 1998.

[37]

En ce qui concerne le statut juridique des homosexuels, on trouvera un résumé de son histoire dans : F. Leroy-Forgeot, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris, PUF, 1997. Dans un ouvrage érudit mais controversé, J. Boswell a soutenu que l'Eglise chrétienne avait pu consacrer des unions homosexuelles : cf. *Les unions du même sexe dans l'Europe antique et médiévale*, Paris, Fayard, 1996. Une thèse récente présente l'avantage d'étudier le statut juridique des homosexuels à la fois dans les sociétés occidentales et non occidentales, dans le passé et en droit positif, ainsi que de proposer un modèle global d'explication de la variation des attitudes juridiques et sociales par rapport à l'homosexualité : cf. F. Courtray, *Norme sociale, droit et homosexualité*, Thèse de droit, Aix-en-Provence, 1996. Cf. également : F. Martel, *Le rose et le noir*, Le Seuil, Paris, 1996 ; et, tout récemment : D. Borillo, *Homosexualités et droit*, PUF, Paris, 1998.

[38]

Introduction historique au droit

Première partie :
À la recherche du droit et de l'État

Chapitre II

La diversité des systèmes juridiques

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*, I, 3.

[Retour au sommaire](#)

On doit heureusement tempérer le jugement de Montesquieu : les systèmes juridiques peuvent voyager et s'implanter ailleurs que là où ils sont nés. Mais non sans concessions : le droit musulman a du en faire quand il a quitté le Proche-Orient ; le droit romain n'est pas sorti indemne de sa réception par les États européens médiévaux. Car Montesquieu a raison de souligner que les caractères d'un système juridique sont étroitement liés aux contextes historiques et culturels dans lesquels il est apparu et s'est développé. Plus encore, c'est la place du droit par rapport aux autres systèmes normatifs qui peut considérablement varier. Nous allons le voir en donnant quelques exemples de conceptions juridiques propres aux cultures non occidentales ou occidentales.

Section I

Les cultures juridiques non occidentales : des visions alternatives du droit

[Retour au sommaire](#)

Il n'est pas nécessaire, à vrai dire, de quitter le monde occidental pour constater des degrés variables de valorisation de la norme de droit dans la vie sociale. On sait qu'aux États-Unis, elle est très présente dans la vie quotidienne. On dit ainsi -mais les Français sont moqueurs sur ce point- qu'afin d'éviter d'être éventuellement accusés de harcèlement sexuel, les Américains commencent à recourir à des conventions [39] écrites précisant dans les préliminaires d'une relation les limites à ne pas franchir : ce sont les *love contracts*... Notons plus gravement que chez nous, il est déjà possible de s'assurer contre les frais de procédure que pourra engendrer un éventuel divorce.

Il reste que le dépaysement salutaire à une réflexion sur la place du droit surgit très vite lorsque nous quittons nos rivages familiers. Dans les lignes qui suivent, nous aborderons ceux de l'Inde, la Chine, le Japon et l'Afrique noire.

13. L'INDE ET LA RELATIVISATION DU DROIT. - En Inde, le *dharma* englobe ce que nous nommons le droit, mais aussi le dépasse. Il repose sur les idées de mesure et d'harmonie. Il prend en charge la personne, dans ses rapports avec la totalité de ce qui existe et avec les autres êtres humains, organisés suivant le système des castes. On ne retrouve pas notre césure entre le domaine de la nature et celui du droit, ni la distinction que nous avons progressivement introduite entre le religieux et de juridique. La faveur envers l'astrologie atteste bien ce principe de communication entre tous les éléments du réel, vivants ou non. D'autre part, notre concept fondateur du droit actuel, la notion de droit subjectif, paraîtrait à un Hindou profondément exotique. Le *dharma* est concentré sur l'idée de devoir, non de droit. Il se présente comme un ensemble de règles non impératives,

mais plutôt de modèles de comportement. Parallèlement, comme l'observe R. Lingat, l'importance que revêt chez nous le principe de l'égalité correspond à celle qu'occupe en Inde le principe d'autorité, profondément lié à une répartition hiérarchisée des groupes sociaux : nul ne peut échapper à ses devoirs, profondément différents suivant la position occupée dans les castes et les sous-castes.

Le *dharma* provient à l'origine d'une révélation, le *Veda*, dont ont bénéficié quelques élus. Elle a été partiellement mise par écrit dans des textes sacrés, les *sruti*, exposés dans quatre recueils, également nommés *Veda*, dont le plus ancien, le *Rigveda*, date d'environ 1100 avant notre ère. Puis sont apparus des ouvrages rédigés par des Sages, ayant la connaissance des préceptes divins par la Tradition (*smṛti*), les *dharmaśāstras*. Les plus célèbres sont rédigés en vers (lois de Manou, de Yajñavalkya, de Narada), et datent d'une époque comprise entre le premier siècle avant J.-C. et les III^e ou IV^e siècles de notre ère. Indépendamment de la date de rédaction, ils forment un tout dont les éléments s'éclairent les [40] uns par les autres. Cependant, afin de résoudre d'inévitables contrariétés, on a élaboré d'autres traités entre le XI^e et le XVII^e siècle : les *nibandhas*, qui soit visent l'ensemble du *dharma*, soit n'en considèrent que des points particuliers. Par ailleurs, ils ne sont pas d'application uniforme dans l'ensemble de l'Inde : suivant les endroits, certains valent plus que d'autres.

Mais le *dharma* n'est pas seul à modeler les comportements humains. À côté de lui existent aussi l'*artha* qui dicte l'intérêt, et le *kama*, qui conduit au plaisir. L'*artha* se rapproche davantage de ce que nous nommons le droit. Il concerne notamment la conduite des affaires de l'État. La coutume telle que l'envisagent les Hindous évoque aussi chez nous des échos. Elle n'a pas de rapport avec un ordre supérieur, appartenant au domaine religieux. Elle repose sur l'idée de tradition, elle a un caractère social, alors que la loi est marquée par la transcendance. Alors que la loi est immuable au-delà de la diversité de ses prescriptions dans l'histoire, la coutume varie suivant les époques, les lieux, les groupes sociaux. Elle ne peut cependant être proposée comme règle de conduite que si elle est pratiquée par des *śiṣṭa*, des gens de bien dont on peut présumer qu'ils agissent conformément à la volonté divine. Par ailleurs, la distinction entre loi divine et coutume se complique de la différence existant entre la coutume, généralement orale, et les lois écrites. Au-delà des controverses entre docteurs, on admet que la coutume peut compléter la loi écrite, et même s'y opposer si elle est manifestement contraire au *dharma*,

qui ne se confond donc nullement avec elle. Plus encore, on peut soutenir que la règle de *dharma* ne devient règle juridique que lorsqu'elle est entrée dans les mœurs, et devenue une coutume.

Dans l'Inde traditionnelle, le droit n'est donc pas inconnu, mais relativisé, tandis que les rapports entre la règle écrite et la règle orale, la coutume et la loi, s'organisent de façon différente de notre droit. Du moins de notre droit moderne. Car au Moyen-Age, des rapprochements sont davantage possibles. Le droit est bien subordonné à la religion ; la fonction royale, théorisée dès les Carolingiens, conçoit le rôle du roi comme intermédiaire entre le monde terrestre et celui de la surnature, ce qu'expriment bien les rites du sacre. Quant à la coutume, un adage dit qu'« elle passe droit ».

En Chine, la place du droit apparaît plus restreinte.

[41]

14. LA CHINE ET LA DEVALORISATION DU DROIT. - L'histoire du droit en Chine est largement celle de son absence, ou de son cantonnement. D'ailleurs, selon une légende, le droit aurait été inventé au XXIII^e siècle avant notre ère par un peuple barbare, les Miao, plus tard exterminé par les dieux. On retrouve en tout cas en Chine le constat déjà fait en Inde de la recherche d'une concordance entre tous les éléments de ce qui existe, et, pour les Chinois, n'a d'ailleurs pas été créé. Il y a interaction, concordance entre l'univers et la société. La stérilité d'un couple peut-être ainsi expliquée par le fait que l'union a été consommée en dehors de l'époque de la montée de la sève. En l'an 85 de notre ère, l'empereur Tchang ordonna aux juges de ne statuer durant le printemps que sur les infractions les plus graves, remettant les autres à plus tard, et de ne pas accepter de plaintes contre les fonctionnaires. Car à cette époque, il convient de ne pas compromettre la renaissance de la vie. L'automne est associé à la mort, au droit, à la pénalité, à l'élément femelle (*Yin*). Autre croyance, quand l'empereur gouverne bien, il n'y a pas de catastrophes naturelles, signe qu'il détient le Mandat du Ciel.

Ces conceptions -qu'on retrouve chez les Amérindiens- peuvent faire sourire l'occidental moderne, encore que la mode de l'écologie les fasse paraître plus proches. Pourtant, ici comme ailleurs, est toujours en cause la recherche du

sens : l'explication de l'univers et de notre présence en son sein ne nous est jamais immédiatement donnée. Il faut donc leur trouver un sens. Celui-ci peut se former de diverses manières. Pour nous, et pour le moment, la raison le fonde. Pour d'autres, la recherche des correspondances est non moins logique.

Cette harmonie s'exprime aussi dans la recherche constante d'une symbolique des nombres. J. Escarra note que la naissance des futurs époux est associée à l'échange de huit caractères, répartis en quatre binômes cycliques. L'individu n'est pas conçu de la même manière qu'en Occident, même si les hiérarchies dans lesquelles il s'inscrit ne sont pas celles de l'Inde. D'ailleurs, dans le langage quotidien, les Chinois emploient des tournures de phrases dans lesquelles la forme pronominale « je » est beaucoup moins fréquente que chez nous. On peut emprunter à une étude concernant la culture vietnamienne quelques [42] schémas qui montrent bien la différence des configurations en Orient et en Occident ¹⁰ :

¹⁰ Cf. Tahn, Contribution à une recherche sur l'immigration asiatique en France, *Migrants Formation*, 61, juin 1985, 10. Dans la langue vietnamienne, les pronoms personnels *Je, Tu, Il*, ne s'emploient que très rarement. On leur préfère, à la rigueur, la troisième personne. Quand les locuteurs connaissent exactement leurs situations respectives, ils utilisent des termes précis : l'enfant de sexe masculin s'adressant à son père dira « Père » au lieu de « je ». L'auteur précise : «... si l'Asiatique discerne un « moi-même » semblable à la conception que nous connaissons en Occident, il reste en deçà de la parole, la notion de personne étant verbalisée seulement à l'occasion d'une communication dans laquelle les tenants et les aboutissants sont clairement localisés au sein de l'espace social », (p. 10,n.3).

[La représentation des individus dans la société se ferait ainsi par des carrefours, intersections de lignes symbolisant les relations. Et la société ressemblerait alors à un véritable tissu de relations qui s'interfèrent aux point-individus. La société serait un gigantesque polygone fermé à l'intérieur duquel jouent d'innombrables lignes qui sont autant de tensions grâce auxquelles la société prend forme et évolue.

La conception occidentale isolerait plutôt l'individu, alors que dans la langue vietnamienne, le point représentant l'individu, n'est perceptible que par la ligne relationnelle dont il est l'aboutissement.]

[43]

L'idée domine que le recours au droit et aux codifications, l'appel au juge pour régler les conflits sont autant de symptômes d'un échec indigne d'un homme civilisé. « L'État est bien administré quand l'escalier de l'école est usé et que l'herbe croît sur celui du tribunal », dit un proverbe souvent cité. Le « bon père de famille » ignore le droit (*fa*) seulement destiné au criminel incorrigible... et aux étrangers, et autres Barbares. Mais il existe évidemment d'autres ordres normatifs : les rites et usages (*li*), intériorisés par l'éducation, à coloration religieuse, à ne pas confondre avec la catégorie du droit coutumier tel qu'on l'entend en Occident. Ce sont à la fois les usages quotidiens des gens ordinaires et des lois morales proposées par les hommes de grande vertu. Ils mettent l'accent sur l'harmonie et la nécessité de poursuivre la réalisation d'une vie sociale sans disputes, ni procès. Cette notion est privilégiée. Elle commande les rapports entre les hommes, très hiérarchisés. *Car l'harmonie n'est pas l'égalité* : elle permet au contraire aux rapports de domination de se déployer aisément.

Les conflits doivent donc autant que possible se régler par la transaction, la conciliation ou la médiation. Confucius dit : « Si l'on conduit le peuple au moyen des lois et qu'on réalise la règle uniforme à l'aide des châtiments, le peuple cherchera à éviter les châtiments, mais il n'aura pas le sentiment de la honte. Si on conduit le peuple au moyen de la vertu et qu'on réalise la règle uniforme à l'aide des rites, le peuple acquerra le sens de la honte et en outre deviendra meilleur ». À l'heure actuelle, ces modes traditionnels demeurent importants, même si le développement de l'économie de marché les affaiblit : en 1994, on dénombrait plus de 10 millions de médiateurs ; la médiation civile domine tout le règlement des conflits familiaux. Dans ces conditions, on comprend aisément que le droit chinois soit circonscrit à la répression.

15. CARACTÈRE RÉPRESSIF DE L'ANCIEN DROIT CHINOIS. - Dès les origines, le droit occidental, travaillé par les juristes romains, est idéalement lié à la justice, même si évidemment le fonctionnement concret de la vie sociale est autre, et si la justice ne connaît pas nécessairement les mêmes limites que dans nos sociétés modernes (on sait l'énorme part occupée par la réglementation de

l'esclavage dans le droit romain¹¹). Or, au cours de son histoire pluri-millénaire, la Chine n'a [44] jamais relié le droit au juste ou à l'équitable, valeurs assurées par d'autres ordres normatifs. Elle a connu du droit une forme essentiellement répressive, issue du pouvoir des gouvernants. L'écriture en porte témoignage.

L'ancien caractère chinois désignant le *fa* comporte plusieurs éléments. D'après Liang Zhiping, on peut les interpréter comme suit. L'eau : on y jetait le criminel afin que le courant l'emporte. Le *zhi* : un bélier légendaire doté d'une seule corne. En cas de doute, le juge le sollicitait. Il heurtait de sa corne le coupable, mais ne touchait pas l'innocent. Le symbole *qu*, signifiant *déplacer*, *destituer* : le châtiment frappe ceux qui n'ont pas le comportement approprié à leur position. Par ailleurs, on notera que la prononciation de ce caractère était très proche de celle d'un autre, signifiant *punir*, *dominer*, *attaquer*. Dans le même sens, le caractère *fa* est facilement interchangeable avec deux autres : *xing* et *lü*. Le *lü* signifie statut. Le *xing* désigne la punition, particulièrement corporelle. La forme moderne du caractère *xing* est un idéogramme associant le couteau et les modifications d'un ancien symbole, le *jing*. Le *jing* désigne le lieu des exécutions capitales. Ces trois caractères se retrouvent du début des Trois dynasties (2205-256 avant notre ère) jusqu'aux dernières, chaque époque en employant un de préférence aux deux autres. Mais le sens dominant resta celui du *xing*.

Pour Liang Zhiping, ce caractère répressif du droit est largement dû aux particularismes de la formation de l'État en Chine. Ce dernier naît principalement de la guerre. Surtout, à la différence de la Grèce et de Rome, il ne se traduit pas par la fragmentation et la disparition progressives de l'organisation clanique. Le lien social demeure principalement parental, et non pas territorial. L'évolution du système politique n'aboutit pas à la formation du concept d'une autorité publique impersonnelle qui envelopperait la société. Font ici défaut les grands affrontements entre les élites et les groupes populaires qui ont marqué les histoires grecques et romaine et abouti à l'idée d'un droit exprimant par la voie d'armistice sociaux des idéaux supposés communs à tous. En Chine, le droit resta surtout conçu comme le moyen pour un clan d'exercer son pouvoir, incarné par la capacité à mettre en oeuvre le châtiment. Cependant, l'idée de droit tel que nous la concevons n'a pas été complètement étrangère aux expériences historiques de la Chine.

¹¹ Cf. *infra*, p82-90.

[16]

16. L'ÉCOLE DES LOIS : DES INTERMÈDES. - Han fei Tseu, le plus grand théoricien de ce courant de pensée, écrit vers 200 en se moquant des idées de Confucius : « S'il fallait attendre qu'on eût trouvé un bois qui fut droit naturellement, on n'arriverait pas à faire une flèche en cent générations. S'il fallait attendre qu'on eût trouvé un bois qui fut rond naturellement, on arriverait pas à faire une roue en mille générations ». Plutôt que d'attendre que les hommes atteignent la perfection, mieux vaut se confier à la loi. Certes, elle reste toujours répressive. Mais elle devient un principe de gouvernement. C'est l'idée de « gouvernement par le droit », remise à l'honneur par Deng, une fois Mao disparu (ce dernier éprouvait une particulière aversion pour le droit, déclarant ne pas se souvenir de la Constitution qu'il avait lui-même rédigée...).

L'Ecole des légistes a possédé des représentants à différentes périodes, de 700 à 200 avant notre ère. Ils ont été particulièrement actifs au III^{ème} siècle, à l'époque des « royaumes combattants ». Les temps étaient difficiles. Ce qui explique sans doute que ces légistes ont préféré s'en remettre à l'autorité de la loi qu'à la vertu des gouvernants (« gouvernement par les hommes »). Ils affirment la nécessité de lois permanentes, que les fonctionnaires devront connaître, et auxquelles le peuple devra obéir. Cependant, ces théories n'ont guère eu d'effets sur les mentalités populaires, étrangères à la notion de règles constantes et à l'idée de souveraineté de la loi.

Si le droit n'est pas tenu en haute estime, la Chine a cependant pratiqué la technique de la codification ¹². Les premières sont antérieures à la fondation de l'Empire unitaire, en 221 avant notre ère. Mais nous n'en connaissons pratiquement rien. Le premier code intégralement conservé est celui des Tang, en 737 ap. J.C., souvent reproduit par la suite. Postérieurement viendront le Code des Song de 963, des Ming en 1367, des Qing en 1647. Les codes les plus anciens concernent le droit pénal. Mais sous les Han (206 av. J.C.-220 ap. J.C.), les codifications se diversifient. Elles touchent aussi la propriété, le commerce, le mariage et l'héritage, dans le souci primordial de protéger la propriété privée de la terre, source importante de rentrées fiscales pour l'État. Sous la même dynastie est

¹² Cf. Bastid-Bruguière M., L'esprit de la codification chinoise, *Droits*, 27, 1998, 129-145.

confectionné un Code du Palais qui régleme la fonction publique. Plus tard, sous les Ming (1368-1644) et les Qing (1644-1912), [46] les codifications s'ordonnent en deux séries distinctes : le *huidian*, Code de l'administration ; le *lüli*, Code pénal visant les fonctionnaires et l'ensemble de la population. Les deux types de codes suivent les mêmes divisions, qui correspondent à la répartition des compétences entre les six ministères composant le gouvernement.

Sous toutes les dynasties, les fonctionnaires et les lettrés ont eu d'habitude de codifier les textes réglementaires. Mais à toute époque, la codification a été considérée comme un acte essentiel de souveraineté, souvent associé à la formation d'une dynastie : seul le pouvoir impérial peut donner un caractère absolu à une règle. Ce qui n'a pour nous rien d'exotique. L'originalité se situe ailleurs. En fait, ces « codes » sont autant considérés comme des archives des actes gouvernementaux : ils comprennent donc souvent une législation périmée. D'autre part, même s'ils peuvent être portés à la connaissance du public (le coupable qui peut réciter l'article du code visant le comportement qui lui est reproché bénéficie d'un allègement de peine), ils sont avant tout destinés à l'administration. Enfin, ils n'interviennent pas dans le domaine des coutumes, qui régissent une grande partie de la vie sociale. En fait, la notion de code telle qu'elle s'est développée en Europe depuis le Code Napoléon ne peut être rendue que par une périphrase (*bianzuan fadian*, organiser des textes pour en faire un recueil de lois) forgée par les Japonais au XIX^{ème} siècle et ensuite importée dans la langue chinoise. Le caractère tardif de l'innovation ne signifie pas que la Chine n'ait jamais connu de codifications, comme nous venons de le voir, mais que la tradition confucianiste a été assez forte pour en partie les occulter. L'approche chinoise de la codification est donc différente de la nôtre. D'une part, elle est moins valorisée ; d'autre part elle a surtout une vocation gouvernementale et administrative.

Quoi qu'il en soit, on retrouve chez les Japonais la même défiance envers le droit.

17. LE JAPON ET LA RÉSISTANCE AU DROIT. - En effet, si les influences de la Chine sur le Japon sont indéniables, ce dernier n'a eu pratiquement aucun contact avec l'Occident jusqu'en 1853. Le tableau semble brutalement changer avec l'ouverture de l'ère de Meiji, en 1868, qui paraît marquer une impor-

tante occidentalisation. Celle-ci est décidée afin de mettre un terme aux traités de commerces inégaux imposés au Japon en 1858 par les puissances européennes, qui avaient engendré [47] pour beaucoup de Japonais une grande humiliation. Puisque l'efficacité semblait être du côté des Occidentaux, il convenait d'appliquer leurs méthodes. Ce mouvement rappelle celui qui se produira en Chine à la fin du XIXe siècle. Là aussi les intellectuels chinois, fiers de leur civilisation plurimillénaire, cherchent à comprendre comment les Européens ont pu cependant parvenir à les dominer. D'où leur idée de se servir de leurs concepts, pourtant profondément étrangers à la tradition politique chinoise et à l'attitude traditionnelle envers le droit. La démocratie est célébrée ; à partir de 1929, des codes sont publiés, copiés sur des modèles occidentaux. Mais derrière ce spectaculaire ravalement de façade subsistent fermement les traits culturels autochtones. En Chine, l'idée de démocratie est comprise tout autrement qu'en Occident. Elle ne signifie pas le pluralisme des débats, mais le regroupement du peuple autour de l'État afin de le rendre plus fort. Quant aux codes, ils demeurent sans grands effets sur le comportement quotidien de la population. L'histoire du Japon comme sa situation actuelle offrent bien des points de similitude.

Des recueils que, superficiellement, nous pourrions qualifier de juridiques (les *ritsu-ryô*), apparaissent dans l'ère Taika, qui débute en 646 après J.C. Marqués par l'influence chinoise, il consistent en un ensemble de règle répressives (*ritsu*) et de commandement administratifs (*ryô*) dont est exclue toute idée de droit subjectif. Elles visent à assurer la répartition périodique des rizières d'État et une division stricte de la société en « rangs ». Mais aux IX et Xèmes siècles, le pouvoir de l'Empereur et de sa cour s'effondre au profit d'une féodalité militaire. Dès lors, la coupure fondamentale devient celle séparant les guerriers (*buke, bushi, samourai*) des paysans. Ces derniers continuent à suivre les *ritsu-ryô*, tandis que les militaires sont régis par un droit coutumier (*buke-hô*) reposant sur l'idée d'une fidélité absolue entre le vassal et son seigneur. Comme dans l'Occident féodal, ce dernier est considéré comme le père de son dépendant. Mais alors que dans notre Moyen-Age le vassal pouvait exercer des recours judiciaires contre le seigneur défaillant, il n'existe au Japon aucun contrat entre les deux parties. L'idée même que le vassal pourrait avoir des droits contre son supérieur est étrangère à la mentalité de cette caste militaire. Bien entendu, la même impossibilité de concevoir une relation en termes de droits caractérise des rapports entre les seigneurs et les cultivateurs du

sol. À partir du XIV^e siècle, la structure profondément inégalitaire de la société [48] japonaise se confirme. Elle s'accroît à compter du XVII^e. Les positions sociales sont strictement hiérarchisées, au point que l'appartenance à un groupe va jusqu'à déterminer le mode d'alimentation ainsi que le tissu et la couleur des vêtements. Dans tout cela, il n'est point question de droit au sens que nous attribuons à ce terme. Les fonctions judiciaires ne sont pas distinguées des autres fonctions publiques ; on ne trouve ni écoles de droit, ni juges professionnels, ni ministère public, ni avocats, ni notaires.

Les changements inaugurés par l'ère Meiji n'en paraissent que plus radicaux. En 1882 sont promulgués un Code pénal et un Code d'instruction criminelle à partir de modèles français. Le droit allemand inspire davantage la loi sur l'organisation judiciaire et le Code de procédure civile, entrés en vigueur en 1890. Celui-ci concurrence victorieusement le droit français dans l'élaboration du Code civil, adopté en 1898. En 1889, l'Empereur octroie une Constitution à ses sujets. Après le second conflit mondial, le droit introduit est plus anglo-saxon que continental. Une nouvelle Constitution entre en vigueur en 1946. De plus, alors que les Américains prévoyaient pour le Japon un développement de type essentiellement agricole, on sait ce qu'il en advint.

Pour autant, les réformes de la fin du XIX^e et celles inspirées par la victoire occidentale ont-elles anéanti les traits culturels originaux ? Un observateur superficiel, impressionné par le développement technologique et l'uniformisation des mœurs qui semble en résulter répondra par l'affirmative. Il se trompera. Car comme l'écrit à juste titre I. Kitamura : « Méfiez-vous de la convergence apparente des civilisations dans ce monde partout « électronique » et « cocacolanisé ». Même avec un outil identique, différentes sont les mains qui s'en servent ». Certains auteurs japonais ont ainsi pu caractériser le régime politique du Japon en parlant de « constitutionnalisme apparent » : le ministère public a tendance à cautionner facilement les agissements de la police afin de lui éviter de perdre la face ; la motivation des jugements est en général sommaire, les parties devant avant tout se soumettre à l'autorité.

Tout ceci nous est difficilement compréhensible. Pour parler sans dissimuler, beaucoup admettraient sans trop de scrupules que le droit n'existe pas ou peu dans des cultures technologiquement moins développées que les nôtres, reposant davantage sur l'oral que l'écrit : on ne sort pas indemne de deux siècles d'évolution-

nisme, sans compter l'influence du passé colonial. L'Asie irrite, parce qu'elle échappe [49] manifestement à ce schéma si commode : comment expliquer que des civilisations si raffinées et si anciennes puissent continuer à peu priser ce à quoi nous tenons tant ? Essayons de fournir quelques réponses en ce qui concerne le Japon.

18. LA CULTURE JAPONAISE ET LE DROIT. - Interrogeons d'abord la langue. En Chine, il n'existe pas d'expression susceptible de traduire littéralement notre formulation de « droit de l'homme ». On doit employer les termes « pouvoirs de l'homme », qui n'en constituent qu'une traduction très approximative. De manière similaire, le terme « droit » n'a pas d'équivalent dans la langue japonaise. Par nécessité, on lui relie le mot *hō*, qui correspondrait à notre notion de droit objectif, tandis qu'il a fallu créer le vocable *kenri* pour traduire le concept de droit subjectif. De plus, en raison de son histoire, le terme *hō* est polysémique. Il est venu de Chine en même temps que le bouddhisme et correspondait à la notion de *dharma*, dont nous avons vu qu'elle ne se confond pas avec ce que nous nommons le droit. Ensuite, le *hō* a été assimilé à la notion japonaise d'édit (*nori*) : « les commandements édictés d'en haut, soit par un être divin, soit par l'empereur ». Une troisième signification lui a aussi été attribuée, celle de méthode, de modèle de comportement (le terme de *shōhō*, droit commercial, signifie aussi : les méthodes de vente). Comme en Chine, la signification impérative du droit est dominante : il est avant tout le commandement du gouvernant, s'appliquant dans les domaines pénal, administratif et économique. En revanche, la sphère du privé est normalement régie par d'autres ordres normatifs, au point que la notion de droit privé est très exotique pour un Japonais. Le terme servant à le traduire, *shihō*, était d'ailleurs historiquement péjoratif, signifiant « une entente clandestine pratiquée au sein d'une petite communauté au détriment du régime général ». Les termes *shi* ou *watakushi* traduisent toujours simultanément « je, moi, privé » et « secret, arbitraire, contraire à l'ordre public ». Dès lors, des institutions chez nous fondamentales n'occupent que peu de place en droit japonais. Dans le Code civil, huit articles seulement concernent les régimes matrimoniaux, et en une année, moins de dix contrats de mariages sont conclus dans le pays... La notion originelle de procès diffère aussi profondément de la nôtre. Le procès n'est pas le lieu d'affrontement des parties devant un juge, qui statue après les avoir écoutées dans leur re-

vendications contradictoires. La notion d'*utiae* [50] (action intentée, instance) correspond davantage à une prière adressée à un supérieur afin d'obtenir une aide ou une solution. Comme le note I. Kitamura, elle se rapproche donc plus de la notion de recours de type administratif que de celle de procès civil. Ces conceptions restrictives du droit expliquent qu'aujourd'hui encore les lois soient beaucoup moins nombreuses au Japon qu'en France. Dans notre pays, environ 1500 lois sont votées chaque année par notre Parlement ; au Japon, dans l'année 1986-87, le Parlement n'en a consacré que 123. Les codes japonais contiennent moins d'article que les nôtres : 1044 au lieu de 2283 pour le Code civil, 264 contre 727 pour le Code pénal¹³. Non seulement le nombre, mais l'esprit des lois est également différent. Les dispositions de portée générale sont préférées aux impératifs catégoriques et minutieux. En droit pénal, on voit fonctionner un principe qui peut rappeler celui de l'arbitraire des juges dans notre droit d'Ancien Régime : les peines fixées pour une infraction sont souvent situées entre des minima et maxima si éloignés qu'ils équivalent en fait à une absence de limitation légale, la sanction étant laissée à la sagesse du tribunal. D'ailleurs, les jugements doivent toujours prendre très largement en compte l'appréciation des circonstances. Ils décrivent abondamment les faits constatés et comportent couramment plusieurs dizaines de pages. On est à l'opposé de la conception du juge-automate, très en vogue dans les milieux éclairés à la veille de la Révolution française. Les pratiques de l'administration reflètent aussi la tendance à réguler les comportements des administrés moins par l'application d'une norme impérative que par des voies dites « de non-pouvoir » (tels que le conseil, la recommandation, l'avertissement, etc. Les fonctionnaires procèdent ainsi par incitation auprès des intéressés qui viennent formuler une requête auprès d'eux. En général, ces conseils, bien que non contraignants, sont suivis d'effet, à la fois par respect de l'autorité et en raison de la souplesse qu'ils peuvent offrir par rapport aux solutions de droit strict. D'ailleurs, ces prescriptions ne sont pas informelles. En y procédant, l'administration se réfère souvent à des directives qu'elle a élaborées elle-même ou avec l'aide de spécialistes. Pour le I. Kitamura, «... on dirait que la loi ne constitue qu'une forme résiduelle des normes juridiques »... mais s'agit-il encore vraiment de droit pour des Occidentaux, surtout pour des [51] Français (les Anglo-saxons sont plus accoutumés à la *soft law*) ? Le doute s'accroît quand on étudie la notion traditionnelle de *giri*.

¹³ Sans compter les décrets et quelques volumineuses circulaires qui y sont aussi insérés.

19. LES GIRI.- Les *giri* sont des normes de comportement qui rappellent les rites chez les Chinois. Ils consistent en des règles de conduite très diversifiées suivant la relation sociale reliant ceux qui les emploient. Ils sont à l'opposé de l'idée d'uniformité juridique. Il y a le *giri* du père et du fils, du mari et de la femme, du bailleur et du locataire, du client et du commerçant, du patron et de l'employé, etc. Les *giri* ne sont pas des codes coutumiers renfermant un certain nombre de règles. Ils expriment plutôt l'idée qu'il existe une manière correcte de se conduire envers l'autre ou le groupe en s'acquittant de ses devoirs de façon à se conformer à leur volonté présumée. L'autre partie devra alors symétriquement réagir de la manière qu'on attend d'elle. Ces *giri* sont contraignants, mais pas de la même façon qu'une règle de droit. En fait, leur exécution ne dépend que de la bonne volonté des parties. La sanction consiste principalement dans la honte d'avoir manqué à son devoir, et la crainte du mécontentement de l'autre partie. Bien entendu, de telles considérations ne sont pas complètement étrangères à un Occidental. L'essentiel de notre vie quotidienne est même modelé par ce type de relations : nous sommes loin de nous comporter toujours en individus libres et égaux en droits, n'en déplaise à notre Déclaration des droits de l'homme. En fonction de la personne à laquelle nous nous adressons, nous pouvons changer notre comportement jusqu'au langage adopté, y compris dans la prononciation ou l'accent. Le candidat à l'embauche dans un cabinet de recrutement, sans le savoir, pratique le *giri*. Cependant, si ces types de comportements échouent, nous recourons beaucoup plus facilement qu'un Japonais au « droit dur » et à ses juges. D'autant plus que tout notre système institutionnel, notre mythologie politique héritée de la Révolution française, valorisent le droit et la loi.

Ainsi que l'individu, autre différence de taille avec les conceptions japonaises. Car d'après les auteurs japonais, l'individu n'est pas l'unité sociale de base. Elle réside plutôt dans l'idée d'une relation binaire (*nikô ketsugô*) avec une autre partie, dans laquelle il serait toujours envisagé. Plus que d'individu, il faudrait donc parler « d'être en termes (*aidagara-sonzai*) », « d'entre homme et homme (*hito-to-hito-to-no-aida*) », ou encore « d'homme contextuel (*Kanjin*) ». Du même coup, l'inégalité devient un principe majeur des relations sociales, car ces relations [52] binaires sont pratiquement toujours hiérarchiques. Mais pour se perpétuer, elles doivent reposer sur l'idée que cette inégalité, loin d'être imposée, correspond au

bon vouloir des parties. L'inférieur doit manifester sa soumission au supérieur qui doit alors soigneusement éviter de se comporter de façon humiliante envers lui : l'essentiel est d'établir la confiance. Ce type de comportement n'est pas pour nous du droit, mais il pénètre les territoires que nous lui assignons. La négociation contractuelle comporte d'importants éléments humains : avant de conclure, les parties doivent se connaître et s'apprécier (d'ailleurs, chez nous, des pratiques comme le « repas d'affaires » procèdent de la même logique). L'auteur d'un accident doit immédiatement demander pardon à la victime. Il doit lui rendre des fréquentes visites en lui apportant des cadeaux avant qu'on en vienne à parler de réparation des préjudices. L'importance de la notion de confiance a même été théorisée par la jurisprudence. Le Code civil prévoit en effet que le locataire ne peut pas sous-louer à un tiers sans le consentement du bailleur, sous peine de résolution du bail. Or le Tribunal suprême a décidé que le bailleur ne pouvait donner congé au locataire qui s'était passé de son consentement quand existe une circonstance particulière qui permet d'estimer que, malgré tout, la relation de confiance n'a pas été détruite entre eux.

Autre différence par rapport au système français, la contextualisation de l'individu dans des relations binaires se double de sa mise en situation par rapport à diverses communautés d'appartenance, alors que notre mythologie républicaine repose sur l'idée d'un individu délivré de tout lien communautaire ou corporatif, même si la réalité du fonctionnement de notre société en apporte quotidiennement le démenti. Comme l'écrit I. Kitamura, « C'est la configuration du milieu qui tient lieu de celle du soi »... d'où l'importance de l'échange de cartes de visite, préliminaire quasiment obligé lors de la première rencontre entre deux personnes. La communauté primordiale est la famille (*ie, uchi*). Au point que le registre de l'état-civil n'est pas dressé par individu, mais par maison, correspondant à une famille nucléaire. Puis viennent d'autres collectivités englobantes, disposées en cercles concentriques : le village, aujourd'hui remplacé pour les citoyens par la compagnie ou la société commerciale ; le « pays », autrefois la province dirigée par un gouverneur, aujourd'hui l'État. Il est significatif de constater que le vocable *kokka* qui désigne l'État est formé de mots composés de deux caractères chinois signifiant *pays* et *maison*.

Au total, les cultures d'Extrême-Orient laissent à penser que la complexification d'une société, la diversité de ses groupes sociaux et leur hiérarchisation n'entraînent pas nécessairement l'inflation du droit. Pourquoi cependant cette liaison est-elle faite si fréquemment par les auteurs occidentaux ? D'une part parce qu'ils se fondent sur la seule expérience des sociétés occidentales, où elle est avérée. D'autre part, parce que sur la base de nombreuses données ethnographiques, nous procédons à un raisonnement *a contrario* : puisque les sociétés élémentaires chères aux ethnologues connaissent simultanément un faible degré de division sociale et le sous-développement des normes juridiques telles que nous les entendons, l'inverse devrait être vrai... mais ce n'est pas le cas. Car s'il demeure exact que la complexification d'une société, en Occident comme ailleurs entraîne un accroissement de la normativité, celle-ci peut s'exprimer dans d'autres ordres que ce que nous appelons le droit : les rites chinois et les *giri* japonais l'attestent. Pour autant, le droit n'est pas inconnu. Mais son rôle est dévalorisé, ce qui nous donne toute la mesure de la révolution mentale que connaît la Chine depuis les réformes de Deng qui ont déjà transformé ce pays en État de lois (les Chinois appellent la France : « le pays des lois ») en attendant que peut-être un jour il devienne un État de droit.

Les sociétés animistes d'Afrique noire nous confrontent à une autre expérience du droit : celle de la pluralité.

20. LES SOCIÉTÉS ANIMISTES ET LA PLURALITÉ DU DROIT. -

Pour M. Alliot, une même structure de pensée peut expliquer les représentations des univers visible et invisible, ainsi que l'organisation sociale et la place qu'y occupe le droit. Dans les croyances animistes d'Afrique noire, la stabilité du monde n'est jamais assurée : le désordre peut l'emporter sur l'ordre, et il revient à l'homme de déployer constamment ses efforts afin de l'éviter. Tout d'abord en considérant, comme les Hindous, que tous les éléments de l'univers sont en résonance : le monde de la nature n'est pas coupé de celui de l'homme. Celui de la surnature non plus. D'une part les forces spirituelles peuvent pénétrer de nombreux éléments de l'environnement. D'autre part, les défunts ne partent pas vers un monde lointain et inatteignable : ils sont présents au côté des vivants, les attaquent ou les protègent en même temps qu'ils en dépendent (un proverbe africain dit : « Un défunt n'est jamais mort tant que quelqu'un pense à lui ».). Il doit donc y avoir unité [54] entre le monde visible et celui de l'invisible. Mais aussi au sein de

la société des vivants. L'unité peut ou non se confondre avec l'uniformité. Historiquement, la Révolution française a choisi la deuxième solution en construisant un système légaliste basé sur des textes uniformisants et juridiquement égalitaires, même si aujourd'hui on en revient beaucoup. À l'instar de beaucoup d'autres sociétés, les animistes d'Afrique noire se basent au contraire sur une logique plus complexe, celle de l'unité à travers la différenciation. Les différences sont présentées (notamment par les mythes, qui sont leurs constitutions) non comme des facteurs de division, mais de solidarité, dans la mesure où la spécialisation fonctionnelle crée l'interdépendance. Elle existe au niveau politique : la séparation des pouvoirs n'a pas été inventée seulement par Aristote et Montesquieu. Le Maître de la terre, le chef politique, le Maître des travaux agricoles, le Maître de la pluie, le Maître des récoltes et le Maître de l'invisible ont chacun leurs attributions, mais aucun ne peut exercer son pouvoir sans l'assentiment des autres. La spécialisation existe aussi au niveau social : les mythes expliquent abondamment pourquoi il faut des paysans, des forgerons, des guerriers et des griots et surtout les raisons pour lesquelles les uns ne peuvent vivre sans les autres. Ce principe de spécialisation peut prendre des formes poussées, comme dans le cas des castes (elles existent aussi en Afrique noire) ou des classes d'âge (Afrique de l'Est) : autant de schémas fermes qui fixent les règles de la mobilité -ou de l'immobilité- sociales, auxquels il faut ajouter l'universalité des différenciations issues du sexe. Cette faveur accordée à la complémentarité des différences se retrouve dans les modes de règlement des conflits. Dans la mesure du possible, comme dans la pensée orientale, la conciliation doit l'emporter sur le recours à des règles pré-établies ; les décisions importantes doivent être prises à l'unanimité, et non résulter d'une victoire de la majorité sur une minorité qui serait vécue comme une fracture sociale. D'où l'importance de la palabre, qui vise à réduire progressivement (elle peut durer plusieurs jours) les divergences entre les participants.

Dans ce contexte, le recours au droit ne peut se concevoir que dans un cadre pluraliste, *a priori* profondément exotique pour un juriste français, à supposer même qu'il consente à y voir du droit. D'une part, le droit subit profondément l'influence des croyances religieuses : si les forces spirituelles, comme les morts, entourent les vivants, il faut pouvoir les identifier, connaître leurs volontés, afin de s'y conformer ou [55] d'y faire obstacle. De même, les sanctions peuvent venir des hommes comme de ces forces invisibles. On observera d'ailleurs que cette

liaison avec le surnaturel peut se traduire par un supplément d'efficacité du droit : on peut davantage craindre une sanction émanant du monde invisible que du visible, forcément mieux connu. D'autre part, comme on l'a vu en Orient, l'individu ne constitue pas l'unique unité de compte sociale. On ne peut le couper de ses appartenances multiples. Car, autre constat fondamental, il possède plusieurs appartenances, plus ou moins valorisées suivant les sociétés : son sexe, son groupe d'âge, sa famille, sa communauté résidentielle, l'association volontaire à laquelle il a adhéré, éventuellement sa société secrète, ceux qui accomplissent la même tâche économique que lui, etc. À chacune de ces appartenances correspondent des ensembles de droits et d'obligations. Mais dans ces conditions, peut-on encore parler d'individu (les anthropologues lui préfèrent d'ailleurs la notion de personne, considérée comme faisant davantage place à l'inscription de chacun dans des cercles différents) ? Oui, à condition de le distinguer de l'individualisme, qui consiste à ne voir *que* lui. Car en dépit des apparences, l'individu conserve une marge de liberté au sein de ces diverses communautés. D'une part, toutes ces associations ne sont pas imposées, à la différence des statuts qui découlent du sexe ou de l'âge. D'ailleurs, même dans ces hypothèses, des fictions existent permettant de les dépasser : dans certaines sociétés, le mariage avec les morts et possible, ainsi qu'avec un conjoint de même sexe. D'autre part, suivant les cas, un individu peut faire prévaloir une de ses appartenances par rapport aux autres si cela lui paraît correspondre le mieux à ses intérêts. Enfin, l'individu peut tout simplement choisir d'enfreindre la règle. Malinowski notait déjà à propos des sociétés océaniques que chacun calculait fréquemment le rapport entre les coûts et les avantages résultant pour lui de l'observation de la règle, ou de l'infraction. C. Lévi-Strauss procède au même constat en reconnaissant que très souvent, une importante partie d'une population ne respecte pas les normes structurant la parenté, pourtant zone de régulation hautement valorisée.

Pour autant, faut-il croire les discours officiels (ceux des mythes, des griots, des autorités politiques ou religieuses, des Anciens) de ces sociétés nous disant que de la différence ne naît que la complémentarité ? Certainement pas plus que ceux qui, chez nous, nous assurent que tous les hommes sont libres et égaux ou que la vie politique se [56] résume dans l'harmonie constitutionnelle régnant entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire.

21. DERRIÈRE LES MODÈLES : LES SOCIÉTÉS RÉELLES. - Évitions tout d'abord quelques malentendus. Comme nous l'avons déjà vu à propos de l'harmonie prônée par Confucius, il ne faut pas davantage confondre la complémentarité avec l'égalité. Bien au contraire, ces différences engendrent une inégalité. Qu'elle soit présentée comme bonne par les discours qui visent à la légitimer n'est pas étonnant. Mais elle n'est pas forcément toujours ressentie ainsi par tous. La complémentarité peut fort bien cacher la domination, au point que des ethnologues marxistes ont choisi de voir des rapports d'exploitation dans les relations entre aînés et cadets au sein des sociétés de classes d'âge. D'ailleurs, même dans les sociétés traditionnelles, il y a des marginaux et des rebelles. Mais leur existence a souvent été peu soulignée par les ethnologues. D'abord, il n'est pas toujours facile de les repérer pour un observateur extérieur. D'autre part les ethnologues, surtout anglo-saxons, ont privilégié une vision des sociétés traditionnelles comme avant tout ordonnées et ne laissant aucune place aux initiatives individuelles. En somme, il leur est arrivé de croire trop facilement les discours officiels, comme si un extraterrestre ignorant de Kelsen (la règle de droit exprime non un être, mais un devoir être...) prenait les facultés de droit pour celles de sociologie.

Ajoutons que ces logiques ne sont pas si exotiques pour l'historien du droit français. Pendant de nombreux siècles, la société française a été officiellement divisée en trois ordres (ceux qui combattent, prient et travaillent) qui possédaient des statuts juridiques distincts et étaient supposés unis eux aussi par leur intercomplémentarité, ainsi que rassemblés d'abord autour de l'Eglise, puis du roi de France, comme l'ont montré les analyses de G. Duby sur l'idéologie des trois ordres ¹⁴. Ceux-ci n'ont été supprimés que sous la Révolution, au nom de l'uniformité juridique. À l'heure actuelle, certains constats nous rapprochent aussi de ces autres logiques. Dans la philosophie chinoise, qui diffère sur ce point profondément de la grecque, on a la plupart du temps pensé que la connaissance du vrai et du faux étaient des questions inatteignables : mieux valait raisonner en termes d'ordre et de désordre, [57] d'harmonie et de perturbations. Nous croyons pour notre part que dire le droit, c'est séparer le bien du mal, le vrai du faux, déterminer des responsabilités. Pourtant, environ la moitié des divorces sont résolus par la

¹⁴ Cf. Duby G., Les trois ordres ou l'imaginaire du féodalisme, Paris, Gallimard, 1978.

procédure de requête conjointe, où l'accent est mis davantage sur l'accord des parties quant à la moins mauvaise manière de tirer les conséquences d'un échec que sur la détermination du processus qui les y a conduites. Depuis plusieurs années, à l'imitation de l'Amérique du Nord, une tendance très nette consiste dans la résolution par la voie de la conciliation ou de la médiation des conflits familiaux et des « petits » litiges, ceux de la vie quotidienne. Notre Code de procédure civile précise même qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties (art. 21). M. Alliot observe par ailleurs que la logique de la palabre, la recherche du consensus s'accroissent au détriment de l'observation des règles officielles au fur et à mesure qu'on s'élève dans la hiérarchie de la classe politico-administrative française :

«... l'exercice du pouvoir y est conforme au modèle des sociétés plurielles. Il ne s'agit pas ici du pouvoir théorique organisé par la Constitution et décrit dans les manuels (...) mais plutôt de celui des grands corps et des états-majors de partis et de syndicats : ce sont les détenteurs des pouvoirs réels. Chacun le détient dans un domaine bien déterminé. Les ministres passent, mais les grands corps conservent chacun autant de représentants dans les cabinets et à la tête des administrations centrales. Perdre une direction déclenche la bataille de tout un corps contre le gagnant et entraîne une obligation de compensation. Dans ce partage, chacun a besoin des autres. Nulle décision ne peut se passer d'un accord des diverses directions intéressées, des responsables des finances de l'État et des corps de contrôle (...) En bref, chacun sacrifie aux autres : c'est la logique d'une société plurielle. Et l'appareil décisionnel de l'État qui ressemble à un synthétiseur des opinions des divers groupes qui le dirigent, rappelle fortement la nécessité d'unanimité dans les sociétés africaines. »

On peut donc penser qu'aucune société, occidentale ou non, n'ignore l'individu et le droit, ni les groupes et les règles non juridiques de comportement. En ce sens, il y a bien universalisme. Mais ce qui les distingue et donne son identité à chacune consiste d'une part dans la ventilation qu'elles opèrent de ces concepts et de l'officialisation qu'elles en effectuent. Là, la diversité reprend ses droits, ainsi que l'analyse historique, fondamentalement habilitée à l'expliquer : c'est [58] l'évolution des mentalités, celle des structures économiques et sociales ; les rencontres entre cultures, leurs métissages et leurs rejets qui doivent servir de guide, et conduire à discerner sinon un sens, au moins des logiques de l'aventure humaine.

Section II

Les droits occidentaux

[Retour au sommaire](#)

22. L'ÉMERGENCE DU DROIT. - Les conditions de la naissance du droit nous échappent largement en raison des lacunes documentaires affectant des périodes si lointaines. D'autre part, même si les écrits nous étaient parvenus dans leur totalité, une part importante du droit nous manquerait toujours. À ces époques et jusqu'à peu, l'écriture et la lecture sont réservées à une très petite minorité. Non seulement à cause de la science qu'elles nécessitent, mais aussi en raison de la faiblesse des moyens de leur diffusion. Au Moyen-Age, on écrivait en abrégé sur les parchemins pour gagner de la place ; de même, afin d'utiliser plusieurs fois la même surface -un livre pouvait représenter l'abattage de troupeaux entiers- on grattait un texte pour le remplacer par un nouveau, jugé plus important. La part de l'hypothèse sera donc grande dans les lignes qui suivent, même s'il est possible d'énoncer quelques idées générales.

Si la philosophie appartient aux Grecs, le droit est l'oeuvre de Rome. Non pas qu'elle ait été seule à s'en soucier : bien avant elle, les puissants, les sages et peut-être les dieux s'en préoccupent. Mais Rome est la première à vraiment le construire. Les premiers juristes romains donnent au droit romain le caractère pratique et concret qui lui restera toujours attaché : leur rôle n'est pas de théoriser, mais de rédiger des actes et de conseiller les parties dans les formalités complexes du procès. De plus, ils n'avaient pas été formés dans des écoles de droit, mais dans le cadre familial ou par des personnages impliqués dans la vie des affaires et de la politique, qui les avaient admis dans le cercle de leurs intimes. Beaucoup plus tard, à la fin de la République et surtout sous l'Empire, sans renier ses traits premiers, le droit prend un caractère plus scientifique, et même moralisateur, sous l'influence des idées grecques [59] dont étaient pénétrées les élites, qui parlaient d'ailleurs parfaitement le grec. Cicéron écrit que le droit enseigne à vivre en honnête homme. Au début du second siècle de notre ère, Celse le définit comme l'art de ce qui est bon et équitable. Un siècle plus tard, Ulpien (mort en 228) reprend la

formule de Cicéron et y ajoute d'autres préceptes : ne pas causer de tort au prochain, donner à chacun ce qui lui est dû. Autant de principes qu'il nous semble facile de pouvoir reprendre aujourd'hui à notre compte en les assignant au droit. Pourtant, ils peuvent couvrir des réalités extrêmement différentes, car les limites de la moralité peuvent beaucoup évoluer : sous le couvert aseptisant de la technicité, du droit peut être ou devenir inhumain. À Rome, l'esclavage paraissait normal, au point que les esclaves affranchis ne rechignaient pas à en acheter d'autres... mentalités et comportements qu'à plusieurs siècles de distance nous condamnons. Mais un tel recul n'est pas forcément nécessaire. Plus près de nous, en Europe occidentale et il y a un demi-siècle, l'existence de l'État nazi, le statut des Juifs sous Vichy posent de redoutables questions au théoricien du droit. Il nous faudra également évoquer ces hypothèses plus contemporaines, car elles montrent qu'une fois né, le droit peut s'emballer au point de se canceriser.

A) L'apparition du droit

Le droit possède plusieurs géniteurs : ses légitimités sont multiples, ce qui prouve sa difficulté à s'imposer. Dieu en tant que cause première est largement invoqué. Mais il montre vite son vrai visage, qui est de ce monde : un instrument de pouvoir, utilisé par les dirigeants. Mais pas que cela : les philosophes s'efforcent d'y réfléchir. Loin de ces élites du pouvoir et de la pensée, le peuple est censé l'engendrer, et l'on parle alors de coutume. Rome fera la synthèse de ces divers éléments : son cas mérite un exposé spécifique.

[60]

1) Le monde méditerranéen ancien

23. DES DIEUX AUX HOMMES. - Dans un récent ouvrage consacré aux naissances du droit ¹⁵, J. Gaudemet constate qu'autour de la Méditerranée le droit fut d'abord envisagé comme un don de Dieu. De ses premières marques d'attention, prodiguées au Proche-Orient, nous ne savons presque plus rien. Des témoi-

¹⁵ Cf Gaudemet J., *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, 1997, 4-9.

gnages indirects nous apprennent que des législations ont existé vers 2400 avant notre ère. Plus tard survient le « Code » d'Ur-Nammu, fondateur de la troisième dynastie d'Ur. Roi d'Ur vers 2110-2094, il revendique sa souveraineté sur l'ensemble de la Mésopotamie et déclare faire « resplendir le droit » grâce au dieu-lune Nana qu'il reconnaît comme « son roi ». Plus tard (vers 1792-1750) Hammourabi, dans des textes législatifs un peu trop rapidement qualifiés de « Code », se place sous le patronage du dieu-soleil Samas. Sur une stèle, on voit le dieu graver les caractères sur des tablettes, tandis que Hammourabi se tient respectueusement devant lui. De manière générale, dans la Mésopotamie du XXI^e au XVIII^e siècles avant notre ère, les rois législateurs ont associé le divin au juridique. Pour autant, ce droit n'est pas religieux : il ne porte pas sur les croyances ou les rites religieux. Venu des dieux, il est fait pour les hommes dans leurs activités que nous qualifierions de « laïques ».

Dans la Bible, ensemble de textes composés à des époques diverses auquel se réfèrent encore aujourd'hui les trois grandes religions monothéistes, Dieu et le droit sont également associés. On sait que Yahvé est censé avoir dicté le Décalogue à Moïse sur le Sinaï, vers la fin du XIII^e siècle. Il intervient également dans d'autres textes, dictés plus tard : le Code de l'Alliance, puis, au milieu du Ve siècle le Lévitique ou « Code sacerdotal ». Dans ces différents textes, ce droit divin diffère de l'expérience mésopotamienne dans la mesure où il porte souvent sur des matières spécifiquement religieuses : institution des prêtres, rituels des sacrifices, lutte contre les faux dieux, etc. Quoi qu'il en soit, l'emprise du divin sur le droit pose d'emblée un problème essentiel : donné par Dieu, le droit doit demeurer immuable pour l'homme. Mais une contradiction surgit aussitôt : l'homme est dans l'histoire, qui modifie tout. [61] Dès lors, comment adapter le message juridique divin sans le trahir ? C'est tout le problème de l'interprétation, oeuvre d'hommes, décorés de titres divers : docteurs, sages, etc. sans oublier évidemment les juges. Les musulmans donneront un beau nom à cette exigence : l'effort, dont ils refermeront un jour les portes.

D'autres cultures méditerranéennes, notamment la Grèce et Rome, éloigneront le droit des dieux, mais très progressivement.

En Grèce, les poètes parlent d'abord, notamment Homère, vers les Xe et IX^e siècles. Il n'envisage pas le droit et la loi de façon abstraite, ne mentionnant même pas le terme qui les désigne (*nomos*). Mais il mentionne souvent Thémis, qui évo-

que l'idée de stabilité et de paix. C'est une divinité, fille de la Terre et du « Ciel étoilé », épouse de Zeus. Hésiode (né vers 700) lui attribue trois filles : *Economia* (l'ordre), *Eiroéné* (la paix), *Dikê* (le droit). Le nom de *Dikê* fut d'abord cependant associé à l'idée de jugement, si bien qu'il signifie à la fois la sentence et l'acte juste. Le monde surnaturel nimbe donc toujours le droit. D'ailleurs, même à l'époque d'Hésiode, ce que nous nommons le droit reste associé à des domaines pour nous différents : Hésiode mélange ainsi les devoirs de justice, les règles d'hygiène et les prescriptions cérémonielles. Mais il faut souligner l'observation essentielle de J. Gaudemet : à la différence des systèmes monothéistes, si le droit vient de Dieu, l'homme en est le co-créditeur. Car Zeus, par des oracles et au cas par cas, inspire à l'homme les solutions justes. Mais elles ne lui sont pas données à la manière d'un code pré-établi. C'est à lui de les exprimer, notamment par la voie du jugement, d'où l'importance du procès dans la formation du droit.

Puis les philosophes prennent le relais des poètes. La loi se détache alors des autres normes et s'inscrit davantage dans le monde terrestre. Le *nomos* revêt une double signification. Ancienne : c'est l'idée d'un ordre universel s'imposant aux astres comme aux cités. Nouvelle : ce sont les lois propres aux hommes, envisagées dans le cadre politique de la cité. Le dualisme de cette conception ne sera pas toujours harmonieux. Ce qui n'est guère surprenant : à partir d'un certain point, l'autorité des dieux et celle des hommes peuvent s'entre-choquer. C'est le thème fameux de l'affrontement entre le droit naturel, d'origine divine, et les lois positives de la cité. Vers 442, Sophocle le met en scène dans son *Antigone*. Soeur de Polynice tué en combattant contre Thèbes, sa propre cité, elle veut l'ensevelir malgré les ordres du roi [62] Créon, gouvernant légitime de Thèbes. Elle se révolte contre la loi de sa cité au nom d'autre lois, permanentes et de nature supérieure. (On retrouve le même type d'opposition de nos jours, quand le pape Jean-Paul II, au sujet de l'avortement, affirme que les chrétiens ne peuvent accepter des lois qui contreviennent à celle de Dieu). Cependant, on peut aussi aller plus loin que l'affrontement, jusqu'à la négation du dualisme. C'est le cas des sophistes, ces positivistes de l'Antiquité. Quelques décennies avant Sophocle, Protagoras (vers 480-411) ne mâchait pas ses mots : « Le juste et l'injuste ne résultent pas de la nature, mais de la loi ». Évoqué par Platon, Calliclès ajoute : « La loi [est] faite par les faibles et par le plus grand nombre, dans leur intérêt (...) pour empêcher les plus forts de l'emporter ». La nature n'a rien de divin, elle consiste seulement dans l'or-

dre des phénomènes et n'a rien à voir avec la loi. C'est l'homme, et l'homme seul, qui détermine ce qui est juste. Le relatif l'emporte sur l'absolu. Doctrine forte, mais angoissante, qui va susciter des réactions. Pour l'essentiel, il s'agit de maintenir le lien entre des valeurs absolues et le droit et la justice, que cependant la religion ne suffit plus à établir. Un siècle après Protagoras, Platon enseigne qu'il y a bien une nature humaine : la justice en est une vertu ; la loi émane de la raison, commune à tous les hommes. S'il ne réduit plus la loi et la justice à des figures mythologiques, il ajoute cependant que la loi est inspirée par Dieu. Mais c'est le législateur, bien humain, qui la fait. Au milieu du IV^e siècle, Aristote poursuit dans cette voie. Il ne nie pas l'existence de la loi et de la justice naturelles, ni que la nature obéit à un ordre rationnel. Il insiste notamment sur l'exigence universelle d'une égalité entre les hommes. Cependant, il est davantage intéressé par l'observation des lois positives des cités, qu'il collecte et compare. Il n'hésite pas à reconnaître que la loi peut être injuste, car il arrive au législateur de trahir les exigences du bien commun. D'ailleurs, si pour les philosophes grecs le droit tend à se confondre avec la loi (un seul terme, *nomos*, désigne les deux concepts) Aristote admet que l'équité peut corriger les rigueurs de la loi. Mais il ne s'agit pas de la conception qu'auront plus tard les Romains de ce concept, qu'ils jugeront supérieur à la loi. Pour les Grecs, ce n'est qu'un palliatif.

Ce long cheminement conduit au moins à deux constats. D'abord, lentement, à travers bien des compromis, progresse l'idée que le droit est l'affaire des hommes, même si, sauf dans le cas des sophistes, on en vient jamais à l'idée que les dieux ne pourraient y être pour rien... [63] L'exigence d'accrocher la règle de droit à un absolu, plus ou moins lié à l'idée du divin, est donc quasi-permanente. À l'époque actuelle, le débat n'est pas clos, même s'il se pose dans des termes différents. Les sophistes semblent l'avoir emporté. Le *jusnaturalisme* n'est pas dominant chez nos juristes. Pourtant, pour le grand public, le lien n'est pas coupé : il suffit de penser à la popularité du thème des droits de l'homme, ou aux diverses manifestations concernant les « sans-papiers » ou le droit au logement pour s'en rendre compte. Ensuite, même dans l'Antiquité, sous le couvert des justifications religieuses ou naturelles, il est clair que le droit vient du pouvoir terrestre, celui des dirigeants.

24. LE DROIT DES DIRIGEANTS. - Ici encore, les documents sont très lacunaires. Pour l'Égypte, les historiens grecs font allusion à des pharaons législateurs. Mais nous ne disposons que de faibles traces de leurs oeuvres. Au Proche-Orient, les exemples sont plus précis. Tout d'abord, vers 1600, le « Code hittite », nom bien ambitieux donné à une collection hétérogène de tablettes portant principalement sur le droit pénal. Les mesures inscrites disent traduire la volonté du roi. Puis, environ cinq siècles plus tard, les « Lois Assyriennes » portées sur des tablettes elles aussi d'époques différentes. Elles ne mentionnent pas l'existence d'un prince législateur, mais leur style permet de le supposer. Enfin, les « Lois néo-babyloniennes », qui datent des derniers temps de l'Empire assyrien, au VII^{ème} siècle, qui sont du même ordre.

Au total, ces différents systèmes n'offrent que de lointaines ressemblances avec ce que nous nommons législation à l'époque moderne. Au mieux, ce ne sont que des compilations. Sans doute cette impression est-elle accentuée par le fait que la transmission en a été très incomplète. Cependant, comme le note J. Gaudemet, ces lois de l'Orient ancien diffèrent profondément des nôtres (au moins à l'époque moderne) dans la mesure où la règle ne s'exprime pas dans une formule générale et abstraite. Les termes loi, droit, contrat, succession ou même mariage n'existent pas. Les textes envisagent seulement des situations concrètes. Par exemple, ils disent : « *si un homme..., si une vigne...* » et précisent une sanction en cas d'infraction à la prescription ordonnée dans ce cas.

Signalons enfin l'exception juive. Ici, pas de prince-législateur. La loi donnée par Dieu est immuable ; aucun homme, fût-il roi, ne peut la modifier. En revanche, le roi est juge. De plus, l'interprétation des docteurs permet l'adaptation de la loi aux besoins nouveaux. Les [64] prophètes -vrais et faux- disent aussi transmettre le message de Dieu. Ils s'opposent souvent au juridisme des interprètes de la loi.

Le droit grec est en revanche parvenu jusqu'à des modalités d'expression qui nous sont plus familières. Encore faut-il quitter l'époque homérique et parvenir au VII^{ème} siècle, à l'« âge des tyrans » qu'il ne faut pas confondre avec des despotes. Il s'agit d'aristocrates auxquels ont été confiés les pleins pouvoirs afin qu'ils défendent la cité et réforment son droit. Ils doivent édicter la loi afin d'assurer la paix sociale. Mais elle agit surtout dans le domaine politique, peu dans la vie fa-

miliaire. Plus tard, à Athènes, la loi tient une place fondamentale dans le régime démocratique. Elle est faite par l'Assemblée du peuple et mise par écrit, ce qui constitue une garantie. Tout citoyen peut soumettre à l'Assemblée une proposition de loi. Il peut également utiliser une « action d'illégalité (*graphê paranomon*) » destinée à paralyser tout projet de loi qui semblerait contraire à l'ordre démocratique. Plus tard, à l'époque hellénistique, la loi redevient d'expression d'un pouvoir personnel, et non plus populaire. Le monarque est « la loi vivante », formule reprise après bien des siècles par les rois de France.

Durant l'exception démocratique, il a donc pu arriver que la loi exprime la volonté populaire. Cependant, ce cas n'est pas la règle : la majorité des régimes politiques ont été monarchiques ou aristocratiques. Le droit est-il donc condamné à rester toujours l'instrument privilégié des élites ? Le rôle toujours joué par les coutumes incite à la prudence.

25. LA COUTUME ET LE PEUPLE. - Pour les anthropologues, la coutume est partout et constitue la source majeure du droit. Mais tous les juristes ne l'entendent pas ainsi. Pour les positivistes, la loi exclut la coutume, ou du moins s'impose à elle et ne lui laisse que des compétences très restreintes : c'était l'optique des rédacteurs du Code civil. Pour les marxistes, le droit ne peut venir que de l'État. D'autre part, les définitions habituelles de la coutume juridique ne sont pas sans ambiguïté. Un élément répétitif est obligatoire : « une fois n'est pas coutume », dit l'adage. Mais le délai nécessaire peut beaucoup varier suivant les cas. On insiste de plus sur un avantage de la coutume par rapport à la loi : sa plasticité. Censée émaner directement du groupe auquel elle s'applique, elle en suivrait fidèlement les évolutions, ce qui éviterait une critique fréquemment adressée au droit : son retard par [65] rapport aux mœurs. Or, la simultanéité de ces traits pose problème. Car si la coutume change fréquemment, elle ne peut être à coup sûr toujours très ancienne... il faut donc bien comprendre que l'ancienneté est souvent un mode de légitimation de la coutume plus qu'une réalité. Ou, si l'on préfère, que la coutume est davantage un contenant qu'un contenu.

Par ailleurs, est-elle toujours populaire ? L'écriture a longtemps été le monopole des dirigeants. Or, la coutume se présente très souvent sous une forme orale. On est donc tenté d'y voir la manifestation de contre-pouvoirs, ou au moins de

pratiques marginales par rapport au droit officiel. Ceci peut en effet se produire. Cependant, la coutume n'est pas nécessairement rebelle. Elle peut simplement exprimer les comportements de groupes sociaux qui ne participent pas directement au pouvoir, mais s'en accommodent : ainsi y a-t-il toujours eu des coutumes professionnelles. D'autre part, si tout groupe social qui atteint une certaine cohérence et quelque stabilité peut engendrer des coutumes, il n'est pas pour autant nécessairement « populaire ». Il y a certes beaucoup de coutumes paysannes ; il en existe aussi parmi l'aristocratie (il y a des coutumes chez les travailleurs immigrés, et aussi chez les énarques...). Mais de quelles coutumes l'Antiquité témoigne-t-elle ?

Nous avons déjà constaté à propos des textes législatifs combien notre connaissance dépendait des documents parvenus jusqu'à nous. Les difficultés deviennent presque insurmontables quand il s'agit des coutumes, puisque la plupart du temps, elles sont restées orales. Nous ne pouvons donc pas en dire grand-chose. Au Proche-Orient, la coutume fut longtemps la première source du droit. Nous la saisissons par les références qu'y font les actes juridiques de la vie quotidienne, conservés sur des tablettes. Certains codes par ailleurs les visent. En Grèce, un terme spécifique-*êthos*-désigne la coutume. Aristote la définit comme ce qui est fait de façon répétée et acceptée par tous.

Tout ce qui précède nous montre la diversité des chemins, la longueur des processus qui ont conduit certains types de normes à se rapprocher plus ou moins de ce que nous nommons droit. Rome connaît aussi cette variabilité des structures élémentaires du droit. Mais elle a su la dépasser et nous transmettre ses idées. Ce qui explique qu'avec elle nous nous sentions en terrain plus familier.

[66]

2) Le cas romain

26. LES DIEUX, TOUJOURS. - Comme les autres civilisations méditerranéennes, Rome n'échappe pas à la proclamation de l'origine divine du droit. Ce qui nous conduit à constater que la force obligatoire du droit n'est nullement une évidence, puisque les dirigeants éprouvent toujours le besoin de la situer dans le mystère des forces créatrices de l'univers. Y échappe le droit coutumier : mais les

juristes l'ont toujours considéré comme une source de droit particulière, même quand il ne la dévalorisaient pas par rapport à la loi.

L'étymologie du terme *ius*, qui désigne le droit, est l'objet de controverses. Parmi les solutions proposées, une le fait dériver de la racine indo-européenne *yaos* (ou *yaus*), qui exprime l'élévation vers les divinités, l'invocation de la grâce divine. Quoi qu'il en soit, le caractère religieux du droit est surtout marqué aux origines de Rome, durant la période royale et au début de la République. Les sanctions pénales ont un caractère religieux, ainsi que certains actes du droit civil ancien (notamment le mariage). Surtout, ce sont les prêtres, regroupés dans le Collège des Pontifes et recrutés au sein de l'aristocratie patricienne, qui ont le monopole de la connaissance du droit. Seuls ils connaissent le calendrier judiciaire qui détermine les jours où il est possible de recourir à la justice. D'autre part, le droit est à cette époque très formaliste : dans une période où l'écrit est rare, il convient d'inscrire les actes juridiques et les procédures dans la mémoire des participants en recourant à des formes précises et solennelles. Mais ces formes ne sont pas connues du vulgaire, d'où la mainmise de l'aristocratie sur le droit et le contentieux. Il faut attendre l'année 304 avant notre ère pour que les formules d'action en justice soient révélées au public. Pour autant, encore fallait-il être capable de les interpréter. S'institua alors une tradition qui allait durer longtemps : en échange de consultations données gratuitement en public, les hommes politiques s'assuraient les votes d'un certain nombre d'électeurs. De plus, les procès devinrent une des armes du combat politique : un jeune homme ambitieux commençait souvent sa carrière en mettant en accusation un politicien chevronné sous le prétexte de corruption. Le droit n'appartenait donc plus à une caste sacerdotale. Il n'était pas devenu pour autant démocratique. De même, tous les liens [67] n'étaient pas coupés avec la religion. À la fin de la République encore, Cicéron affirme dans son traité sur la Loi : « La loi vraie et première, apte à commander et à interdire, est la droite raison du dieu suprême »¹⁶. La jurisprudence romaine ¹⁷ reprendra encore plus tard à son compte l'affirmation de Démosthène : « La loi est une intervention et un don des dieux ». Enfin, l'empire d'Occident disparu, Justinien qui régnait en Orient au début du VI^e siècle et nous a laissé la codification majeure du droit romain affirmait au début du Digeste ses convictions chrétiennes.

¹⁶ *De Legibus*, II, 4, 10.

¹⁷ Marcien, *Dig.*, I, 3, 2.

nes : « Sous la protection de Dieu, qui a mis entre nos mains les rênes de l'Empire (...) ; nous avons une telle confiance dans la toute-puissance de Dieu (...) que nous mettons toute notre espérance dans la très sainte Trinité, qui a créé le monde et qui en a disposé les différentes parties » : la laïcisation du droit n'est donc pas un phénomène irréversible... D'ailleurs, la christianisation de l'État et du droit est bien antérieure à Justinien. En l'année 380 de notre ère, l'Empereur d'Orient -bien nommé- Théodose avait promulgué l'édit de Thessalonique qui condamnait les religions autres que le christianisme et l'imposait à tous : il devenait ainsi religion d'État, ce qui mettait fin à une politique traditionnelle de Rome marquée par la tolérance envers les différentes croyances, malgré les persécutions contre les Juifs et les chrétiens, qu'on peut expliquer par le caractère irréductible de ces monothéismes. Les temples païens sont fermés ou détruits ; les fêtes païennes interdites.

Cependant, si aux extrémités de l'histoire romaine nous trouvons un droit religieux, il est clair que dans les croyances païennes et chrétiennes, le rapport des humains à la divinité n'est pas le même. L'idée monothéiste de Révélation s'imposant à l'homme est absente de l'ancienne religion romaine. Le terme *religio* comporte deux composantes. D'une part, l'homme doit apporter un grand soin à l'accomplissement de certains rites qui concrétisent ses rapports avec le divin. D'autre part, il doit être attentif aux manifestations des signes du monde surnaturel. Cependant -et c'est l'essentiel- cette religion n'est nullement mécanique : l'homme ne doit pas nécessairement se soumettre à ce qu'il juge être la manifestation de la volonté des dieux. Si les présages ne conviennent pas à celui qui les demande, il peut les refuser ou les interpréter comme il lui plaît... à ses risques et périls. La [68] différence est grande par rapport aux Grecs. Pour ces derniers, un oracle est l'expression d'une fatalité à laquelle il faut se soumettre. Pour un Romain, les auspices peuvent annoncer l'avenir, mais ils ne le déterminent pas. Pour refuser un auspice, il suffit à un augure de dire : « *Non consulto* ». La religion peut donc colorer le droit sans anihiler la liberté de l'homme. C'est peut-être cette conception relativement équilibrée qui a permis au droit romain de manifester assez tôt une autonomie croissante vis-à-vis de ses caractères religieux originels. Et de découvrir la loi.

27. LA DÉCOUVERTE DE LA LOI. - La loi paraît absente aux origines de Rome, où règne la coutume, mis à part des légendes faisant allusion à des lois

d'origine royale. Son étymologie indique l'idée de choix : *legere* signifie choisir (élection, élite), d'une action volontaire de l'homme. Elle commence à concurrencer la coutume à partir de la République. Comme le suggère L.R. Ménager, son apparition n'est sans doute pas sans liens avec l'urbanisation croissante. La société devient plus complexe, et les leaders de la plèbe parviennent à imposer un compromis à l'aristocratie au pouvoir. Ce compromis consiste en un choix de solutions attesté par des dispositions législatives. D'ailleurs, la loi intervient surtout pour mettre fin à un conflit politique ou social. Les questions de droit privé restent essentiellement du domaine de la coutume. De plus, les lois sont peu nombreuses. Même si ce nombre est nécessairement inférieur à la réalité en raison des lacunes documentaires, il faut noter qu'on a identifié seulement 800 lois du début de la République jusqu'à celui de l'Empire, dont seulement 26 de droit privé.

Parmi les lois « politiques », la plus connue consiste dans un ensemble de prescriptions nommées : « La loi des XII Tables » (450 avant notre ère). Elle marque un armistice dans une phase de conflits violents entre la plèbe et le patriciat. La plèbe demande des lois écrites et connaissables par tous qui lui assurent ainsi une égalité et une libertés plus réelles par rapport à l'aristocratie. Elle est exaucée : ces lois sont gravées sur douze tables affichées au Forum (elles seront détruites soixante ans plus tard par l'invasion gauloise de Rome). Comme le précise M. Humbert ¹⁸, la loi des XII Tables marque une étape [69] essentielle dans l'histoire du droit romain. Auparavant, la qualité juridique d'un acte lui était donnée par le rite du geste ou de la parole (par exemple le serment), ou bien encore par le jugement du magistrat. La loi ne supprime pas ces mécanismes, mais elle les enveloppe. L'efficacité des rites découle d'abord de la loi qui les reconnaît, et seulement ensuite des formes adoptées ; les procédures sont également fixées par la loi, ce qui par ailleurs n'enlève rien au rôle déterminant que l'activité judiciaire va prendre dans la formation et le renouvellement du droit.

La loi va donc se développer. Est-elle populaire ? Il n'y a pas de démocratie romaine, au moins si on se réfère au modèle athénien. Car l'initiative de la loi appartient au magistrat, et non pas aux assemblées, qui doivent se contenter de l'accepter ou de la refuser par leur vote sans pouvoir l'amender. De plus, le mécanisme du suffrage est tel que grâce au vote par groupes d'électeurs, les voix indivi-

¹⁸ Cf. Humbert M., Les XII Tables, une codification ?, *Droits*, 27, 1998, 107-108.

duelles des plus désavantagés comptent moins que celles des autres. Le vote est longtemps public, et même devenu écrit, il n'est pas vraiment secret en raison d'un certain nombre de pressions facilement exerçables sur les électeurs. Les relations de clientèle permettent aussi aux hommes politiques de s'assurer des voix en échange de services divers. Enfin, le découpage des circonscriptions électorales est parfaitement connu. Toutes ces pratiques sont une des causes déterminantes de l'écroulement du régime républicain. Avec l'instauration de l'Empire, la loi votée par les assemblées va progressivement disparaître au profit de la loi prise directement par l'empereur. La loi romaine n'a donc jamais vraiment appartenu au peuple.

28. LA LOI IMPÉRIALE. - Elle naît dans l'ambiguïté qui est celle du pouvoir impérial lui-même. César était mort d'avoir voulu trop visiblement restaurer un pouvoir de type monarchique. Octave, devenu Auguste, sera beaucoup plus prudent... et réussira. Il refusa officiellement d'user du pouvoir de faire les lois qu'on lui avait confié. Mais en fait, il en inspira beaucoup aux assemblées ainsi qu'au Sénat par son seul poids politique. Parallèlement, imité en cela par ses successeurs, il se servit en le détournant du pouvoir classiquement reconnu aux magistrats sous la République de faire des édits. À la différence de l'édit des magistrats, celui de l'empereur pouvait intervenir en tout domaine. À partir du deuxième siècle, la norme impériale prend le nom de [70] constitution. Ce terme n'a pas la signification que nous lui prêtons aujourd'hui. En fait, on peut avec J. Gaudemet y voir diverses manifestations d'un pouvoir de faire la loi. La première forme et celle de l'édit : il a vocation à s'appliquer à tous, mais peut ne concerner qu'une catégorie de personnes ou une région. La seconde est celle du rescrit : saisi par toute personne d'une difficulté juridique, l'empereur y donne une réponse écrite qui pourra être invoquée dans d'autres affaires similaires. L'empereur peut aussi envoyer des instructions à ses fonctionnaires, qui sont limitées au territoire relevant de leurs compétences respectives : ce sont des mandats. Enfin, les décrets, jugements rendus directement par l'empereur, qui vont assez vite acquérir l'autorité de précédents. Dans la pratique, ces diverses constitutions sont rédigées par les bureaux de l'administration centrale.

À la longue, ces constitutions, ainsi que les réflexions des auteurs savants (les *prudents*, dont l'oeuvre porte le nom de *jurisprudence*, qui n'a évidemment pas la

même signification qu'à heure actuelle) finirent par former un ensemble de textes difficilement pénétrables, y compris par les spécialistes. Cela d'autant plus que la publicité était mal assurée et qu'à partir du IV^e siècle, leur style laisse sérieusement à désirer. Des juristes essayèrent assez tôt d'y mettre un peu d'ordre en rédigeant des collections de constitutions, mais elles ne prirent jamais une valeur officielle. En fait, il faudra attendre de façon un peu surprenante les derniers temps de l'Empire pour que le pouvoir se soucie de procéder à des codifications revêtues de son autorité.

29. LES CODIFICATIONS : DES EFFORTS TARDIFS.- L'Empire d'Occident disparaît en l'an 476 de notre ère ; celui d'Orient, l'Empire byzantin, ne succombera qu'en 1453 (chute de Constantinople) devant les Turcs. En effet, à la fin du IV^e siècle, l'Empire s'était scindé en deux parts. En principe, il restait cependant unitaire. Mais en pratique, chaque empereur légiférait pour sa partie. Cependant, en 438, le Code Théodosien procède d'une démarche générale : rédigé à Constantinople, il est transmis à Rome pour application. Ce n'est pas une oeuvre majeure : le droit privé n'est que peu représenté et les constitutions recueillies ne remontent pas au-delà du règne de Constantin, au début du IV^e siècle. Pourtant, il a une importance historique. Pas en Orient, où il ne durera qu'un siècle et sera remplacé par l'oeuvre de Justinien. En revanche, en Europe, il constitua la principale source de [71] droit romain jusqu'à la renaissance juridique du XII^e siècle et la redécouverte du droit de Justinien, avec lequel il ne pouvait supporter la comparaison.

En effet, c'est à Justinien que l'Europe doit les influences majeures exercées sur elle par le droit romain. Mais il est un empereur d'Orient et vit au début du VI^e siècle : l'Empire d'Occident a disparu depuis un demi-siècle... Pourtant, Justinien caresse un rêve : reconquérir les royaumes romano-barbares qui lui ont succédé, et restaurer l'Empire, qu'il faudra réorganiser, notamment en le dotant d'un système juridique clair. Il échouera dans ces entreprises politiques et militaires, mais son oeuvre juridique -le *Corpus iuris civilis*- est un immense succès, qui a influencé les droits européens jusqu'au début de notre siècle. Signe de sa volonté de restauration, cette oeuvre est rédigée en latin alors qu'en Orient on parle grec. Malheureusement, il n'existe pas de nos jours de traduction en français véritablement fiable du *Corpus* : il y a quelque décennies encore, on supposait que les ju-

ristes pouvaient le lire directement dans la langue d'origine... Dans les revues spécialisées, la coutume était d'ailleurs de citer et commenter les textes latins sans plus de ménagements. Il est donc d'autant plus important de résumer en quelques lignes cette oeuvre de plusieurs volumes, qui tient une place respectable sur une étagère de bibliothèque.

Le *Corpus* comprend plusieurs tomes : le Code, le Digeste, les Institutes, les Novelles.

Le *Code* est un recueil de constitutions impériales remontant jusqu'au règne d'Hadrien, au début du II^e siècle. Il fut préparé par une commission de dix membres où dominaient les praticiens : deux avocats, six hauts fonctionnaires et un seul professeur de droit. Signe des temps, il commence par treize titres consacrés au droit ecclésiastique. Viennent ensuite les sources du droit, la procédure, un grand nombre de développements consacrés au droit privé, et le droit pénal. Il est publié le 7 avril 529.

Ensuite, le *Digeste* (également connu sous son nom grec de *Pandectes*), qui constitue la pièce maîtresse du *Corpus*. Comme le Code, il a valeur officielle et peut être cité devant les tribunaux. Il porte sur la jurisprudence, entendue au sens romain, c'est-à-dire les avis des jurisconsultes. Il fut préparé par une commission là encore dominée par les praticiens : onze avocats, deux hauts fonctionnaires et quatre professeurs de droit. Son programme était considérable. Il fallait dépouiller environ [72] 1500 livres, et, d'après Justinien lui-même, trois millions de fragments, dont la matière s'étalait sur « près de 1400 ans », comme il le précise. De plus, il ne s'agissait nullement d'une compilation, mais bien d'une oeuvre de création en raison de la systématisation requise : les textes devaient être regroupés par matières, en cinquante livres, divisés en titres. Il revenait aux commissaires d'harmoniser le tout, notamment en éliminant les textes obsolètes, et en opérant des corrections là où c'était nécessaire : autrement dit, changer le droit pour l'adapter. Mais une fois amendé, il devait rester tel. Ou au moins, ne plus être modifié par les juristes, mais par les seuls dirigeants : le droit appartient au pouvoir politique. Justinien nous le dit dans les préfaces du Digeste : «... nous défendons expressément aux jurisconsultes d'avoir la témérité d'y ajouter leurs commentaires, et de répandre, par leur verbiage, de la confusion dans ce recueil, comme cela est arrivé auparavant, car presque toute la jurisprudence s'est trouvée renversée par les contradictions des commentateurs (...) Ceux qui auront la témé-

rité de composer de pareils commentaires se rendront coupables du crime de faux, et leurs ouvrages seront brûlés. Lorsqu'il se trouvera quelque difficulté dans nos lois, les juges en feront (...) leur rapport au Prince, et le sens des lois sera fixé par le souverain, qui a seul le droit de faire des lois et de les interpréter (...) nous défendons à toutes personnes de se servir de notes et d'abréviations ; ce qui pourrait altérer cet ouvrage. Les copistes qui commettront un tel délit seront punis extraordinairement (...) ceux qui achèteront des livres ainsi abrégés n'en pourront faire aucun usage, car aucun juge ne souffrira qu'un pareil livre soit cité, et ordonnera qu'il soit regardé comme non-écrit ». Bien entendu, il n'en fut rien à l'échelle des siècles. Comme nous le verrons, le droit romain survécut à Rome et à Byzance pour devenir un droit commun à toute l'Europe médiévale, mais au prix d'énormément d'altérations et adaptations, inévitables. En 1803, le préfacier d'une traduction française du Digeste n'hésitait pas à souligner, pour justifier la nécessité d'une nouvelle édition : «... tous les avantages qu'on doit se promettre aujourd'hui autant que jamais, de l'étude et de la méditation du droit romain, comme corrélatif, pour ainsi dire, auxiliaire et supplétif du nouveau code français (...) que pourrions nous ajouter sur la nécessité d'une traduction de cet ouvrage, commandée par le respect qu'il a toujours obtenu des magistrats et des jurisconsultes les plus célèbres, par l'espèce de désuétude à laquelle quinze ans de Révolution et d'instruction publique négligée ont réduit [73] l'étude des classiques et de la latinité, enfin par la coexistence solennellement établie du droit romain avec la nouvelle législation civile de la République ? » ¹⁹.

Appelée à durer si longtemps, cette oeuvre fut accomplie en seulement trois ans, grâce à une spécialisation minutieuse des membres de la commission. Elle n'est pas parfaite. Malgré les objurgations de l'Empereur et par respect des grands textes classiques, les commissaires n'éliminèrent pas toutes les contradictions, ni les répétitions, laissant même subsister des solutions techniquement dépassées. Cependant, l'esprit d'innovation est manifeste. Les nombreuses interpolations l'attestent. (Il s'agit de la substitution d'un mot à un autre, ou de la modification d'un texte par suppression, adjonction ou transformation). Curieusement, le Digeste n'eut pas à l'époque le succès qu'il méritait : sans doute était-il trop complexe. On raconte que Montesquieu lui-même l'appelait avec impertinence « l'Indigeste »...

¹⁹ Les cinquante livres du Digeste, *Discours préliminaire*, éd. Behmer-Lamort, Metz, 1803.

en tout cas, il ne fut guère utilisé ni en Occident, ni en Égypte, ni même à Constantinople.

Les *Institutes* connurent un sort plus heureux.

Elles constituent un manuel d'enseignement du Code et du Digeste. Les professeurs prirent leur revanche sur les praticiens : l'oeuvre leur fut exclusivement confiée. Ils prirent un soin particulier à l'exposé de notions générales, des définitions et classifications, sans négliger l'étude des controverses, jugée formatrice pour les étudiants. À leur sujet, Justinien explique qu'il a voulu ces *Institutes* afin d'écarter «... tout ce qu'il y avait de confus et de bourbeux, pour mettre les jeunes gens en état de puiser dans une eau pure ». Dès lors, il ordonne que les étudiants «... soient appelés, à perpétuité, les nouveaux Justinien : ainsi ceux qui désireront s'instruire dans la science des lois, mériteront de porter notre nom dès le commencement de leurs études, parce qu'ils auront entre les mains le volume des *Institutes* que nous avons composé ». Avec la même fermeté, il les admoneste : « Nous défendons aussi, sous des peines très sévères, à ceux qui étudient (...) de se livrer à ces jeux bas et indignes qui ne conviennent qu'à des esclaves et qui finissent toujours par nuire à quelqu'un ; et de commettre aucun autre délit contre leur professeurs et contre leurs compagnons d'études, surtout ceux qui [74] sont encore novices dans l'étude des lois » ²⁰. Les *Institutes* sont publiées le 21 novembre 533, un mois avant le Digeste, et entrent en vigueur comme manuel d'enseignement le même jour que le Digeste... signe d'une habile politique éditoriale.

Dernier élément du *Corpus*, le moins important : les *Novelles*. Il s'agit de constitutions postérieures au code (d'où leur nom de « nouvelles », *novellae* en latin). Les trois collections dans lesquelles elles ont été groupées n'ont pas de valeur officielle ; elles ne s'imposent pas au juge. De plus, on n'y retrouve pas le souci de systématisation à l'oeuvre dans les autres parties du *Corpus* : la plupart du temps, elles sont seulement mises par ordre chronologique. En fait, il s'agit beaucoup plus là d'une compilation.

L'élément essentiel du *Corpus* est donc le Digeste, oeuvre considérable de mise à jour de la jurisprudence. Celle-ci est une source majeure du droit romain, et cela bien avant l'époque de Justinien, grâce auquel nous la connaissons.

²⁰ Première Préface, 9.

30. LA JURISPRUDENCE ROMAINE. - Reprenons la définition qu'en donne J. Gaudemet : «... la science du droit, c'est-à-dire à la fois la connaissance des règles et leur mise en oeuvre pour l'usage pratique. En droit français moderne, la jurisprudence désigne au contraire l'ensemble des décisions judiciaires ». On ne saurait non plus la confondre avec la définition de la doctrine moderne. À notre époque, la doctrine est essentiellement formée de théoriciens, professeurs et chercheurs, mêmes si certains d'entre eux peuvent exercer accessoirement des fonctions judiciaires ou de conseil. À Rome, le lien des prudents (*prudentes*) avec la pratique est beaucoup plus marqué : un élément essentiel de leur activité consiste dans les consultations qu'ils donnent aux particuliers. D'abord indépendants, ils deviendront de plus en plus fréquemment sous l'Empire des fonctionnaires, et les plus appréciés seront même des conseillers de l'Empereur... ce qui n'était pas toujours sans risques. En 228, un des plus réputés, Ulpien, fut assassiné par la garde prétorienne. Proches du Prince, ils pouvaient bénéficier de ses pouvoirs. Dès Auguste, certains d'entre eux obtiennent le « droit de réponse publique ». Il s'agit d'un privilège, conféré par le Prince : le bénéficiaire peut donner des consultations jouissant de son [75] autorité. Toutefois, seule une minorité en jouit : pour tout le Haut-Empire, on n'en connaît qu'une trentaine. Quelle est la portée exacte de ce droit ? En principe, l'avis du jurisconsulte reste le sien propre : il n'a pas de valeur officielle. Mais en pratique, étant donné la rareté de l'octroi de ce privilège, les bénéficiaires jouissaient d'un grand prestige auprès des juges qui y regardaient à deux fois avant de passer outre leurs avis. Malgré tout, il pouvait y avoir des divergences entre ces juristes patentés. Pour les réduire, l'Empereur Hadrien institua la règle dite « de l'unanimité » : le juge était lié par l'avis concordant des titulaires du droit de réponse publique, mais reprenait sa liberté en cas de divergences persistantes.

On a voulu voir dans l'innovation d'Auguste une mesure politique : il aurait cherché à rallier les meilleurs juristes au régime qu'il était en train d'édifier. Ces préoccupations ont sans doute joué. Mais à long terme, une autre observation est plus importante. En effet, il y aura désormais des juristes officiels et donc une mainmise du dirigeant sur la jurisprudence, ce qui constituait un phénomène tout à fait nouveau. Auparavant, sous la République, elle était certes aux mains d'une classe sociale privilégiée et souvent utilisée par des hommes politiques en mal

d'électeurs. Mais elle n'avait jamais été placée sous une dépendance aussi directe du pouvoir politique. D'ailleurs, plus tard, les juristes de l'Empereur rentrent pour nous dans l'anonymat. Ils deviennent des bureaucrates de la chancellerie impériale. Au III^e siècle, la jurisprudence tombe en décadence.

Avant cet effacement, on peut résumer en quelques traits bien soulignés par J. Gaudemet les caractères principaux de leur démarche.

D'abord, le respect envers la tradition, dont ils ne cherchent pas du tout à occulter les divergences : la controverse, jugée pédagogique, est souvent à l'honneur. D'autre part, cette révérence n'est pas servile. Sous l'influence des philosophes grecs, ils font aussi appel à la raison, procédant alors par déduction, comparaison ou analogie ; en qualifiant les objets de leur raisonnement en genres (idée générale d'un groupe d'êtres ou d'objets présentant des caractéristiques communes) et espèces (catégorie distincte d'un même groupe). Ils accordent également une grande importance aux définitions... dont certaines sont encore célèbres (Modestin écrit que le mariage est « l'union de l'homme et de la femme, la communauté de toute une vie », formule que l'on retrouve presque mot pour mot dans le canon 1055 du code de droit canonique de 1983 ; [76] ou encore, la définition de l'obligation donnée par Papinien comme « un lien de droit »). Enfin, les juriconsultes interprètent le droit existant... et donc le créent. C'est au second siècle qu'ils manifestent le plus d'autonomie, innovant sur bien des points. De manière générale, l'activité de la jurisprudence à surtout concerné le droit privé. C'est aussi le domaine d'élection de la coutume.

31. LA COUTUME, CENTRIFUGE.- On pense en général que la coutume était prédominante aux origines de Rome. Mais on manque comme d'habitude de documents pour vraiment le prouver. Le terme qui d'abord la désigne -*mos maiorum*, la coutume des ancêtres- est d'ailleurs assez vague. Il faut attendre le I^{er} siècle avant notre ère pour qu'apparaisse la dénomination de *consuetudo*, qui possède une connotation juridique certaine. Cicéron répète l'opinion communément admise en disant qu'elle résulte de la volonté de tous et tire également sa valeur de son ancienneté. Les juristes cependant se montrent assez réticents à y voir véritablement du droit, ou du moins du droit comparable à celui qui jaillit des autres sources. D'ailleurs, lorsqu'ils les énumèrent, ils n'y font pas en général figurer la cou-

tume. Pour des raisons de circonstance, les auteurs chrétiens s'y intéressent. En effet, au II^e et III^e siècles, le droit canonique n'est pas encore très développé, et les communautés chrétiennes ont besoin de points de référence normatifs pour s'organiser. Elles prendront pour modèles les règles de vie adoptée par les premières communautés, autrement dit des coutumes. Elles ont même autorité que la loi, à condition qu'elles soient conformes à la raison et plus encore, à la foi chrétienne. Mais de manière générale, les empereurs s'en méfient : comme les nomades, elle inquiète les dirigeants par sa mobilité (« Coutume se remue », dira plus tard un adage médiéval). Au Bas-Empire, les juristes essaient de préciser le rapport qu'elle entretient avec la loi. Elle peut la confirmer, combler ses lacunes. Mais la véritable question demeure : peut-elle aller contre la loi, surtout à une époque où celle-ci est de plus en plus bafouée par les puissants ? Les réponses sont malheureusement divergentes, même si un texte du Digeste la met à égalité avec la loi, ce dont la doctrine tardive déduira audacieusement qu'elle peut la supplanter : « Ce n'est pas injustement que la coutume invérérée est observée à la place de la loi, puisque c'est le droit qui est réputé avoir été constitué par les coutumes. Car étant donné que ces lois ne nous obligent que par ce qu'elles ont été reçues par le jugement du [77] peuple, de même obligera-t-elle toutes celles que le peuple a approuvées sans aucun écrit : en effet, en quoi importe-t-il que le peuple manifeste sa volonté par son suffrage ou par les faits mêmes et par ses actes ? » ²¹. C'était fonder la loi et la coutume sur la même base : la fiction du consentement populaire.

D'ailleurs, en dehors des hiérarchies établies par les docteurs, la coutume conserve quoi qu'il en soit une influence sur la loi. Prenons un exemple, celui du divorce. Il fut toujours admis à Rome, y compris lorsque la volonté de mettre fin à l'union n'émanait que d'une seule des parties (et cela pouvait aller très loin : la séparation décrite par Cicéron s'apparente pour nous à une répudiation, puisqu'il suffit de quelques mots pour la réaliser). La jurisprudence le justifiait en invoquant le principe de symétrie des contrats consensuels : une obligation conclue par un libre consentement cesse avec la fin de l'accord des volontés. Le christianisme avait d'autres idées : sur la base des paroles du Christ, l'engagement pris par les époux était irrévocable. Constantin et Théodose, empereurs chrétiens, essayèrent de rendre beaucoup plus difficile le divorce. Apparemment, ces initiatives

²¹ Julien, *Dig.*, I,3,32,1.

furent mal reçues puisqu'à chaque fois leurs successeurs furent obligés de les annuler : les pratiques avaient vaincu la loi.

Il reste que les incertitudes de la doctrine au sujet de la valeur de la coutume sont indéniables. Plus tard les juristes médiévaux eurent beaucoup de mal à trouver leur inspiration dans les textes légués par Rome.

Cependant, il est des terrains plus fermes pour la coutume. Ils nous intéressent tout particulièrement, dans la mesure où elle fonde dans ces espaces un droit pluraliste.

Tout d'abord, le droit dit « vulgaire », (de *vulgus* : répandu, populaire). A Rome comme dans les provinces, il s'agit d'un droit de la pratique, celui auquel correspondent davantage les actes utilisés par les particuliers, de caractère plus concret que le droit officiel. Ce dernier tantôt l'écarte, tantôt l'incorpore. Ensuite, les usages provinciaux. Rome n'a jamais cherché à imposer une uniformité juridique aux peuples conquis. Sous réserve de l'acceptation de la souveraineté romaine, elle les laisse jouir de leurs usages traditionnels. Ils étaient alors reconnus [78] au titre de coutumes locales. Elles pouvaient même quitter les périphéries pour gagner le centre de l'Empire, puisqu'au III^e siècle les constitutions impériales s'opposent à leur pénétration dans le droit de Rome. On aurait pu penser qu'au début de ce siècle l'octroi de la citoyenneté romaine à quasiment tous les habitants de l'Empire aurait provoqué le déclin des coutumes. C'est confondre l'Empire romain avec les premières Républiques françaises... en effet, la tradition du pluralisme ne s'éteignit pas pour autant, et les codes de Théodose et de Justinien continuèrent plus tard à en faire état. Mais quel était donc ce pluralisme ?

32. LE DROIT ROMAIN, MULTI-ETHNIQUE ?. - L'emploi de qualificatifs tels que pluraliste ou multi-ethnique peut surprendre en ce qui concerne l'Empire romain. En effet les médias, sans compter les films à *peplum*, véhiculent des images de la domination romaine plus proches d'un fascisme bien postérieur que de la réalité antique. En fait, Rome ne fut pas impérialiste, dans le sens où elle ne chercha jamais à couler les pays conquis dans un moule unique qu'elle aurait formé. Chaque peuple pouvait garder ses droits locaux, sa langue, ses dieux (au point que dans le Panthéon romain, bâtiment destiné à accueillir les effigies des divini-

tés diverses dont on pratiquait le culte dans l'Empire, une stèle était dédiée au dieu ou à la déesse inconnus...). Cicéron date cette politique des origines mêmes de la cité : « Romulus, le premier de nos rois, le créateur de nos villes, nous a enseigné, par le traité qu'il conclut avec les Sabins, que nous devons accroître notre État en y accueillant même nos ennemis » ²². Bien entendu, encore fallait-il que les peuples conquis fassent acte de soumission : l'autonomie locale ne devait pas conduire à la rébellion, il fallait livrer à Rome les tributs en argent et marchandises, ainsi que les recrues pour les légions. Mais sous l'Empire, l'exploitation des provinces tendit à diminuer, et les élites locales furent en général le ferme soutien de cette politique pluraliste. Elles y avaient d'ailleurs avantage : Rome eut la sagesse d'ouvrir largement ses plus hautes institutions aux provinciaux qui désiraient y participer : la haute administration, le Sénat... et même le trône impérial. D'autres empires, beaucoup plus tard, ne furent pas aussi avisés. Il faut dire que la nécessité du pluralisme romain était évidente. Après la victoire sur [79] Carthage, Rome est devenue la grande puissance méditerranéenne. Sous l'Empire, d'autres conquêtes, plus lointaines, parachèveront cette oeuvre. Or les distances étaient immenses, et les populations d'une grande diversité. Il aurait été impossible de vouloir toutes les assimiler, surtout que les techniques de communication de l'époque ne pouvaient prétendre à la puissance de médias tels que la télévision ou Internet. D'autre part, l'Antiquité ne connaissait pas le racisme, invention qui en Europe ne se produisit guère qu'à la fin du Moyen-Age. D'où une plus grande facilité à reconnaître aux diverses cultures une certaine autonomie. Naturellement, ce pluralisme avait ses limites : comme les Grecs, les Romains établissaient une hiérarchie entre ces cultures. Un Grec était considéré comme beaucoup plus civilisé qu'un Germain. Cependant, il était possible à tous d'adhérer aux valeurs romaines, sans pour autant avoir nécessairement à se dépouiller de son identité originelle. Dans un texte magnifique, Cicéron résume bien ce dualisme : « Je pense qu'il y avait pour lui [Caton] comme pour tous les gens des municipes [cité conquise qui s'en est remise à la volonté de Rome] deux patries : une patrie de nature, une patrie de citoyenneté (...) nous considérons comme patrie celle où nous sommes nés aussi bien que celle qui nous a accueillis. Mais il est nécessaire que celle-là l'emporte dans notre affection par laquelle le nom de « Républi-

²² Cicéron, *Pro Balbo*, 31.

que »²³ est le bien commun de la cité entière. C'est pour elle que nous devons mourir, c'est à elle qu'il faut nous donner tout entiers, en elle qu'il faut déposer et pour ainsi dire sanctifier tout ce qui nous appartient. Mais la patrie qui nous a enfantés ne nous est guère moins douce que celle qui nous a accueillis. C'est pourquoi, jamais je n'en viendrai à lui dénier absolument le nom de ma patrie, encore que l'une soit plus grande et que l'autre soit renfermée dans la première, étant bien entendu que tout homme, quel que soit l'endroit où il est né, participe à la cité et la conçoit comme unique »²⁴.

En l'an 212 de notre ère, la citoyenneté romaine est donnée à tout homme libre habitant l'Empire. Cependant, les praticiens continuent à rédiger les actes juridiques selon les droits locaux. Pour autant, un certain « ordre public » romain devait quand même être respecté en matière de mœurs : par exemple, les mariages pratiqués en Égypte entre frères et sœurs étaient mal vus, mais pas interdits, au moins [80] jusqu'à la généralisation du droit de cité. Mais le pluralisme allait plus loin que la seule reconnaissance de droits locaux : après tout, à des degrés divers, tous les empires coloniaux (y compris la France, sous la forme des statuts personnels, en dépit de ses principes d'assimilation) y ont procédé. En effet, c'est le droit romain lui-même qui s'est transformé au contact des nouveaux venus. Le mécanisme de l'édit du préteur joua un rôle fondamental dans cette acculturation.

33. L'ÉDIT DU PRÉTEUR ET L'ACCULTURATION DU DROIT ROMAIN. - Les provinciaux ne restaient pas forcément dans leur cité d'origine : l'attraction de la capitale était grande. D'autre part, les Romains eux-mêmes souhaitent établir des liens avec eux, notamment en matière commerciale, où les Orientaux disposaient d'une expérience bien plus grande. Autrement dit, les situations de mixité juridique allèrent en se multipliant. Il fallait donc trouver des solutions, d'autant plus que le vieux droit romain n'était guère adapté, en raison de son formalisme, à la rapidité nécessaire aux transactions commerciales. Notre premier réflexe serait de dire qu'il n'y avait qu'à faire des lois nouvelles. C'est oublier qu'à Rome, surtout sous la République, la loi n'a pas cette fonction : non seulement

²³ Le terme *République* ne désigne pas ici un régime politique déterminé, mais la collectivité en tant que sujet de rapports juridiques.

²⁴ Cicéron, *De Legibus*, II, 2,5.

elle est rare, mais elle intervient surtout dans le domaine politique, beaucoup plus qu'en droit privé. D'autre part, le droit romain naît avant tout de la pratique. Et donc de la procédure et du règlement des conflits. C'est pour l'essentiel grâce aux innovations de la procédure qu'il s'adapta aux besoins nouveaux.

Ces innovations découlent de l'utilisation de la technique de l'édit par les magistrats chargés des fonctions judiciaires : les préteurs. Lors de leur entrée en charge, les magistrats (à Rome, ce terme désigne non pas les juges mais les personnages qui occupent certaines fonctions dirigeantes) prenaient un édit, déclaration publique où étaient formulées certaines prescriptions qui avaient valeur juridique. L'édit du préteur consistait essentiellement en des promesses d'actions en justice. Le procès obéissait en effet à des règles très différentes des nôtres. Le magistrat écoutait les parties et décidait souverainement si la situation qu'elles invoquaient pouvait être prise en compte, et donner lieu à jugement. Dans l'affirmative, il délivrait une action aux parties : il transformait ainsi une prétention en un droit. Ensuite, il désignait un juge qui tranchait le litige, mais dans un cadre très strictement défini auparavant par le magistrat qui, en fait, jouait le rôle le plus important dans [81] le procès. Cette procédure permettait vraiment la naissance d'un droit, qui pouvait venir suppléer les carences du vieux droit civil. Naturellement, ce pouvoir ne concernait pas que les seuls contacts avec les étrangers : le magistrat pouvait l'utiliser en fonction de préoccupations d'ordre interne. Mais il permit aussi la naturalisation d'influences exogènes au sein du droit romain. Car il appartenait notamment aux édiles curules et gouverneurs de province, et surtout au préteur pérégrin. Celui-ci fut créé dès 242 avant notre ère, à une époque où les contacts entre populations diverses se multipliaient, et spécialisé dans les procès mettant en cause les étrangers. En principe, l'édit n'a de valeur que durant les fonctions du magistrat, soit une année seulement. Mais en pratique, les différents successeurs prirent l'habitude de valider les édits antérieurs, qui finirent par former une masse se transmettant de préteur à préteur, à laquelle chacun pouvait ajouter des dispositions nouvelles, de sorte que l'édit devint une source permanente du droit. Les innovations qu'il permit sont importantes. Par exemple, en utilisant le procédé de la fiction, le préteur parvint à accorder au pérégrin la même protection dont jouissait le citoyen contre le vol de ses biens. Il introduisit aussi à Rome de nouveaux contrats dits consensuels (vente, louage, mandat, société), beaucoup plus souples que les anciens actes du droit des citoyens romains (droit

civil). Se forma ainsi à travers les siècles un droit commun aux Romains et aux pérégrins qu'on appellera plus tard le droit des gens (*ius gentium*).

On voit par là que l'ordre juridique correspondait à l'ordre politique : le gouvernement de la cité était ouvert aux provinciaux dont on respectait la plupart des particularismes (mais l'attachement des Juifs et des chrétiens à un Dieu unique négateur des autres échappait à cette logique, avec les graves conséquences que l'on sait), de même que le droit romain sut se modifier au contact des populations avec lesquelles une collaboration semblait particulièrement nécessaire, tandis que les élites locales se montraient pour la plupart volontaires pour l'assimilation.

Ce tableau très rapidement dressé du droit romain montre combien il représente une étape importante dans la naissance et le développement du droit occidental. Bien entendu, en raison du degré de raffinement des solutions techniques qu'il sut élaborer et qui lui valurent toujours une grande admiration. D'autre part, on soulignera encore sa souplesse due [82] à la part importante qu'il fit toujours à la pratique : en témoignent le rôle de la procédure dans son extension et son perfectionnement, ainsi que le souci qu'en eurent constamment les jurisconsultes. Il fut aussi un instrument des dirigeants, mais pas que cela. Sous l'influence de la philosophie grecque, il permit à des conceptions morales de se manifester au sein de ses mécanismes.

Pourtant, une zone noire macule ce bel ensemble. Certains juristes, nous le verrons, nient aujourd'hui qu'un régime aussi manifestement dénué de scrupules que le totalitarisme nazi ait pu produire du droit : une telle qualification ne pourrait valoir pour des normes organisant l'extermination ou l'esclavage programmés d'un certain nombre de populations définies par la race. *A priori*, toute comparaison avec le droit romain paraît hérétique, ne serait-ce que parce que ce dernier ignorait la notion de race. De plus l'esclave peut être affranchi, issue la plupart du temps refusée au Juif. On objectera aussi que le péché de l'esclavage ne pèse pas sur Rome seule : toutes les sociétés méditerranéennes -et bien au-delà encore, notamment en Afrique noire- ont connu des formes d'esclavage. La France elle-même ce système : sous Louis XIV, le « Code noir » régleme la condition servile dans les colonies ; il faudra attendre 1848 pour que l'esclavage soit définitivement aboli.

vement supprimé, après une brève tentative sous la Révolution, à laquelle Napoléon avait mis fin.

Mais Rome garde le privilège de l'avoir pratiqué à une grande échelle, et surtout de lui avoir consacré une part très abondante de son droit : il n'est que d'ouvrir le Digeste pour s'en rendre compte. Au point que nous sommes beaucoup mieux renseignés sur la condition des esclaves que sur celle des hommes libres de condition modeste, soit la grande majorité de la population. De plus, les nazis n'ont jamais prôné des vertus morales telles qu'on les trouve chez certains juriconsultes. L'exemple romain montre donc la face civilisée du droit, mais aussi son revers : celui auquel peut parvenir le raisonnement juridique quand il s'abstrait de l'humain.

[83]

B) L'inhumanité du droit

Peut-on soutenir qu'il existe quelque parenté entre l'esclavagisme romain et le système nazi d'asservissement des races intérieures ? *A priori*, la réponse semble négative, tant les contextes diffèrent. D'une part, l'esclavage était une institution commune à la plupart des peuples de cette époque, parfaitement banale, alors que les nazis avaient fait un secret de l'extermination des Juifs (néanmoins, le statut des Juifs avait une forme légale, donc parfaitement publique).

D'autre part, l'esclave romain pouvait être affranchi ²⁵, et même parfois racheter sa liberté avec son pécule. Enfin, l'esclavage romain n'était pas fondé sur la race, encore qu'il aie fait la part des préjugés ethniques ²⁶.

²⁵ Les enfants que l'esclave a après son affranchissement accèdent à la capacité juridique. Comme les affranchissements étaient fréquents, la population romaine était d'ascendance servile dans une proportion non négligeable (entre un tiers et un quart de la population totale). C'est une différence radicale par rapport à l'Allemagne nazie et aux Juifs, dont les enfants subissaient le même sort que leurs parents. Lors du procès de Nuremberg, le général SS Otto Ohlendorf, qui avait commandé un groupe d'extermination, s'en expliquait ainsi :
- Procureur Heath : « Admettez-vous qu'il n'y avait aucune base rationnelle à la mise à mort des enfants, en dehors de l'extermination raciale ? »
- Accusé Ohlendorf : « Je crois qu'il est très simple de fournir une explication, en se basant sur le fait que l'ordre avait pour but une sécurité permanente ; les enfants grandiraient et, étant des enfants de parents mis à mort, constitueraient un danger aussi grand que celui des

Pourtant, il est frappant de constater plus que des similitudes dans l'attitude des juristes. Il est vrai que le système romain a duré plusieurs siècles, ce qui lui a laissé le temps de produire tous ses fruits dans leurs réflexions. Il n'en fut pas de même du régime nazi. Mais son programme était tracé : certaines races ou groupes devaient disparaître (Juifs, Gitans, handicapés mentaux) ; d'autres (peuples slaves) devaient fournir une main-d'oeuvre exploitable sans limites par les Aryens. On peut penser que si le sort des armes avait été différent, l'esclavage serait devenu une institution fondamentale en Europe.

[84]

1) L'esclavagisme romain

34. L'HUMANITÉ DE L'ESCLAVE EN QUESTION. - On pense souvent que pour les Romains, l'esclave n'est qu'une chose. Qu'en dit le droit ? *A priori*, sa réponse est nuancée. D'un côté, l'esclave n'a aucun droit, ni personnel (droits politiques, familiaux), ni patrimonial. Il dépend entièrement de son maître. Mais sous l'Empire, cette rigueur s'atténue : le maître qui abandonne son esclave âgé et malade en perd la propriété ; celui qui désire le livrer aux bêtes doit obtenir l'autorisation du magistrat ; l'esclave possède un pécule, en théorie propriété du maître, mais il l'utilise parfois pour acheter sa liberté. D'autre part, le grand juriste Gaius, dans son manuel de droit, traite des esclaves dans les paragraphes consacrés aux personnes (il les qualifie même d'*homines*, hommes). Le non moins expert Ulpien affirme qu'au point de vue du droit naturel, tous les hommes sont égaux, y compris les esclaves. (Il ajoute quand même qu'il ne comptent pas au regard du droit civil...).

De plus, des facteurs sociologiques nuancent encore le statut de l'esclave. Le monde servile constitue une société à part entière, avec des hiérarchies profondément creusées. Il y a une aristocratie servile, celle des esclaves rares -et donc chers- aux compétences particulières (on appréciait notamment les pédagogues et les cuisiniers) ; sous l'Empire, des esclaves affranchis constitueront même un groupe important de hauts fonctionnaires, comme l'ont bien montré les travaux de

parents ». (cit. dans Bernadac C., *L'ordre SS*, Paris, France-Empire, 1996, 252). Ohlendorf fut condamné à mort, et exécuté le 6 juin 1951.

26 Cf. *infra*, p.88-89.

G. Boulvert ²⁷. Entre ceux-ci et la foule anonyme des esclaves employés aux travaux grossiers des champs, il n'y a aucune mesure commune, de même que leur sort peut être beaucoup plus enviable que celui d'hommes libres, mais pauvres. D'autant plus que l'esclavage tirant principalement sa source de la guerre, les victoires de la République mettent sur le marché de grandes quantités d'esclaves : leur prix baisse donc, au point qu'il est plus avantageux de remplacer un esclave malade que de le soigner. Tout dépend aussi des attitudes individuelles des maîtres, très nombreux, puisqu'un homme libre de condition [85] modeste avait fréquemment quelques esclaves (les économistes d'aujourd'hui ont calculé que le taux d'équipement moyen d'un ménage actuel correspond au travail accompli par une trentaine d'esclaves). Les guerres civiles de la fin de la République en sont un bon révélateur : on trouve des esclaves qui profitaient des troubles pour dénoncer leur maîtres, mais aussi d'autres qui les aidaient, et même donnaient leur vie pour eux. Cependant, même en dehors des cas de cruauté manifeste, certaines attitudes manifestent un mépris profond de la part des maîtres. Ainsi de Caton l'Ancien, leader conservateur, mais aussi auteur d'un traité d'agronomie, qui avait inventé une taxe payable par les esclaves quand ils avaient un rapport sexuel... Car l'esclave peut avoir certaines économies, et quelques biens : le pécule, à condition que le maître l'autorise. En fait, l'esclave n'a jamais été complètement une chose. Certaines capacités lui ont été reconnues dans l'intérêt du maître. Après tout, on le définit bien au milieu du I^{er} siècle avant notre ère comme « un matériel vocal d'exploitation (*instrumenti genus vocale*) », utilité dont on aurait bien tort de se priver. Ainsi pouvait-on lui confier un domaine ou un commerce qu'il gérât personnellement, mais pour le compte de son maître, le faisant devenir propriétaire, créancier ou débiteur. Cependant, afin d'éviter les abus ou les erreurs, le maître n'était tenu qu'à concurrence de la valeur du pécule ou de l'enrichissement qu'il tirait de l'opération effectuée par son esclave. Dans d'autres cas, il pouvait arriver qu'une certaine tolérance se manifeste envers l'esclave. Ainsi des attitudes religieuses et de la mort. Les esclaves ont droit à une sépulture, ce à quoi leurs maîtres doivent veiller. Ils peuvent même se grouper en collèges, auxquels sont quelquefois associés des hommes libres de condition modeste, afin d'être sûrs d'avoir

²⁷ Cf. Boulvert G., *Domestique et fonctionnaire sous le Haut Empire Romain*, Paris, Les Belles Lettres, 1974.

des funérailles décentes et que leur mémoire soit périodiquement évoquée par des rites.

Le mépris assez fréquent des maîtres semble inspiré par la crainte qu'ils avaient de leur main-d'oeuvre. Au début de l'Empire, on avait imaginé de faire porter aux esclaves un vêtement spécial de manière à pouvoir les reconnaître du premier coup d'oeil dans les lieux publics ²⁸. Mais on s'aperçut alors que les esclaves prendraient conscience du nombre qu'ils représentaient par rapport à celui des hommes libres : on s'empessa de renoncer à cette fausse bonne idée. Autre symptôme de [86] la peur des maîtres, l'interdiction faite aux esclaves de devenir soldats (on n'y recourut cependant, mais dans des cas exceptionnels de détresse militaire) : il était trop dangereux de leur donner des armes. Appien les qualifie ainsi de : «... race infidèle, toujours ennemie, et pour cela exclue des devoirs militaires » ²⁹.

Comment réagissaient les esclaves à leur exclusion presque totale du monde juridique ? Il est bien difficile de le savoir, car l'histoire n'a donné la parole qu'aux maîtres (et jusqu'à une époque récente, aux seuls hommes, ce qui fait toute la difficulté d'une histoire des femmes). Cependant, il y a des coutumes serviles qu'on peut atteindre dans le domaine des relations familiales. *Stricto sensu*, il n'y a pas de famille servile : l'esclave ne peut se marier, sa descendance est illégitime. Mais en revanche il lui est possible de former des unions de fait, souvent durables. (De manière générale, même parmi les hommes libres, le concubinat était un régime très répandu). Or les inscriptions que faisaient graver sur leur tombe les esclaves (la coutume était fréquente dans la société romaine, à condition d'en avoir les moyens) sont révélatrices. Le voeuf peut qualifier sa compagne disparue de *concubine*, mais très souvent il la nomme *épouse* (ou *mari* s'il s'agit d'une veuve), termes en principe réservés aux seules unions légitimes des hommes libres. De même, on a des exemples de quasi-dot constituée au mari esclave, bien qu'en principe ceci ait été juridiquement impossible.

Toutes ces atténuations, voulues ou non, à la rigueur du statut servile ne doivent cependant pas faire illusion. De manière générale, quand les jurisconsultes

²⁸ Sénèque, *De clementia*, I, 24, 1.

²⁹ Appien, *La guerre civile*, I, 10. Cf. Rouland N., *Les esclaves romains en temps de guerre*, Bruxelles, Latomus, 1977.

donnent leur avis sur des cas concrets, ils traitent les esclaves davantage en choses qu'en hommes. Nous allons nous en apercevoir.

35. JOUIR DES ESCLAVES. - Signe de la difficulté posée malgré tout aux consciences, on trouve déjà chez les philosophes grecs des réflexions sur la légitimité de l'esclavage. Dans la cité idéale de Platon, ce dernier n'existe pas. Aristote est plus nuancé. D'une part, il constate que certains hommes sont inférieurs aux autres, ce qui en fait des esclaves « par nature ». Il ajoute : «... quant à leur utilité, la différence [entre esclaves et animaux] est mince : esclaves et animaux domestiques [87] apportent l'aide de leur corps pour les besoins indispensables ». Mais il y a un esclavage contre nature, qui concerne surtout les prisonniers de guerre, source majeure de l'esclavage dans la pratique. Les stoïciens, dont l'influence sera grande sur les juristes romains, envisagent le débat en d'autres termes. Pour eux, tout homme est libre par nature ; le seul véritable esclavage, c'est celui des passions. On doute que ce discours moralisateur ait pu convaincre beaucoup d'esclaves... En tout cas, une partie des juristes romains l'adoptent : l'esclavage n'est pas conforme au droit naturel ; en revanche, résultant avant tout de la capture des prisonniers de guerre, il constitue une création du droit des gens.

Quoi qu'il en soit, les juristes romains se sont beaucoup intéressé au statut de l'esclave, à la mesure des consultations qu'on leur demandait. M. Morabito a étudié très attentivement le Digeste à ce sujet³⁰ : 5185 de ses textes concernent l'esclave et l'affranchi, soit 13% de 27 av. J.C. à 96 ap. J.C., 28% de 97 à 161, 30% de 161 à 193, 24% de 193 à 234. Leur réflexions très concrètes de jurisconsultes montrent bien jusqu'à quel point ils envisageaient qu'on puisse jouir des esclaves, par nature ou non. Les travaux de M. Morabito comme la récente publication posthume de ceux de L. R. Ménager en font la convaincante démonstration.

Notons d'abord que jusqu'au milieu du II^e siècle de notre ère, les manuels de droit romain classaient l'esclave parmi les biens corporels, c'est-à-dire ceux qui par nature peuvent être touchés, comme un fonds de terre ou un vêtement. Dès

³⁰ Cf. Morabito M., *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste*, Paris, Les Belles Lettres, 1981.

lors, il revenait aux juristes de définir la manière dont on pouvait en jouir. Tout d'abord, se posait l'épineux problème de l'esclave enceinte. Comment la vendre honnêtement ? Tout vendeur doit prévenir l'acheteur des vices cachés de la marchandise. L'état de grossesse non apparent en est un, car l'outil animé va être handicapé pendant plusieurs mois ³¹. Les juristes ne changeront d'avis qu'au début du III^{ème} siècle. Pour autant, l'achat d'une esclave enceinte, pourvu qu'il soit envisagé à cet effet, peut constituer un sain investissement. Les juristes traitent de l'achat d'enfants seulement conçus : une vente en l'état futur d'achèvement des travaux, comme nous dirions aujourd'hui. Mais le profit n'est pas toujours au rendez-vous : la femme [88] peut se révéler stérile ou trop âgée. Dans ce cas, l'acheteur peut se faire rembourser, de même que si on lui a vendu sans l'avertir un esclave qui a déjà tenté de s'enfuir. Circonstance aggravante, celle où la femme a emmené avec elle son enfant dans sa tentative de fuite. Dans ce cas, elle commet non seulement son propre vol, mais aussi celui de sa progéniture. L'enfant né, quand peut-on s'en servir ? Pas avant qu'il ait atteint l'âge de cinq ans : ce n'est qu'au bout de ce délai que le legs de son usage devient exécutoire. Mais l'enfant pouvait-il être assimilé au fruit de sa mère esclave, et donc tomber dans la jouissance du maître ? Jusqu'au début de l'Empire, cette discussion agita les juristes qui la considéraient comme une affaire délicate. Au milieu du II^{ème} siècle, il semble que la thèse négative l'emporte, mais malheureusement nous n'en possédons pas l'argumentation. En tout cas, l'usufruit de l'esclave continue néanmoins à porter sur sa force de travail et sur les salaires qu'on pouvait lui verser au titre de travaux que son maître lui faisait effectuer pour d'autres individus. Souvent, la transmission de cet usufruit se faisait sous la forme d'un legs. Le légataire devait prendre garde à ne pas détériorer (le thème de la détérioration de l'esclave est fréquent dans le Digeste) l'esclave en lui faisant exécuter des travaux nuisibles ou sortant de l'ordinaire. Les textes précisent même que l'usufruit sera éteint si son titulaire ne respecte pas la condition socio-professionnelle de l'esclave : par exemple s'il envoie un scribe à la campagne et lui fait porter un panier rempli de pierres, ou encore s'il emploie un gymnaste à vider les latrines. Ce type d'observation confirme l'importance déjà soulignée des hiérarchies au sein du monde servile. D'ailleurs, les juristes poursuivent en précisant que si l'on porte atteinte par un outrage à la considération dont jouit l'esclave,

³¹ Vitruve, II, 9, 1.

son maître peut intenter contre l'auteur de cette offense une action dite d'« injures ».

Ils ont du aussi se préoccuper du cas de l'esclave vendu *malade* : soit, pour le juriste, l'esclave que ses défauts physiques ou psychiques (le fait d'apprécier les oeuvres d'art ou d'aimer aller aux spectacles est considéré comme un mauvais penchant pour l'esclave) rendent inutilisable. Dans ce cas, l'annulation de la vente s'impose. Cependant, tout défaut n'est pas rédhibitoire. On peut tolérer qu'un esclave ait la main palmée ou comportant des doigts supplémentaires, qu'il soit affligé d'un œil proéminent à condition que sa capacité de travail n'en soit pas notablement affectée. En revanche, n'est pas considérée comme saine la [89] femme dont la fréquence des règles est anormale, qui souffre d'un vice de la matrice ou qui est trop étroite pour enfanter. En passant, Ulpien fait un rapprochement significatif : « On observe à peu près à l'égard des maladies et des défauts des chevaux les mêmes règles que nous avons exposées à l'égard des esclaves » ³².

L'acheteur avisé doit prendre aussi une autre précaution : se renseigner sur la provenance géographique de l'esclave, ce qui traduit des préjugés ethniques. Le grand juriste Ulpien est très net : « Les vendeurs d'esclaves doivent en déclarer la *natio* ; car souvent le lieu de naissance d'un esclave détermine ou détourne l'acheteur ; c'est pourquoi il est important qu'il connaisse la *natio*. On présume souvent que des esclaves sont bons quand ils sont d'une *natio* qui n'a pas mauvaise réputation, et que d'autres sont mauvais parce qu'ils sont d'une *natio* dont on a une mauvaise opinion » ³³. Si le vendeur n'a pas fait la déclaration d'origine requise, la vente pourra être annulée. L'acheteur (ou les acheteurs, car l'esclave peut être objet de copropriété) qui a vaincu toutes ces difficultés pourra ensuite utiliser son esclave de manière très variée : en disjoindre la nue-propriété et l'usufruit (on peut d'ailleurs n'acheter que la nue-propriété d'un esclave), l'offrir en dot ou l'affecter à la garantie d'une hypothèque, s'en servir pour l'achat... d'autres esclaves.

Enfin, la jouissance de l'esclave est aussi à prendre dans le sens qu'attribue aujourd'hui généralement l'homme de la rue à ce terme : la sexualité. De tous

³² *Dig.*, 21.1.38.3.

³³ *Dig.*, 21.1.31.21.

temps, on a ainsi joui des esclaves. De sexe féminin, bien sûr, mais aussi masculin, d'autant plus qu'à Rome, ce que nous savons des comportements sexuels montre que la bi-sexualité était relativement fréquente (le véritable problème n'est pas tant d'avoir des rapports homo- ou hétérosexuels que de savoir si on y jouait un rôle actif -valorisé- ou passif, condamné). En l'an 62 de notre ère, Plaute fait dire à son héros, Trimalchion : « J'ai fait les délices de mon maître pendant quatorze ans ; il n'y avait pas de honte à lui obéir. Et pourtant, je satisfaisais aussi sa femme ». Deux siècles plus tard, un texte envisage comment obtenir en justice le remboursement des journées de travail effectuées par un esclave. Dans le cas où ses services étaient d'ordre sexuel, on pensait que l'estimation en était impossible : le fait qu'on ait [90] du résoudre ce problème montre la réalité de ce type de relations. Cependant, si on vendait une esclave en précisant que l'acheteur ne devait pas la prostituer et qu'il contrevenait à cette clause limitative, elle devenait libre.

Comment les esclaves réagissaient-ils face à cette négation de leur identité humaine ? Ici encore, les réponses sont diverses. Il y a eu de grandes révoltes, comme celle de Spartacus. Mais beaucoup d'esclaves, une fois affranchis, achetaient à leur tour d'autres esclaves... ce qui témoigne au minimum d'une acceptation passive du système. Le Digeste en tout cas nous restitue l'image de rapports globalement négatifs entre maîtres et esclaves, ainsi que du manque de solidarité à l'intérieur du monde servile et du mimétisme social des esclaves privilégiés.

Nous avons pris ici l'exemple de l'esclavage pour montrer comment le droit peut légitimer les situations les plus inhumaines. D'autres mentalités romaines peuvent nous paraître aussi étranges. Ainsi des spectacles de gladiateurs, si brillamment analysés dans la thèse de G. Ville³⁴. Il y avait certes des opposants, minoritaires. Mais la plupart du temps, ils disaient ne pas aller au cirque non pour les raisons auxquelles nous nous attendons, mais simplement parce qu'ils jugeaient ces spectacles futiles...

Au moins peut-on se rassurer en se disant que tout ceci est bien lointain. Mais deux observations ramènent vite l'inquiétude. D'une part, Rome a bien pensé le politique et le juridique en des termes qui dénotent une civilisation d'un niveau élevé, et ouverte aux leçons des Grecs, inventeurs de la philosophie : le mystère

³⁴ Cf. Ville G., *La gladiature en Occident*, Bibliothèques des Ecoles françaises d'Athènes et de Rome, Rome, 1981.

du paradoxe de l'esclavage demeure donc entier. De plus, l'esclavage ne s'est éteint dans les législations européennes qu'au milieu du XIX^{ème} siècle, soit à une époque relativement récente. Enfin, un siècle plus tard, l'expérience nazie et ses prolongements dans l'État français de Vichy montrent à l'excès la part maudite que peut prendre le droit dans les systèmes modernes d'asservissement.

[91]

2) La controverse autour du droit nazi

36. POSITION DU PROBLÈME. - À l'heure actuelle, la plupart des juristes contestent l'existence d'un droit nazi. D'une part parce que comme le montrent les analyses opérées par H. Arendt des origines du totalitarisme, l'État totalitaire se caractérise paradoxalement par une certaine anarchie qui semble exclure le caractère de relative stabilité qu'on attache en général à la règle de droit. Mais surtout parce qu'on ne pourrait qualifier de droit ce qui bafoue de manière si évidente les règles les plus élémentaires de la morale. Or, malgré les apparences, l'argument ne va pas de soi. D'une part, il est étrange de constater que les positivistes eux-mêmes aujourd'hui s'y rallient. Or ils affirment d'ordinaire avec vigueur que la morale et le droit exercent leurs compétences dans des champs nettement différents. D'autre part, on ne voit guère comment simultanément excuser l'esclavagisme romain au nom de la relativité historique des valeurs (l'esclavage faisait partie de la civilisation romaine), et condamner l'existence d'un droit nazi au nom de leur universalité (l'asservissement est toujours condamnable). Il est clair que pour les Romains comme pour les nazis, l'esclavage, voire l'extermination, étaient possibles car ils avaient pour objet des êtres qu'on était parvenu à repousser dans les consciences hors des frontières de l'humanité, avec l'aide des juristes. Le cas romain était à cet égard encore plus achevé, puisque l'esclavage était une institution de la vie quotidienne (il le serait peut-être devenu si les nazis avaient remporté la victoire). Enfin, il convient de ne pas se méprendre sur la signification morale de l'éventuelle reconnaissance de l'existence d'un droit nazi : cela ne lui enlèverait aucun de ses caractères funestes, ni ne diminuerait la nécessité de sa condamnation. Simplement, on y verrait la preuve des perversions auxquelles peuvent parvenir ceux qui édictent et interprètent le droit. Commençons par procéder à quelques constats.

37. BRÈVE HISTOIRE DU DROIT NAZI. - Comme le note à juste titre F. Rigaux dans un récent ouvrage sur les juges ³⁵, Hitler et sa clique n'éprouvaient que mépris pour le droit et les juristes. Pour le [92] Führer, les traités internationaux n'étaient que des chiffons de papier. Beaucoup de professeurs de droit allemands ne le lui rendirent pas. Au contraire, ils adhèrent avec enthousiasme au régime, et luttèrent en ingénieuses controverses pour démontrer que leur théorie était la plus apte à rendre compte du nouveau régime. (Kelsen n'est guère apprécié : il est juif et démocrate. Dès leur arrivée au pouvoir, les nazis le chassent de Cologne). Une trouvaille parmi tant d'autres : la théorie de la « contrainte volontaire », décrivant un trait caractéristique du régime. Appliquée au salut hitlérien, elle l'analyse comme un acte qui doit paraître spontané, car ce qu'il est dangereux de ne pas faire ne vaut que si l'acte à accomplir n'est pas perçu comme obligatoire. Dans l'ensemble, toute cette agitation intellectuelle s'inscrivait sous le mot d'ordre de « renouveau du droit ». On peut donner plusieurs exemples de cette nouvelle conception.

Tout d'abord, l'absence de séparation des pouvoirs : le Führer doit pouvoir exercer toutes les fonctions de l'État. Notamment, la loi d'habilitation du 24 mars 1933 lui délègue la compétence législative, et en fait même une autorité législative, puisqu'il détient maintenant le pouvoir de faire les « lois du Reich ». Le Reichstag ne fut plus consulté qu'exceptionnellement. En conséquence, par la suite, la plupart des textes qualifiés de lois seront en réalité des actes de gouvernement, à la notable exception des lois raciales du 15 septembre 1935 adoptées par le Reichstag réuni en session extraordinaire à Nuremberg. Le Führer peut aussi exercer la fonction juridictionnelle, bien qu'en pratique il n'ait usé que très rarement de son pouvoir d'évocation. Pour autant, la Constitution de la République de Weimar ne fut jamais abrogée de façon formelle. Mais personne ne prit le risque de dénoncer les violations qu'elle subit devant la Cour de justice de l'État, qui n'avait pas été supprimée.

Le totalitarisme politique se reflète aussi dans une conception globalisante du droit. L'individu n'existe qu'au sein de la communauté. Le juriste J. Binder le dit bien en 1939 : «... l'individu « individuel » comme donnée immédiate est une er-

³⁵ Cf. Rigaux F., *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997.

reur de Hegel (...) il faut au contraire considérer comme première cette unité immédiate, vécue et connue, même l'en absence d'une réflexion explicite, qu'est l'unité de l'individu et de la société ». Dès lors, la nécessité d'une distinction entre le droit public et le droit privé disparaît.

[93]

Autre point névralgique, la conception de la justice administrative. Dans un discours prononcé le 25 octobre 1936, le Dr Frick, ministre de l'intérieur, déclarait que son existence n'était pas mise en cause, mais que cette juridiction ne pouvait pas avoir la même fonction que dans l'État libéral. La séparation des pouvoirs étant exclue, elle ne peut exercer un contrôle juridictionnel sur l'administration. Elle devient un rouage de l'administration elle-même afin d'assurer une meilleure répression des violations du droit, et non plus de protéger les droits publics subjectifs des administrés. Enfin, dès l'année 1933, où Hitler accède légalement au pouvoir, on crée un certain nombre de tribunaux spéciaux (*Sondergerichte*) spécialement chargés de juger « les attaques insidieuses contre le gouvernement ». Ce qui n'empêchait éventuellement pas la police de venir arrêter des accusés acquittés... Dans le même sens, le tribunal du *Reichsgericht* a pu décider qu'un officier de l'état-civil devait se conformer à une injonction de la Gestapo lui interdisant de délivrer un extrait d'acte de naissance auquel avait droit le requérant en vertu de la législation en vigueur.

Tout ceci montre que les conceptions nazies étaient très éloignées des contenus que nous donnons au droit dans nos systèmes démocratiques. Faut-il s'en étonner ? Certainement pas, puisque justement les nazis repoussaient violemment l'idée d'institutions démocratiques. Celle de peuple leur servait en revanche constamment de référence, mais elle était profondément uniformisante : le *Volk* était supposé former une communauté homogène, ce qui rendait inutile tout débat de type pluraliste. D'autre part, il faut bien constater que l'inexistence du droit dans ce régime n'était nullement évidente pour la plupart des professeurs de droit, qui y voyaient plutôt une source de renouvellement qu'un anéantissement, d'autant plus facilement que les élites et la haute administration ne s'étaient jamais vraiment converties à la démocratie. Les juges, surtout ceux des juridictions supérieures, eurent le même type de réaction. Certains d'entre eux appliquèrent même de façon extensive les lois raciales de 1935. En tout cas, le 11 février de cette année, le *Reichsgericht* visait la « signification fondamentale de la question raciale dans

l'État national-socialiste » pour justifier le retrait de la garde d'un enfant « aryen » confié à un couple dont le mari n'était pas de sang allemand.

Poussons maintenant plus avant le débat, sur le plan théorique.

[94]

38. LES NAZIS ET LE DROIT. - Kelsen semble fournir un argument probant à l'existence d'un droit nazi, dans la mesure où il enseigne que la science du droit n'a pas pour mission de porter un jugement de valeur sur la légitimité d'un système de droit effectivement contraignant : il doit être observé tel qu'il est. Mais sommes-nous bien en présence d'un système de droit ?

Beaucoup le contestent. Si on ne peut qu'adhérer à la finalité morale de leur démonstration, encore faut-il en juger les arguments techniques.

Commençons par les sources du droit dans la théorie nazie. En 1934, H. Goering déclare : « La loi et la volonté du Führer ne font qu'un ». Il ne faisait que répéter ce qu'avait dit l'année précédente un juriste, M. Freisler, : «... les commandements du Führer doivent être imposés comme l'impératif catégorique du National-socialisme (...) en vue de faire passer l'État de droit formel à l'État du peuple ». D'ailleurs, certains arrêts des plus hautes juridictions sont motivés par des citations de *Mein Kampf* (y compris en matière de brevets...) et le programme de 1920 du NSDAP. F. Rigaux déduit de cette assimilation entre la loi, la volonté du peuple et celle du Führer l'absence de juridicité de la démonstration. En effet : «... on ne saurait gouverner une grande nation, ayant conservé des institutions complexes, par la vertu des seuls mots sortis de la bouche du dictateur. La suprématie de la volonté du Führer ne se laisse concilier avec la multitude de lois et de règlements en vigueur dans le IIIe Reich, avec les actes de l'administration qui y sont pris et les décisions judiciaires qui y sont prononcées que si l'on considère que cet immense appareil, pour une part recueilli dans l'héritage des régimes précédents, ne se tient debout qu'à défaut de volonté contraire du dictateur » ³⁶. Or, à la lumière de l'histoire du droit, l'argument n'a qu'une portée relative. En effet, tous les régimes autoritaires ont bien fait affirmer par leurs juristes l'identification du droit à la parole du dirigeant suprême. Le droit romain contient plusieurs for-

³⁶ Rigaux F., *op.cit.*, 100.

mules du genre (« L'Empereur est la loi vivante sur la terre »), d'ailleurs reprises par les légistes de la monarchie française. On objectera que cette dernière s'est néanmoins toujours déclarée soumise à la loi divine et, la plupart des temps, aux lois fondamentales du royaume : autant de garde-fous qu'on ne trouve pas dans le régime nazi. Ce qui est exact, [95] mais ne suffit pas à disqualifier l'hégémonie du leader charismatique sur le droit.

Autre approche visant à nier l'existence du droit nazi au regard du positivisme, celle de M. Troper. Pour les tenants de cette doctrine, le droit émane principalement -sinon exclusivement- de l'État. Encore faut-il qu'il y ait un État... M. Troper le nie, s'appuyant sur une littérature digne de foi montrant l'aspect chaotique des mécanismes du pouvoir dans l'État nazi : enchevêtrement des compétences, contradictions entre les normes, etc. : rien qui ressemble à du droit. Mais là aussi, la démonstration n'est que partielle. Comme le fait remarquer à juste titre D. de Béchillon, l'existence de l'État, même en ne considérant que l'Europe du XXe siècle, ne peut être restreinte à la condition d'une hiérarchie des normes. De plus, on a peine à croire en la totale anarchie du système normatif nazi : il passe au contraire pour avoir développé au plus haut point l'idée d'obéissance au supérieur hiérarchique et celle d'une organisation efficace des différentes activités sociales et économiques. Sans doute faut-il ici faire usage des théories du pluralisme juridique. La normativité étatique fut sans doute mise à mal par le régime. En revanche, celle fonctionnant dans les organes et institutions dépendantes du parti paraît mieux assurée. On sait notamment comment le Parti, avant même son accession au pouvoir, avait quadrillé la société en dotant ses différents groupes (les femmes, les jeunes, etc.) d'organisations productrices de normes... et de comportements. Ces différents ordres normatifs pouvaient s'entre-choquer et donner l'image du désordre là où il ne faut peut-être voir qu'une forme de complexité.

D'ailleurs, certains auteurs allemands mettaient déjà à l'époque l'accent sur l'hypothèse du dualisme de l'ordre juridique hitlérien. C'est le cas d'E. Fraenkel, membre de la Cour d'appel de Berlin, réfugié aux États-Unis où son livre, *The dual State*, fut publié en 1941. Il constate la permanence sous le régime nazi du *normative state*, issu de la République de Weimar (répétons que sa constitution ne fut jamais abrogée). Mais il est doublé d'un *prerogative state*, innovation du régime consistant dans un état d'exception, tantôt très réglementé, tantôt imprévisible, qui empiète sur le domaine d'application de la loi et restreint la compétence des

juridictions ordinaires. F. Rigaux fait observer que ce second ordre l'emporte largement sur le premier. On en sera d'accord, sans toutefois pouvoir en déduire l'inexistence du droit dans le système nazi. Enfin, remarquons que d'un point de vue anthropologique, l'État [96] n'est pas indispensable à l'existence du droit : le pouvoir y suffit, et le IIIème Reich n'en manquait pas.

En tout cas, l'approche positiviste n'invalide donc pas l'hypothèse d'un droit nazi. En revanche, on s'attend à l'inverse de la part de la doctrine du droit naturel. Or, par une perversion remarquable, les juristes nazis s'en réclamaient, assimilant leur droit à la morale. En 1939, plusieurs d'entre eux l'affirment. Des juristes opposants au régime le constatent aussi, comme O. Kirchheimer : « C'est une des allégations les plus fortes du système juridique national-socialiste qu'il avait enfin comblé la lacune qui, dans l'ère libérale, séparait les domaines du droit et de la morale. Il s'ensuit dès lors que l'ordre juridique et l'ordre moral sont la même chose ». De même, selon un auteur actuel, L.J. Wintgens : « L'unité du droit et de la morale peut être considérée comme l'aspect le plus essentiel de la conception du droit qui guidait la pensée juridique dans l'Allemagne nazie ». Comme le remarque O. Jouanjan, les auteurs nazis sont anti-positivistes. À commencer par le premier d'entre eux, C. Schmitt : « C'est en Allemagne qu'aujourd'hui on peut reconnaître à quel point l'époque du positivisme juridique est arrivée à son terme ». H.H. Dietze dit par quoi il est remplacé : « Le national-socialiste est jusnaturaliste parce que le peuple allemand est une communauté vivante naturelle ». Naturellement, la nature ici visée s'exprime notamment dans l'ordre du biologique. Dans son *Naturrecht*, notre juriste poursuit : « La répulsion des Allemands envers la race juive se vivifie toujours davantage. Le droit naturel de la communauté allemande interdit le mariage entre personnes de sang allemand et Juifs ».

Bien entendu, ces affirmations choqueront à bon droit le lecteur. Faut-il préciser que par morale il faut entendre *leur* morale, celle des nazis ? Une fois encore, les mots sont ici difficiles à manipuler. Si la morale consiste en un ensemble de règles universelles, notamment contenues dans ce que nous nommons aujourd'hui les droits de l'homme, évidemment ce terme est inapproprié. Si revanche, dans une approche relativiste, on entend par là tout aménagement ordonné d'un certain nombre de règles de conduite découlant de valeurs exprimant des conceptions du bien et du mal qui peuvent varier, être aussi bien centrées sur la bienveillance que

sur l'oppression, son utilisation devient possible dans le contexte qui nous occupe (on en dira autant du terme droit). En tout cas, on parvient à ce stade à un résultat paradoxal. *A priori*, le positivisme semblait le mieux à même de rendre compte de [97] l'existence d'un droit nazi dans la mesure où il postule la séparation du droit et de la morale. Mais c'est au contraire au nom de leur union que parlent les juristes nazis. D'ailleurs, la jurisprudence de l'époque (cette prise d'autonomie avait en fait commencé dès le régime précédent) témoigne d'ardeurs à dépasser la lettre des textes afin de participer maintenant au mouvement de « renouveau du droit ». Elle aboutit à incorporer au droit l'idéologie nazie. Par exemple, en y introduisant de plus en plus fréquemment des concepts généraux tels que celui de « bonne moeurs ». Ainsi l'origine juive, ou même seulement étrangère, de capitaux d'une entreprise pouvait-elle être jugée contraire à une vie économique saine. Les tribunaux pouvaient aussi faire ainsi obstacle à l'exécution de droits contractuels au bénéfice de Juifs. Autre exemple, l'invocation de lacunes dans le droit positif, que les juges comblaient en recourant à l'idéologie nazie. Cette méthode n'avait d'ailleurs rien d'illégal dans son principe, puisque dès 1923, se fondant sur le paragraphe 242 du Code civil, la jurisprudence avait abandonné le principe de la liaison stricte du juge à la loi (il est vrai pour de toutes autres raisons, puisqu'il s'agissait de pallier les effets de l'inflation monétaire au bénéfice des débiteurs).

On voit ainsi que le débat autour de l'existence du droit dans un régime totalitaire tel que le fut le système nazi n'est pas simple, et que les mots et les concepts qui nous paraissent les plus clairs peuvent être aisément détournés. Au bout du compte, nous prendrons le risque (risque, car par l'effet d'un malentendu voulu ou inconscient, certains en déduiront une sympathie envers un régime que l'auteur abhorre) de nous rallier à l'opinion de D. de Béchillon, qui ne déteste pas moins ce régime totalitaire : «... il faut *a priori* assumer cette conclusion : toutes les normes produites par un système étatique doivent être dite juridiques. Le degré de leur infamie n'interfère pas dans la détermination de leur juridicité. Car la juridicité ne se donne précisément pas comme une qualité, et encore moins comme une vertu. C'est une propriété : une officialité particulière dont sont revêtues les normes d'un système politique assez puissant pour s'affirmer en tant qu'État et perdurer comme

tel. Pour autant que l'État nazi ait bien été un État, les règles qu'il a pu édicter sont donc forcément juridiques » ³⁷.

[98]

On comprend l'intérêt de la discussion, que nous avons crue ici nécessaire au-delà même de l'existence historique du régime nazi. Il s'agit en effet pour nous de dire que le droit ne peut toujours être lié à des principes altruistes et bienfaisants. Le mal existe aussi, et peut s'en emparer ; le législateur et le juge peuvent y céder. Le reconnaître n'est évidemment pas y adhérer. La position contraire, qui peut paraître plus vertueuse, nous semble en tout cas conduire à l'irréalisme. Car l'historien du droit est bien forcé de constater que s'il fallait toujours le borner aux limites du bien et du souhaitable, alors, une partie importante de ce qui fait l'objet de la discipline disparaîtrait. Car l'expérience de l'humanité est autre, et renvoie au problème que toutes les religions éprouvent tant de difficultés à résoudre : l'existence invétérée du mal. Le rapide examen de la position de la doctrine française sur les lois raciales durant le régime de Vichy nous en fournit un exemple supplémentaire.

3) La controverse autour du droit de Vichy

39. DU DROIT, DES LOIS ? - Deux questions préliminaires se posent. D'abord, est-ce du droit ? Sans revenir sur le débat qui précède, on peut se le demander à d'autres points de vue. D'une part, on peut se dire que le statut des Juifs est contraire à l'État de droit. Mais, comme le rappelle D. Gros, cette observation possède un caractère anachronique. Dans sa forme historique initiale, l'État de droit suppose un contrôle de la régularité des actes administratifs. Dans sa version la plus contemporaine, il implique un contrôle parlementaire ou juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Or jusqu'en 1946, la tradition française républicaine l'écarte. Autre argument, ce statut (il y a en fait deux, successifs) est encore davantage contraire à la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Mais là aussi, on remarquera que les lois constitutionnelles de 1875 ne comportaient aucune référence à la Déclaration, qui ne pouvait servir comme aujourd'hui d'étalon au

³⁷ De Béchillon D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 256.

droit positif. Autre question : si au moins de ce point de vue formel le statut reste juridique, l'appellation de « lois » lui convient-elle ? Dès le début de l'État de Vichy, la Chambre des députés, le Sénat ainsi que les assemblées locales sont suspendus au profit de l'exécutif et du pouvoir réglementaire. Le statut est adopté par le gouvernement, qui en assure l'exécution [99] en dehors de tout contrôle parlementaire. Le Conseil d'État lui facilite d'ailleurs les choses, puisqu'il accepte de considérer ce type d'actes comme des normes législatives. Le sont-elles ? D. Broussolle considère cette question comme «... un de ces trous noirs du droit public français que les juristes préfèrent oublier ». À l'époque, il y a peu de réflexions à ce sujet et les manuels plus récents sont la plupart du temps muets. De plus, le fait qu'on continue aujourd'hui encore à parler de lois est bien le signe de cette indécision. Sur le plan formel, lois et règlements proviennent d'un organe émetteur unique comme l'indique leur commune formule introductive : « Nous, Maréchal de France, chef de l'État français, décrétons... ». Cependant, une différenciation fondamentale demeure : les lois s'imposent au juge, les décrets peuvent être censurés par le Conseil d'État. Encore faut-il pouvoir les distinguer... Comme l'observe encore D. Broussolle, le critère tiré de l'objet n'est guère ici opératoire, car la répartition des matières entre le législatif et l'exécutif n'avait pas jusqu'en 1958 l'importance que nous lui attribuons. Reste alors un critère formel. Les décrets se terminent par une mention suivant laquelle des secrétaires d'État nommément désignés sont chargés de leur exécution. En revanche, les lois s'achèvent par l'indication de leur publication au Journal Officiel et de leur exécution comme loi de l'État. A supposer qu'on se satisfasse de cette « preuve », le statut du 3 octobre 1940 a bien valeur législative, puisque son article 10 reproduit cette formule. En fait, valider cette interprétation revient à une conception de la répartition des pouvoirs antérieure à la Révolution. Dans le droit public de l'Ancien Régime, il y avait confusion des pouvoirs dans la personne du monarque, qui exerçait le pouvoir législatif (ainsi que judiciaire). Tout change dès 1789 : si le régime reste encore monarchique pour quelques années, la Déclaration de 1789 (placée ensuite en tête de la Constitution de 1791) précise bien que : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution » (article 16). Elle précise par ailleurs que : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation » (art. 6). Toujours pour éviter l'anachronisme, en objectera que l'État de Vichy n'affectionnait guère la

République, et ne se tenait pas pour lié par ses principes. À tout le moins cependant y a-t-il un abus de langage à continuer aujourd'hui à parler de « lois » au sujet du statut des Juifs, tant [100] il est vrai que dans le langage commun actuel, la loi signifie principalement un texte émanant du Parlement, même s'il peut revêtir certaines formes dans lesquelles il procède d'une initiative du pouvoir exécutif.

40. LES JUIFS, UNE QUESTION TECHNIQUE. - Après les lois, venons-en aux juristes. Une minorité critiqua le droit antisémite. Beaucoup ne dirent rien. Mais certains -et non des moindres- se sont signalés par l'affection qu'ils portaient au nouveau régime. Rien là de surprenant, dans la mesure où ils ne furent pas les seuls dans l'ensemble de la société française. Rétroactivement, on pourrait être d'un autre avis : leur qualification n'en faisait-elle pas les gardiens particuliers de certaines valeurs inhérentes au droit ? C'est une fois de plus oublier que les hommes ont le pouvoir de plier le droit à leur convenance. A toute époque, sous tout régime, les règles juridiques deviennent ce que les hommes en font. Dès lors, même si l'on en est consterné, on comprend que puissent figurer parmi les thuriféraires du régime des juristes éminents. Longtemps un silence discret régna à ce sujet dans la doctrine française. Il fut rompu en 1989 par un article courageux de D. Lochak ³⁸, qui n'hésitait pas à faire la lumière sur cette période. Depuis, d'autres travaux ont suivi. Citons quelques exemples parmi les cas rappelés à notre mémoire.

D'abord le grand privatiste G. Ripert, secrétaire d'État à l'Instruction publique et à la jeunesse en 1940. Dans un ouvrage collectif publié en 1943 et intitulé « Études de droit allemand », il insiste sur l'importance d'une étude « objective » du droit national-socialiste et précise que : « L'homme de science a le droit de se désintéresser des conséquences pratiques de ses études ». Ensuite, R. Bonnard, doyen de la faculté de droit de Bordeaux, auteur remarqué d'un ouvrage sur « Le droit et l'État dans le régime national-socialiste », et co-directeur de la *Revue du droit public*. En 1941 il en fixe la nouvelle ligne : « Elle restera sur le terrain proprement scientifique qu'elle n'a jamais quitté. Mais sa science ne devra pas être

³⁸ Elle avait eu cependant un prédécesseur en la personne M. Dupeyroux, L'indépendance du Conseil d'État statuant en contentieux, *RDP*, 1982.

neutre, indifférente à la vérité et à l'erreur et s'interdisant tout jugement de valeur. Car actuellement, il faut prendre parti et « s'embarquer » (...) A cette oeuvre de restauration [celle entreprise par le Maréchal], nous devons, particulièrement, nous [101] les juristes de droit public (...), apporter une collaboration ardente et passionnée ». Notons aussi que le principal auteur du premier statut des Juifs (3 octobre 1940) est un ancien professeur de droit constitutionnel, R. Alibert. Un des rédacteurs du second statut (2 juin 1941) est un maître incontesté du droit constitutionnel, Joseph Barthélemy.

Mais le plus étonnant est ailleurs, car on en attendait pas moins de partisans du régime. Beaucoup plus significative des extrêmes auxquels peut parvenir un raisonnement juridique purement spéculatif apparaît l'attitude de nombreux juristes qui n'étaient pas particulièrement antisémites ou zéloteurs du nouveau régime. Il considérèrent que les statuts constituaient un nouvel objet juridique : il était donc possible de les analyser et commenter en tant que tels. Attitude d'autant plus condamnable que rien ne les y obligeait. Alors qu'un juge doit statuer sur les cas portés devant lui, un universitaire ou un chercheur peuvent sélectionner librement les thèmes de leurs écrits. Mais ils affectèrent de ne voir là qu'une question « technique ». En 1941, E.H. Perreau, professeur honoraire à la faculté de droit de Toulouse, à l'occasion d'un article intitulé : « Le nouveau statut des Juifs en France », exprime très bien ce point de vue : « Nous avons envisagé ces lois comme des faits juridiques, dont l'ignorance n'est pas possible et qu'il est utile de commenter pour en préciser l'importance. Dans cette étude purement objective, sans espérer trancher toutes les difficultés que soulèveront ces lois toutes neuves, nous souhaitons en faciliter l'application en dissipant les malentendus et contribuer, dans notre modeste sphère, à l'intelligence des textes nouveaux ». Et les difficultés étaient grandes, car ces statuts avaient des conséquences dans toutes les branches du droit : des personnes, des biens, sans compter le droit pénal et le droit administratif. Au point qu'on se demandait si cette nouvelle matière relevait du droit public ou du droit privé. Plus précisément, les inquiétudes des commentateurs portaient sur deux points de « technique juridique » : la détermination de la qualité de Juif, la confiscation des biens juifs et la politique d'« aryianisation » des entreprises. En effet, les textes mélangeaient les critères de race et de religion, mais ne permettaient pas de dire avec assez de précision qui était juif. Sans comp-

ter les épineux problèmes de preuve (le baptême est-il une condition nécessaire et suffisante d'appartenance à la religion catholique, et donc exonérante de la condition de Juif ?). Ainsi le Conseil d'État décide-t-il en 1942 que la présomption [102] d'appartenance à la race, du fait de la religion, peut être étayée par le nom patronymique, et, l'année suivante, que la charge de la preuve de la « non-appartenance à la religion juive » incombe aux individus présumés juifs. Dans un avis du 11 décembre 1942, il estime que la preuve de « l'adhésion à une autre confession » ne suffit pas à déterminer la « non-appartenance à la religion juive ». Les problèmes de compétence sont non moins importants : le statut touche l'état des personnes, ce qui justifierait la compétence des tribunaux civils ; mais on peut aussi l'envisager comme une loi de police, qui légitimerait l'intervention du juge administratif. L'aryanisation économique -celle qui porte sur les biens- procède de deux idées, rappelées par M. Blocaille-Boutelet : les Juifs dominent l'économie et l'asservissent à des intérêts étrangers ; en fonction de ce danger et de leur identité propre, les Aryens ont le droit de se défendre en purgeant l'économie des capitaux juifs. Elles sont mises en oeuvre par une série de textes, échelonnés sur les années 1940 et 41. Là encore, de nombreux problèmes juridiques se posent, que la doctrine va s'efforcer de résoudre : qualification d'une entreprise comme juive (notamment en cas de mixité d'origine des capitaux), droits des créanciers, sans compter la délicate adaptation de concepts classiques (mandat, représentation, administration ou liquidation judiciaires) à la gestion et la vente des biens des Juifs. On estime à 3 milliards de francs constants la spoliation qui en a résulté. 7,340 entreprises furent liquidées, en général modestes, puisque leur valeur de liquidation fut le plus souvent inférieure à 200,000 francs. En tout cas, les spéculations de la doctrine et les décisions des juges se rapportant à l'ensemble de ces questions formèrent effectivement une nouvelle matière. En témoignent les tables du Recueil Dalloz, qui comportent désormais une rubrique « Juifs ».

Par ailleurs, quel était le contenu des enseignements dispensés aux étudiants par leurs professeurs ? L'examen des manuels de l'époque montre une diversité d'attitudes. Certains ne parlaient pas de cette nouvelle « matière ». D'autres citaient les textes sans les commenter. Mais certains professeurs -parmi les plus réputés- les approuvent. G. Burdeau écrit qu'il faut « mettre hors d'état de nuire les éléments étrangers ou douteux qui s'étaient introduits dans la communauté nationale » et justifie les interdictions professionnelles par la nécessité

« d'empêcher les Juifs de détenir la puissance d'argent grâce à laquelle ils pourraient agir sur l'opinion ». Auteur prolifique et investi de [103] responsabilités académiques importantes, R. Bonnard justifie par l'intérêt public les révocations de fonctionnaires juifs. Dans leur *Traité élémentaire de droit civil* (1943), M. Planiol et ses co-auteurs vont plus loin : «... dans l'Europe moderne la considération de la race a repris de l'importance (...) la conception nationale-socialiste du droit a inspiré en Allemagne des mesures contre les Juifs qui ont été imitées en Italie et dans beaucoup d'autres pays (...) En France, il s'est manifesté, après la Révolution nationale, une tendance antisémite, motivée non par une haine de race, mais par le rôle néfaste que certains politiciens et financiers juifs avaient joué sous la troisième République ».

Bien entendu, on trouve des contre-exemples de ce genre d'attitude. Il y eut parmi les juristes des opposants à Vichy et des résistants (M. Prélôt, R. Capitant, A. Hauriou, etc.). Certains manuels font état de réserves et de contestations... preuve qu'une telle attitude n'était pas impossible. Ainsi du *Guide de droit administratif* publié en 1944 par M. Waline, ou encore du cours de droit civil de R. Savatier (1943). De même, il arrive que les magistrats interprètent les textes antisémites de façon restrictive, épargnant ainsi des Juifs. Citons deux exemples. Tout d'abord, le cas (rapporté par D. Lochak dans un article publié en 1994) d'un individu né de deux grands-parents juifs, marié avec un non juif, mais qui ne s'était pas converti formellement à religion catholique ou protestante. Le juge décide qu'il n'est pas juif au terme de ce raisonnement : « [Pour qu'il soit considéré comme juif] il faut que cet individu hybride prouve par son appartenance à la religion judaïque qu'il a conservé, malgré une origine mixte, un attachement tout spécial à la race juive. S'il n'est pas de confession juive, les quelques liens ancestraux qui le rattachent encore à la race juive s'évanouissent devant ceux qui l'attachent désormais à la race aryenne, liens ancestraux égaux et lien conjugal... Cet individu est dégagé de toute servitude raciale juive ». En 1944, la Cour de cassation déclare non fondé le rejet de la demande de réduction de loyers formée par un locataire : il avait été arrêté en raison de sa qualité de juif. S'en était suivie une diminution de ses ressources. La Cour considère que cette arrestation et son motif constituent une circonstance de guerre ouvrant droit au bénéfice de la réduction.

Le pire n'est donc pas toujours certain. Il reste que l'exemple fourni par ces quelques années du droit français montre bien qu'il peut y [104] conduire. On comprend d'autant mieux que ne l'acceptant pas, beaucoup aujourd'hui, dans un souci d'humanisme et de moralité, récusent la qualification juridique sinon à toutes les normes alors produites (notre droit positif contient encore beaucoup de textes élaborés durant cette période), au moins à celles qui nous paraissent scandaleuses. Nous pensons pour notre compte que paradoxalement, cette attitude, qui vise à condamner ce qui est en effet inacceptable, pèche par excès d'indulgence, et procède à tout le moins d'une fiction. Il est trop simple de prétendre qu'une norme n'est pas juridique quand elle franchit ce qu'on peut légitimement tenir comme les limites de l'humanité, violations dont l'histoire offre à profusion des exemples. Le droit, c'est-à-dire ses producteurs et interprètes, détiennent ce consternant pouvoir de l'injustice, dans l'Antiquité comme dans l'Europe du XXe siècle.

Pour aller plus loin

41 INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES. - Il existe de nombreux ouvrages et articles consacrés aux systèmes juridiques non occidentaux (on consultera toujours avec profit les manuels de droit comparé, notamment celui de R. David, *Les grands systèmes de droit*, Paris, Dalloz, 1974). Outre ceux déjà cités, on se bornera à donner ici quelques points de repères : J. Gilissen, *Introduction historique au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979 ; W. Capeller et T. Kitamura (dir.), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruxelles, Bruylant, à paraître ; R. Lingat, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Paris-La Haye, Mouton, 1967 ; J. Escarra, *Le droit chinois*, Paris, Sirey, 1936 ; M. Engelborghs-Bertels, L'assimilation de l'esprit du droit occidental en Chine, *Coexistence*, (Pergamon Press), volume 4, n° 1, 77-93 ; Liang Zhiping, Explicating « Law » : A comparative perspective of chinese and western legal cultures, *Journal of chinese law*, volume 3, numéro 1, 1989, 55-91 ; N. Rouland, La doctrine juridique chinoise et les droits de l'homme, *Revue universelle des droits de l'homme*, Vol.10, n°1-2, 1998, 1-26 ; I. Kitamura, Une esquisse psychanalytique de l'homme juridique au Japon, *Revue internationale de droit comparé*, 4, 1987,

792 -824. On se reportera également avec profit à l'ouvrage de J.C. Usunier, *Commerce entre cultures. Une approche culturelle du marketing international*, (deux tomes), Paris, PUF, 1992, ainsi que : F. Gauthey. D. Xardel, *Le management interculturel*, Paris, PUF, 1990, et : P. d'Iribarne, *La logique de l'honneur-Gestion des entreprises et traditions nationales*, Paris, Le Seuil, 1989. Au sujet de l'influence des conceptions religieuses sur les représentations du droit dans les diverses cultures juridiques, cf. l'éclairante étude de M. Alliot, L'anthropologie juridique et le droit des manuels, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 24, 1983, 71-81. Comme exemples -parmi bien d'autres- de l'influence des conceptions religieuses sur le droit et sa mise en oeuvre, cf., pour Rome, l'article magistral de P. Braun, Les tabous des Feriae, *L'Année sociologique*, 1959, 49-125, et pour l'Afrique noire : M. Raynal, *Justice traditionnelle, Justice moderne : le devin, le juge, le sorcier*, Paris, L'Harmattan, 1994 ; cf. également : N. Rouland, Les morts et le droit : variations anthropologiques, *Mélanges G. Duby*, Aix-en-Provence, 1992, tome IV, 29-44.

[105]

En ce qui concerne les origines du droit dans les cultures méditerranéennes, on se référera en tout premier lieu à l'ouvrage déjà cité de J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, 1997, dont les analyses qui précèdent sont largement tributaires, ainsi qu'au manuel du même auteur, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, Sirey, 1967, très complet, et à ses rééditions. Cf. également, de N. Rouland : *Rome, démocratie impossible ?*, Arles, Actes-Sud, 1981 ; *Pouvoir politique et dépendance personnelle dans l'antiquité romaine : genèse et rôle des relations de clientèle*, Bruxelles, Latomus, 1979 ; La Coutume et le droit, dans : P. de Deckker (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, 19-48. Sur les origines du droit en Grèce, cf. : G. Pieri, Mythes grecs et origine du droit, dans : *Pensée politique et droit*, Aix-en-Provence, Presses de l'université d'Aix-Marseille III, 1998, 61-85. Sur les origines du droit à Rome, cf. : L.R. Ménager, Prolégomènes - Introduction à une phénoménologie de la contrainte sociale, *Procès*, 13, 1983, 9-39. Une très bonne introduction (à caractère anthropologique) à la culture romaine (y compris le droit et la religion) est fournie par : M. Meslin, *L'homme romain*, Paris, Hachette, 1978. Les grands jurisconsultes ont été étudiés par A. Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, éd. Jovene, Naples, 1971. Plus tard, la personnalisation du pou-

voir sous l'Empire aboutit à la formation d'un lien privilégié entre l'Empereur et ses juristes, qui éloigne le droit romain des cas pratiques dont il était issu et lui donne le caractère abstrait d'une norme générale. J.P. Coriat l'a brillamment démontré dans : *Le Prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, De Boccard, Paris, 1997

Le problème de l'esclavage à Rome a fait l'objet d'une immense littérature. Cependant, on observera que les sources juridiques, d'accès et de compréhension plus difficiles, ont été moins exploitées que les littéraires. On citera donc, à titre d'exemples, des ouvrages écrits par des juristes : G. Boulvert, *Domestique et fonctionnaire sous le Haut-Empire romain*, Paris, Les Belles Lettres, 1974 ; M.M. Orabito, *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste*, Paris, Les Belles Lettres, 1981 ; N. Rouland, *Les esclaves romains en temps de guerre*, Bruxelles, Latomus, 1977 ; L.R. Ménager, *La condition ouvrière dans l'antiquité romaine*, Presses de l'Université de Perpignan, Perpignan, 1998. Sur la condition des gladiateurs, lire absolument la passionnante thèse de G. Ville, *La gladiature en Occident*, Bibliothèques des Écoles françaises d'Athènes et de Rome, Rome, 1981.

Au sujet des controverses sur l'existence d'un droit nazi, cf. : L.J. Wintgens, Le concept du droit dans le national-socialisme, *R.I.E.J.*, 26, 1991, 89-110 ; M. Troper, Y a-t-il eu un État nazi ?, dans : *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 ; M. Broszat, *L'État hitlérien. L'origine et l'évolution des structures du troisième Reich*, Paris, Fayard, 1995 ; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, 255-258 ; F. Rigaux, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, 95-124 (qui cite notamment, pp. 298-299, la bibliographie de C. Schmitt, un des principaux théoriciens nazis du droit) ; (ouvrage collectif), *In namen des deutschen Volkes- Justiz und Nationalsozialismus*, B. von Nottbeck, Cologne, qui constitue une remarquable synthèse de l'histoire judiciaire de l'Allemagne, pour la République de Weimar et le III^{ème} Reich ; Roche, *Les conceptions du droit dans les régimes totalitaires*, Mémoire du DEA de Théorie Juridique, Aix-en-Provence, 1995. C. Schmitt est un des principaux juristes nazis (on peut aussi citer R. Höhn, O. Koelreutter, G. Neese) bien que, considéré comme opportuniste par les organes de la SS, il ait dû abandonner l'essentiel de ses fonctions en 1936. À son sujet, cf. la préface d'O. Beaud à son ouvrage : *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, ainsi que la préface de D. Séglaud à une

autre de ses oeuvres : *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, 1995 [l'édition originale, en allemand, date de 1934] ; cf. également : J.F. Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt, Le politique entre spéculation et positivité*, Paris, PUF, 1992. On trouvera dans l'ouvrage de F. Rigaux (cité plus haut), pp. 298-299, l'essentiel de sa bibliographie.

Pour l'époque de Vichy, de manière générale, on se reportera à la bibliographie commentée de J.P. Royer, *Histoire de la justice en France*, PUF, Paris, 1996, pp. 756-759 ; [106] *Les Juifs sous l'occupation - Recueil des textes officiels français et allemands 1940-1944*, Paris, CJDC, 1982. En ce qui concerne l'attitude des juristes français sous l'État de Vichy, cf. : D. Lochak, La doctrine sous Vichy où les mésaventures du positivisme, dans : *Les usages sociaux du droit*, PUF-CURAPP, 1989, 252-285, et la réponse de M. Troper, *La doctrine et le positivisme* (*ibid.*, p. 286 *sq.*), débat prolongé dans : P. Amselek, *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1995. Voir aussi : *Juger sous Vichy*, Le genre humain, Paris, Le Seuil, 1994 ; M.O. Baruch, *Servir l'État français*, Fayard, 1997 ; R. Badinter, *Un antisémitisme ordinaire : Vichy et les avocats juifs 1940-44*, Paris, Fayard, 1997 ; D. Gros, Le « Statut des Juifs » et les manuels en usage dans les facultés de droit (1940-44) : de la description à la légitimation, dans : P. Braud (dir.), *La violence politique*, Paris, L'Harmattan, 1993 ; et, indispensable : D. Gros (dir.), *Le droit antisémite de Vichy*, Paris, Le Seuil, 1996 (cf. notamment les contributions de D. Broussolle, *L'élaboration du statut des Juifs de 1940* ; R. Badinter, *Peut-on être avocat lorsqu'on est juif en 1940-1944 ?* ; M. Blocaille-Boutelet, *L'« aryanisation » des biens* ; A.F. Ropert-Précloux, *Qu'enseignait-t-on à la faculté de droit de Paris ?*). Cf. aussi : Y. Urban, *La filiation entre les concepts juridiques du droit colonial et la législation antisémite de Vichy*, Mémoire du DEA de Théorie Juridique, Aix-en-Provence, 1998. Enfin, il faut citer l'indispensable ouvrage de Raul Hilberg : *La destruction des Juifs d'Europe*, Paris, Fayard, 1985. Cette synthèse remarquable comporte des développements de nature juridique et insiste de façon utile sur les précédents historiques de l'antisémitisme nazi. Les pages sur le christianisme sont sans concessions. On remarquera par exemple que l'État pontifical, appliquant le droit canonique antisémite (on trouvera pp. 18-19 des tableaux synoptiques comparant le droit canonique et la législation nazie), géra le ghetto juif de Rome jusqu'à l'occupation de la ville par l'armée italienne en 1870. Pour acquérir des immeubles à l'intérieur du ghetto, les Juifs devaient obte-

nir une autorisation du cardinal-vicaire ; toute acquisition immobilière à l'extérieur était interdite. Le commerce des livres également ; les Juifs ne pouvaient accéder aux études supérieures, ni à la fonction publique, ainsi qu'à diverses professions (avocat, pharmacien, notaire, architecte ; l'exercice de la médecine restreint aux patients juifs était en revanche admis). Les Juifs devaient en outre payer des impôts supplémentaires, dont certains destinés à la *Casa Pia*, chargée de travailler... à leur conversion (cf. p.17sq). Après la récente déclaration de Jean-Paul II sur les torts de l'Eglise catholique à l'égard des Juifs (1998) au cours du second conflit mondial, on mesure la longueur du chemin parcouru. Toutefois, les catholiques ne sont pas les seuls chrétiens à s'être montré antisémites. A une époque antérieure, Luther, le fondateur du protestantisme, s'était exprimé en ces termes dans son ouvrage *Des Juifs et de leurs mensonges* : « Maintenant vois tu bien quel beau, gros et gras mensonge c'est quand ils se plaignent d'être nos prisonniers (...) il y a près de 300 ans que nous, Chrétiens, sommes martyrisés et persécutés par les Juifs dans le monde entier (...) nous ne savons pas encore à ce jour quel diable les a amenés en notre pays ; nous ne sommes pas allés les chercher à Jérusalem (...) ils nous font travailler à la sueur de notre front pour gagner à leur profit argent et biens, tandis qu'ils restent assis derrière le four à paresser, à péter, à rôtir des poires, à manger et à boire, à vivre tout tranquillement du fruit de notre travail. Nous et nos biens, ils nous ont fait prisonniers par leur usure maudite... », (cit. par R.Hilberg, *op.cit.*, 22-23). Une dernière remarque. Nous avons fait plus haut (cf. supra, p. 82) allusion à un « affranchissement » des Juifs, rare, mais possible. De manière plus littéraire que juridique, nous entendons par là certains cas exceptionnels dans lesquelles un Juif pouvait être exonéré des effets négatifs de son identité. Instituée en Allemagne en 1935, la procédure de *Befreiung* (libération) permet à un Juif de ne plus être considéré comme un métis, ou même d'être assimilée à un Allemand. Tout cela sous l'autorité du Führer. Les cas sont assez nombreux (il s'agira surtout de hauts fonctionnaires) pour qu'à partir de 1940 Hitler referme presque totalement cette porte de sortie (cf. R. Hilberg, *op.cit.*, 72-73). Vichy sera d'emblée beaucoup plus restrictif. Les statuts des Juifs prévoient cependant que les Juifs qui ont rendu des services exceptionnels à l'État français seront relevés des interdictions les frappant.

[107]

Introduction historique au droit

Première partie :
À la recherche du droit et de l'État

Chapitre III

La diversité des systèmes étatiques

La France ne doit point être un assemblage de petites Nations qui se gouverneraient séparément en démocraties ; elle n'est point une collection d'États ; elle est un tout unique, composé de parties intégrantes (...) elle ne doit point devenir un État fédéral, composé d'une multitude de Républiques, unies par un lien politique quelconque...

Siéyès, *Discours prononcé à l'occasion du débat à la Constituante sur la question du veto royal*, 7 septembre 1789.

[Retour au sommaire](#)

42. POSITION DU PROBLÈME. - À l'époque où Siéyès prononce ces mots, la France se cherchait. Il fallait trouver des nouvelles formules définissant la légitimité du régime ainsi que l'organisation des pouvoirs en résultant. Elle allait inventer l'État-Nation, forme neuve en Europe et promise à un bel avenir, même si aujourd'hui l'incertitude règne à son sujet. Certains se réjouissent de ce qu'ils croient son affaiblissement ; d'autres s'en inquiètent ; quelques-uns enfin pensent que la nation n'est pas si mal en point. Ce débat porte sur l'adaptation -ou le dépassement- de la tradition républicaine et sera évoqué dans la dernière partie de

cet ouvrage. La réflexion de Siéyès est cependant à sa place, car elle nous montre par le choix qu'elle trace que l'État est polymorphe. Jusqu'ici nous nous sommes contenté de le désigner globalement. Au moins dans ce chapitre, il faudra y renoncer. En effet, les données historiques et anthropologiques répètent à son sujet nos constatations concernant le droit. Comme lui, l'État ne se laisse pas facilement définir ; comme lui, c'est un flacon qu'on peut emplir de diverses liqueurs. En quelques pages, il est malheureusement impossible de les faire toutes goûter. Comme d'habitude, nous devons donc nous limiter à quelques exemples apéritifs, choisis d'une manière dont l'arbitraire ne nous échappe pas. Source supplémentaire de complication, les théories expliquant la naissance des États sont elle-même diverses et changent avec le temps. Avant de nous tourner vers les États réels - entendons [108] par là ceux dont les formes sont avérées- il nous faut commencer par décrire la manière dont les auteurs ont imaginé leur engendrement.

Section I

Les naissances de l'État

[Retour au sommaire](#)

Philosophes, politologues et juristes furent nombreux à s'essayer à décrire la naissance de l'État. Tentative difficile, non seulement comme toujours en raison des lacunes documentaires, mais peut-être plus encore parce qu'il est malaisé de s'entendre sur une définition précise de l'État. Le pouvoir politique -et donc des modèles divers de son organisation- existent dans toute société. Ce qui n'est manifestement pas le cas de l'État. On est sûr de ne pas le trouver chez les Inuit ou les Pygmées, alors que sa présence dans l'Europe du XXe siècle est certaine. Mais entre ces extrêmes existe toute une série de gradations dans les niveaux de concentration et de spécialisation du pouvoir où sa localisation est ambiguë, sans compter les variations sur les causes explicatives de son éventuelle apparition. Comme nous ne pouvons renoncer à l'entreprise de le situer, il nous faudra donc faire des choix, ou au moins tracer le cadre de ces options. Nous énumérerons donc d'abord quelques hypothèses sur les naissances de l'État. Puis nous les

confronterons avec les données résultant d'une enquête comparative sur les formes initiales de l'État.

A) Les théories des naissances de l'État

Notre ignorance des temps préhistoriques, où se situe pourtant la plus grande partie de l'aventure humaine, nous interdit toute comparaison sérieuse d'ordre statistique entre les sociétés avec et sans État. Nous pouvons seulement dire que les processus qui conduisent à l'État n'ont guère commencé à se manifester qu'avec la transition néolithique (ou dans les quelques sociétés de chasseurs-cueilleurs aptes à faire des stocks), il y a seulement une dizaine de milliers d'années (alors que notre espèce date de plusieurs *millions* d'années...). En effet, ce [109] passage produira progressivement la sédentarisation, l'augmentation de la démographie, la guerre (une invention récente) et l'esclavage, ainsi que la nécessité d'instaurer un pouvoir plus centralisé et spécialisé. Même si nous y sommes habitués, l'État est donc le fruit d'un très long processus, d'ailleurs peut-être réversible, comme nous le verrons. Mais nous paraît-il si naturel ? La réponse n'est pas certaine, à en juger par la curiosité qu'il a suscité chez les auteurs, ainsi que l'ingéniosité déployée pour tenter de l'expliquer.

43. DIEU, LE CONTRAT ET L'ANTHROPOLOGUE. - Dieu est antérieur au droit et à l'État. Nous avons vu que dans le monde méditerranéen, le droit fut d'abord un don des dieux. Le christianisme à peine apparu, l'apôtre Paul nous dit que « tout pouvoir vient de Dieu », leçon aussi enseignée par les deux autres monothéismes. Bien sûr, les docteurs médiévaux ajouteront que le pouvoir transite quand même par le peuple. Mais le droit divin le récupérera vite : le roi n'est responsable que devant Dieu. Pourtant, certains grands juristes n'ont pas attendu l'époque de la Révolution française pour contester ce point de vue millénaire. Car au XVII^e siècle, Grotius et Pufendorf entreprennent un travail de sapes qui profitera beaucoup aux philosophes du siècle suivant. En effet, ils affirment que le pouvoir ne vient pas de Dieu, mais bien des hommes, qui forment entre eux des conventions : le pouvoir, l'État sont de ce monde. La vie en société suppose un contrat fondateur par lequel les hommes s'unissent tout en aliénant une partie leur

liberté en faveur d'un souverain ou d'une assemblée. C'est le fameux contrat social, bientôt repris par Hobbes, Locke et Rousseau. Mais ce contrat marque une rupture avec un stade précédent : l'état de nature, plus ou moins anarchique, ou en tout cas imparfait, d'une qualité inférieure à l'état civil. Est-t-il fondé sur des observations de la part de ceux qui le postulent ? Si Rousseau s'intéressait beaucoup aux données disponibles sur les « Sauvages » (comme on disait à l'époque), il n'entretenait pas plus que les autres philosophes du contrat beaucoup d'illusions sur le caractère historique de ses descriptions de l'état de nature : il fallait seulement admettre son existence pour justifier tout le reste, c'est-à-dire une nouvelle légitimité du pouvoir et de l'État. Mais H. Sumner-Maine, auteur anglais du XIX^{ème} siècle qui fonda l'anthropologie juridique, l'entendit autrement. Prenant au pied de la lettre les descriptions des philosophes du contrat, il s'employa à montrer qu'elles ne tenaient [110] pas face aux données historiques et anthropologiques. Évidemment avec succès, puisque nulle part on ne peut trouver ce fameux état naturel, pas plus que le contrat social. Maine écrit donc avec ironie : « Les philosophes français (Voltaire, Rousseau), dans leur ardeur à échapper à ce qu'ils estimaient être la superstition des prêtres sont tombés dans la superstition des juristes ». Il propose un autre schéma. Au début est la famille patriarcale, unité de base de la société, remplacée par l'individu dans la société moderne ; par la suite, par un processus d'agrégation, les familles se constituent en tribus, les tribus en État. Mais aucune convention analogue au contrat social dans tout cela. Le contrat est une invention tardive, celle des sociétés modernes qui découvrent aussi l'individu, après le long règne des statuts, ensembles de droits et de devoirs découlant de facteurs biologiques (sexe, âge) ou sociaux. De plus, Maine ajoute que l'évolution du pouvoir politique conduisant à l'État s'est produite par la substitution progressive du lien territorial au lien parental, ce dernier ayant perdu son rôle classificatoire en raison de circonstances historiques liées à des phénomènes migratoires. En effet, la présence de deux groupes sur le même territoire, d'un côté les immigrants, de l'autre les autochtones, modifia la nature du lien social puisque les nouveaux venus ne pouvaient être rattachés à un ancêtre commun : le fait de vivre ensemble sur un même espace, sans effacer les liens de parenté, les réduisit à rôle politiquement moins signifiant. Ainsi Maine fonde-t-il sa critique du droit naturel sur une triple évolution pour lui historiquement avérée : de la parenté au territoire, de la famille patriarcale à l'individu, du statut au contrat. Telles sont

aussi les causes explicatives de l'État. Mais évidemment, ce ne sont pas les mots de la fin...

44. LE DÉBAT INTERNE/EXTERNE. - En effet, les théories de Maine participent de l'air du temps, qui est à l'évolutionnisme. Les sciences sont alors dominées par l'idée de progrès : il y a bien un sens de l'histoire (cf. Marx), qui va dans le sens de l'amélioration de la condition humaine. Toutes les sociétés évoluent... mais pas jusqu'au même point. En fait, dans l'esprit de Maine, beaucoup en restent à un stade stationnaire, ni primitif, ni véritablement civilisé, (comme l'Inde, pour laquelle il montra pourtant tout au long de sa vie un immense intérêt, y voyant l'origine des civilisations européennes). Pratiquement seules ces dernières sont parvenues au stade le plus élevé de [111] développement. N'oublions pas de surcroît qu'à l'époque le colonialisme triomphait, en particulier celui de la monarchie anglaise victorienne. Au début du siècle suivant, l'évolutionnisme allait être abandonné. Notamment en raison de la part désormais prise dans les recherches anthropologiques par la technique de l'enquête de terrain. Sous l'influence de Malinowski et de Thurnwald (un anthropologue du droit allemand), on se rendit compte qu'il ne suffisait pas d'étudier des sociétés encore contemporaines dans les livres : il fallait aussi aller voir sur place. Dès lors, les grandes fresques évolutionnistes du XIX^{ème} commencèrent à se fissurer : l'observation méthodique les trouvait en défaut sur trop de points. D'autres théories anthropologiques naquirent, que nous avons exposées ailleurs ³⁹.

Retenons seulement qu'en ce qui concerne l'État, le débat sur les origines prit une autre tournure : celle de l'opposition entre les facteurs internes et externes.

Le marxisme, on le sait, insistait sur l'identification de l'État à un processus interne de division sociale. Comparant la formation de l'État à Athènes, Rome et chez les Germains, Engels concluait qu'il avait pour fonction principale de faire régner l'ordre dans une société traversée de contradictions. Mais en 1907, F. Oppenheimer change d'optique. Il définit bien tous les États comme résultant de la domination d'une classe sur une autre, mais attribue principalement cette division à une intervention extérieure : la soumission des autochtones à des étrangers conquérants. En 1936, R. Linton nuance un peu le propos : l'État provient

³⁹ Cf. Rouland N., op.cit.(Anthropologie juridique).

soit d'une cause interne, l'association volontaire ; soit d'une cause externe, la conquête, cette seconde hypothèse étant la plus courante. En effet, l'insistance d'Oppenheimer sur les facteurs externes avait été remise en cause quelques années auparavant par l'un des meilleurs spécialistes des Indiens d'Amérique du Nord, Robert H. Lowie (il publie sa *Primitive Society* en 1920, traduite en français en 1935). On a pu le qualifier d'« obsédé de l'État ». Il pense en effet que si l'État est manifeste dans les sociétés modernes, il n'est pas pour autant absent des sociétés élémentaires, celles des ethnologues : il y est simplement « en germe ». Cette extension à rebours de l'État l'amène tout naturellement à insister sur les facteurs internes : il suffisent à créer des divisions sociales telles qu'elles postulent l'État, même s'ils sont au [112] besoin renforcés par la conquête externe. Comment ces divisions sociales sont-elles favorisées ? D'une part par l'existence de rapports sociaux extérieurs à la parenté, notamment des liens territoriaux qui peuvent être présents *dès l'origine*, contrairement à ce que pensait Maine. D'autre part en raison de l'influence de groupes constitués à partir de critères inégalitaires dérivés du sexe, de l'âge ou de l'initiation.

Cependant, les théories de Lowie se heurtaient à de sérieux obstacles. On fit observer que des sociétés soumises aux déterminants qu'il citait connaissaient une très grande variation des formes d'exercice du pouvoir politique, ce qui affaiblissait sa démonstration. D'autre part, sa tendance au tout-État était nettement exagérée. De nombreux travaux prouvaient la spécificité radicale des sociétés acéphales, sans pouvoir central : l'État n'était pas en germe... il n'était pas du tout. D'autres anthropologues revinrent donc aux facteurs externes pour expliquer l'État. Ils distinguèrent entre les États primaires, fruit d'un développement interne, et les États secondaires, largement déterminés par la présence proche d'un puissant État voisin. Les États primaires étant les moins nombreux (vallées du Nil et de la Mésopotamie, Chine, Pérou et Mexique) ; les secondaires les plus abondants, aussi bien en Europe qu'en Asie et en Afrique.

Aujourd'hui encore, l'unanimité ne règne pas sur l'identité des auteurs de l'État. Mais la fléau de la balance semble s'être fixé dans une position médiane, comme en témoigne le débat qui opposa dans les années soixante et dix P. Clastres à W. Lapierre.

45. P. CLASTRES : L'ÉTAT, OU L'AMOUR DE LA SERVITUDE. -

Pour P. Clastres, la découverte de l'État n'a rien de salubre, au rebours de ce qu'enseignent la plupart du temps les historiens du droit. Bien au contraire, elle illustre une des pires régressions dont ait été capable l'humanité. Provocation ? Remarquons que, vieille d'une trentaine d'années, la thèse n'est pas sans échos dans notre actualité. Avec inquiétude ou satisfaction -c'est selon les goûts- politologues et juristes nous avertissent que l'État est affaibli par les diverses institutions supra-nationales ou le développement des structures régionales. Les économistes néo-libéraux entendent le cantonner à des fonctions minimales (c'est la dérégulation). Mais l'ambiance intellectuelle dans laquelle P. Clastres écrivait, la nature de sa démonstration sont d'un genre radicalement différent. L'auteur appartient aux intellectuels [113] français qui s'illustrèrent dans les mouvements de pensée de la période de mai 68. Celle-ci fut notamment marquée par la vigoureuse contestation des structures les plus établies, la dénonciation des valeurs dites occidentales, et un regard plus que favorable porté sur les sociétés lointaines, envisagées à la façon du XVIII^e siècle comme des instruments de critique des sociétés modernes. D'où de nombreuses entreprises de contestation de l'État, considéré partout et toujours comme oppresseur, ainsi que de l'économie de marché et de la course productiviste, qui ne jouissaient pas de la faveur actuelle. P. Clastres avait par ailleurs des sympathies pour les milieux anarchistes. C'était un anthropologue, spécialiste des populations d'Amazonie (Indiens Guayaqui), disparu prématurément.

Exposées dans son principal ouvrage, *La société contre l'État* (1974), ses thèses firent grand bruit. Elles s'inscrivent dans un basculement de la pensée que connaissaient aussi les anthropologies économique et juridique. En 1972, M. Sahlins venait de publier un ouvrage décapant sur l'économie des sociétés « primitives » : *Âge de pierre, âge d'abondance*. Dans la préface qu'il en rédigea, P. Clastres le résumait ainsi : « Si l'homme primitif ne rentabilise pas son activité, c'est non pas parce qu'il ne sait pas le faire, mais parce qu'il n'en a pas envie ». M. Sahlins montre en effet que contrairement aux lieux communs, ces sociétés ne vivent pas sous le harcèlement constant de la précarité économique : on y travaille peu (alors que le développement d'activités productrices serait possible), car cette option correspond à un choix délibéré, qui permet une vie sociale et individuelle plus harmonieuse, où le jeu, la discussion... et le repos occupent

une place plus importante que dans les nôtres. Parallèlement, les anthropologues du droit français (notamment M. Alliot, R. Verdier, E. Le Roy), regroupés pour la plupart dans le Laboratoire d'anthropologie juridique de la Sorbonne, montraient que les sociétés de droit oral et coutumier, en général peu prisées par les juristes, connaissaient des types de relations juridiques qui pouvaient être aussi complexes que les nôtres, et méritaient leurs visas pour la cité du droit, jusqu'ici surtout parcourue par les auteurs occidentaux (on parlait encore peu de l'islam). Dans cette polyphonie, quelle était la ligne mélodique de Clastres ?

Pour lui, les sociétés « sans État » non seulement ont une philosophie politique, mais elle est meilleure que la nôtre. En effet, l'absence de l'État n'est pas un hasard, encore moins la preuve d'une quelconque [114] primitivité. Elles ont développé une conception et des structures du pouvoir afin d'éviter sa naissance, début d'une longue marche vers le pire. En effet, l'apparition de l'État est le symptôme de la déchirure de la société entre dominants et dominés, une confiscation d'un pouvoir jusqu'alors possédé en son entier par un corps social essentiellement homogène et égalitaire. Dans ces sociétés existent bien pourtant des leaders. Mais leur autorité est précaire : on ne leur laisse le pouvoir que dans la mesure où ils l'exercent dans l'intérêt de la collectivité, et non pour instaurer leur pouvoir personnel, ou celui d'une aristocratie. Le chef donne à la société plus qu'il ne lui prend. Mais alors, pourquoi devenir leader ? Clastres répond : pour certains privilèges (notamment l'accès aux femmes du groupe), mais surtout pour le prestige, salaire d'un pouvoir sans transcendance. Parallèlement, cette philosophie politique explique un phénomène sur lequel les anthropologues avaient tendance à observer un prudent silence : la fréquence de la guerre. Là encore, elle ne tient pas à une quelconque barbarie. Par la cohésion qu'elle suppose dans l'organisation des activités militaires, elle renforce la structure indivise de la société, et donc contribue à conjurer l'État. Cependant, l'expérience historique montre qu'en dépit de ces divers contraceptifs, l'État peut émerger. Clastres récuse l'influence des modifications économiques et technologiques, mais envisage celle de la croissance démographique. Mais surtout, le surgissement de l'État renvoie pour lui à la nature humaine, portant inscrite un désir inclinant les uns à commander, les autres à obéir : un amour de la servitude volontaire, déjà souligné par Hobbes et La Boétie.

Certains traits de la pensée de Clastres peuvent faire penser aux philosophes du contrat, mais on s'aperçoit vite de l'inexactitude de ces rapprochements. Le

contrat n'est pas postérieur à l'état de nature : il lui appartient, dans la mesure où le pacte conclu entre les leaders et la société vise à préserver cet état initial, non à le dépasser. Et quand malgré tout l'État arrive, il aliène tragiquement la société, alors que dans le contrat social de Rousseau, il y a formation d'un être collectif qui ne délègue pas sa souveraineté. D'autre part, l'insistance de Clastres sur la guerre peut faire penser au *Léviathan*, où Hobbes décrit l'état de guerre qui précède le contrat social : mais alors que l'invention de l'État a au moins l'avantage de le supprimer, chez Clastres, mieux vaut encore la guerre que l'État.

[115]

Près de trente ans ont passé. Que penser aujourd'hui des thèses de Clastres ? L'État n'est certes pas incontesté. Cependant, chez les juristes et même le grand public, le succès du thème de l'État de droit semblerait montrer que la critique de Clastres péchait par sa radicalité : il peut exister des États plus démocratiques que d'autres, et il ne paraît guère envisageable de livrer clefs en main à nos sociétés complexes les solutions des Indiens d'Amazonie. D'ailleurs, la thématique de l'État de droit reflète des préoccupations qui ne sont pas nécessairement étrangères à la pensée de Clastres. D'une part, si la condition essentielle de l'État de droit réside aujourd'hui dans un contrôle parlementaire ou juridictionnel de l'activité législative de l'État, cela prouve bien qu'il est susceptible d'emballements, d'où la nécessité d'y poser des limites. Après tout, historiquement, la conviction de cette nécessité fut largement due au constat qu'avant guerre, en Europe, des États purent inspirer des législations proprement inhumaines, en dépit de leur légalité démocratique : il ne suffit donc pas de contrôler l'origine de la dévolution du pouvoir, mais aussi son exercice. Par ailleurs, on admet sans peine aujourd'hui que sans aller jusqu'aux condamnations radicales de Clastres, l'État peut en effet revêtir des formes qui sont manifestement contraires aux intérêts des sociétés qu'ils prétendent représenter : on sait bien qu'un peu partout dans le monde, ce sont les intérêts des États qui font souvent obstacle aux droits de l'homme, à ceux des minorités et des peuples autochtones.

En tout cas, peu de temps après la parution des principaux ouvrages de Clastres, on a assisté à une contestation radicale de ses thèses, au nom du réalisme : ce fut principalement l'oeuvre d'un philosophe devenu politologue, J.W. Lapierre.

46. J.W. LAPIERRE : L'ÉTAT NÉCESSAIRE. - Auteur d'une grande thèse de doctorat sur *Le pouvoir politique* (1969), J.W. Lapierre écrit en 1977 *Vivre sans État ?*, vive critique contre les théories de Clastres. Pour lui, le pouvoir politique, qu'il prenne ou non des formes étatiques, implique toujours et partout l'exercice d'une force de coercition assurée par les dirigeants à l'encontre des gouvernés, y compris chez les Indiens d'Amazonie. Il ne faut point en effet céder à l'illusion du Bon Sauvage, comme le font souvent les ethnologues, et en particulier Clastres : « Sous ses formes les plus immédiates et diffuses, tout pouvoir politique combine l'autorité légitime, à laquelle on consent à [116] obéir, et la puissance qui, par la menace ou l'usage légitime de la violence, contraint à se soumettre » ⁴⁰. Mais surtout, Lapierre procède à une enquête minutieuse sur les formes du pouvoir politique et les causes de l'apparition de l'État, à partir d'une comparaison exercée entre des sociétés très diverses (des Inuit et Jivaro à la France féodale, en passant par Athènes et la République romaine, sans oublier la Chine et l'Inde). Il dénonce à juste titre le caractère rudimentaire de la distinction entre sociétés avec ou sans État, comme s'il existait entre elles une frontière nettement tracée. Il propose une analyse beaucoup plus sophistiquée, qui conduit à distinguer neuf degrés de différenciation du pouvoir politique et de complexification dans l'organisation du système politique, depuis les sociétés à régulation immédiate et pouvoir politique indifférencié jusqu'à celles où le pouvoir politique est institutionnalisé et exercé à travers une administration spécialisée et hiérarchisée (les nôtres). Mais où y situer l'État ? ⁴¹ D'après l'auteur, on peut repérer des seuils essentiels dans cette hiérarchie. Une distinction nette entre gouvernants et gouvernés apparaît au cinquième degré, celui des sociétés à pouvoir politique concentré et spécialisé dans un conseil ou un chef (Nambikwara du Brésil, notamment observés par C. Lévi-Strauss ; Koryak de Sibérie, Aymara du Pérou... et même les Indiens Guayaki de Clastres). Toutefois, il ne s'agit pas encore de l'État. On commence à le discerner à partir du sixième degré, qui concerne les sociétés à pouvoir politique organisé en plusieurs conseils ou chefs hiérarchisés (Indiens Araucan du Chili, populations des îles Samoa, Kikuyu du Kenya, Iroquois, etc.), ainsi que du septième, où le pouvoir politique est individualisé et très différencié (chefferies Zan-

⁴⁰ Lapierre W., *Vivre sans État ?*, Paris, Le Seuil, 1977, p. 77.

⁴¹ Pour le théoricien du droit M. Troper, l'État existe quand apparaît une sphère du politique nettement différenciée ; placée sous l'autorité non d'une personne physique, mais d'une entité abstraite ; qui dispose du monopole du pouvoir de définition de la juridicité.

dé d'Afrique centrale, diverses sociétés malgaches, Indiens Cheyenne d'Amérique du Nord, principautés cananéennes du XVIII^e au XIV^e siècles avant notre ère au Proche-Orient, Chine des « royaumes combattants » au IV^e siècle, etc.). Le doute n'est en tout cas plus permis en ce qui concerne les deux derniers degrés. J.W. Lapierre écrit : « [ces degrés] sont caractérisés par le développement d'un « appareil » spécialisé de gouvernement. Si l'on définit l'État par l'existence d'un tel « appareil », on peut dire que le pouvoir politique prend ici la forme de l'État. La différence entre les [117] deux degrés est que, dans les sociétés du huitième degré, le pouvoir s'exerce à travers un réseau de clientèle, tandis que dans les sociétés du neuvième degré, le pouvoir s'exerce à travers un réseau de subordination administrative. Dans le premier cas, les agents du pouvoir sont des clients des gouvernants. Dans le second cas, ce sont des fonctionnaires. Bien entendu, cette dualité est abstraite et simplificatrice. Concrètement, il arrive que les deux sortes de relations s'entremêlent » ⁴². Comme dans les catégories précédentes, on trouve des illustrations de ces degrés aussi bien dans l'histoire européenne que non occidentale. En France, l'État à clientèle caractérise le pouvoir politique médiéval à partir du XII^e siècle. (On le trouve aussi sous des formes bien antérieures, à l'époque franque : rois lombards du Nord de l'Italie avec leurs *gasindi*, rois wisigoths d'Espagne et leurs *gardingi*, rois francs avec leur *truste* et leurs *leudes*). Sous la monarchie dite absolue, il s'agit davantage d'un État administratif. Dans le Rwanda des XVIII^e et XIX^e siècles, le système politique utilise les rapports de clientèle entre Hutu et Tutsi pour s'organiser en État centralisé et briser les communautés lignagères. Autres exemples d'État administratifs : cités sumériennes de Mésopotamie quand elles cessent d'être théocratiques, Égypte des pharaons du Nouvel-Empire, Chine des Qin et des Han au III^e siècle avant notre ère, royaume Merina du XIX^e siècle de notre ère à Madagascar, Empire des Inca du Cuzco en Amérique du Sud, etc.

La richesse de cette typologie est évidente. Mais un autre point des analyses de Lapierre suscite un intérêt au moins égal. Continuant sa contre-attaque des thèses de Clastres, il envisage les raisons pour lesquels l'État, ainsi défini, n'est pas universel. Il compose ainsi un certain nombre de tableaux afin de tester différentes variables, souvent envisagées par les penseurs politiques, en les corrélant avec différentes formes d'organisation politique, avec ou sans État. Ici, deux ob-

⁴² *Ibid.*, 135.

servations s'imposent d'un point de vue méthodologique. D'une part il serait illusoire de chercher un seul facteur à l'origine de l'État : il en existe d'évidences plusieurs, qui interagissent en des combinaisons variables suivant les temps et les lieux. D'une part, cette complexité n'est pas opacité : il existe bien des facteurs plus déterminants que d'autres, ce que l'on observe en tenant compte du niveau de l'indice de corrélation. Il est clair que l'organisation économique, par exemple, a [118] toujours une certaine influence sur celle du pouvoir politique. Mais elle n'est pas déterminante au même niveau selon qu'on constate son influence dans vingt ou quatre-vingts pour cent des cas... Après avoir testé différentes variables (économique ; démographique ; densité sociale, c'est-à-dire l'intensité des communications entre les différents groupes qui constitue la société globale), l'auteur conclut que la plus agissante consiste dans l'intégration des différences socio-culturelles : «... plus une société est « close », autarcique, ethnocentrique, homogène au point de vue ethnique et culturel, plus elle a de chances de se passer d'une organisation politique différenciée et spécialisée ; plus une société est ouverte aux échanges d'énergie et d'information avec d'autres sociétés qui lui sont ethniquement et culturellement étrangères, plus elle a elle-même intégré, au cours de sa formation, de diversité ethnique et culturelle, plus son organisation politique a de chances d'être compliquée, différenciée » ⁴³. Il en déduit que l'État, loin d'être une régression comme le pensait Clastres, constitue au contraire une réponse adéquate fournie par les sociétés en proie à des processus de complexification (qui peuvent être d'origine interne ou externe) qui, autrement se seraient disloquées sous l'effet des forces centrifuges (ainsi de celles, nombreuses, qui n'ont pu résister à la conquête ou à la colonisation en unissant leurs différents segments : César a eu raison de Vercingétorix, éphémère fédérateur des tribus gauloises).

On voit sans peine l'intérêt très actuel de ce constat. En effet, si l'État, au moins occidental, enregistre bien aujourd'hui des pertes de souveraineté ⁴⁴ et des réductions de compétences en même temps que nos sociétés deviennent incontestablement multiculturelles et pluriethniques (la France, *volens nolens*, n'échappe

⁴³ *Ibid.*, 167-168.

⁴⁴ Encore qu'il faille nuancer ce point de vue, devenu trop aisément un lieu commun. Car c'est l'État lui-même qui consent à ces abandons de souveraineté. La France est ainsi soumise aux normes européennes dans la mesure où elle a accepté les mécanismes de l'intégration juridique découlant d'un projet politique qu'elle partage avec les autres États. Mais elle était libre d'y participer ou non.

pas à ces processus), il nous incombe alors de trouver dans d'autres structures le contrepoint unitaire (qui n'est pas nécessairement synonyme d'uniformité) des tendances centrifuges pouvant conduire à la dispersion. Sur le plan sociologique en tout cas, la voie paraît nette. Si l'uniformité n'est plus souhaitée ni sans doute même possible, si le repli identitaire et communautariste conduit à l'éclatement et à l'affrontement, reste la solution [119] multiculturaliste, consistant dans la mise en osmose (et non dans la fermeture) des différents courants culturels. C'est notamment la thèse soutenue par certains théoriciens du droit, ainsi que la majorité des juristes-anthropologues, à travers les théories du pluralisme juridique.

47. LE PLURALISME JURIDIQUE : LA RELATIVISATION DE L'ÉTAT. - Historiquement, l'émergence du pluralisme juridique est liée à l'analyse de situation de type colonial. À l'époque contemporaine, son fondateur en est le juriste hollandais Van Vollenhoven qui, en 1901, analyse le droit des populations autochtones d'Indonésie colonisées par son pays. À partir des années trente, on commença à appliquer ces analyses aux États indépendants et aux sociétés occidentales. Parallèlement, certains auteurs français du début du siècle prennent des positions se rapprochant du pluralisme. Duguit part d'un point de vue jusnaturaliste : il y a droit dès qu'un groupe social donné prend conscience d'un principe auquel il tend à se conformer, inspiré par la raison. Donc, le droit peut exister sans ou au-dessus de l'État. Hauriou, pour sa part, n'a pas toujours clairement exposé sa théorie de l'*institution*, qui reste difficile à saisir. Pour lui, certaines entités -des institutions (entreprises, syndicats, familles, etc.)- vont créer des pouvoirs et des normes juridiques qui sont ensuite pérennisés et hiérarchisés par l'ordre juridique étatique. Image du jet d'eau : s'il n'est pas canalisé, le flux normatif retombe et se disperse. L'origine d'une partie du droit procéderait d'un mouvement de la base vers le « haut ». Il ne s'agit donc là que d'un pluralisme partiel : il ne peut durer qu'au prix de sa naturalisation par l'État. Même ainsi limité, ce pluralisme n'a guère séduit les juristes français. Les théories institutionnalistes se sont surtout acclimatées dans l'Ecole de Toulouse (animée par A.J. Mazères). Plus radicale apparaît la contestation d'un juriste transalpin, Santi-Romano. Il écrit lui aussi au début du siècle... et ne sera traduit en français qu'en 1975. À l'opposé de Kelsen, il nie que le droit réside principalement dans les normes. Compte davantage l'utilisation qu'en font les acteurs, individuels ou collectifs. Collectifs : Santi-Romano se réfère-

re explicitement aux théories d'Hauriou, et l'institution de ce dernier va donner corps à la notion d'*ordre* du juriste italien. Certaines entités objectives, stables et permanentes (écoles, académies, communes, provinces, organes administratifs, etc.) engendrent du droit, et surtout le mettent en oeuvre. De nos jours, J. Chevallier a repris l'idée d'ordre juridique dans [120] une perspective inspirée de façon plus ou moins lointaine par celle de Santi-Romano.

Aujourd'hui, le pluralisme juridique concerne aussi bien les sociétés modernes que les traditionnelles, autant les sociétés qui l'admettent officiellement que celles qui, non moins officiellement (comme la France), le nient.

A notre sens, on peut le définir comme un courant doctrinal insistant sur le fait qu'à la pluralité des groupes sociaux correspondent des systèmes juridiques multiples agencés suivants des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation. Pluralité des groupes sociaux : l'individu ne s'y dissout pas pour autant. En effet, chacun de nous possède plusieurs appartenances, y compris dans nos sociétés : professionnelle, religieuse, familiale, sexuelle, d'âge ; affiliation à des associations, syndicats ou partis ; situation de piéton ou d'automobiliste, etc. Consciemment ou non, nous jouons en permanence sur la diversité de ces affiliations pour la satisfaction de nos intérêts, à long ou court terme. Prenons un exemple trivial, mais révélateur : dans la même journée, nous pouvons nous placer sous l'empire du droit canonique en nous mariant à l'église, et celui du droit pénal de l'État en allant déposer plainte au commissariat parce qu'on nous a volé notre voiture pendant la cérémonie religieuse. Car il existe aujourd'hui un droit chrétien du mariage, différent du droit civil sur le point essentiel de l'indissolubilité du lien conjugal (l'Eglise catholique n'admet pas le divorce, mais seulement la séparation ou l'annulation du mariage), qui co-existe cependant sans difficulté majeure avec lui. Le droit disciplinaire engendré par certaines institutions correspond à un premier stade dans la gradations des sanctions, poursuivie par le droit étatique : un médecin pourra encourir le blâme de son ordre pour certaines pratiques, par ailleurs éventuellement passibles d'une sanction pénale. Notons que cette gradation n'est pas nécessairement synonyme de progression quantitative dans l'importance de la sanction : il est certainement plus grave pour un joueur de football jugé trop agressif de se voir retirer sa licence par son association professionnelle que d'être condamné à quelque temps d'incarcération avec sursis. Sans oublier le cas de l'étudiant pris en flagrant délit de fraude, traduit devant le Conseil de discipline de

son Université, et éventuellement condamné à ne pas repasser l'examen avant plusieurs années. Encore n'y a-t-il là rien de contraire au droit étatique, d'autant plus qu'il encadre la justice disciplinaire. Ainsi le [121] Conseil d'université est une juridiction spécialisée, mais les délits dont il connaît sont soumis au principe de légalité. Le juge administratif peut contrôler le niveau de la sanction, les décisions du Conseil sont susceptibles de cassation par le Conseil d'État. En matière sportive, une ligue de football constitue un organisme privé chargé d'une mission de service public, investi de prérogatives de puissance publique. Les sanctions qu'elle peut prononcer sont également prévues par la loi. Elles peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif, en l'occurrence le Conseil d'État statuant en premier et dernier ressort. De plus, dans les deux cas, ces sanctions disciplinaires peuvent être doublées par une action engagée devant une juridiction de droit commun. Ainsi une université peut-elle saisir le juge pénal en cas d'infraction commise aux examens par un étudiant, tout en le faisant passer devant son Conseil de discipline.

Mais la question peut se poser de façon plus épineuse. L'autonomie juridique de certains groupes peut-elle aller jusqu'à contredire les lois de l'État ? Ainsi de la répudiation et de la polygamie dans l'Islam, ou encore de l'excision, et même des « lois » (l'expression est symptomatique...) du milieu. L'État peut les tolérer : à Mayotte, la polygamie s'exerce dans la légalité républicaine. Ou encore, condamner à des peines très largement de principe (c'est-à-dire assorties de sursis) : c'est en général le cas de l'excision. Ou enfin les combattre : ainsi des associations de malfaiteurs.

Bien entendu, reste un point majeur qui renvoie au débat initial sur l'existence du droit : peut-on qualifier de droit ce qui s'écarte du droit étatique, ou même le contraire ? C'est le point d'achoppement entre positivistes et pluralistes, les premiers répondant par la négative, les autres par l'affirmative, et de ce débat théologique, nous ne sommes pas près de sortir... En tout cas, à travers la multiplicité des théories du pluralisme juridique -car elles sont elle-même plurielles⁴⁵- on constate clairement que toutes tendent à relativiser la tendance de l'État à se présenter comme la source principale ou exclusive du droit. En fonction de cette orientation, on comprend non moins aisément que cette approche se soit jusqu'ici

⁴⁵ Nous en avons dressé un tableau dans notre *Anthropologie juridique*, *op.cit.*, pp. 74-98.

surtout développée dans les pays anglo-saxons, où l'autorité juridique n'est pas identifiée à la fonction normative de l'État, mais plutôt à celle du juge. En revanche, elles [122] s'implantent difficilement en France, où l'équation entre le peuple, l'État, le droit et la loi est vigoureusement soulignée par notre culture juridique. Qui est en train de changer, comme nous le préciserons dans la dernière partie de cet ouvrage. L'avenir dira si le pluralisme n'était qu'une impasse, ou au contraire une conciliation possible entre l'État et la complexification de la société. Mais revenons à l'origine de l'État, envisagée cette fois moins sous l'angle de la théorie que de l'observation.

B) L'observation des naissances de l'État

48. L'ÉTAT INITIAL. - Qu'est-ce que l'État initial (les Anglo-saxons parlent d'*early state*, l'État premier, ou précoce) ? Pas nécessairement les premières formes prises par l'État. Nous ne les connaissons peut-être jamais en raison de l'absence de témoignages. Mais plutôt celles sous lesquelles nous voyons apparaître une forme d'organisation du pouvoir politique plus ou moins marquée par les structures de parenté, plus ou moins concentrée, à laquelle correspond une société non pas homogène, mais moins hétérogène que celle des États modernes. On remarquera que ce type d'État n'apparaît pas seulement en Occident : on en trouve de nombreuses manifestations en Asie, Afrique, Amérique et Océanie. En 1978, à l'issue d'une longue enquête comparative de type historique, Henri J.M. Claessen et Peter Skalnik en donnaient cette définition : « L'État initial est une organisation socio-politique centralisée qui assure la régulation des relations sociales dans une société complexe, hiérarchisée, divisée en au moins deux groupes fondamentaux, ou en classes sociales émergentes -les dominants et les dominés- dont les relations sont caractérisées par la domination politique des premiers et les obligations tributaires des secondes, légitimées par une idéologie commune dont la réciprocité constitue le principe fondamental »⁴⁶. À travers la diversité des temps et des espaces, certaines caractéristiques communes se retrouvent dans les différentes expériences de l'État correspondant à cette définition. Citons les plus importantes.

⁴⁶ Claessen Henri J.M.-Skalnik Peter(eds.), *The early State*, The Hague- Paris - New-York, Mouton, 1978, p. 640.

[123]

L'État initial possède un territoire déterminé, divisé en différentes circonscriptions aux frontières relativement imprécises ; ceux qui y résident sont considérés comme des ressortissants de cet État. L'urbanisation n'est pas nécessaire à son apparition, mais elle intervient de façon croissante dans son développement. Le rôle du commerce (et des marchés), y compris celui pratiqué à longue distance, est quasi-universel (99 pour cent des cas), d'autant plus qu'il constitue une source de revenus pour les dirigeants. L'État initial connaît une division du travail telle qu'on trouve des individus qui sont employés à plein temps dans une activité déterminée. L'agriculture constitue le type de production des ressources le plus répandu, orienté vers la constitution de surplus. Les formes de division sociale sont d'une grande variété (aristocratie liée au souverain, prêtres et autorités religieuses, commerçants, cultivateurs libres, domestiques, esclaves, etc.) Au minimum, elles impliquent une stratification en deux groupes fondamentaux. L'accès aux moyens de production, surtout la terre, est inégalitaire. À l'exception des commerçants, toute personne, quelque soit le groupe social auquel elle appartient, doit rendre des services à l'État, notamment accomplir un service militaire et payer des impôts : ceux-ci constituent les principales sources de revenus pour le souverain et l'aristocratie, dont fait toujours partie la parenté du souverain. Il n'y a pas de relations de parenté entre d'une part le souverain et sa famille, et d'autre part les gens du commun. Le pouvoir du souverain trouve en général son fondement dans des explications de type mythologique et généalogique. Les généalogies fixent non seulement les liens du souverain avec les puissances surnaturelles, mais fondent aussi les relations qu'il entretient avec l'aristocratie et le peuple. L'aristocratie elle-même fonde ses privilèges sur ses relations généalogiques avec le souverain. Ce dernier apparaît comme la source principale -voire exclusive- du droit. Le degré de développement de l'organisation judiciaire est plus variable (il est relativement haut chez les Aztèques, les Inca, en Chine et en France). En revanche, aucune corrélation significative n'a pu être trouvée en ce qui concerne le niveau démographique, pas plus que le développement des infrastructures de communication (routes, ponts, cours d'eau navigables, etc.).

Par ailleurs, on peut observer une gradation dans ces différents traits caractéristiques, qui permet de distinguer trois formes d'État initial. En fait des formes d'évolution de cet État, qui conduisent à des modèles plus modernes. D'abord,

l'État initial élémentaire (Hawaï, Norvège, [124] Tahiti, Zandé, etc.) dans lequel le politique revêt des formes essentiellement parentales, la spécialisation des tâches est peu poussée ; des contacts directs entre gouvernants et gouvernés sont possibles. Ensuite, l'État initial-type (Égypte, Inca, Yoruba, etc.), où l'organisation parentale est contrebalancée par les liens territoriaux. Enfin, l'État initial en transition, où la parenté ne joue plus qu'un rôle marginal dans le domaine politique, dominé par un appareil administratif ; il correspond à une société où on peut trouver des premières formes d'affrontements entre classes sociales, l'apparition de la propriété privée des moyens de production et d'une économie de marché (Azèques, Chine, France médiévale, etc.).

Naturellement, cette énumération n'est qu'indicative et laisse dans l'ombre certains problèmes. Par exemple, elle pourrait faire croire qu'une fois l'État apparu, son existence est définitive. Pourtant, ces processus ne sont pas toujours irréversibles. En Afrique, à la suite du déclin de leur Empire, les Manding du Mali retournèrent à leurs anciennes structures politiques traditionnelles, les *kafu*. En Amazonie, il est arrivé qu'au XIX^{ème} siècle les explorateurs en présence de populations clairsemées, vivant de façon « primitive », crurent découvrir un témoignage miraculeusement conservé des premiers âges de l'humanité : des archives animées. Profonde méprise : elles n'étaient que les résidus disloqués de sociétés plus complexes, détruites antérieurement par la conquête européenne.

Il reste que, pour l'essentiel, ces constatations valident un certain nombre des données théoriques envisagées plus haut. Même initial, l'État suppose un certain degré de division inégalitaire de la société, l'attribution des pouvoirs politique et législatif à un souverain ou une aristocratie, une inscription territoriale des populations qu'il régit ainsi qu'une certaine sédentarisation liée à l'agriculture. Son développement tend à une diminution du rôle joué par les relations de parenté dans son exercice au bénéfice de liens administratifs, et s'accompagne d'une importance croissante de la vie urbaine.

Cette description recoupe aussi les critères traditionnellement employés par les juristes pour définir l'État : un gouvernement (l'existence d'organes spécialisés, investis du pouvoir de commandement qui peut aller jusqu'à l'emploi de la force), un territoire (la zone géographique de ce contrôle), une population (un groupe humain formé d'éléments autochtones -et éventuellement immigrés, intégrés selon [125] diverses modalités- censés adhérer à un certain nombre de valeurs commu-

nes). Évidemment, ces mêmes juristes hésiteront pour la plupart à voir d'authentiques États dans les formes de l'État initial. Car ils ont l'habitude d'appliquer ces critères à d'autres formations. Celle des États modernes, où la parenté traditionnelle ne joue plus dans l'exercice du pouvoir politique, où le territoire correspond à des frontières nettement tracées (encore que la mondialisation, le développement d'institutions supra-nationales dans différents domaines brouillent ces limites). De plus, au moins dans la tradition républicaine française, les représentations de la population concernée par l'État se distinguent des conceptions pluralistes de la plupart des sociétés traditionnelles et anciennes : le corps social est l'addition d'individus censés libres et égaux (en tout cas en droit...), non un assemblage de groupes différents et complémentaires (naturellement, ces deux visions sont des constructions idéologiques : comme les autres, la société française est constituée de groupes puissants ; dans les sociétés traditionnelles, la complémentarité peut masquer le conflit). Ces hésitations des juristes sont-elles condamnables ? Oui, dans la mesure où elles procèdent d'un ethnocentrisme habituel dans la profession : l'État différent n'est plus un État, comme le droit coutumier n'est pas du vrai droit. Non, si on y voit seulement la traduction de différences réelles, même si elles ne suffisent pas à refuser à l'État initial la qualification d'État. D'ailleurs, il y a déjà trente ans, G. Balandier comparait l'État traditionnel à l'État moderne dans son *Anthropologie politique* (1967).

49. ÉTAT TRADITIONNEL ET ÉTAT MODERNE. - Le lien territorial, tout d'abord. Il existe dans tous les États, y compris traditionnels. Mais la transition vers l'État moderne se distingue par son accentuation au détriment du lien parental. Certains exemples sont assez clairs. Ainsi des *ayllu* de l'Empire Inca, à l'origine des groupes matrilineaires exogames, qui deviennent des unités attachées à un territoire défini, puis constituent des tribus qui forment à leur tour des provinces, qui deviendront les quatre sections de l'Empire, gouvernées chacune par un vice-roi. Mais dans beaucoup d'autres cas, il y a pendant longtemps coexistence complexe et concurrentielle entre le système clanique et le système étatique : la transition obéit à des formes plurielles.

La tendance à la centralisation, ensuite. Les États modernes eux-mêmes la réalisent différemment : l'État-Nation à la française n'a [126] pas grand-chose à voir avec l'État fédéral américain. Cependant, un trait tend à les distinguer des États

traditionnels et anciens : ces derniers ne parviennent presque jamais à la pousser jusqu'à son terme, alors que, dans la ligne des observations de Max Weber, on note que l'État moderne vise -au moins jusqu'ici- à l'uniformisation et à la réglementation de l'ensemble de la vie collective. En raison notamment des contraintes techniques, la logique centralisatrice de l'État traditionnel s'étouffe. De nombreux empires africains ont succombé à leurs trop vastes étendues ; l'Empire romain a fini par se scinder en deux parties qui ont connu une histoire différente ; l'Empire carolingien a accouché de la féodalité. Témoigne notamment de ces difficultés le système parfois employé du pouvoir itinérant : ses détenteurs se déplacent afin de se manifester aux populations, comme le faisaient les rois mérovingiens.

La plupart du temps, l'autorité de l'État traditionnel est de type segmentaire : elle s'inscrit dans un schéma pyramidal caractérisé par plusieurs traits. D'une part, il y a une déperdition de l'autorité : plus on s'éloigne du centre, moins elle est effective. D'autre part, l'autorité centrale est obligée de composer avec des pouvoirs locaux, y compris dans les formes d'État autoritaire : ainsi l'Empire Inca, a bien des égards despotique, a toujours dû respecter les particularismes des États, confédérations, tribus et communautés rurales qui le constituaient. Enfin, l'État traditionnel étendu connaît le phénomène de réplique des structures politiques : les provinces reproduisent les formes institutionnelles de l'État central. Ainsi, en Afrique centrale, les souverains lunda avaient mis en place des gouverneurs (les *sanama*) qui reproduisaient dans leur ressort l'organisation politico-militaire de la région centrale. On sait aussi que dans la France féodale, les grands seigneurs organisaient leur entourage de la même manière que le roi. Ces contingences expliquent notamment que la tendance à la rationalisation des structures politiques, caractéristique pour M. Weber des États modernes, soit ici moins poussée : l'administration repose sur des critères moins techniques que statutaires et résultant de l'influence des relations de dépendance personnelle. De même, la conception du pouvoir est souvent patrimoniale : le souverain le détient en fonction d'un mandat reçu du Ciel ou de ses ancêtres auquel s'ajoutent ses qualités personnelles, et se réfère à une tradition réputée inviolable. Il n'est cependant pas pour autant irrationnel dans la mesure où, justement, il s'inscrit dans une logique soigneusement étayée par la référence au sacré, à la mythologie [127] et aux généalogies. L'homme d'aujourd'hui et d'ici objectera l'irréalité de ces références. Ce serait encore négliger le poids des habitudes. Car nous avons nous aussi notre mytholo-

gie du pouvoir, à laquelle contribuent beaucoup les juristes : le principe de hiérarchie des normes, la séparation des pouvoirs, l'autorité de la chose jugée procèdent de constructions non moins artificielles, mais adaptées à d'autres conceptions du monde, un monde « désenchanté », suivant la formule de M. Weber.

Par ailleurs, certains anthropologues ont eu tendance à idéaliser l'État traditionnel. À la différence de l'État moderne, il ne pourrait se montrer oppressif pour ses sujets, en raison justement des limites posées à l'extension de son autorité ainsi qu'à la permanence des relations personnelles dans son fonctionnement. C'était notamment l'opinion de Malinowski et de M. Gluckman. Or il faut remarquer que la tendance à l'oppression n'est pas constitutive de tous les États modernes : il existe bien des États démocratiques. D'autre part, plusieurs travaux ont démontré que l'État traditionnel pouvait aussi être oppressif (il y a eu des despotismes africains, sans oublier l'exemple bien connu du despotisme oriental, notamment étudié par K. Wittfogel).

Enfin, on constatera que dans les sociétés traditionnelles trop souvent décrites comme parfaitement ordonnées dans des hiérarchies statutaires et l'obéissance à la tradition, il y a aussi des contestataires, dont l'existence ne saurait être circonscrite aux sociétés modernes, censées davantage valoriser la liberté individuelle.

50. L'ÉTAT ET LES CONTESTATAIRES. - Au début du siècle déjà, les théories juridiques de Malinowski fondées sur son observation des sociétés mélanésiennes tranchaient sur celles de Durkheim (pour ce dernier, le droit des sociétés traditionnelles était essentiellement répressif et autoritaire) ainsi que sur des préjugés encore fréquents de nos jours. L'homme de ces sociétés n'est pas un clone du groupe auquel il appartient, se soumettant aveuglément à une coutume sacralisée par son ancienneté. Malinowski ne fonde pas leur organisation sociale sur l'obéissance mécanique et la crainte du châtement, surnaturel ou terrestre, mais sur la réciprocité (qu'on attribue en général davantage aux sociétés modernes). En fait, chacun s'acquitte de ses obligations parce qu'il comprend clairement que tous sont interdépendants et que la vie sociale ne peut exister qu'inscrite dans un ensemble de prestations [128] et de contre-prestations. De plus, comme chez nous, ce loyalisme n'est pas sans failles. Loin d'obéir aveuglément, l'individu calcule

souvent le rapport coût/avantages avant de se conformer à une obligation : les comportements « illégaux » ne sont pas rares.

De même, dans le domaine politique, l'anthropologue français G. Balandier a bien souligné les différentes formes de contestation de l'ordre traditionnel en substituant à des visions trop conformistes une démarche dite *dynamiste*, mettant l'accent avec d'autres anthropologues (R. Firth, E. Leach, D. Apter, W.F. Wertheim) sur les processus de transformation des structures existantes.

Dans ses *Anthropo-logiques* (1974), il propose de distinguer quatre grandes catégories de contestataires. D'abord, les rivaux, qui tentent de s'emparer d'un pouvoir auquel ils n'ont pas normalement droit : ainsi des rivalités entre « aînés » et « cadets ». Puis les entrepreneurs, qui enfreignent les règles de répartition des biens et services rares pour satisfaire leurs intérêts personnels : leur action est souvent contre carrée par les règles imposant la redistribution des richesses accumulées (*potlatch*) ou l'élimination de ceux qui s'y refusent. Les novateurs religieux, messies et prophètes ou encore inventeurs de rituels, qui utilisent un lien supposé avec les puissances spirituelles pour exiger des modifications souvent fondamentales. Les sorciers... ou censés l'être, car souvent, l'accusation de sorcellerie a pu servir à se débarrasser de contestataires, ou de gêneurs. Ainsi en France, sous l'Ancien Régime, il arrivait que des juges condamnent à l'éloignement un individu accusé de sorcellerie par sa communauté, non par ce qu'ils le croyaient coupable, mais pour lui éviter d'être gravement pris à partie par les habitants de son village.

Les formes revêtues par les entreprises de ces contestataires peuvent être très variables. On peut citer la fission : les lignages se fragmentent ; un groupe se sépare de la communauté résidentielle et va vivre ailleurs. Ou encore le changement des individus détenteurs du pouvoir. On y ajoutera les rituels d'inversion sociale qui expriment la contestation, mais sous une forme contrôlée : fête des Saturnales à Rome où pendant quelques jours les maîtres servaient les esclaves ; fête des fous au Moyen âge ; Carnaval encore aujourd'hui. Utilisation des structures de parenté enfin, très fréquente. G. Lienhardt, travaillant sur les sociétés nilotiques, en fournit un exemple. Ces sociétés sont patrilineaires. Ceux qui développent des stratégies d'instauration d'un pouvoir politique de type nouveau se fondent au contraire sur la parenté matri-latérale. [129] Ailleurs, chez les Beti du Cameroun, la mani-

pulation des généalogies permet à des groupes de statut inférieur de légitimer *a posteriori* les positions qu'ils ont pu conquérir.

L'ensemble de ces descriptions nous aura permis de mieux situer sinon les naissances de l'État, au moins les formes sous lesquelles il apparaît à nos yeux. Comme on l'a vu, aucune époque, aucune partie du monde, aucune civilisation n'en ont le monopole. En Occident, la forme de la cité-État paraît être la première manifestation de l'État. Mais comme nous allons le voir, l'Amérique et l'Afrique anciennes l'ont aussi connue.

Section II

La Cité-État

[Retour au sommaire](#)

En effet, si l'État est ensemencé par les cités autour de la Méditerranée, on trouve la Cité-État au-delà de rivages plus lointains. Allons du mieux connu à ce qui nous est moins familier, de l'Occident à d'autres civilisations.

A. La Cité-État en Occident

La Grèce en reste la meilleure illustration. Mais les Cités-États ont existé en d'autres endroits du pourtour méditerranéen.

51. LES CITÉS-ÉTATS MÉDITERRANÉENNES. - En Mésopotamie, l'archéologie témoigne de l'existence de petits États urbains, en lutte fréquente pour la suprématie. Le régime est monarchique, mais les textes nous indiquent l'existence de deux assemblées, l'une des Anciens, l'autre des « hommes de la cité » dont l'avis est sollicité pour les affaires graves, notamment les activités guerrières. Vers 1810, une dynastie sémitique s'établit à Babylone, qui devient le siège d'un vaste empire. La ville est le centre de la vie politique, dominée par le roi. Au XVe et XIVE siècles, les Phéniciens s'installent sur les côtes de la Syrie actuelle. Ils

vivent en villes indépendantes et rivales, avant tout guidées [130] par des préoccupations commerciales. Donc, des villes, centres de pouvoir politique. Mais peut-on pour autant parler de cités-États ?

En fait, cette dénomination ne convient pleinement qu'à la Grèce. La cité y devient un concept juridique, dans la mesure où elle se réfère avant tout à la notion de communauté de citoyens et ne se confond pas avec la ville. Bien entendu cette dernière en est le centre, mais la cité englobe aussi les zones rurales, ainsi que les agglomérations de taille plus modeste et les villages. La superficie totale est restreinte, en général moins de 1,000 km². Cette communauté civique doit être autonome, sur le plan économique comme politique. Car elle possède un caractère exclusif : on est citoyen d'une cité déterminée. Les rapports entre cités ne sont pas pour autant toujours d'hostilité. Elles peuvent s'associer sur un plan égalitaire et forment alors un groupement fédéral où chaque cité est représentée dans un organe central (le *synedrion* dans la confédération athénienne). Cette association peut évoluer en *hégémonie* : une cité devient prépondérante, mais elle est tenue d'exercer son pouvoir dans l'intérêt commun (les Grecs eux-mêmes la distinguaient de l'impérialisme, où la cité dominante n'agit qu'en fonction de ses propres intérêts) ; le citoyen de chaque cité peut bénéficier de la citoyenneté dans les autres cités.

D'autre part, la communauté civique ne se confond pas avec la population résidant sur le territoire de la cité : au milieu du Ve siècle, Athènes ne compte pas plus de 40,000 citoyens mâles adultes contre environ 200,000 esclaves et 40,000 métèques (étrangers immigrés dans la cité). Le statut de ces derniers varie suivant les cités. Sparte y est hostile. Plus libérale, Athènes les associe volontiers à la vie économique ; ils disposent de la liberté de culte : ils peuvent pratiquer les cultes de la cité, mais aussi leur propre religion. En revanche, ils ne doivent pas faire de politique, et ont l'obligation de se conformer aux usages de la cité. Périclès, protecteur de la démocratie, fait voter en 451 une loi qui ferme aux métèques une voie royale de l'intégration : les mariages mixtes. Désormais, pour être citoyen et capable de contracter un mariage légitime, il faudra justifier d'une ascendance athénienne en ligne maternelle comme en ligne paternelle. De plus, ils doivent supporter diverses discriminations négatives : ils paient des impôts supplémentaires, il leur est interdit d'acquérir des immeubles. Aristophane fait dire à un de ses personnages : « Les citoyens sont le froment de la cité et les métèques en sont le son ». Si la démocratie athénienne [131] demeure exemplaire par les différents

mécanismes qui permettaient le contrôle des citoyens sur le pouvoir, d'autres traits en font donc pour nous un régime très aristocratique, de surcroît fort misogyne. De toute façon, même accommodée au goût du temps, la démocratie ne fut pas le régime prédominant des cités grecques, plutôt aristocratiques. Rome elle-même instaurera une cité-État républicaine qui demeurera toujours aux mains des élités⁴⁷, anciennes ou nouvelles (car se forma progressivement une aristocratie plébéienne), ou dans un compromis associant les deux.

52. LA CITÉ RÉPUBLICAINE ROMAINE. - Rome jaillit du fait urbain. Située à un point de jonction devenu de première importance pour les liaisons entre les cités étrusques de l'Italie, elle se constitue en cité sur le territoire de pasteurs latins. Elle attire beaucoup d'étrangers en raison du dynamisme économique qu'y suscitent les Etrusques. Au début du Ve siècle, la vieille aristocratie parvient à les chasser : elle les jugeait trop favorables à la plèbe, et installe la République : en fait un régime beaucoup plus conservateur que la royauté. Elle inaugure par là une grave crise économique qui va bientôt provoquer la révolte de la plèbe, avec laquelle le patriciat passe le compromis historique de la Loi des XII Tables. Bien qu'affaiblies, les structures urbaines demeurent. Rome va alors se lancer dans une série de guerres, d'abord défensives, puis offensives. Peu à peu, elle devient une puissance méditerranéenne. A la fin du IIIe siècle elle finit par vaincre Carthage, sa grande rivale. Dès lors, un choix politique majeur s'impose : faut-il ou non continuer les conquêtes ? La grande famille des Scipion - à laquelle appartient le vainqueur d'Hannibal - considérée comme le porte-parole des idées nouvelles, soutient que oui : Rome a une mission historique à accomplir. Mais les conservateurs, menés par Caton l'Ancien, et hostiles à l'expansion en Orient, pensent au contraire qu'elle va y perdre son âme : pour préserver les valeurs traditionnelles, mieux vaut ne pas multiplier les contacts avec l'extérieur. On connaît la suite... L'*Urbs* (puisque dans un raccourci symptomatique Rome se désigne par ce terme qui signifie : *la Ville*) s'étendit sur toutes les rives de la Méditerranée. Elles ne succomba pas à ses conquêtes comme le craignait Caton, mais cette extension démesurée eut raison du régime de la cité, dont les institutions [132] n'étaient plus adaptées à la gestion de ce qui était devenu un Empire. Fort douloureuse, la transi-

⁴⁷ Cf. Rouland N., *Rome, démocratie impossible ?*, Arles, Actes-Sud, 1981.

tion se fit dans les convulsions de l'agonie du régime républicain tout au long du dernier siècle avant notre ère. De ce siècle datent aussi les essais bien tardifs de la conceptualisation du régime politique de la cité, en train de s'écrouler.

Les juristes romains de la République ne se sont en effet guère intéressés à la théorisation de leur régime politique : le meilleur analyste en est un Grec déporté à Rome, l'historien Polybe. D'ailleurs, les auteurs romains qui ont tenté quelques définitions se sont beaucoup inspiré des philosophes grecs. Le peuple *-populus-* constitue non seulement comme à Athènes une communauté de citoyens, mais aussi une entité juridique. On ne va pas jusqu'à penser la notion juridique abstraite de l'État, mais le peuple constitue un être collectif, une réunion d'individus liés par un accord unanime en vue de leur utilité commune, pour reprendre les termes de Cicéron. Une personnification de la cité. Mais la notion fondamentale demeure la République, *res publica*. Elle vise la collectivité en tant que sujet de rapports juridiques et implique l'existence d'une organisation politique déterminée par des règles de droit. Contrairement à notre tradition, elle ne désigne pas une forme politique déterminée, notamment pas la démocratie. La cité *-civitas* (d'où vient notre terme de civilisation, ce qui est significatif)- est une des formes possibles de la République. Des auteurs modernes ont pu la définir comme une communauté juridiquement organisée dont le centre est constitué par une ville. Ce régime disparaît dans l'équivoque du Principat qui conserve l'apparence nominale des institutions républicaines, mais les vide de leur sens pour faire le lit de l'État impérial.

B) La Cité-État dans les mondes non occidentaux

La Cité-État n'est pas l'invention exclusive de l'Antiquité méditerranéenne. Dans des contextes et sous des formes différentes, on la retrouve notamment dans l'Amérique pré-colombienne et en Afrique noire.

53. LES CITÉS-ÉTATS AMÉRICAINES. - Entre le *Rio Grande* (aujourd'hui frontière entre le Mexique et les États-Unis) et le canal de Panama s'étend un territoire qui fut l'objet d'un peuplement [133] très ancien, et le siège de grandes civilisations autochtones, avec le Pérou et la Bolivie. Les premiers habitants en

sont des chasseurs nomades. Puis vers 4000 avant notre ère, la culture du maïs se développe : d'abord plante sauvage, il fait objet d'une véritable agriculture. Même si la chasse ne disparaît pas, la sédentarisation commence : des villages permanents se constituent autour des champs de maïs. Quelques millénaires plus tard qu'en Occident, la « révolution » néolithique a commencé. Mais la révolution urbaine ne débute vraiment que plus tard. Des signes apparaissent parmi les peuples du plateau central mexicain qui connaissent au III^{ème} siècle avant notre ère un accroissement démographique : certains villages deviennent des bourgades. Cependant, ce sont les Olmèques, installés sur la zone côtière du Golfe du Mexique depuis 1200 avant notre ère, qui créeront la première civilisation urbaine. Elle est encore rudimentaire et consiste surtout dans des monuments religieux (pyramides formées de terre et de brique séchées, revêtues de pierres). Mais par la suite, les grandes civilisations du Mexique (Mayas, Toltèques, Aztèques) vont être toutes urbaines. La ville consiste en général en habitations groupées autour de sanctuaires (toujours de forme pyramidale) et de palais construits suivant un plan horizontal ordonnant salles et cours.

En ce qui concerne les Mayas, les premiers vestiges urbains sont datés de la fin du III^e siècle de notre ère. Les différentes villes n'ont pas connu leur période d'apogée à la même période. Mais globalement, la civilisation urbaine se développe des années 400 av. J.C. à 800 ap.. Elle ne semble pas tournée vers la guerre ; corrélativement on ne note pas de tendance à la formation d'empires. Chaque ville constitue un État autonome, avec son territoire urbain et sa zone rurale, à la manière des cités grecques. Cependant ici aussi, les cités pouvaient se regrouper en alliances ou confédérations plus ou moins durables. Le pouvoir était exercé essentiellement par les prêtres, forts de la science astronomique et théologique. Mais entre 800 et 1000, dans tout le Mexique, cette civilisation entre dans une grave crise. D'abord en raison de diverses migrations de peuples. Mais surtout à cause de sa propre expansion : au cours des siècles, les villes se sont étendues et les ressources tirées pour l'essentiel du travail agricole n'ont plus suffi à assurer leur subsistance. Mais au IX^{ème} siècle les Toltèques, populations tribales, arrivent dans la région de l'actuelle Mexico. Ils adoptent la civilisation urbaine, mais chez eux, les prêtres sont inférieurs aux guerriers, groupés autour de leur [134] chef. Ils sont beaucoup plus violents que leurs prédécesseurs : les sacrifices humains sont la règle, la guerre est bénie par les dieux. Ils lègueront ces traits culturels aux Az-

tèques, avec lesquels les Européens entreront en contact, non sans un étonnement mêlé d'admiration et d'horreur (que se serait-il produit si la rencontre s'était effectuée avec les peuples plus anciens. Ils ne parviennent pas à comprendre le contraste qui existe entre des cités qui leur paraissent supérieures à celle d'Europe (Tenochtitlan -Mexico est bâtie sur ses ruines- était une magnifique cité lacustre, regroupant un million d'habitants) et ces sanglants sacrifices humains, où les prêtres arrachaient le cœur à leur victime.

En tout cas, jusqu'au X^{IV}e siècle, les différentes Cités-États (on en dénombre 28 à cette date) sont la proie de conflits incessants. Mais politiquement adverses, elles sont culturellement homogènes. Chaque cité est gouvernée par un souverain, le *tlatoani* (« celui qui parle ») et par des conseils exerçant des compétences spécialisées et rassemblant l'aristocratie militaire, civile et religieuse. La royauté est héréditaire. Les institutions étatiques possèdent un caractère essentiellement militaire. Les tribus aztèques arrivent du Nord dans ce contexte, vers le treizième siècle. Premièrement vaincus, les Aztèques adoptent néanmoins les structures urbaines à la fin du X^{IV}e et fondent Tenochtitlan, refuge dans les marécages, devenu plus tard la Venise américaine. À la même période, ils créent aussi une dynastie. En 1429, ils fondent entre les cités une ligue tricéphale dont ils prennent la direction : il ne s'agit pas d'une hégémonie à la grecque, mais bien d'un impérialisme au service d'un Empire tel que la région n'en a jamais connu. Cependant, comme nous l'avons déjà noté, cette extension engendrera elle-même ses limites. La forme politique créée n'est pas celle d'un État centralisé, mais constitue plutôt une confédération de cités-États réparties en trente-huit provinces conservant une certaine autonomie dans l'organisation de leurs institutions, leur religion et leur langue. Chaque cité s'administre elle-même, sauf les villes d'importance stratégique, dirigées par des gouverneurs nommés par l'Empereur. Mais l'unité politique était assurée par plusieurs exigences du centre : le paiement de l'impôt ; la fourniture de recrues militaires ; la soumission à Tenochtitlan en matière de politique étrangère ; l'acceptation du culte du Dieu tribal aztèque Uitzilopochtli, divinité solaire et guerrière (mais en revanche, tels les Romains, [135] les Aztèques accueillaient volontiers dans la capitale les cultes pratiqués dans les cités).

Comme on le sait, cette civilisation ne résistera pas à la conquête espagnole. On s'étonne souvent de la victoire des Espagnols, accompagnés de fort peu de

troupes. Mais ils surent jouer sur les divisions existant entre les peuples soumis à la domination aztèque, dont certains leur prêtèrent main-forte. Le 13 août 1521, le dernier empereur (Cuauhtemotzin, « L'aigle qui tombe ») se rend à Cortès, commandant d'une armée majoritairement composée d'Indiens.

54. LES CITÉS-ÉTATS AFRICAINES. - L'Afrique noire offre un champ d'investigation exceptionnel à l'historien et au politologue en raison de la diversité de ses systèmes politiques, depuis les sociétés élémentaires indifférenciées (Pygmées) jusqu'aux grands empires, en passant par les États unitaires (Buganda, Lozi de Zambie, royaume du Congo à partir du XVe, royaume d'Abomey à partir du XVIIIe) et théocratiques, centrés autour de l'islam (États Peuls). Elle n'a pas non plus ignoré le système des cités-États : principautés Kotoko (partie méridionale de la plaine du Tchad), cités Yorouba (Nigeria) et Ashanti (Ghana) en constituent de bons exemples. Plus généralement, on trouve des cités dans la région du Golfe du Bénin, dans la zone du Sahel marquée par la pénétration de l'islam (les villes y jouent le rôle de tête de pont des caravanes sahariennes) et au sud de celle-ci. De l'Océan Atlantique jusqu'au bassin du Nil, du Sahara jusqu'à la forêt équatorienne ou à la côte du Golfe de Guinée, toute cette zone est caractéristique des civilisations urbaines africaines. La richesse repose sur l'exploitation des ressources naturelles et la vente des surplus à l'extérieur. Les dirigeants disposent ainsi des moyens propres à la construction d'importants édifices publics et au recrutement d'armées professionnelles bien équipées. Les villes associent en général deux types de cités. La cité administrative, où vivent tous ceux qui sont liés au pouvoir du souverain. La cité commerciale, où les marchandises sont stockées, transformées, achetée ou vendues ; y résident ceux qui exercent ces activités. L'autorité politique tire profit de ces transactions, notamment en les taxant. À la différence des monarchies, ces Cités-États tirent l'essentiel de leurs richesses de ces activités commerciales, plus que des redevances perçues sur les paysans de l'arrière-pays. La plupart sont postérieures à celles de l'Occident et de l'Amérique. Mais elles ne [136] doivent rien au contact avec l'Europe. Quand les premiers navigateurs européens arrivent en Afrique à la fin du XVe, les villes Yorouba et Bini existent déjà ; le Nupe, la « Byzance noire » n'accueille les Européens qu'au début du XIXe.

B. Durand définit la Cité-État sur ce continent par des traits voisins de ceux qu'elle a revêtus ailleurs ⁴⁸. Ce sont des sociétés politiques indépendantes organisées autour d'une ville et s'étendant à la campagne environnante. La ville donne son nom à ses habitants, d'origine ethnique diverse. Le pouvoir y est exercé selon un système distinct de la parenté. Ainsi du souverain Kotoko : ses héritiers ne sont pas les enfants de ses épouses, mais de ses concubines, pour la plupart esclaves, qui n'ont plus d'attache familiale. La cité possède de plus un culte collectif. On peut citer quelques exemples particulièrement représentatifs de ce type de formation étatique.

Tout d'abord, les principautés Kotoko. Ce sont des cités, protégées par des murailles et souvent en lutte les unes avec les autres. Chaque ville est indépendante. Le pouvoir politique est assuré par un roi, mais celui-ci doit tenir compte de l'avis des familles les plus puissantes. Il juge les affaires les plus importantes (en général en appel, car la justice est d'abord rendue par les familles), est responsable du maintien de l'ordre ainsi que des activités militaires. Son entourage est marqué par la confusion entre les activités publiques et domestiques (comme ce fut aussi le cas de nos dynasties mérovingiennes) : à Makari, le chef de la police est également chef du feu et doit entretenir le foyer pendant la saison fraîche.

Comme en Grèce et en Amérique, les cités peuvent être regroupées en confédérations. Les pouvoirs locaux y restent toujours importants. Ces associations connaissent des destins divers. Soit elles ne constituent qu'une forme transitoire vers l'État unifié, soit elles éclatent en chefferies indépendantes. L'exemple le plus connu est celui de la confédération Ashanti. Au XVII^e siècle, les cités-États Akan sont parmi les plus complexes qu'ait connues l'Afrique. Chacune est dirigée par un chef désigné selon un système électoral à trois degrés : proposé par la reine-mère, il doit recevoir l'adhésion des Anciens, dont l'avis est ratifié par les gens du commun. Il gère la ville avec l'assistance d'officiers héréditaires parmi lesquels figurent des militaires. Vers 1670, ces cités [137] doivent faire face à une invasion de peuples venus du Nord. Elle se regroupent et reconnaissent l'autorité d'un des rois qui prend la tête de la confédération. Au début du XIX^e siècle, celle-ci effectue des conquêtes jusqu'à la côte est et met en place un système politique double. D'une part les territoires conquis : tous les pouvoirs y appartiennent à l'administration

⁴⁸ Cf. Durand B., *Histoire comparative des institutions*, Dakar, Les nouvelles éditions africaines, 1983, 331.

royale, qui procède notamment à des recensements afin de mieux organiser la vie économique et les prélèvements fiscaux. D'autre part, les chefferies Ashanti, largement autonomes, dont le système politique copie celui du roi. Théoriquement, ce dernier n'est que le premier des chefs ashanti, mais tous lui doivent un serment d'allégeance.

Quels constats opérer à partir de ces quelques exemples ? Tout d'abord, on peut noter que les civilisations méditerranéennes, en l'état actuel des données archéologiques, semblent avoir les premières inventé le régime de la cité-État. Mais elles n'en eurent pas le monopole. D'autre part, leur régime est le plus souvent monarchique, mais cette monarchie n'est pas absolue : même détaché de la parenté, le souverain doit tenir compte de l'influence des clans ; en outre, son autorité décroît avec l'éloignement. De plus, la richesse de ces cités est largement conditionnée par les activités de type commercial. Elles semblent souvent avoir constitué un modèle attractif pour les peuples migrants ou envahisseurs, qui en ont adopté les formes. On notera aussi que leur indépendance est précaire. Soit elle les conduit souvent à des rivalités qui peuvent dégénérer en affrontements armés. Soit elle doit s'exercer dans les limites de regroupements de type fédéral, plus ou moins contraignants, des hégémonies aux empires. Enfin, quelles que soient les zones géographiques où nous pouvons le localiser, ce système paraît davantage caractériser l'époque ancienne que moderne. Cette dernière est davantage marquée par l'État-Nation et ses avatars, dont il nous faut maintenant donner quelques aperçus.

[138]

Section III

Les État modernes

[Retour au sommaire](#)

55. DIVERSITÉ DE L'ÉTAT DANS L'EUROPE MODERNE. - L'histoire de l'État en Europe n'est pas homogène. L'expérience française y est singulière : l'État français a construit la nation, contrairement à ce qui put advenir ailleurs, où celle-ci le précéda. Ce processus historique contribue à expliquer que la forme d'État de notre pays ait tendu à l'uniformité. Cependant, il ne suffit pas à rendre compte de notre spécificité, dans la mesure où l'Espagne et l'Angleterre, dont la formation fut moins guidée par l'assimilation (l'État espagnol des autonomies, né après le franquisme, trouve un fondement historique dans la moindre intégration exercée par le royaume de Castille sur les autres territoires et populations) ont malgré tout elles aussi constitué des État unitaires, même si c'est à un moindre degré. Les autres États européens sont davantage des États complexes. Par ailleurs, la fin du XVIII^e siècle est marquée par le surgissement français de l'État-Nation, appelé au siècle suivant à un grand succès en Europe. Cependant, trace éventuelle des État complexes, celle-ci est aussi marquée jusqu'à la fin du premier conflit mondial par l'État multinational... dont on reparle aujourd'hui comme possible solution au problème renaissant des minorités. Car l'idée nationale demeure vivace, à travers les processus d'intégration européenne : les référendums organisés à l'occasion du traité de Maastricht le montrent bien. Vivace, mais pas immobile : l'appartenance nationale paraît aujourd'hui vécue suivant un modèle davantage pluraliste que l'équation française identifiant dans la tradition révolutionnaire le peuple, la nation et l'État. Enfin, l'Europe a souvent implanté ses formes d'État au-delà de ses limites territoriales : dans ces zones de réception, on peut alors parler d'État immigré. Nous disposons maintenant d'un certain recul historique qui nous permet de juger de son intégration. Comme on le voit, cette présentation met l'accent sur des formes d'État étrangères à la tradition française, et on s'étonnera peut-être qu'elle ne réserve pas davantage de place à l'État unitaire. Ce choix est

délibéré, et s'explique par plusieurs raisons. D'une part, la troisième partie de cet ouvrage sera consacrée à l'expérience française, [139] emblématique de l'État unitaire. D'autre part, la dimension de ce manuel imposant des choix, il nous a paru utile d'insister sur les expériences européennes de l'État moins facilement accessibles au lecteur français. Cependant, il faut préciser que l'État unitaire est lui-même divers.

56. DIVERSITÉ DE L'ÉTAT UNITAIRE. - En reprenant la définition proposée par B. Chantebout, on peut dire que l'État unitaire est «... celui dans lequel une volonté politique unique s'impose à l'ensemble des citoyens, lesquels sont par conséquent soumis aux mêmes lois en tous domaines »⁴⁹. Cependant, bien des variations demeurent possibles. Comme le remarque S. Pierré-Caps ⁵⁰, l'État unitaire n'est pas toujours l'État uniformisant dont avait rêvé la Révolution française. D'une part, comme nous le verrons plus loin, cet État assimilateur peut être appelé à introduire en son sein des approches davantage pluralistes : l'État français actuel reconnaît non pas des minorités, mais des situations minoritaires. D'autre part, un État unitaire peut être aussi multinational ou multi-ethnique. C'est le cas de la Chine, dont la constitution affirme qu'elle est un État multinational (évidemment, sa pratique peut-être différente...) ; en Espagne, la nation et le peuple espagnols constituent les nationalités ; la Constitution bulgare du 12 juillet 1991 proclame le caractère unitaire et uninational de l'État bulgare, mais l'applique d'une manière très tolérante qui, en pratique, permet aux minorités bulgares de vivre un régime mitoyen de double appartenance, par la reconnaissance des droits et libertés fondamentales des personnes appartenant à ces minorités, mêmes s'ils doivent en principe ne s'exercer que dans un cadre privé. De manière symétrique, il ne faut pas oublier que l'assimilation entre l'État fédéral et l'État multinational est récente. L'histoire des États-Unis montre bien que le fédéralisme fut inventé dans le but d'unir sous la pression des circonstances des entités d'abord et surtout distinctes. En effet, l'ouverture de la guerre d'Indépendance (1776) provoque un an après la rédaction des Articles de la Confédération. Mais le gouvernement confédéral fera place à un gouvernement central, et les Articles à une Constitution

⁴⁹ Chantebout B., *Droit constitutionnel et Science politique*, Paris, Economica, 1978, p. 64.

⁵⁰ Cf. les développements de S. Pierré-Caps dans : O. Audeoud et alii, *L'État multinational et l'Europe*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1997, 215-220.

fédérale, adoptée le 17 septembre 1787. Par la suite, elle sera largement été interprétée dans le sens d'une augmentation des pouvoirs fédéraux. De plus, la plupart [140] des États fédéraux actuels (notamment en Afrique) ne sont pas multinationaux.

A) Les États complexes européens

Suivant la classification d'A. Viala, on peut en distinguer deux formes : les corps et confédérations d'États ; les Unions d'États.

1) Les corps et confédérations d'États

Il faut distinguer trois cas : l'Allemagne, la Suisse, les Provinces-Unies.

57. LE CORPS GERMANIQUE. - L'expression « Corps germanique » est parfois utilisée pour désigner conjointement l'Allemagne et le Saint Empire Germanique, dont la fondation remonte à Charlemagne. Déroutante pour un Français de notre époque, habitué à l'uniformisation révolutionnaire, cette forme de régime politique est nettement pluraliste, dans la mesure où elle traduit l'évolution de la vieille notion d'Empire, devenu à l'époque moderne un groupe d'États de nature confédérale. Cette évolution s'est faite à partir des structures féodales et urbaines médiévales. À la différence de la France, où le pouvoir royal en a eu raison au terme d'une longue lutte, elles ont imprimé à l'Empire une répartition des pouvoirs originale. Les Membres de l'Empire sont les vassaux de l'Empereur, dans la mesure où ils en détiennent des terres : elle communiquent à leurs titulaires leur qualités et leurs pouvoirs au sein de l'Empire. Ce système dans lequel un bien modifie la qualité des personnes peut nous paraître étrange. Il n'avait pourtant rien d'inhabituel : en France, on distinguait longtemps entre terres nobles et roturières, ce qui avait notamment des conséquences sur le plan fiscal. Ce système de la vassalité pouvait entraîner une forte dépendance du vassal vis-à-vis du seigneur. Cependant, en Allemagne, l'évolution tendit au relâchement des rapports

avec l'Empereur, de sorte que tout en en demeurant des vassaux, les pouvoirs locaux purent devenir des États. Leur titulaires prêtent serment à l'Empereur lors d'une cérémonie d'hommage, comme les seigneurs le font en France au roi, mais dans le cas allemand, ce serment n'entraîne aucune réelle subordination, [141] d'autant plus que l'Empereur ne refuse pratiquement jamais l'allégeance que lui prête l'héritier d'un fief. D'autre part, dans les rapports féodaux classiques, le vassal est la plupart du temps envisagé en tant qu'individu. Dans le système politique de l'Empire, la vassalité porte surtout sur des collectivités. En effet, on peut distinguer trois catégories de Membres. Tout d'abord, la noblesse immédiate, unie par des conventions à l'empire depuis le XIV^e siècle. Ensuite et surtout, les États de l'empire (269 au XVIII^e), rassemblés territorialement en « cercles ». Ils sont en principes égaux, en fait hiérarchisés en trois catégories. Les Électorats (7, puis 9), qui tirent leur nom du pouvoir qu'ont leur titulaires de choisir l'empereur. Puis les Principautés (environ 200), elles-mêmes subdivisées en différentes dignités (landgraviats, margraviats, duchés, comtés, bénéfices ecclésiastiques, etc.). Enfin, les villes. En France, celles-ci ont servi de point d'appui à la royauté dans sa lutte contre les seigneurs. Mais les rois ont su les contrôler de manière très efficace afin qu'elles ne deviennent pas une nouvelle féodalité, qui aurait pu les gêner. En Allemagne, les villes conservent beaucoup de puissance. On en distingue deux catégories. D'une part, les villes ordinaires ou sujettes. Mais surtout les villes libres ou Villes impériales, qui font partie des Membres de l'Empire (une soixantaine, dont Cologne, Hambourg, Francfort sur le Main).

Ces trois catégories de Membres détiennent des *regalia*, c'est-à-dire des pouvoirs de souveraineté. À l'extérieur, droit d'échanger des ambassadeurs, de déclarer la guerre. À l'intérieur, droit de faire la loi, de recruter des troupes, de lever des impôts. Donc une très large autonomie, mais contrebalancée par deux organes communs.

Tout d'abord, l'Empereur. Il dispose de pouvoir de « Réserves », qui lui permettent une certaine activité diplomatique, la création de villes et d'universités, l'octroi de privilèges dispensant de l'application du droit commun. Il possède également des pouvoirs judiciaires en tant que juge suprême, bien qu'il ne puisse agir par évocation, c'est-à-dire en enlevant une cause au juge normalement compétent en première instance. Sa juridiction est plutôt d'appel, encore que certains États jouissent du privilège de non appel.

Ensuite, la Diète générale de l'Empire. Elle est convoquée par l'Empereur et siège en général à Ratisbonne depuis la fin du XVI^e siècle. Chaque catégorie de Membres y envoie des représentants, regroupés en collèges distincts par catégorie. Il ne s'agit pas d'un Parlement. Tout [142] d'abord les représentants ne peuvent agir que sur l'instruction de leur gouvernement ; d'autre part il n'y a pas de débats, mais uniquement des votes ; enfin, pour qu'une mesure votée soit exécutoire, il faut qu'elle ait été votée à la majorité de chacun des trois collèges et, condition déterminante, acceptée par l'État-Membre. La Diète autorise l'Empereur à faire la guerre et la paix, conclure des alliances, et prendre des Recès, ou loi générales. Comme on le voit, le local l'emporte sur le centre.

Le XVIII^e siècle et le début du XIX^eme constituent une phase décisive pour l'histoire de l'Allemagne, dans laquelle les idées de la Révolution française et l'invasion napoléonienne ont exercé une influence certaine. Le règne de Frédéric II (1740-1786) est marqué par les gains territoriaux et politiques du royaume de Prusse. Quand éclate la Révolution française, bien que l'Allemagne soit encore loin de constituer une nation et demeure une mosaïque de pouvoirs locaux, certains milieux intellectuels sont séduits par les idées françaises. Mais la plupart des habitants de l'Empire restent attachés à sa structure confédérale. Cependant, l'invasion française va accélérer en réaction la formation de la conscience nationale allemande, dans le cadre de nouvelles structures, qui ne seront pas pour autant celles de l'État-Nation. Le 6 août 1806, l'Empereur François II se proclame empereur d'Autriche et déclare éteinte la fonction de « chef de l'État impérial » : c'est la fin du Saint Empire. D'abord mise à genoux par l'invasion française, la Prusse prend la tête de la guerre de libération. Le danger français écarté, l'acte final du congrès de Vienne (9 juin 1815) donne une structure nouvelle à l'Allemagne. À la place du Saint Empire, on trouve une Confédération germanique de 39 États dont les plus importants sont l'Autriche et la Prusse. Négligeant les idées de la bourgeoisie, des milieux étudiants et d'une bonne partie du peuple, leurs souverains tentent de revenir à une organisation dominée par les pouvoirs locaux. Par la suite, la monarchie prussienne change d'attitude et mène une politique d'union économique, prélude à l'unité nationale. En 1848, une tentative de constitution unitaire échoue. Premier Ministre de Prusse en 1862, Bismarck la mènera à bien.

La progression de l'Allemagne vers des structures unitaires paraît très marquée par l'influence des événements extérieurs : pression des conquêtes napoléo-

niennes, défaite de la France devant Bismarck, instauration de la République de Weimar après le premier conflit mondial, centralisation de l'État sous le régime hitlérien, retour à des structures [143] fédérales après l'écroulement du III^e Reich. La Suisse, pays plus modeste et moins impliqué dans les conflits européens, a su garder une structure où les pouvoirs locaux sont toujours restés prédominants.

58. LA CONFÉDÉRATION HELVÉTIQUE. - La Suisse répond en effet plus que l'Allemagne à la forme confédérale. Elle s'est constituée progressivement. Le 1^{er} août 1291, afin de faire front à la menace des Habsbourg, certains pays -ou cantons- s'unissent par un pacte perpétuel, promettant simultanément de défendre les droits et liberté de chaque communauté et de s'opposer à toute intervention extérieure : c'est la naissance de la Confédération suisse (du nom de Schwyz, le principal des cantons associés). Progressivement, le pacte s'est étendu à d'autres cantons au XIV^e et XV^e siècles. À côté des cantons existe un second groupe de pays dans la Confédération : les alliés, à la périphérie. L'autonomie est beaucoup plus grande que dans le Corps germanique. Chaque canton et chaque allié se gouvernent librement. Il n'y a pas d'autorités centrales ni d'armée confédérale. On trouve en revanche une Diète, assemblée d'ambassadeurs des cantons et des principaux alliés qui a principalement en charge la sécurité collective. Mais là encore, les idées de la Révolution et l'occupation française de certaines parties du territoire vont avoir des conséquences. En 1798, la France impose aux cantons une constitution unitaire, celle de la République helvétique. Mais en 1803, Napoléon lâche du lest et revient à l'organisation confédérale. Après la défaite française, un nouveau pacte confédéral est conclu, le 7 août 1815. Il ne crée pas de véritable pouvoir confédéral et la Diète reste une simple réunion d'ambassadeurs. En 1848, la poussée qui avait échoué en Allemagne réussit en Suisse. Une nouvelle Constitution crée une véritable union fédérale, dotée d'un gouvernement central siégeant à Berne. La Diète est remplacée par une Assemblée fédérale, divisée en un Conseil national, représentant toute la population, et un conseil des États, représentant les cantons, coiffés par un exécutif collégial, le Conseil fédéral. Un Tribunal fédéral règle les conflits de compétences entre les cantons. Le pouvoir fédéral a en charge la diplomatie, le commerce et l'armée. En 1874 et 1891 sont adoptés les droits de référendum et d'« initiative » qui permettent au peuple de se prononcer sur l'adoption ou le rejet d'un texte législatif.

Par la suite et jusqu'à nos jours, la Suisse, par ailleurs plurilingue (le français, l'allemand et l'italien sont langues officielles), restera attachée [144] à cette structure confédérale, qui assure aux cantons une large autonomie.

59. LES PROVINCES-UNIES. - L'histoire des Pays-Bas est particulièrement tourmentée. Le XVI^e siècle voit la révolte contre l'Espagne. Au XVII^e et au XVIII^e, la partie méridionale des Pays-Bas demeure sous domination espagnole jusqu'en 1718, où les Autrichiens succèdent aux Espagnols. Au nord, les provinces-Unies connaissent un meilleur sort, à partir de 1585. Elles sont dotées d'une structure confédérale très lâche. Les villes et provinces sont largement autonomes et leur solidarité ne se manifeste que sous la contrainte des pressions extérieures. Dans chaque ville on trouve un conseil, des échevins et des bourgmestres. Dans chaque province, l'autorité appartient aux États, formés des députés des villes qui ont reçu un mandat impératif et sont parfois accompagnés des députés de la noblesse ou des campagnes. Au-dessus de ces pouvoirs locaux, on trouve plusieurs organes confédéraux. Tout d'abord, les États Généraux, Assemblée de représentants des provinces réunie à La Haye, dont chacun ne dispose que d'une voix. Elle obéit à la règle très contraignante de l'unanimité. Elle peut décider de la guerre et de la paix, lever des troupes et des impôts ; édicter des lois, mais elles ne sont exécutoires que si les provinces les approuvent et font publier. La puissante bourgeoisie urbaine est très favorable à ce type d'organisation. Ensuite, le Conseil d'État (douze membres), chargé des questions financières et militaires. Un personnage nommé Grand Pensionnaire s'occupe des affaires courantes. Enfin, l'institution la plus importante après les États généraux, le *Stadhouder*, sorte de Président élu par les diverses provinces. Ses compétences sont multiples : il est commandant des forces armées, reçoit les envoyés des États étrangers auprès de la Confédération, assure l'exécution des lois ainsi que la direction de la justice avec droit de grâce criminelle. Le *Stadhouder* représente la tendance centralisatrice, à l'inverse des États généraux et jouit en général de l'appui populaire.

En 1794, les armées françaises occupent le pays. La partie méridionale est découpée en département français ; le reste devient en 1795 une République batave. Dans les deux zones l'administration est uniformisée. Après la défaite française, le Congrès de Vienne décide de réunir la Belgique et la Hollande dans un royaume unique des Pays-Bas. Mais cette uniformisation sera de courte durée, car ces deux

entités ont connu [145] une histoire trop différente pour pouvoir s'assembler. En 1830, une émeute éclate à Bruxelles et le 4 octobre de la même année l'indépendance de la Belgique est proclamée, sous le patronage de l'Angleterre et de la France. On sait qu'en 1993 la Belgique s'est transformée en État fédéral.

Ces trois exemples, chacun à sa manière, montrent d'abord le poids de l'histoire. Dans certains cas, les unités d'origine médiévale persistent plus longtemps que dans d'autres. D'autre part, la tendance unitaire est souvent déclenchée par des pressions extérieures, ce qui s'accorde avec les théories mettant l'accent sur l'influence de ce type d'événements dans le passage à des formes plus centralisées d'exercice du pouvoir politique. Enfin, cette tendance unitaire n'est pas irréversible (l'Allemagne est revenue de nos jours à la forme fédérale) et ne débouche pas nécessairement sur l'État unitaire, à l'inverse d'un pays comme la France. Dans sa contingence, l'histoire pèse sur les structures. Celles des Unions d'États sont plus simples que les précédentes.

2) Les Unions d'États

Suivant la définition donnée par A. Viala, elles consistent dans des associations sous une même Autorité de peuples et de territoires distincts. Autant que les confédérations, elles sont fondées sur le consentement exprès des États membres. On distingue deux sortes d'Unions : les Unions personnelles et les Unions réelles, les unes pouvant conduire aux autres. L'Union personnelle est fondée sur une identité de chef, chaque État conservant sa propre organisation, le sujet d'un État ne pouvant l'être d'un autre. Une certaine conception patrimoniale la gouverne : le souverain utilise la technique des mariages princiers ainsi que le droit successoral pour accroître sa puissance. En général, ces Unions sont assez fragiles. Les Unions réelles connaissent toujours un seul chef, mais les États associés partagent des champs d'activités communs. On trouve des exemples de ces deux types d'Unions dans certains processus d'extension de la domination française en dehors du royaume, à partir de la fin du Moyen âge (l'intégration à un État unitaire suivra), ainsi qu'à l'étranger.

[146]

60. LES UNIONS FRANÇAISES. - Au Moyen Age, le Dauphiné et la Provence appartiennent à l'Empire germanique, mais tendent à s'en séparer depuis le XIII^e siècle. Ils vont subir la force d'attraction de la France, sous la forme d'Unions réelles. Le Dauphiné est vendu en 1349 par le dauphin Humbert à Philippe VI de Valois. Sous le nom de Dauphin, le fils aîné du roi de France (d'où vient le fait que ce nom lui est traditionnellement attribué) a la charge du gouvernement de ce territoire. Jusqu'à la Révolution, le roi de France y règne seulement à titre de souverain local. En Provence, le dernier comte, Charles III, décide par testament l'union à la France de son comté, mais sur un pied d'égalité. Pour être applicable en Provence, les actes royaux doivent être rédigés au nom du comte de Provence (de même que dans le Dauphiné, où ces actes font mention du Dauphin). Mais à la veille de la Révolution, cet esprit d'autonomie provençale est encore vif. En 1789, les cahiers de doléances du tiers état d'Aix demandent que la Provence demeure « dans sa constitution comme un État uni, principal et non subalterne ». Trois cahiers emploient même l'expression de « nation provençale ». Le tiers état de Marseille est encore plus audacieux : il demande que la ville reste « co-État non subalterne, qui est à la Provence ce que la Provence est au royaume ». Dans sa passion unitaire, la Révolution l'entendra tout autrement... Le même désir de respect des particularismes se manifeste dans les cas du royaume de Navarre et de la principauté de Béarn. En 1589, l'accession d'Henri IV au trône entraîne leur réunion à la France. En 1620, un édit manifeste une intention d'assimilation en déclarant les deux pays « de même nature et condition que les autres membres du royaume ». En 1789, les Navarrais soutiennent que leur territoire « n'est pas une province du royaume de France, mais un royaume à part, soumis au roi de France, mais distinct et indépendant du royaume de France ». Ils refusent d'envoyer des députés aux États Généraux et demandent la conclusion d'un pacte de fédération. En fait, ils revendiquent un statut proche de l'Union personnelle. Bien entendu, ils ne seront pas davantage écoutés que les Provençaux. Toutefois, le particularisme béarnais est aujourd'hui beaucoup plus vivant que le provençal : la langue locale est toujours parlée ; la notion administrative récente (elle date de la loi d'aménagement du territoire de 1995) de « pays » a trouvé une de ses premières applications dans cette zone territoriale, ce qui n'est certainement pas un hasard. Cependant, le sort qu'a réservé la Révolution à ces trois territoires, nonobstant les vœux des populations concernées, [147] montre bien que dans la

longue durée, la forme des Unions n'a été que transitoire : jusqu'à une période récente, le modèle français penche du côté de l'assimilation.

61. LES UNIONS ÉTRANGÈRES. - Premier exemple, celui des diverses Unions anglaises. L'Union avec le Hanovre (appartenant à l'Empire d'Allemagne) est de type personnel et naît de l'accès au trône d'Angleterre d'une dynastie étrangère. En effet, à la suite du mariage de son père avec la petite-fille de Jacques Ier, Georges, duc de Hanovre, devient en 1714 roi de Grande-Bretagne. Jusqu'en 1837, l'électorat de Hanovre est gouverné par le même souverain que la Grande-Bretagne, d'où un rapprochement entre l'Angleterre et l'Allemagne. D'autres Unions anglaises seront plus tumultueuses. D'abord, l'Écosse. L'Union avec ce territoire, en 1603, est d'abord personnelle, et se transforme en Union réelle un siècle plus tard. En principe, les relations doivent demeurer égalitaires. Un acte de 1707 décide la fusion des droits publics, mais les institutions judiciaires et les droits privés doivent demeurer distincts. Non sans fondement, car le droit écossais et de tendance continentale et manifeste quelque parenté avec le droit français. D'ailleurs, par hostilité à l'Angleterre, l'Écosse a développé une francophilie... souvent ignorée en France. En 1997, l'Écosse et le pays de Galles ont obtenu un statut d'autonomie à la suite de référendums. Quant à l'union avec l'Irlande, décidée en 1800, on sait son malheureux avenir, au moins jusqu'à l'accord de paix du 10 avril 1998, qui prévoit des institutions semi-autonomes pour l'Irlande du nord.

Sur le continent, on peut citer un exemple intéressant de transformation d'Union personnelle en Union réelle. En 1526, l'Autriche s'unit avec la Bohême et la Hongrie, au profit de la dynastie des Habsbourgs. Progressivement, des organes centralisateurs des affaires publiques sont créés. En 1713, la pragmatique Sanction établit une association dite indivisible et perpétuelle des États. Au XIX^{ème}, on connaît l'importance en Europe de l'Autriche-Hongrie, dont la forme multinationale durera jusqu'à la défaite, lors du premier conflit mondial.

[148]

Avec le recul du temps, que penser de ces formes complexes d'États européens ? Certaines Unions échouent, ou ne peuvent se maintenir qu'au prix d'événements dramatiques (Irlande et Angleterre), ou d'assouplissement ultérieurs (Écosse). D'autres réussissent, mais soit ne constituent qu'une transition vers l'as-

simulation (exemple français), parfois contre le vœu des populations locales, soit débouchent sur des États pluriels (Autriche-Hongrie) qui finissent par se disloquer. Autrement dit, là encore l'histoire pèse de tout son poids sur les structures. Cependant, une conclusion négative semblerait s'imposer, dans la mesure où, en fin de compte, ces États complexes ont d'une manière ou d'une autre disparu. Faut-il pour autant penser qu'ils constituent une des nombreuses impasses de l'histoire ? Quelques observations incitent à beaucoup de prudence. D'une part, le système de l'Union qui n'a connu que des effets mitigés à l'intérieur de la Grande-Bretagne a en revanche servi de base à son expansion dans le monde de manière qui lui fut profitable. D'autre part, la fin de l'Autriche-Hongrie est certes due à l'instabilité de ses peuples, en partie responsable du déclenchement du premier conflit mondial, mais aussi, plus simplement, à la défaite militaire qui l'a terminée. De plus, aujourd'hui, en raison de la construction d'ensemble supra-nationaux tels que l'Europe, on exhume du passé certains modèles comme la confédération ou l'État multinational afin qu'ils suggèrent des mécanismes et des idées aptes à la gestion de ces nouveaux ensembles. Enfin, à partir du XVIII^e siècle, les États complexes européens ont eu à subir la concurrence d'une nouvelle forme politique, l'État-Nation, innovation française.

B) L'État-Nation : une invention française

On associe traditionnellement à la Révolution française l'invention de l'État-Nation. À juste titre, mais il nous faudra d'abord remarquer que l'invention de la nation a été en France particulièrement précoce et date du Moyen âge. D'autre part, il sera intéressant de noter les conséquences de la conception française de la nation sur le régime d'administration des collectivités infra-étatiques.

[149]

1) De la Nation à l'État-Nation

62. L'INVENTION DE LA NATION FRANÇAISE.- Dans un ouvrage récent ⁵¹, J. Poumarède résume bien les différents processus de formation de la nation en France. L'histoire du vocabulaire constitue un premier point de repère. Au XIII^e siècle, le terme de nation n'a pas du tout la signification que la République lui a beaucoup plus tard prêtée. La nation n'est pas un projet politique qui transcende les origines ethniques. Au contraire, son sens est encore conforme à son étymologie : *nascere*, naître. J. Poumarède la définit ainsi : « Un groupe humain qui a ou à qui on attribue une commune origine et qui se distingue des autres par des moeurs, des coutumes, une langue particulière ». Ainsi, c'est suivant leurs origines que les étudiants à l'Université de Paris se regroupaient en quatre nations ; les marchands montraient les mêmes attitudes dans les grandes foires de Champagne. Cette acception est pour nous insolite, dans la mesure où elle rappelle la conception qu'ont aujourd'hui de l'ethnie les Anglo-saxons (un groupe humain défini avant tout par des éléments culturels), alors que nous y voyons surtout un succédané de la race.

A côté de la nation, la patrie, qui exprime davantage l'idée d'enracinement. Elle paraît moins datée, dans la mesure où on la trouve encore chez des écrivains nationalistes du début de notre siècle, comme Barrès. Pourtant, la patrie au Moyen Age ne désigne nullement la France, mais la ville ou le village, le pays où ont vécu les parents (plus précisément : les pères) et qui obéit à des coutumes qui lui donnent son identité. Dans les cercles des appartenances, ces dimensions locales prédominent. Il y a donc en France des nations, des pays et des peuples. On est sujet du roi de France, mais en dernier lieu.

Les choses changent vers la fin du XIII^e siècle. Dès 1270, le juriste Jacques de Révigny parle de *communis patria* pour désigner la couronne du royaume. À partir de 1318, les auteurs savants multiplient les références à une *natio gallicana*

⁵¹ Cf. ses développements dans : Rouland N. (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, pp 70-77.

puis à la *nacion de France*. Ces glissements sémantiques montrent que l'idée d'homogénéité commence à [150] concurrencer celle de pluralité. Cette prise de conscience d'une nouvelle forme de communauté qui transcende les anciennes sans pour autant les annuler procède au départ d'une impulsion interne de la propagande monarchique des derniers Capétiens directs (les Valois accèdent au trône avec Philippe VI en 1328). Pour autant, on ne peut négliger l'influence des facteurs externes qui, comme nous l'avons vu en étudiant les théories anthropologiques de l'État, détermine souvent sa naissance, et ici son extension. En effet, bientôt se déclenche la Guerre de Cent ans (1337-1453). Elle oppose deux royaumes, la France et l'Angleterre, dont les aristocraties et les territoires sont jusque-là étroitement imbriqués (on parlait français à la cour de Londres). Cette guerre fixe l'identité française. Elle est nouvelle, car elle ne met pas simplement en jeu les vieilles solidarités féodales, mais contribue à répandre l'idée d'un royaume uni autour de son roi. De plus, même si elle n'est pas permanente durant un siècle, les hostilités sont fréquentes. Elles ne touchent pas tous les points du territoire, mais la peur est générale : beaucoup de villages sont abandonnés, qui ne verront jamais l'arrivée des troupes ennemies. Le succès de la propagande monarchique ne peut être mis au seul crédit des légistes et de l'administration royale : celle-ci était encore beaucoup trop embryonnaire. L'appui de l'Eglise a été primordial, à travers les sermons des curés, ainsi que l'épopée de Jeanne d'Arc, réhabilitée après sa mort par un second procès. De plus, il faut mentionner le ralliement des méridionaux menés par les Armagnac à la cause de Charles VII. Au bout du compte, le premier cercle est devenu celui de l'appartenance au roi de France. Deux siècles ont été nécessaires, ainsi que la détermination des souverains.

Au total, la France est allée plus tôt et plus loin que la plupart de ses voisins dans le sens d'une intégration de la nation par et au sein de l'État. En effet, en Italie et en Allemagne (on peut aussi penser aux États-Unis), l'État s'est formé à partir de l'agrégation progressive d'entités territoriales autonomes conscientes de leur spécificité, qui ont su -ou pu- en conserver une partie, à des degrés variables, au cours de ce processus d'intégration.

En France, l'État a précédé la nation et l'a construite. Notre pays, dans ses institutions et mentalités, est encore marqué par sa prééminence.

Mais qui dit nation dit aussi frontière, et donc territoire.

[151]

63. L'INVENTION DU TERRITOIRE FRANÇAIS. - Le territoire est aussi une invention de l'État, même si l'image d'un pays homogène délimité sur une carte par des frontières précises nous paraît naturelle, alors qu'il ne s'agit que d'une habitude. Le territoire est aujourd'hui avec la population et le gouvernement un des éléments de la trinité étatique. Or ce terme n'apparaît qu'au XIII^e siècle et demeure rare jusqu'au XVII^e. En effet, au Moyen-Age, l'assiette du pouvoir consiste moins dans un ressort territorial que dans des groupes d'hommes. Le pouvoir d'un seigneur (et même, à bien des égards, du roi) dépend des liens de fidélité personnelle qu'il peut capitaliser. Ils sont mouvants, en tout cas beaucoup plus que ne peut l'être l'idée moderne de frontières (dont on dit souvent qu'elles sont intangibles). Il y avait même des sortes de *no man's land*, nommées « marches », où les pouvoirs seigneuriaux se neutralisaient en se rencontrant. Les marginaux et les brigands les prenaient pour refuges.

Mais là encore, la volonté du roi d'étendre son pouvoir va progressivement assurer la prédominance d'une conception territoriale du pouvoir sur des liens personnels, même si ces derniers ne disparaissent pas. L'idée de frontière naît progressivement. Il semble que les premières incrustations ont été nécessitées par la taxation des marchandises sortant du royaume ainsi que la fortification de lignes de défense au cours de la guerre de Cent ans. Mais il faut assez vite leur donner des justifications plus théoriques. Jusqu'au milieu du XVI^e siècle, c'est l'histoire qu'on appelle à la rescousse sous la forme du traité de Verdun de 843, qui dessine encore certains contours de l'Europe moderne (notamment la distinction entre la France et l'Allemagne). Par la suite, on pense à la nature : il y a des frontières « naturelles » de la France. Attribuée à Richelieu, cette idée sera surtout celle de la Révolution française. Pourtant, comme le fait à juste titre remarquer J. Poumarède, la nature n'a pas ici fait bon ménage avec la culture. Le choix du Rhin comme limite brise une civilisation commune des deux côtés des rives du fleuve. On peut en dire autant des Pyrénées, espace de cultures très voisines établies sur les deux versants de ses montagnes. Certaines des solidarités régionales qui renaissent aujourd'hui sont en partie des échos d'un passé devenu lointain.

La monarchie française a donc incontestablement poursuivi la réalisation d'un État unitaire. En raison d'un long passé attaché au pluralisme ainsi que de l'insuffisance des moyens administratifs (même si la taille [152] de l'administration croît avec celle de l'État), ce processus a été très long et incomplet. Si nous pouvions revenir au siècle de Louis XIV, la France nous paraîtrait une mosaïque de coutumes, de peuples et de langues. Car nous sommes dans notre culture politique actuelle des fils de la Révolution, au moins de celle des juristes, qui s'interrompt en 1792 : paradoxalement, beaucoup des principes que nous appelons républicains sont nés avant l'instauration de la République (le 21 septembre 1792), durant cette période courte (1789-92) et fondamentale où la France essaya sans succès de réformer sa monarchie. Parmi ces principes, l'idée de l'assimilation juridique (parfaitement compatible dans l'esprit de nos réformateurs avec une inégalité sociale et économique marquée) était très forte. L'État devait être non seulement unitaire, mais uniformisant. Par ailleurs, il fallait trouver au nouveau régime une nouvelle légitimité : l'invention de l'État-Nation y pourvut.

64 L'INVENTION DE L'ÉTAT-NATION. - Comme on vient de le voir, ni l'État, ni la nation ne sont des inventions de la Révolution. En revanche leur association dans cette forme politique nouvelle de l'État-Nation lui revient. En effet, sous l'Ancien Régime, le souverain et la nation étaient identifiés : c'est un des principes fondamentaux du droit public, encore rappelé par Louis XV, quand il fustigeait les prétentions des Parlements à représenter la nation. Seul le monarque représente la nation, seul il peut connaître son intérêt. Durant une brève période, celle de la constitution de 1791, la monarchie connaît une profonde évolution. L'article 1er (titre III) transfère en effet la souveraineté à la nation, même si le gouvernement demeure monarchique (art. 4) ; le roi n'est plus le roi de France, mais le roi des Français (titre III, chapitre II, art. 2). Siéyès écrit d'ailleurs que : « La nation existe avant tout ; elle est à l'origine de tout ; sa volonté est toujours légale ; elle est la loi elle-même ». Même si le nouvel État doit demeurer monarchique -ce qu'on croyait alors- sa légitimité ne peut plus être dynastique, comme dans le reste de l'Europe. La nation devient le nouveau mythe organisateur, elle s'exprime par l'État, qui lui appartient. Car la nation est aussi l'expression du plus haut principe révolutionnaire : la liberté, autour de laquelle pivote la Déclaration des droits de l'homme, d'ailleurs intégrée au texte constitutionnel. A la vérité, il y

avait eu un précédent, américain. Le 4 juillet 1776, la Déclaration d'Indépendance des [153] États-Unis d'Amérique proclame qu'un peuple a le droit de changer de gouvernement quand celui-ci porte atteinte à la liberté individuelle, fondement de toute société politique. Par la suite, l'instauration de la République provoquera l'abolition de la monarchie, mais l'État-Nation demeurera intact, et même libéré par la liquidation des vestiges monarchiques de sa forme originelle.

L'interprétation française de l'État-Nation est par ailleurs à la source d'une idée qui influença de façon déterminante l'histoire de l'Europe au XIX^{ème} siècle : le principe des nationalités, comme l'explique bien S. Pierré-Caps ⁵². Car dans l'esprit des révolutionnaires français, la nouvelle formule doit s'étendre : elle est conforme à la nature, à la raison et à la liberté, dont doivent bénéficier tous les peuples. D'ailleurs, jeune d'à peine deux mois, la République fait prendre par la Convention le 19 novembre 1792 un décret qui propose d'« accorder fraternité et secours à tous les peuples qui voudront recouvrer leur liberté ». Autrement dit, la France se présente comme le vecteur potentiel de l'État-Nation en Europe : chaque nation doit pouvoir avoir un État qui lui corresponde et garantisse la liberté à ses citoyens, sur le fondement des droits de l'homme. Pour autant, cette nouvelle construction n'entame en rien la force de l'État. Elle en est même accrue, dans la mesure où cet État est juste et promet de respecter ses citoyens. D'autre part, il est substantiellement unitaire, puisque la nation est construite sur le modèle de l'égalité juridique : tous doivent avoir les mêmes droits ; la République est une et indivisible.

On saisit par là toute l'ambiguïté de l'État, tel qu'il est activé dans la formule de l'État-Nation. Il est bien révolutionnaire, dans la mesure où il met fin à la légitimité dynastique. Mais il est conservateur, car le droit d'un peuple à instituer un État qui lui convienne ne sert qu'une fois : une fois l'État-Nation constitué, il convient de le protéger contre tout processus de fragmentation. Ce principe des nationalités va gouverner les relations entre les États européens pendant tout le XIX^{ème} siècle. Il nécessite au moins deux définitions, empruntées à S. Pierré-Caps ⁵³. Tout d'abord, la *nationalité* : une communauté humaine d'origine, d'histoire et de traditions dans son inspiration collective à vivre un même destin politi-

⁵² *Ibid.*, 167-171.

⁵³ Cf. Pierré-Caps S., dans : O.Audeoud et *alii*, *op.cit.*, 20 et 216.

que, qui peut faire valoir un droit à [154] l'indépendance. Ensuite, la *minorité nationale* : un groupe de population en situation numériquement inférieure, qui vit dans un État donné, mais qui est majoritaire dans l'État voisin, une nation partagée par une frontière d'État.

La guerre de 1914, qui se termine par la défaite des Empires multinationaux consacre la victoire du principe des nationalités, dans la mesure où l'État multinational apparaît comme l'antithèse de l'État-Nation. Ce n'est qu'aujourd'hui qu'il paraît donner quelques signes d'essoufflement.

2) L'État et les collectivités locales : la singularité de l'État-Nation

Parmi les nombreux problèmes posés par la construction de l'État-Nation, on peut attacher une attention particulière à celui de l'administration locale. On sait que la Révolution fut largement un phénomène parisien et que rapidement les leaders assimilèrent les défenseurs des particularismes provinciaux (notamment les langues locales) à des contre-révolutionnaires. L'uniformité devait être aussi territoriale. On met donc à bas toute l'administration locale d'Ancien Régime. Les nouvelles circonscriptions, départementales, ont pour but une organisation plus rationnelle du territoire, et aussi plus unitaire : à l'unité du peuple doit correspondre celle de son territoire. Des collectivités locales existent bien, mais fermement tenues en main par le pouvoir central, hanté par la résurrection de toute forme corporative et la reconstitution de groupes intermédiaires entre l'individu et l'État.

De nos jours encore, le pouvoir local n'est que résiduel ; il est déterminé par des structures institutionnelles et des normes de fonctionnement imposées par le gouvernement central. Mais une fois de plus, l'exemple français est singulier : en Europe le rapport entre le centre et les périphéries peuvent être très différents, les institutions locales disposant notamment dans certains cas de l'autonomie politique, toujours refusée en France.

a) Le système français

Ses traits majeurs sont l'indivisibilité et une conception restrictive de l'autonomie.

[155]

65 L'INDIVISIBILITÉ DE LA RÉPUBLIQUE. - La logique française possède d'indéniables fondements historiques. En effet, le premier principe appliqué aux collectivités locales est celui de l'indivisibilité de la République. La constitution de 1791 disait déjà que « Le Royaume est un et indivisible ». Elle affirmait par ailleurs que : « Il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français ». L'homogénéité du corps social impose celle du pouvoir politique, qui doit s'exercer de manière identique sur tout le territoire, au moyen d'une législation et d'une organisation territoriale uniformes. On retrouve ce principe -lié à celui d'unité- dans de nombreux textes constitutionnels : Constitutions de 1793, de l'An III, de l'An VIII, de 1848 et 1946. La Constitution de 1958 ne vise plus que l'indivisibilité (nouvel art. 1er : « La France est une République indivisible »). Ce qui n'entraîne pas de changements majeurs, dans la mesure où la jurisprudence du Conseil constitutionnel et les avis majoritaires de la doctrine concordent : l'unité reste contenue dans l'indivisibilité. En 1982, le juge constitutionnel précise que le principe implique la prééminence de l'État sur les collectivités infra-étatiques. L'unité politique de l'État est reflétée par un ordonnancement constitutionnel unique, et l'unité de source normative : les collectivités locales ne disposent pas d'un pouvoir normatif initial, monopole du Parlement ⁵⁴.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur l'apparition dans la Constitution du 27 octobre 1946 du principe de libre administration des collectivités territoriales

⁵⁴ Dans une thèse récente (*De l'autonomie des collectivités territoriales françaises-Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, Paris, LGDJ, 1998), M.Joyau soutient que si le pouvoir normal normatif des collectivités territoriales n'est pas initial (car il ne prend pas sa source dans la Constitution), il est néanmoins autonome, car mis en œuvre de façon indépendante quant à ses conditions d'exercice.

(art. 87 : « Les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel »), repris dans la constitution de 1958 (art. 72, al. 2). En fait, les termes ne doivent pas tromper : la structure unitaire de l'État n'est en rien atteinte. Ni le Conseil constitutionnel, ni la doctrine ne sont parvenus à donner une définition générale de cette nouvelle notion : on l'interprète au cas par cas. Il en résulte cependant que ce principe ne peut entraîner comme dans les États fédéraux ou régionaux celui de la libre réglementation ou d'un libre gouvernement. Les collectivités locales ne disposent pas d'un pouvoir normatif initial : leurs actes sont d'application des lois, et même [156] dans ce rôle d'exécution, ils seront très souvent subordonnés au pouvoir réglementaire national, qui intervient en premier pour préciser le sens d'une législation. Elles n'apparaissent de façon prioritaire que dans les cas où le législateur leur donne directement compétence. D'autre part, la liberté des collectivités locales connaît d'autres importantes limites. D'une part, l'art. 72 al. 3 de la Constitution précise que dans les départements et les territoires, un délégué du gouvernement qui a en charge les intérêts nationaux exerce un contrôle administratif et assure le respect des lois. D'autre part, en 1985, le Conseil constitutionnel a décidé que les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ne peuvent dépendre des décisions des collectivités territoriales et doivent être les mêmes sur l'ensemble du territoire. Autrement dit, le droit des libertés publiques obéit au principe de l'unité législative. Pour A. Moyrand, «... cette conception de l'exercice du pouvoir normatif qui contribue à revaloriser la compétence de réglementation de l'État au détriment de celle des collectivités territoriales (...) constitue une atteinte fondamentale au principe de libre administration des collectivités territoriales. En effet, il n'est pas un acte des autorités locales qui, peu ou prou, ne porte atteinte à telle ou telle liberté publique (...) il est possible d'affirmer qu'une bonne part de « l'autonomie » (au sens de compétence normative) qui avait été progressivement conquise au fil des lois statutaires par les TOM a été anéantie » ⁵⁵.

En revanche, le temps a fait son oeuvre sur un point important par rapport à l'époque révolutionnaire. En effet, l'homogénéité n'est plus conçue de façon aussi stricte ⁵⁶. Les articles 73 et 74 de la constitution autorisent outre-mer la prise en

⁵⁵ Cf. Moyrand A., L' avènement de l'autonomie politique en Polynésie française, Séminaire d'anthropologie juridique et politique de l'Océanie, à paraître.

⁵⁶ Cf. notamment : Weber F., Unité de l'État et diversité régionale en droit constitutionnel français, Thèse de droit, Université Nancy II, 1997.

compte de situations particulières ; l'article 75 reconnaît aux « citoyens de la République » qui n'ont pas le statut civil de droit commun le droit de conserver leur statut personnel ⁵⁷ ; le juge constitutionnel a admis en 1995 ⁵⁸ que des législations relatives à l'aménagement du territoire soient adaptées aux particularités géographiques locales. Donc, l'indivisibilité ne postule plus l'unité de législation, à l'importante exception du domaine des libertés publiques.

[157]

Par ailleurs, le système français refuse toute autonomie politique aux collectivités infra étatiques : il n'accorde que l'autonomie administrative.

66 UNE AUTONOMIE SEULEMENT ADMINISTRATIVE. - Après deux siècles, la France est revenue sur une importante tradition révolutionnaire (et aussi monarchique) : la centralisation administrative. Les lois de décentralisation de 1982 constituent en effet un tournant important. Mais cette décentralisation reste de type strictement administratif. Certaines compétences fondamentales (relations internationales, défense) demeurent de la compétence de l'État. Cette limite n'est pas choquante, dans la mesure où elle est inhérente à la structure même de l'État-Nation (il en va autrement dans un État multinational). En dehors de ces compétences prioritaires, les autres, à différents degrés, peuvent être exercées par des groupements humains dotés d'une structure juridique (administrative ou politique) leur permettant d'édicter et d'appliquer à leur échelon territorial les mesures découlant de ces compétences. Mais intervient là une autre distinction, dans laquelle s'inscrit la spécificité du système français. En effet, le pouvoir ainsi confié à des collectivités locales peut être limité et soumis à un contrôle exigeant de la part du centre : on parle alors d'autonomie administrative, seule permise par la décentralisation française. En revanche, dans d'autres pays européens, l'autonomie est de nature politique et consiste dans l'exercice d'un pouvoir normatif de nature législative.

Rappelons tout d'abord que la centralisation peut s'accommoder de la déconcentration, technique qui consiste à reconnaître un pouvoir de décision à des

⁵⁷ Cf. Rouland N., Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français, à paraître.

⁵⁸ Décision n° 94-258 du 26 janvier 1995.

organes périphériques, qui n'en constituent pas moins des rouages de la même administration, celle de l'État. Les services centraux de l'État sont communs et regroupés autour de l'exécutif (Chef de l'État, chef du gouvernement) ; les services extérieurs (nommés « service déconcentrés » depuis la loi du 4 février 1992) n'ont qu'une compétence limitée à des fractions du territoire. La décentralisation correspond à un choix tout différent. Elle consiste à reconnaître (ou déléguer) à des entités composant l'État le pouvoir de gérer elles-mêmes leurs propres affaires, l'État ne se réservant que les questions d'intérêt national. Elle implique l'octroi de la personnalité juridique à l'entité décentralisée afin qu'elle puisse exister de manière spécifique par rapport à l'État ; ses dirigeants, en général élus, ne sont pas des agents [158] de l'État. Mais la décentralisation ne fait jamais l'économie de l'existence d'un contrôle exercé par le pouvoir central. Celui-ci peut-être plus ou moins accentué. Quand il porte sur l'opportunité d'une décision, mieux vaut parler de semi-décentralisation. La décentralisation réelle suppose que le contrôle ne s'étende pas au-delà d'un contrôle de légalité : elle implique que dans un certain nombre de matières, le pouvoir normatif soit confié aux personnes juridiques que constituent les collectivités infra-étatiques, et non plus seulement à l'État. En France, la notion d'autonomie ne sert qu'à désigner le degré de liberté dont disposent les autorités décentralisées dans la gestion des affaires locales. Il résulte de plusieurs traits : l'attribution à la collectivité d'un personnel et d'un budget propres ; l'exercice de compétences matérielles, notamment dans les domaines économiques et fiscaux.

Les types d'États permettant l'autonomie politique de certaines de leurs entités vont encore plus loin : mais on s'éloigne là du système français.

*b) Les États européens à régime d'autonomie politique
des collectivités infra-étatiques*

On peut en distinguer deux types : l'État autonome et l'État fédéral.

67 L'ÉTAT AUTONOMIQUE. - Il entend permettre à des communautés de préserver leurs traditions culturelles, ou de les interpréter afin de les adapter aux

évolutions nécessaires. C'est le régionalisme politique, pratiqué par l'Italie, l'Espagne et le Portugal (les Açores et Madère dans ce dernier cas), qui peut revêtir des appellations diverses : État régional, État des autonomies, État autonome, etc. En plus de pouvoirs administratifs, les collectivités (« communautés autonomes » en Espagne) disposent de pouvoirs législatifs et gouvernementaux.

Les lois locales ont la même valeur que les lois étatiques ; en cas de conflit, des instances spécifiques tranchent les différends. En effet, dans leur sphère de compétences, les communautés disposent d'un pouvoir exclusif : l'État ne peut réformer ou annuler leurs décisions. À la différence de la décentralisation française, elles disposent là d'un pouvoir normatif initial et autonome.

[159]

Les institutions dirigeant les communautés sont bien de nature politique : le pouvoir exécutif est exercé par un gouvernement composé de ministres ; le pouvoir législatif par un Parlement formé de députés.

Pour autant, l'autonomie ne se confond pas avec l'indépendance : les collectivités participent à un projet commun pris en charge par des organes centraux. D'autre part, les États autonomiques restent des États unitaires (ce qui prouve bien que le modèle français de ce type d'État n'est plus le seul) : leurs constitutions le précisent, l'unité se situant non pas au niveau législatif, mais à celui de l'ordonnement constitutionnel. Ainsi existe-t-il toujours des matières réservées à l'État. En Espagne, fonctionne de plus un système de compétences partagées. Dans certaines matières (régime juridique des administrations, police et système pénitentiaire, radio-télévision, etc.), la Constitution attribue à l'État le pouvoir d'édiction de normes de base que les communautés développeront. D'autre part, à la différence des États fédéraux, les statuts régissant les communautés ne sont pas des constitutions, mais des lois de l'État, ce qui signifie que les communautés autonomes ne disposent pas du pouvoir constituant, même lorsqu'elles élaborent leur propre statut. De plus, les communautés ne possèdent un appareil juridictionnel propre (à la différence des États fédéraux) : le contrôle des normes qu'elles émettent appartient à des juridictions étatiques.

Si l'autonomie politique ne peut être l'indépendance, il reste qu'elle se sépare radicalement de l'autonomie administrative à la française. Comme l'écrit à juste titre A. Moyrand : «... au contraire de la décentralisation (processus purement

administratif) qui implique, comme son nom l'indique, un transfert du pouvoir du Centre vers la périphérie, l'autonomie doit être comprise comme un Droit (une Liberté constitutionnelle) de la communauté territoriale à la participation, à travers ses propres organes, au gouvernement et à l'administration des affaires qui la concernent ».

Une fois de plus, on mesure la pesanteur de l'histoire sur le droit positif. En effet, on peut toujours comparer à l'envi les avantages et inconvénients respectifs des différents systèmes que nous venons d'envisager. Ces discussions restent assez vaines quand on les confine à un point de vue purement structurel, comme le font malheureusement beaucoup de juristes positivistes. L'essentiel est en effet de s'apercevoir que ces différents types d'organisation correspondent à des expériences historiques elle-même diverses : l'histoire de la formation de l'État [160] français n'est pas la même que celle des États italien ou espagnol. Dans certains cas, l'assimilation a été poussée, dans d'autres non. De plus, il convient simultanément de prendre en compte l'état présent des revendications identitaires. Pour nous limiter au cas de la France, il y a eu un problème breton, le problème corse subsiste, il n'y a pas de problème picard ou limousin... Plus que jamais, il convient de se souvenir des sages paroles de Montesquieu : « Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits (...) mais qui frappent infailliblement les petits. Ils y trouvent un genre de perfection qu'ils reconnaissent parce qu'il est impossible de ne pas le découvrir ; les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'État, la même religion dans toutes ses parties. Mais cela est-il toujours à propos, sans exception ? (...) la grandeur du génie ne consisterait elle pas mieux à savoir dans quels 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 ? » ⁵⁹.

L'histoire explique aussi la nature particulière des États fédéraux européens.

68 L'ÉTAT FÉDÉRAL EN EUROPE. - Pour n'envisager que les démocraties occidentales, l'État fédéral n'existe pas qu'en Amérique du Nord (il n'est donc pas le propre des États de superficie et populations importantes). On le trouve

⁵⁹ Montesquieu, *L'Esprit des lois*, XXIX, 18. [Livre disponible dans [Les Classiques des sciences sociales](#). JMT.]

aussi en Europe ⁶⁰. Les processus historiques qui y ont conduit sont au moins de deux types : par agrégation, ou par désagrégation, comme le précisent C. Grewe et H. Ruiz Fabri ⁶¹.

L'agrégation recouvre le cas de l'Allemagne et de la Suisse. L'Allemagne a connu d'abord des pactes restreints, puis une Confédération, avant de constituer en 1871 l'Empire, première forme fédérale moderne dans ce pays, qui subsiste jusqu'à nos jours, sous la forme de la République fédérale, y compris après la réunification, qui ne l'a altérée en rien. La Suisse a d'abord pris le nom de Confédération, unissant un nombre croissant de cantons. Elle se dote d'une Constitution fédérale en 1874. Aujourd'hui, elle incarne en Europe le type de fédéralisme le plus poussé.

[161]

La désagrégation concerne l'Autriche et la Belgique. À la suite de la défaite et de l'effondrement de l'empire d'Autriche-Hongrie, l'Autriche devient État fédéral en 1918, non sans hésitations, un premier projet élaboré par l'Assemblée nationale provisoire ayant d'abord prévu une Constitution unitaire, repoussée par les *Länder*. Cependant, pendant longtemps, ce fédéralisme demeure restreint. Il ne s'est ravivé que récemment. La Belgique constitue le cas le plus récent d'État fédéral européen, puisqu'il date seulement de la révision constitutionnelle du 5 mai 1993. Le nouvel article 1er déclare que : « la Belgique est un État fédéral, qui se compose des communautés et des régions ».

Le choix du régime fédéral repose ici sur une histoire particulièrement tourmentée. Après dix-huit ans d'occupation française, le Congrès de Vienne (1815) crée le royaume de Belgique et des Pays-Bas, confié un roi hollandais, Guillaume Ier. Mais le clivage entre le Nord, néerlandophone, protestant et conservateur, et le sud, francophone, catholique et progressiste, est si profond qu'en 1830, une révolution chasse les Hollandais et proclame l'indépendance de la Belgique. Mais durant tout le XIX^{ème} siècle, de graves crises politiques internes se succèdent, dominées par trois problèmes : l'enseignement, le système électoral et la question linguistique. Cette dernière rebondit dans la deuxième moitié du XX^e siècle, à

⁶⁰ Si on y inclut la Russie, l'Europe compte un État fédéral de plus.

⁶¹ Cf. Grewe C. et Ruiz-Fabri H., *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, pp 293-297.

partir des années soixante. En 1963, on institue quatre régions linguistiques (celle de Bruxelles étant bilingue). Mais loin de stabiliser la situation, cette réforme accélère la fragmentation, que traduisent les réformes successives de l'État. En 1970, une révision constitutionnelle généralise la distinction en groupes linguistiques, tandis que sont simultanément créées dans les quatre précédentes régions linguistiques trois communautés culturelles (néerlandophone, française et germanophone), chacune dotée de compétences et d'institutions propres : c'est une illustration du système de personnalité des lois, connu aux origines de l'Europe et préconisé au début du siècle par le théoricien de l'État multinational, K. Renner. En 1980, le constituant organise les institutions régionales. En 1993, l'État fédéral est consacré par l'élection directe des conseils des entités fédérées et de nouveaux transferts de compétences. Ces réformes récentes consacrent une lente évolution, en laquelle certains voient une dissolution.

Sur un plan plus abstrait, et quelle que soit son histoire, l'État fédéral se classe dans la catégorie des États composés : en son sein co-existent plusieurs entités, aux appellations diverses : provinces, régions, cantons, [162] États fédérés, États membres, etc. L'autonomie de ces diverses entités est poussée : l'État-membre établit et modifie lui-même sa Constitution ; il possède un exécutif, un Parlement et un système juridictionnel. Dans sa sphère de compétences, définie par la constitution de l'État fédéral, il dispose du pouvoir d'édicter des législations et des réglementations. Par ailleurs, les États fédérés participent à la formation des institutions fédérales et à l'adoption des décisions concernant l'État fédéral tout entier. Cependant, l'État-membre n'est évidemment pas indépendant. Son lien avec l'État fédéral s'exprime de plusieurs manières. L'État fédéral possède lui-même un ordonnancement constitutionnel, des pouvoirs législatifs, exécutifs et juridictionnels. Quand il promulgue une loi dans les matières relevant de sa compétence, cette loi s'impose immédiatement dans chacun des États-membres. D'autre part, en cas de conflit entre le droit de l'État fédéré et celui de l'État fédéral, le contrôle juridictionnel est toujours assuré par un organe fédéral. En Belgique, c'est le rôle de la Cour d'arbitrage. Elle est composée de façon paritaire par les représentants des deux grandes communautés linguistiques, flamands et francophones. Elle peut être saisie soit par les juridictions inférieures par voie de question préjudicielle, soit directement par des recours en annulation. Elle peut prononcer la suspension

ou l'annulation de textes qu'elles estime contraires aux règles répartitrices de compétences.

Quelque soit leur avenir, ces diverses solutions heurtent les habitudes françaises. On admet encore que ce type de pluralisme puisse servir à régir de vastes États, comme en Amérique du Nord ; on comprend mal qu'il puisse s'appliquer à des territoires plus petits que la France. C'est avoir la mémoire courte puisque notre pays a vécu la plus grande partie de son histoire dans le cadre d'un pluralisme juridique, même si ce dernier fut tôt contrebalancé par les aspirations centralisatrices de la monarchie. Mais la réalisation concrète de l'État français unitaire mit beaucoup de temps à s'effectuer ; elle ne date guère que de la III^e République, il y a juste un peu plus d'un siècle. D'autre part, si l'État-Nation à la française suscita beaucoup de tentations dans l'Europe du XIX^e, un autre modèle tenta aussi de s'y édifier, celui de l'État multinational, dont l'idée connaît aujourd'hui un renouveau certain dans le cadre de la gestion des conséquences de la disparition des [163] régimes communistes en Europe, notamment du problème des minorités, niées par la tradition française.

C) L'État multinational en Europe

On pourrait croire *a priori* que cette forme politique fut en Europe un échec. Les décès successifs de l'Autriche-Hongrie, la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie (sans compter l'Union soviétique, État multinational d'un type à vrai dire assez particulier) le prouveraient. Opposition symbolique : à la fin du XVIII^e, les ordres étaient donnés en latin dans les armées autrichiennes afin de ne pas éveiller les susceptibilités identitaires ; à Valmy, en 1792, c'est au cri de « Vive la nation ! » que les soldats-citoyens remportent la première grande bataille de la Révolution française. Plus tard, après la première guerre mondiale, la France jouera un rôle déterminant dans le démembrement de la Hongrie. On s'en souvient encore dans ce pays. L'État-Nation semble l'avoir emporté sur l'État multinational. Avec le recul du temps, cette conclusion semble moins assurée. D'une part parce que la dislocation de l'empire soviétique ramène sur le terrain le problème des minorités nationales ancrées dans un passé en partie ressuscité. D'autre part, parce qu'un

examen plus attentif de l'histoire est nécessaire afin de statuer sur les causes réelles des incapacités de l'État multinational. Pour ce faire, nous étudierons d'abord les faits historiques, avant d'envisager les théories juridiques de l'État multinational.

1) Les faits historiques

Il nous faudra premièrement insister sur les traits particuliers de l'idée nationale en Europe centrale. Puis, nous envisagerons deux cas : l'Autriche-Hongrie, la Yougoslavie ⁶².

[164]

69 LES NATIONS NOBILIAIRES EN EUROPE CENTRALE. - Jusqu'à la Révolution, la France connaît un système politique où le pouvoir est centralisé par un monarque qui doit constamment brider les ambitions d'une aristocratie privilégiée. Comme on ne le sait pas toujours, ce sont les privilégiés qui firent échouer les réformes de la monarchie, sous Louis XVI notamment. Cependant, le pouvoir politique, dans son principe, appartient au roi. En Europe centrale, il n'est pas non plus question de démocratie. Mais à partir de là, les différences s'affirment : elles tiennent principalement au fait que la noblesse y est plus puissante. La couronne royale est élective, comme en Hongrie, en Bohême (ou, plus au nord, en Pologne ⁶³). En Hongrie, dès 1222, la Bulle d'or garantit les privilèges de la noblesse et prévoit même un droit à l'insurrection au cas où le souverain y porterait atteinte. Comme le fait remarquer S. Pierré-Caps, elle semble faire écho à la Grande Charte anglaise de 1215, concédée par Jean sans Terre à son aristocratie révoltée. Mais l'histoire sera différente : en Angleterre, il en résultera progressi-

⁶² S. Pierré-Caps a consacré de nombreux écrits à l'Autriche-Hongrie et à la Yougoslavie. On consultera notamment : *La Multination*, Paris, Odile Jacob, 1995, pp. 227-241 ; ainsi que ses développements sur le mouvement des nationalités dans l'empire des Habsbourgs dans : N. Rouland (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, *op.cit.*, 95-103.

⁶³ Louis XIV ne voyait pas d'un bon œil les monarchies électives. Le protocole de réception à Versailles faisait marcher l'émissaire du roi de Pologne derrière les ambassadeurs des monarchies héréditaires, « *parce que son maître n'était qu'électif* », ainsi que le rapportent les *Mémoires* du baron de Breteuil, maître de ce cérémonial à la cour du Roi-soleil.

vement l'affirmation d'un pouvoir parlementaire, alors qu'en Hongrie le pouvoir nobiliaire en sera le principal bénéficiaire. La noblesse n'est cependant pas seul maître du jeu : elle doit aussi compter sur d'autres groupes privilégiés, comme le clergé et la bourgeoisie. Cette alliance s'exprime sociologiquement dans une société d'ordres, groupés -mais distincts- pour mieux défendre leurs privilèges. Sur le plan politique, elle prend à partir du XIII^e siècle la forme d'assemblées d'États, nommés diètes en Europe centrale. La nation ne possède donc pas les traits qu'on lui prête aujourd'hui, soit dans la tradition allemande (ethnique, c'est-à-dire fondée sur une histoire, une langue et un territoire communs), soit dans la tradition révolutionnaire française (le partage d'un certain nombre de valeurs dans un projet d'avenir, qui transcende les particularismes historiques). On ne peut la qualifier que de « nobiliaire », dans le sens aristocratique du terme. Cependant, en Europe centrale même, toutes les sociétés politiques ne sont pas parvenues à ce stade. Certaines nations, classées par les historiens comme « sans histoire », n'ont pas pu constituer d'État dans le sens politique du terme, dans la mesure où leur noblesse fut inexistante ou ne parvint pas à [165] obtenir le type de garanties précédemment citées. Ce fut notamment le cas des Ruthènes, Slovaques et Slovènes. D'autres, plus chanceuses (Tchèques, Croates, Magyars, Polonais), purent invoquer leur filiation étatique pour résister aux pressions impériales d'unification. Mais au milieu du XIX^e siècle, c'est le « printemps des peuples », qui fleurit en diverses insurrections un peu partout en Europe, revanches des « nations sans histoire ». L'influence des idées de la Révolution française, notamment du principe des nationalités déduit de l'État-Nation, y a beaucoup contribué. En effet, puisque chaque nation, comme la France, a maintenant droit à un État, les « nations sans histoire » l'invoquent, et l'opposent à la singularité des « nations historiques ». Si l'idée est claire, sa concrétisation sera beaucoup plus tourmentée, notamment dans le cas de l'Autriche-Hongrie, comme nous allons le voir.

70. LES HABSBOURGS ET LE PROBLÈME NATIONAL. - La puissance de la maison des Habsbourg possède des origines historiques lointaines. Au cours des XIV^e et XV^e siècles, ils étendent leurs possessions dans la partie orientale du Saint Empire. En 1432, Albert II devient Empereur, fondant ainsi une quasi-hérédité de sa famille dans la succession au trône impérial : de 1438 à 1806

(sauf entre 1742 et 1745), les archiducs d'Autriche reçoivent le titre de Saint Empereur Romain Germanique.

À la fin du XVIII^e et au début du XIX^e siècles, l'Empire connaît une fièvre unitaire, d'origine plus ou moins directement française. Tout d'abord, en 1780 monte sur le trône Joseph II, acquis aux idées des Lumières. Il fait preuve d'un grand activisme législatif, adoptant en dix ans de règne environ 10,000 décrets et 11,000 lois nouvelles, et essayant par ailleurs de centraliser l'administration impériale. Mais ces réformes ne furent pas toujours bien accueillies, car elles heurtaient les sentiments identitaires. À sa mort, la Hongrie et la Belgique sont en pleine révolte. Son frère et successeur, Léopold II, fut contraint de revenir sur la plupart de ses innovations, et notamment de reconnaître la Hongrie comme une unité séparée des territoires des Habsbourg. D'autre part, quelques années après, commence la période des invasions françaises : d'abord de la République, ensuite de Napoléon. De 1815 à 1848, l'Autriche de Metternich mène une politique conservatrice, et ne parvient pas à résoudre l'agitation grandissante des peuples compris dans l'Empire. Éclate alors en 1848 une crise révolutionnaire plus grave en Autriche [166] qu'ailleurs. Metternich doit démissionner. Dès lors s'ouvre une longue période d'hésitations constitutionnelles. En octobre 1848, le Parlement de Kremsier (une ville de Moravie, plus paisible que Vienne, en proie à une grande agitation) voit s'affronter les partisans du fédéralisme « historique », privilégiant les nations « historiques », à ceux du « fédéralisme ethnique », plus favorable aux « nations sans histoire » et valorisant les nations slaves, qui devaient jouer le rôle de remparts contre le pangermanisme et le panslavisme russe. Les projets de compromis échouèrent. En 1861, François-Joseph adopte une Constitution centralisatrice, la *patenta* du 26 février 1861. Mais en 1866, il est vaincu par la Prusse lors de la bataille de la Sadowa. En position de faiblesse, il doit transiger, et en 1867, il divise l'Empire en deux États, la Cisleithanie (Autriche) et la Transleithanie (Hongrie), égaux en droits et soumis au même souverain. Ce compromis donne à la Hongrie sa propre constitution, dans le cadre d'une monarchie dualiste : l'Empire austro-hongrois est né. Mais le caractère multinational de cette nouvelle formation politique est réduit, car il avantage l'Autriche et la Hongrie, au détriment d'autres nations historiques, comme les Croates et les Tchèques, sans parler des « nations sans histoire ». En effet, la Hongrie recouvre la Transylvanie, les

Croates et les Roumains ; l'Autriche inclut les territoires non magyars de la monarchie (Slovénie actuelle, Bohême, Galicie).

Pour autant, sur le papier au moins, les choses auraient pu évoluer de façon souple. En effet, l'article 19 de la Constitution autrichienne de décembre 1867, s'inspirant largement de l'article 21 de la Constitution de Kremsier, stipule : « Tous les groupes ethniques (*Volksstämme*) de l'État sont égaux en droit. Chaque groupe ethnique a un droit inviolable à la conservation et à l'entretien de sa nationalité et de sa langue. L'État reconnaît à toutes les langues usuelles dans un pays l'égalité des droits dans l'école, dans l'administration et dans la vie publique. Dans les pays où résident plusieurs peuples, les établissements d'enseignement public seront organisés de telle façon que, sans qu'il y ait de pression exercée pour l'enseignement d'une deuxième langue du pays, chaque peuple ait à sa disposition les moyens nécessaires pour être instruit dans sa langue ». Mais le ravalement de l'allemand au statut de langues régionales ne résista pas aux circonstances historiques. En raison du morcellement territorial de l'Autriche, il devint au contraire langue véhiculaire, d'autant plus que la Prusse s'apprêtait à réaliser l'unité de [167] l'Allemagne. La Hongrie au contraire, tout en restant dans le cadre de la Double Monarchie, avait fait le choix de l'unité politique de la nation : d'après une loi sur les nationalités de 1868, la langue hongroise avait rang de langue d'État. Cependant, au nom de l'égalité des droits de tous les citoyens de l'unique nation, chacun gardait l'usage privé et public de sa propre langue maternelle. À la différence de l'Autriche, ce droit était donc strictement individuel. Mais il existait. Pour autant, il ne servit guère. Car les Hongrois interprétèrent la Constitution de 1867 de façon minimaliste, poursuivant en fait une politique de magyarisation forcée correspondant à la logique d'un État national. On ajoutera que François-Joseph, suivant une politique traditionnelle des Habsbourg, loin de chercher à réduire les contradictions nationales, s'appuyait au contraire sur elles suivant le vieil adage : diviser pour régner.

L'État multinational était mal parti. Ses nations directrices poursuivaient largement leurs propres intérêts. Quant aux autres, elles estimaient avoir été oubliées par le compromis fondateur. Dès lors, le principe des nationalités à la française -à chaque nation son État- allait leur servir pour faire rebondir l'histoire, d'autant plus que le premier conflit mondial allait disloquer l'Empire austro-hongrois. En 1918, les Tchèques s'unissent aux Slovaques ; les Croates aux Slovènes et aux

Serbes. Après le second conflit mondial, la rigidité des régimes communistes parvient à l'emporter sur les forces centrifuges. On sait ce qu'il en est advenu aujourd'hui, où la séparation des premiers fut pacifique, des autres dramatique. Comment expliquer, même brièvement, le naufrage de la Yougoslavie ?

71. LE NAUFRAGE YUGOSLAVE. - Le royaume yougoslave naît en 1918. Il repose sur l'idée d'union politique des Slaves du sud, mais est placé sous le signe de l'ambiguïté. Ce royaume unit-il les parties d'une même nation séparées par l'histoire, ou s'agit-il seulement d'une association de communautés distinctes au sein d'une même nation ? La nouvelle monarchie s'intitule : « Royaume des Serbes, Croates et Slovènes », ce qui semblerait confirmer l'hypothèse plurielle. Mais elle est démentie par l'évolution historique. La Constitution du 18 juin 1921 abolit les anciennes provinces, et réorganise l'administration territoriale en s'inspirant de l'exemple français, puisqu'elle divise les États en départements et arrondissements. D'autre part, la démarche [168] unitaire profite aux Serbes, ce qui ravive les tensions. En 1929, l'orientation en faveur de l'État-Nation se précise : le royaume est maintenant celui de Yougoslavie, gouverné par un régime très autoritaire. Du coup, lors de l'invasion allemande, les nationalistes croates se rangent du côté des nazis et inaugurent le « nettoyage ethnique » des Tziganes, Juifs et Serbes, ces derniers restant évidemment en faveur de la monarchie.

Après la guerre et la victoire des communistes, tout semble changer. Le nouveau régime est celui d'une « République socialiste fédérative de Yougoslavie ». Elle englobe six républiques : la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, le Monténégro, la Serbie (qui inclut les deux provinces autonomes du Kosovo et de Voïvodine), ainsi que la Slovénie. La capitale est Belgrade, située en république de Serbie. La Yougoslavie possède trois langues officielles : le serbo-croate (parlé par 75 pour cent de la population), le slovène, le macédonien. La Constitution institue la séparation de l'Eglise et de l'État et garantit la liberté de culte. Près de la moitié de la population appartient à l'Eglise orthodoxe, 30 pour cent sont catholiques romains (en majorité les Croates et slovènes), environ 10 pour cent sont musulmans (en raison de l'ancienne influence de l'Empire ottoman dans cette région). Le fédéralisme ici pratiqué prend évidemment pour modèle le système soviétique. Le socialisme en est la base. Il doit en principe permettre l'épanouissement des cultures nationales dans une société sans clas-

ses. Cependant, le fédéralisme yougoslave va prendre assez rapidement un autre chemin, après la rupture entre Tito et Staline, en 1948. Les lois constitutionnelles de 1953 introduisent l'idée d'autogestion, très prisée par les socialistes français jusqu'à la fin des années soixante et dix. La Constitution de 1963 voudra combiner cette idée avec le fédéralisme multinational. L'autonomie des républiques fédérées, constituées de plusieurs peuples, s'en trouva renforcée, tendance accentuée par des réformes politiques et constitutionnelles ultérieures. Théoriquement, en vertu du marxisme-léninisme, cette autonomie ne devait pas dégénérer en nationalismes, dans la mesure où partout régnerait en maître le peuple travailleur. De plus, elle empêchait la formation d'une nation yougoslave dont l'histoire laissait à penser qu'elle tournerait à l'hégémonie serbe, qui aurait justement, en réaction, avivé les autres nationalismes. Le caractère multinational de la fédération était donc la condition de sa survie. Tel était le but de la dernière Constitution yougoslave, celle de 1974. Avec le recul du temps, on peut penser que l'idée était bonne... mais ici [169] encore, l'histoire en décida autrement. Les raisons n'y manquèrent pas. D'une part, la faillite économique du régime, dès le début des années 70. D'autre part, la disparition de Tito (1980). Enfin, l'écroulement général du communisme en Europe centrale dix ans plus tard, et l'éclatement de la fédération yougoslave.

En 1990, le serbe Slobodan Milosevic est élu président. Sa politique attise les conflits nationalistes. *De facto*, la République socialiste fédérative de Yougoslavie cesse d'exister en 1991. Lui succède en théorie (l'ONU refuse d'y voir son continuateur, mais lui permet de formuler une demande d'adhésion en son propre nom, ce qui est fait et accepté) en 1992 la République fédérale de Yougoslavie, composée des républiques de Serbie et de Monténégro, ainsi que des anciennes provinces autonomes du Kosovo et de Voïvodine. En mai 1992, la Bosnie Herzégovine est reconnue par l'ONU comme nation indépendante, ce que confirment en 1995 les Accords de Dayton, qui comportent en annexe la Constitution de cet État. Malheureusement, comme l'observe S. Pierré-Caps, sa forme politique est celle de l'État-Nation, dont on peut douter qu'il réussisse davantage à exprimer le caractère pluriel des sociétés politiques de cette région. Mais il paraît évident d'opposer que les multiples échecs de l'État multinational, en Autriche-Hongrie comme ici, ne l'inscrivent pas plus dans les solutions envisageables. Ce constat est-il si avéré ?

72. L'ÉTAT MULTINATIONAL, UNE IMPASSE ? - Au minimum, le débat est possible. D'un côté, il est certain que les avantages supposés d'une forme politique ou sociale doivent subir l'épreuve de la réalité. On a pu trouver au communisme bien des vertus, notamment au sein de l'intelligentsia française. Le rideau est tombé il y a dix ans sur une scène dont les acteurs avaient davantage accablé que libéré les peuples européens. En Afrique du Sud, les idéologues de l'apartheid se réclamaient d'un développement séparé justifié par les diversités culturelles, s'accomplissant par l'égalité dans la différence, et réciproquement. La pratique montra que ces idées n'étaient que fausse monnaie. Quant au libéralisme économique, qui semble aujourd'hui vainqueur, un temps viendra peut-être où on en écrira à son tour le livre noir. Il reste que les choix ne sont pas illimités. Comme nous l'avons dit au début de cet ouvrage, l'histoire peut expliquer certaines données du présent : en ce sens, il serait illusoire de ne pas en tenir compte. Mais [170] elle ne donne pas de solutions pour l'avenir, seulement des inspirations : c'est l'homme d'aujourd'hui qui fait son avenir. En ce sens, il ne suffit pas de constater que certaines expériences historiques ont avorté. Encore faut-il considérer les conditions de ces échecs, dont le recul historique peut nous convaincre du caractère initial.

Dans les lignes qui précèdent, nous avons considéré les cas de l'Autriche-Hongrie et de la Yougoslavie. Nous avons vu que la Double Monarchie n'était en réalité que superficiellement multinationale : son souverain jouait plus la division que l'association, les nations dominantes étaient loin de représenter l'ensemble des nationalités et des peuples, chacune d'elles avait tendance à jouer son propre jeu. Si on y ajoute la catastrophe européenne de la guerre de 14, les chances de survie étaient inexistantes.

Quant aux diverses expériences yougoslaves, le même constat s'impose, bien que ce soit dans un contexte différent. D'abord, dès son début monarchique, le pluralisme ne fut que de façade. D'autre part, la politique impérialiste de la Serbie jouait contre un équilibre pluriel. Enfin, l'échec du communisme -fût-il titiste- à unifier les peuples dans une société sans classes constituée de travailleurs privait ce corps en projet de sa colonne vertébrale. Pour autant, on aurait peut-être tort de qualifier trop vite de purement artificielle la fédération yougoslave, uniquement à la mesure de l'intensité des massacres récents. D'après de nombreux témoignages ainsi que les chiffres du dernier recensement pratiqué dans la fédération (en

1983), les rapports entre les différentes communautés n'étaient pas systématiquement hostiles, ni exclusifs d'un sentiment d'appartenance yougoslave. Mais force est de constater que ces données positives ne furent pas suffisantes.

En tout cas, on peut soutenir que les conditions dans lesquelles se déroulèrent ces deux expériences d'État multinational ne condamnent pas l'idée multinationale en elle-même. Comme tous les concepts, elle est susceptible d'interprétations diverses en fonction de l'époque à laquelle on les envisage. C'est pourquoi les théories des juristes qui ont essayé de penser l'État multinational sont aujourd'hui redécouvertes, dans la mesure où certains constitutionnalistes considèrent qu'elles sont au moins en partie réemployables, surtout dans des régions de l'Europe caractérisées par leur hétérogénéité ethnique.

[171]

2) La théorisation juridique de l'État multinational

Compatriote et antithèse doctrinale de Kelsen, K. Renner s'illustra au début du siècle par sa théorie du fédéralisme personnel ⁶⁴.

73. LE FÉDÉRALISME PERSONNEL DE K.RENNER. - Né en 1870 en Moravie dans une famille de petits paysans, K. Renner fut d'abord bibliothécaire au Parlement de Vienne. Il sera appelé à de hautes fonctions et deviendra deux fois Chancelier d'Autriche (en 1918 et 1945), et Président de la seconde République autrichienne. Il mourut en 1950. Sa vie durant, il crut à la possibilité de réformer la société par le droit. Mais son point de vue est aux antipodes de l'analyse abstraite de Kelsen (qu'il chargea quand même de préparer une constitution en 1918). Pour Kelsen, le droit est neutre et sans projet. Renner appartient au courant socialiste autrichien (austro-marxisme) et croit que le droit est le reflet des situations politiques, économiques et sociales. Il consacra sa vie à penser juridiquement la nation. Il n'a pas trente ans quand se tient à Brunn, en septembre 1899, le Congrès du Parti social-démocrate autrichien. Il projette la transformation de l'Autriche-Hongrie en un État démocratique fédératif de nationalités, fondées sur

⁶⁴ Sur la pensée de K. Renner, cf. Pierré-Caps S., K. Renner et l'État multinational, *Droit et Société*, 27, 1994, 421-441.

le principe de l'autonomie nationale. Celui-ci doit déboucher sur la constitution de corporations d'auto-administration nationale (*Selbstverwaltungskörper*) dotées d'organes représentatifs élus au suffrage universel direct, et formées en fonction du principe de personnalité. *A priori* rien à voir avec la conception française où la Nation et l'État se confondent, les citoyens-individus formant un tout homogène, réaffirmée au début de notre siècle par Carré de Malberg, pour lequel l'État ne peut que personnifier la Nation. Dans sa décision sur la Corse (9 mai 1991), le Conseil constitutionnel la prolonge en affirmant que : « la Constitution... ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français, sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Chez Renner au contraire, la Nation s'interpose entre l'État et l'individu. Elle devient une personne juridique, une unité corporative de droit public, conception [172] qui influença la théorie de l'institution du juriste français M. Hauriou, demeuré minoritaire dans notre doctrine.

K. Renner atteint l'âge mûr dans le cadre de la Double Monarchie. Sa désintégration ne le décourage nullement : il continue à croire dans l'idée multinationale. Car les États subsistant après l'écroulement de l'Empire, bien qu'en principe constitués sur la base du principe des nationalités, restent composés de populations multiples et mélangées. On peut résumer sa pensée (largement contenue dans son ouvrage : *Le droit des Nations à l'autodétermination*, publié en 1918) en deux principes : la détermination subjective de l'appartenance nationale, la dénationalisation de l'État.

Tout d'abord, Renner combine ce qui est présenté actuellement comme difficilement conciliable : les conceptions allemande et française de la nation, aujourd'hui canoniquement opposées. La nation est pour lui avant tout une réalité culturelle : elle s'exprime par une langue, une littérature et une histoire communes. Mais elle ne doit pas se confondre avec un État, car cette identification engendre presque fatalement le nationalisme et ses conflits. Pour autant, l'individu doit rester libre de choisir son appartenance nationale, afin d'éviter que sa liberté soit contrainte par le groupe. Renner se raccorde ici à la théorie élective française, mais fait du principe des nationalités un droit individuel, non plus une règle de constitution des États (à chaque nation son État), mais d'organisation interne de l'État (plusieurs nations au sein d'un État). Concrètement, la mise en oeuvre de ce fédéralisme personnel que propose Renner pour l'Autriche est assurée par la constitution d'« associations nationales ». Elles rassemblent tous les individus de mê-

me nationalité, à partir d'une libre déclaration de chaque citoyen sur un cadastre national, quel que soit son lieu de résidence. Du coup, l'État est dénationalisé, puisque la nation acquiert une personnalité morale de droit public et perd sa référence territoriale, sans laquelle l'État ne saurait exister. Comme l'écrit S. Pierré-Caps : « A la nation désétatisée correspond un État dénationalisé » ⁶⁵. La construction paraît abstraite. Ce n'est pourtant pas le cas. D'une part, elle tient aux conditions particulières de l'Europe centrale, où aux différentes populations ne correspondent pas des ancrages territoriaux exclusifs. Elles sont au contraire mélangées à des degrés divers dans des zones géographiques différentes. Dès lors, le moule juridique [173] de l'État-Nation ne peut ici que se fracturer, sauf si l'on applique les solutions du « nettoyage ethnique », avec les conséquences que l'on sait. D'autre part, Renner associe à la détermination subjective de la nation une répartition des compétences. À l'État multinational revient la gestion commune des affaires politiques (défense, relations extérieures, économie et finances), ce qui n'en fait nullement un État minimal. À la nation corporative, la gestion autonome de ses affaires. Puisque pour Renner la nation se définit par sa culture, ces affaires seront culturelles : langue, religion, traditions historiques.

Mais l'histoire n'a-t-elle pas condamné ces spéculations à rester lettre morte ? En effet, l'Autriche devient bien une République fédérale en 1920 (amendée en 1929, ainsi que par plusieurs lois postérieures à 1945), mais ce fédéralisme est beaucoup plus classique que celui auquel pensait Renner. Le découpage en provinces est en effet d'ordre territorial, et ne reprend pas le principe de détermination subjective de l'appartenance nationale. On peut donc se demander si la pensée de Renner n'appartient pas seulement à l'histoire des idées politiques.

74. LA PENSÉE DE K. RENNER AUJOURD'HUI. - Remarquons d'abord qu'au début du siècle, le système de l'autonomie personnelle connut quelques réalisations. Il fut partiellement introduit en Moravie en 1905-1906 sous la forme d'un cadastre national, d'abord purement électoral : il servait à déterminer les circonscriptions nationales tchèques et allemandes, ou étaient élus les représentants des deux communautés aux deux curies nationales de la Diète morave. Puis le compromis sera étendu aux affaires scolaires, chaque nationalité organisant l'en-

⁶⁵ *Ibid.*, 433.

seignement dans la langue maternelle. En 1910, un accord similaire intervient en Bukovine (territoire aujourd'hui partagé entre la Roumanie et la Moldavie) entre les Allemands, Polonais, Ruthènes, Roumains et Juifs. Après le premier conflit mondial, la carte de l'Europe est bouleversée. Des frontières sont déplacées, des populations transférées, de nouveaux États créés. Mais les réalités nationales demeurent, qu'une nation soit divisée en plusieurs États, ou qu'un État regroupe plusieurs nations, le tout donnant une importance nouvelle au problème de minorités ainsi multipliées. Le cas le plus frappant est celui de la Hongrie, que le traité de Trianon, où l'influence de la France fut prépondérante, prive des deux tiers de son territoire historique. Le principe de personnalité cher à Renner aurait pu être très utile dans ce nouveau contexte. Mais la France [174] était le principal vainqueur de l'affrontement (encore que l'appui des États-Unis eût été déterminant) et restait attachée au principe de l'État-Nation. Avec la Grande-Bretagne, elle consentit quelques mesures de protection aux individus minoritaires, mais fut hostile (comme aujourd'hui) à leur constitution en entités juridiques collectives, à la différence du choix de Renner. Cependant, le principe de personnalité fut brièvement consacré dans le droit positif des États baltes. Tout d'abord, la loi du 10 janvier 1920 sur les communes juives en Lituanie, sans avenir en raison de la montée du fascisme dans ce pays. Plus intéressante, la loi du 12 février 1925 sur les minorités en Estonie : elle organise un registre de nationalité, sur lequel il y a deux manières de figurer. Tout d'abord, de façon objective : sont considérées comme minorités les nationalités allemande, russe et suédoise ainsi que tout groupe comprenant plus de trois mille personnes. Cependant, cette détermination objective peut s'effacer devant un choix subjectif : l'inscription sur le cadastre peut aussi procéder d'une démarche propre à l'individu. Il peut ainsi rompre avec son appartenance nationale de naissance. Chaque minorité estonienne est dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, et représentée dans la capitale de l'État par un Conseil culturel. Sa compétence concerne surtout les questions linguistiques et scolaires. Mais comme en Lituanie, l'évolution vers la dictature anéantira ces dispositions. On les retrouve cependant en partie dans une loi du 25 octobre 1993 sur *L'autonomie culturelle des minorités nationales* : tous les Estoniens ont le droit de choisir librement leur groupe national en fonction de leurs origines ethniques. Récemment, le principe de l'autonomie personnelle a aussi bénéficié à la Hongrie, qui l'avait vainement réclamée après chacun des deux conflits mondiaux. Il est institué dans une loi du 7 juillet 1993. Les minorités allogènes hongroises (Tzi-

ganes, Allemands, Slovaques, Croates, Roumains, Polonais, Serbes, Slovènes, Grecs, Bulgares, Arméniens et Ruthènes, énumération impressionnante qui ne doit pas cacher qu'elles ne représentent que 5 à 10 pour cent de la population totale) sont invitées à se constituer en corporations de droit public au niveau municipal, afin de gérer leurs affaires linguistiques, dans un esprit conforme à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (que la France refuse jusqu'ici de signer). On précisera que cette loi interne est aussi à usage externe. En fait, les autorités hongroises espèrent qu'elle aura valeur de modèle pour les États voisins, dans lesquels existent d'importantes minorités [175] hongroises (d'ailleurs, les Hongrois de Transylvanie roumaine ainsi que ceux de la Voïvodine serbe ont réclamé une autonomie culturelle reposant sur une base personnelle). Mais la pensée de Renner ne vaut-elle que pour couturer les divisions subsistant encore de l'issue du premier conflit mondial ? Avec S. Pierré-Caps ⁶⁶, on peut penser que non.

Tout d'abord, à la suite de l'effondrement de l'empire soviétique, on ne sait que trop combien les problèmes tenant à la composition plurielle des États d'Europe centrale sont réapparus. Au point que les institutions européennes subordonnent l'adhésion de ces nouveaux États à l'élaboration de statuts juridiques protecteurs de leur minorités, afin que l'élargissement de l'Europe puisse se faire de manière pacifique. D'autre part, l'intégration européenne conduit progressivement vers une organisation politique supra-nationale constituée par addition de compétences transférées par les États-Nations membres. Mais au terme même du traité de Maastricht (art. F), l'Union doit respecter l'identité nationale de ses États-membres. On peut penser qu'une fois les transferts de compétence achevés, cette identité nationale sera encore davantage d'ordre culturel. Dès lors, l'Europe pourrait représenter une forme politique supra-nationale où les nations subsisteraient, mais définies avant tout sur le plan culturel, comme le souhaitait Renner dans le cadre de son État multinational. Toutefois, ses idées ne semblent toujours guère compatibles avec la conception française de l'État-Nation. Cependant, comme nous le verrons dans la dernière partie de cet ouvrage, celle-ci est en fait en profonde mutation, sous la couverture de la proclamation persistante des grands principes révolutionnaires. En réalité, les hommes de 1789 ressuscités auraient sur bien des points une impression d'exotisme, dans la mesure où l'État unitaire a de

⁶⁶ *Ibid.*, 437-441.

nouveau intégré une certaine dose de pluralisme. Pour autant, le peuple français n'est évidemment pas constitué de plusieurs nations. Mais cette exclusion n'interdit pas aux particularismes (notamment locaux et culturels) de s'inscrire toujours plus visiblement dans notre droit positif. Ils ne prendront sans doute jamais la forme d'un registre de nationalité. Mais l'important n'est pas là, si l'on veut bien toujours se souvenir que l'histoire fournit des idées, pas des formules. En ce sens, la dimension culturelle des collectivités françaises infranationales peut représenter une forme de naturalisation [178] des idées du chancelier autrichien, même si ces collectivités ne sont pas reconnues comme nations.

D) L'historicité de l'État immigré

Dans la seconde partie de cet ouvrage, nous étudierons la migration des systèmes juridiques européens hors de leur continent d'origine. Une partie de ces transferts concerne les conceptions occidentales de l'État. Pendant longtemps, leur origine externe les a exposés à la condamnation, dans la mesure où on en déduisait leur artificialité, confirmée par la large ineffectivité du droit importé, les populations autochtones préférant continuer à obéir à leurs coutumes. Or, il semble aujourd'hui nécessaire d'apporter quelques correctifs à ces jugements tranchés.

75. LE DÉBAT SUR LA NATURE DE L'ÉTAT DANS LE TIERS-MONDE. - Depuis les années soixante, le discours dominant sur les nouveaux États d'Afrique -et, dans une moindre mesure, d'Asie- insiste sur l'extériorité des structures étatiques. Importé d'Occident par la colonisation, cet État immigré, récupéré à partir des indépendances par les nouvelles élites autochtones, serait spoliateur des populations sujettes en même temps qu'il trahirait leurs cultures originelles. Le sacre « impérial » de Bokasa Ier, copié sur celui de Napoléon, en serait l'illustration caricaturale. Cette immigration de l'État occidental aurait entraîné le sous-développement politique, de même que l'importation des modèles occidentaux économiques serait en large partie responsable du sous-développement matériel. Les anthropologues du droit, notamment africanistes, partent d'un constat similaire, au demeurant exact : les normes juridiques élaborées par les nouveaux dirigeants, épaulés par des conseillers européens, ne sont suivies que par une peti-

te minorité, l'essentiel du droit vécu consistant dans un mélange entre des traditions nécessairement réinterprétées et des normes produites localement. Au total, des coutumes, à la fois anciennes et modernes. Le contraste entre le droit officiel, minoritaire, et le droit officieux, majoritaire, s'expliquerait par le caractère étranger du premier : une immigration largement soldée par un rejet. D'ailleurs, aujourd'hui, les grandes organisations internationales insistent sur la priorité des facteurs culturels dans les mécanismes de développement économique. Le [177] schéma marxiste traditionnel est inversé : le culturel détermine l'économique. La décolonisation date maintenant de près d'un demi-siècle. Ces théories sont-elles devenues obsolètes ?

Il est impossible de nier leur bien-fondé sur un certain nombre de points importants. L'État conçu en Occident a bien été importé par la colonisation, et reproduit après les indépendances par les nouveaux dirigeants, que ce soit sous une forme libérale ou marxiste. Il a bien été le vecteur de formes d'exploitation développées par les puissances coloniales, puis les nouveaux États. De même, le caractère artificiel de beaucoup de codes et constitutions demeure évident : sous le vernis du droit « moderne », la coutume demeure la couleur dominante. Cependant, il est impossible de s'en tenir là. Tout d'abord, on peut difficilement soutenir que les États du Tiers-monde actuel sont les copies conformes de l'État occidental : si l'État de droit s'est considérablement développé en Occident, il n'en va pas de même ailleurs. En revanche, les stigmates de la corruption infligés à ces nouveaux États les distinguent peut-être moins des nôtres qu'on le croyait auparavant : il n'est nul besoin d'insister sur son ampleur dans nos propres sociétés. D'autre part, l'immigration de l'État né en Occident s'est faite dans des contextes dont la diversité demeure la règle : pour l'apprécier, on ne peut l'envisager de manière uniforme. Dans certains cas, l'immigration s'est produite dans des sociétés ou l'État, occidental ou non, était totalement inconnu : Inuit, Papous, Pygmées, etc. En général, les effets produits ont été ceux d'une violente déstructuration, notamment perceptible par des symptômes alarmants et persistants, tels que l'alcoolisme ou la montée des suicides. Dans d'autres cas, qui n'ont rien d'exceptionnel, l'État n'était pas inconnu, même si, comme nous l'avons vu, il se présentait sous la forme dite traditionnelle, le distinguant de l'État moderne. En Chine, en Corée, au Japon, au Vietnam, au Cambodge, en Iran, en Égypte ou à Madagascar, l'État a pré-existé à la colonisation. Naturellement, celle-ci a ajouté sa propre cou-

che sédimentaire. Sur les ruines de l'empire ottoman, le colonisateur a élevé l'Irak, la Syrie et la Jordanie. En Afrique, il s'est également appuyé sur des structures étatiques pré-existantes pour former la plupart des nouveaux États subsahariens.

De manière plus générale, l'historien sait bien que le devenir des sociétés humaines procède essentiellement par leur mise en contact, le mélange plus ou moins contraint de cultures et formes politiques : ce qui [178] était perçu auparavant comme étranger devient autochtone une fois la phase d'immigration parvenue à son terme, ce qui peut prendre plusieurs siècles. Dans de larges portions de l'Afrique noire actuelle, l'islam est ressenti comme authentiquement africain, même s'il s'agit d'une religion importée. La formation de l'Europe elle-même n'aurait pu advenir sans des profonds processus d'acculturation. Dès l'établissement des royaumes barbares dans l'ancien Empire romain d'Occident, des législations parallèles -mais perméables- sont mises en place : si l'Empire avait disparu, son espace restait toujours peuplé d'une très grande majorité de populations romanisées dont il fallait bien organiser la coexistence avec les migrants barbares. Entre les droits romains et les droits barbares de ces royaumes, des phénomènes d'osmose sont rapidement perceptibles.

On aurait pu craindre que la définition ethnique du droit -à chacun son propre droit suivant ses origines, romaines ou barbares- ait entraîné la constitution de ghettos « communautaristes », comme on dirait aujourd'hui. Le contraire se produisit : la personnalité des lois permit à des populations d'origines effectivement diverses de coexister avant de se mélanger, avant que le droit se définisse de façon non plus personnelle, mais territoriale. Sur le plan politique, la plupart des rois barbares cultivèrent le souvenir de la romanité, certains d'entre eux s'estimant les légataires de l'Empire.

Dans un ouvrage récent ⁶⁷, J.F. Bayart insiste sur l'historicité de l'État immigré dans l'Afrique et l'Asie actuelles. Pour lui, la thèse de l'extranéité de l'État prend peut-être l'exception pour la règle : en Afrique et surtout en Asie, il ne peut être tenu pour le résultat du seul épisode colonial. Il n'est nullement virtuel, mais possède des assises historiques dans nombre de cas. L'auteur utilise notamment la théorie de la longue durée, chère à l'historien F. Braudel : sous la surface de l'histoire événementielle existent des constantes historiques dont les effets se prolon-

⁶⁷ Cf. Bayart J.F.(dir.), *La greffe de l'État*, Paris, Karthala, 1996.

gent durant des époques très longues. En Afrique, l'État postcolonial aurait ainsi récupéré des traits extrêmement anciens : oralité, développement limité des forces productives, faible degré de centralisation politique. En Asie au contraire, du VII^{ème} (création de la dynastie T'ang en Chine, naissance de l'islam) au XVIII^{ème} siècles, des empires majeurs se constituent (Ming, Ottoman, Moghol) ainsi que de [179] gigantesques métropoles (Constantinople, Damas, Bagdad, Delhi, Pékin) et parviennent à développer un immense réseau économique, ainsi qu'une centralisation politique de grande ampleur. Cette réussite historique peut-elle contribuer à expliquer celle qu'ont connue jusqu'ici les « dragons » et autres « tigres » d'Asie ? Pour autant, la continuité n'est pas uni-linéaire, et l'État de type occidental propulsé par la colonisation, en partie conservé après les indépendances, véhicule une histoire qui n'est pas celle des sociétés d'accueil. J.F. Bayart note ainsi que le concept de « société de classes » n'est pas universalisable. En Asie et en Afrique, des rapports de classes peuvent se former, mais ils n'ont pas l'importance revêtue chez nous. En Afrique noire, une classe ouvrière existe bien, mais on y repère, toujours actifs, des anciens clivages tels que ceux entre aînés et cadets, ou nobles et captifs.

Enfin, il faut noter que l'immigration de l'État ne concerne pas que l'État occidental. L'exemple de l'expansion de l'État musulman en Inde le montre bien.

76. L'EXPANSION DE L'ÉTAT MUSULMAN EN INDE. - À partir de la fin du Xe siècle, la place de l'Inde dans le monde islamique devient déterminante ⁶⁸. Au XIII^e, Delhi va devenir le centre d'un sultanat, puis de l'Empire moghol (XVI^e-XVIII^e siècles). L'Inde appartient au *dar al islam*, la « maison de la soumission à Dieu ». Les souverains musulmans ne seront supplantés qu'à partir du XIX^{ème} par les Britanniques. Cette importance de l'Inde correspond à un déplacement historique au sein du monde musulman. En 1258, le califat abasside de Bagdad est anéanti. La civilisation arabo-persane s'implante à Delhi. L'Inde devient l'égale de l'Égypte des Mameluks et, à partir du XVI^e, des Safavides d'Iran et des Ottomans. Les formations étatiques introduites en Inde à cette occasion sont des monarchies. Le pouvoir y est très personnalisé. Si le sultan règne au nom

⁶⁸ Cf. Gaborieau M., Le legs de la civilisation musulmane aux formations étatiques du sous-continent indien, *ibid.*, 115-146.

de Dieu, l'État qu'il dirige n'est pas islamique : les ulémas (docteurs de la loi) reconnaissent que la conception du pouvoir est empruntée aux empires préislamiques et que le sultan possède un pouvoir discrétionnaire, largement basé sur la conquête. L'État est très militarisé et dispose d'un pouvoir fiscal étendu, notamment grâce à un appareil bureaucratique inspiré des précédents sassanides et importé en [180] Inde avec son organisation arabo-persane. Ce type d'État a donc fonctionné en Inde pendant plusieurs siècles. Cependant, au XIX^{ème}, son souvenir fut oblitéré avec une efficacité remarquable par les occidentaux ainsi que les nationalistes indiens. Les intellectuels (notamment les archéologues) se focalisèrent sur le passé hindou et bouddhiste. De plus, le colonisateur britannique entreprit de distinguer de plus en plus nettement les hindous -majoritaires- des musulmans. Les nationalistes indiens lui emboîteront le pas. Lors de la décolonisation de l'Inde et malgré l'avis de Gandhi, il en résultera la scission entre le Pakistan (créé pour les musulmans indiens, 24 pour cent de la population totale en 1941) et l'Inde. Dans ces conditions, une représentation historique particulière s'est formée : l'islamisation de l'Inde n'aurait été qu'un événement accidentel en dépit de sa longévité ; les institutions musulmanes -dont les formations étatiques que nous avons évoquées- n'auraient constitué qu'un corps étranger, plaqué sur un substrat hindou quasiment permanent. Or cette vision « communaliste » de l'histoire indienne est largement inexacte : outre la conversion à l'Islam d'un certain nombre d'Indiens, il y a bien eu un legs de la civilisation musulmane à l'Inde moderne. En premier, la langue. Par l'intermédiaire du persan, d'abord idiome administratif et savant, les différentes langues de l'Inde ont subi une importation massive de vocabulaire arabo-persan, notamment en ce qui concerne le pouvoir politique et les titres. Ensuite, l'instauration d'un réel pluralisme culturel et religieux. Le terme *hindu* est persan : les Hindous l'ont appris des musulmans afin de pouvoir distinguer leur religion des autres et la relativiser. Le concept neutre de religion, en tant qu'il désigne indifféremment un certain nombre de croyances, est également une innovation d'origine musulmane. Enfin, la constitution d'une administration efficace dans le domaine économique, qui a d'ailleurs coïncidé avec le développement matériel, caractéristique de la période musulmane (les commerçants hindous adoptèrent notamment les techniques de comptabilité et de banque mises au point en Iran). Par la suite, ces techniques administratives ont été reprises par des principautés qui par ailleurs ne manquaient pas de s'affirmer comme authentiquement hindoues.

77. CONCLUSION : LE SENS, LES LOGIQUES ET LE CHAOS. -

Dans les lignes qui précèdent, nous avons procédé à une incursion aussi brève que partielle dans les différentes formes revêtues par l'État dans [181]les expériences historiques de l'humanité. *A priori*, le même constat semble s'imposer que celui dressé au terme de l'exploration non moins rapide de la notion de droit : la diversité. A t'elle un sens ? La réponse ne peut être unique, car elle est de l'ordre de la croyance, religieuse ou non. On peut penser qu'il existe un plan de Dieu sur le devenir de l'humanité, intégrant plus ou moins le degré d'autonomie laissée à la liberté humaine. À défaut de Dieu, on peut croire aussi qu'existe globalement une tension historique vers le progrès, le développement matériel, la lutte des classes, l'État de droit, la démocratie, la montée de la complexité, etc.. Ou bien encore, on peut choisir de s'en tenir à ce constat de la diversité et incliner au relativisme.

Plus modestement, on peut aussi se poser la question non pas du sens, mais des logiques : la diversité n'est-elle que le reflet de l'incohérence, ou peut-on y voir à l'oeuvre des mécanismes fonctionnant de manière ordonnée ? Ici, l'anthropologie se retrouve dans son élément, puisqu'elle est un discours portant sur l'être humain envisagé dans sa plus grande généralité. Cet impératif de généralité implique de partir de la diversité, puisqu'avant de poser des lois générales -qui ne nous sont jamais données en tant que telles- il convient d'en saisir la pluralité des manifestations. Il nécessite aussi de les dépasser afin de pouvoir formuler des hypothèses globales.

Les historiens contemporains sont en général très réticents quant à ce type d'exercice, dans un souci de prudence intellectuelle. Pour formuler des lois générales, il faut pouvoir comparer, et la diversité des situations historiques est telle que cette opération intellectuelle, certainement très difficile est peut-être même impossible. Empruntées aux sciences dures, les théories du chaos alimentent ce pessimisme. Elles montrent qu'à long terme, une différence très minime dans les conditions initiales de déroulement de phénomènes identiques peut conduire à des évolutions radicalement différentes : c'est l'image bien connue d'un battement d'aile de papillon qui peut -ou non- déclencher une tornade aux antipodes. Pourtant, tout espoir de cohérence n'est pas perdu, pour autant qu'on puisse continuer à utiliser la métaphore de l'observation du monde de la nature. D'une part, le chaos est toujours contraint : les chances de développement erratique existent, mais elles

ne sont jamais certaines ; il y a une dialectique entre le chaos et l'ordre. D'autre part, dans l'hypothèse la plus pessimiste où non seulement le sens mais les logiques seraient absents, les théories à visée générale nous parleraient [182] au moins de l'époque et des hommes qui les ont engendrées : on revient ainsi à l'idée initiale suivant laquelle l'histoire parle du présent sous le masque du passé.

L'ensemble de ces raisons expliquent que le chapitre suivant envisage certaines de ces hypothèses.

Pour aller plus loin

78. INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES.- Ici encore, l'ampleur des phénomènes envisagés nous contraint à ne donner que des références bibliographiques extrêmement fragmentaires. Le lecteur intéressé par les expériences politiques et sociales des sociétés non-occidentales pourra se reporter aux deux tomes de l'*Ethnologie régionale*, (J. Poirier dir.), publiés chez Gallimard en 1972 (*Ethnologie régionale 1 : Afrique-Océanie*) et 1978 (*Ethnologie régionale 2 : Asie-Amérique-Mascareignes*), à laquelle nous nous sommes notamment référé en ce qui concerne les cités-États américaines, étudiée par G. Soustelle, pp. 1209-1233 ; pour les cités-États africaines, cf. B. Durand, *Histoire comparative des institutions*, Dakar, Les nouvelles éditions africaines, 1983, pages 331-337). En ce qui concerne les théories juridiques, politiques et anthropologiques, on ne saurait trop conseiller l'utilisation conjointe de dictionnaires thématiques : A.J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L. G. D. J., 1993 ; P. Bonte, M. Izard, *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, PUF, 1991 ; R. Boudon, F. Bourricaud (dir.), *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 1982.

En ce qui concerne les points plus précisément discutés dans ce chapitre, on peut se reporter aux titres suivants. Sur l'État et le pouvoir envisagés d'un point de vue surtout anthropologique, cf. : J. Gaudemet, *Sociologie historique - Les maîtres du pouvoir*, Paris, Montchrestien, 1994 ; P. Clastres, *Chronique des Indiens*

Guayaki, Paris, Plon, 1972 ; *La société contre l'État*, Paris, Minuit, 1974 ; *Recherches d'anthropologie politique*, Paris, Le Seuil, 1980 (en parallèle avec les ouvrages de P. Clastres il faut lire : M. Sahlins, *Âge de pierre, âge d'abondance. L'économie des sociétés primitives*, Paris, Gallimard, 1972 ; J. W. Lapierre, *Le pouvoir politique*, Paris, PUF, 1969 ; *Vivre sans État ?- Essai sur le pouvoir politique et l'innovation sociale*, Paris, Le Seuil, 1977 ; G. Balandier, *Anthropologie politique*, Paris, PUF, 1978 ; *Anthropo-logiques*, Paris, PUF, 1974 ; M. Fortes, E.E. Evans-Pritchard (dir.), *Systèmes politiques africains*, Paris, PUF, 1964 ; Henri J. M. Claessen-Peter Skalnik (eds.), *The early State*, Paris, Mouton, 1978 ; S.N. Eisenstadt-M. Abitbol-N. Chazan, Les origines de l'État, *Annales E.S.C.*, 38, no. 6, novembre-décembre 1983, pp. 1232-1255 ; M. Abélès, *Anthropologie de l'État*, Paris, Armand Colin, 1990.

Sur les théories de Maine, cf. : R. Verdier, Dossier H. Sumner-Maine, *Droit et cultures*, 19, 1990, pp. 149-190. À propos des États complexes européens, cf. A. Viala, *Société politique et institutions - Temps modernes*, Aix-en-Provence, La pensée universitaire, 1986, pages 127-133.

À l'heure actuelle, les réflexions sur le concept et les institutions de la nation sont très nombreuses. En ce qui concerne la France, on citera volontiers : E. Gojosso, *Le concept de République en France (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998 ; M.H. Fabre, *La République*, Aix-en-Provence, Edisud, 1987 ; Roland Debbasch, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Paris, Economica, 1988 ; B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996 ; Y. Lacoste, *Vive [183] la Nation !*, Paris, Fayard, 1997 ; O. Audéoud, J.D. Mouton, S. Pierré-Caps (dir.), *L'État multinational et l'Europe*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1997 ; N. Rouland, La tradition juridique française et la diversité culturelle, *Droit et Société*, numéro 27, 1994, pp. 381-419 ; A la recherche du pluralisme juridique : le cas français, *Droit et cultures*, 36, 1998/2 ; Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français, à paraître. En ce qui concerne la pensée de K. Renner, son principal exégète français est S. Pierré-Caps : K. Renner et l'État multinational, *Droit et Société*, 27, 1994, pp. 421-441 ; du même auteur : Karl Renner, De l'État des nationalités à l'État mondial, *Revue d'Allemagne*, 1996, 187-200, *La Multination*, Paris, Odile Jacob, 1995, pages 255-282. Parmi les principaux ouvrages de

K. Renner : *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen (Le droit à l'autodétermination des nations)*, Leipzig und Wien, Deuticke, 1918 ; cf. également : J. Hannak, *Karl Renner und seine Zeit*, Wien, Europa Verlag, 1965 ; Y.Plasseraud, Le statut des minorités selon le Bund, *La lettre du Groupement pour les Droits des Minorités*, numéro 50, novembre 1997, pp. 1-4. A ce jour, il n'existe malheureusement pas de traduction en français de l'oeuvre de Renner. Cependant, S. Pierré-Caps publiera en septembre 1998 aux Presses universitaires de Nancy la traduction de l'ouvrage de cet auteur : *Die Nation, Mythos und Wirklichkeit (La Nation, mythe et réalité)*.

[184]

Introduction historique au droit

Première partie :
À la recherche du droit et de l'État

Chapitre IV

La diversité des systèmes explicatifs

Quand il est question de raisonner sur la nature humaine, le vrai philosophe n'est ni indien, ni tartare, ni de Genève, ni de Paris, mais il est homme.

Jean-Jacques Rousseau (1772)

[Retour au sommaire](#)

79. L'HISTOIRE EN QUESTION. - Si elle est nécessaire, la prise en compte de la diversité n'est qu'un point de départ. L'ambition -peut-être démesurée- de l'historien et de l'anthropologue est de parvenir à des explications générales du comportement humain. Cet effort est très ancien. Au second siècle av. J.-C, l'historien grec de Rome, Polybe, en traçait le programme : « L'objet propre de l'histoire est premièrement de connaître les discours véritables, dans leur teneur réelle, secondement de se demander pour quelle cause a échoué ou réussi ce qui a été dit ou ce qui a été fait, puisque la narration brute des événements est quelque chose de séduisant, mais d'inutile, et le commerce de l'histoire ne devient fructueux que si l'on y joint l'étude des causes ; car les cas analogues transposés dans

le temps présent procurent des données et des anticipations qui permettent de prévoir l'avenir et, tantôt de prendre des précautions, tantôt, en se réglant sur le passé, de faire face aux suites avec plus d'assurance ; mais si l'on néglige les discours véritables et leurs causes et qu'on y substitue des argumentations mensongères et des amplifications oratoires, on supprime l'objet de l'histoire... » ⁶⁹. Comme nous l'avons noté dès le début, la tentation est en effet grande de voir dans l'histoire un vecteur de sens pour le présent. Aujourd'hui plus que jamais, les revendications identitaires s'en nourrissent. Mais au cours de notre siècle, les théories anthropologiques ont davantage mis l'accent sur la coexistence entre divers types de pensées que leur succession chronologique : l'évolutionnisme a été disqualifié. Nous avons traité dans un [185] autre ouvrage de la trajectoire de ces différentes théories ⁷⁰. Dans ce chapitre, nous ne pourrions donc les envisager que de manière très concise, en mettant surtout l'accent sur la variation du rôle reconnu à l'évolution historique dans l'explication de la diversité des sociétés humaines.

⁶⁹ Polybe, *Histoire*, XII, 25b, 1-4.

⁷⁰ Cf. notre *Anthropologie Juridique*, op.cit., 54-119.

Section I

L'évolutionnisme

[Retour au sommaire](#)

80. LA RUPTURE DE LA CONCEPTION CYCLIQUE DU TEMPS. -

Enfants de l'après-guerre et bénéficiaires du prodigieux développement économique qui l'a suivi dans les pays occidentaux, nous avons baigné dans une ambiance évolutionniste. Preuve *a contrario* : nous avons le plus grand mal à admettre que ce développement ne continue pas au même rythme, que le chômage soit un phénomène durable. Pour la première fois depuis bien longtemps, les jeunes et leurs parents pensent que la situation des premiers pourraient être moins avantageuse que celle des seconds : le progrès n'est pas inéluctable. Pour autant, cette idée d'une permanente évolution n'était qu'une habitude, pas très ancienne. Beaucoup de grandes civilisations du passé (les Grecs notamment) ont partagé une conception cyclique du temps, fermé en boucle sur lui-même : il y avait bien changement, mais de type répétitif. Le christianisme, en introduisant l'idée d'un plan de Dieu sur l'humanité, a contribué à changer cette vision. Cependant, cette rupture est surtout perceptible dans le domaine historique au XVIII^e siècle. Vico (1668-1774) la remet le premier en cause, en distinguant en 1725, dans son traité de la *Science Nouvelle*, trois états (poétique, héroïque, nature humaine intelligente) dans le développement des civilisations. Voltaire s'inscrit dans ce courant, ainsi que Ferguson qui, dans son *History of civil society* (1767) modernise la loi de Vico en distinguant trois stades (Sauvagerie, Barbarie, Civilisation) promis à un bel avenir, puisqu'ils seront repris par L. Morgan au XIX^e siècle, lui-même très utilisé par Engels, le compagnon idéologique de Marx. Plus près de nous, les premières [186] théories de L. Lévy-Bruhl (le père d'Henri, l'historien du droit) témoignent des persistances de la tentation évolutionniste (il y renoncera cependant à la fin de sa vie) : à la mentalité « prélogique » des sociétés sauvages, incapables d'abstraire, il oppose la pensée des civilisées, caractérisée par des performances supérieures. En 1935 encore, paraît la première édition (en anglais) de l'ouvrage d'A.S. Diamond, *L'évolution de la loi et de l'ordre*, qui reprend en ap-

pliquant au droit la vieille classification ternaire de Morgan. Mais l'évolutionnisme juridique, déjà présent dans l'oeuvre de Maine comme nous l'avons vu en étudiant les théories de l'État, a surtout été développé par les auteurs allemands de la fin du XIX^{ème} (J. Kohler, G. Cohn, F. Bernhoeft), regroupés autour d'une revue, la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, dont le premier numéro paraît en 1878. On mentionnera aussi l'oeuvre proprement colossale de H.E. Post qui, dès le début de son *Ethnologische Jurisprudenz* (publiée en 1893) affirme avec optimisme : « Quand on connaîtra toute la jurisprudence ethnologique, on découvrira un système juridique universel, expression de la volonté et des capacités de l'être humain ». Il ajoute que les lignes essentielles du droit de l'humanité sont : «... simples, grandioses et claires comme les lois des astres ». Le philosophe anglais H. Spencer (1820-1903) est également un partisan bien connu des thèses évolutionnistes : il croit en une loi de passage inéluctable de l'homogène à l'hétérogène, du simple au complexe. En compilant des données qu'ils trouvent dans les sources historiques ou les écrits des administrateurs coloniaux, des commerçants et des missionnaires, ces divers auteurs édifient des grandioses constructions théoriques. Dans le domaine juridique, on en trouve plusieurs exemples, censés caractériser l'évolution des rapports familiaux et des formes de la propriété.

81. L'ÉVOLUTIONNISME JURIDIQUE. - On peut l'illustrer par trois exemples ⁷¹ : les rapports entre la famille et l'individu, la propriété individuelle et la propriété collective, le statut et le contrat.

Aujourd'hui encore, la thèse communément admise par les juristes postule que l'évolution a conduit les sociétés humaines de la famille large (celle qui englobe toutes les personnes descendant d'un auteur [187] 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, ainsi que certains alliés) à la famille nucléaire, limitée aux époux et à leur descendants. Elle reproduit les préjugés des ethnologues du siècle dernier : pour eux, 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

⁷¹ Celui des rapports entre la vengeance et la peine est également pertinent : nous en avons déjà traité (cf. *supra*, 27-30).

des traits opposés caractérisent les secondes. On imagina donc des stades originaux tels que la « promiscuité primitive » et le « mariage par groupe ». Au début du siècle, avec l'apparition des recherches conduites sur le terrain, on s'aperçut du caractère souvent 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. Passant d'un extrême à l'autre, on tendit alors à affirmer que la famille conjugale était un phénomène universel. Encore faut-il apporter quelques nuances à cet universalisme. Chez les Papous de Nouvelle-Guinée, les rapports entre les hommes et des femmes sont empreints de tension, et la cohabitation entre gens mariés n'est pas la règle. De même, les Nayar de la côte du Malabar (Inde) ne connaissent qu'une cohabitation épisodique : les hommes sont le plus souvent requis par les activités militaires. Dans la Chine maoïste, des expériences de vie collective ont pu conduire à la dissolution de cette famille conjugale. Enfin, à l'heure actuelle, dans nos sociétés, son modèle traditionnel est fortement secoué. Les membres de certains couples préfèrent résider chacun à part, ne partageant une intimité qu'épisodiquement ; les familles recomposées opèrent dans les personnes des enfants la superposition entre plusieurs familles nucléaires ; à l'issue des divorces de plus en plus nombreux (un couple sur deux divorce dans la région parisienne) se constituent des familles mononucléaires matricentrées (bénéficiant en général de la garde des enfants, la mère les élève seule) : on est très loin du modèle bourgeois de la famille, familier aux ethnologues du siècle dernier.

Au-delà des approximations grossières de l'évolutionnisme, il reste qu'on peut déceler 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 des groupes auxquels ils appartiennent, soumise à la prohibition de l'inceste [188] (certains parents sont interdits et 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. Contrairement aux apparences, il ne l'a pas perdue dans nos propres sociétés : la très grande majorité des couples mariés a des enfants, à moins d'incapacité physique ou financière. D'autre part, la famille inclut, au minimum, le 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.

Les juristes étudiant la propriété l'ont souvent fait sans échapper aux mêmes préjugés évolutionnistes. Ils postulent fréquemment une forme initiale de propriété de type collectif, la propriété individuelle se concentrant au départ dans les objets mobiliers pour s'étendre ensuite aux immeubles et supplanter ainsi la propriété collective. Cette présentation possède un corollaire : celui qui oppose la conception civiliste originelle du droit de propriété valorisant l'individu, et le droit foncier coutumier « archaïque », qui ferait de la terre un objet quasiment inaliénable et soumis à la volonté toute-puissante du groupe clanique.

Même idée de « progression » concernant l'apparition des relations contractuelles : c'est la fameuse « loi » de passage du statut au contrat, notamment exprimée par H. Sumner-Maine au siècle dernier. Elle oppose en effet ces deux concepts, l'un aboutissant à l'autre sous l'effet de l'évolution vers des formes plus civilisées de vie sociale. On peut définir le statut juridique comme la position conférée 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 groupes sociaux. En droit positif français, le contrat est défini par l'article 1101 du Code civil comme «... 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 ». Dans les sociétés traditionnelles, immobiles, les droits et devoirs des individus échappent à leur volonté, puisqu'ils sont fixés par des critères qui leur sont extérieurs. Au contraire, dans les sociétés modernes, la liberté et la volonté [189] individuelles entraînent la prédominance des relations de type contractuel, où les parties décident souverainement de leur sort.

Comme on l'aura compris, ces diverses théories reflètent moins les réalités qu'elles prétendent interpréter que les préjugés culturels de leurs auteurs, considérant leur propre société comme le modèle obligatoire des autres. Mais si ces perspectives évolutionnistes primaires sont encore dominantes chez les juristes (la lecture des introductions « historiques » de nombre de manuels des grandes disciplines de droit positif le montre clairement), elles ont été abandonnées dans les

sciences sociales il y a près d'un siècle ⁷². Car quand apparaît l'enquête sur le terrain, on s'aperçoit de la fragilité des matériaux avec lesquels avaient été bâties les grandes cathédrales évolutionnistes.

Section II

Les critiques de l'évolutionnisme

[Retour au sommaire](#)

Diverses théories remettent en effet en question le rôle des facteurs historiques dans l'explication de la diversité des sociétés humaines. Parmi elles, il faut accorder une place particulière au fonctionnalisme et au structuralisme.

82. LE FONCTIONNALISME. - B. Malinowski (1884-1942) est considéré comme le premier anthropologue à avoir effectué de longs séjours sur le terrain. En fait, F. Boas (dans l'Arctique) et R. Thurnwald (en Nouvelle-Guinée) l'ont précédé dans cette démarche, mais il lui revient de lui avoir donné toute son importance. Il 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, [190] répondant à la satisfaction de besoins qui sont fondamentalement les mêmes dans toute société. Deux aspects de son oeuvre sont particulièrement importants pour la réflexion juridique ⁷³. 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 des comportements, saisissables par l'observation directe. D'autre part, sa conception

⁷² À partir de 1943, les théories évolutionnistes ont réapparu, mais sous une forme beaucoup plus admissible, dans la mesure où elles admettent davantage la possibilité d'évolutions plurielles : cf. notre *Anthropologie Juridique, op.cit.*, 65-68.

⁷³ Cf. Schapera I., Malinowski's theories of law, in : R.Firth (ed.), *Man and culture*, London, Routledge & Kegan Paul, 1968, 139-155.

de la société comme un système culturel dont toutes les parties sont reliées le pousse à affirmer la dépendance du droit vis-à-vis d'autres données, biologiques ou culturelles. Mais elle est fermement anti-historique. A partir de considérations très différentes, le structuralisme aboutit lui aussi à une réduction du rôle de histoire.

83. LE STRUCTURALISME. - Le structuralisme a d'abord été une théorie linguistique. Puis C. Lévi-Strauss l'a étendu au domaine de l'anthropologie sociale (dans les années soixante, il bénéficia d'une grande faveur chez des intellectuels français renommés, comme L. Althusser R. Barthes, M. Foucault, J. Lacan). Le structuralisme de C. Lévi-Strauss est un universalisme dans la mesure où il affirme que les mécanismes de l'esprit sont les mêmes pour tous les hommes : «... si le contenu du mythe est entièrement contingent, comment comprendre que, d'un bout à l'autre de la terre, les mythes se ressemblent tellement ? ⁷⁴ (...) Si, comme nous le croyons, l'activité inconsciente de l'esprit consiste à imposer des formes à un contenu, et si ces formes sont fondamentalement les mêmes pour tous les esprits, anciens et modernes, primitifs et civilisés (...) il faut et il suffit d'atteindre la structure inconsciente, sous-jacente à chaque institution et à chaque coutume, pour obtenir un principe d'explication valide pour d'autres institutions et d'autres coutumes ⁷⁵... », « Peut-être découvrirons nous un jour que la même logique est à l'oeuvre dans la pensée mythique et dans la pensée scientifique, et que l'homme a toujours pensé aussi bien ⁷⁶ ». Pour autant, et contrairement à ce que l'on croit trop souvent, C. Lévi-Strauss ne dénie pas toute importance à l'histoire ⁷⁷, même si elle n'est pas première. Car à partir de mécanismes de pensée identiques, l'homme crée du [191] divers en fonction des environnements concrets et des trajectoires historiques dans lesquels il se trouve placé. Quand un mythe se répète, il se transforme au gré de ses déplacements : « Même si toutes les manières dont l'esprit humain fonctionne dans des sociétés différentes -et, pour chacune, à des moments différents de son histoire- supposent un équipement commun, cette ma-

⁷⁴ Lévi-Strauss C., *Anthropologie structurale*, Paris, 1958, 229.

⁷⁵ *Ibid.*, 28.

⁷⁶ *Ibid.*, 255.

⁷⁷ Cf. Rouland N., Persistances et invariances : Structure, fonction, histoire, *RRJ*, 1985-3, 731-771.

chinerie mentale ne fonctionne pas à vide ⁷⁸. » Il prévoit même que si on arrive un jour à constituer un système d'universaux, celui-ci «... sera plus pauvre que n'importe quelle grammaire particulière, et ne pourra jamais la remplacer ». Et on retrouve en effet ce balancement entre l'universalisme des structures de l'intellect et la contingence de l'histoire dans l'analyse que l'on peut tenter des exemples précédemment cités.

84. LA PENSÉE SYNCHRONIQUE. - En ce qui concerne la famille, tout d'abord. 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 et dix, l'émergence des communautés néo-rurales nées des idées de mai 68 traduisent, à leur manière, un désir d'effacement de la famille nucléaire). De même, les théories courantes sur l'évolution de la propriété interprètent en termes de succession chronologique des niveaux 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 (certaines rappellent la saisine médiévale), qui dépendent de leur situation dans les groupes en question : les droits des individus existent, même s'ils sont de modulés par ceux des groupes. D'autre part, si l'inaliénabilité de la terre est en effet plus fréquente dans les sociétés traditionnelles (un proverbe Agni, dont on retrouve des équivalents dans de nombreuses sociétés de ce type, dit bien : « Ce n'est pas l'homme qui possède la terre, mais la terre qui possède l'homme »), elle [192] n'est pas totale. Comme l'ont montré les travaux de R. Verdier, on doit distinguer selon que 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 aux lignages, mais non la céder à titre définitif. À l'intérieur du groupe (endo-

⁷⁸ Lévi-Strauss C., *Le regard éloigné*, Paris, 1983, 146-147.

aliénation), la circulation de la terre entre des individus est à l'inverse possible. En ce qui concerne le règlement des conflits, nous avons vu ⁷⁹ que vengeance et peine pouvaient fort bien coexister. Enfin, la théorie du passage du statut au contrat, qui oppose la mobilité moderne à l'immobilisme primitif, n'échappe pas au même type de constat. R. Redfield (en 1950) et E. Adamson-Hoebel (en 1964) font observer que relations statutaires et contractuelles ne sont pas exclusives les unes des autres. Toutes les sociétés sont à la fois contractuelles et statutaires, mais à des degrés différents. La prédominance d'une catégorie de liens sur l'autre n'est pas principalement déterminée par la succession historique. L'histoire de notre siècle le montre bien. Souvent des régimes totalitaires ont succédé à d'autres de tendance démocratique (réformes de nature parlementaire introduites dans les dernières années du tsarisme, prolongées par les innovations de Kerenski (1881-1970) renversé par les bolcheviques ; République de Weimar subvertie par les nazis) : la classification des individus était d'ordre statutaire, dépendant de la classe ou de la race. D'autre part, à l'heure actuelle et dans nos sociétés, la possession de diplômes est incontestablement un rempart, même pas très élevé, contre le chômage. Or le diplôme confère un statut, même si celui-ci est acquis (à la suite d'une réussite aux examens ou aux concours) et non imposé (comme l'appartenance à une classe, une race ou un sexe). D'autre part, dans les sociétés traditionnelles, l'individu n'est pas tout entier déterminé par ses groupes d'appartenance : il a la liberté d'en choisir certains (associations volontaires, pactes d'amitié, etc..) D'ailleurs, dans ces sociétés, les relations contractuelles existent toujours à un certain degré. De façon très générale, on peut dire qu'elles sont d'autant plus fréquentes que les individus qu'elles unissent appartiennent à des groupes différents. Elles peuvent aussi intervenir entre des personnes appartenant à un même groupe réunies par une communauté de vie. Dans ce cas, elles portent le plus souvent sur un secteur particulièrement [193] sensible de leurs relations, et potentiellement conflictuel. En fixant précisément droits et obligations et en prévoyant leur sanction, le contrat vise à prévenir le conflit et à maintenir l'harmonie sociale. En fait, moins qu'une « loi de l'histoire », c'est le choix d'un projet de société qui détermine la prééminence de relations de types 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 prédominent dans deux types de

⁷⁹ Cf. *supra*, pp.28-29.

sociétés. Tout d'abord celles de type communautaire (c'est le cas de nombreuses sociétés traditionnelles) ; ensuite, celles de type collectiviste (dictatures modernes). Ces choix sont évidemment contingents, dans la mesure où ils découlent d'expériences historiques diverses.

Au total, l'intérêt de ce type d'explication synchronique nous paraît double. D'une part, il repose sur la conviction d'un universalisme de la pensée humaine ; d'autre part il accorde toute leur place à la diversité des situations historiques et au mouvement dialectique entre le particulier et l'universel. Car, répétons le, la démarche anthropologique part du premier pour atteindre le second. En témoignent un certain nombre de théories qui ont bien pour but la formulation d'hypothèse globales, valant pour l'être humain dans sa plus grande généralité.

Section III

Les théories globales

[Retour au sommaire](#)

À l'heure actuelle, elles ne couvrent évidemment pas tout le champ des relations sociales : la recherche progresse par étapes, en droit comme ailleurs. On peut cependant en citer quelques-unes concernant le règlement des conflits, les systèmes de parenté et les types d'organisation familiale ainsi que les rapports entre pensée juridique et pensée religieuse.

85. LE RÈGLEMENT DES CONFLITS. - Le domaine du règlement des conflits a été très étudié par l'anthropologie juridique anglo-saxonne au cours de notre siècle. Mais les anthropologues du droit français n'en sont nullement absents. Grâce aux travaux de deux d'entre [194] eux, R. Verdier ⁸⁰ et E. Le Roy ⁸¹, nous disposons d'un certain nombre de conclusions générales sur ces problèmes

⁸⁰ Cf. Verdier R.(dir.), *La Vengeance*, Paris, Cujas, 1980-1984.

⁸¹ Cf. Le Roy E., La conciliation et les modes précontentieux de règlements des conflits, *Bulletin de liaison du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris*, 12, 1987, 39-50.

forts importants pour le juriste : si le droit ne saurait se réduire à la solution des conflits, ces derniers représentent des lieux importants de son émergence.

Premier enseignement, la loi de distance sociale, déjà aperçue en matière foncière et contractuelle. Il existe une infinie variété de modes pacifiques de règlement des conflits (notamment le sacrifice d'animaux, qui détourne la violence sur un objet inoffensif), mais tous ne connaissent pas cette issue heureuse. Dans un certain nombre de cas, ils se dénouent dans la violence. Plusieurs facteurs peuvent expliquer ces variations. D'une part, la valorisation de la paix ou de la violence dans chaque culture, qui peut largement différer : un Albanais n'est pas un des doux Arapesh de M. Mead, ni un moine bouddhiste... Mais un facteur structurel s'impose. Dans le cas où le conflit oppose des membres d'un même groupe, la tendance est à sa résolution pacifique, et inversement. La distance sociale accroît l'éventualité de la violence.

Deuxième observation globale : contrairement à ce que l'on croit souvent, la vengeance n'est pas anarchique. Il existe certes des cas où elle prend des proportions démesurées. Même des délits mineurs peuvent alors conduire au meurtre et à l'enchaînement des homicides de représailles. La composition est rare, car considérée comme un moyen méprisable de terminer un conflit. Les Abkhaze (population du Caucase) disent : « Nous ne faisons pas commerce du sang de nos frères ». La vengeance a tendance à dégénérer en conflits interminables. Les mêmes Abkhaze ajoutent : « Le sang ne vieillit pas ». Mais dans la plupart des cas, la vengeance est contrôlée. Elle ne s'applique qu'à certaines infractions ; n'intervient pas entre proches parents ; est limitée dans les lieux où le temps (dans la France médiévale, on ne pouvait s'attaquer aux lieux protégés par le roi où l'Eglise, ni se faire la guerre pendant certaines périodes), ou encore les personnes (certaines bénéficient d'une protection spéciale du roi ou de l'Eglise).

Troisième remarque générale, l'intervention d'un tiers dans la résolution des conflits dépend du degré de centralisation et de complexification d'une société. C'est la loi d'accumulation -plus que de distinction- des modes de règlement des conflits et des sources du [195] droit. Dans les sociétés élémentaires, le pouvoir est assuré dans le cadre de la seule organisation parentale. Une médiation peut être exercée (chef à peau de léopard des Nuer) quand les individus en conflit sont proches, ce qui est une manifestation de l'ordre négocié, qui implique la présence d'un tiers. Mais dans le cas contraire, aucune autorité extérieure ne peut interve-

nir : on est dans le domaine de l'ordre accepté, où les parties règlent elles-mêmes leurs différends. Le mythe est la principale source du droit. Dans les sociétés semi-élémentaires, il n'existe toujours pas d'autorité centrale, mais le pouvoir politique n'est plus strictement dépendant de l'organisation parentale. L'arbitrage apparaît parallèlement à la médiation ; la coutume concurrence le mythe. Dans les sociétés semi-complexes, le pouvoir politique est différencié du pouvoir parental, le premier s'imposant au deuxième, ou inversement. Le jugement s'ajoute aux modes précédents de règlement des conflits ; il fait entrer dans l'ordre imposé en raison de la présence d'un juge chargé d'appliquer le droit aux parties, au besoin contre leur volonté. La loi s'ajoute au mythe et à la coutume en tant que source droit. Dans les sociétés complexes, ces tendances s'accroissent : le jugement et la loi deviennent les vecteurs principaux du droit. Mais les autres modes de résolution des conflits peuvent subsister, et même s'étendre comme le montre actuellement le développement des justices alternatives en France. D'ailleurs, si notre droit positif et son enseignement mettent l'accent sur l'ordre imposé parce qu'il correspond au rôle tutélaire de l'État, très valorisé dans la tradition française, on ne doit pas se 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.

86. LES SYSTÈMES DE PARENTÉ. - L'organisation parentale est un domaine classique du droit : en France, on commence par là ses études de droit civil. Elle a aussi été très étudiée par les ethnologues, dans la mesure où elle joue un rôle organisateur sur le plan politique dans beaucoup de sociétés. Ce champ des relations sociales aurait donc pu constituer un point de rencontre entre juristes et anthropologues. Il n'en a rien été, chacun préférant travailler dans ses sociétés habituelles, c'est-à-dire les nôtres pour les juristes (les ethnologues ont en revanche fait des incursions dans l'histoire occidentale des structures familiales rurales, qui intéressait traditionnellement les historiens du droit).

[196]

Quoi qu'il en soit, une anthropologie de ces relations existe, au sens dans lequel on en a découvert des grandes lois structurantes. Premier exemple, celui des systèmes de terminologie de la parenté. C'est Morgan, au XIX^{ème} siècle, qui opè-

re 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 la parenté descriptive (une même position généalogique pourra être rendue par l'emploi de plusieurs termes : les deux enfants de sexes différents d'un même couple seront appelés frères et soeurs). 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 (notre famille est restreinte), les termes qui les désignent sont en revanche classificatoires : on a pour neveu aussi bien l'enfant de son frère ou de sa soeur, celui du frère ou de la soeur de son conjoint, ou encore celui de son cousin, alors que beaucoup de sociétés traditionnelles emploieraient des vocables différents. En 1949, l'anthropologue G.P. Murdock a pu classer en six types les différents systèmes de parenté dessinés par l'emploi de cette terminologie (le nôtre aujourd'hui est dit « esquimau », du nom de la population dans lequel on l'a surtout observé). Il valorise la famille nucléaire : les frères et soeurs sont distingués des cousins, mais il n'y a pas de clivage entre les différents types de cousins). Deuxième exemple, celui des systèmes de filiation, dont on a pu faire un inventaire *a priori* complet. Ils peuvent être uni-linéaires : la parenté est déterminée par rapport aux seuls parents maternels (matrilinéarité) ou paternels (patrilinéarité). Ou encore, comme chez nous actuellement, indifférenciés (seule subsiste -pour combien de temps ?- la coutume de moins en moins générale attribuant à une femme mariée le seul nom de son mari) : on se situe également par rapport à ses deux types de parents. Enfin, beaucoup plus rare, la filiation bi-linéaire : on est relié soit à une ligne, soit à une autre, suivant le type de biens ou de pouvoirs et statuts considérés.

Autre exemple, les lignes porteuses de l'architecture de l'alliance, principalement dégagées par C. Lévi-Strauss ⁸². Celui-ci insiste sur [197] l'aspect fondateur de la prohibition de l'inceste, présente à des degrés divers dans presque toutes les sociétés humaines (il y a de rares exceptions, comme Hawaï ou l'Égypte ancienne). Pour cet auteur, l'inceste n'est pas interdit pour des raisons essentiellement biologiques. Si c'était le cas, on ne pourrait expliquer pourquoi beaucoup de légi-

⁸² Cf. Lévi-Strauss C., *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton, 1967.

sations-y compris le droit positif français-interdisent le mariage entre des conjoints qui ne sont nullement parents par le sang (on ne peut épouser l'enfant qu'on a adopté)⁸³. La prohibition de l'inceste n'est négative qu'en apparence : sa finalité est tout au contraire prescriptive, dans la mesure où on interdit le mariage avec des proches, ou considérés comme tels, pour forcer le candidat au mariage à prendre son conjoint dans un groupe plus éloigné, en même temps qu'il cède ses proches à des individus qui, eux aussi, doivent chercher leur conjoint plus loin que dans leur entourage immédiat. Ainsi comprise, la prohibition de l'inceste fonde l'échange des conjoints et, plus généralement, oblige les différents groupes sociaux à nouer des contacts et des alliances, alors que laissés à leur pesanteur propre, ils s'effondreraient sur eux-mêmes.

À partir de là, C. Lévi-Strauss distingue plusieurs systèmes d'échanges matrimoniaux. Tout d'abord, les systèmes élémentaires, où se trouvent interdits un certain nombre de parents, et prescrits ceux avec lesquels il est préférable de se marier. Les systèmes élémentaires peuvent être à échange restreint (un groupe d'hommes cède ses soeurs à un autre groupe d'hommes, qui lui donne les siennes en échange, comme chez les Kariera d'Australie). Ou encore à échange généralisé : à la différence de l'échange restreint, l'échange généralisé n'implique pas la réciprocité immédiate dans l'enchaînement des transferts de conjoints, et permet théoriquement d'associer un nombre illimité de partenaires. Moins certain que l'échange restreint, ce système est aussi plus ouvert et peut permettre une certaine différenciation sociale (c'est le cas des Katchin de Birmanie). Les systèmes semi-complexes édictent des prohibitions de mariage sur des classes entières de parents, et non plus seulement sur des individus généalogiquement précisés. Enfin, les systèmes complexes (les nôtres y appartiennent), qui interdisent le mariage dans un cercle de proches parents, sans prescrire expressément le choix d'un conjoint.

[198]

Dernier exemple, celui des prestations dotales. On observera la distribution inégale à l'intérieur des sociétés humaines de deux types de prestations matrimoniales. Chaque société peut n'en pratiquer qu'un, ou simultanément ou alternati-

⁸³ Cf. Héritier F., *Les deux soeurs et leur mère-Anthropologie de l'inceste*, Paris, Odile Jacob, 1994 ; Héritier F. Cyrulnik B.- Naouri A., *De l'inceste*, Paris, Odile Jacob, 1994.

vement les deux. Tout d'abord, le « prix de la fiancée » : en échange de droits sur sa future femme, le mari transfère des biens à sa famille. Ensuite, la dot : sans que soit évoquée la question de l'attribution de droits au mari, il s'agit de transferts de biens des parents de la femme soit à l'épouse, soit au mari. Ce dernier cas correspond à notre conception de la dot, ensemble de biens que la femme apportait dans le mariage, dont elle restait propriétaire, mais qui était géré par le mari (à la différence de ses biens paraphernaux, dont elle conservait la gestion et la jouissance). De tradition romaine, le régime dotal n'a disparu du droit français qu'en 1965 : à cette date, on ne dénombrait pas plus d'une vingtaine de contrats de ce type dans l'ensemble du pays, en raison de l'accès des femmes à un travail salarié indépendant (sorte de « dot » moderne, la femme contribuant par ses revenus salariaux aux charges du ménage). La modalité du prix de la fiancée comporte une symétrie -des droits contre des biens - qui paraît absente de la dot : le mari reçoit des biens, l'entrée de la femme dans le mariage aboutira la plupart du temps à une situation inégalitaire dont il profitera. On peut donc se demander pourquoi dans un cas il lui faut payer, et dans l'autre non. Ici encore, la diversité n'est pas le hasard. Il y a une logique sous-jacente, comme nous l'apprennent les travaux d'A. Testard ⁸⁴. Observons tout d'abord la répartition géographique de ces différents types de prestations matrimoniales. En Océanie comme dans les deux Amériques, le prix de la fiancée demeure exceptionnel. À l'inverse, il existe partout en Europe, Asie et Afrique, à l'exception notable des régions occidentales, influencées par le système dotal de l'Antiquité classique. Par ailleurs, la dot n'existe que dans les sociétés de classes, mais pas dans toutes. On tirera de ces données un premier enseignement, conforme à la logique de la pensée synchronique, dégagée plus haut. En effet, on ne peut appliquer ici un schéma évolutionniste, qui consisterait à considérer le prix de la fiancée comme un stade primitif, et la dot comme un progrès de l'évolution. Car la dot est absente des sociétés traditionnelles d'Océanie et des deux Amériques, [199] même si on la trouve jusqu'à une date récente dans nos propres sociétés. De plus, les deux possibilités peuvent être simultanément présentes, offertes de façon alternative (certaines formes de mariage en Inde), et même cumulative (comme en Chine). Donc, la dot et le prix de la fiancée sont deux variables indépendantes, inexplicables par de supposées différences entre des « niveaux »

⁸⁴ Cf. Testard A., Pourquoi ici la dot et là son contraire ? *Droit et cultures*, 32, 1996, 7-35 ; 33, 1997, 117-138. Voir aussi : Actes du Colloque « Dot, femme et mariage », dans : *Les Annales de Clermont-Ferrand*, 32, 1996, 109-365.

de civilisation. Il faut chercher ailleurs, plus précisément dans la forme du pouvoir politique et le rôle reconnu à la richesse.

En Eurasie (à l'exception des civilisations occidentales), le pouvoir politique reste peu spécialisé : soit l'État n'existe pas, soit il se présente surtout sous sa forme traditionnelle. C'est aussi le cas des Amériques et de l'Australie, mais dans ces dernières, à la différence de la première, la richesse joue un rôle important dans l'établissement de relations de dépendance : elles sont en quelque sorte dans une position intermédiaire par rapport à l'Eurasie et aux civilisations occidentales. Celles-ci se distinguent par le rôle accentué de l'État, le développement considérable de la stratification sociale et l'importance de la richesse, notamment foncière, dans ces processus de hiérarchisation : le pouvoir n'est plus circonscrit à la parenté. Facteurs qui, en définitive, expliqueraient l'inégale répartition du prix de la fiancée et de la dot. La compétition pour le pouvoir et la richesse ne passent plus principalement par la parenté : on comprend que dans ces cas, le candidat au mariage soit dans une situation moins contraignante, qui lui permet d'obtenir une épouse sans avoir rien à déboursier.

On voit donc par ces quelques remarques que l'anthropologie de la parenté mérite son nom. Cependant, on ne doit pas s'imaginer que toutes les pratiques sont automatiquement conformes à ces normes. Chez les Aborigènes australiens, dont l'organisation parentale idéale est extrêmement sophistiquée, beaucoup de mariages contreviennent aux règles. Chez les Arabes, le mariage préférentiel entre cousins parallèles patrilatéraux ne représente environ que 30 pour cent des cas. L'existence de marges d'autonomie relativement élevées montre que la parenté ne peut à elle seule prétendre entièrement déterminer l'organisation sociale. Elle doit se confronter avec d'autres forces (économiques, politiques, religieuses, etc.) qu'elle ne parvient pas toujours à ployer dans son sens. De ce point de vue d'ailleurs, nous ne disposons pas encore d'une théorie générale : par exemple, on ne peut dire exactement pourquoi une société choisit un type dominant de filiation plutôt qu'un autre.

[200]

En revanche, dans une série d'ouvrages guidés par la même hypothèse globale, E. Todd part des types d'organisation familiale propres à une société pour en dé-

duire ses principales formes d'organisation politique et ses chances de développement économique. La famille devient ainsi une véritable infrastructure.

87. LA FAMILLE, UNE INFRASTRUCTURE. - L'idée selon laquelle les rapports familiaux modèlent les relations politiques n'est pas neuve. On la trouve chez nombre de grands auteurs (Confucius, Aristote, Rousseau, Freud, etc.). Les partisans d'une monarchie forte l'affectionnaient, comme Bodin qui au XVI^e siècle définit l'État comme «... le droit gouvernement de plusieurs mesnages ». De même, l'histoire du droit de la famille montre qu'avec la monarchie absolue, l'autorité du père de famille s'accroît : il doit en être maître, à l'image du roi et de son royaume. Cependant, l'idée reste vague. Elle se précise avec F. Le Play (1806-1882). Celui-ci distingue à travers l'Europe trois types de famille : nucléaire, souche, patriarcale. Il est hostile aux principes de 1789, et cherche à comprendre comment ils ont pu l'emporter. Pour lui, de manière générale, les relations entre père et fils influent sur la conception de la liberté ; ceux entre frères sur l'égalité. E. Todd ⁸⁵ s'inscrit dans ce courant, qu'il va perfectionner, notamment en adoptant une typologie plus complexe, et en en déduisant des conséquences plus vastes.

Il distingue sept familles.

- *La famille communautaire exogame* : égalité des frères définie par les règles successorales, cohabitation des fils mariés et de leurs parents, prohibition du mariage entre les enfants de deux frères. On la trouve principalement en Russie, Yougoslavie, Chine, Vietnam, Inde du Nord. On constate que les régimes communistes se sont particulièrement implantés dans les pays de ce type de famille, alors que le coefficient de corrélation associant pourcentage d'ouvriers dans la

⁸⁵ On lira en premier : La troisième planète. Structures familiales et systèmes idéologiques, Paris, Le Seuil, 1983 ; puis : Le destin des immigrés. Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales, Paris, Le Seuil, 1994 ; L'invention de l'Europe, Paris, Le Seuil, 1990 ; L'enfance du monde. Structures familiales et développement, Paris, Le Seuil, 1984. De manière plus générale, on conseillera au lecteur intéressé par l'histoire et l'anthropologie de la famille : A. Burguière (dir.), Histoire de la Famille, 2 Vol., Paris, Armand Colin, 1986 ; plus juridique : P. Petot, La Famille, Paris, Loysel, 1992.

population active et [201] vote communiste est pratiquement nul (-0,09). En effet, cette famille est à la fois autoritaire et égalitaire.

- *La famille autoritaire* : inégalité des frères définie par les règles successorales, cohabitation de l'héritier marié et de ses parents, peu ou pas de mariages entre les enfants de deux frères. On la trouve principalement en Allemagne, Autriche, Japon, France des régions périphériques, Espagne du Nord, Suède, Norvège, Irlande, Juifs. Elle regroupe environ 40 pour cent de la population de l'Europe occidentale. L'inégalité familiale paraît se répercuter à un niveau plus large : de même que les membres des fratries ne sont pas égaux, les peuples ne se trouvent pas sur le même pied. Les conflits ethniques seraient plus fréquents qu'ailleurs, ce modèle condensant la revendication de particularismes au détriment de l'universel. E. Todd remarque que les systèmes familiaux allemand et juif appartiennent à la même famille... avec évidemment des conséquences différentes : les Juifs se considèrent comme le peuple élu, les nazis les exterminent au nom de différences conçues comme radicales et irréductibles. Autre singularité : ce modèle autoritaire n'est pas forcément patriarcal. Dans plusieurs cas (Basques, Juifs), la femme peut avoir une autorité certaine, surtout si elle est en position d'aînesse. D'autre part, on note la fréquence des systèmes politiques stables et différenciés : la perception d'une différence inégalitaire n'entraîne pas nécessairement l'extermination des plus faibles. Simplement, les groupes minorisés doivent se tenir à la place qui leur est assignée. À notre sens, il est difficile de dire qu'il s'agit de modèles pluralistes ou multiculturels dans le sens que nous donnons aujourd'hui à ces termes, qui impliquent la reconnaissance de l'égalité dans la différence.

- *Les familles individualistes*. Il y en a deux modèles. Le premier est celui de la famille nucléaire égalitaire : égalité des frères définie par les règles successorales ; absence de cohabitation des enfants mariés et de leurs parents ; absence de mariage entre les enfants de deux frères. On le constate surtout en : France du Nord, Italie du Nord, Espagne centrale et méridionale, Pologne, Amérique latine. Le second modèle est celui de la famille nucléaire absolue : en l'absence de règle successorale très précise, l'usage du testament est fréquent ; pas de cohabitation des enfants mariés et de leurs parents, ni de mariage entre les enfants des deux

frères. On le constate surtout dans le monde anglo-saxon, la [202] Hollande et le Danemark. Ces deux modèles concordent dans l'affirmation de l'indépendance réciproque des enfants et des parents, tous considérés comme des individus.

Le cas anglais illustre particulièrement bien le modèle individualiste, dans la mesure où depuis le Moyen-Age le modèle dominant est le nucléaire. En France, le Bassin parisien est le cœur ancien du système nucléaire égalitaire. A la fin du XVIIIe siècle, les régions de la partie nord dominant le jeu politique : on sait le rôle joué par la capitale au cours de la Révolution. De plus, certaines réformes majeures du droit privé (égalité successorale entre aînés et cadets ainsi que filles et garçons ; égalité entre l'homme et la femme dans les procédures du divorce, institué en 1792) traduisent de manière éclatante l'idéal égalitaire (on n'en dira pas autant du suffrage politique, de type censitaire et excluant pour longtemps les femmes). Mais à partir du milieu du XIXe, les idéologies anti-individualistes s'affirment (socialisme, catholicisme, plus tard communisme), entraînant un déclin de l'individualisme. E. Todd l'explique par le fait que les régions périphériques, lieux d'implantation de modèles familiaux inégalitaires, auraient à cette date comblé le retard d'alphabétisation qui les séparait au XVIIIe de la partie nord.

La famille nucléaire absolue se caractérise par son indécision successorale qui, sur le plan des rapports sociaux, peut engendrer des attitudes nuancées. En ce qui concerne l'antisémitisme, l'Angleterre choisira contre le modèle allemand l'universalisme français. Mais, pas plus que les États-Unis, elle n'est réellement universaliste. Les Anglo-Saxons distinguent soigneusement entre les peuples, qu'ils classent hiérarchiquement, leur culture étant considérée comme la meilleure. Cependant, à la différence des extrêmes auxquels peut parvenir le modèle autoritaire, l'idée générale est celle de la coexistence des cultures, sans la recherche de la destruction ou de l'intégration de celles considérées comme périphériques.

- *La famille communautaire endogame* : égalité des frères définie par les règles successorales ; cohabitation des fils mariés et de leurs parents ; mariage fréquent entre les enfants de deux frères, soit le mariage préférentiel entre cousins paternels parallèles. On la constate dans le monde arabe, et une partie du monde musulman (surtout en Asie centrale). On notera que ce mariage endogame n'est pas imposé par le Coran, qui contient surtout des prescriptions exogamiques ;

cependant, [203] la prohibition de l'inceste n'y frappe que des degrés proches. Ce repliement matrimonial appartient en effet surtout à des traditions arabes pré-islamiques, que la foi musulmane a organisées sans les rejeter. La tendance du droit canonique chrétien a été au contraire de porter très loin les limites des parents prohibés, au point que ses prescriptions étaient souvent inapplicables dans des communautés rurales relativement fermées : même faillible, l'idéal chrétien est exogamique. Endogame, le mariage arabe a certaines conséquences sur le statut de la femme, qui ne sont pas nécessairement négatives. En effet, prise dans des cercles relativement proches, elle court moins le risque que dans des systèmes exogames d'être perçue comme une étrangère dont il faut se méfier. Elle échappe ainsi notamment à l'infanticide et à l'exclusion successorale totale (sa part est inférieure de moitié à celle d'un homme). On ne saurait en dire autant du sort de la femme en Chine ou en Inde du Nord : aujourd'hui encore, son sort y est beaucoup plus dur que dans la majeure partie du monde musulman. Par ailleurs, il semblerait que la structure communautaire et endogame de ce modèle familial rende l'implantation de structures étatiques fortes particulièrement difficile dans les cultures qui l'ont adopté. Cela dans la mesure où, comme l'a montré Max Weber, l'État suppose une certaine dépersonnalisation des rapports entre individus.

- *La famille communautaire asymétrique* : égalité des frères définie par les règles successorales ; cohabitation des fils mariés et de leurs parents ; prohibition du mariage entre les enfants de deux frères, mais préférence pour le mariage des enfants d'un frère et d'une soeur. On la constate surtout en Inde du Sud. Le trait original de ce système consiste dans la combinaison entre un interdit exogamique de l'alliance avec les parents du côté du père, et une préférence endogamique marquée pour l'alliance du côté de la mère. Le conjoint idéal serait la cousine croisée matrilatérale, soit la fille du frère de la mère. D'après E. Todd, elle expliquerait le système des castes : l'endogamie familiale engendrerait la fermeture des castes les unes par rapport aux autres.

- *La famille anomique* (soit l'absence de règle -*nomos*- bien définie) : égalité théorique entre les frères, mais souvent faiblement appliquée en pratique ; cohabitation des enfants mariés et de leurs parents en principe impossible, mais acceptée

en pratique ; mariage consanguins possibles, et parfois fréquents. On la constate en Asie du [204] Sud-Est, en Indonésie et dans les cultures indiennes d'Amérique du Sud. Le trait caractéristique de cette famille est l'indétermination des règles : aucune préférence pour tel ou tel type de mariage n'est affirmée. La pente supposée naturelle vers une préférence endogamique jouerait alors, dont on trouverait la correspondance sociale dans la préférence marquée pour des relations de voisinage : solidarité villageoise, ainsi qu'entre les personnes occupant des places équivalentes dans la hiérarchie professionnelle. Cependant, l'absence de règles peut aussi produire, et de manière simultanée, des comportements de type individualiste. On remarquera en effet que les régions de famille anomique ont été en général favorables à l'implantation du bouddhisme (qui a en revanche échoué en Inde) : si elle recommande la compassion envers les autres, cette philosophie repose avant tout sur la méditation intérieure.

- *La famille africaine*, qu'E. Todd caractérise principalement par la polygynie et l'instabilité du groupe domestique. Elle éprouverait des difficultés particulières à l'éducation des enfants en raison de sa structure peu centralisée, ce qui pourrait expliquer le retard d'alphabétisation de l'Afrique. De plus, la plupart des systèmes familiaux africains ne comporterait qu'une faible dose d'autorité parentale, d'où la difficulté des Africains à construire des États stables.

Comme on le voit, un des intérêts majeurs de cette typologie consiste dans l'affirmation d'une loi générale (l'adulte projette sur les relations sociales et entre les peuples les modèles familiaux connus dans l'enfance) et d'une de ses conséquences : le prix attaché par certaines cultures soit prioritairement à l'universalisme, ou au contraire aux particularismes. Dans d'autres travaux, E. Todd étend ce cadre d'explication général aux diverses attitudes des pays d'accueil concernant leurs populations immigrées. Le type de famille historiquement dominant dans la société d'accueil détermine la politique suivie vis-à-vis des immigrés, depuis la volonté d'assimilation jusqu'aux préférences pour une organisation communautaire des différents groupes ethniques. Ainsi la France, dont la région politiquement dominante était acquise à la famille égalitaire, prône-t-elle un idéal d'assimilation. Au contraire, en Allemagne, en Angleterre ou aux États-Unis qui ont connu d'au-

tres modèles familiaux, prédominant des conceptions différencialistes. Dans la pratique, les choses sont évidemment plus complexes. La France pratique de plus [205] en plus des processus de différenciation, comme nous le verrons dans la dernière partie de cet ouvrage ; de plus, le racisme y est plutôt en progression qu'en voie d'extinction. On remarquera aussi que si la colonisation a été menée au nom de l'assimilation, celle-ci fut contredite non seulement par les moeurs, mais aussi le droit, à travers la distinction entre sujets, aux droits amoindris (en fait, dans leur quasi-totalité, les populations autochtones), et citoyens, possédant l'intégralité des droits civiques et civils (en fait, les Français de métropole). Des tendances assimilatrices peuvent par ailleurs se manifester dans des modèles différentiels. Ainsi le système américain connaît-il des arithmies. Les populations d'origine européenne se sont en général bien mélangées, alors que le clivage Noirs/Blancs demeure fondamental. De même l'Allemagne assimile les émigrés yougoslaves, mais cantonne les Turcs. Il reste que globalement, on retrouve chez les peuples de tendance majoritairement universaliste des structures familiales symétriques au niveau des fratries, alors qu'elles sont asymétriques chez les peuples de tendance majoritairement différencialiste. En ce qui concerne la France, l'analyse des rapports entre frères définis par les coutumes successorales suggère une partition. D'une part, une France centrale égalitaire, avec des échos du même type sur la façade méditerranéenne. D'autre part, une France périphérique inégalitaire, composée principalement de l'ancienne Occitanie non-maritime et de la plus grande partie de la région Rhône-Alpes, mais qui comprend aussi un certain nombre d'éléments territoriaux formant une couronne inégalitaire autour du Bassin parisien égalitaire. La première tendance finit par l'emporter, dans la mesure où l'État monarchique se développa à partir de la région centrale.

Enfin, l'infrastructure familiale expliquerait aussi l'inégalité des chances de développement économique des différents pays. E. Todd utilise la notion de « potentiel culturel », constituée par la jonction de deux variables : la force de l'autorité parentale, le statut de la femme. Les systèmes autoritaires et relativement féministes constituent des pôles de développement ; les misogynies sont au contraire sous-développés ; entre ces deux extrêmes se situent les cultures à potentiel moyen. Dans l'ensemble du monde, les systèmes à potentiel fort regroupent 9 pour cent de la population, à potentiel faible 26 pour cent, à potentiel moyen 65 pour cent. En Europe, ces chiffres sont assez différents, soit : 26 pour cent pour

les systèmes à potentiel fort, 73 pour cent pour les moyens, moins de 1 pour cent pour les faibles. [206] Un meilleur dosage des différentes composantes anthropologiques, qui expliquerait le décollage économique précoce de cet ensemble géographique. E. Todd en déduit que les politiques étatiques de développement économique sont largement illusoires, dans la mesure où l'infrastructure familiale, combinée avec le développement culturel, exerce un rôle déterminant. De plus, il observe que l'efficacité économique ne coïncide pas nécessairement avec l'idéal libéral et égalitaire, dans la mesure où elle semble surtout procéder des modèles familiaux à composante autoritaire.

L'ensemble des travaux d'E. Todd représente une tentative de synthèse à un niveau rarement atteint, car supposant une extrême généralisation. L'auteur la qualifie souvent lui-même d'anthropologie historique. À juste titre, car cette démarche assemble et classe un nombre important de données historiques et juridiques, et tente de parvenir à des grandes lois expliquant le comportement humain dans un nombre considérable de sociétés, dans des domaines aussi vastes que la parenté, l'économie, l'organisation sociale et politique. Bien entendu, ces thèses n'ont pas fait l'unanimité. On leur reproche leur caractère trop systématique (il est toujours gênant de voir expliquer des phénomènes extrêmement complexes par la détermination d'un seul facteur), certaines lacunes (la description de la famille africaine -à supposer que ce concept ait une quelconque validité- laisse le lecteur sur sa faim), et une imprécision dans la description du mécanisme central (comment expliquer la si importante détermination exercée par un modèle infantile sur des représentations adultes ?). Il reste que la force explicative du modèle est impressionnante, même s'il doit souffrir de nombreuses exceptions et corrections. Et surtout, la synthèse correspond à ce qu'on est en droit de demander à l'historien comme à l'anthropologue : la mise-à-nu des logiques qui organisent la diversité des sociétés humaines.

On peut aussi en chercher dans la confrontation de la pensée juridique et de la pensée religieuse.

88. LE PARALLÉLISME ENTRE LES PENSÉES JURIDIQUE ET RELIGIEUSE. - Le parallélisme entre la pensée religieuse et la pensée juridique a

été dressé il y a une quinzaine d'années par l'anthropologue du droit [207] français M. Alliot ⁸⁶. Pour lui, on peut regrouper les différentes sociétés humaines suivant les orientations fondamentales de leurs choix philosophiques et religieux.

Tout d'abord, le principe d'*identification*, surtout présent en Extrême-Orient. Y correspond par exemple la Chine ancienne. Pour les lettrés de cette époque, l'univers consiste en une infinité de mondes ; il est éternel, se faisant et défaisant 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 masculin sans le féminin, le *yin* sans le *yang*. Son dynamisme n'est délimité par aucune loi imposée de l'extérieur : il se gouverne spontanément. Il doit en être 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 au rites, sans attendre de salut ou de protection de la loi ou du juge. Pas plus qu'il n'existe de Dieu créateur pour organiser le monde, le droit ne peut s'imposer à la société.

Ensuite, le principe de la *différenciation*. On en trouve des exemples dans l'Égypte ancienne, et surtout l'Afrique animiste (les cosmogonies de ces sociétés sont très voisines, comme le montre la comparaison entre la mythologie des Dogon et celle de l'Égypte ancienne). Le monde est ici 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 tire le monde et l'homme du chaos, au terme d'essais souvent infructueux (ils ne sont pas créés en une semaine, comme dans la Genèse...) et se différencie progressivement en couples de divinités complémentaires. 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 joue un rôle déterminant : 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 résulte d'un processus continu de différenciation, l'homme ne peut se réduire à l'individu, à l'existence trop ponctuelle. C'est donc par rapport au groupe qu'il est d'abord situé. De même, la structuration sociale est le fruit d'un processus de création [208] continue, qui a amené les différents groupes à se distinguer progressivement les uns des autres, et à se conce-

⁸⁶ Cf. Alliot M., L'anthropologie juridique et le droit des manuels, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 24, 1983, 71-81.

voir comme complémentaires plutôt qu'opposés. 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 visent à 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 matrilignage 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. Dans ces sociétés, les législations uniformisantes sont ressenties comme autant de dangers pour l'unité. Cependant, le risque de la division existe toujours. Plusieurs techniques visent à le 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 périodiquement interrompue par des redistributions ; les mariages préférentiels atténuent la compétition pour les conjoints ; dans l'exercice du pouvoir, l'unanimité est préférée à la règle majoritaire, même s'il faut beaucoup de temps pour l'atteindre (procédé de la palabre) ; dans les techniques de règlement des conflits, on pratique volontiers les modes non-juridictionnels, et les normes sont appliquées avec beaucoup de souplesse. Ces sociétés sont donc davantage auto-centrées que les nôtres, dans la mesure où elles s'en remettent moins à Dieu ou à l'État. Car notre propre vision est inspirée d'un autre archétype : celui de la *soumission*.

Pour les religions du Livre, Dieu préexiste à sa création et la régit de l'extérieur (même dans le christianisme, l'incarnation du Christ s'insère non au début de l'histoire mais à un de ses moments, à une époque et dans un lieu et un peuple choisis par Dieu seul). Si l'homme conserve son libre-arbitre, il reçoit par diverses Révélations le message de Dieu, son plan sur l'humanité. 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 dirigeants politiques. Théoriquement, l'État islamique n'a ni la mission ni les moyens de transformer la société, il ne [209] doit qu'assurer le respect de la loi divine. L'Occident chrétien partage avec l'Islam la référence à une loi proposée au monde et aux hommes. Mais sa pensée a évolué à

partir de cette base commune dans une toute 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. Elle est 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 ne possèdent pas dans les autres sociétés, la conciliation et l'équité sont présentées comme ne jouant qu'un rôle subsidiaire. Ce changement de perspective repose sur une logique qui entraîne des effets inverses de ceux constatés dans les sociétés traditionnelles et non-occidentales. 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 d'origine extérieure. La différence est pensée en termes d'opposition. D'autre part, les groupes sont niés, car ils apparaissent comme autant d'obstacles à la maîtrise par l'État des individus, décrits comme autonome et égaux.

L'archétype de la soumission semble donc isoler de façon radicale les sociétés modernes des autres. Cependant, ici encore, ces clivages sont tempérés par le synchronisme. En effet, si chacun de ces trois grands principes est dominant dans certaines cultures, il n'est pas totalement et toujours exclusif des deux autres. Comme nous l'avons vu, la France connaît aujourd'hui un développement des justices alternatives, qui répondent davantage au principe de la différenciation que de la soumission. De même, la peine n'est pas inconnue des sociétés traditionnelles, qui n'ignorent pas totalement l'individu. D'autre part, les sous-groupes d'une société donnée peuvent mettre en jeu des relations qui n'obéissent pas au principe dominant de cette société. Chez nous, si le mariage est réglé par le droit, les relations concrètes et quotidiennes entre gens mariés obéissent à une autre logique que celle du code : les couples heureux sont certainement davantage ceux qui parviennent à s'auto-réguler que ceux qui recourent à une autorité extérieure. D'ailleurs, dans ce dernier cas, l'échec n'est en général pas loin... Autrement dit, l'identification d'une société à l'un des trois principes cités plus haut n'exclut pas qu'à l'intérieur de cette société fonctionnent [210] des logiques différentes, correspondant à des situations elles-mêmes différentes. Des logiques semblables peuvent donc être à l'oeuvre dans des sociétés dont les archétypes sont contraires, s'inscrire dans des contextes culturels et historiques différents, et donc produire des résultats qui ne

peuvent être strictement semblables : les médiateurs intervenant dans les familles en crise de chez nous ne sont pas des copies à l'identique du chef à peau de léopard des Nuer...

Au cours de ce chapitre, nous avons cité un certain nombre d'exemples de théories qui, travaillant à partir des matériaux fournis par l'histoire et l'ethnologie, tentent de transcender la diversité des particularismes. Certes, comme dans toute science, elles ne sont pas définitives : non seulement des nouvelles données, mais surtout de nouvelles interprétations peuvent les modifier. D'autre part, elles ne concernent que certains secteurs (néanmoins importants), de la vie sociale et juridique. Pour reprendre une expression utilisée par les physiciens, la théorie de la grande unification n'est pas encore bâtie. Cependant, à travers ces différents efforts ⁸⁷, nous sortons du chaos relativiste dont on accuse trop souvent l'histoire ou l'anthropologie : les étoiles s'assemblent en constellations.

⁸⁷ Ce chapitre couvre un champ particulièrement vaste, au point qu'il serait illusoire de prétendre le faire suivre d'indications bibliographiques. Exceptionnellement, nous n'en donnons donc pas d'autres que celles figurant dans les notes de bas de page. Cependant, comme on aura remarqué qu'il doit beaucoup à l'anthropologie juridique, on se référera utilement aux bibliographies données dans les principaux manuels de cette discipline, déjà cités (cf. *supra*, p.35).

[211]

Introduction historique au droit

Première partie :
À la recherche du droit et de l'État

Chapitre V

Au-delà des normes

Une société n'est pas le temple des valeurs-idoles qui figurent au fronton de ses monuments ou dans ses textes constitutionnels, elle vaut ce que valent en elle les relations d'homme à homme.

M. Merleau-Ponty (1908-1961).

[Retour au sommaire](#)

Nous avons jusqu'ici fait une large place aux expériences historiques non occidentales du droit et de l'État : choix légitime dans un ouvrage d'introduction générale à ces concepts. On se souvient notamment que parmi les différences majeures quant à la notion de droit, on trouve celles attachées au rôle des normes. Dans beaucoup de sociétés traditionnelles, les normes générales et abstraites sont difficilement repérables. Non seulement d'un point de vue matériel. L'oralité n'exclut pas la mémoire (au contraire, elle la développe, au moins au niveau de l'individu qui doit retenir un nombre considérable de savoirs), mais elle rend les données moins facilement accessibles, dans la mesure où elle contraint l'observateur au bon-vouloir d'un certain nombre de locuteurs. Mais il y a une raison plus pro-

fonde, que les anthropologues expriment en général par la notion de flexibilité du droit. Le droit réside peut-être davantage dans des comportements que dans des normes abstraites ; les solutions dépendent largement des circonstances concrètes. Dans le passé (est-ce réellement terminé ?...), les juristes occidentaux en ont déduit que ces sociétés ne connaissaient pas véritablement le droit, suivant le schéma évolutionniste que nous connaissons bien. Logiques avec eux-mêmes, ils ont favorisé un système d'enseignement axé sur l'énoncé d'un certain nombre de normes : les étudiants en droit le savent bien. Cette tendance est maximale dans les pays qui, comme le nôtre, appartiennent à la tradition civiliste, faisant de la loi la principale source du droit (dans les pays anglo-saxons, la pratique influence davantage le droit, dans la mesure où la jurisprudence joue un rôle beaucoup plus important). Pourtant, le droit ne peut se réduire aux normes, y compris dans nos propres sociétés. Autant que la règle compte [212] l'idée qu'on en a -les représentations- et l'usage qu'on en fait-les pratiques. Qui ne s'en soucie pas condamne inéluctablement le droit à l'ineffectivité. Il est donc nécessaire de consacrer les deux sections de ce chapitre aux représentations et aux pratiques du droit.

Section I

Les représentations du droit

[Retour au sommaire](#)

Le concept de représentation est généralement inconnu du juriste, bien qu'il soit fondamental pour juger du degré d'effectivité du droit. Il faut donc préciser son sens avant d'en donner quelques exemples.

A) Qu'est-ce qu'une représentation ?

89. DÉFINITION DU CONCEPT DE REPRÉSENTATION. - Son origine se trouve dans la psychologie : il s'agit de l'image mentale que se forme un sujet de son environnement extérieur, matériel ou immatériel (par exemple, l'attitude d'un de ses proches à son égard). Dans cette acception, elle est donc intimement liée à l'individu. Pour les sociologues et anthropologues, les représentations constituent des réalités autonomes. D'une part parce qu'il les envisagent sous une forme collective : les représentations sont partagées par un certain nombre d'individus (c'est notamment le point de vue de Durkheim). Ainsi, dans une société de filiation matrilineaire, le frère de la mère sera considéré comme le père social des enfants, leur père biologique (le mari de la mère) n'ayant qu'un rôle secondaire. Ou encore, dans nos sociétés, l'image de la femme comme *executive woman* tend à supplanter celle de la mère au foyer. En ce sens très général, les représentations désignent les ensembles d'idées et de valeurs propres à une société globale (mais comme dans l'exemple précédent, certaines représentations peuvent être concurrentielles), ou à un groupe social (la représentation de la fonction dominante du père est plus forte chez des immigrés africains de fraîche date que dans la famille « moderne » dessinée par le droit positif). D'autre part, du point de vue des sciences humaines, les [213] représentations forment système : la classification des groupes sociaux, l'organisation du territoire, la conception de la nation participent à une représentation culturelle du monde qui peut avoir des conséquences juridi-

ques. On sait que pour les révolutionnaires français, la nouvelle organisation territoriale départementale, dans son uniformité, devait symboliser l'égalité juridique du corps civique, être le reflet de la nouvelle conception du peuple français. Les représentations constituent donc des idées du monde, permettant d'agir sur la réalité, pour la modifier, la contourner, l'interpréter. Quand des paysans animés par une vision hiérarchique de la famille, traditionnelle mais devenue contraire à la loi de 1792 instaurant l'égalité successorale, utilisent la faculté testamentaire plus large autorisée quelques années plus tard par le Code civil pour avantager un de leurs héritiers, c'est en fonction d'une représentation collective de la famille qu'ils s'inscrivent en marge de l'ordre nouveau voulu par le législateur. Mais les représentations ne sont pas des idéologies : elle ne reposent pas nécessairement sur un savoir scientifique, mais plutôt sur des expériences vécues ou transmises ; elles sont souvent en partie inconscientes chez le sujet, et d'autant plus efficaces.

Dans une certaine mesure, chaque groupe social a donc sa vision du droit. Donnons en quelques exemples.

B) Quelques exemples de représentations

On citera celles des jeunes, de certains étudiants et enseignants en droit, de certains types de presse, avant d'aborder les représentations du droit dans l'entreprise dans différentes traditions nationales.

90. LES REPRÉSENTATIONS DU DROIT ET DE LA FAMILLE CHEZ LES JEUNES. - Le concept de représentation étant largement ignoré des juristes, il n'a donné lieu qu'à peu de recherches. Les plus fréquentes concernent surtout les idées du droit chez les enfants et adolescents, étudiées notamment par C. Kourilsky-Augeven de manière comparative, les représentations des jeunes Français étant confrontées à celles d'élèves et étudiants de certains pays récemment sortis du communisme, comme la Russie et la Pologne.

Les conceptions russe et polonaise de la justice sont relativement proches : elle est avant tout une qualité personnelle, une valeur guidant [214] les comportements individuels, encore que les Russes l'associent volontiers à la juste punition

des coupables. À l'inverse, les jeunes Français voient avant tout -et de plus en plus- dans la justice l'institution judiciaire. On peut en déduire qu'il y a chez eux une plus forte délégation à des institutions sociales des conséquences juridiques et concrètes du jugement moral, concomitante d'un investissement affectif renforcé dans la famille. En revanche, l'ostracisme frappant les délinquants est beaucoup plus vif chez les Russes, ce qui semble prouver leur adhésion à la légitimité de la sanction.

Les jeunes (17-18 ans) français, russes et hongrois valorisent très fortement la loi, même s'ils lui attribuent majoritairement un caractère impératif (les Russes ne l'associent jamais aux droits qu'elle est susceptible d'attribuer à l'individu). Ils attendent d'elle des modèles de référence. Conséquence de l'effacement de l'image traditionnelle du père ? Les psychanalystes nous le diront peut-être.

Cependant, toute loi n'est pas sacralisée.

Pour les jeunes (17-18 ans) Polonais, la loi ne doit être respectée que si elle est juste. Mais les adultes pensent qu'elle doit être obéie parce qu'elle est la loi, même si elle est loin d'être toujours juste. Pour les Russes aussi, la loi protège avant tout de l'ordre et de l'anarchie, d'où la nécessité de la respecter. L'idée qu'une loi injuste a de grandes chances de conduire au désordre semble absente. Les jeunes Français sont beaucoup plus nuancés. Certes la loi doit assurer la justice, l'égalité, la démocratie, et de manière plus générale les libertés individuelles, mais de 1987 à 1993, on note une progression de l'idée d'une nécessaire contrainte des comportements pour arriver à ces résultats : la liberté ne peut-être que relative. On est loin du fameux slogan libertaire de mai 68 : « il est interdit d'interdire »... on pense en revanche davantage à la Déclaration des droits de l'homme (art.4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits »). L'idée de droits subjectifs varie plus fortement. En France, on y voit surtout des droits et libertés reconnus à l'individu face à l'État, notamment du droit de vote. En Russie, il s'agit plus du droit à des avantages matériels (dont le droit de propriété) que des droits civiques.

On dispose aussi d'un certain nombre de données sur la perception de la famille par les jeunes (11-18 ans, en 1993). *A priori*, les [215] Français se caractérisent

à tous les âges par le refus d'associer la famille aux trois valeurs symbolisant le système juridique : la loi, la justice et le droit. Ce qui confirme une explication souvent avancée de la multiplication du concubinage juvénile : le mariage est refusé -au moins pour un temps- car il symbolise l'intrusion jugée injustifiée de la société dans la vie intime des individus. On retrouve la même tendance chez les jeunes Russes, encore que moins prononcée. En revanche, Russes et Français diffèrent sur la principale fonction positive attribuée à la famille. En accord avec le modèle strictement égalitaire de la nouvelle Constitution russe (Constitution de 1993, qui va plus loin en ce sens que les textes antérieurs), les jeunes Russes (en majorité les garçons) perçoivent surtout le caractère égalitaire de la famille, qu'ils associent à la solidarité qui doit régner entre ses membres. En revanche, en France et surtout chez les filles, la famille engendre principalement la sécurité. La solidarité est bien perçue comme une valeur importante, mais à la différence des Russes, elle passe plus par l'autorité que l'égalité. Dans les deux cas, on voit que la liberté n'est pas la valeur prioritairement assurée par la famille.

On remarquera aussi une certaine sexuation de ces représentations. En Russie, les filles acceptent globalement la famille égalitaire alors que les garçons voudraient avoir davantage de responsabilités ; en France, la famille autoritaire serait mieux tolérée par les filles que par les garçons, qui souhaiteraient voir la solidarité l'emporter sur l'autorité. Pour C.Kourilsky, ces attitudes seraient au moins en partie les reflets d'histoires culturelles différentes de la famille, matri-centrée en Russie, patri-centrée en France (notons que cette représentation française de la famille ne correspond pas au droit positif, qui y a instauré une autorité parentale conjointe).

Très répandu en Russie, le divorce n'est pas perçu de la même façon en France, même s'il y est banalisé depuis une génération (notamment par le législateur, dont les réformes ont pu être interprétées comme instaurant un « droit au divorce »). Ses histoires juridiques dans les deux pays diffèrent. En France, depuis son instauration en 1792, il a été supprimé de 1816 à 1884 et a surtout revêtu la forme du divorce pour faute (les divorces pour faute et par requête conjointe, quantitativement comparables, sont sociologiquement différenciés : le divorce par consentement mutuel s'impose au fur et à mesure qu'on monte dans les catégories socio-professionnelles et qu'on se situe dans des zones fortement [216] urbanisées). En Russie, depuis 1917, il n'a jamais été remis en cause, et dans la plupart des cas, il

a été admis de façon très libérale par le législateur qui n'y a guère posé de conditions. De plus, la religion orthodoxe, à la différence du catholicisme, admet le divorce dans certains cas. Pour les jeunes Russes (surtout les filles), le divorce est avant tout la conséquence de la liberté individuelle (comme il l'était pour les révolutionnaires français), et ni le législateur, ni le juge ne devraient s'en mêler. Les jeunes Français ont des opinions radicalement différentes. Autant le droit leur paraissait étranger à la conclusion du lien matrimonial, autant son intervention et celle du juge leur paraissent légitimes (surtout aux filles), dans la mesure où elle sert à protéger des individus de l'exacerbation des sentiments, fréquente au moins dans les divorce conflictuels, qui restent largement majoritaires. Plus profondément -et cette tendance s'est très nettement accentuée depuis 1987- paraît en cause le réinvestissement affectif de la famille opéré par les jeunes : la famille-refuge peut-être menacée par la revendication de libertés individuelles à la base du divorce. Le fait est d'ailleurs que les sondages montrent que la majorité des jeunes qui ont aujourd'hui 20 ans reprochent à leurs parents (la génération de mai 68) leur trop grande facilité à divorcer. 23% seulement des 16-18 ans associent le divorce à la liberté... ⁸⁸

Ceci peut surprendre leurs aînés, dont la jeunesse se déroula dans une environnement à la fois davantage protégé et plus libertaire. Peut-être peut-on penser à l'ampleur des modifications des structures familiales. Quelques chiffres en témoignent ⁸⁹. Le taux de divorce est passé de 22,5 pour cent en 1980 à 38,3 pour cent en 1996. Le nombre des « familles » monoparentales (90 pour cent sont dirigées par des femmes ; après le divorce, il y a rupture totale du lien entre le père et les enfants dans 25 pour cent des cas) a augmenté de 63 pour cent en vingt ans. Aujourd'hui, deux millions d'enfants vivent dans 1,6 millions de familles avec un seul parent au foyer, soit 7 pour cent des ménages (mais 83 pour cent des enfants mineurs vivent avec leurs deux parents : il semble donc que les parents retardent leur séparation jusqu'à ce que leurs enfants aient acquis une certaine autonomie). À cet égard, la France occupe une position médiane en Europe : ces chiffres la situent [217] nettement devant l'Espagne et l'Italie, mais loin derrière la Suède et de Danemark. On observe par ailleurs que ces familles sont inégalement ventilées

⁸⁸ Cf. Kourilski-Augeven, Images du droit et sentiment d'appartenance : les représentations adolescentes de la citoyenneté, *Droit et cultures*, 35, 1998/1, 85.

⁸⁹ Pour plus de détails, cf. *Le Monde*, 12 juin 1988, 12-13.

dans la hiérarchie sociale : il y en a deux fois et demie plus dans les milieux pauvres ou très modestes que dans l'ensemble des ménages. Sur le plan juridique, en 1995, les divorces pour faute représentaient 43 pour cent des divorces, le divorce par requête conjointe 42 pour cent, le divorce demandé et accepté 13,3 pour cent, le divorce pour rupture de la vie commune 1,5 pour cent. On notera aussi que 4,2 millions de personnes vivent en couple sans être mariés, soit 14 pour cent des couples ; les enfants naturels représentent 33 pour cent des naissances (contre 6% en 1804, ce taux ayant peu varié jusqu'en 1972 où les droits des enfants naturels non adultérins deviennent équivalents à ceux des légitimes). Enfin, le problème de la « normalisation » juridique des couples homosexuels est devenu d'actualité. Dans un arrêt du 17 décembre 1997, la Cour de cassation a considéré que : « le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme [c'est nous qui soulignons] ». Cette assimilation entre le concubinage et le mariage d'une part, le caractère hétérosexuel de l'union d'autre part n'est apparemment pas remis en cause par divers projets visant à donner plus de garanties à certains couples, hétérosexuels... ou non. Cependant, il est évident que si ces unions ne sont pas des mariages, ces textes aboutissent à banaliser l'idée de couples homosexuels. À leur actuelle, trois projets ont été élaborés. D'abord le CUS (contrat d'union sociale), le PIC (pacte d'intérêt commun élaboré par le professeur de droit Jean Hauser et remis à la chancellerie en mai 1998, qui limite l'union aux relations économiques), enfin le PACS (pacte civil de solidarité, qui exclut les fratries et viendra devant le Parlement à l'automne 98)⁹⁰. Face à ces transformations, et sans porter de jugement moral, qui n'est pas de notre ressort, on peut comprendre certaines réactions de prudence des jeunes, d'autant plus que leur avenir professionnel est pour le moins incertain. Pas plus que le mariage n'est pour la vie, que l'enfant n'est assuré de conserver ses deux parents, le diplôme n'est une garantie d'insertion.

Pour autant, il faut se garder d'opposer un passé réconfortant et stable à un présent fluide et inquiétant. D'une part, dans la société rurale [218] ancienne, la famille n'était pas stable, en raison des fréquents veuvages. D'autre part, plus près de nous, l'« idéal » de la famille durable, stable et féconde n'a peut-être constitué

⁹⁰ En mai 1998, I. Théry a remis au gouvernement un important rapport sur ces questions, intitulé : Couple, filiation et parenté aujourd'hui ; le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée.

qu'une brève parenthèse historique, celle des années 1945-1965, contre lequel s'est révoltée une partie de la jeunesse en mai 68. Comme le note la sociologue du droit I. Théry ⁹¹, avant la guerre, 18 pour cent déjà des individus n'étaient pas mariés : il y avait beaucoup de célibataires et de concubins, notamment dans les milieux ouvriers. De plus, ce modèle de famille correspond historiquement à la période où la représentation de la femme au foyer était le plus communément partagée : le taux d'activité féminine de 1911 ne se retrouve qu'à partir de 1988. En 1968, 60 pour cent des femmes en couple de 20 à 59 ans n'exerçaient pas d'activité professionnelle ; en 1990, elles n'étaient plus que 30 pour cent.

Notre droit positif peut être ambigu. D'un côté, en facilitant le divorce, il tend à sa banalisation. Plus subtilement, en postulant que si le divorce met fin au couple conjugal, le couple parental continue (ce qui jusqu'ici est inexact en pratique, beaucoup de pères, qui n'ont pas la garde des enfants, s'en éloignant assez rapidement) : la nostalgie de l'indissolubilité émousse encore le tranchant du droit au divorce. Mais en France, que pensent du droit les futurs juristes ?

91. LES REPRÉSENTATIONS DU DROIT À LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX-EN-PROVENCE. - À vrai dire, il n'y a pas encore de réponse à cette question sur le plan national, faute d'enquête à ce sujet. Cependant, on peut faire état d'expériences locales, réalisées à la faculté de droit d'Aix-en-Provence dans le cadre de mémoires de DEA (Théorie juridique) que nous avons dirigés. À ce jour, nous disposons de données sur les représentations du droit chez les étudiants de première année de cette Faculté, ainsi que chez les chargés de travaux dirigés, qui en sont encore relativement proches par l'âge (on espère dans l'avenir la continuation de ces enquêtes dans les autres strates des étudiants et enseignants).

En ce qui concerne les étudiants en formation initiale, et pour nous borner à l'essentiel, on constatera une assez grande stabilité des résultats entre des enquêtes menées entre 1989 et 1994. Premier constat, celui d'une évolution (heureuse) : à l'entrée en Faculté, le droit était très [219] souvent ressenti comme une matière

⁹¹ Cf. *Le Nouvel Observateur*, 11-17 juin 1998. Voir également *Libération*, 27 mai 1998.

hermétique et immuable ; après quelques mois de cours, les étudiants le considèrent au contraire comme une matière ouverte, laissant une large part à l'interprétation. Pour autant, il demeure une discipline caractérisée par sa rigueur et sa rationalité. Également, les étudiants perçoivent vite que le droit et son enseignement ne sont pas neutres : les liens avec la politique sont clairement perçus. L'orientation libérale (ou « de droite ») est conçue comme l'idéologie dominante au sein de la Faculté. Pour autant, il s'agit là d'un constat, qui ne suscite pas particulièrement d'adhésion ni de rejet. En revanche, un stéréotype reste d'autant plus intact que les étudiants en droit n'ont pas de contacts avec leurs camarades voisins (la faculté de droit est mitoyenne de celle des Lettres, qu'elle avait d'abord hébergée) : les études littéraires sont considérées comme inutiles et moins prestigieuses, et la faculté des Lettres comme désordonnée. On peut enfin noter que des sondages effectués à plusieurs reprises chez ces mêmes étudiants montrent de façon persistante que si toutes les matières enseignées n'ont pas le même degré de juridicité, celles dites « théoriques » ne sont nullement disqualifiées par rapport aux matières à finalité davantage professionnelle. *Il faut* et il suffit que les matières théoriques soient perçues comme une aide à la compréhension du présent. On espère que nos réformateurs s'inspireront de cette idée, malheureusement pas reçue.

En ce qui concerne les chargés de travaux dirigés (distingués par sexe et DEA de provenance), on notera une attitude assez nuancée quant au caractère impératif du droit. 77 pour cent pensent qu'une loi injuste est du droit (les enseignants issus du DEA de droit public sont à 83 pour cent de l'avis contraire), mais estiment pouvoir légitimement lui désobéir. La liaison entre le droit et l'État, pourtant très forte dans la tradition juridique française, est perçue de façon étonnamment nuancée : 51,2 pour cent estiment qu'un droit sans État est concevable (la totalité des enseignants de sexe masculin issus du DEA de droit des affaires sont de cet avis...), 46,2 pour cent pensent le contraire ; un tiers environ estime qu'il peut exister des sociétés sans droit. Dans le même sens, il n'y a qu'une faible majorité (56,4 pour cent) à considérer que la sanction est le critère majeur de la règle de droit (en revanche, 60 pour cent des étudiants issus du DEA d'Histoire des institutions ont fourni des réponses de type jusnaturaliste).

Plusieurs questions concernaient les phénomènes de diversité du droit, qui nous intéressent particulièrement. Les deux tiers des chargés [220] de travaux dirigés pensent que toute vie sociale implique l'existence du droit. Mais la majori-

té (surtout les filles) d'entre eux (76,9 pour cent) pensent que les mêmes règles de droit ne peuvent pas régir l'ensemble de l'humanité : d'une part parce que chaque société a son histoire, d'autre part parce que chaque individu est différent des autres. Comme on le voit, cette représentation pluraliste du droit diffère largement de celle véhiculée par la tradition révolutionnaire... La poussent-ils jusqu'au bout de sa logique, et notamment, accepteraient-ils l'existence de plusieurs systèmes juridiques indépendants et concurrents à un même moment et dans un même espace social ? La réponse est positive, mais à une faible majorité : 51,2 pour cent, la minorité estimant que le pluralisme est trop susceptible d'engendrer des conflits. En réponse, un certain nombre de ses partisans indiquent qu'une hiérarchisation des systèmes juridiques est indispensable.

Dans l'ensemble, ces réponses témoignent d'un libéralisme certain. Mais plusieurs questions demeurent pour le moment sans réponse. Quelle part de ces convictions passent dans l'enseignement, et comment ? En effet, elles sont loin d'être conformes à la tradition juridique française. Quel est l'effet de l'âge et de l'avancement hiérarchique sur ces opinions ? Y a-t-il ou non retour à l'ordre ? Enfin, dans quelle mesure le microcosme aixois est-il représentatif de l'ensemble national ? Dans les exemples de représentations qui suivent, on est en revanche plus assuré de la généralité des observations.

92. LES REPRÉSENTATIONS DU DROIT DANS LES PRESSES FÉMININE ET CATHOLIQUE. - La consultation des principaux magazines de la presse féminine réserve des surprises quant à l'image du droit privilégiée par son lectorat, et plus encore la représentation de la femme. En effet, compte tenu de l'évolution de la condition féminine, on aurait pu s'attendre à une vision moins intimiste qu'auparavant des penchants féminins ou de la place réservée à la femme. Pourtant, le type de problèmes juridiques traités montre que ses magazines (principalement *Marie-Claire*, *Elle*, *Femme actuelle*, *Biba*, *Cosmopolitan*, *Avantages*, *Maxi*, *Modes et Travaux*, *Prima*, *20 Ans*, *Voici*, *Vita*) mettent souvent en scène la femme au foyer. Cette presse est globalement conformiste, sauf dans le domaine de la sexualité, mais même si la femme y est décrite comme « active », la conjonction entre la femme et le sexe n'est-elle pas profondément traditionnelle ? Le droit public est le grand absent des [221] problèmes juridiques évoqués, si ce n'est sous des formes très spécifiques (droit fiscal et prestations sociales), ce

qui traduit une assez grande passivité par rapport à la place minimale qu'occupent les femmes dans les affaires publiques. Pour autant, à l'intérieur du domaine privilégié de la famille, si le modèle conjugal et hétérosexuel est valorisé, la presse féminine porte surtout son attention sur ce qui fait problème par rapport à ce modèle : le divorce, la famille monoparentale, les familles recomposées, les enfants naturels. D'autre part, le couple conjugal -de même que, de manière plus générale, les rapports entre hommes et femmes- sont très marqués par la revendication de l'égalité entre les sexes, mais exclusivement envisagée dans le cadre du droit privé. Autre signe d'une prise en compte de la modernité, l'intérêt pour le droit du travail, en raison de la généralisation du travail des femmes (du moins devrait-on ajouter du travail indépendant des femmes, puisque l'immense majorité des femmes a toujours travaillé, mais dans le cadre domestique). Dans l'ensemble donc, la presse féminine, à travers ses choix juridiques, reflète une représentation très nettement sexuée de la société française : à l'homme les affaires publiques, à la femme les activités privées. Ce qui en dit long sur la réalité de l'évolution des mœurs... Cependant, elle n'est pas pour nécessairement rétrograde, car cette bipartition se présente comme une différenciation égalitaire ; d'autre part, la percée de la femme dans le monde du travail extérieur est manifeste.

La presse catholique (*La Croix* et *Témoignage Chrétien*) s'attache aussi beaucoup à la famille, et en particulier au sort de l'enfant et de l'adolescent, réclamant pour eux une protection juridique particulièrement vigilante. En ce qui concerne les couples homosexuels, la position est médiane : ils ne doivent pas être discriminés, mais il paraît difficile de les assimiler totalement aux couples hétérosexuels. Par ailleurs, à la différence de la presse féminine, la presse catholique s'attache principalement aux libertés fondamentales, définies dans le cadre du droit public (droits de l'homme, droits des minorités, problèmes de l'immigration, paix dans le monde, laïcité). Mais elle s'intéresse aussi vivement au droit économique et social, dans ses rapports avec l'exclusion.

Comme on le voit, chaque lectorat est dirigé vers certains aspects du droit. Mais comme l'offre doit s'ajuster à la demande, on peut penser qu'ils correspondent effectivement à ses intérêts, à ce que ses membres [222] pensent d'eux-mêmes et du monde : à leur représentations. Bien entendu, à l'intérieur d'un même individu, les croisements et associations de représentations sont de règle : on peut être femme et chrétienne.

Mais les exemples de représentations collectives que nous avons jusqu'ici cités ne concernent que des sous-groupes d'une société globale. Comme nous allons le voir, elles peuvent aussi revêtir une dimension supérieure.

93. LA LOGIQUE DE L'HONNEUR. - En effet, on peut aussi s'intéresser aux représentations du droit en usage dans les entreprises. On s'aperçoit alors qu'elles dépendent largement de traditions historiques et culturelles propres à un pays donné. Il y a une dizaine d'années, P. d'Iribarne a ainsi comparé les modalités de gestion des entreprises aux États-Unis, au Pays-Bas et en France.

Aux États-Unis, c'est la religion du contrat : les contrats sont très minutieusement établis, prévoient avec beaucoup d'attention la sanction de leur éventuelle violation. Ainsi des indemnités versées pendant les absences liées au décès d'un parent proche, ou « paie de deuil ». Celui qui désire en bénéficier doit remplir un formulaire très détaillé, comprenant : le nom du parent décédé, le lien de parenté, le lieu du service mortuaire, la date des funérailles, l'avis mortuaire paru dans le journal, le nom de l'entreprise de pompes funèbres et ceux de l'église et du ministre du culte, sans compter une attestation du directeur des funérailles spécifiant que l'employé y a bien assisté... L'auteur explique cette juridicisation extrême par des considérations historiques. À la différence de l'Europe, la société américaine s'est originellement constituée à partir de représentations valorisant des échanges libres et équitables entre des individus égaux : tout est engendré par l'accord des volontés, non par des différences de statut social.

Au Pays-Bas, le recours à la contrainte et aux sanctions est au contraire très mal vu. On recherche avant tout le dialogue (chacun doit prendre l'avis de tous) et la conciliation ; si malgré tout des sanctions sont nécessaires, elles doivent être acceptées par ceux qu'elles frappent. Or, à l'origine, les Pays-Bas se sont constitués en nation par un accord passé entre sept provinces (traité d'Utrecht, en 1759), chacune restant souveraine dans un souci de refus des positions hégémoniques. La société néerlandaise se représente comme constituée de groupes bien [223] différenciés, mais égaux, et coexistant grâce à une volonté de conciliation et de compromis.

La France obéit à une troisième logique, celle de l'honneur. En effet, le modèle français est très attaché à la hiérarchie (en mai 68, on a pu parler de « société

bloquée »), beaucoup plus qu'au contrat ou à l'idée d'une loi commune : chacun perçoit ses droits et ses devoirs principalement à partir de la place qu'il estime occuper dans une hiérarchie. On connaît la rigidité de l'administration française, plus proche sur ce point de l'administration indienne et du modèle des castes que des administrations de ses voisins de l'Europe nordique ou anglo-saxonne. Comme l'écrit Montesquieu, l'honneur est « le préjugé de chaque personne et de chaque condition ». Mais la filiation historique semble ici en défaut : on sait qu'au contraire, la Révolution a entendu supprimer les corps et privilèges et instaurer une égalité juridique entre tous les individus. Pour P. d'Iribarne, il faut simplement reculer au-delà du passé révolutionnaire, jusqu'à la société d'Ancien Régime dont Turgot pouvait encore dire à la fin du XVIII^e siècle dans un rapport adressé au roi : « La nation est une société composée de différents ordres mal unis et d'un peuple dont les membres n'ont entre eux que très peu de liens, et où, par conséquent, personne n'est occupé que de son intérêt particulier. Nulle part il n'y a d'intérêt commun visible. Les villages, les villes n'ont pas plus de rapports mutuels que les arrondissements auxquels ils sont attribués. Ils ne peuvent eux-mêmes s'entendre entre eux pour mener les travaux publics qui leur sont nécessaires. Dans cette guerre perpétuelle de prétentions et d'entreprises, Votre Majesté est obligée de tout décider par elle-même ou par ses mandataires ».

Comme on s'en doute, la diversité des représentations entraîne celle des pratiques. Même si les juristes français privilégient les normes, ils admettent qu'elles puissent être modifiées par leur emploi dans la vie concrète. Abordons maintenant leur étude.

[224]

Section II

Les pratiques

[Retour au sommaire](#)

Le droit est fait pour être appliqué : l'observation semble d'une atterrante banalité. Pourtant, si curieux que cela puisse paraître au profane, l'effectivité du droit n'est pas le souci majeur du juriste universitaire, en tout cas du positiviste (historiens et anthropologues du droit échappent bien davantage à ce reproche). Dans les enseignements de droit positif, peu de place est faite à la manière dont est appliqué le droit, ou même aux situations dans lesquelles il n'est pas appliqué du tout. L'obsession de la norme a quelque chose de théologique et virginal. Cette effectivité dépend largement du degré de coïncidence des mœurs avec le droit.

Elle peut être envisagée quand le texte législatif est encore à l'état de projet, par des enquêtes et sondages. Bien des réformes sont demeurées lettre morte parce qu'elles ne correspondaient pas aux attentes de la société : les mœurs sont en partie la matrice du droit. Pour autant, le législateur ne peut toujours être contraint dans la fonction d'exécutant des sondages : on peut concevoir qu'à certains moments et sur certains sujets, il soit nécessaire d'aller à rebours de l'opinion publique, ne serait-ce que parce qu'en général, les réformes ne plaisent qu'à ceux qui en bénéficient. D'autre part, les mœurs peuvent aussi se révéler postérieurement à l'adoption des normes, dans les actes de la pratique, les diverses formules mises en oeuvre par les professionnels du droit. Si les représentations peuvent répugner aux juristes en ce qu'elles ont d'évanescents, les actes de la pratique possèdent un caractère bien concret. On s'étonne donc qu'ils ne les intéressent pas davantage. Car ils sont une mesure du droit, et aussi des résultats de l'ambition plus ou moins cachée des juristes : l'affirmation d'un pouvoir sur la société, par le canal des normes.

Encore nous situons-nous jusqu'ici dans un cadre relativement simple : celui d'un système juridique unitaire. Mais les migrations juridiques engendrent des

systèmes complexes : au contact avec des représentations et des réalités sociales différentes, le droit importé doit se modifier pour s'enraciner. Là encore, la pratique pèse de tous son poids. [225] Il nous faut donc distinguer ces deux situations, en leur consacrant à chacune un paragraphe.

Les actes de la pratique sont une des modalités d'action des moeurs sur le droit : ils sont postérieurs à l'édiction des normes. Avant de leur consacrer tout notre attention, il faut dire quelques mots d'une autre modalité que peut employer le législateur de façon préliminaire à son action : les sondages législatifs.

94. LES SONDAGES LÉGISLATIFS. - Si les moeurs s'expriment à travers la pratique juridique, elles peuvent aussi influencer sur le droit non plus après sa naissance législative, mais avant le moment de sa conception. En France, les enquêtes sociologiques et sondages législatifs se sont surtout développés avec la Ve République. Une variante du sondage législatif, le sondage référendaire, connaît des exemples beaucoup plus anciens. On peut ainsi citer la technique des bases, inaugurée par le Code civil espagnol de 1889. On constituait un échantillon représentatif du corps électoral auquel on demandait son opinion sur les principes directeurs -les bases- de la législation à venir : c'est le code fait non seulement *pour* le peuple, mais *par* le peuple. Dans notre pays et à une époque récente, on a pu sonder la population sur l'idée d'instaurer l'égalité successorale entre enfants naturels et légitimes, ainsi que sur celle d'un divorce par consentement mutuel, par la suite incorporées dans notre droit. Mais l'exemple le plus connu est celui de la réforme de 1965 des régimes matrimoniaux, précédée d'importantes enquêtes sociologiques, et dont le doyen Carbonnier fut un des principaux artisans ⁹². On a vu que le régime dotal étant très peu pratiqué, il fut aboli (d'ailleurs contre l'avis du doyen Carbonnier, qui aurait préféré le voir s'éteindre de mort naturelle). D'autre part, comme le note cet auteur⁹³, l'indépendance de la femme, à laquelle on peut ajouter la multiplication des divorces (il est vrai qu'à l'époque l'inflation en était moindre) auraient du conduire à faire de la séparation de biens le régime

⁹² Cf. Carbonnier J., *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, 41-42 et 243-246.

⁹³ *Ibid.*, 41.

légal. Or, nouveau signe de la nostalgie de l'opinion publique pour le modèle idéal du couple véhiculé par les conceptions anciennes, [226] l'enquête sociologique avait révélé un attachement très vif de toute la population (sans distinction de sexe, d'âge ou de classe) à la notion de communauté de biens entre époux, au point que beaucoup de couples se croyaient mariés sous le régime de la communauté universelle, au demeurant très rare (en 1962, 2,525 contrats sur 317,000 mariages célébrés cette année-là). Même aujourd'hui, il est d'ailleurs probable que peu de gens mariés connaissent le régime légal qui, dans la majorité des cas, est supposé régler leur situation patrimoniale : la découverte, souvent amère, se fait au moment du divorce. Pour autant, le régime légal institué est celui d'une communauté *réduite* aux acquêts : une partie du patrimoine de chaque époux, principalement celle qui le constituait au moment du mariage, lui reste propre. Chaque personne existait de façon purement autonome avant le mariage, cette autonomie demeure en filigrane et se dessine d'un trait soutenu au moment de l'éventuel divorce, corrigé cependant par les possibles pensions et prestations compensatoires. De plus, dans la gestion de la communauté, un certain nombre de dispositions permettent une conception assez souple de la notion d'acquêts : la communauté n'est supportable que métissée d'indépendance.

Dernier exemple, très actuel (le texte doit être proposé au vote parlementaire dans le courant de l'année 1998) : le pacte d'union civile. Le débat est surtout vif dans la mesure où cette union sera sexuellement neutre : elle concerne aussi bien des personnes hétérosexuelles qu'homosexuelles. Les mœurs sont ici très présentes. D'une part parce que la distinction possible entre la cohabitation et l'union traduit certainement une difficulté croissante pour les couples à vivre ensemble. Sans doute, mais c'est un autre problème dont nous ne pouvons discuter ici, parce que le modèle nucléaire de la famille, le surinvestissement affectif opéré sur les relations de couple leur demandent probablement plus qu'elles ne peuvent donner. D'autre part, l'ouverture de l'union aux homosexuels traduit une évolution favorable des mentalités à leur sujet : il faut leur donner *certain*s avantages de la vie en couple. Cependant, il ne semble pas que l'opinion publique soit prête à accepter une équivalence totale. Signes de ses réserves, le fait que l'union civile ne permet en aucun cas à ses membres homosexuels l'établissement d'une filiation vis-à-vis d'enfants qu'ils adopteraient après avoir eu ou non recours à des techniques d'insémination artificielle ; d'autre part les précautions oratoires multipliées du minis-

tre de la justice (en 1997-98, [227] Mme E. Guigou), affirmant que l'union n'est absolument pas un mariage pour homosexuels.

Observons enfin que les sondages législatifs ne sont pas tous préliminaires à la confection de la loi. Dans le cas des lois qui se donnent une période de validité limitée, ils peuvent être employés pour juger de leur reconduction.

Comme on le voit à travers ces divers exemples, l'observation attentive des mœurs par le législateur possède évidemment de grands avantages : elle assure une relative correspondance entre celles-ci et le droit. Mais elle a les défauts de ses avantages. Même si ces sondages n'ont que valeur consultative pour le législateur, il est ensuite difficile à ce dernier d'aller contre les avis recueillis. À la fin du XVIIIe siècle, si la technique avait existé et s'il avait voulu se contraindre aux mœurs, la loi de 1792 sur l'égalité successorale entre hommes et femmes n'aurait jamais été votée. À l'heure actuelle, la moitié environ des français (en 1997, un sondage IFOP estimait à 54 pour cent les adversaires de la peine capitale, tandis qu'au même moment BVA donnait une proportion de 50/50) demeure favorable à la peine de mort : il ne paraît pas que le législateur songe à la rétablir...

A. Les actes de la pratique

95. LA PRATIQUE, MESURE DU DROIT.- Les actes de la pratique peuvent constituer une mesure de la réaction de la société face à un phénomène très contemporain : l'inflation des normes. Dans les utopies révolutionnaires (révolutions française et bolchevique, notamment), on cultive volontiers l'illusion qu'on doit faire un droit qui se résumera en quelques principes clairs, faciles à comprendre par tous. L'évolution des sociétés complexes est toute autre : elles connaissent à l'inverse l'inflation du droit. En 1995 -année parfaitement banale à cet égard- 1,350 lois sont sorties ainsi que 1,407 décrets, qui viennent s'ajouter au flux législatif et réglementaire des années antérieures, puisque demeure en vigueur tout ce qui n'a pas été abrogé. Certains domaines sont plus affectés que d'autres : le droit du travail, celui de l'urbanisme et le droit fiscal. De plus, le corset des codifications n'amincit pas tout le droit : on estime qu'en dehors du Nouveau Code pénal, plus de 4,000 incriminations seraient éparpillées dans des textes [228] non codifiés. L'incertitude du droit s'accroît quand certaines lois prévoient leur éventuelle dis-

solubilité, ou en tout cas leur révision à bref délai (ainsi de la seconde loi de bioéthique, du 29 juillet 1994, dont l'article 22 prévoit que l'ensemble du texte sera réexaminé par le Parlement dans un délai maximum de cinq ans). Pourtant, comme le note le doyen Carbonnier, un des traits qui caractérisent le type idéal de système juridique consiste dans la «... limitation du nombre des normes, limitation mesurée aux besoins réels de droit dans la société, une sobriété qui bride la passion du droit »⁹⁴. Aujourd'hui, personne ne connaît tout le contenu du droit, à l'exception sans doute des ordinateurs, ces nouveaux et anonymes Digestes. Dans ce contexte, la pratique tamise les normes : elle mesure ce que la société en retient. Sans doute en a-t-il toujours été ainsi, mais l'effet de filtre est d'autant plus ample en situation de surproduction normative. Son importance à la fois historique et actuelle nécessite de lui consacrer un certain nombre de développements. Nous donnerons d'abord une définition des actes de la pratique, rechercherons ensuite les praticiens avant de surtout nous attacher à décrire leurs rapports avec le droit officiel.

96. DÉFINITION DES ACTES DE LA PRATIQUE. - Comme l'observe à juste titre J. Hilaire⁹⁵, notre acception des actes de la pratique ne date que du début du XIX^{ème} siècle. Jusque-là, la pratique désigne la procédure par rapport au droit. Avec la codification, la notion se dilate, dans la mesure où les Codes de procédure résument sa signification originelle. Le terme désigne désormais tout ce qui a trait à l'application du droit par rapport à la théorie. Ainsi, l'établissement de tout acte concret par un professionnel du droit, mais aussi par les sujets de droit en mesure de se passer d'un rédacteur, entre dans la catégorie des actes de la pratique. Cependant, l'individu est rarement le seul opérateur de sa propre pratique juridique : le droit nécessite un savoir complexe, aussi bien dans la forme que dans le fond, et, en réalité le monopole d'un certain nombre de personnes, les juristes. Pour les actes importants de la vie, leur concours est pratiquement toujours nécessaire, et dans un certain nombre de cas, obligatoire (en droit positif, l'assistance d'un avocat est requise dès que le litige atteint une certaine importance). En [229] fait, on entend par actes de la pratique principalement ceux qui sont rédigés

⁹⁴ Carbonnier J., *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Paris, Flammarion, 1996, 106.

⁹⁵ Cf. Hilaire J., *La vie du droit*, Paris, PUF, 1994.

par les notaires. Mais pas seulement, ce qui nous conduit à rechercher les praticiens derrière les actes de la pratique.

97. QUI SONT LES PRATICIENS ? - *A priori*, on devrait considérer le juge comme le principal praticien du droit. D'ailleurs, son influence est évidente : toute la notion de jurisprudence, source du droit, témoigne de son importance. Cependant, comme le note encore J. Hilaire, l'activité du juge est d'une nature et d'un niveau autres que celle des actes de la pratique. Le juge dit le droit, et cet acte d'autorité l'exprime au sens fort du terme. Les actes de la pratique se situent à la lisière entre le droit vécu et le droit officiel. Les parties peuvent former des conventions : elles expriment leur idée du droit et la nature des obligations par lesquels elles entendent se lier, mais le juge, par son contrôle éventuel, peut les valider ou infirmer. De même, les notaires traduiront en termes juridiques les volontés des parties, mais en leur assignant un butoir, celui des normes législatives ou jurisprudentielles. Nous verrons plus loin que ce butoir n'est pas pour autant infranchissable : la pratique peut tenter de le contourner, ou même l'ignorer. Il reste que l'autorité du juge est supérieure à celle des autres praticiens du droit. En ce sens, il s'en distingue.

Les avocats semblent plus proches des parties. Mais d'une part, l'essentiel de leurs activités demeure orale, et échappe donc largement au chercheur, qui ne peut par ailleurs accéder à leurs dossiers, pour des raisons de discrétion professionnelle. Cependant, on peut dans certains cas saisir l'influence sur la vie concrète du droit des pratiques des barreaux, en interaction avec celle des magistrats. M.C. Rondeau-Rivier a étudié dans cet esprit la répartition géographique actuelle des procédures de divorce. En 1991, le divorce pour faute représentait 44,1 pour cent des cas ; celui sur requête conjointe 40,9 pour cent ; sur demande acceptée 13,5 pour cent ; pour rupture de la vie commune 1,5 pour cent. Ces pourcentages globaux dissimulent une forte disparité locale, qui, de manière surprenante, ne reproduit pas nécessairement l'opposition souvent citée entre la région parisienne, supposée plus ouverte aux nouvelles procédures et qui connaîtrait plus que la province un taux élevé de divorces par requête conjointe. Car avec 64,1 pour cent de divorce sur requête conjointe, Paris vient derrière... Gap (65, 6 pour cent). D'autre part, à en croire le pourcentage de divorces pour faute à Marmande (78, 8 pour cent), la vie de [230] couple serait particulièrement difficile dans le Lot-et-

Garonne, fertile en divorces conflictuels... Enfin, on comprend mal certaines disparités locales : à Évreux 41,9 pour cent de divorces pour faute, contre 27,7 pour cent à Paris. Bien entendu, les facteurs économiques et sociologiques interviennent : on sait que les divorces pour requête conjointe ont tendance à croître avec le degré de hiérarchie socio-professionnelle. Cependant, ces disparités accusées montrent que dans sa pratique du droit, le sujet ne dispose que d'une autonomie limitée : il dépend nécessairement de l'avis de spécialistes qui le conseillent dans ses démarches. En ce sens, le choix d'une procédure de divorce dépend évidemment de l'intention des époux, mais aussi des avis des avocats, qui leur proposent des conventions comprenant un certain nombre de clauses-type. D'une part parce que le volume des divorces (plus de cent mille affaires par an pour l'ensemble de la France) produit une mécanisation du contentieux ; d'autre part parce que les avocats agissent en fonction des habitudes locales et de la personnalité des juges. Ainsi, le choix d'une procédure de divorce refléterait autant l'attitude locale des milieux judiciaires que celle des divorçants.

Le recours aux sources notariales est cependant plus aisé. Bien entendu, pour la période actuelle, il est soumis à des restrictions pour les mêmes raisons de discrétion professionnelle que les avocats. Cependant, l'exploitation des archives de cette profession est depuis longtemps entreprise par les historiens du droit. En effet, la nature des actes conservés (contrat de mariage, testament, vend immobilière, donation, etc.) révèle plus que de simples dossiers le compromis entre les intentions des parties, l'avis du notaire et les exigences légales. Ils sont créateurs de rapport de droit, de situation juridiques.

À côté de ces catégories les plus importantes d'actes de la pratique, il faut aussi en citer d'accessoires : les formulaires (à condition qu'il soit réellement utilisés...), les actes des huissiers ou équivalents.

Les documents rédigés par les praticiens permettent aussi de mieux connaître les procédures, juridiques mais extra-judiciaires, de règlement des conflits telles que le compromis ou la transaction. À l'époque médiévale, ils sont particulièrement nombreux. Leur rédaction, assurée par les notaires, peut associer un certain nombre de personnages. Non seulement les rédacteurs, mais aussi les arbitres et « amis communs », choisis et désignés par les parties, sans doute sous l'influence du notaire. Les « amis communs » étaient le plus souvent des notables, rompus à la [231] pratique des affaires. Mais aussi des « homme de lois » : *iurisperiti* (ex-

perts en droit), catégorie composite dans laquelle on repère à coup sûr des docteurs et enseignants (*excellentissimi legum professores*). Contrairement à ce que l'on pourrait croire, ils n'imposaient pas nécessairement les solutions correctes d'un strict point de vue juridique, car les actes en question, la plupart du temps, ne font allusion à aucune règle juridique romaine ou coutumière. Quand cela malgré tout se produit, le compromis est beaucoup plus marqué par la coutume que les droits savants (droits romain et canonique). Ce qui nous incite à poser maintenant la question des rapports entre les actes de la pratique et le droit officiel.

2) Actes de la pratique et droit officiel

Il y a une dizaine d'années, J.P. Lévy a proposé une synthèse d'une remarquable clarté des rapports entre les actes de la pratique et droit officiel ⁹⁶ : nous nous y appuyerons donc dans les lignes qui suivent. Ces actes peuvent se situer dans trois types de rapport avec le droit officiel : de conformité, d'isolement, de contrariété.

98. LA CONFORMITÉ AVEC LE DROIT OFFICIEL. - Il ne faut pas toujours céder à la tentation de voir dans les actes de la pratique du droit « populaire », censé exprimer une certaine authenticité, par rapport aux sophistications des droits officiels. En effet, beaucoup d'actes de la pratique leur sont tout simplement conformes. Mais la conformité ne se confond pas toujours avec la répétition : la pratique peut prolonger le droit officiel. Par exemple, le code d'Hammurabi prévoit que si une mère devenue veuve se remarie, les biens de son premier mari iront au fils qu'elle a eu avec lui. La pratique montre que la même règle s'applique aussi aux filles. D'autre part et surtout, le volume des actes de la pratique permet une mesure de l'effectivité du droit, surtout lorsque celui-ci laisse aux parties la possibilité de choix. La solution la plus fréquemment adoptée indique quelle partie du droit officiel a été la plus effective. À l'heure actuelle, les contrats de mariage sont rares. La plupart des couples se marient sans passer devant un notaire et se trouvent automatiquement soumis au régime légal de communauté [232]

⁹⁶ Cf. Lévy J.P., *Diachroniques*, Paris, Loysel, 1995, 205-224.

réduite aux acquêts. Le contrat concerne surtout la minorité de ceux qui ont un patrimoine d'une certaine taille, qu'ils désirent préserver des aléas de la vie conjugale. Au XVIII^e siècle au contraire, le contrat était extrêmement répandu, y compris pour les gens de condition modeste : palefreniers et servantes, qui ne possédaient presque rien. De nos jours, on note une multiplication des communautés universelles qui ne correspond nullement à l'individualisme de l'époque. En fait, elles sont utilisées dans un but fiscal par de vieux couples, à l'abri du divorce, qui, par une clause jointe, laissent la totalité des biens du ménage au survivant, sans payer de droit de mutation (qu'ils auraient à acquitter s'ils utilisaient la donation ou le testament).

99. L'ISOLEMENT. - Certains actes constituent la seule trace d'un droit officiel dont le contenu nous échappe, car il ne nous est pas parvenu. Ainsi des lois de l'Égypte pharaonique. Mais surtout, d'autres sont les témoignages de procédés techniques qui n'ont été que progressivement et *a posteriori* consacrés par le droit officiel, ou de modifications postérieures de ce droit. Par exemple, l'essentiel du droit commercial est né de la pratique : les lettres de change, les chèques, les sociétés, les assurances, la notion de fonds de commerce n'ont été officiellement pris en compte qu'après leur invention. Ou bien encore, ce sont les actes de la pratique qui font percevoir l'inégalité de la diffusion du droit romain dans les provinces. Enfin, toujours à Rome, les rédacteurs d'actes ont fréquemment montré leur capacité à créer du droit pour répondre aux vœux de personnes privées, tout en restant dans les limites tracées par le droit officiel ⁹⁷. Ainsi du droit des associations. Celles-ci étaient très nombreuses, à but professionnel, religieux, amical, scientifique, sportif, etc. et pouvaient même comporter des groupements serviles. Chacune a ses besoins propres, que le rédacteur de son statut exprime, tout en restant dans le cadre d'un schéma général commun : ainsi Auguste impose-t-il un régime d'autorisation préalable à la création d'associations.

Face à ces innovations, le droit officiel réagit de façon diverse. Dans certains cas, il les entérine. Au milieu de notre siècle, la plupart des contrats de mariage visaient la communauté réduite aux acquêts : elle devient régime légal en 1965.

⁹⁷ Cf. Gaudemet J., *op.cit.*, 234-240.

Mais pas toujours : il peut aussi choisir [233] de résister. Ce qui pose le problème des conflits entre la pratique et la règle de droit.

100. LES CONFLITS ENTRE LA PRATIQUE ET LE DROIT OFFICIEL. - Quelquefois, leurs divergences résultent moins d'une incompatibilité que de l'incompréhension. Dans l'Antiquité, il arrivait tout simplement que des praticiens se trompent : par exemple en indiquant que l'émancipation d'une fille avait été réalisée par trois actes successifs, alors qu'un seul aurait suffi. Au Moyen Age, des rédacteurs, impressionnés par le prestige du droit romain, en recopient des formules dont ils ne saisissent pas nécessairement la portée, ou même les emploient dans des actes où elles n'ont rien à faire. Quelquefois ces pratiques sont sans conséquence, mais pas toujours : ainsi après les lois de 1938 et 1942 qui avaient supprimé l'exigence de l'autorisation maritale des femmes mariées sous le régime de la séparation de biens, les banques françaises continuèrent encore pendant une dizaine d'années à la demander à leurs clientes.

Mais la résistance au droit officiel est plus souvent intentionnelle qu'accidentelle. Elle s'exprime alors dans plusieurs attitudes, consistant à violer directement ce droit, le contourner ou encore ne plus l'appliquer.

Observons tout d'abord que beaucoup des actes de la pratique violant le droit officiel continuent à vivre sans encombre : la partie lésée peut ignorer qu'elle l'est, ou reculer devant les frais de la longueur d'un procès. Sous l'Ancien Régime, les Parlements ont souvent refusé d'enregistrer les ordonnances royales, les empêchant ainsi de rentrer en vigueur, dans la mesure où l'enregistrement déclenchait l'application de la loi dans le ressort du Parlement concerné. A l'heure actuelle, la torture, le travail forcé des enfants existent sous bien des régimes alors qu'ils sont théoriquement exclus, même s'il est vrai que ces comportements échappent à la définition classique des actes de la pratique.

Mais agir contrairement à la loi de façon ouverte comporte quand même des risques. Dans la majorité des cas, on s'attache plutôt à la tourner. En matière fiscale le plus souvent, mais aussi en droit familial : une enquête menée au milieu du siècle chez les notaires a montré qu'un moyen utilisé pour biaiser l'infériorité successorale des enfants naturels consistait à prévoir en leur faveur des dispositions testamentaires, afin de les mettre à égalité avec les légitimes. L'exemple du Pays

basque est [234] également révélateur. La Révolution impose à toute la France l'égalité successorale ; de plus, en 1804, le Code civil abroge les coutumes. Cependant, les Basques continuent à faire rédiger des contrats de mariage se référant à la coutume du lieu. Celle-ci implique notamment la transmission intégrale du patrimoine familial à un seul héritier. Jusqu'à nos jours, les notaires locaux mirent en oeuvre un certain nombre de techniques juridiques permettant la survie de la coutume en dépit de l'évolution législative, bien décrites par M. Lafourcade.

Jusqu'au second conflit mondial, les parents de l'« héritier » ou de l'« héritière » (l'enfant préféré) utilisaient les techniques liées à la quotité disponible, associées à la donation, afin de l'avantager dès le mariage, en prévoyant aussi sa part sur les biens qu'ils laisseraient à leur décès. Son conjoint était pour sa part doté, par son épargne ou par ses parents qui lui avançaient sa part d'héritage. La dot devait représenter la valeur du quart des biens de la famille du conjoint « héritier ». Il était en outre stipulé qu'en cas de mésentente, les biens seraient partagés en deux lots égaux. Ces arrangements pouvaient aussi se produire en dehors du mariage, au moyen de partages anticipés ou par testament. Les autres enfants étaient évidemment désavantagés, malgré une somme qui leur était versée à titre d'indemnité ; mais ils acceptaient en général cette inégalité, par solidarité et habitude, mais aussi par ce qu'ils exerçaient souvent un métier plus lucratif que l'exploitation des terres familiales. Après la guerre, le contexte se modifie, en raison de l'évolution des mentalités et de l'individualisation des ressources (retraite des vieux, allocations familiales des jeunes, inconvénients de l'indivision, etc.). Mais l'esprit coutumier persiste jusqu'à nos jours. Le contrat de mariage de l'enfant choisi pour héritier est l'élément essentiel. Les parents y prévoient le transfert au couple de leurs droits successoraux (notamment de tous leurs droits sur la propriété familiale au jour de leur décès), à charge pour le jeune couple de respecter les donations entre époux que se font les parents et de demeurer sous le toit familial en les aidant à l'exploitation de la propriété. Plus tard, à l'approche de la mort, les parents procèdent à une donation-partage entre leurs enfants et l'héritier reçoit en plus de sa part toute la quotité disponible. Les autres héritiers ne reçoivent qu'une compensation minimale... qu'assez souvent ils restituent en fait à l'« héritier ». Naturellement, ces pratiques concernent surtout les paysans basques qui sont restés « au pays ». Elles sont parfois perturbées par les héritiers partis ailleurs, deve-

nus plus soucieux d'un [235] partage réellement égalitaire. Néanmoins, il est relativement rare qu'on en arrive à la vente aux enchères de la maison familiale.

À défaut de tourner la loi, on peut aussi renoncer à certains de ses avantages. Ce fut souvent le cas pour le droit romain. Une de ses dispositions (le sénatus-consulte Velléien) prévoyait que l'épouse ne pouvait cautionner les dettes du mari, afin d'éviter d'y être éventuellement contrainte par la trop grande influence de son conjoint. Les contrats de mariage conclus au Moyen-Age dans le Midi, tout en s'inspirant du droit romain, comportaient souvent des clauses de renonciation à cet avantage. Peut aussi intervenir la simulation : on camoufle en prêts des dettes illicites ; on invente des causes imaginaires de divorce afin de pouvoir se séparer en réalité par consentement mutuel (cela évidemment avant la loi de 1975 sur le divorce par requête conjointe). Enfin, le droit officiel peut aussi disparaître par désuétude, un usage différent s'imposant : citons ainsi la loi du 11 germinal an XI, théoriquement toujours en vigueur, qui limite le choix des prénoms à ceux en usage dans les calendriers ainsi qu'à ceux de personnages connus dans l'histoire ancienne.

Mais comment le législateur réagit-il ?

101. LES RÉACTIONS DU LÉGISLATEUR. - La loi peut céder devant la pratique : ainsi celle de 1975 permettant le divorce par consentement mutuel. Ou encore, transiger avec elle : au Moyen-Age, la justice royale ne réprime les prêts à intérêt que s'il dépassent le taux de 20 pour cent. Mais il n'est pas rare qu'un conflit ouvert se déclare, le droit officiel condamnant la pratique. La papauté prohibe ainsi successivement toutes les techniques imaginées pour dissimuler les prêts à intérêt ; au début du XIIe siècle le roi de France fait valoir son droit de modifier les « mauvaises coutumes » et prend en ce sens des ordonnances de réformation. Le Code civil semble marquer un terme de décisif. Le 30 ventôse an XII, sa loi introductive (art. 7) édicte que : «... les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent code ». Rien de surprenant : dans l'esprit de l'époque, la loi, issue de la volonté populaire, devient en principe la source exclusive du droit (Robespierre et ses amis entendaient même supprimer l'autorité de la doctrine et de la jurisprudence). Elle vise l'égalité

juridique de tous les citoyens et interdit tout particularisme. La [236] coutume ne peut donc être que niée. Depuis, ce rigorisme s'est atténué, même si le système français demeure légaliste ⁹⁸. D'une part, la coutume peut être obligatoire dans le silence de loi, mais cette valeur ne lui vient que des conventions passées par les particuliers. D'autre part, la loi peut renvoyer directement à l'usage (l'art. R.170-56 du Code des domaines de l'État prévoit la simple constatation par le préfet de droits d'usage collectifs en ce qui concerne la pratique de la chasse et de la pêche) ; ou indirectement, par des notions comme « les bonnes moeurs » ou « le bon père de famille ». Mais la coutume contraire à la loi peut-elle prévaloir ? Cela est possible dans le cas des lois interprétatives. La réponse est plus complexe en ce qui concerne les lois impératives. En principe, une loi d'ordre public ne peut être abrogée par désuétude. Mais il existe des exemples en sens contraire (le don manuel, pratiqué malgré l'interdiction de l'article 931 du Code civil ; en droit du travail, les usages professionnels l'emportent sur les lois impératives quand ils sont plus favorables aux salariés). Enfin, la coutume autochtone bénéficie aujourd'hui d'une reconnaissance croissante dans certaines parties de l'outre-mer : c'est notamment le cas de la Nouvelle-Calédonie, comme le montre bien le texte des accords conclus le 21 avril 1998.

Ces exemples illustrent en fait une tendance générale, maintes fois constatée par les historiens du droit. Quand le droit officiel heurte directement des pratiques bien ancrées, son efficacité est faible, voire nulle. Au Moyen-Age, les prohibitions du pape visant le prêt intérêt n'eurent que peu d'effets. Le roi de France usa avec une grande retenue de son pouvoir de réformation des coutumes. Les juristes étaient en général prudents quant à sa capacité de mettre fin à des privilèges : au XVIII^e siècle, certains prétendent même que les privilèges ont valeur de loi fondamentale du royaume (ces lois fondamentales formaient la constitution coutumière de la France d'Ancien Régime). Dans les États africains aujourd'hui indépendants, on sait que les codes et constitutions rédigés suivant les modèles européens ne sont bien souvent que des façades, la majorité des populations continuant à vivre suivant des coutumes, anciennes ou modernes.

[237]

⁹⁸ Cf. Larrieu J., La place des usages et des coutumes dans l'ordre juridique national, dans : Martres J.P., Larrieu J. (dir.), *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, Economica, 1993, 35-46.

Souvent délaissés par les juristes académiques, les actes de la pratique sont donc indispensables à l'historien comme à l'anthropologue, qui ne peuvent se satisfaire de l'étude des seules normes officielles. Mais que faut-il entendre par « normes officielles » ? Dans notre esprit, ces dernières se distinguent des coutumes. Il n'en fut pas toujours ainsi. À la fin du Moyen-Age commence la rédaction officielle des coutumes, placée sous l'autorité du roi. Dès lors, elles vont progressivement devenir du droit officiel, être commentées et réinterprétées par les auteurs savants, en bref perdre les caractéristiques que nous attachons habituellement à la coutume. Comme le note J. Hilaire, les enquêtes menées dans les archives notariales confirment la distinction qu'il convient dès lors de faire entre la coutume officielle rédigée et les actes de la pratique : on s'aperçoit que ces actes permettent beaucoup mieux que la coutume de saisir la vie des paysans (souvent la rédaction des coutumes a été influencée par les notables), ou qu'ils divergent notablement du texte coutumier. À quelque degré que ce soit, l'officialisation de la coutume la modifie toujours.

Souvent considérés comme l'accessoire du droit savant, les actes de la pratique constituent ce que les hommes retiennent du droit. Que se passe-t-il quand un système juridique leur est apporté -ou imposé- de l'extérieur ?

B) La courbure des modèles : l'acculturation du droit musulman

Le va-et-vient des normes imposé par la volonté des hommes ou les accidents historiques leur inflige des secousses dont elles ne sortent pas indemnes. Nous venons de voir qu'en s'officialisant, la coutume s'éloigne de la pratique, mais aussi que le droit officiel peut se modifier au contact des mœurs. Les problèmes se posent avec une plus grande ampleur quand les normes ne circulent pas seulement à l'intérieur d'un seul ensemble global, mais mettent en relation des systèmes juridiques autochtones et exogènes. Quand ces derniers sont reçus, la coutume et la pratique jouent un rôle indispensable dans leur acclimatation à ce nouveau terreau. Le modèle étranger subi une transition culturelle en même temps qu'il en provoque dans le système local : on dit qu'il y a acculturation. Ces phénomènes constituent la trame de l'histoire, qu'il [238] s'agisse de l'Occident ou d'ailleurs.

Accepté ou combattu, le métissage est la règle : le droit romain n'aurait pas autrement survécu dix siècles à l'Empire. Cependant, on peut imaginer que le degré de perméabilité des systèmes juridiques dépend de leur nature : comme les religions, certains sont plus accueillants que d'autres, ou plus enclins à s'adapter. À cet égard, le droit musulman ne bénéficie pas actuellement chez les Français d'une très bonne image. Est-elle justifiée ?

102. LA SOUPLESSE DU DROIT MUSULMAN. - Il y a déjà un demi-siècle, le grand anthropologue C. Lévi-Strauss exprimait ce sentiment dans des lignes connues... mais peu citées : « Ce malaise ressenti au voisinage de l'Islam, je n'en connais que trop les raisons : je retrouve en lui l'univers d'où je viens ; l'Islam, c'est l'Occident de l'Orient (...) Chez les musulmans comme chez nous, j'observe la même attitude livresque, le même esprit utopique, et cette conviction obstinée qu'il suffit de trancher les problèmes sur le papier pour en être débarrassé aussitôt. À l'abri d'un rationalisme juridique et formaliste, nous nous construisons pareillement une image du monde et de la société où toutes les difficultés sont justiciables d'une logique artificieuse, et nous ne nous rendons pas compte que l'univers ne se compose plus des objets dont nous parlons (...) Comme l'Islam est resté figé dans sa contemplation d'une société qui fut réelle il y a sept siècles, et pour trancher les problèmes de laquelle il conçut alors des solutions efficaces, nous n'arrivons plus à penser hors des cadres d'une époque révolue depuis un siècle qui fut celle où nous sûmes nous accorder à l'histoire (...) Nous ne concevons pas que des principes, qui furent féconds pour assurer notre propre épanouissement, ne soient pas vénérés par les autres au point de les inciter à y renoncer pour leur usage propre, tant devrait être grande, croyons-nous, leur reconnaissance envers nous de les avoir imaginés en premier. Ainsi l'Islam qui, dans le Proche-Orient, fut l'inventeur de la tolérance, pardonne mal aux non-musulmans de ne pas abjurer leur foi au profit de la sienne, puisqu'elle a sur toutes les autres la supériorité écrasante de les respecter » ⁹⁹.

Le parallèle peut surprendre. Il n'est pas erroné, mais on doit le nuancer. L'Occident est lui-même divers, et le rationalisme français ne le représente pas

⁹⁹ Lévi Strauss C., *Tristes Tropiques*, Paris, Plon, 1955, 468-469.

tout entier : comme nous le verrons, les droits [239] européens sont pluriels. D'autre part, le droit musulman n'est pas aussi rigide qu'on a tendance à le penser.

Comme le note J. Schacht, un de ses meilleurs exégètes, il ne prétend pas à une valeur universelle : il s'impose certes aux musulmans sur les territoires des États islamiques, dans une moindre mesure à ceux qui vivent dans les pays infidèles ; aux seuls non-musulmans résidant en territoire islamique, dans une mesure limitée. En ce sens, le droit musulman peut coexister avec d'autres droits. D'autre part, ce pluralisme est également interne : le droit musulman n'est pas centralisé. Jusqu'au XI^{ème} siècle de notre ère, les interprétations des sources sacrées étaient nombreuses. Mais à cette époque on décida qu'il fallait en finir avec une trop grande diversité d'opinions. On décréta que les « portes de l'*ijtihad* (la recherche de la loi) » étaient désormais fermées. Pourtant, la prohibition n'empêcha guère l'évolution du droit. D'une part la fermeture des portes de l'effort d'interprétation avait pour corollaire l'obligation du *taqlid*, ou loi d'imitation des maîtres, c'est-à-dire l'acceptation du consensus des maîtres vivants : en fait, leurs commentaires. Or au fil du temps les enseignements des générations postérieures différaient des antérieures. De plus, à partir surtout du XIV^e siècle, on commence à refuser la doctrine du *taqlid*. Enfin, le droit musulman comporte plusieurs écoles : les rites hanéfite (il compte le plus grand nombre de fidèles), malékite, châfé'ite, hanbalite (il existe aussi des rites « hérétiques », comme le chiisme). En effet, les juristes ont toujours refusé l'uniformisation. Des le II^{ème} siècle de l'Hégire, ils citent volontiers une maxime selon laquelle les désaccords dans la doctrine juridique constituent une bénédiction divine. Plus concrètement, les praticiens s'étaient rendu compte que les divergences doctrinales permettaient une certaine autonomie dans l'adaptation du droit aux faits nouveaux. Chaque musulman pouvait choisir son école orthodoxe librement, et même pour certains actes de sa vie, adopter la formule proposée par une autre école que la sienne. Il était seulement interdit de changer d'école pour un acte commencé sous une autre : c'est la faute de *talfiq*, le mélange des rites.

Par ailleurs, tous les domaines des relations humaines ne sont pas visés avec la même intensité par le droit musulman. Il s'attache surtout au droit familial et à celui des fondations pieuses ; moins au droit des contrats et des obligations ; très peu au droit pénal, à la fiscalité, au droit constitutionnel et aux lois de la guerre. Mais de toute façon, la part [240] laissée à la pratique est importante : la condition

de la femme elle-même n'est pas partout identique dans le monde musulman. Les règles de la propriété foncière varient suivant le temps et le lieu : interdite par le strict droit islamique, la vente des biens fonciers assortie du droit de préemption a été développée par la pratique. Le droit commercial, comme toujours, contient nombre d'exemples d'accommodements qui permirent au Moyen-Age aux marchands musulmans d'exercer des activités bancaires, dont il transmirent certaines techniques à l'Europe médiévale (le mot français « aval » vient de l'arabe *hawala*, pour l'endos d'une lettre de change ; le mot « chèque » de l'arabe *sakk*, « document écrit », etc.). Il concentre aussi un certain nombre de « ruses » : les *hiyal*, ou « expédients juridiques » qui servent à contourner le droit officiel. Parmi les « ruses » les plus répandues, on peut citer la *bay'atân fi bay'a*, ou double vente, qui sert à réaliser un prêt sur gage à intérêt, en principe interdit. Le créancier achète un objet au comptant pour 100 dinars ; le débiteur le lui rachète 110 dinars après l'écoulement d'un certain délai. La mise en oeuvre des *hiyal* implique souvent des précautions contre l'éventuelle mauvaise foi de la partie débitrice. Elles peuvent consister dans la remise à un tiers digne de confiance de documents explicatifs de la transaction, avec une série de contre-preuves écrites et signées par avance. Comme le note H. Bleuchot, les *hiyal* contribuèrent ainsi au développement du notariat : les notaires élaborèrent progressivement la technique des conditions et des stipulations (*churât*), en s'efforçant d'ajuster au mieux la volonté des parties et le droit. Ces *hiyal* ne sont pas considérés comme des fraudes, mais forment une catégorie juridique dont la validité est explicitement reconnue par les théoriciens du droit islamique. Avec J. Schacht, on peut les définir comme : «... l'usage de moyens juridiques à des fins extra-juridiques qui ne pourraient être atteintes directement, qu'elles soient elles-mêmes légales ou non, par les moyens fournis par la *shari'a*. Les « expédients juridiques » permettent à des gens qui, sans cela, sous la pression des circonstances, auraient agi contre les dispositions de la loi sacrée, de parvenir aux résultats désirés tout en se conformant réellement à la lettre de la loi » ¹⁰⁰. Ils étaient souvent utilisés, comme dans la loi juive et de droit canon, pour tourner l'interdiction du prêt à intérêt.

[241]

¹⁰⁰ Schacht J., *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1983, 71.

Mais l'influence des actes de la pratique dans le droit musulman se mesure aussi dans le large recours fait à la convention et à la coutume. Une parole du Prophète dit : « Il n'y a aucun crime à faire des conventions en sus de ce que la loi prescrit ». On a ainsi admis que lors du mariage soient prévus son caractère temporaire, ou que la femme puisse y mettre fin si le mari manque à sa promesse de rester monogame (solutions cependant repoussées par la majorité des musulmans, les sunnites).

Quant à elle, la coutume ne fait pas à proprement parler partie du droit musulman : elle n'est donc pas intégrée à sa science (le *fiqh*). Pour autant, elle n'est nullement condamnée : les particuliers peuvent l'utiliser pour régler leurs relations et mettre fin à leur différends sans faire intervenir le droit strict. Comme l'écrit R. David : « La coutume ne peut ordonner un comportement que le droit interdit, ou interdire un comportement que le droit déclare obligatoire ; mais elle peut légitimement ordonner une chose qui, selon le droit, est seulement recommandée ou permise, ou elle peut interdire une chose qui, selon le droit, est blâmable ou simplement permise »¹⁰¹. Position qui assez proche de celle du droit français... Dans ces conditions, on comprend que la coutume permette une certaine autonomie à la pratique. Cette relative tolérance facilita l'expansion de l'islam bien au-delà des frontières de son lieu de naissance : sa réception n'impliquait pas nécessairement l'abandon des modes de vie familiers aux populations. Introduit à partir du XI^e siècle en Afrique noire, il y est aujourd'hui considéré comme un droit autochtone, signe de la réussite de la greffe.

Regardons y de plus près.

103. L'ACCULTURATION DU DROIT MUSULMAN IMMIGRÉ. - Le droit musulman s'est en effet implanté dans de vastes régions (à l'heure actuelle, la majorité des musulmans vit en Asie) au prix d'un certain nombre d'accommodements avec les cultures locales.

On a ainsi pu parler d'un « islam noir » qui n'est pas la copie de l'islam arabe. En Afrique noire islamisée, la femme bénéficie d'un sort plus avantageux (sa réclusion est rare) et marque souvent plus que l'époux un attachement aux coutumes

¹⁰¹ David R., *op.cit.*, 481.

païennes. La dot coranique diffère sur un certain nombre de points de la dot africaine ; les Africains [242] adoptent le terme arabe désignant la dot et continuent à pratiquer la dot traditionnelle. Alors que le mariage coranique est endogame, le mariage africain, dans sa diversité, révèle plutôt des tendances exogames : la plupart du temps, ces dernières l'emportent. En droit successoral, la réception de la règle coranique a été très difficile, ce qui explique la variété des formes, intermédiaires entre le droit importé et la coutume autochtone, qui conservent cependant en général l'avantage. Cependant, l'islam est aussi générateur de changements importants. Globalement, il privilégie la groupe domestique restreint (l'homme, ses épouses, les enfants et les esclaves) alors que la famille africaine est de type étendu : il en a résulté une augmentation de l'autorité du père de famille par rapport à celle des chefs de clans et de lignages. En général également, les systèmes matrilineaires tendent à devenir patrilineaires sous l'influence conjuguée de l'islam et des droits européens. Il arrive cependant que les premiers résistent : les Touareg du Hoggar sont restés matri-linéaires ; au Fouta Toro, on dit qu'au jour de la résurrection : «... la mère ne reconnaîtra pas son fils, le père ne reconnaîtra pas son fils, seul l'oncle maternel retrouvera son neveu, le fils de sa soeur ».

L'exemple turc va beaucoup plus loin. Comme on le sait, la Turquie fut le premier État musulman à abolir toute référence à la loi islamique et à la remplacer en 1926 par un Code civil inspiré du Code suisse, à supprimer quasiment tout enseignement religieux (mais la Constitution de 1982 l'a rendu obligatoire dans les écoles) et inscrire une dizaine d'années plus tard le principe de laïcité dans sa Constitution. Ces innovations sont relativement récentes, mais on sait qu'il y a peu de temps l'expérience de gouvernement du pays par un parti islamique fut de très courte durée... En fait, la spécificité turque est de longue date. Les Turcs amènent d'Asie centrale une conception affirmée de la légitimité de l'État (monarchique et de droit divin), qu'on ne trouve pas jusqu'alors dans la pensée musulmane. Pour eux, le souverain détient un authentique pouvoir législatif (ce qui n'est pas le cas du calife arabe), et les *yasa* turcs, puis les *kanun* ottomans coexisteront avec la loi islamique. Le mufti devait juger de la conformité des nouvelles réglementations avec la loi islamique, mais s'il résistait trop, le pouvoir le destituait. Un véritable corpus de droit public se constituera donc progressivement. Cette histoire pour le moins particulière explique sans doute que l'occidentalisation fut ensuite plus complète dans ce pays qu'ailleurs.

[243]

Partis à la recherche du droit et de l'État, nous les avons certes trouvés. Mais sous des formes extrêmement variables suivant les temps et les lieux, qui nous font pressentir la spécificité de la vision occidentale du droit et la singularité de la conception française. Le degré de variation est tel qu'il peut atteindre le fond. Bien des juristes ne reconnaîtront pas le droit en ce qu'en pensent les Orientaux ou les Africains. Quant à l'État, si tous acceptent qu'il puisse ne pas exister, beaucoup, surtout en France, y lient le droit. Enfin, comme le remarque D. de Béchillon ¹⁰², un certain nombre d'auteurs n'admettent l'usage du terme d'État que pour désigner la forme politique apparue, avec la démocratie moderne, au début du XIX^{ème} siècle occidental. Un certain relativisme ici s'impose. Il est clair que selon les critères de l'État ou du droit que l'on pose au départ de son enquête, resteront dans le tamis des objets différents. Si les mailles sont très serrées, on ne retiendra dans l'histoire de l'humanité que des expériences limitées de ces concepts fluides ; si elles sont trop larges, on risquera de ne jamais les saisir. Entre ces deux extrêmes, bien des attitudes sont possibles, dépendant en fin de compte de choix d'ordre moral et philosophique autant qu'intellectuels. L'incertitude s'accroît quand on réalise que pour une bonne part, ces choix, plus ou moins conscients, sont en réalité antérieurs à la détermination des critères de la recherche : les critères sont déjà en partie les résultats. Constat désespérant ? Nous ne le pensons pas. D'une part, la prise de conscience qu'on en effectue est déjà un progrès, dans la mesure elle devrait faciliter le dialogue, condition de la science. D'autre part, ce relativisme est un des contrepoids de la liberté : s'il est possible que la vérité ne soit pas d'un seul côté, cela fonde le droit relatif de chaque société à sa vision du droit et de l'État. Nous consacrerons la deuxième partie de cet ouvrage aux conceptions qu'en a formées l'Europe.

¹⁰² Cf. De Béchillon D., *op.cit.*, 99.

Pour aller plus loin

104 INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES.- Comme nous l'avons indiqué, les représentations sont un thème peu étudié par les juristes. On trouvera une introduction synthétique sur ce sujet dans : I. Quiquerez-Finkel, *Imaginaires juridiques africains*, Paris, L'Harmattan, 1995, [244] pp. 43-67. Les perceptions du droit par les élèves et étudiants en France et dans d'autres pays ont fait l'objet d'un certain nombre de publications. On citera d'abord des enquêtes collectives, comme : L'image du droit à l'Est et à l'Ouest, *Revue d'études comparatives*, Vol. 25, 1994, n° 3 ; (sous la direction de C. Kourilsky), Le rapport des jeunes au droit à l'Est et à l'Ouest, *Droit et Société*, n° 19, 1991. Puis des articles de C. Kourilsky : La perception du droit dans la vie quotidienne, *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, décembre 1991, p.77-102 ; La perception du Droit dans la vie quotidienne : les représentations des concepts de droit privé chez les 11-17 ans, *Revue d'études comparatives est-ouest*, Vol. 22, No. 4, 1991, 77-102 ; Famille, Egalité, Liberté : modèles juridiques et représentations individuelles chez les adolescents en Russie et en France, *Droit et Cultures*, 29, 1995-1, 103-138 ; *Socialisation juridique et modèle culturel - L'image du droit en Russie et en France*, Paris, L. G. D. J., coll. Droit et Société, 1996 ; Images du droit et sentiment d'appartenance : les représentations adolescentes de la citoyenneté, *Droit et Cultures*, 35, 1998-1, 75-92.

Pour notre part, nous avons orienté sur ce thème des étudiants du DEA de Théorie juridique de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, qui ont écrit un certain nombre de mémoires, parmi lesquels on peut citer : D. Vergely, *La notion de droit chez les étudiants de première année de DEUG à Aix-en-Provence*, 1989 ; C. Andjerakian, *Les représentations du droit chez des étudiants de première année de DEUG à Marseille-St Jérôme*, 1995 ; L. Lanata, *Les représentations du droit dans certains établissements scolaires marseillais*, 1995 ; N. Perrey, *Les représentations de la déontologie par les experts-comptables stagiaires*, 1996 ; I. Berry, *Les représentations du droit chez les chargés de travaux dirigés de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence*, 1997 ; M. Renard, *L'image du droit chez les greffiers d'Aix-en-Provence*, 1998 ; P. Charaix, *L'image du droit et de la justice*

chez les détenus majeurs (Les Baumettes, Lyon, Bois d'Arcy), 1998 ; S. Carel, La conception de la justice et du droit chez les mineurs délinquants à Aix-en-Provence, 1998 ; S. Huguet, L'image du droit dans la presse féminine, 1995 ; F. Rouzier, Les représentations du droit dans la presse catholique, 1997 ; H. Mangin, Les couleurs du droit,

1995. Sur l'influence des modèles culturels dans la gestion des entreprises, cf. P. d'Iribarne, *La logique de l'honneur - Gestion des entreprises et traditions nationales*, Paris, Le Seuil, 1989.

L'étude de la coutume ainsi que celle des actes de la pratique a suscité une abondante littérature chez les historiens et anthropologues du droit. Une vaste enquête a été menée dans le cadre des Recueils (LI et suivants) de la Société Jean Bodin : *La Coutume*, Bruxelles, De Boeck Université, 1990. Elle a l'avantage de regrouper des contributions émanant à la fois d'historien des droits de diverses cultures et d'ethnologues. En ce qui concerne plus particulièrement l'histoire du droit français, on se référera à : J.P. Lévy, Les actes de la pratique, expression du droit, dans, du même auteur, *Diachroniques - Essais sur les institutions juridiques dans la perspective de leur histoire*, Paris, Loysel, 1995, 205-224 ; J. Hilaire, *La vie du droit*, Paris, PUF, 1994 ; M. Lafourcade, *Mariages en Labourd sous l'Ancien Régime*, Universidad del Pais Vasco, Leioa, Vizcaya, 1989. En ce qui concerne la période actuelle, on lira avec profit : J.P. Martres, J. Larrieu (dir.), *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, Economica, 1993 ; P. de Deckker (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique sud* ; P. de Deckker, L. Kuntz, *La bataille de la coutume*, Paris, L'Harmattan, 1998. Pour nos remarques sur le choix des procédures de divorce à l'heure actuelle en France, nous avons utilisé : M.C. Rondeau-Rivier, La carte géographique des cas de divorce à travers les statistiques judiciaires, *Droit et Société*, 25, 1993, 361-367.

Nous traiterons surtout dans la deuxième partie de cet ouvrage des migrations des systèmes juridiques. L'exemple du droit musulman cité dans ce chapitre peut être approfondi en recourant tout d'abord à des introductions générales : cf. V. Monteil, *L'Islam noir*, Paris, Le Seuil, 1964 ; J. Schacht, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1983 ; M. Arkoun, *Ouvertures sur l'islam*, Paris, Ed. J. Grancher, 1989 ; du même auteur : *L'humanisme arabe aux IV-Vèmes siècles*, Vrin, 2^{ème} éd., 1982 ; F.P. Blanc, *Le droit musulman*, [245] Paris, Dalloz, 1995 ; B. Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*,

Paris, Karthala, 1993. On recommandera tout particulièrement les éléments bibliographiques donnés par B. Durand, *Droit musulman - Droit successoral*, Paris, Litec, 1991, 411-417 : ils guideront le débutant en lui indiquant quelques ouvrages de consultation facile lui permettant un premier contact avec le droit musulman. On pourra ensuite se reporter à des études plus spécifiques : J.C. Froelich, Droit musulman et droit coutumier, dans : J. Poirier (dir.), *Études de droit africain et de droit malgache*, Paris, Cujas, 1965, 361-389 ; S. Yérasimos, Le Coran et la loi (Turquie), *Les cahiers de l'Orient*, n° 27, 1992, 71-83 ; H. Bleuchot, *Les cultures contre l'homme ?- Essai d'anthropologie historique du droit pénal soudanais*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, 1994 ; G. Boëtsch et alii (dir.), *Droits et sociétés dans le monde arabe-Perspectives socio-anthropologiques*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, 1997. On trouvera une intéressante étude de l'attitude des auteurs musulmans face aux croyances religieuses hindoues dans : Y. Friedman, Islamic thought in relation to the indian context, dans : M. Gaborieau (dir.), *Islam et société en Asie du Sud*, Paris, Éditions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 1986, 79-89.

[247]

Introduction historique au droit

Deuxième partie

Naissances et migrations des droits européens

[Retour au sommaire](#)

On parle aujourd'hui d'*un* droit européen. L'expression dissimule une réalité complexe. D'une part, les droits nationaux subsistent. Le principe de subsidiarité implique que les solutions des problèmes juridiques doivent être d'abord recherchées dans les droits internes, avant d'être éventuellement fixées au niveau européen. D'autre part, la complexité et la diversité des institutions européennes chargées d'édicter des normes et des juridictions qui doivent les sanctionner imposent l'image d'un droit formé par de nombreux affluents. Enfin, l'écroulement du camp socialiste a changé les dimensions de la construction européenne. Beaucoup de pays de l'Est désirent entrer dans l'Europe, ce qui entraîne une migration du droit européen dans leur direction.

Dans des contextes forts différents, on observe que l'histoire juridique de l'Europe offre quelques similitudes. D'une part, il faut conjuguer au pluriel la notion de droits européens. En effet, nous constaterons d'abord qu'il existe des droits communs, surtout connus des juristes, des clercs et des légistes, les conseillers des souverains. Mais les droits nationaux conservent leur autorité, et leurs spécificités,

au point qu'aujourd'hui encore, les systèmes romanistes et ceux de Common Law diffèrent profondément.

Nous étudierons l'ensemble de ces problèmes dans un premier titre. Quant à la migration des droits européens, elle est dans l'histoire plus ample qu'aujourd'hui. Principalement à la suite des colonisations, certains droits européens (notamment l'anglais et le français) ont traversé mers et océans pour aboutir à des rivages où ils se trouvent encore. Nous consacrerons un second titre à ces voyages.

[249]

Introduction historique au droit

Deuxième partie : Naissances et migrations des droits européens

Titre I.

La trame juridique de l'Europe : un système pluriel

[Retour au sommaire](#)

La construction de l'Europe s'effectue aujourd'hui de manière assez volontariste, et sur une base davantage économique qu'intellectuelle ou culturelle : elle se manifestera surtout au grand public par la monnaie unique. D'autre part, les référendums nationaux qui ont eu lieu lors de l'adoption de textes fondamentaux (Traité de Maastricht) ont révélé une certaine résistance des peuples à cette construction, même si les avis négatifs ont été minoritaires. Enfin, les bases de la construction européenne ont été jetées au lendemain du second conflit mondial, soit il y a un demi-siècle.

L'histoire juridique de l'Europe ne révèle pas les mêmes rythmes. D'une part, elle s'échelonne sur plusieurs siècles, à partir du milieu du Moyen-Age. D'autre part, les peuples en sont exclus : les droits communs aux pays européens ne sont connus que des savants et des puissants. De plus, cette Europe ne voit pas comme aujourd'hui des abandons de souveraineté de la part des États qui la composent :

au contraire, ils sont jaloux de leurs prérogatives et n'hésitent pas à se faire la guerre. Autrement dit, il y a dans cette histoire qu'il faut tenter une large part de rétrodiction. On peut penser que si l'Europe n'était pas d'actualité, on ne la chercherait pas jusque dans le lointain Moyen-Age. Une fois de plus, le présent se projette sur le passé.

Ce processus révèle en tout cas une unité superposée à des traditions nationales différentes. Certains droits sont communs, que nous étudierons dans un premier chapitre, consacré à l'unité juridique de [250] l'Europe. Mais les droits internes restent fermement définis par leurs spécificités. Comme nous ne pouvons tous les décrire, nous nous nous attacherons d'abord aux droits de *Common Law*, très différents de notre droit français (Chapitre II). Puis nous comparerons les diverses conceptions européennes de la forme première de l'Etat : l'État de justice (Chapitre III).

[251]

Introduction historique au droit

Deuxième partie : Naissances et migrations des droits européens

Titre I. La trame juridique de l'Europe : un système pluriel

Chapitre I

L'unité juridique de l'Europe

*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.*

Ferriere (1639-1715).

[Retour au sommaire](#)

L'histoire n'a pas légué l'unité à l'Europe. On trouve en revanche dans son passé des moments plus ou moins longs d'unification, sur des registres divers, auxquels les structures politiques n'appartiennent pas. L'Europe est principalement celle des nations : un trait spécifique. En ce sens, on peut parler d'échec de l'unité européenne. Cependant, cette unité n'est pas une chimère sur le plan juridique, à condition de ne pas la confondre avec l'uniformité : construction des élites du pouvoir et de la culture, le droit européen est pluriel. Il trouve son assise dans le droit romain, opportunément arraché au passé. Mais aussi dans le droit de l'Eglise, pris pour modèle par les monarques et leurs conseillers. Ceci pour l'époque médiévale. Plus près de nous, la notion de droits de l'homme apparaît comme une création européenne, un enfant du couple franco-anglais, dans un de ses rares

moments de bonne entente. Le XVIII^e siècle voit aussi la multiplication des codifications nationales : loin d'engendrer la division, elles seront un vecteur d'unification, en formant des points de passage à travers les frontières politiques des États. Nous étudierons donc successivement la spécificité de l'Europe, ses droits communs pendant la période médiévale, le temps plus récent des codifications et celui de la formulation des droits de l'homme.

[251]

Section I.

La spécificité de l'Europe

[Retour au sommaire](#)

A priori, l'histoire de l'Europe est jusqu'à peu celle d'un échec. Pourtant, au XVIII^e siècle, le sentiment européen fait partie de la culture des élites, qui, à cette époque, font l'histoire.

105. LES ÉCHECS DE L'UNITÉ EUROPÉENNE. - Si des droits communs aux peuples européens se forment dès le Moyen-Age, l'Europe ne se conçoit guère qu'à partir de la Renaissance. Cependant, certains auteurs antiques en parlaient (Hérodote, Aristote, Pline l'Ancien). Elle apparaît d'abord dans les poèmes d'Homère. Fille du tyrien Phoenix, elle aurait été convoitée par Zeus. À ce titre, elle figure sur de nombreuses oeuvres d'art. Dans un autre passage du même auteur, le mot désigne des terres. Chez Hérodote, Europe qualifie les territoires menacés par les Perses, en provenance d'Asie Mineure. Beaucoup plus tard, aux VII^e et VIII^e siècles, certains auteurs la définissent par opposition aux incursions arabes. Racontant la bataille de Poitiers, Isidore le Jeune qualifie les troupes de Charles Martel d'armée des « Européens ». Sous les Carolingiens, l'Europe trouve moins son unité dans une définition géographique que spirituelle : elle se confond avec les limites de la chrétienté, gouvernée par le pape. Mais dans les royaumes issus de l'Empire carolingien, deux traditions s'affirment, lourdes de conséquences à long terme. Pour l'essentiel, les Francs (partie occidentale de

l'Empire) conserveront le principe dynastique. Stabilisant le pouvoir en assurant sa transmission régulière, il permet son expansion sur un mode unitaire : ce sera la politique du royaume de France. Au contraire, dans la partie orientale, la dynastie des Ottonides opte pour l'élection, ce qui fragilise le pouvoir en remettant la désignation de l'Empereur à l'aristocratie. L'Empire d'Allemagne ne connaîtra pas l'unité jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle. Pour autant, l'Empereur rêvera longtemps d'unifier l'Europe sous son autorité en rassemblant tous les peuples chrétiens, dans la filiation avec l'Empire romain. Le jeune Othon III (980-1002) établit sa capitale à Rome, s'installe comme ses prédécesseurs romains dans un palais sur l'Aventin et adopte un rituel de cour copié sur celui [253] de Constantinople. Mais lui et ses successeurs ne parviendront pas à leur fins. L'unité linguistique se défait. Le latin reste la langue des milieux cultivés, mais en 813, le concile de Tours ordonne aux clercs de « prêcher en langue romane rustique ou germanique » : les prêtres n'étaient plus compris de leurs fidèles... Le 14 février 842, deux princes carolingiens se font face, en tête de leurs armées respectives : Charles et Louis. Ils sont frères. Huit mois auparavant, ils se sont affrontés avec leur autre frère, Lothaire II, fils aîné de Louis le Pieux, qui lui avait transmis la majeure partie de son héritage. La bataille de Fontenay en Pusaye (près d'Auxerre, le 25 juin 841) est peut-être la plus sanglante de tout le Moyen-Age. Mais Lothaire avait été vaincu. Du coup, Louis et Charles, à la fin de l'hiver qui suit, cimentent leur alliance, devant leurs troupes. Chacun des deux jure fidélité à son allié, dans la langue de l'autre. Louis (plus tard *Le Germanique*) dit en roman : « *Si salvarai eo sist meon frade Carlo* » (je secourrai ce mien frère Charles). Charles (plus tard *Le Chauve*) prononce le même serment en tudesque. Pour la première fois, le latin cède à des langues locales dans un acte officiel.

De plus, le roi de France supportera de plus en plus mal les prétentions impériales. Finalement, lors d'un procès survenu en 1303 entre le roi et l'évêque de Mende au sujet du Gévaudan, l'avocat du roi Guillaume de Plaisians aura ces paroles définitives : « Le roi notre sire est empereur en son royaume et peut commander sur terre et sur mer ». Le souverain français tient son royaume de Dieu, mais pas de l'Empereur d'Allemagne, ni du pape.

Car à partir du XI^e siècle, la papauté entreprend la grande réforme grégorienne, qui va centraliser autour d'elle les Eglises des différents pays européens, et

aussi jeter les bases de futurs conflits avec leurs monarques. Mais déjà à cette époque, comme l'observe Krzystof Pomian, elle a manqué son unité.

En effet, après la grande partition entre l'Orient et l'Occident résultant de la division de l'Empire romain, le christianisme aurait pu continuer à jouer un rôle fédérateur. Ce ne fut pas le cas. D'abord, à cause de la progressive séparation entre les catholiques d'Occident et les orthodoxes (du grec *orthos*, exact, et *doxa*, croyance). Après la chute de l'Empire d'Occident (en 476), le pape reste dans cette région le seul gardien de l'universalisme chrétien et entend confirmer Rome dans son rôle central. Les chrétiens orientaux veulent bien admettre une certaine primauté du pape, mais font remarquer que Constantinople, siège de [254] l'Empereur et du Sénat, est devenue la « Nouvelle Rome ». De plus, ils tiennent davantage à l'autonomie des Eglises locales. Enfin, dès le VII^{ème} siècle, un certain nombre de conflits d'ordre religieux (notamment sur la nature du Christ) vont envenimer les relations avec la papauté. Finalement, en 1054, le Schisme est consommé, et aggravé en 1204 par le pillage de Constantinople, oeuvre des Croisés en route vers Jérusalem. À la fin du Moyen-Age, plusieurs tentatives de conciliation échouent. À cette époque, l'unité chrétienne va subir une seconde rupture, beaucoup plus grave : elle jette toute l'Europe dans les guerres de religion. Selon la tradition, Martin Luther (1483-1546) cloue le 31 octobre 1517 sur les portes de l'église du château de Wittenberg quatre vingt quinze thèses dans lesquelles il affirme ses divergences par rapport à la papauté et au catholicisme. Il est excommunié en janvier 1521. L'empereur Charles - Quint lui demande de se rétracter au mois d'avril suivant devant la diète de Worms. Il répond : « Me voilà, je ne peux faire autrement ». La Réforme est lancée : elle ne s'arrêtera pas.

D'autres échecs suivront. Au XVIII^{ème} siècle, l'Europe est présente dans les écrits des philosophes et la culture des élites. Voltaire la décrit comme : «... une grande République, partagée en plusieurs États (...) tous correspondant les uns avec les autres, tous ayant un même fonds de religion, tous ayant les mêmes principes de droit public et de politique, un corps, dont tous les membres, quoique indépendants, sont unis à travers les liens de l'intérêt commun pour le maintien de l'ordre et de la liberté » ¹⁰³. Bien qu'il soit peu favorable à l'Europe, Rousseau ajoute qu'il s'agit d'une «... société réelle, ayant sa religion, sa coutume, et aussi

¹⁰³ Voltaire, *Le siècle de Louis XIV*, (1752), chapitre II.

ses lois » ¹⁰⁴. La Russie cherche à s'y intégrer : Pierre Ier (1682-1725) et Catherine II (1762-1796) entendent occidentaliser leur royaume. Mais paradoxalement, la Révolution française, inventeur de l'État-Nation, fera obstacle à l'incarnation de ces idées. D'une part, la conquête napoléonienne, qui en est historiquement issue, dressera par réaction les identités nationales les unes contre les autres. D'autre part, les mouvements démocratiques et nationalistes alimentés par les idées françaises joueront dans le même sens. D'ailleurs, après 1815, comme le remarque encore K. Pomian : « La culture des élites perd son orientation exclusive vers l'Antiquité. Cela se comprend : l'Antiquité est le bien [255] commun des Européens et maintenant on met en valeur les biens propres des nations, chacune prise à part (...). La subjectivité triomphe, celle des individus comme des peuples : on refuse les normes, les modèles, les critères venus de l'extérieur. Aussi la raison se porte-t-elle mal : l'oeil du savant armé de son verre ne fournit sur le monde aucun renseignement qui tienne face au sentiment et à la foi ». On remarque même qu'à partir de la seconde moitié du XIX^{ème}, époque des révolutions industrielles, l'unification économique provoque en réaction une poussée des entités infra-étatiques, régions, provinces ou ethnies : le mouvement du Félibrige en France, la renaissance ukrainienne, et d'autres phénomènes similaires sont contemporains du développement des chemins de fer... Bien entendu, des échos avec l'époque actuelle résonnent. On sait que la mondialisation provoque des réactions identitaires ; on connaît l'influence de la construction de l'Europe sur le développement d'entités territoriales infra-étatiques (on parle de l'Europe des régions).

Enfin, derniers échecs, et non des moindres : ceux de notre siècle. Le premier conflit mondial est le naufrage de l'Europe, en même temps qu'il perturbe pour longtemps les équilibres entre les États d'une Europe centrale remodelée. Un peu plus tard, la propagande nazie se servira du thème de l'Europe pour légitimer la guerre voulue par Hitler, présenté comme son bâtisseur et même le fils spirituel de Charlemagne. Après ce conflit, l'Europe reprend forme, afin notamment de contrebalancer l'influence de l'empire soviétique : elle est d'abord associée à un projet politique conçu par Alcide de Gasperi, Robert Schuman et Konrad Adenauer. La réalisation de ce projet se fera par la suite surtout sur le plan économique. Aujourd'hui, on sent bien toute la difficulté à passer de l'économique au

¹⁰⁴ Rousseau, *Projet de paix perpétuelle de M. l'Abbé de Saint Pierre*.

culturel : la construction européenne est volontariste. Cependant, elle s'appuie sur des éléments historiques réels.

106. LA RÉALITÉ HISTORIQUE DE L'EUROPE. - Comme le fait remarquer R. David, un phénomène majeur traverse l'espace européen aux XII^e et XIII^e siècles : la renaissance de l'idée de droit, qui débouche sur la création de la famille de droit romano-germanique, à laquelle appartient le droit français. L'identification entre le droit d'une part, et la religion et la morale d'autre part s'affaiblit au profit du premier. Philosophes et juristes demandent que les liens sociaux soient définis par des règles juridiques, et pas seulement par le bon vouloir des dirigeants. Cette aspiration générale ne correspond nullement à une unification politique de [256] l'Europe, alors moins perçue que jamais, dans la mesure où la papauté et les principaux souverains s'épuisent dans de violents conflits (en France, formation du gallicanisme). Le sentiment d'une communauté est bien réel, mais il est culturel et non pas politique. En ce sens, l'Europe d'alors diffère profondément de celle d'aujourd'hui.

D'ailleurs, à partir de la Renaissance, l'existence d'États nationaux, indépendants et en principe égaux, constitue le fait primordial. A. Viala la qualifie d'« association, une réunion, une communauté, très lâche, mais inébranlable d'États, de Nations, fondées sur des principes communs »¹⁰⁵. Il existe en effet une certaine parenté entre ces différents États. D'une part, leurs formes monarchiques de gouvernement excluent la tyrannie et le despotisme, qu'on dit réservés à l'Asie. Contrairement à un malentendu aujourd'hui très répandu, la monarchie française dite absolue exerce un pouvoir concentré et autoritaire, mais limité, en fait (permanence des particularismes) comme en droit (les lois fondamentales du royaume sont supérieures à la volonté royale). D'ailleurs, la plupart des philosophes, même épris de liberté, restent attachés à un régime monarchique (Voltaire est partisan du « despotisme éclairé »). D'autre part, même si le christianisme n'a pu réaliser son rêve unitaire, il reste un fonds commun à tous les peuples d'Europe. De plus, des traits communs s'observent au niveau du droit privé. Institution

¹⁰⁵ Cf. Viala A., *Société politique et institutions*, Aix-en-Provence, La pensée universitaire, 1986, 87- 88.

cardinale, la propriété individuelle : chaque particulier peut vendre, acquérir, léguer ses biens mobiliers autant qu'immobiliers.

A. Viala cite aussi la liberté. Même limitée par rapport à la conception que nous en avons aujourd'hui, elle demeurerait la règle : le servage perd progressivement de son importance et n'est plus que résiduel à la fin du XVIII^e siècle. Mais il faut bien remarquer que l'esclavage constitue une entaille au principe. Jusqu'ici, on le croyait tout entier refoulé dans les colonies, alimentées par la traite négrière. Mais des travaux récents ¹⁰⁶ montrent qu'il n'était pas inconnu en Europe, y compris en France, même si les esclaves étaient pour l'essentiel de provenance étrangère. L'esclavage existe déjà sous les dynasties franques. Marseille est alors un des grands centres de ce trafic. Venise commerce avec l'Orient ; Verdun avec les régions de la mer du Nord. [257] Les prisonniers d'origine slave sont particulièrement nombreux. D'où le terme *sclavus*, qui signifie à la fois slave et esclave. Le mot latin *servus*, qui désignait l'esclave dans l'Antiquité, prend un autre sens à partir du VIII^e siècle, qualifiant le serf médiéval, dont le statut est différent. Mais il existe aussi des esclaves à des périodes plus proches, à la fin du Moyen-Age et au-delà. Ils sont employés à des travaux pénibles, notamment dans les ports. On sait par exemple qu'ils comptèrent parmi les ouvriers qui construisirent au XVI^e siècle pour Philippe II d'Espagne le palais de l'Escorial. Au XVII^e siècle, Quelques rares protestations s'élèvent contre la persistance de l'esclavage, mais il faut attendre le siècle suivant et les écrits des philosophes pour qu'elles s'amplifient. Il n'en demeure pas moins en France.

Tout d'abord, l'autorité royale s'en tient à une règle ferme : il ne peut y avoir d'esclaves sur le sol métropolitain, tout esclave qui le touche devient libre. Mais les propriétaires d'esclaves parviennent à faire adopter une forme limitée d'esclavage, dont on trouve trace dans la législation. Leur objectif : disposer dans leurs résidences de domestiques à bon marché (aujourd'hui encore, l'emploi de travailleurs immigrés comme gens de maison dans des conditions scandaleuses correspond à une forme d'esclavage). À la fin du XVIII^e siècle, il y a entre 4,000 et

¹⁰⁶ Cf. Kounfinkana M., *Esclaves et esclavage dans la France d'Ancien Régime*, Thèse d'Histoire, Toulouse II, 1989 ; Sue Peabody, « *There are no slaves in France* » - *The political culture of race and slavery in the Ancient Regime*, Oxford- New York, Oxford University Press, 1996.

5,000 esclaves en métropole, dont environ 800 à Paris. En 1716, un édit royal (que le Parlement de Paris refuse d'enregistrer) concède que les propriétaires d'esclaves dans les colonies peuvent les faire venir en métropole pour les instruire et les évangéliser, sous réserve d'obtenir la permission du gouverneur avant le départ, et d'enregistrer les esclaves à l'arrivée dans les bureaux de l'Amirauté. Ces dispositions sont réitérées avec quelques modifications par une Déclaration royale du 15 décembre 1738. Mais parallèlement, de plus en plus de Noirs entament des procès contre leurs maîtres, qui se terminent souvent par leur libération. Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, l'administration royale inaugure un nouveau système : la politique de la race. En 1762, une décision du tribunal de l'Amirauté distingue ainsi entre le nègre (quatre grands-parents noirs), le mulâtre (un parent blanc, l'autre noir), le quarteron (enfant d'un blanc et d'un mulâtre). Une Déclaration royale du neuf août 1777 (portant sur la police des Noirs), enregistrée par le Parlement, emploie aussi des critères raciaux pour prohiber toute entrée en France de population de couleur. L'esclavage sera aboli par la [258] Constituante le 4 février 1794, réintroduit par Bonaparte en 1802, définitivement supprimé en 1848.

À la veille de la Révolution, l'Europe est entrée dans la conscience collective, au moins celle des élites. Mais cette idée suscite des réactions diverses. Certains, comme Rousseau, se méfient de l'uniformisation qu'elle pourrait engendrer. D'autres situent le débat à un niveau beaucoup plus large : l'unité européenne étant acquise dans son principe, il convient de voir plus loin. Par exemple en Amérique, où Adam Smith (1723-1790) prédit que «... le siège de l'Empire se transportera ». Certains pensent même que l'État, mais aussi l'Europe, ne sont que des épisodes dans la construction d'un ensemble politique global et d'un droit universel... mais modelé sur les principes européens.

L'examen des droits communs à l'Europe dans cette période montre que si l'Europe du droit n'est pas une chimère, elle se situe bien en-deçà de ces rêves grandioses.

Section II

Les droits communs européens

[Retour au sommaire](#)

Conjuguée au singulier, l'expression de droit commun européen est trompeuse. D'une part, certains juristes actuels n'y voient qu'une chimère ¹⁰⁷, une reconstruction *a posteriori* née du besoin de légitimité historique de la construction européenne contemporaine. D'autre part, les juristes anciens identifiaient la plupart du temps au seul droit romain le *ius commune*. Dès lors, se trouvaient exclus le droit de la Common Law ainsi que le droit canonique. On peut le comprendre en ce qui concerne le premier, qui aujourd'hui encore possède des caractéristiques très différentes de la famille romano-germanique, même si on ne peut dénier à l'Angleterre la qualité de nation européenne. En revanche, le droit canonique est bien un droit commun à toute l'Europe chrétienne, qui influence le droit romain. D'ailleurs, les juristes sont réputés [259] docteurs *in utroque iure*, « dans l'un et l'autre droit », c'est-à-dire le droit romain et le droit canonique (Louis XIV n'introduit l'enseignement du droit français qu'à la fin du XVIIe siècle ; encore n'était-il souvent attribué qu'aux professeurs jugés les moins compétents...). De plus, ce droit commun a une histoire : il résiste mal à la montée des États nationaux. Il paraît donc plus prudent d'employer au pluriel la notion de droits communs.

Après avoir donné sur elle un certain nombre de précisions, nous étudierons successivement le droit romain et le droit canonique.

A) L'idée de droit commun et son enseignement

107. LES FLUCTUATIONS DE L'IDÉE DE DROIT COMMUN. - La notion de droit commun est polysémique. On pourrait soutenir que chaque droit national est un droit commun, dans la mesure où il s'applique à tous les habitants

¹⁰⁷ Cf. Cavanna V.A., *Il ruolo del giurista nell'età del diritto commune, Studia e documenta Historiae iuris*, 1978.

d'un territoire. Même le droit de la Common Law est en ce sens un droit commun, puisqu'il est uniformément appliqué par les Cours royales anglaises. Pourtant, il diffère extrêmement de la tradition romano-germanique : le droit appliqué par le juge l'emporte sur celui enseigné à l'Université ; il consiste en normes très strictes, alors que sur le continent, le droit doit être équitable.

De manière plus générale, le droit commun est confondu avec le droit romain : concrètement, le droit de Justinien, redécouvert au milieu du Moyen-Age. Mais ce droit est réinterprété. Tout d'abord, au niveau idéologique. Même si l'Empire romain a été longtemps païen, il s'insère dans le plan de Dieu. D'une part, il constitue la forme politique qui a rassemblé le plus longtemps le plus grand nombre d'hommes dans l'espace. Il préfigure donc le rassemblement voulu par Dieu de la communauté humaine en un peuple chrétien. D'autant plus qu'il s'est converti au christianisme à partir de Constantin. D'autre part, au début du XIII^e siècle, St Thomas d'Aquin soutient que la philosophie pré-chrétienne était dans une large mesure conforme à la loi divine. Progressivement, on en vient à penser que l'union future et parfaite de tous les hommes en Dieu suppose sinon l'uniformité du droit, au moins son unité : les différents droits internes doivent être considérés comme des ramifications historiques d'un droit unique, dont le droit romain constitue la meilleure approche. D'autre part, même ainsi sacralisé, il [260] n'est nullement considéré comme une révélation immuable. Bien au contraire, le droit romain ne peut être commun qu'en raison des réinterprétations qu'en opèrent très légitimement les juristes. Plus précisément, ceux-ci confrontent les règles particulières de leur époque avec les normes romaines, qu'ils sélectionnent d'ailleurs soigneusement. À partir de là, ils dégagent grâce à la mise en oeuvre de la raison des principes communs, qui vont leur permettre de calibrer les normes particulières, en les étendant ou retranchant. Il s'agit donc d'un processus dialectique et métis, beaucoup plus que d'une répétition. Dieu et la raison humaine participent à un concert de légitimation.

Ces conceptions font l'objet d'un enseignement universitaire obéissant à des principes très différents du nôtre ¹⁰⁸. Il ne s'agit nullement d'apprendre aux étudiants ce que nous nommons le droit positif, encore moins de les préparer à une activité professionnelle. Les professeurs entendent plutôt faire de la théorie du

¹⁰⁸ Cf. David R., *op.cit.*, 41-42.

droit, en montrant ses rapports avec la philosophie, la religion et la morale, et en enseignant aux juges les grands principes qui doivent fonder leurs décisions. Comme le fait remarquer R. David, il eût d'ailleurs été très difficile d'enseigner les droits positifs de chaque pays. À cette époque (en France y compris) le droit est encore extrêmement divers. La coutume y joue un rôle prépondérant, et les juristes savants ne la considèrent pas comme étant vraiment du droit. Ils la trouvent trop souvent éloignée des idéaux de justice qu'ils enseignent. Qu'elle constitue le droit vivant, comme nous dirions aujourd'hui, n'est pas alors une objection recevable. Par ailleurs, les droits nationaux ne seront enseignés que tardivement. La Suède et la France (une chaire de droit français est créée à la Sorbonne en 1679) sont un peu plus précoces, mais ailleurs en Europe les droits nationaux n'apparaissent dans les universités qu'au XVIII^e siècle : pour la première fois dans l'Empire d'Allemagne en 1707 à Wittenberg, en 1741 en Espagne, en 1758 à Oxford, en 1722 au Portugal.

Le vrai droit, c'est le droit romain (il n'a d'ailleurs quasiment disparu en France des études de droit que dans les années quatre-vingt de notre siècle), épaulé par le droit canonique. Grâce à lui, les juristes d'Europe continentale vont disposer de séries complexes de catégories et de concepts en partie recréés (droits réels et personnels, droit public et droit privé, propriété et possession, etc.). À la différence de l'époque [261] actuelle, cette construction d'un droit commun modelé à partir de l'exemple romain n'est pas imposée par un ou des pouvoirs politiques, encore moins par des traités internationaux. Il s'agit d'un vaste réseau intellectuel qui innerve toute l'Europe savante. Bien entendu, les souverains (notamment l'Empereur d'Allemagne et le roi de France) lui trouveront des avantages : ils le considéreront à la fois comme un instrument de leur pouvoir (leurs légistes en feront un réservoir de formules presque magiques, même si souvent il n'hésitent pas à les détourner de leur sens premier), et un moyen de lutte contre la diversité coutumière, donc un outil d'unification de leurs États.

On admet par ailleurs que le caractère commun du droit romain découle du droit naturel, défini par le Digeste comme le droit commun de l'ensemble de la nature animée. Il comprend le droit des gens, constitué par la seule raison humaine, et donc accessible à tous les êtres humains. Progressivement, l'Ecole du droit naturel va dominer la doctrine aux XVII^e et XVIII^e siècles. Elle opère une laïcisation de la vision médiévale. L'idée d'un ordre naturel voulu par Dieu s'éloigne,

tandis que s'impose celle d'un ordre social construit à la mesure de l'homme. Le droit n'est plus un donné naturel voulu par Dieu, mais principalement l'oeuvre de la raison. Cette École innovera surtout en droit public, où la dépendance vis-à-vis du droit romain est moins forte. À partir du XVIIe, le droit des gens est relié à l'existence de plus en plus affirmée d'États indépendants. Il consiste dans des règles qu'ils acceptent afin d'établir entre eux des relations. Grotius (1583-1645), juriste et diplomate hollandais, pose ainsi les fondements du droit international : « Comme les lois de chaque État se rapportent à son avantage particulier, le consentement de tous les États ou du moins du plus grand nombre a pu produire entre eux certaines lois communes (...) On a établi de telles lois qui tendraient à l'utilité du vaste assemblage de tous ces corps » ¹⁰⁹. On considère que le principe de l'Equilibre, qui jouera un grand rôle dans l'histoire européenne, est issu de cette doctrine rénovée du droit naturel.

108. LE PRINCIPE DE L'EQUILIBRE. - Comme le remarque A. Viala ¹¹⁰, le principe de l'Equilibre repose sur deux données contraires. D'une part, chaque État tend à développer sa puissance et rencontre sur son [262] chemin les ambitions similaires des autres États. D'autre part, l'État qui devient trop puissant menace ses voisins qui se liguent contre lui. Non maîtrisées, ces tendances déstabilisent les relations internationales et conduisent à la guerre. Le principe d'Equilibre y remédie, en interdisant à tout État de devenir assez fort pour imposer sa loi aux autres. Au départ, il est surtout empirique. Il naît en Italie au XVe siècle (Machiavel pense à une balance des États dans ce pays) et se diffuse dans certains pays d'Europe au siècle suivant. Il devient alors un système raisonné, une théorie reprise par les grands juristes (Pufendorf, Mably) qui en font un élément essentiel du droit public européen. La France s'en sert notamment pour lutter contre la stratégie d'encerclement des Habsbourgs. Au XVIIIe siècle, ce principe (également nommé de la Balance) s'étend à toute l'Europe. Il est un des facteurs expliquant la conquête de territoires lointains : voyant leur expansion bloquée en Europe, certains États choisissent de la réaliser outre-mer.

¹⁰⁹ Grotius, *Droit de la paix et de la guerre, Discours préliminaire*, paragraphe 18 et Livre I, Chapitre I, paragraphe 10.

¹¹⁰ Cf. Viala A., *op.cit.*, 86-87.

Mais l'unité européenne se manifeste aussi par des projets fédératifs. Par un paradoxe seulement apparent, ils sont lancés dans des périodes particulièrement troublées, quand la guerre vient de faire sentir tous ses effets néfastes. Après les guerres de religion, Sully, le conseiller d'Henri IV, pense à un Grand Conseil européen qui représenterait les divers États. En 1713, à la fin de la guerre de la succession d'Espagne, l'abbé de Saint Pierre élabore un « Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe » qui prévoit un Sénat de l'Union européenne, composé de tous les délégués des États. Il n'aboutira pas, mais on retrouve certains de ses principes dans l'organisation de l'Europe moderne, notamment dans la Sainte Alliance de 1815.

La réalité des États et leurs ambitions s'imposent donc de plus en plus dans l'Europe moderne et la distinguent en ce sens de l'Europe médiévale où les divisions étaient plus atténuées (l'idée de frontière est postérieure au Moyen-Age). Pour O. Beaud ¹¹¹, le *ius commune* originel fait progressivement place à une autre sorte de droit commun. Il est constitué des droits dont chacun est produit par chaque État souverain. D'ailleurs, comme nous l'avons vu, les droits nationaux commencent à être enseignés dans les universités. Bien que spécifiques de chaque État, ils présentent des traits similaires qui en font un patrimoine juridique [263] commun de l'Europe. D'une part, la relativisation du droit romain : les légistes français et espagnols notamment insistent sur le fait que le droit national est le véritable droit commun. D'autre part, le recours à la raison, supposée embrasser du même mouvement les sciences de la nature et la réflexion juridique. La valorisation de la raison provoquera au XIX^{ème} siècle des mouvements nationaux de codifications. Cependant, elles ne sont pas synonymes de fragmentation au niveau européen : au contraire, elles produisent une unification matérielle du droit et favorisent les débats juridiques dans toute l'Europe.

L'idée de droit commun européen a donc évolué avec le temps. Il reste que dans sa première forme, elle se confond dans l'esprit des juristes avec le droit romain. Il nous faut donc étudier les conditions de son mariage avec l'Europe.

¹¹¹ Cf. Beaud O., L'Europe entre droit commun et droit communautaire, *Droits*, 14, 1997, 6-7.

B) Le droit romain et l'Europe

Le droit romain ne s'est pas imposé de manière uniforme dans toute l'Europe. Ses degrés de pénétration furent divers. Après avoir analysé sa redécouverte, nous tracerons les chemins qu'il a empruntés au cours de ses pérégrinations. Nous donnerons ensuite quelques exemples de ses apports.

1. / L'expansion en Europe du droit romain

109. LA « REDÉCOUVERTE » DU DROIT ROMAIN. - Jusqu'au XI^e siècle, le droit romain n'est connu que par l'intermédiaire des anciennes lois romano-barbares, rédigées sur l'ordre des souverains des nouveaux royaumes qui prennent la suite de l'Empire romain d'Occident au Ve siècle, ainsi que par le Code Théodosien, oeuvre antérieure au *Corpus* de Justinien, et d'une qualité très inférieure. En fait, les coutumes locales constituent la principale source du droit. Cependant, même peu utilisés, le Code et les Institutes sont connus. Mais la partie principale du *Corpus*, le Digeste, n'est redécouvert qu'entre 1050 et 1070, dans des conditions assez mystérieuses. Pour J. Bart, la querelle dite des Investitures (conflit touchant les nominations dans l'Eglise) entre le pape et l'Empereur d'Allemagne a du jouer en ce sens, chaque partie cherchant [264] des arguments dans des sources oubliées ou incomprises. Aux environs de 1125, Irnerius fonde l'Ecole de Bologne, qui va commenter le Digeste.

L'enseignement de ces maîtres prend la forme de « gloses », commentaires des divers éléments de chaque fragment, d'où le nom de « glossateurs » donné à ces auteurs. Au cours de la première moitié du XIV^e siècle, une réaction se produit contre ce courant, jugé trop abstrait : il prenait le droit romain comme un modèle intemporel, sans recul suffisant. Le maître de la nouvelle école s'appelle Bartole (d'où le nom de « bartolistes » donné à ses disciples). C'est un Italien, qui a vécu et enseigné au cours de la première moitié du XIV^e siècle à Pise et Pérouse. La distance avec le droit romain s'accroît : de plus en plus consciemment, on en utilise les éléments pour bâtir des théories nouvelles, adaptées à une époque très diffé-

rente de celle qui l'a engendré. Au XVI^e siècle, les humanistes, très attachés à l'Antiquité, critiquent à leur tour cette Ecole au nom des exigences historiques. Leur chef de file est encore un Italien, Alciat, qui enseigne à Bourges. Il aura pour successeur Jacques Cujas. Ces juristes entendent replacer les textes antiques dans leur contexte originel, en délaissant l'approche utilitariste de leurs prédécesseurs, qu'il leur arrive de traiter de « chaffoueurs » ou de « Barbares ». Rabelais les prend aussi pour cible. De nombreux membres de cette nouvelle École se convertissent au protestantisme et doivent fuir en Allemagne et dans les pays du Nord de l'Europe où ils seront des agents de la réception du droit romain. Quels chemins a-t-il emprunté ?

110. LES CHEMINS EUROPÉENS DU DROIT ROMAIN. - Nous suivrons la carte tracée par J. Gaudemet ¹¹².

Un des maîtres de Bologne, Vacarius, enseigne à Oxford à la fin de la première moitié du XII^e siècle. Placentin fait de même à Montpellier. Car en France, le droit romain touche d'abord les régions méridionales. Dans sa phase initiale d'introduction, il n'est pas encore enseigné, et vient surtout des marchands assurant les relations commerciales avec l'Italie. Cependant, on note des réactions de défiance de la part des populations, décelables dans les renonciations au droit romain [265] insérées dans les actes de la pratique. Elles peuvent être générales : on renonce à l'ensemble du droit romain ; ou spéciales : on en écarte certains points. Car comme le note J. Bart, il demeure incompréhensible pour les gens du peuple. Ils y voient un instrument aux mains des puissants et des riches citadins. Un autre auteur, E. Meynial, a même pu écrire qu'il s'agissait d'un « instrument d'oppression plus savant et plus implacable ».

En Flandre, c'est également au XIII^e siècle qu'apparaissent des légistes formés au droit romain dans l'entourage des comtes et dans les organes dirigeants des villes. Mais ici encore, les clauses de renonciation ne sont pas rares.

En Allemagne, la réception s'opère principalement de 1250 à 1550. Les nazis devaient plus tard accuser le droit romain d'être étranger à l'esprit germanique et

¹¹² Cf. Gaudemet J., Les modalités de réception du droit à la lumière de l'histoire comparative, dans : *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, T.I, Milano, Giuffrè, 1979, 418-435.

de favoriser la mainmise des capitalistes et des Juifs sur le pays. On pourrait croire qu'elle a été facilitée par l'idée d'une transition entre l'Empire romain et le Saint Empire romain germanique. On en trouve pourtant pas trace. Il est en tout cas certain que les premiers à faire connaître le droit romain furent des clercs, des ecclésiastiques membres de l'administration séculière ou des tribunaux d'Eglise. Dans leur lutte contre la papauté, les Empereurs leur demandent d'aller chercher des arguments dans le *Corpus*. Progressivement, de jeunes Allemands vont s'initier au droit romain à Bologne et à Padoue. Les premières universités sont créées dans l'Empire à la fin du XIVe siècle. Dans les actes de la pratique, les clauses de renonciation se multiplient à partir de 1280 ; mais il semble qu'elles témoignent moins d'une résistance à un droit perçu comme « étranger » que de la défiance envers un nouveau groupe social, les juristes, au service des États dont la puissance croissante perturbe les habitudes. À partir du XVe siècle, la réception est beaucoup plus importante. Les Universités allemandes se multiplient et présentent le droit romain comme le *ius commune* de l'Empire germanique, supérieur aux droits locaux. Il pénètre aussi les tribunaux. Dès le XIIIème, les juridictions ecclésiastiques l'avaient utilisé. Dans la seconde moitié du XVe, les tribunaux laïques adoptent la procédure romano-canonique et appliquent le droit romain en cas d'insuffisance du droit local, qu'on peut juger moins raisonnable que son concurrent. Autre facteur de diffusion, les souverains des États allemands imitent l'Empereur en instituant à la place des seigneuries [266] médiévales des organes administratifs et des tribunaux gérés par des juristes savants, favorables au droit romain.

Sa pénétration s'effectue aussi dans d'autres pays européens, à des rythmes et conditions divers. En Bohême, la réception commence au XIIIe siècle, mais elle est contrecarrée par l'attitude de la noblesse, inquiète pour ses privilèges, et le droit urbain. À partir du XVIe, les Habsbourgs (ils règnent en Bohême depuis 1526) lui sont beaucoup plus favorables. Cependant, le droit local, à la fois germanique et slave, lui résistera plus efficacement qu'ailleurs. En Autriche, le droit canonique favorise son introduction, à partir du XIIIe. Mais ici encore, les résistances sont fortes, de la part à la fois des seigneurs et des paysans. Cependant, il marque profondément le Code civil de 1811. En Hongrie aussi, le droit romain est véhiculé par le droit canonique et les ecclésiastiques à partir du XIIIe. Mais sa réception reste modeste : la diversité des droits locaux est moindre qu'ailleurs et

rend moins nécessaire l'institution d'un droit commun ; d'autre part, on craint l'influence que l'Empire pourrait être tenté d'exercer par le biais de sa diffusion. On retrouve une méfiance similaire en Pologne, augmentée de la crainte des nobles d'une perte de leurs privilèges. En Suisse, le droit coutumier résiste fortement.

Comme le fait remarquer J. Gaudemet, ces différents processus de réception nous livrent au moins deux enseignements fondamentaux. D'une part, le droit romain se diffusa en Europe essentiellement par le réseau des Universités : il procède d'un mouvement intellectuel. Mais pas seulement. Car d'autre part, même si l'impulsion romaniste n'a pas été donnée par des pouvoir politiques, les États modernes en formation surent l'utiliser en le faisant appliquer par leurs officiers, juges et administrateurs. En même temps, les gouvernants s'entouraient de légistes rompus à ce droit, fontaine de concepts et formules. De manière plus générale, quelle fut à son égard l'attitude des dirigeants ?

111. LES DIRIGEANTS ET LE DROIT ROMAIN. - Nous venons de voir tout le profit qu'en a tiré l'Empereur d'Allemagne. Le cas français diffère quelque peu. Les rois éprouvent tout d'abord de la méfiance, craignant que ce droit ne devienne l'outil juridique de la volonté de domination politique de l'Empereur d'Allemagne sur le royaume. Après avoir remporté la victoire de Bouvines sur l'Empereur Othon IV et ses alliés, Philippe Auguste fait pression avec succès sur le pape pour [267] obtenir en 1219 l'interdiction de l'enseignement du droit romain à l'Université de Paris. Mais à Toulouse et Montpellier, comme à Orléans, celui-ci continue. Douze ans après, le pape lève son interdiction. Les successeurs de Philippe Auguste vont comprendre l'intérêt de ce droit, centré autour de l'autorité de l'Empereur... de la Rome antique. Ils entendent utiliser ce symbole d'unité du pouvoir dans la reconstruction de l'État autour de leur personne. Sollicités, les juristes, comme toujours, trouvent l'adage déjà cité : « Le roi de France est empereur en son royaume ». En 1312, Philippe le Bel décide que le droit romain peut-être retenu en absence d'ordonnance royale ou de disposition coutumière. Cependant, notamment dans le Sud, il précise qu'il ne s'applique qu'à titre de coutume. Cette solution médiane lui permet d'utiliser le droit romain tout en en restant maître.

En ce qui concerne l'Eglise, nous avons vu que dans différents pays européens, les clercs furent les agents de pénétration du droit romain. Cependant elle a d'abord été réticente. Les juristes n'ont pas bonne presse auprès d'elle : ils sont soupçonnés de duplicité dans l'interprétation des textes. De plus, l'utilisation du Digeste par l'Empereur d'Allemagne dans son conflit avec la papauté accroît la méfiance vis-à-vis du droit romain. Cependant, la réforme grégorienne entreprise à partir du XI^e siècle par la papauté, qui centralise l'Eglise autour d'elle, redonne confiance dans son autorité. Le regard posé sur le droit romain change : on lui trouve des concordances avec le christianisme et un certain nombre d'avantages techniques. Rappelé par J. Bart, un ancien adage dit : « Sans droit canonique, un légiste ne vaut pas grand-chose ; sans droit romain, un canoniste ne vaut rien ». Il est vrai que ces apports sont incontestables, non seulement en droit privé, mais aussi en droit public, point sur lequel il nous faut insister.

2) Les apports du droit romain à la construction des États

Dans un ouvrage récent ¹¹³, A. Rigaudière les a fort bien résumés : le droit romain fournit des modèles, des concepts et des techniques.

[268]

112. MODÈLES ET CONCEPTS. - Le droit romain va donner une armature juridique à des constructions étatiques jusque-là assez empiriques. Les monarques européens sont comparés à l'Empereur romain. Comme lui, ils sont les pères de leurs sujets. Comme lui, ils détiennent aussi le pouvoir de faire la loi. Et même, ils l'incarnent : le roi de France est « la loi qui respire », même si son entourage y participe. D'autre part, le droit romain (plus précisément, un fragment d'Ulpien) est utilisé pour établir une distinction cardinale, celle qui en distinguant le droit public du droit privé, assigne un domaine particulier à l'exercice du pouvoir, régi par un droit spécifique. À la fin du Moyen-Age, l'État est identifié : on le qualifie du terme romain de *status*. Comme l'Empereur romain était tenu de protéger et

¹¹³ Cf. Rigaudière A., *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale- Des temps féodaux aux temps de l'État*, Paris, Armand Colin, 1994, 60-64.

accroître l'Empire, le roi de France doit veiller sur le royaume et l'augmenter. De plus, un parallèle identique établit la pérennité de la fonction royale et des pouvoirs qui lui sont attachés.

113. LES TECHNIQUES. - Par le même mouvement déjà constaté, les commentateurs trouvent dans le droit romain des techniques qu'ils appliquent à la réalité de leur temps après les avoir sélectionnées dans les textes anciens. Ainsi de la notion d'utilité publique (également retenue par les juristes ecclésiastiques). Dans le courant du XIII^e siècle, on en dégage l'idée que le roi doit gouverner pour le « commun profit », qui doit donc régler l'action de l'administration royale et des administrations municipales. D'ailleurs, elles prennent souvent soin de se justifier en invoquant ce principe. Autre invention promise à un bel avenir, l'*universitas*. Les juristes romains s'en servaient pour désigner un ensemble, par opposition aux éléments qui le composent. L'État et les villes vont ainsi se voir reconnaître une personnalité propre, différente de celle des membres les composant. Concrètement, celle-ci s'exprime dans les actes des administrateurs municipaux et les décisions des corps. Ils sont sanctionnés par leur annulation ou leur révocation sur le modèle de textes du Digeste. Ainsi se forme progressivement un contentieux de l'annulation des actes administratifs pris par les seigneurs, un administrateur ou un corps municipal, ou un agent royal. Dernier exemple, celui de la distinction entre domaine public et domaine privé de l'État et des villes, toujours élaborée à partir de sources romaines, en l'occurrence les Institutes et le Digeste.

[269]

Une fois de plus, on constate donc que la pérennité du droit romain tient en grande partie non pas à son intangibilité, mais au contraire aux adaptations que les juristes en ont faites. Cet effort de réflexion s'est aussi exercé afin de le rendre compatible avec l'autre droit savant de dimension européenne : le droit canonique.

C. Le droit canonique

Comme nous venons de le voir, les juristes médiévaux ont donné au droit romain un caractère universel, même en ne l'acceptant que sous bénéfice d'inventaire : il était « la raison écrite ». Le droit de l'Eglise s'adresse aussi à tous les chrétiens, à une époque où leur croyance est devenue générale (seuls y échappent -en partie- les communautés juives, les hérétiques d'ailleurs réprimés, et de rares musulmans). Comme le droit romain, le droit canonique s'appuie sur des textes du passé, l'Ancien Testament (histoire du peuple juif jusqu'à la venue de Jésus, contenue dans la Bible) ainsi que le message du Christ (les Evangiles, d'un terme grec signifiant la Bonne Nouvelle) et les écrits des apôtres. Mais alors que le droit romain constitue un ensemble de textes clos, l'activité législative du pape et des conciles devient incessante. D'autre part, si le droit romain est constamment réinterprété afin de pouvoir fournir des réponses correspondant aux besoins de l'époque, le droit canonique va sur bien des points servir de modèle aux dirigeants européens pour la construction de leurs États. Enfin, il entend exercer une influence très importante sur la vie familiale et sexuelle. Il nous faudra donc étudier successivement le caractère universel du droit chrétien, l'utilisation des modèles ecclésiologiques par les monarques européens, et son influence sur la morale sexuelle.

1) Le caractère universel du droit chrétien

114. POUVOIR CENTRAL ET DROITS LOCAUX. - Si le message du Christ s'adresse à tous les hommes (et pas seulement aux Juifs ; on sait par ailleurs que les musulmans le reconnaîtront comme un prophète ¹¹⁴, [270] certes inférieur

¹¹⁴ Le Coran parle de l'annonce faite à Marie et de la mission de Jésus : « «... les Anges dirent : O Marie !, Allah t'annonce un Verbe [*émanant*] de Lui, dont le nom est le Messie, Jésus, fils de Marie, grand dans ce monde et dans l'autre...
(...) [*Je vous suis envoyé*] déclarant véridique ce qui a été donné avant moi, de la Thora afin de déclarer pour vous licite une partie de ce qui avait été pour vous déclaré illicite (...) Soyez pieux envers Allah et obéissez-moi ! Allah est mon Seigneur et votre Seigneur. Adorez-Le donc ! C'est une voie droite (...) Allah dit : « O Jésus !, je vais te rappeler [*à Moi*], t'élever vers Moi, te purifier [*de la souillure*] de ceux qui sont incrédules et, jusqu'au Jour de la Résurrection, mettre ceux qui t'ont suivi au dessus de ceux qui ceux qui ont été incré-

à Mahomet) ce qui fut rapidement confirmé par Saint Paul, ce dernier comprend peu de développement juridiques. On citera bien sûr l'épisode du denier de César, tendu à Jésus pour le mettre en difficulté, et sa réponse distinguant l'obéissance due à Dieu de celle due à César. On peut aussi penser à ses paroles établissant l'indissolubilité du lien conjugal à l'exception de l'adultère, au moins dans l'Evangile de Matthieu, (les autres Evangiles ne contiennent pas cette restriction, d'où des flottements dans la doctrine : St Augustin lui-même, grand spécialiste du mariage, avoue s'y embrouiller). Les communautés chrétiennes durent donc construire leur propre droit, à une époque -elle dura plusieurs siècles- où l'ampleur des débats théologiques était immense.

L'évêque de Rome était considéré comme le successeur de Saint Pierre, désigné par le Christ lui-même comme le chef de son Eglise. Aux premiers temps du christianisme, son autorité n'a rien de commun avec ce qu'elle deviendra par la suite. Cependant, elle se manifeste déjà en 96 dans la lettre que Clément (le pape de l'époque) écrit à l'Eglise de Corinthe pour trancher des différends. D'autres textes suivront, d'ailleurs assez rares (nous n'avons conservé aucune mesure législative des papes pour les trois premiers siècles), mais ils contiennent surtout des prescriptions d'ordre moral et liturgique. Un véritable pouvoir législatif commence à s'affirmer au début du Ve siècle, avec le pape Innocent Ier. Il publie un nouveau genre de décrétales (du latin *decretum*, qui a donné décret) qui posent des règles de portée générale. Cependant, sous les dynasties franques, cette source ne coule que faiblement : aux VIe et VIIe siècles, les papes n'arrivent guère à se faire respecter ; sous les Carolingiens, c'est davantage l'Empereur qui légifère en matière ecclésiastique, avec l'aide de son entourage où figurent de nombreux clercs. Il faudra attendre la réaction grégorienne du XIe siècle pour que commence vraiment une tradition d'autorité papale. Cependant, sous la forme du gallicanisme religieux, un conflit interne à l'Eglise s'élèvera dans les [271] derniers siècles du Moyen Age entre les tenants de la souveraineté du pape, et ceux de l'autorité des conciles universels, notamment soutenus par le roi de France, qui avait tout avantage à affaiblir la papauté.

dules (...) Jésus est aux yeux du Très-Haut un homme comme Adam. Adam fut créé de poussière. Allah lui dit : Sois, et il fut. » (Sourate III, *la Famille de Imrân (Al-Imrân)*, versets 40, 44, 48, 52.

Car dès les premiers temps du christianisme, les conciles (la plupart du temps, des réunions d'évêques) constituent une source majeure du droit de l'Eglise. Leur autorité est d'abord régionale, puis devient générale. Cela d'autant plus qu'au VI^e siècle, leurs prescriptions (*canons*, d'un terme grec signifiant règles) sont compilées dans des recueils nommés « Collections canoniques ». En principe, oeuvres à caractère privé, ils n'ont pas d'autorité juridique par eux-mêmes. Cependant leur diffusion hors de la région où il avaient été composés entraîna un phénomène d'imitation et de généralisation : on copia leurs dispositions sans se soucier de leur provenance géographique. Durant la période franque, les conciles se montrèrent d'autant plus actifs que la papauté devenait discrète. Cependant, ils ne furent pas toujours autonomes : Charlemagne notamment prit l'initiative de la réunion de certains d'entre eux, ne se gênant pas pour y intervenir.

Cependant, si le droit de l'Eglise possède un caractère fondamentalement universel, ses sources sont loin d'être toutes centralisées, même si elles sont hiérarchisées. Il y a en effet une multitude de productions locales du droit. Tous les conciles ne concernent pas l'ensemble de la chrétienté : certains n'ont qu'un caractère régional. De plus, chaque évêque est législateur pour son diocèse : il peut « faire des lois », avec ou sans le conseil des experts qui l'entourent. Nous disposons en assez grand nombre de ces statuts épiscopaux au IX^e siècle. Ils concernent la discipline des clercs dans l'Eglise, mais aussi le baptême et les funérailles, la vie sociale et familiale. Enfin, chaque ordre religieux a sa propre règle, qui s'impose à ses seuls membres. Mais à partir du XI^e siècle, le mouvement d'unification va s'accroître.

115. LA MONTÉE DES TENDANCES UNITAIRES. - Elle s'exprime essentiellement dans deux mouvements. Le premier est la réforme grégorienne ; le second, la codification du droit canonique.

Entre 1049 et 1059 commence la réforme grégorienne, sous l'impulsion du moine Humbert de Moyenmoutier, conseiller du Pape Léon IX. Elle est centrée autour de l'autorité du pape. On rassemble en une *Collection en soixante et quatorze titres* tous les textes qui vont dans ce sens, depuis la mission initiale confiée à Pierre par Jésus. L'Empereur [272] est écarté de la procédure de désignation du pape. De même, afin de soustraire les Eglises locales à l'influence des laïques et

des féodaux qui s'étaient immiscés dans les procédures de nomination des clercs, le Concile du Latran interdit en 1059 toute investiture des fonctions ecclésiastiques par des laïques, prohibition reprise avec plus de rigueur en 1075 par le pape Grégoire VII (qui a donné son nom à la réforme). Le pape nomme dans toute l'Europe des légats pontificaux, ses représentants, avec pour mission de centraliser autour de Rome les Eglises locales. Il s'appuie aussi sur un réseau d'abbayes qui lui sont fidèles. Sous Grégoire VII apparaît l'image des deux glaives. En rupture avec le passé carolingien, la papauté s'affirme comme le chef d'un régime théocratique. Elle a reçu de Dieu deux glaives, le spirituel et le temporel. Elle conserve le premier, et remet l'autre aux monarques... mais ils doivent s'en servir sous sa surveillance, alors que l'inverse n'est pas vrai : Innocent III l'affirme dans son conflit avec le roi Philippe Auguste. Il ne s'agit d'ailleurs pas que d'une théorie abstraite. On peut citer à son appui le fait qu'aux XIIe et XIIIe siècles, certains rois (Angleterre, Aragon, Pologne, Hongrie, Bulgarie) reconnaissent tenir en tant que fief leur royaume du pape et lui prêtent hommage. Dans ces circonstances, on comprend facilement que le pouvoir législatif du pape sorte renforcé de son emprise croissante sur l'Eglise et les royaumes. Mais toujours à cette époque charnière, compte également beaucoup la première grande codification du droit canon.

En effet, vers 1140, un moine de Bologne nommé Gratien rédige un Décret (on parlera dès lors du *Décret de Gratien*) qui est au droit canonique ce que représente pour le droit romain la redécouverte du Corpus de Justinien, effectuée un siècle auparavant. Gratien regroupe et systématise de façon dialectique (il s'agit donc d'une réelle codification, et pas seulement d'une compilation) environ 4,000 textes anciens. Le *Décret* sera abondamment commenté par les « décrétistes ». Il sera complété en 1234 par les Décrétales de Grégoire IX, textes pontificaux postérieurs à sa rédaction. Ils formeront le *Corpus iuris canonici*, à l'imitation du *Corpus iuris civilis* de Justinien, qui englobait le Digeste.

Même si les ambitions pontificales déclenchent dès 1076 un conflit majeur avec l'Empereur d'Allemagne (La Querelle des Investitures), cette époque constitue jusqu'à la montée du gallicanisme (le conflit avec Philippe le Bel s'ouvre en 1296) et au Grand Schisme (il débute en 1378 [273] avec l'élection de deux papes) un âge d'or pour l'Eglise. Elle s'est dégagée de l'emprise des seigneurs féodaux et affirme sa puissance face aux monarques. De plus, la centralisation juridi-

que autour du pape s'appuie sur un réseau judiciaire : les tribunaux ecclésiastiques tranchent quasiment seuls de nombreuses causes, notamment dans le domaine familial. Il faudra attendre la fin du Moyen-Age pour que la loi du roi concurrence celle de Dieu (elle sera d'ailleurs loin de la contrarier systématiquement) dans le domaine du mariage.

Autant les souverains européens vont-ils à la longue trouver insupportables les prétentions du pape, autant s'inspireront-ils de certains modèles ecclésiologiques pour construire les États qu'ils érigent contre Rome.

2) L'utilisation des modèles ecclésiologiques par les monarques européens

Deux questions ici se posent : comment la diffusion des modèles construits par l'Eglise s'est-elle opérée ; quels en ont été les résultats ?

116. LA DIFFUSION DES MODÈLES. - Nous sommes habitués à nous représenter l'administration suivant un modèle strictement laïque : les membres du clergé y sont forts rares ; leur présence reste discrète et leurs croyances ne doivent en rien influencer sur leur fonctions. Tel n'est pas le cas des États naissants de l'Europe médiévale. Le quasi-monopole de la culture appartient à l'Eglise. Le personnel ecclésiastique est donc recherché pour ses compétences juridiques et administratives, aussi bien au niveau de l'administration centrale que dans les structures communales. Par ailleurs, les clercs sont également nombreux à enseigner dans les universités, et les étudiants doivent être aussi compétents en droit romain qu'en droit canonique. Les élites médiévales sont donc familières du droit de l'Eglise. Son apport est aisément repérable dans les œuvres de grands politistes et juristes, y compris après le Moyen-Age. Parmi d'autres, citons Marsile de Padoue, Jean de Terre Vermeille, Jean Bodin, Hobbes, Locke. Tout au long du XVI^e siècle, on réédite les œuvres des canonistes et des théologiens, preuve de la fécondité de leur pensée.

117. LES RÉSULTATS. - Ils ne se présentent pas sous la forme d'une synthèse systématiquement appliquée au même moment et dans tous les États d'Europe. Il s'agit plutôt d'emprunts théoriques et institutionnels, recyclés par les États. Citons en quelques-uns, soulignés par A. Rigaudière.

La notion de loi, tout d'abord. Sa valorisation nous paraît banale : nous sommes habitués, au moins depuis la Révolution, à y voir la principale source du droit. Pourtant, cet acquis est le fruit d'une lente et ancienne construction d'une hiérarchie des normes. Dans son *Décret*, Gratien plaçait en premier les textes de l'Ancien et du Nouveau Testament, puis les canons des apôtres et des conciles, les décrets et décrétales des papes, les écrits doctrinaux des Pères de l'Eglise. D'époques très diverses, ces textes sont souvent insuffisants. Les commentateurs de Gratien doublent ces sources par d'autres : la loi romaine, les coutumes, la raison naturelle, l'opinion commune de la doctrine et de la jurisprudence. Et surtout, une source domine : la loi, qui émane tout d'abord du pape, puis des conciles et des évêques, législateurs secondaires soumis au chef de la chrétienté. Les théoriciens du pouvoir royal retiendront la leçon : ils écriront que la souveraineté royale consiste avant tout dans le pouvoir législatif. Mais ce pouvoir n'est pas absolu. Certaines lois de l'Eglise sont immuables, notamment l'interdiction faite au pape de choisir son successeur ou de disposer des biens de l'Eglise. Là encore, s'inspirant des canonistes, les légistes insisteront sur l'existence de lois fondamentales du royaume, supérieures à la volonté royale. Y figureront notamment l'indisponibilité de la couronne et l'inaliénabilité du domaine royal.

La spécialisation des pouvoirs, ensuite. On ne peut parler de séparation des pouvoirs, dans la mesure où depuis la Révolution (l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme précise même que : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution »), l'expression possède un sens spécifique. Rien de tel à l'époque médiévale, où l'on peut au maximum parler de dissociation. Cependant, ce mouvement existe à la fin du XIIe et au XIIIe siècles, amorcé par l'Eglise. Il découle de la valorisation de la loi : dans sa spécificité, elle se distingue de plus en plus nettement des jugements rendus par le pape et des diverses institutions ecclésiastiques, ainsi que des règlements qu'ils édictaient. Il existe désormais un ordre administratif et un ordre judiciaire, [275] subordonnés à la loi. Cette spécialisation

se produit dans la foulée de la réforme grégorienne : elle n'est donc nullement antagoniste de la centralisation.

La centralisation se révélera en effet un puissant motif d'attraction des modèles ecclésiologiques. Le pape la développe pour mener à bien la réforme de l'Eglise, et crée toute une bureaucratie pontificale. Ses fers de lance dans les différentes Eglises européennes sont les légats pontificaux. Ils sont nommés par lui et le représentent de manière d'abord temporaire, puis permanente. Ils peuvent déposer les évêques, juger en appel leurs décisions, ou se saisir par évocation des procès dans lesquels ils seraient normalement compétents. Le pape dispose par ailleurs du pouvoir de casser les décisions de ses légats.

Cependant, si la centralisation domine, elle n'est pas le seul principe structurant l'administration locale. Elle voisine avec la déconcentration : certains pouvoirs sont confiés par le centre à des agents exerçant leurs fonctions sur l'ensemble du territoire. En effet, de plus en plus en Europe, le pape s'introduit à des degrés divers et par différents moyens dans les procédures de désignation des titulaires des hautes fonctions de l'église, évêques et abbés. En France, Philippe Auguste (1165-1223) affirme pour la première fois de façon marquée l'ambition centralisatrice, et met sur pied l'institution des baillis, qui assurent en province la centralisation en même temps que la déconcentration. Par ailleurs, le contrôle par le pape de la nomination aux charges importantes dans l'Eglise débouche sur une organisation plus complexe des carrières ecclésiastiques, dont se servira le roi de France pour créer la fonction publique, articulant l'administration qu'il développe. Cette maîtrise est inséparable de celle du territoire. Circonscriptions ecclésiastiques, le diocèse et la paroisse sont remarquablement stables tout au long du Moyen-Age : les autorités civiles s'y sont appuyées.

Enfin, bien avant les monarques européens, l'Eglise a bâti un système fiscal régulier, élément essentiel de toute organisation étatique. La décime apparaît à la fin du XIII^e siècle. C'est un impôt assis sur les revenus nets de tous les titulaires de charges dans l'Eglise, versé au pape. Au fur et à mesure, le roi de France parviendra à la détourner à son profit, ce qui inspirera ses légistes dans l'invention d'autres recettes.

Importante en droit public, l'influence de l'Eglise va l'être encore davantage dans la réglementation de certaines activités privées, comme la sexualité.

3) Le droit chrétien et la sexualité

L'Eglise a toujours entendu réglementer les rapports familiaux, ainsi que leur composante sexuelle. Si l'état de virginité est le plus pur, il ne peut convenir à tous : la règle commune est le mariage. Ce n'est pas un hasard si le droit canonique classique de cette institution s'élabore à partir du XIIe siècle : l'Eglise connaît alors un renouveau, face à des États encore mal assurés. Ses juridictions disposent du quasi-monopole de la sanction des liens du mariage. Elle réglemente très précisément (mais dans quelle mesure était-elle suivie ?) le temps des relations sexuelles (certaines périodes sont autorisées, d'autres non ¹¹⁵) et même parfois leur forme (l'accouplement *retro*, « à la manière des chiens », est prohibé, ce qui explique *a contrario* l'expression beaucoup plus récente de « position du missionnaire »). Le plaisir qu'elles procurent n'est pas nié, puisque leur interdiction peut constituer une pénitence. Mais il ne les définit pas. Par ailleurs, les relations ne sont possibles qu'entre hétérosexuels.

118. LE DROIT CHRÉTIEN DU MARIAGE. - À partir du XIIe siècle, la doctrine canonique classique du mariage se forme. L'accent est mis sur le consensualisme : c'est la volonté des époux qui crée le lien matrimonial. Enseignement en fait ancien, mais toujours révolutionnaire, qui ne correspond pas aux mœurs : dans la pratique, le consentement des familles reste prépondérant. Plus tard, le droit royal ira davantage dans le sens des habitudes en imposant l'autorisation du père de famille. Cette doctrine nous paraît moderne, dans la mesure où notre idée du mariage est devenue -récemment- celle d'une union fondée sur l'inclination réciproque. Pour autant, de grandes différences nous en séparent. D'abord, l'interdiction du divorce, maintenant certaine dans tous les cas [277] sur le plan doctrinal, mais qui fut toujours mal acceptée par les populations. D'autant plus que les

¹¹⁵ Cf. Flandrin J.L., *Un temps pour embrasser-Aux origines de la morale sexuelle occidentale (VIème- IXème siècles)*, Paris, Le Seuil, 1983.

familles régnaient ne donnaient pas l'exemple (sous les Francs, bigamie et inceste ne sont pas chez elles exceptionnelles ; plus tard, les souverains demanderont des annulations de complaisance au pape, qui ne les accordera d'ailleurs pas toujours). Cependant il existe des possibilités d'annulation, mais dans ce cas le lien est réputé n'avoir jamais existé ; d'autre part, on peut aussi se séparer, mais la procédure est difficile, et le lien matrimonial subsiste, ce qui exclut la possibilité du remariage. En fait, celui-ci ne peut guère intervenir qu'après veuvage, ce qui est relativement fréquent, compte tenu de l'état d'hygiène et de la longévité de la vie, inférieure peut-être de moitié à la nôtre, ce qui diminue considérablement l'impact de l'interdiction du divorce. L'Eglise permet le remariage après veuvage, sans grand enthousiasme (des auteurs jugent nécessaires de préciser qu'il ne s'agit pas d'un adultère...). Sur le plan moral, devrait exister un sentiment de fidélité au delà de la mort ; d'autre part, le nouveau conjoint peut maltraiter les enfants de la première union (de fait, les contes de notre enfance mettent souvent en scène des belles-mères impitoyables...). Dans ces temps anciens, la famille unique et perpétuelle que nous opposons volontiers à l'instabilité matrimoniale actuelle est donc largement un mythe. D'autre part, mis à part ce cas du remariage après veuvage, on reste étonné de l'absence de considération touchant le sort des enfants dans les cas de séparation ou d'annulation. Si à l'heure actuelle le législateur fait survivre dans leur intérêt le couple parental au couple conjugal, ils sont au Moyen-Age étrangement absents, alors que l'Eglise enseigne pourtant que la procréation est la fin essentielle du mariage. Car, autre différence, le mariage, même s'il est considéré comme un bien dans la mesure où il évite la fornication (c'est-à-dire les relations sexuelles entre des personnes non mariées ou non engagées par des vœux), ne vient pas en premier dans la hiérarchie des états. Celle-ci est dominée par la virginité, dont on admet cependant qu'elle ne peut convenir qu'à une élite. D'ailleurs à partir de la réforme grégorienne, il n'est plus possible comme auparavant de permettre dans certains cas le mariage des prêtres.

On oppose souvent le rigorisme chrétien en matière de sexualité à la licence de l'Antiquité. C'est commettre un contresens. D'une part, les philosophes antiques ont la plupart du temps prêché la maîtrise des passions, définition de la sagesse. Ce qui concerne aussi l'activité [278] sexuelle. D'autre part, comme P. Veyne l'a bien montré ¹¹⁶, l'idée d'une morale conjugale assagie (la bi-sexualité

¹¹⁶ Cf. Veyne P., La famille et l'amour sous le Haut-Empire romain, *Annales*, 1, 1978, 35-63.

disparaît, jusque-là fréquente et bien tolérée : César lui-même avait donné l'exemple), loin des débordements qu'on attribue volontiers aux Romains, s'impose dès le début du second siècle de notre ère, bien *avant* la christianisation de l'Empire. En revanche, il est évident que le christianisme a imposé son propre cadre mental (liaison privilégiée entre la femme et le démon) à cette ancienne prudence. Quoi qu'il en soit, le but essentiel du mariage chrétien est clair : la procréation. Il faudra attendre le protestantisme pour que le plaisir y trouve ses droits. Calvin n'assigne pas l'engendrement comme seule fin à l'acte sexuel et laisse à chaque couple le soin d'en déterminer le sens. Mais le protestantisme ne constitue pas la seule force rivale de l'Eglise en la matière. À partir de la Renaissance, les États affirment leurs prétentions. Tous n'ont cependant pas la même attitude.

119. LA LOI DE DIEU ET LES LOIS DES ROIS. - En réponse au défi protestant, l'Eglise catholique tient le concile de Trente (1545-1563). Sur un point important, elle fait une concession aux États, qui lui reprochaient depuis longtemps sa définition trop consensualiste du mariage, dont l'absence de publicité leur semblait dangereuse. Le décret *Tametsi* (*sessio* 24, c.1 *de reformatione*) du concile fait du mariage un acte public et solennel à peine de nullité. Les consentements devront être échangés publiquement en présence du curé de la paroisse d'un des deux époux, et devant deux ou trois témoins. On peut cependant obtenir dispense de la formalité de publication des bans. Mais sur un autre point, l'Eglise tient bon : le consentement des époux prime celui des parents, qui n'est pas exigé. Les représentants français s'étaient pourtant montré particulièrement attachés à la volonté des familles. En conséquence, les canons du concile ne seront jamais reçus en France. En vertu du gallicanisme, les décisions de cette assemblée tenue dans un pays étranger devaient être enregistrées par le Parlement de Paris, ce qu'il se refusa à faire. La législation du mariage fut donc assurée par des actes royaux. L'édit de février 1556 sur les mariages clandestins exige le consentement des parents au mariage de leurs enfants jusqu'à 30 ans [279] pour les garçons et 25 les filles ; au-delà les enfants doivent solliciter leurs avis par des « actes respectueux ».

L'ordonnance de Blois de 1579 restera la base de toute la législation matrimoniale de l'Ancien Régime. Elle assimile le défaut de consentement des parents à

un rapt, crime de la compétence exclusive des tribunaux royaux, et puni de mort ; elle exige quatre témoins du mariage, ainsi que la publication des bans.

Parallèlement, le roi de France coiffe les juridictions ecclésiastiques, même si théoriquement le lien matrimonial continue à être régi par le droit canonique. Par un édit de 1606, il les oblige à appliquer les ordonnances royales, censées ne régir que les aspects contractuels et civils du mariage, sa nature sacramentelle restant appréciée par l'Eglise. Un moyen simple permet de soumettre les tribunaux ecclésiastiques : l'appel comme d'abus, né dans la seconde moitié du XVe siècle. Les Parlements peuvent déclarer abusives (sur appel des justiciables ou du procureur du roi) toutes les sentences prises par l'autorité ecclésiastique en violation des lois royales ou de l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence parlementaire. En cas de refus du juge ecclésiastique de se soumettre, les biens matériels de son bénéfice sont saisis, moyen de contrainte très efficace. Au cours du XVIIe siècle, tout le contentieux de la formation du lien passera sous le contrôle de l'État.

Quels motifs inspiraient les rois de France ? Il faut tout d'abord replacer leur politique dans le contexte gallican : la longue lutte entreprise par Philippe le Bel s'était terminée à l'avantage du roi, qui pesait de tout son poids sur l'Eglise de France. Par ailleurs, une fois de plus, l'ordre chrétien est pris pour modèle par l'État, mais cette fois au détriment de l'Eglise. En effet, de même qu'il n'y a qu'un seul Dieu qui règne dans le ciel, un seul roi domine ses sujets. Mais ceux-ci ne sont pas considérés prioritairement comme des individus, à la manière républicaine. L'unité de base, c'est la famille, gouvernée par un seul chef : le mari et père. L'autorité royale doit donc contrôler le lien matrimonial, générateur de la famille. De plus, le chef de famille en est comme le monarque. Il s'ensuit un renforcement de son autorité sur ses enfants et son épouse, dont l'adultère, à l'inverse de celui de son mari, va être beaucoup plus sévèrement sanctionné qu'autrefois. De même, la séparation (et non pas le divorce, toujours prohibé) devient extrêmement difficile à obtenir et nécessite la preuve de sévices graves.

[280]

Telle est donc la politique des rois de France. Mais ailleurs en Europe, on peut trouver une attitude beaucoup plus coopérante entre l'État et l'Eglise : ainsi de la ligne suivie au XVIe siècle par l'Espagne aux Pays-Bas, qu'elle occupaient alors.

À la différence de la France, l'Espagne promulgue en 1565 les décrets du concile de Trente. Les autorités civiles utilisent l'arsenal législatif et répressif à l'appui du modèle catholique de la « Sainte Famille », constituée de Jésus, Marie et Joseph. Jusqu'alors discret, ce dernier s'impose à côté de la Vierge. Car il permet de redoubler l'impératif de chasteté, dans la mesure où il n'a jamais eu de rapports sexuels avec Marie. Les relations sexuelles, malgré tout inévitables en raison de la faiblesse de la chair et de l'impératif de procréation, vont être sévèrement contrôlées. Tout d'abord, les juridictions étatiques interviennent pour augmenter l'efficacité des sanctions des tribunaux ecclésiastiques : le coupable d'adultère sera puni deux fois, par chaque ordre de juridiction. L'ordonnance criminelle de 1570 prévoit des peines sévères : le bannissement perpétuel et la confiscation des biens, plus contraignants que le jeûne ou un séjour au couvent... Dans la seconde moitié du XVII^e siècle, dans le duché de Bouillon, des dizaines de femmes sont même arrêtées, torturées, fouettées, bannies. Et parfois pire. Ainsi de Genette Stévenot, qui avoue sous la torture avoir eu pour amants plusieurs jeunes hommes. Elle porte de surcroît l'enfant d'un d'entre eux. Elle est condamnée à être «... livrée au maître des hautes oeuvres [le bourreau] pour être liée et garrottée bras et jambes, puis être mise dans un sac pour être précipitée dans la rivière et illecque détenue jusqu'à ce que mort s'en suive, laissant son corps à la discrétion du Seigneur ».

Cette intervention « laïque » ne signifie nullement une autonomie de l'État en la matière : l'idéologie appliquée dérive directement des canons conciliaires. Cette identification entre législations civile et religieuse provoque une transition déterminante : le péché devient un délit. Mais quelles sont les infractions les plus graves ? L'adultère, l'inceste... et la sodomie (du nom de Sodome, ville de Palestine emplie de pécheurs et détruite par Dieu dans l'Ancien Testament). La classification de ce dernier acte -avec l'inceste, il est souvent associé à la sorcellerie- incite à penser qu'il n'était pas exceptionnel. Elle prouve en tout cas l'accent répressif mis sur toute forme considérée comme anormale de la sexualité. À Virton, en 1622, François Gouvvin, dont la femme a été brûlée comme sorcière, est exécuté par le feu pour avoir sodomisé sa [281] fille Françoise. Trois sodomites sont brûlés à Luxembourg en 1610, trois autres en 1617. C'est évidemment en tant que composante de l'homosexualité que la sodomie est la plus fréquemment sanctionnée.

120. L'HOMOSEXUALITÉ : LES LOIS DE DIEU ET DU ROI. - On parlera principalement ici de l'homosexualité masculine. En effet, aujourd'hui comme hier, la féminine demeure très mal connue. Comme le note F. Leroy-Forgeot dans sa synthèse sur l'histoire juridique de l'homosexualité ¹¹⁷, la Bible comme le Coran ne la mentionnent pas. Sa condamnation n'apparaît qu'au Moyen-Age (des peines frappent notamment les religieuses cloîtrées : comme on le sait, les milieux fermés favorisent l'homosexualité). En revanche, on trouve dans ces textes sacrés des monothéismes des allusions à la prostitution féminine et masculine, ainsi qu'à la sodomie anale hétérosexuelle. Il est intéressant de noter le lien fréquent entre les législations sur l'homosexualité masculine et sur la prostitution, féminine et masculine : le point commun entre ces types de relations sexuelles est la satisfaction du désir masculin hors mariage. L'homosexualité féminine est également très peu visible à Rome, alors que les relations bi-sexuelles sont courantes. Peut-être ce manque de lisibilité est-il plus facile à expliquer dans des civilisations méditerranéennes, facilement machistes. L'idée qu'une femme puisse ne pas dépendre d'un homme pour son plaisir y était difficilement concevable. En revanche, dans la mentalité romaine, l'homosexualité masculine n'était pas condamnable, pourvu qu'on y joue un rôle actif : on méprise celui qui se laisse dominer, que ce soit dans des relations homo ou hétérosexuelles. Quant à l'époque médiévale, on sait depuis les travaux de Georges Duby combien elle était misogyne. Au moins dans la caste seigneuriale, les femmes vivaient très séparées des hommes. Ceci a-t-il favorisé leur homosexualité ? Nous ne le savons pas. En tout cas, la crainte et le mépris des femmes par les hommes pourraient aussi expliquer le refoulement de leur homosexualité dans la mémoire masculine, qui pratiquement seule nous est parvenue.

Dans l'Antiquité, la répression de l'homosexualité commence avec l'Empire chrétien. Les mariages homosexuels sont interdits en 342. Théodose et Justinien prévoient la peine du bûcher. Le Code théodosien nous dit qu'il s'agit là d'un remède contre une menace pour la vigueur [282] du peuple romain. L'antique distinction entre actifs et passif est ici recyclée. Dans l'union masculine homosexuelle, un des deux partenaires, par sa passivité, est assimilé à une femme : cette inversion des rôles risque de remettre en cause un principe déterminant de l'organisation sociale. La condamnation de Justinien dans ses Institutes aura plus de por-

¹¹⁷ Cf. Leroy-Forgeot F., *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris, PUF, 1997.

tée, dans la mesure où le *Corpus* jouera le rôle que l'on sait dans le droit européen médiéval. De fait, les textes romains serviront de base à la criminalisation de la sodomie, par ailleurs assez souvent associée à la répression de l'hérésie, notamment chez les Cathares. Le terme de « bougre » sert à la fois à désigner les homosexuels et les hérétiques du sud de la France. Pour Saint Paul et Saint Augustin, l'homosexualité est condamnable dans la mesure où elle s'écarte de la nature. À partir du Xe siècle, le droit canon la réprime lui aussi. À la même époque, les décrets de l'évêque Burchard de Worms qualifient de péché les rapports anaux commis par un homme marié. Cependant, il faut attendre le XIIIe siècle pour que les auteurs ecclésiastiques, notamment Saint Thomas, affirment l'incompatibilité de l'homosexualité avec la nature, principalement parce qu'elle exclut toute intention procréatrice.

Le droit laïc est souvent encore plus rigoureux, imposant la mort. La première prescription de cette peine est édictée par une loi castillane du milieu du XIIIe siècle, et assortie préalablement de la castration des coupables. Au Moyen-Age, aucune condamnation en revanche ne figure dans la législation des États germaniques. Mais la peine de mort y apparaît au XVIe siècle, toujours sur la base de la contrariété avec la nature. En 1794, la Prusse est la première à la remplacer par l'emprisonnement et le fouet. Dans les villes italiennes, la répression est précoce : elle débute au XIe siècle. À Bologne, à partir du XIIIe siècle, la maison où ont eu lieu les relations homosexuelles peut être incendiée, ses habitants enfermés à l'intérieur. En 1309, Sienne décrète qu'à défaut du paiement d'une amende dans le délai d'un mois, le coupable doit être attaché par ses organes génitaux sur une place de la ville. À Venise, au cours des XIVe et XVe siècles, le Grand Conseil met en oeuvre une forte répression contre les sodomites et les Juifs. Les homosexuels actifs encourent la peine du feu ; les passifs -souvent jeunes- sont privilégiés, puisqu'il ne souffrent que le fouet, l'emprisonnement et des amendes.

[283]

Comme on en trouve des exemples fréquents dans leur droit familial (le divorce est permis dans certains cas), les protestants se montrent plus tolérants, notamment parce qu'il n'existe pas d'autorité centrale comme chez les catholiques, et en raison de leur situation souvent difficile, qui les rend sensibles aux situations

minoritaires. De plus, dans cette culture religieuse, la liberté individuelle occupe une très grande place. Les pasteurs célèbrent et bénissent des unions homosexuelles. Certains d'entre eux n'hésitent pas à déclarer leur homosexualité.

Cependant, il faut attendre le XVIII^e siècle pour que la répression s'adoucisse, même si elle ne cesse pas. L'influence des philosophes (notamment Montesquieu et Voltaire) est grande, ainsi que celle de Beccaria (1738-1794), criminologue gagné à leurs idées. Non pas qu'ils exonèrent l'homosexualité de toute sanction. Elle demeure pour eux « ridicule », « odieuse », et, de manière générale, contraire à la nature. Mais ils prêchent la tolérance. Un peu plus tard, Jeremy Bentham (1748-1832), le père de l'utilitarisme, écrit : « Ne soyons injuste envers aucun homme, même pas envers un pédéraste ». Ils pensent qu'elle ne peut constituer qu'une faute religieuse, de la seule compétence du droit canon, et non pas de l'État, qui doit l'ignorer, ou en tout cas limiter considérablement l'ampleur des peines. Le signal législatif viendra d'Amérique. En 1786, la Pennsylvanie remplace la peine de mort par les travaux forcés. Dans les États européens, des mesures similaires (travaux forcés ou emprisonnement) sont adoptées dans divers États : le Code Joseph de 1787 en Autriche, la loi de 1794 en Prusse, le Code pénal de Catherine de Russie en 1796, la loi de 1861 sur les infractions relatives à la sodomie en Angleterre (ce qui n'empêcha pas Oscar Wilde d'être dénoncé pour homosexualité et condamné en 1895 à deux ans de travaux forcés, dont il ne se remit pas) et la loi de 1887 en Écosse. En France, le Code pénal de 1791 -premier Code révolutionnaire- supprime le crime de sodomie, ce que confirmera le Code Napoléon de 1810. La conquête française entraîne la même innovation dans les territoires occupés qui, le conflit terminé, la maintiendront pour la plupart. C'est le cas de la Belgique, des Pays-Bas, de l'Italie, de nombreux États allemands jusqu'au Code pénal de 1871 de l'Empire d'Allemagne qui revient sur l'abrogation. Aujourd'hui en Europe, l'homosexualité ne demeure une infraction pénale que dans quelques pays (Bulgarie, Chypre, au moins jusqu'à une date très récente).

[284]

121. LE DESTIN DES DROITS SAVANTS. - Si l'idée de droit commun est historiquement surtout rattachée au droit romain, on voit qu'il est impossible de ne pas y inclure le droit de l'Eglise, au moins dans le sens d'un droit transnational.

En raison de la commune référence européenne au christianisme, qui modela pendant longtemps tout le droit des personnes. Également parce que l'interprétation du droit romain, condition essentielle de sa survie, a été souvent influencée par les principes chrétiens, déclarés par Saint Thomas compatibles avec ce droit antique. De plus, par un singulier retournement de l'histoire, les innovations ecclésiastiques qui se succèdent à partir du XI^e siècle servent de modèles aux États, qui emploieront souvent leurs forces nouvelles non contre le christianisme, mais contre la papauté.

Aujourd'hui, ces deux droits savants qui ont modelé les États européens et les élites nationales sont pratiquement tombés dans l'oubli. Si en Italie (pour des raisons historiques évidentes) l'enseignement du droit romain persiste, il est pratiquement éteint en France. Sans doute parce que la souplesse dont il a fait preuve pendant des siècles n'est pas extensible à l'infini. Même revu, le droit de Justinien ne peut fournir de réponses à tout, notamment dans une époque comme la nôtre, marquée par de si profonds bouleversements. Mais l'air du temps n'est pas seul en cause. La faillite du droit romain a été en partie causée par les romanistes eux-mêmes, qui l'ont trop souvent enseigné comme du droit positif, et en privilégiant la seule technique. Ils ne pouvaient que laisser, sans bénéficier de la circonstance atténuante de l'utilité.

Le droit canon semble lui aussi tombé dans l'oubli pour la grande majorité de la population. Mais est-ce si sûr ? Sans doute pas pour la minorité de chrétiens pratiquants : aujourd'hui, le mariage à l'église peut être autre chose qu'une convention sociale. S'il est pris au sérieux, il oblige les époux à des devoirs supplémentaires à ceux du droit civil, notamment en ce qui concerne l'indissolubilité du lien. Quant aux enseignements du pape, notamment ses encycliques, ils sont souvent critiqués, mais rarement ignorés, qu'il s'agisse de la morale familiale ou des droits de l'homme (une de nos rares valeurs sûres) et de la condamnation des injustices. Naturellement, ici aussi les sanctions se sont adoucies : il est davantage fait appel à la conscience des chrétiens qu'à la menace de peines terrestres ou célestes. Qui s'en plaindra ? D'autre part, il faut considérer que le degré de culture de l'écrasante majorité paysanne du Moyen-Age et de l'Ancien Régime était très [285] inférieur à celui des urbains d'aujourd'hui : la prédication ne pouvait être la même.

Enfin, l'intérêt marqué pour les positions de l'Eglise provient aussi d'un certain vide. Les idéologies laïques du salut se sont effondrées, le lien civique est mal en point, l'avenir économique inquiétant. La survalorisation de la famille, les compensations exorbitantes exigées du lien conjugal peuvent adoucir quelques manques. Elles ne les comblent pas tous. Quant au pluralisme, dont l'audience est croissante, il a aussi son prix, l'incertitude. En dépit de leurs trahisons et échecs historiques ainsi que de leurs déviations intégristes, les religions ont l'avantage de présenter des explications globales de notre présence au monde. Il est vrai que le christianisme aujourd'hui prend davantage la forme d'un élan du coeur que de l'adhésion au Code de droit canon. Pour autant, ce droit exprime à sa manière un message et des valeurs morales. En ce sens, même ignoré, il pourrait aujourd'hui mieux se porter qu'on ne le pense.

Cependant, le droit romain et le droit canonique n'ont pas été les seuls véhicules d'une pensée juridique européenne. Il faut aussi mentionner les mouvements de codifications qui ont saisi l'Europe au cours de ces derniers siècles.

Section III

Les codifications européennes

[Retour au sommaire](#)

Paradoxalement, les codes romains furent plus célèbres au Moyen-Age qu'à l'époque de leur rédaction. De plus, nous savons que l'Antiquité produisit enfin de compte peu de codifications. Il reste que le terme *Codex* est latin. Il désigne l'assemblage de tablettes de bois écrites, puis des feuilles de peaux ou de parchemin cousues en un seul volume. Cette présentation permettait une consultation beaucoup plus pratique que celle des rouleaux de papyrus. Le Moyen-Âge emploie plutôt les termes de *Corpus* ou *Collectio*. L'appellation de Code revient à partir du XVI^e siècle, et surtout du XVIII^e. On distingue la codification, ensemble de textes plus ou moins systématisés à l'intérieur d'un plan général établi suivant des critères divers, de la compilation, assemblage de sources moins ordonné, consistant surtout dans leur simple réunion. [286] D'autre part, il est possible de cher-

cher l'esprit des codes ailleurs que dans les recueils ainsi intitulés : pour ne pas s'appeler codes, certains ouvrages peuvent poursuivre les mêmes buts. C'est pourquoi nous essaierons de définir ce qu'est l'esprit des codes avant de faire un tour d'horizon des principaux codes européens. Il nous faudra également dire quelques mots des diverses Déclarations des droits de l'homme, qui ont constitué un apport majeur à la civilisation européenne, et peut-être à l'ensemble de l'humanité.

A. L'esprit des Codes

122. CODIFIER OU DIVISER ? - *Les codes, et non pas le Code* : il n'y a pas une seule codification applicable à toute l'Europe, mais des codes qui apparaissent à des moments différents dans divers pays, ou leur sont imposés, comme lors de la brève conquête française de Napoléon. C'est dire l'importance des modalités de la réception. On pourrait penser qu'en cas de contrainte, les codes disparaissent avec les envahisseurs qui les ont apportés. En effet, nous verrons qu'en Allemagne il y eut des réactions hostiles à la codification de style français. Cependant, dans beaucoup de cas, le code se maintient souvent après la retraite des armées missionnaires. D'autre part, on pourrait craindre que le pluralisme des codifications n'entraîne une fragmentation accrue du droit, déjà creusé par les nationalismes. Il n'en a pas été ainsi : ces codifications ont plutôt joué dans le sens de la construction d'un droit commun qu'elles n'ont provoqué un éclatement. D'une part parce qu'elle contenaient dès le départ un certain nombre d'idées communes à ce qu'il faut bien appeler la civilisation européenne. D'autre part parce que la confection de ces recueils a permis une plus grande diffusion des prescriptions qu'ils contenaient. Dès lors, les auteurs savants de tout l'Europe ont pu en prendre connaissance, les comparer, opérer des recoupements et dégager des idées générales. Une fois de plus, on constate la force créatrice de l'interprétation. À une échelle plus réduite, celle de la France, le phénomène s'était déjà produit à partir de la rédaction officielle des coutumes de France, décidée à la fin du Moyen-Âge. Quand les auteurs ont eu à leur disposition des textes réputés certains et censés exprimer les diverses coutumes du pays, ils les ont rapprochés et ont élaboré progressivement un droit commun coutumier, [287] très influencé par la coutume de Paris, dans la mesure où l'impulsion centralisatrice partait de cette région.

D'autre part, très souvent cette coutume contenait des solutions médianes par rapport aux autres textes coutumiers. En fin de compte, les codifications ont été un remède contre la division européenne.

123. LES IDÉES DE CODIFICATION. - Il y a une trentaine d'années, J. Vanderlinden a proposé une distinction originale et fertile pour mieux analyser les phénomènes de codification ¹¹⁸. Il sépare les idées nommées des innommées. Les premières correspondent à ce que nous appelons ordinairement codes, collections ou *corpus*. Les secondes expriment des préoccupations similaires ou voisines, mais sont contenues dans des ouvrages privés ou publics qui ne portent pas les même noms : les codifications peuvent échapper aux codes. Ces deux catégories d'ouvrages comportent trois caractères essentiels : la forme de l'oeuvre est celle d'un ensemble, son contenu consiste dans la totalité ou une partie déterminante du droit possédant la force obligatoire de la loi, ses auteurs visent essentiellement une meilleure connaissance du droit. Mais les différences sont importantes et reflètent une diffusion plus large de l'idée de codification qu'on ne pourrait le penser. Plus large dans le temps : les idées innommées apparaissent dès les XIII^e et XIV^e siècles (droits castillan et norvégien) ; elles se concentrent sur les XVIII^e et XIX^e siècles. Plus large dans l'espace : les idées innommées sont présentes dans pratiquement tous les pays européens ; les idées nommées sont inégalement réparties (très actives en Italie et en France ; tardives en Allemagne, Angleterre et Espagne) ; quasiment absentes en Scandinavie). Par ailleurs, l'idée de codification de la coutume est antérieure dans les idées innommées.

De manière générale, le contenu des codes reflète la place occupée par une source ou une branche du droit dans la vie juridique. Rome codifie la jurisprudence (entendue non dans son sens actuel, mais dans celui d'avis d'auteurs savants) ; la royauté française déclenche en 1453 un mouvement de codification des coutumes en prescrivant leur rédaction officielle ; au XVII^e siècle, Bacon projette en Angleterre la [288] codification de la jurisprudence. L'accent mis sur la loi trans-

¹¹⁸ Cf. Vanderlinden J., *Le concept de Code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècles*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie, Université libre de Bruxelles, 1967. On consultera tout particulièrement les tableaux synoptiques des pp. 48-49, qui citent toutes les codifications (nommées et innommées) de 429 à 1829.

cede cependant ces inclinations : il traduit l'importance commune de cette source, à l'exception notable des systèmes anglo-saxon.

D'autre part, J. Vanderlinden propose une périodisation convaincante des codifications européennes (au sens des idées nommées, celui des lignes qui suivent). Le XVI^e siècle est marqué par l'héritage romain. On met l'accent sur l'avantage présenté par l'unité matérielle des codes. Également sur le fait qu'ils permettent de remédier aux défauts de la législation : trait déterminant, montrant que loin de consister dans le seul assemblage des textes, la codification constitue un moyen de réformer leur contenu. D'autre part, la source principale de ces codes consiste dans la législation, présentée comme obligatoire. Le XVII^e siècle marque un tournant. Si la source principale demeure la loi, on trouve aussi dans les codes la jurisprudence, ou des règles monastiques (*Codex regularum* de 1638). Le caractère volontariste de la codification s'affirme toujours plus. Les auteurs ne veulent ou ne peuvent inclure dans leurs ouvrages toutes les sources auxquelles ils ont eu recours et choisissent celles qui leur paraissent les meilleures. Les codes sont très souvent l'œuvre des particuliers (mais en France, les ordonnances de codification de Louis XIV sont directement voulues par le monarque et Colbert), et donc sans force juridiquement contraignante. Mais en général, leurs auteurs les soumettent pour approbation aux pouvoirs politiques. Les XVIII^e et XIX^e siècles sont les grands siècles de la codification, au moins au sens actuel. La suprématie de la loi se confirme, au détriment de la jurisprudence, de la doctrine, ou du droit romain. La systématisation s'accroît : on prend l'habitude de regrouper les règles suivant les sujets auxquels elles se rapportent ; les critères qualitatifs l'emportent beaucoup plus nettement sur les quantitatifs. Trait voisin, l'idée de rationalisation. De nombreux monarques et leurs conseillers pensent que les codes doivent être des ensembles de principes applicables à tous les cas particuliers, d'avantage par le raisonnement que l'interprétation. Initialement la Révolution française représentera bien cette tendance : on croyait que les codes devaient surtout contenir de grands principes aisément accessibles à toute la population. Faut-il aussi citer le mot de Lénine suivant lequel un jour, dans la société communiste, une simple cuisinière pourrait gouverner l'État ? Enfin, les codes procèdent le plus souvent de la volonté des dirigeants politiques et sont animés par des intentions de transformation du droit. Le Code civil français est inspiré [289] de la déclaration faite par Bonaparte le 15 décembre 1799 après le coup d'État : « Citoyens, la Ré-

volution est fixée aux principes qui l'ont commencée : elle est finie ». Entendons par là que le Code ne revient pas à la société d'Ancien Régime : institué en 1792, le divorce est maintenu, ainsi que la législation de 1794 sur l'égalité successorale. Cependant, il se situe en retrait des hardiesses du droit intermédiaire (qui va de 1789 à 1804) sur bien des points : l'incompatibilité d'humeur disparaît des causes de divorce ; le divorce par consentement mutuel est soumis à une procédure plus rigoureuse ; de manière générale, le statut de la femme est moins favorable que dans le droit intermédiaire. Il s'agit de stabiliser une société éprouvée par des changements rapides et profonds... ce qui est un objectif politique. En examinant de plus près les différentes codifications européennes, nous allons nous apercevoir qu'il en va souvent ainsi.

B) Les principales codifications

On donnera quelques précisions sur les principales codifications européennes avant de consacrer des développements spécifiques au Code civil français ¹¹⁹.

124. LES CODIFICATIONS ÉTRANGÈRES. - Les pays du Nord sont les premiers à codifier : d'abord le Danemark (1683), puis la Norvège (1687) et la Suède (1734) dont le code est toujours en vigueur aujourd'hui ; enfin la Finlande (1734). Mais ces ouvrages n'atteignent pas un degré de systématisation élevé. Les efforts sont plus marqués dans la péninsule italienne, même s'ils n'aboutissent pas toujours. Dans le Royaume de Sardaigne, les rois promulguent de 1723 à 1771 diverses « Lois » et « Constitutions » qui sont en fait des codifications. Un Code est publié à Venise en 1780. Le Grand-Duc de Toscane fait élaborer à partir de 1745 un projet de Code civil qui n'aboutit pas. En 1786, le Grand-Duc Pierre-Léopold publie un Code pénal (appelé « Leopoldina ») qui pose le principe de l'égalité de tous devant la loi [290] pénale, rejette les différentes formes de responsabilité collective et substitue les travaux forcés à perpétuité à la peine de mort. Sous la domination de l'Autriche, la Lombardie doit appliquer le code pénal

¹¹⁹ Cf. A.J.Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, 128-134, dont s'inspirent les lignes qui suivent.

autrichien de Joseph II de 1787. Opposée à la présence autrichienne, les Lombards l'affublent d'un sobriquet : « la Giuseppina ».

Mais la codification remporte surtout des succès dans deux États allemands et en Autriche. La Bavière, tout d'abord. Le souverain, Maximilien III-Joseph (1745-1777) est un chaud partisan des idées des Lumières (*Aufklärung*). Il entend rationaliser et unifier le droit. Ses efforts aboutissent à trois codes : droit pénal et procédure pénale (1751), procédure civile (1753), droit civil (1756). Ce dernier code sera souvent donné en exemple de la modernité juridique. En Prusse, plusieurs projets entrepris à partir de 1714 n'aboutissent pas. Il faut attendre 1794 pour qu'un code traitant à la fois de droit public, pénal et privé entre en vigueur : l'ALR (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*). Il combine droit naturel, droit romain et droit national et est rédigé dans la langue nationale, afin de favoriser sa connaissance. Il est très volumineux : 19000 paragraphes. Inquiet, le roi dit en le découvrant : « Mais c'est très gros, et les lois doivent être courtes ! ». Les juristes de la Révolution française l'apprécient tellement qu'ils le firent traduire. Portalis et son équipe le connaissaient bien. Mais sa publication fut postérieure à la promulgation du Code civil français. Il restera en vigueur en Prusse jusqu'en 1900, date d'adoption du Code civil allemand, imprégné de droit romain. En 1793 une ordonnance régleme dans ce pays la procédure civile.

En Autriche, l'impératrice Marie-Thérèse suscite la rédaction d'un Code civil inspiré du droit romain et du « droit de la Raison », qui devait s'appliquer dans les États héréditaires des Habsbourgs. Nommé avant terme *Codex Theresianus*, il ne sera pas promulgué en raison de commentaires défavorables. Il faut attendre 1781 pour la promulgation d'un Code de procédure civile, suivi en 1787 d'un Code des délits et des peines, et en 1788 d'un Code de procédure pénale. En 1811, François I publie un Code de droit privé, l'ABGB (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*), qui, avec quelques modifications, est encore aujourd'hui en vigueur en Autriche. Mais les succès de la codification dans les pays germaniques ne signifie pas que son idée ait été acceptée facilement.

[291]

125. LA RÉACTION ALLEMANDE CONTRE LA CODIFICATION. -

En 1814, A.W. Rehberg, un disciple de l'anglais Burke (adversaire de la Révolution française), publie un texte hostile à l'introduction du Code Napoléon en Allemagne. Il recommande le retour au particularisme juridique. En réponse, un juriste allemand d'ascendance française, Thibaut, soutient au contraire l'idée d'un Code civil général pour toute l'Allemagne. Le célèbre juriste (également d'ascendance française) Carl von Savigny (1779-1861) intervient alors dans le débat, prenant position contre l'idée de codification, tout particulièrement en ce qui concerne l'Allemagne. Le contexte historique compte beaucoup : la conquête française avait imposé le Code Napoléon dans un certain nombre de territoires allemands. Ces circonstances expliquent un mouvement d'hostilité. Cependant, des millions d'Allemands avaient été brièvement en contact avec les idées d'uniformité juridique, d'égalité civile et de liberté : elle en séduisent beaucoup. Le débat ouvert après la retraite française oppose trois thèses. Celle de N. Th. von Gönner, juriste médiocre au service du roi de Bavière, soutenant qu'il fallait des codes étatiques nationaux dans chaque État allemand : elle a la faveur des bureaucrates conservateurs. La deuxième est celle de Thibaut, acquis aux idéaux français. Il se moque de l'ancien droit allemand, « mélange confus du vieux chaos ».

La troisième est soutenue par Savigny au nom d'une conception de la culture fondée sur l'histoire. Pour lui, le droit correspond comme la langue et les moeurs au caractère propre de chaque peuple, formé progressivement par l'écoulement du temps. Vouloir l'organiser uniquement par la Raison est une chimère. Dans son ouvrage publié en 1814, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, il le dit clairement : «... tout droit est engendré de la manière que le langage courant qualifie de coutumière, c'est-à-dire qu'il est produit d'abord par l'usage et l'opinion du peuple, puis par la jurisprudence. Et il est ainsi partout par des forces internes, silencieuses, non par l'arbitraire d'un législateur ». Pour autant, il se déclare comme Thibaut partisan d'une unité du droit. Mais il considère que la codification ne peut y aboutir, si ce n'est de manière parfaitement illusoire. Il compte bien davantage sur les progrès d'une science du droit, qui parviendrait à former un droit commun aux États allemands au terme de débats entre les tenants des différentes doctrines. Pour lui, la codification ne peut qu'entraver ce mouve-

ment scientifique. L'histoire en décida autrement, [292] mais de nos jours encore persiste l'opposition entre la conception allemande de la culture et de la nation, déterminée principalement par l'histoire, et la française, beaucoup plus volontariste.

126. LE CODE CIVIL FRANÇAIS. - Comme le note A.J. Arnaud, les révolutionnaires ont très vite manifesté l'idée d'un code civil applicable à tous les Français : c'était l'esprit du temps. Mais quel genre de code ? Le code prussien, nous l'avons vu, jouissait d'un grand prestige. Mais on lui reprochait de n'être pas assez concis et d'être encombré de commentaires doctrinaux, alors que la loi, dans l'esprit français, devait être brève et sans ambiguïté. Dès 1790, la loi sur l'organisation judiciaire prévoit la rédaction d'un « Code général de lois simples et claires », unique pour tout le royaume. L'entreprise fut confiée à Cambacérès, un juriste de Montpellier fervent révolutionnaire, qui devint second consul aux côtés de Bonaparte. Il échouera dans les trois projets de code qu'il remit entre 1793 et 1796. Pour des raisons diverses : modifications du contexte politique, reproches de « juridisme », etc.

Finalement, Bonaparte s'en remit à une commission dirigée par Portalis (1745-1807) ¹²⁰. Dès l'âge de 25 ans, celui-ci jouissait d'une forte réputation en raison d'une consultation sur la validité des mariages des protestants (1770), qui contribua à l'édit de tolérance de 1787, pris en leur faveur. Mais par la suite, les choses allaient se gâter. Il est persécuté par un autre Aixois, Mirabeau. Accusé d'être contre-révolutionnaire et de préparer le retour des Bourbons, inscrit sur la liste des proscrits, il juge plus prudent de fuir en Suisse, puis dans le Holstein. Là, il a des relations avec ses collègues allemands.

Pendant deux années d'exil, il écrit : *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle*, publié après sa mort par son fils, en 1820. Pour lui, la Révolution a pu procéder à de justes réformes, comme la suppression des « abus » et des privilèges. Mais elle pèche par esprit de système (« *les siècles de lumière ne sont trop souvent que le théâtre des excès* ») ; sous prétexte de généralisation abstraite elle oublie l'individu concret et s'appuie sur des inventions histo-

¹²⁰ Cf. Ganzin M., J.E.-M. Portalis : le juriste face à la révolution française, dans : *Pensée politique et droit*, Presses universitaires d'Aix-Marseille III, Aix-en-Provence, 1998, 401-432.

riques, comme l'état de nature, qui n'a jamais existé. Il critique la recherche [293] exagérée de l'égalité : les inégalités de nature (force, intelligence, talent) ne sont pas injustes. La survalorisation de la loi l'inquiète. Proche sur ce point des conceptions allemandes de Savigny, il pense que la loi est la source des mœurs, lentement formées au cours de l'histoire. Le législateur doit « consulter les mœurs, le caractère, la situation politique et religieuse de la nation » ; ses lois « doivent se conformer aux mœurs et aux localités de chaque peuple ». Il ne faut pas « répudier le riche héritage de nos pères ».

De retour, il s'efforcera dans son travail de codification de réaliser un compromis entre le droit écrit et les coutumes, même si celles-ci devaient être abrogées par la loi introductive du Code. De même, il fait exception dans l'histoire des codificateurs en n'attribuant pas une valeur éternelle et immuable à son oeuvre. Il écrit : « Les codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler, on ne les fait pas ».

Évidemment, Napoléon était plus classique, auquel on prête cette réflexion : « Un seul commentaire, et mon code est perdu ! ». Comme on l'a souvent dit, le Code repose sur le respect de la volonté individuelle (art. 1134, al. 1 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »). Et la propriété. Pour Portalis, elle était le «... droit fondamental, sur lequel toutes les institutions sociales reposent et qui, pour chaque individu, est aussi précieux que la vie même, puisqu'il assure les moyens de la conserver ». Au soir de sa vie, à Sainte-Hélène, l'empereur déchu concluait que son oeuvre juridique survivrait à ses aventures extérieures : « J'ai semé la liberté à pleines mains partout où j'ai implanté mon Code civil (...) Pourquoi mon Code Napoléon n'eût-il pas servi de base à un Code européen ? ». Mais si son code survécut à sa défaite dans de nombreux endroits en Europe, son rêve ne se réalisa pas. Comme le fait remarquer A.J. Arnaud, le Code civil n'a pas unifié les droits des États européens, même s'il en a inspiré plusieurs. Ceux qui l'ont reçu l'ont par la suite modifié de façon autonome, si bien qu'aujourd'hui le droit des contrats, des successions ou du mariage n'est pas le même en Allemagne, en France ou en Italie. Si bien que cet auteur applique à juste titre au Code Napoléon le raisonnement déjà fait à propos de la tradition ¹²¹ : «... tout ce passé, s'il constitue pour nous une mémoire, ne saurait

¹²¹ Cf. *supra*, p.65.

intervenir qu'à ce titre. Nous pouvons nous en servir comme d'une matière à réflexion, [294] nous pouvons y puiser des avertissements : nous ne pouvons certainement pas le revivre ni en tirer, à proprement parler, des leçons ».

En revanche, l'Europe semble avoir atteint davantage l'unité en ce qui concerne les droits de l'homme.

Section IV

Les Déclarations européennes des droits de l'homme

[Retour au sommaire](#)

Comme le souligne encore A.J. Arnaud, les Déclarations européennes des droits de l'homme ont des origines communes. Elles ont fait fortune à l'extérieur du continent, et aujourd'hui encore constituent un lien fondamental entre les divers États européens

127. LES ORIGINES ANGLAISES DES DROITS DE L'HOMME. - Quoique qu'il en coûte à notre orgueil national, les origines lointaines des Déclarations européennes des droits de l'homme se trouvent dans l'histoire de la Grande-Bretagne, aux XIII^e et XVII^e siècles. Bien avant la Révolution française, ce pays est parvenu à la formulation de garanties judiciaires, et n'a pas échoué comme la France dans la construction d'une monarchie constitutionnelle.

Pour reconquérir le Poitou et la Normandie, Jean sans Terre avait dû imposer à ses barons d'importantes ponctions fiscales. Après la défaite de Bouvines, ceux-ci se révoltèrent et investirent Londres, forçant le roi à négocier. Il dut accepter le 17 mai 1215 la Grande Charte, qui limitait les pouvoirs royaux face à ceux de ses rivaux : l'Eglise, les villes et les seigneurs. Rien là qui paraisse annoncer les droits de l'homme... si ce n'est que ce document écrit comportait des garanties judiciaires

invocables par tout sujet du roi. Un passage de la Charte affirmait : « Aucun homme libre ne sera pris et emprisonné, ni dépossédé ni exilé, ni ruiné de quelque manière que ce soit, ni mis à mort ou exécuté, sauf à la suite d'un jugement loyal de ses pairs et par les lois du pays ». Au début du XVII^e siècle, le Parlement entra en conflit avec le roi. En 1628, il présenta à Charles I^{er} une requête, nommée Pétition du droit (*Petition of rights*), qui rappelait les limites du pouvoir royal. Elle formulait des garanties de la liberté individuelle, prohibant notamment [295] les arrestations et détentions arbitraires. En 1679, l'Acte d'*Habeas Corpus* renouvelle ces garanties en les précisant. Il ne vise cependant que les infractions pénales, et il faudra attendre 1816 pour qu'il soit étendu aux personnes emprisonnées pour d'autres motifs. (Aujourd'hui, l'Acte est toujours appliqué en Grande-Bretagne ainsi qu'aux États-Unis. Il vise les cas de privation arbitraire de la liberté, mais il est considéré comme un recours extraordinaire, et ne s'utilise que lorsque les recours ordinaires sont inappropriés ou épuisés. Concrètement, il est surtout mis en oeuvre en cas de détention précédant une extradition, ou invoqué par ceux qui cherchent à éviter une expulsion). En 1688-1689, la « Glorieuse Révolution » aboutit à l'instauration d'une monarchie constitutionnelle qui se substitue au gouvernement autoritaire des Stuart. Guillaume d'Orange devient roi, mais il doit accepter le 13 février 1689 une Déclaration des droits (*Bill of Rights*) qui assure notamment des élections libres, garantit les droits du Parlement, et réaffirme les garanties judiciaires. Son paragraphe 5 précise que : «... c'est un droit des sujets de présenter des pétitions au Roi et que tous emprisonnements et poursuites de pétitionnaires sont illégaux ». J. Locke (1632-1704) réfléchit sur ces différents événements. Dans ses *Deux traités du gouvernement civil* (1690), il affirme notamment que la souveraineté appartient au peuple, et que l'État n'a de pouvoir que dans la mesure où il respecte le droit.

Ces divers textes ne constituent pas des Déclarations au sens dans lequel nous l'entendons aujourd'hui. Ils ne sont pas universalistes, ne visant pas tous les hommes de tous les pays, mais seulement les sujets anglais. Encore doivent-ils être de condition libre. D'autre part, leur adoption n'est pas précisément liée à des révolutions populaires. Pourtant, ils ont un caractère très général, dans les limites de ce qui était pensable à l'époque. D'autre part, ils érigent des garde-fous politiques et juridiques contre le pouvoir monarchique absolu, ce qui sera l'esprit de la Déclaration française de 1789, réunie à une Constitution monarchique, celle de

1791. Cependant, il ne faut pas solliciter ces textes au-delà. Leurs rédacteurs seraient extrêmement surpris de découvrir notre tendance à en faire des fondements de ce que nous nommons aujourd'hui « les droits de l'homme ». En fait, sans nier les progrès dont ils étaient porteurs, notamment sur le plan judiciaire, leur objet principal était de garantir à un certain nombre d'élites un partage de l'autorité avec le pouvoir royal. Ce n'est qu'au prix d'une relecture de l'histoire, [296] ou du bénéfice d'inventaire que nous confère notre position dans un avenir lointain par rapport aux époques de leur promulgation, que nous pouvons établir leur ascendance par rapport à nos concepts modernes. En revanche, notre filiation vis-à-vis des Déclarations de la fin du XVIIIe siècle est plus assurée.

128. LE XVIIIe SIÈCLE ET LA FRATERNITÉ DES DROITS DE L'HOMME. - Il faut en effet attendre la fin du XVIIIe siècle pour que les Déclarations prennent une tournure qui nous est familière. *Les Déclarations* : la française ne brille pas dans un ciel vide. Peu de temps avant, d'autres étoiles se sont allumées.

Ce sont les Déclarations successives des États-Unis : Virginie en juin 1776 ; Pennsylvanie en septembre de la même année ; Delaware le même mois ; Maryland en novembre 1776 ; Caroline du Nord le mois suivant ; Vermont en juillet 1777 ; Massachusetts en mars 1780 ; New-Hampshire en octobre 1783. Elles ont un air de famille. La Déclaration de Virginie affirme que : « Tous les hommes sont nés également libres et indépendants : ils ont des droits certains, essentiels et naturels (...) tout homme doit jouir de la plus entière liberté de conscience, et de la liberté la plus entière aussi dans la forme de culte que cette conscience lui dicte... ». Ce qui évoque l'article 1 de la Déclaration française (sur la liberté originelle de l'homme) et son article 10 (sur la liberté d'opinion). Pour la Déclaration de Pennsylvanie, chaque fois que le Gouvernement ne donne pas aux individus la faculté de jouir de leurs droits naturels, «... le peuple a le droit de le changer par un acte de la volonté commune, et de prendre les mesures qui lui paraissent nécessaires pour procurer sa sûreté et son bonheur ». La Déclaration d'Indépendance des États-Unis d'Amérique du 4 juillet 1776 précise quant à elle que lorsque les hommes se trouvent face au despotisme absolu, «... il est de leur droit, il est de leur devoir de rejeter un tel gouvernement et de pourvoir, par de nouvelles sauvegardes à leur sécurité future ». On pense évidemment à l'article 2 de la Déclara-

tion de 1789 mentionnant la résistance à l'oppression parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'homme, but de tout association politique. Le paragraphe IV de la Déclaration de la Caroline du Nord rappelle que : « Les autorités législatrice, exécutive, et judiciaire suprême, doivent toujours être distinctes et séparées l'une de l'autre ». Treize ans plus tard, la Déclaration [297] française affirmera dans son article 16 que toute société ignorant la séparation des pouvoirs n'a pas de constitution.

On pourrait multiplier les exemples. Bien entendu, ces divers textes sont américains quant à leur localisation. Mais leur origine intellectuelle est européenne, d'où leur fraternité avec la Déclaration française. Non seulement certains des constituants de 1789 avaient lu ces textes, mais eux-mêmes comme leurs rédacteurs avaient goûté les mêmes sources. Mais pas toujours de la même manière, et en allant aussi se désaltérer dans des lieux que ne fréquentaient pas les autres. Des deux côtés de l'océan, les partisans des droits de l'homme s'inspirent des encyclopédistes, des physiocrates et de Jean-Jacques Rousseau. Les protestants sont particulièrement prédisposés aux droits de l'homme, dans la mesure où la Réforme a consacré en Europe l'individualisme (par un autre chemin, laïc, la Révolution française a plus tard elle aussi fait sien l'individualisme). En Amérique, les tenants des droits de l'homme avaient lu les ouvrages de Locke, Hobbes (1588-1679), Montesquieu (1689-1755), Hume (1711-1776), Grotius (1583-1645), Pufendorf (1632-1694) ; et surtout Burlamaqui (1694-1748), juriste suisse, et Wolff (1679-1754), philosophe rationaliste allemand. En France, les Lumières tiennent évidemment la vedette, mais Siéyès introduit de manière très sensible la pensée de Locke dans la Déclaration de 1789. Au total, comme l'écrit S. Rials : «... de part et d'autre de l'Atlantique, les déclarations plongent leurs racines dans un humus doctrinal voisin (...) Ces textes jumeaux en apparence ne sont même pas de faux jumeaux : ce sont des textes simplement frères. Des frères, pas des demi-frères et moins encore de faux frères (...) Certes, pendant toute leur studieuse adolescence, ils se seraient échangé des livres (...) Mais leurs bibliothèques, en dehors d'un fonds commun d'ouvrages anglais et écossais et de quelques dizaines de volumes du continent européen, auraient été différentes, pour une bonne moitié au minimum. Ils auraient fait tous les deux des études de droit, mais l'un aurait été initié

aux charmes vieillots de la Common Law alors que l'autre aurait été abreuvé d'un enseignement désuet et figé du droit romain... » ¹²².

[298]

Donc, une pensée européenne commune des droits de l'homme, mais pas un catéchisme uniforme.

Elle allait connaître un grand avenir.

129. L'AVENIR DES DÉCLARATIONS DES DROITS DE L'HOMME. -

Succès en France, tout d'abord : l'idée d'une Déclaration des droits de l'homme a survécu aux tumultes de la Révolution ainsi qu'aux palinodies du XIX^{ème} siècle. La Déclaration de 1789 ne fut pas la seule. Lui reprochant d'être née sous un régime monarchique, la Convention lui en substituera une autre en 1793. Deux ans plus tard, le Directoire fera précéder la Constitution de l'an III d'une Déclaration qui n'est plus seulement des droits, mais aussi des devoirs du citoyen ; de plus, celle-ci écartera l'article 1 de la Déclaration de 1789 afin de prévenir tout risque de poussée à gauche. En 1814, la Charte restaurant la souveraineté royale maintiendra sous le titre « Droit public des Français » les conquêtes révolutionnaires. A travers ces variations, l'essentiel de la Déclaration de 1789 s'est donc perpétué. Plus près de nous, le Préambule de la Constitution de 1958 affirme que : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789... ». Pour autant, la Déclaration n'était pas entrée dans notre droit positif, le Préambule n'ayant pas à l'époque véritablement de valeur juridique. Il faudra attendre une quinzaine d'années. En effet, le 27 décembre 1973, le Conseil constitutionnel a déclaré non conforme à la Constitution un article de la loi de finances pour 1974 tendant à instituer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office de l'administration les concernant. Il a invoqué pour ce faire le principe d'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration de 1789. C'était un premier pas. L'étape décisive sera franchie par une décision de principe du 16 janvier 1982

¹²² Cf. Rials S., *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, 358-359. Très utile, cet ouvrage comporte notamment une sélection de textes importants et variés sur les diverses déclarations des droits de l'homme.

sur les nationalisations. Elle place la Déclaration au centre du bloc de constitutionnalité : toutes les dispositions de la Déclaration ont valeur constitutionnelle, et toutes doivent être mises sur le même rang, sans qu'il y ait de hiérarchie entre elles.

Succès en Europe, ensuite. La Constitution espagnole de 1812 s'en inspire, comme celle de 1837. Au cours du XIX^{ème} siècle, divers États européens fondent leurs constitutions sur les principes de sauvegarde des [299] droits de l'homme : constitutions espagnoles de 1812 et 1837, du Portugal (1838), de Grèce (1844), Naples, Rome, Piémont (1848), Roumanie (1866), Serbie, Bulgarie (1879).

Aujourd'hui, si l'Europe a été d'abord construite sur une base économique, les droits de l'homme constituent indiscutablement une source majeure de son unité juridique. Signée le 4 novembre 1950 à Rome, *la Convention européenne des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* est entrée en vigueur le 3 septembre 1953, le Luxembourg l'ayant en premier ratifiée. L'année suivante, la Commission européenne des droits de l'homme siégeait à Strasbourg. Naturellement, les droits de l'homme protégés par ce texte fondateur portent la marque de l'époque de sa rédaction : il s'agit surtout des droits des individus, non des minorités ou des autochtones, qu'on croyait appelés à disparaître, ou dont on pensait qu'il valait mieux nier l'existence. Mais d'autres textes plus récents marquent une évolution (*Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, 5 novembre 1992 ; *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, 10 novembre 1994 ; ces deux textes ont été adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe). De plus, il faut mentionner que la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg est à ce jour l'instrument juridictionnel transnational le plus efficace de sanction des droits de l'homme dans le monde.

Exportations hors d'Europe, enfin. Au XIX^{ème} siècle, c'est sous le couvert des droits de l'homme que la III^{ème} République place sa grande aventure coloniale. La justification peut aujourd'hui surprendre. Mais les hommes de gauche partisans de cette expansion la légitimaient en attribuant à la France un rôle de missionnaire laïque : en colonisant, elle faisait accéder des populations « primitives » à des formes supérieures de vie sociale, excluant notamment des coutumes considérées comme contraires à l'humanité (infanticide, esclavage, mutilations physiques di-

verses, anthropophagie, sacrifices humains, etc.). Mais dans la pratique, l'assimilation promise fut reculée dans un avenir si lointain qu'on n'y parvint jamais. En Amérique latine, la Déclaration de 1789 servit souvent d'emblème aux libérateurs. À partir de 1810, le mouvement d'indépendance sud-américain se déclenche. Il est dirigé par les Créoles, et de nature libérale. Il est stimulé par la réussite de la révolte des colonies britanniques en Amérique du Nord ainsi que par les idéaux de la Révolution française. En 1825, l'Amérique espagnole est [300] libre. Mais son avenir allait être difficile. D'une part, contrairement aux espoirs de Bolivar en la création d'une fédération sud-américaine espagnole, ce fut le morcellement étatique qui prévalut, en raison de l'immensité du territoire, des rivalités régionales, des ambitions personnelles et du manque de traditions démocratiques. Les républiques nouvellement créées furent donc souvent instables, tandis que la fortune et le pouvoir étaient accaparés par quelques puissantes familles, ainsi que par les dignitaires de l'Eglise catholique. Il faut donc bien conclure que la Déclaration de 1789 fut un des éléments de l'origine historique des nouveaux États, mais n'inspira guère leurs pratiques.

En 1948, l'Assemblée générale des Nations unies vota la Déclaration universelle des droits de l'homme. Sa parenté avec la Déclaration française de 1789 apparaît en maints endroits (son article premier affirme : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits »). Cependant, les droits consacrés ne sont plus seulement individuels, mais économiques et sociaux. Nés au milieu du XIX^{ème} siècle, ces derniers sont aujourd'hui une pièce maîtresse du droit international des droits de l'homme. Par ailleurs, ce texte, comme toutes les Déclarations du droit international, n'a aucune valeur juridique, mais seulement politique. Postérieurement lui furent greffés des prolongements conventionnels qui ont eux valeur contraignante... pour les États qui veulent bien s'y obliger, et conservent de toute façon la possibilité de récuser certains passages de ces conventions en exerçant leur droit de réserve. Le 16 décembre 1966, l'Assemblée générale adopta ainsi le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, que la France ratifia tardivement (en 1980), et en exerçant son droit de réserve (signifiant qu'elle ne s'estimait pas liée) sur la protection des minorités. Enfin, on remarquera que si ce texte universaliste fut adopté sans aucun vote contre, il souffrit d'un certain nombre d'abstentions (Arabie Saoudite, Pologne, République socialis-

te soviétique de Biélorussie, République socialiste soviétique d'Ukraine, Tchécoslovaquie, URSS, Union sud-africaine, Yougoslavie). Les abstentionnistes assurèrent qu'ils n'avaient pas de désaccord de principe avec l'ensemble de la Déclaration, mais qu'ils en désapprouvaient certains articles. En fait, les dissensions étaient profondes. D'une part, l'Arabie Saoudite reprochait au texte de ne pas mentionner les droits de Dieu par rapport à ceux des hommes. À l'époque, le monde arabe ne pouvait suffisamment se faire entendre et [301] l'objection passa relativement inaperçue : on sait ce qu'il en advenu. À l'inverse, le « camp socialiste » aujourd'hui disparu défendait une conception anti-individualiste des droits de l'homme, centrée sur les droits économiques et sociaux et les droits des groupes : étaient évidemment visées les conceptions occidentales en la matière. L'universalisme souffrait donc de larges fissures. L'écroulement de l'empire soviétique a tourné une nouvelle page. Aujourd'hui, ses anciens éléments désirent s'intégrer à la construction européenne et adoptent les mécanismes du marché ainsi qu'avec des fortunes diverses ceux de l'Etat de droit (développement des justices constitutionnelles).

Mais c'est hors d'Europe que le débat sur l'universalité des droits de l'homme rebondit, notamment en Asie, pseudo-communiste ou « libérale » ¹²³. Dans quelle mesure une idéologie des droits de l'homme incontestablement née en Europe peut elle être reçue dans des pays aux traditions culturelles et historiques fort différentes ? Laissons pour le moment cette question capitale en suspens : nous y reviendrons plus loin. Mais gardons en mémoire le cheminement historique qui nous y a conduits : l'idée de droits de l'homme naît d'abord des oeuvres d'auteurs européens dont certains avaient réfléchi sur les expériences institutionnelles anglaises ; elle devient incontestablement un droit commun européen comment on pouvait l'entendre à l'époque médiévale (une communauté d'idées à partir de textes fondateurs diversement sollicités) et s'incarne dans différents textes nationaux ; elle sert de base à des mouvements de libération extra-européens ; elle est aujourd'hui contestée dans de nombreux États dont le point commun réside dans leur caractère autoritaire, sans qu'il soit possible de nier que dans leur diversité historique, toutes les cultures humaines ne présentent pas un caractère uniformément adapté à l'uniformisation des droits de l'homme, ce qui nous amènera plus

¹²³ Cf. *infra*, pp.609-615.

loin ¹²⁴ à nous demander si l'uniforme et l'universel doivent toujours se confondre.

130 L'INVENTION DE L'EUROPE AUJOURD'HUI.- Au terme de ce parcours, un double constat s'impose : l'Europe est difficile à inventer ; elle ne fut jamais uniforme. Nous avons vu que son unité politique ne fut jamais atteinte : la conquête française de Napoléon fut trop [302] brève pour avoir valeur de précédent. L'unité religieuse finit par échouer : les scissions avec l'Eglise d'Orient et les protestants sont toujours là. Reste le droit, où le bilan est nettement plus positif. Ou plutôt, *les droits*. Car l'Europe a vécu son droit de façon plurielle. Nous savons que le droit romain, droit commun par excellence, est en fait un droit mixte, dont le sédiment antique est creusé par les réinterprétations des docteurs et légistes. L'autre droit savant, le droit canonique, fait aussi figure de droit commun dans la mesure où une partie de ses règles est commune à toute la chrétienté. Cependant, il est lui-même un droit pluriel, dans toutes ses sources locales de droit et celles qui organisent les ordres réguliers. Quant aux coutumes, dont la rédaction ne nous fait parvenir qu'un écho déformé, nous savons qu'elles se placent sous le signe de la diversité, d'abord ethnique, puis territoriale. C'est le droit vécu par l'immense majorité des Européens, même s'il est délaissé par les élites. Malheureusement, nous devons nous résoudre à n'en connaître que très peu. Le XVIII^e siècle est sans doute le moment de la période moderne où l'Europe paraît le plus près de se trouver. Bien entendu, pas sous une forme politique : les États existent, et il arrive toujours qu'ils se combattent. Mais les milieux dirigeants et cultivés lisent le latin et parlent le français ; les codifications se multiplient et permettent la formation d'une certaine unité de pensée ; à la confluence du libéralisme anglais et des révolutions américaine et française, les droits de l'homme donnent à l'Europe une conscience qui constitue aujourd'hui un point déterminant de son identité et de ses institutions.

Mais l'Europe d'hier et celle que nous voyons naître aujourd'hui diffèrent sur des points essentiels. D'une part, l'Europe d'aujourd'hui procède moins de la volonté délibérée des peuples que d'une politique volontariste des États, les intellectuels se ralliant dans l'ensemble à la construction européenne. Ce volontarisme est

¹²⁴ Cf. *infra*, pp.693-698.

une réaction aux catastrophes engendrées par les deux conflits mondiaux, mais nés en Europe, qui ont ravagé les peuples de ce continent. À une profondeur historique plus importante, on peut aussi le justifier par le fait que l'histoire, comme nous l'avons vu, est incertaine : l'Europe n'a existé qu'à certain niveaux, et s'est rompue à d'autres. Pour parvenir à terme, elle exigerait donc qu'on presse le temps. D'autre part, l'Europe d'aujourd'hui, mise à part les droits de l'homme, consiste surtout en des mécanismes économiques, beaucoup plus qu'en une culture commune. Robert Schuman [303] aurait dit : « Si j'avais su, j'aurais commencé par la culture ». Le mot est probablement apocryphe. Il n'en exprime pas moins la perception d'une lacune. Au seul niveau juridique, les droit communs d'antan sont décédés : le droit romain n'est plus qu'une curiosité intellectuelle ; l'histoire et les valeurs de l'Antiquité classique ne font plus recette ; même si l'athéisme n'est pas dominant en Europe, la civilisation chrétienne et sa culture s'y effacent avec rapidité. Une preuve parmi d'autres : les cultures antique et chrétienne sont devenues opaques au point que beaucoup d'entre nous n'accèdent qu'avec difficulté à l'histoire de l'art occidental où surabondent les thèmes mythologiques et religieux (*a contrario*, le succès des impressionnistes ne tient-il pas au moins en partie au fait qu'ils s'en sont dégagés ?). Pour autant, nous ne céderons pas à la tentation du *lamento* : l'histoire est à l'image de la vie, tissée de persistances et d'abandons. Mais à toute grande entreprise -et l'Europe en est une- il faut un passé, même s'il est toujours revisité par le présent. Les droits de l'homme y suffisent-ils ? La réponse est inscrite dans un futur que nous ne connaissons pas. L'issue du débat actuel sur l'universalité de cette idéologie née en Europe la contient certainement. Le ralliement n'est pas général ; la diversité culturelle, incontestable autant que l'opposition des dictatures est condamnable, le ralentit : autant de chances pour l'Europe, alors qu'un consensus mou autour de cette idée salvatrice risquerait de la dissoudre. Elle peut en effet nous permettre de transcender notre histoire en nous formant une identité. Mais une identité d'ouverture, et non de repliement : les grandes civilisations sont métisses.

L'Europe a d'ailleurs connu deux grandes familles de droit, celle inspirée du droit romain, et l'autre, la Common Law, formée au sein de l'histoire de l'Angleterre, et plus tard transportée dans bien des pays du monde, notamment en Amérique du Nord. Celle-ci n'est pas toujours bien connue sur le continent. C'est pourquoi nous lui consacrerons le chapitre suivant.

[204]

Pour aller plus loin

131. INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES. - Sur l'histoire politique de l'Europe, on lira en priorité : J. Carpentier, J. Lebrun (dir.), *Histoire de l'Europe*, Paris, Le Seuil, 1990 ; Pomian Krzystof, *L'Europe et ses nations*, Paris, Gallimard, 1990 ; J.B. Duroselle, *L'Europe. Histoire de ses peuples*, Paris, Perrin, 1990 ; voir aussi le numéro 54 de la revue *Hérodote*, 1989, (La Découverte, Paris) ; Stein Rokkan, Une carte conceptuelle de l'Europe, in : P. Birnbaum(dir.), *Sociologie politique*, Paris, A. Colin, 1978, 75-87.). Pour une approche plus institutionnelle et davantage centrée sur l'époque contemporaine, on lira avec beaucoup de profit : G. Soulier, *L'Europe - Histoire, civilisation, institutions*, Paris, Armand Colin, 1994. Cf. également J. Bouineau, *Propos sur l'Europe par un disciple d'Aristote*, à paraître.

Pour l'histoire juridique, citons d'abord un aide-mémoire très utile, axé sur l'histoire française : F. de Fontette, *Les grandes dates du droit*, Paris, PUF, 1994. L'ouvrage d'A.J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, est indispensable. On le complétera par le numéro consacré à l'« L'Europe et le droit » par la revue *Droits*, 14, 1991 et : Harold Berman, *Law and Revolution- The formation of the western legal tradition*, Harvard University Press, 1983 ; Helmut Coing, *European Common Law : historical foundations*, in : *Nouvelles perspectives d'un droit commun*, Publications de l'Institut universitaire de Florence, 1978, p. 36 ; R. Sacco, *Droit commun de l'Europe et composantes du droit*, dans : *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, 123 ; J.M. Trigeaud (dir.), *Philosophie juridique européenne, les institutions*, Roma, Japadre ed., 1988 ; J.-M. Trigeaud, *Philosophie juridique européenne*, Bordeaux, éd. Bierre, 1990. Sur un plan plus institutionnel, on ne peut que renvoyer encore une fois à R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1974, complété par : Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht-1500-1800*, München, Beck, 1985 ; M. Giano, *Europäische Privatrecht-*

tsgeschichte, *Ius commune*, 21, 1994, 1-44. En ce qui concerne les institutions publiques, l'ouvrage d'A. Viala, *Société politique et institutions*, Aix-en-Provence, La pensée universitaire, 1986, contient des passages intéressants.

Sur le droit romain, on consultera : L. Wenger, *Römisches Recht als Weltrecht*, discours à l'Université de Graz, 1946, Österreich. Zeits. Öffentliches Recht, I (1947), 241-253 ; P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München, 1947, écrit dans le contexte particulier et alors très proche de la condamnation du droit romain par l'Allemagne nazie ; E. Genzmer, Il diritto romano come fattore della civiltà europea, *Conferenze romanistiche di Trieste*, 1960, 111-177 ; F. Wieacker, Europa und das römische Recht, *Romanitas*, 3, 1961, 68-85 ; A. Guarino, Cinquant'anni dalla Krise, *Labeo*, 40, 1994, 161-169, qui fait le bilan des travaux précédents.

Le problème de la codification a été souvent traité. Pour un aperçu récent, on peut se reporter aux numéros que leur a consacrés la revue *Droits* : de 24, 1996, à 27, 1998. Cf. également : A. Viandier, Évolution d'une idée européenne : la codification, dans : J.M. Trigeaud, *op.cit.*, 147-159. L'auteur cite à juste titre comme facteur actuel de déclin des codifications le développement de « micro-systèmes » : des sous-ensembles juridiques qui se décrochent progressivement des grandes matières-mères (ainsi du droit des baux d'habitation, de la propriété intellectuelle, de la consommation, du travail par rapport au droit civil).

Les rapports entre le droit et la sexualité ainsi que le droit du mariage sont notamment traités par : E. Shorter, *Naissance de la famille moderne*, Paris, Le Seuil, 1977 ; A. Burguière (dir.), *Histoire de la famille*, (2 volumes), Paris, Armand Colin, 1986 ; J. Goody, *L'évolution de la famille et du mariage en Europe*, Paris, Armand Colin, 1985 ; J. Gaudemet, *Le mariage en [305] Occident*, Paris, Cerf, 1987 ; J. Poumarède-J.P. Royer (dir.), *Droit, histoire et sexualité*, Publications de l'Espace juridique, 1987 ; I. Thery, C. Biet (dir.), *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Éditions du Centre G. Pompidou, 1989 ; A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996 ; N. Rouland, Les dimensions culturelles de la parenté, *Revue de la recherche juridique*, XVII, 50-3, 1992, pp.677-694.

À propos de l'homosexualité, on trouvera un résumé de l'histoire de son droit dans : Flora Leroy-Forgeot, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Pa-

ris, PUF, 1997. On peut aussi citer les ouvrages iconoclastes mais d'une grande érudition de J. Boswell, soutenant que l'Eglise médiévale a pu bénir des unions homosexuelles : *Christianisme, tolérance sociale et homosexualité : les homosexuels en Europe du début de l'ère chrétienne au XIVe siècle*, Paris, Gallimard, 1985 ; *Les unions du même sexe dans l'Europe antique et médiévale*, Paris, Fayard, 1996. Pour une approche d'anthropologie juridique, cf. F. Courtray, *Norme sociale, droit et homosexualité*, Thèse de droit, Aix-en-Provence, 1996. Enfin, très récemment : D. Borillon, *Homosexualités et droit - De la tolérance à la reconnaissance juridique*, Paris, PUF, 1998, qui dresse notamment un bilan de la situation en France, Europe, Afrique du Sud, États-Unis.

[306]

Introduction historique au droit

Deuxième partie :
Naissances et migrations des droits européens

Titre I.
La trame juridique de l'Europe :
un système pluriel

Chapitre II

Les droits de Common Law

L'Angleterre est le pays le plus libre qui soit au monde.
Montesquieu, *Notes sur l'Angleterre* ¹²⁵.

[Retour au sommaire](#)

Il y a plusieurs chemins de la démocratie. La France la doit à la République. En Angleterre, elle est plus ancienne et a su se conjuguer avec la monarchie, même si les Anglais ont exécuté leur roi (Charles Ier) avant nous (en 1649). Les rois anglais acceptèrent la limitation de leurs pouvoirs, et le droit fut davantage confié au juge qu'au législateur. Mais l'originalité du droit anglais ne se limite pas à cette attribution. En fait, les catégories juridiques elles-mêmes sont profondément différentes des nôtres, au point qu'on peut parler d'un droit exotique par rapport à la famille des droits romanistes. C'est pourquoi nous étudierons d'abord les caractères des droits de Common Law avant de décrire son histoire en Angleterre.

¹²⁵ Montesquieu, *Oeuvres complètes*, Paris, Le Seuil, 1964, 334.

Section I

Les caractères des droits de Common Law

[Retour au sommaire](#)

Le droit anglais doit être abordé avec précaution par le juriste français, tant il est éloigné de ses catégories mentales. Mais exotique, il ne resta pas insulaire et suivit son pays dans ses entreprises coloniales. Nous étudierons plus loin ses migrations dans les sociétés appartenant aujourd'hui au Tiers-Monde, nous attachant ici à son voyage en Amérique du Nord. Il acquit sur cet autre continent des traits distinctifs, [307] tout en restant un droit de Common Law. Mais que signifie cette expression ? Appelée d'abord *comune ley*, la Common Law est le droit commun à toute l'Angleterre, par opposition aux coutumes locales. Mais elle ne concerne que le droit anglais, alors que celui du Royaume-Uni comprend plusieurs systèmes (droits écossais, Irlandais, des îles anglo-normandes). Elle commence avec le règne d'Henri II (1154-1189), un peu moins d'un siècle après la conquête de l'Angleterre par les Normands, venus de France.

A) L'esprit du droit anglais

132. EMPIRISME ET RAISON. - On oppose souvent le rationalisme français à l'empirisme anglo-saxon. À juste titre. Pourtant, comme en France, les universités anglaises enseignent le droit romain et le droit canon ; le droit anglais n'apparaît à Oxford qu'en 1758, presque un siècle après le début de l'enseignement de droit français en France. La différence est ailleurs : les juristes anglais n'étaient pas formés dans les universités, mais par la pratique. Ils étaient donc beaucoup plus sensibilisés aux problèmes de preuve et de procédure qu'à la systématisation de type romaniste. Ils n'avaient d'ailleurs pas le choix : les procédures étaient extrêmement complexes, et la généralisation du jury, dont il fallait emporter la conviction, valorisait le domaine des preuves. De même, le juriste par excellence

est le juge, issu des praticiens, beaucoup plus que le professeur d'Université. Pour autant, la raison n'est pas absente du droit anglais, mais elle intervient de manière différente du droit français. Dans ce dernier, la notion de règle de droit est censée exprimer un principe général, interprété rationnellement pour s'appliquer aux cas concrets. Le droit anglais est au contraire jurisprudentiel : c'est un *case law*, formulé par les Cours supérieures d'Angleterre à l'occasion de chaque litige. Le droit dégagé n'a pas une portée générale : tous sont conscients qu'il laisse subsister beaucoup de lacunes. La raison intervient alors, non pour incarner une règle pré-existante mais pour combler les vides en établissant une série de distinctions, qui aboutissent à des règles nouvelles. R. David qualifie ainsi les droits romaniste de systèmes fermés, ceux de Common Law de systèmes ouverts. On comprend dès lors que la notion de *legal rule* diffère beaucoup de ce que nous appelons règle de droit. De plus, [308] beaucoup de déclarations de juge sont faites *obiter* (chemin faisant, en passant) : le juge émet des opinions qui ne sont pas des règles de droit, et peuvent toujours être discutées. On notera d'ailleurs qu'en ce sens le droit anglais est plus proche des systèmes juridiques des sociétés traditionnelles, habituées à privilégier dans le droit son caractère concret et sa flexibilité. Parmi beaucoup d'autres, cette raison peut expliquer la suprématie des Anglo-saxons dans l'anthropologie juridique de notre siècle.

La langue anglaise elle-même traduit bien cette opposition culturelle. La phrase « the father whips his son into obedience » peut être traduite par : « le père fait obéir son fils à coups de fouet ». Mais cette traduction masque la dualité de logiques appliquées à la description d'une même action. La logique anglaise est chronologique et intuitive : on décrit d'abord le *père*, puis ce *qu'il fait*, ensuite le *changement* qui s'opère, enfin *ce à quoi* aboutit ce changement. La logique française est moins descriptive et témoigne d'un effort de reconstruction logique : l'enfant a désobéi, le père à *l'oblige à obéir* en prenant les *moyens* appropriés ; le français insiste sur l'obligation, mise en relief par le verbe faire, alors que l'anglais se concentre sur le changement d'état, souligné par le mot *into* : le français laisse déduire ce changement, alors que l'anglais y insiste davantage.

Ces différences déterminantes dans la manière d'appréhender le droit se retrouvent dans l'importance donnée à la sanction, ainsi que dans les catégories du droit anglais, inhabituelles ou trompeuses pour le juriste français.

133. L'IMPORTANCE DE L'EFFECTIVITÉ DU DROIT. - Si le juriste français fait en général de la sanction le critère fondamental du droit (les règles de droit sont le plus souvent définies comme celles qui sont susceptibles d'une sanction judiciaire, sans qu'on se demande d'ailleurs trop pourquoi elles le sont...), la mise en oeuvre de cette sanction n'est pas son souci fondamental. Ce qui constitue d'ailleurs une très grande différence avec le droit romain, dont en principe son système est issu. Comme nous l'avons vu, au moins jusqu'à l'Empire, le droit romain naît bien davantage de la procédure que de la loi. C'est un droit prétorien plus que législatif. Quant aux événements qui se déroulent après la sanction, ils sont le plus souvent ignorés, comme si celle-ci devait tout [309] résoudre. Ce sont les anthropologues du droit qui attireront l'attention sur l'après de la sanction.

Le juriste anglais attache au contraire beaucoup d'importance à l'accomplissement d'un droit. Tout le droit anglais est marqué par la procédure. L'accusé doit avoir un *fair trial*, être traité avec loyauté ; le juge ne peut statuer qu'en observant rigoureusement la procédure (*due process of law*, qui explique notamment tout le soin mis à la composition des jurys). Cette importance conférée à la pratique vient de l'histoire. En Angleterre, il n'existait pas de corpus juridique auquel auraient pu se référer les juges, qui construisirent empiriquement la Common Law. Au contraire, en France, on voulu voir dans le droit romain un ensemble de grands principes qu'il suffisait d'interpréter pour les incarner.

En fonction de ces exigences, le juge anglais n'hésitera pas à adresser des ordres à l'administration. De même, le particulier ou l'administration qui montrent une attitude peu respectueuse de la Cour, notamment en n'exécutant pas ses décisions ou en faisant traîner les choses en longueur, se rendront coupables du *Contempt of Court*, lourdement sanctionné.

Le caractère jurisprudentiel (et non pas coutumier) du droit anglais explique que corrélativement le droit législatif (*statute law*) ait été considéré comme relativement secondaire tout au long de l'histoire de ce pays. Ses prescriptions ne deviennent vraiment juridiques que reprises -et souvent réinterprétées- par les juridictions. Ce qui explique que l'idée de codification à la française n'ait pu aboutir en Angleterre. Aujourd'hui, ce trait est moins accusé : beaucoup de réglementations sont d'origine législative. Mais il n'y a pas de codifications (la Constitution elle-même n'est pas écrite), et la loi anglaise ne possède pas le caractère général que nous attribuons à la loi dans notre culture juridique. D'ailleurs, l'enseigne-

ment du droit obéit toujours à des traditions très différentes dans les universités françaises et celles de Common Law. L'étudiant anglais ou américain qui vient effectuer un séjour chez nous est déconcerté par la présentation systématique et théorique de vastes ensemble juridiques effectuée par les enseignants français. À l'inverse, un étudiant français venu faire un brin d'études aux États-Unis devra avant tout donner son sentiment sur une suite de cas, sans que le professeur procède le plus souvent à des introductions, conclusions et autres synthèses.

[310]

Mais les différences ne se situent pas que dans l'importance donnée à la pratique. Elles touchent aussi les catégories et les concepts fondamentaux.

134. CATÉGORIES ET CONCEPTS DU DROIT ANGLAIS. - Comme son homologue français, le juriste anglais qui doit résoudre une question de droit se demande d'abord à quelle branche se rapporte le cas qui lui est soumis. Mais ces catégories elles-mêmes sont différentes. Même si elles portent des noms apparemment aisément traduisibles en français, leur contenu peut être autre. On parlera ainsi de : *contract*, *real property*, *companies*, *conflicts of laws*, *pleading and practice*, etc... A l'inverse, certains concepts qui nous paraissent inévitables (personnalité morale, établissement public, dol, contravention) sont introuvables en droit anglais, alors que des notions telles que *domicil of origin*, *indictable offence*, *perpetuity*, *charity*, *injunction* nous sont étrangères.

On peut prendre comme exemple le mécanisme du *trust*, création de l'Equity déterminante en droit anglais et sans réel équivalent dans notre droit. Dans le *trust*, une personne, le constituant du *trust* (le *settlor*) stipule que certains biens seront administrés à un ou plusieurs *trustees* dans l'intérêt d'une ou plusieurs autres personnes, le ou les *cestuis que trust*. Ce schéma est appliqué dans de multiples situations : protection des incapables ou de la femme mariée, liquidation des successions, fonctionnement des fondations et établissements d'utilité publique. Nous aurions tendance à penser que le *trustee* est un représentant des *cestuis*, qu'il dispose seulement de droits d'usage sur les biens qui lui sont confiés, conformément à notre idée du démembrement de la propriété entre l'*usus*, le *fructus*, et l'*abusus*, catégories correspondant à des emplois différents de la chose qui peuvent se réunir, mais pas se mélanger.

Or le *trust* est toute autre chose. Le *trustee* est le propriétaire des biens constitués en *trust*, il les administre comme il le veut et peut en disposer à sa guise. Il peut les vendre, mais il devient par subrogation *trustee* du prix qu'il en a reçu. D'autre part, même propriétaire, il n'a pas l'usage ni la jouissance de la chose, ni le droit de la détruire matériellement. Si une limite existe à ses pouvoirs, elle est d'ordre moral, et non pas juridique : il doit *en conscience* administrer les biens en bon père de famille, en gérer les revenus et le capital suivant la volonté du constituant du *trust*. Les *cestui* n'ont à strictement parler aucun droit, [311] mais seulement des intérêts (*beneficial interest*). Cependant, et sans que le droit de propriété du *trustee* soit remis en question, la Cour de Chancellerie a décidé qu'au cas il n'exploiterait pas les biens dans les intérêts des *cestui*, le *trustee* pourrait être mis en prison, et ses biens placés sous séquestre.

B) Les traits distinctifs du droit des États-Unis

Issu du droit anglais, le droit des États-Unis est resté un droit de Common Law, au sens historique du terme : on y retrouve les grandes catégories dont nous avons parlé ; le droit d'origine législative n'est pas considéré comme le type normal de la règle de droit (quand il n'existe pas de précédent, le juriste américain dira facilement : « Il n'y a pas de droit sur la question », même en présence d'une loi). Mais ici encore, l'histoire a exercé son influence en lui donnant des traits distinctifs.

135. LA NOTION DE COMMON LAW AUX ÉTATS-UNIS. - Il est évident que le droit américain appartient à la famille de la Common Law en raison des spécificités de sa culture juridique. Cependant, cette appartenance culturelle peut-elle suffire à fonder l'existence d'un droit commun dans ce pays ? La question se pose avec acuité en raison du système fédéral qu'il a adopté. *A priori*, on est tenté de dire que la Common Law ne peut exister que si on la trouve au niveau fédéral. Or en 1938 un arrêt *Erie Railroad Company v. Tompkins* apporte une réponse négative par la bouche du juge Brandeis, qui exprimait l'opinion de la majorité de la Cour suprême des États-Unis : «... sauf dans les matières régies par la Constitution fédérale ou par les lois du Congrès, le droit qui doit être appliqué

dans toutes les espèces est le droit d'un Etat particulier. Que le droit de cet Etat ait été formulé par son parlement dans une loi écrite ou par sa Cour suprême dans une décision, ne regarde pas les autorités fédérales. *There is no federal general common law.* ». À l'époque, l'affaire fit grand bruit, car cet avis semblait enterrer la notion de Common Law. Cependant, on en est venu à considérer que chaque État pouvait posséder sa propre Common Law et que les diverses Common Law existant de ce fait sur le territoire des États-Unis ne constituaient pas des systèmes juridiques complètement autonomes. En effet, en cas de carence de la Common Law d'un État, ses juristes iront [312] rechercher la solution dans celles d'autres États. Dans les écoles de droit, une même question sera étudiée à travers les différentes solutions proposées par les Common Law de plusieurs États. En fait, on a tendance à minimiser les différences plus qu'à les accentuer, et à rechercher leur unité par un rapprochement entre les États, qui ne serait pas imposé par le pouvoir fédéral.

136. LES « CODES » AMÉRICAINS. - Contrairement à l'Angleterre, il existe de nos jours des recueils parfois nommés codes, (*Revised laws, consolidated laws*). On trouve ainsi un *United States Code Annotated* pour le droit fédéral ; des codes civils, de procédure civile, de procédure criminelle dans certains

États ; des codes pénaux dans tous les États. En fait, il ne s'agit pas de codes, mais de compilations. Leur plan est rédigé suivant un ordre alphabétique des matières. On y trouve les seules lois américaines à l'exclusion de la Common Law. Même codifiées, ces règles demeurent qualitativement inférieures. Elles doivent être interprétées par les Cours pour acquérir leur pleine valeur ; il est rare que les arrêts se fondent sur la seule application de la loi sans que soient aussi invoqués des précédents judiciaires. Seul l'Etat de Louisiane, pour des raisons historiques (la Louisiane fut découverte en 1682 par un explorateur français, puis subit des amputations dues à diverses guerres avant que Napoléon ne vende en 1803 les territoires restants aux États-Unis), est attaché à la tradition romaniste : l'idée des codes y est semblable à la nôtre.

Cependant, le pluralisme issu du système fédéral a été contrebalancé au cours de notre siècle par deux techniques. Tout d'abord, l'extension du droit fédéral aux

matières dans lesquelles l'uniformité est considérée comme nécessaire. D'autre part, la proposition faite aux États de lois-modèles uniformes, notamment dans le domaine commercial et pénal. Mais rien ne garantit l'unité d'interprétation entre les différents États.

137. LES DIFFÉRENCES DANS LES BRANCHES DU DROIT. - En raison du fédéralisme, le droit constitutionnel américain et l'*administrative law* sont évidemment très différents. Il existe un contrôle de constitutionnalité des lois aux États-Unis, mais pas en Angleterre. En matière de compétences, le principe a été posé en 1791 par le X^{ème} amendement à la Constitution : « Les pouvoirs que la Constitution ne délègue pas aux [313] États-Unis, et qu'elle n'interdit pas aux États d'exercer, sont réservés à chacun des États respectivement, ou au peuple ». La règle est donc la compétence législative des États, celle des autorités fédérales l'exception. Elle s'explique aisément par l'histoire. À l'époque, les treize colonies anciennement britanniques étaient davantage séparées qu'unies par leur peuplement, leurs intérêts économiques, leurs convictions religieuses, etc. Elles s'étaient rassemblées face à l'Angleterre pour mener à bien la guerre d'Indépendance, mais entendaient conserver leurs spécificités. Cependant, par la suite, l'unification des mœurs a entraîné l'extension des compétences des autorités fédérales, même si la compétence législative des États demeure la règle et touche des matières importantes (famille, successions, contrats, délits, droit criminel, procédure, dans lesquelles le droit fédéral n'intervient que de manière exceptionnelle).

Le droit du travail, celui des sociétés et des banques présentent aussi des divergences. Même si les droits américain et anglais sont attachés à la procédure, ils ne la pratiquent pas de la même manière. L'*attorney general* américain est un véritable ministre de la justice, alors que l'anglais n'est qu'un juriste employé par le gouvernement. L'américain dirige un véritable ministère public, chaque Cour fédérale comportant un *U.S. attorney*. Il intervient à titre de conseil dans tous les procès où la constitutionnalité d'une loi fédérale se trouve mise en cause.

Malgré ces différences, on voit en fin de compte qu'existe toujours une grande parenté entre le droit anglais et le droit américain : l'expression de *famille* de droits de Common Law n'est pas usurpée. Les liens entre ses membres provien-

nent d'une histoire longue d'un millénaire, celle de la formation de ce système en Angleterre, qu'il nous faut maintenant étudier.

[314]

Section II

La formation historique de la Common Law en Angleterre

[Retour au sommaire](#)

Cette histoire n'est pas simple ¹²⁶. Elle trouve son origine dans un phénomène colonial, la conquête de l'Angleterre par les Normands, qui posa des problèmes juridiques assez classiques. Mais la suite des événements fut tourmentée, et dépendit largement du contexte politique. Or si l'Angleterre est restée jusqu'à nos jours une monarchie, ce fut à travers bien des avatars. Tout au long de cette histoire, le pouvoir judiciaire joua un rôle. Affaiblissement de l'autorité royale, importance des tribunaux et de leur droit : autant de traits spécifiques par rapport à la France, qui contribuèrent à la formation de cultures juridiques différentes.

A. Un problème colonial (1066-1154)

138. UN CONTEXTE PLURI-ETHNIQUE. - Au tournant du XI^e siècle, le territoire anglais a déjà connu d'importantes migrations de populations. Les légions romaines abandonnent l'île en 407. Du Ve au Xe siècles, divers envahisseurs (Angles, Saxons, Frisons, Jutes et Francs) repoussent la population autochtone, les Celtes, jusqu'en Cornouailles et au pays de Galles (la légende du roi Ar-

¹²⁶ On se reportera d'autant plus utilement à l'ouvrage récent et synthétique de J. Vanderlinden, *Histoire de la Common Law*, Bruxelles, Bruylant, 1996, auquel les développements qui suivent doivent beaucoup. L'ouvrage déjà cité de R. David contient également un certain nombre de données historiques que nous utiliserons.

thur illustre sa résistance). D'origines différentes, ces conquérants finissent par s'identifier eux-mêmes indifféremment comme des Angles ou des Saxons, d'où le nom d'Anglo-saxons qui leur fut donné par la suite. Au VII^{ème} siècle, le territoire est divisé en sept principaux royaumes. La société est organisée en clans, régis par des coutumes. Cependant, tout le droit n'est pas coutumier. Certains rois (Ethelbert, Offa, Alfred, Canut) furent à l'origine de législations. À la fin du VII^{ème} siècle, de nouvelles invasions se produisent, en provenance du Danemark. Les Danois s'installent dans [315] l'est et créent un royaume, le *Danelaw*. Jusqu'au Xe siècle, Danois et Anglo-saxons sont rivaux. Puis Édouard le Confesseur rétablit la prépondérance saxonne et noue des relations avec les Normands installés en France.

Eux aussi venaient de Scandinavie. Leurs premières incursions se déroulent au VII^{ème} siècle ; en 845, ils sont tout près de prendre Paris, et s'installent durablement à la fin du siècle dans l'estuaire de la Seine. Incapable de les repousser, le roi Charles III le Simple, par le traité de Saint-Clair-sur-Epte (911) leur concède les territoires correspondant à l'actuelle Haute-Normandie. En 945, ses successeurs reconnaissent officiellement l'existence du duché de Normandie, particulièrement bien administré. Édouard le Confesseur désigne le duc Guillaume, son cousin, comme son successeur. Mais il lui préfère finalement Harold II, dernier souverain de la seule dynastie saxonne ayant survécu aux invasions scandinaves. À sa mort, en 1066, Guillaume défait Harold à la bataille de Hastings. Après d'autres combats, il règnera sur l'Angleterre, sous le nom de Guillaume le Conquérant.

Ainsi se clôt la période du droit anglo-saxon. Celui-ci est assez mal connu. Mais il n'est nullement uniforme : plusieurs systèmes juridiques s'entre-croisent. Ils sont d'abord fondés sur le système de la personnalité des lois (le droit applicable est celui de l'ethnie à laquelle on appartient), puis deviennent territoriaux (le critère ethnique se dissout au profit de la résidence sur un même territoire). Mais ce passage très progressif du droit du sang à celui du sol s'inscrit toujours dans le cadre de la diversité : le droit change d'un territoire à l'autre. Les Normands venus de France possèdent aussi leurs propres coutumes. Comment ces diverses règles juridiques vont-elles s'ordonner, y aura-t-il une hiérarchie entre les droits locaux et les droits exogènes ?

139. LA CONSTRUCTION D'UNE HIÉRARCHIE DES ORDRES JURIDIQUES. - Il s'agit d'un problème classique, posé par les annexions et colonisations : tous les envahisseurs (Rome y compris) l'avaient rencontré ; il se posera de nombreuses fois dans le futur aux colonisateurs européens.

Sur le plan linguistique, l'origine française de la conquête normande est aisément perceptible. Le français demeure la langue de la Cour jusqu'aux Tudor, à la fin du XVe siècle. L'extension de la compétence des tribunaux royaux le conforte. Il faudra attendre 1731 pour que l'anglais l'emporte définitivement sur le français et le latin. Les [316] praticiens du droit l'emploient couramment jusqu'au début du XVe siècle ; en anglais il est appelé *Law French*, ou *Anglo-French*.

Pendant le siècle qui va de la bataille d'Hastings jusqu'au règne d'Henri II (1154-1189), les habitants de l'Angleterre naviguent au mieux de leurs intérêts entre des systèmes juridiques différents. Les élites locales adoptent des attitudes variées vis-à-vis des conquérants, allant de la collaboration à la résistance. Les gens de condition modeste s'efforcent de faire le meilleur choix entre les autorités traditionnelles et les droits locaux d'une part, et les nouveaux maîtres du pays et le droit importé d'autre part. Dans la pratique, même si le pouvoir a changé de mains, les tribunaux locaux continuent à appliquer l'ancien droit coutumier. S'y ajoute le droit des marchands (*law merchant*), fortement composé de droit maritime en raison du caractère insulaire de l'Angleterre. Ce dernier est administré par les autorités des grandes villes portuaires. Le droit du commerce terrestre, qui existait avant la conquête normande, est appliqué par les juridictions propres aux villes de foire, les Cours de piedpoudre (on peut penser que ce terme fait allusion au fait que les marchands, en raison de leurs déplacements, avaient souvent leurs chaussures couvertes de poussière).

Mais il s'agit là d'une situation initiale, que les envahisseurs, peu nombreux et parlant une langue étrangère (le français) vont s'efforcer d'infléchir. Entre la perpétuation d'un pluralisme plus horizontal que vertical et l'assimilation des droits autochtones par le droit importé, ils choisiront un moyen terme : maintien de la pluralité des ordres juridiques, mais affermie par un principe hiérarchique. Tout d'abord, notons que comme partout en Europe, les rois d'Angleterre avaient parmi leurs conseillers des juristes (surtout ecclésiastiques) formés au droit romain et au droit canonique, donc sensibles à des visions unificatrices (mais pas uniformisantes) du droit. Mais la législation royale durant ce siècle demeurera peu abondante :

moins de dix textes sont parvenus jusqu'à nous. De plus, les unités administratives anglo-saxonnes (les *shire*, administrés par des *sheriff*) seront maintenues. Cependant, elles sont unifiées, dans la mesure où elles subissent le contrôle d'une administration centrale chargée de tenir les comptes du roi, l'Echiquier, importée de Normandie (afin d'effectuer leurs opérations comptables, le chancelier et ses assistants avaient coutume d'utiliser un drap à damier comparable à un échiquier).

[317]

Sur le plan judiciaire, les tribunaux locaux, d'abord largement autonomes, seront également progressivement soumis au contrôle du pouvoir royal. Henri I envoie ainsi sous le nom de justiciers des membres de sa cour ainsi que d'autres personnes de confiance en inspection dans le pays. Le voyage qu'ils accomplissent s'appelle *erre* (du verbe *errer*) en vieux français, *eyre* en anglais. Leur mission est définie soigneusement dans un document écrit, le *writ*. Ils ont notamment des attributions judiciaires, exercées au nom du roi, « fontaine de justice ». Ces hauts personnages connaissent évidemment mieux leur droit normand que les droits locaux. Le contenu de leur décision est donc souvent déjà le produit d'une acculturation juridique. Mais ces *eyre* constituent les germes de la Common Law : non seulement ils commencent à introduire des solutions différentes, mais ils préparent un droit plus unifié, même s'il n'abolit pas les coutumes. En effet, quand ils se rencontrent à la Cour du roi, les justiciers échangent leurs impressions, effectuent des rapprochements à partir de leurs expériences.

En 1154, les Plantagenêt succèdent aux Normands. Ils resteront les maîtres de l'Angleterre jusqu'en 1485. À l'origine, il s'agit de la maison royale d'Anjou, fondée par Geoffroi V (1113-1151) qui a pris pour épouse Mathilde, fille du roi Henri I d'Angleterre. Leur nom dérive du latin *planta* (le brin) et *genista* (le genêt), en allusion à la branche de genêt que Geoffroi portait toujours à son casque. Henri II d'Angleterre règne sur un vaste territoire : la Bretagne, l'Irlande, l'Écosse... et plus de la moitié de la France, du fait de son mariage avec Aliénor d'Aquitaine. Son règne correspond à la naissance de la Common Law.

140. LA NAISSANCE DE LA COMMON LAW. - Du fait des conflits qui ont entouré son accession au trône, Henri II a besoin d'affirmer son pouvoir et de rétablir l'ordre dans le royaume.

Parmi d'autres mesures, il entreprend de créer un appareil judiciaire permanent. En 1168, les *eyre* se fixent en devenant un ensemble de circuits judiciaires partant du centre du royaume pour couvrir tout le pays et périodisés annuellement. Deux ans auparavant, le roi avait adopté l'*assise* (la loi) de Clarendon, définissant en 22 articles les règles essentielles de leur procédure. D'autre part, l'*assise* redonne vie à une institution de la période anglo-saxonne : le jury, composé de douze personnes, siégeant en matière civile comme criminelle. La mesure est [318] habile, car elle intègre la population dans les processus nouveaux de production du droit, même si subsistent les juridictions locales. Mais l'influence des justiciers n'est pas moins importante. Ceux-ci deviennent un corps de spécialistes et organisent le droit à partir de processus essentiellement judiciaires (peu d'entre eux ont une formation universitaire, à la différence des juristes du continent). Le juge acquiert ainsi peu à peu la place prépondérante qui est devenue la sienne dans le droit anglais. Autre facteur d'unification, la création du Banc, en 1178. Il arrivait que la population se plaigne des sentences des justiciers. Henri II institue alors le Banc, un tribunal composé de cinq membres de son entourage immédiat, fixé à Westminster.

Cette unification judiciaire conforte l'élaboration d'un droit commun. Il n'est pas de source législative, mais provient d'un mélange entre le droit normand, des éléments de droits romain et canonique, les droits autochtones, et surtout les expériences concrètes des justiciers, qui partagent leur savoir. Cependant, il ne s'agit pas encore proprement parler d'un droit jurisprudentiel, même s'il provient de l'activité des juges. Cette Common Law est en effet d'abord formée à partir de discussions entre les juristes sur les cas concrets qu'ils ont rencontrés, plutôt que sur la notion plus moderne de précédent. C'est un *judge made law*.

À la fin du XII^e siècle apparaît le premier ouvrage de doctrine important fondant l'existence de la Common Law : le *Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae*, attribué au justicier en chef Ranulf de Glanvill. Il est le premier à faire allusion au droit et à la coutume du « royaume d'Angleterre » et non plus aux royaumes antérieurs ; il insiste sur la primauté de la procédure par rapport au droit substantif et sur le rôle des juges royaux comme producteurs de ce droit. La Common Law est née : elle conservera toujours ces traits initiaux.

B) La Common Law et les forces contraires (1189-1485)

141. LES DIFFICULTÉS DE LA COURONNE. - L'histoire de la Common Law est liée à celle du pouvoir royal. Or celui-ci est confronté à de nombreuses difficultés. Sur le plan intérieur, de 1189 à la fin du Moyen-Âge, peu de rois ont pu consolider l'héritage d'Henri II. D'abord, les conflits avec la noblesse sont fréquents. D'autre part, dans [319] la seconde moitié du XVe siècle s'ouvre la guerre dite des Deux roses (1455-1485), qui oppose deux branches de la famille royale : les Lancastre (dont l'emblème est une rose rouge), les York (leur rose est blanche). Le conflit se termine en 1485 lorsque qu'Henri Tudor, héritier des Lancastre, monte sur le trône sous le nom d'Henri VII et épouse Élisabeth d'York, fille d'Édouard IV. Sur le plan extérieur les conflits avec la France sont nombreux. Le plus connu est la Guerre de Cent Ans (en fait entrecoupée de nombreuses trêves) qui se termine par la perte des possessions des rois d'Angleterre sur le continent. Néanmoins, pendant plus de trois siècles, ceux-ci feront figurer l'appellation de « roi de France » dans la liste de leurs titres. Parmi ces entreprises extérieures, les croisades ont aussi beaucoup compté. Ces expéditions exigent des moyens financiers. Le roi recherche souvent l'aide de la bourgeoisie. Celle-ci l'accorde, mais y gagne une représentation dans le Conseil royal. Nous sommes là à la source du bicaméralisme anglais. En effet le Conseil comporte dès lors une double représentation : celle des seigneurs (les *lords*), et celle des gens du commun (les *commons*), en fait non pas les humbles, mais au contraire les riches.

142. LES OSCILLATIONS DE LA JUSTICE ROYALE. - De 1189 jusqu'au règne d'Édouard I (1239-1307), la justice royale et le droit royal connaissent des évolutions différentes : la première voit son champ se rétrécir, tandis que le second se généralise. En 1214, la Grande Charte, imposée au roi par les nobles, décide que les affaires courantes ou plaids communs (*common pleas*) seront jugées dans des lieux fixes (le plus souvent à Westminster, sinon à York), afin d'éviter que la justice soit trop liée aux aléas des nombreux déplacements des rois. Ainsi commence la Cour des Plaids, héritière du Banc. À l'origine exceptionnelle,

sa compétence devient générale : elle représentera pour le peuple la juridiction ordinaire et sera le principal instrument de propagation du droit royal. L'*eyre* ne disparaît qu'au XIV^e siècle, mais devient moins importante. Le roi rend la justice lui-même à des occasions de moins en moins fréquentes. Il le fait devant sa Cour, alors nommée Banc du roi (*King's Bench*). Cette justice est considérée comme supérieure aux autres.

Le règne d'Édouard I (1239-1307), appelé par J. Vanderlinden le « Justinien anglais », marque une reprise en main de l'appareil judiciaire, ainsi que la primauté conférée à la loi dans la production du droit. [320] D'une part, il purge le Banc du roi et tous les Plaids communs, tout en laissant subsister les juridictions locales, notamment les cours commerciales des villes d'étapes. D'autre part, ses légistes travaillent à une mise en ordre de la législation royale. Ils le font à la manière des rédacteurs du Digeste, ne se privant pas de modifier les textes si nécessaire.

Durant cette période une autre source du droit commence à prendre une importance qu'elle n'aura pleinement qu'à partir de la fin du XIV^e siècle : l'Equity.

143. NAISSANCE DE L'EQUITY. - La distinction entre Common Law et Equity est fondamentale dans l'histoire du droit anglais. Il faut donc bien s'entendre sur ses termes. De manière *générale*, l'expression Common law sert à désigner l'ensemble du système juridique de l'Angleterre, *Equity comprise*. De manière *plus stricte*, elle désigne seulement le système juridique mis en place par les roi d'Angleterre à partir du XII^e siècle, et se distingue de l'Equity, ordre juridictionnel spécifique dont il nous faut maintenant retracer la naissance et l'évolution.

Comme nous l'avons souligné, les procédures de la justice anglaise sont fort complexes. D'autre part, dans l'esprit de l'époque, le caractère charismatique de la personne royale en fait un ultime recours pour les plaideurs. Si ces derniers ne sont pas satisfaits du jugement rendu par les Cours de Common Law, ils vont dès le XIV^e siècle s'adresser aux rois en lui demandant d'intervenir « pour satisfaire à la conscience et en oeuvre de charité ». Le roi n'est donc pas tenu aux règles du droit strict : il peut statuer en équité. Dans la pratique, le rôle est tenu par son Chancelier. Gardien du Grand Sceau du royaume, il authentifie les documents écrits de nature administrative ou judiciaire, les *writ* (du verbe *write*, écrire). Dans le dernier cas, ils permettent l'introduction d'une action en justice devant une Cour

royale. À l'origine, le Chancelier pouvait même en émettre. Mais son pouvoir est par la suite restreint à la possibilité de modifier légèrement les writ, de manière à en étendre l'application à des cas voisins dans les affaires qui lui sont soumises. En général il s'agit d'un ecclésiastique, formé au droit canonique et sensible aux considérations morales. Il utilise d'ailleurs une procédure inspirée du droit canonique, beaucoup plus souple que celles des juridictions de Common Law, et ne comportant jamais de jury. Ce type d'activité juridictionnelle rencontra au XIV^e une grande faveur de la part des [321] humbles : « Personne ne quitte la cour de chancellerie sans un remède », écrit un auteur anonyme de la fin du XV^e siècle. Mais à la fin du Moyen-Age, la qualité sociale des plaideurs s'élève : les personnes plus aisées ont compris qu'en recourant en à l'Equity, elles pouvaient contourner la loi. Dès lors, le champ de compétence de l'Equity augmente. Il comprenait déjà les affaires mettant en cause des marchands étrangers ou le droit maritime ; celles où on pouvait craindre que le défendeur, plus puissant que le demandeur, refuse de s'incliner ; ainsi que celles où les exigences procédurales des Cours de Common Law pouvaient faire obstacle à des décisions justes. S'y ajoutent le droit commercial, celui des biens et de la responsabilité extra-contractuelle. Une des innovations majeures de l'Equity par rapport à la Common Law sera l'invention de la technique du *trust*. Mais cette extension de l'Equity à des catégories sociales plus aisées ramène les humbles au point de départ : elle n'est plus un remède à leur situation.

Pour autant, l'intervention du Chancelier ne heurte jamais de front l'activité des juges. En principe, il ne crée pas des règles de droit nouvelles et reste soumis à celles de la Common Law : « *Equity follows the law* (L'équité respecte le droit) » est un adage très souvent cité par la Chancellerie. En fait, de plus en plus, l'Equity va consister en un corps de règles distinctes, même si elles sont toujours en principe complémentaires de la Common Law. À la fin du Moyen-Age, l'activité d'Equity de la Cour de Chancellerie s'est tellement développée qu'elle a entraîné le déclin du Banc et des Plaids communs. À l'époque, on aurait pu penser que la Common Law allait progressivement disparaître.

C) Les menaces contre la Common Law et les transformations de l'Equity (1485-1688)

Certaines menaces contre la Common Law furent écartées ; d'autres, résultant de la concurrence d'autres juridictions, furent plus graves. Mais l'Equity connut aussi des transformations.

144. LES MENACES ÉCARTÉES. - Face à la diversité et à l'abondance des sources jurisprudentielles, un besoin d'ordre se fait sentir, qui favorise l'importation d'éléments empruntés au droit romain. Entre 1628 [322] et 1641, Edward Coke publie le premier traité d'ensemble de la Common Law, auquel il donne un nom significatif : les Institutes, même si les ressemblances avec l'oeuvre romaine sont surtout formelles. Parallèlement se multiplient au XVI^e et XVII^e siècles des ouvrages de synthèse en différentes matières : droit constitutionnel, procédural, foncier et de la responsabilité civile. Ces différents efforts d'unification ne dissolvent pas la Common Law, mais introduisent en elle des éléments exogènes.

D'autre part, le besoin d'unité se manifeste aussi dans une recherche de codification. Le mouvement commence sous Henri VIII, qui règne de 1509 à 1547. Il prend de l'ampleur avec Francis Bacon (1561-1626), chancelier de Jacques I^{er}. Choissant Justinien comme modèle, il souhaite la confection d'un Digeste anglais, ainsi que d'Institutes. Enfin, pendant le bref temps (1649-1660) de la République (*Commonwealth*) anglaise, on caresse le rêve révolutionnaire de se passer des juristes, catégorie peu populaire. Pour ce faire, il suffirait d'élaborer un petit livre, qui serait au droit ce que la Bible est à la religion. Mais ce rêve ne se réalisa pas.

145. LA CONCURRENCE JURIDICTIONNELLE. - Dès le début du XVI^e siècle, la concurrence exercée par la Chancellerie ainsi que d'autres cours royales provoque une diminution du contentieux traité par les cours de Common Law. Cependant, les chiffres dont nous disposons restent difficiles à interpréter. En tout cas, dès le règne d'Henri VII, le pouvoir royal met en place des cours qui

dépendent de lui. En 1487, Henri VII crée la Chambre étoilée, ainsi nommée soit parce que son plafond était décoré d'étoiles, soit parce qu'on y déposait les actes passés par les Juifs. Elle deviendra un des instruments de l'absolutisme des Stuart et sera abolie en 1641, lors des affrontements entre le roi et le Parlement. En 1493 est créée la Cour des Requêtes. Elle doit répondre aux besoins des humbles, puisque la Cour de Chancellerie s'en est détournée : suivant le même processus, elle entrera donc en concurrence avec les cours de Common Law. Elle sera abolie en même temps que la Chambre étoilée. Les transformations opérées dans le fonctionnement de la Cour de l'Amirauté, très active en raison de la politique maritime entreprenante des monarques de époque, provoqueront un empiètement de cette cour sur les compétences des juridictions de Common Law.

[323]

146. LES TRANSFORMATIONS DE L'EQUITY. - A la fin du XVII^e siècle, ce qui avait fait l'avantage de l'Equity, sa souplesse par rapport au droit strict, devient objet d'appréciations moins positives. On dénonce le danger d'arbitraire des juges, comme Lord Nottingham, chancelier à partir de 1675 : «... il vaudrait mieux pour les sujets que la Chancellerie n'existe pas plutôt que de voir la condition des hommes dépendre du bon plaisir d'une cour qui prend sur elles d'être purement arbitraire ». En conséquence il décide que la règle du précédent s'imposera en Equity, à l'instar de la Common Law. Cette réaction ne peut surprendre, si on se souvient que tout le XVII^e siècle avait été traversé de graves affrontements entre le pouvoir royal et les forces politiques rivales, allant même jusqu'à l'abolition de la monarchie et l'instauration d'une République.

En fin de compte, la Common Law survécut à ces différents dangers. L'Equity quant à elle avait beaucoup évolué depuis ses origines. Au XVII^e siècle, elle était devenue un corps de véritables règles juridiques, administrées selon une procédure beaucoup plus formelle qu'auparavant, qui, d'une certaine manière, la rapprochaient de la Common Law. Il pouvait arriver que pour une même affaire, les justiciables doivent intenter deux actions : l'une devant une Cour de Common Law, l'autre devant la Cour de Chancellerie. Par exemple l'exécution en nature d'un contrat relevait de l'Equity, celle de dommages-intérêts pour retard dans

l'exécution de ce contrat de la Common Law. À la longue, on prit conscience de certains inconvénients de ce dualisme. Les compétences respectives des deux systèmes n'étaient pas toujours très bien définies et pouvaient entrer en concurrence. Au cours du XIX^{ème} siècle, il devint nécessaire de procéder à une mise en ordre. Par ailleurs, depuis cette époque, le droit anglais subit de profondes mutations.

D) Les mutations des XIX^{ème} et XX^e siècles

Un certain nombre d'évolutions se produisent à cette époque. Le droit législatif connaît un renouveau tandis que l'idée de codification refait surface ; l'Equity et la Common Law sont coordonnées et la règle du précédent se fixe.

[324]

147. L'ÉLAN LÉGISLATIF. - Ces deux siècles sont marqués par le triomphe des idées démocratiques et, après le second conflit mondial, l'édification d'un État-Providance (*Welfare State*) qui entend se doter des moyens propres à la transformation de la société. Des réformes de la procédure interviennent en 1832 et 1852, visant à la simplifier. Ce qui provoque un rapprochement entre les juristes anglais et ceux du continent, dans la mesure où les premiers peuvent désormais davantage s'intéresser au fond du droit. On abroge les lois obsolètes dans un mouvement (*consolidation*) qui tend à systématiser les solutions de la Common Law. Le droit législatif influence plus qu'auparavant le droit anglais. Non pas en tant que producteur direct de normes, ce qui reste une attitude continentale, mais plutôt parce qu'il indique aux juridictions des voies nouvelles dans lesquelles elles continuent à jouer leur rôle traditionnel de production du droit. C'est une différence fondamentale avec le système français : les leaders révolutionnaires, emportés par le culte de la loi et hostiles au pouvoir des juges, entendaient au contraire abolir la jurisprudence dans notre pays.

Au XX^e siècle, l'histoire de l'Angleterre se modifie. Après le premier conflit mondial, le courant libéral jusque là dominant est concurrencé par les idées socialistes. L'issue de la deuxième guerre ne fait que les conforter. Un rôle moteur est reconnu à l'État dans l'édification d'une société nouvelle, qui serait plus juste.

L'impulsion vient donc moins des tribunaux que de l'État, d'où la production d'un grand nombre de règlements et actes administratifs. Un courant inverse de celui qui avait jusque-là entraîné le système de la Common Law, mais plus familier aux juristes continentaux.

Aujourd'hui, l'entrée -assez progressive- de la Grande-Bretagne dans le système européen doit évidemment favoriser les contacts entre les deux familles de droit. À cet égard, les réticences anglaises vis-à-vis de la construction européenne ne sont pas inspirées que par des motifs politiques ou économiques : on les comprend davantage en les inscrivant dans une évidente différence de cultures juridiques, formée par l'histoire.

Cependant, au XIX^{ème} siècle, l'idée de codification continue à séduire certains.

[325]

148. LA TENTATION DES CODES. - Le porte-parole le plus illustre de l'idée codificatrice est Jeremy Bentham (1748-1832), à la fois philosophe, économiste et juriste. Ses principales oeuvres sont : *Introduction aux principes de morale et de législation* (1789), *Raisonnement de l'évidence judiciaire* (1827), *Code constitutionnel* (1830). Il est connu dans l'histoire de la philosophie en temps que fondateur de l'utilitarisme : les actions justes sont celles qui tendent à produire le plus grand bonheur pour le plus grand nombre d'individus ; le bonheur est l'équivalent du plaisir ; il convient de répartir également les plaisirs et les peines. Les activités politiques et juridiques doivent être jugées suivant ce critère. Bentham est hostile au droit naturel. Il reconnaît l'importance de la jurisprudence anglaise, mais en tant que base d'une codification désirée, alors que, dans la tradition anglaise, le droit légiféré ne devient véritablement du droit que s'il est repris par la jurisprudence : deux mécanismes inverses. Pour lui, le juge n'est que « la bouche de la loi » ¹²⁷ (à la veille de la Révolution, on parlait en France du « juge-automate ») ; il n'a pas de pouvoir d'interprétation. Très éloignées de la tradition anglaise, ses idées n'aboutirent pas à des codifications à la française. Cependant,

¹²⁷ L'expression vient de France : « Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur », (Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre 6).

elles influencèrent de profondes réformes de l'organisation judiciaire entre 1830 et 1875, opérées par voie législative, notamment sous l'influence du Chancelier Henry Brougham (1788-1868).

L'idée de codification se trouva également confortée de manière plus indirecte, par l'expérience coloniale de l'Angleterre en Inde. En effet, l'Angleterre souhaitait y construire un droit moderne, face aux droits autochtones. En 1833, on réunit la première *Law Commission*. Jusqu'à la fin du siècle, l'entreprise de codification progressera, sur la base d'une simplification de la Common Law, plus ou moins adaptée aux conditions locales. Furent ainsi successivement codifiés le droit des procédures civile et pénale, le droit pénal, celui des contrats, des successions, des fiducies (*trusts*) et de la preuve. Bien que lointaines, ces expériences de codifications, dans leur souplesse et leur progressivité, correspondaient mieux à la culture juridique anglaise que les idées radicales de Bentham. En 1866, une commission est désignée afin d'examiner l'opportunité de la rédaction d'un « Digeste » du droit [326] anglais. Différentes oeuvres en résultèrent, qui constituent des codifications « à l'anglaise ». Non pas des codes à visée la plus générale possible, mais plutôt des recueils synthétisant l'état de la Common Law sur un certain nombre de matières : droit de la preuve (1876), droit pénal (1877), des lettres de change (1878), de la vente de meubles (1893). Si codes il y a, ils ne submergent donc nullement la Common Law.

De même, la règle du précédent, caractéristique du droit anglais, loin de disparaître, se consolide.

149. LE STARE DECISIS. - La règle du précédent est ancienne. Sa première formulation théorique date de la restauration des Stuart (1660). On voulait alors éviter l'éventuel retour de trop grandes variations des décisions judiciaires, qui avaient marqué la période suivant la guerre civile. En 1673, J. Vaughan, Juge en Chef de la Cour des Plaids communs, en est l'initiateur dans sa décision *Bole c. Horton*. Au XVIII^e siècle, Lord Mansfield (1705-1793), Juge en Chef du Banc du roi associe les idées de raison et de tradition. La recherche du précédent doit être non celle de la lettre des décisions, mais de leur esprit, la *ratio decidendi*. Le juriste doit se demander pour quelle raison le juge a antérieurement statué. Cette idée ne nous est pas étrangère, puisque la jurisprudence s'est maintenue chez nous

comme source du droit. Mais à la différence de l'Angleterre, c'est une source inférieure à la loi. Position logique, dans la mesure où en l'absence d'un système codifié sur la base du droit romain, le juge anglais ne devait pas simplement appliquer la loi ou l'interpréter, mais la dégager, dans un processus beaucoup plus créatif. Mais c'est seulement au cours des XIX^{ème} siècle que cette règle du précédent devient un principe obligatoire (*stare decisis*) : le juge doit s'en tenir aux règles posées par ses prédécesseurs. À la fin de ce siècle, il est définitivement ancré dans la théorie de la Common Law. Mais elle s'impose aussi à d'autres sources du droit. L'esprit de l'Equity peut y paraître très opposé : la recherche d'une solution équitable peut être gênée par l'obligation du précédent. Mais comme nous l'avons vu, l'Equity s'est elle-même transformée en un corps de règles de droit complémentaires ou rectificatrices de la Common Law. Dès lors, l'obstacle disparaît. La règle du précédent joue également en ce qui concerne l'interprétation des lois, au point que leurs principes généraux peuvent être engloutis par le flot de la jurisprudence, d'où des réactions [327] de l'administration visant à contrôler elle-même le contentieux relatif à ces lois.

D'autre part, l'application de cette règle tient compte d'un autre particularisme, celui de la forme des jugements anglais. La décision elle-même n'est pas motivée : le juge anglais ordonne sans se justifier. Sans doute en raison du pouvoir dont il est imbu. On retrouve cette absence de motivation dans les jugements des Cours d'assises françaises, par ailleurs non susceptibles d'appel : ici, c'est la majesté du peuple souverain qui est en cause ; mais on peut douter de la confusion entre souveraineté et infaillibilité... De même, on sait la brièveté des motivations des décisions du Conseil d'État, juridiction suprême en matière administrative. Mais en Angleterre, l'absence de motivations est contrebalancée par les commentaires du juge sur sa propre décision (sans compter la technique de l'exposé de l'opinion dissidente, inconnue en droit français, par laquelle un des juges en désaccord avec la décision prise par ses collègues exprime son avis, porté lui aussi à la connaissance des plaideurs). Tout à fait inhabituel pour un juriste français, ce commentaire prend souvent l'allure d'un véritable exposé doctrinal. Cette coutume provient largement de l'histoire. Comme on le sait, les juristes anglais n'étaient pas formés dans les universités, mais par la pratique. Le juge était donc appelé à jouer aussi le rôle d'un professeur, expliquant aux étudiants et futurs avocats la manière dont il était parvenu à sa décision. La règle du précédent s'applique aussi

à ses commentaires, qui peuvent dépasser le cadre de l'affaire qui en est à la source. Mais le juriste doit l'appliquer en distinguant soigneusement ce qui, dans le discours du juge, porte spécifiquement sur la décision, et qui constitue le précédent, de l'*obiter dictum* (ses commentaires d'ordre plus général, qui ont valeur de persuasion et dépendent de son prestige personnel), qui ne lui appartient pas.

À l'époque où commence à s'appliquer avec rigueur le principe du *stare decisis* se produit une mutation profonde du système judiciaire anglais : la coordination de la Common Law et de l'Equity.

150. LA COORDINATION DE LA COMMON LAW ET DE L'EQUITY.

- Depuis leurs origines jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, la Common Law et l'Equity ont constitué deux systèmes juridiques distincts, sanctionnés par des juridictions différentes. En 1873 et 1875, par deux *Judicature* [328] *Acts*, le législateur anglais transforme la distinction. La Common Law et l'Equity continuent à former deux systèmes de droit distincts : elles ne fusionnent pas. Mais les diverses juridictions peuvent adopter à leur gré l'un ou l'autre système pour statuer dans les différends qui leur sont soumis. Il y a coordination ou, si l'on préfère, unification sans uniformisation. D'ailleurs, la distinction entre les procédures, très différentes, se maintient. Au sein de la Cour suprême créée par les *Judicature acts*, des juges groupés dans la Division du Banc de la Reine (c'est l'époque du grand règne de Victoria) utilisent la procédure orale et contradictoire de la Common Law ; les juges de la Division de la Chancellerie suivent la procédure écrite et inquisitoire de l'Equity. Les avocats continuent à être spécialisés dans l'un ou l'autre système. Mais les mêmes juges sont libres d'appliquer celui qu'ils souhaitent. Certaines modifications fondamentales vont en résulter.

D'une part l'origine historique en tant que critère d'appartenance d'une règle à un système tend à s'affaiblir au profit de celui de l'efficacité procédurale. Ainsi, la matière des faillites (*bankruptcy*) est passée de la Common Law à l'Equity, dans la mesure où on a considéré que l'organisation de la liquidation collective du patrimoine du failli était plus importante que l'appréciation de son comportement délictuel. De plus, certaines matières nouvelles sont apparues, pour lesquelles le référent historique est inadéquat : ainsi du droit des sociétés par actions (*company*

law), réglé par l'Equity. Des répartitions nouvelles se sont donc progressivement opérées. Appartiennent à la Common Law le droit criminel, le droit des contrats et de la responsabilité civile (*torts*), où sont appliquées des doctrines qui ont leur origine dans l'Equity. De son côté, celle-ci englobe la *real property*, le droit des *trusts*, des sociétés commerciales, des faillites, l'interprétation des testaments et la liquidation des successions. Certaines de ces matières trouvent leur origine historique dans l'Equity, mais d'autres lui ont été attribuées car leur nature semblait mieux convenir à la procédure propre de l'Equity. C'est pourquoi, au XXe siècle, comme le note R. David¹²⁸, le véritable critère de distinction entre Common Law et Equity est de nature procédurale. Les matières semblant surtout justifiables d'une procédure écrite tombent dans l'Equity ; celles où une procédure orale paraît préférable appartiennent à la Common Law.

[329]

151. LE POUVOIR JUDICIAIRE EN ANGLETERRE ET EN FRANCE.

- La tradition française est hostile au pouvoir judiciaire. Sous l'Ancien Régime, les tentatives n'ont pas manqué de la part des parlements pour instaurer un partage du pouvoir avec le roi, sur la base d'une prétendue représentation de la Nation par le corps parlementaire. S'ils ont échoué sur le plan constitutionnel, leur influence politique dans l'affaiblissement du pouvoir royal a été déterminante et apparaît comme une des causes de la Révolution. Méfiante, celle-ci les supprimera. De plus, la République fut hostile au pouvoir des juges, dans la mesure où elle voyait dans la loi la volonté de la Nation, ce qui suffisait à lui assurer un rôle dominant, sinon exclusif, en tant que source du droit. Les théories de Rousseau venaient d'ailleurs à point nommé, qui exaltaient le rôle de la Volonté générale, fondant une souveraineté populaire infaillible et indivisible. En outre, les parlementaires représentaient un corps des plus privilégiés : tout ce que haïssaient les républicains, attachés à l'égalité civique des Français. Très vite, plusieurs textes interviennent pour interdire au juge de se mêler des affaires de l'administration. La loi des 16-24 août 1790 (titre II, article 13) dispose que : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit

¹²⁸ Cf. David R., *op.cit.*, 357-358.

les opérations des corps administratifs ». Une loi du 16 fructidor an III réitère l'interdiction faite aux tribunaux de connaître des actes d'administration. Jusqu'en 1800, l'administré ne pourra se plaindre qu'auprès de l'administration elle-même, ce qui lui offre peu de garanties. Conscient des mécontentements que cette situation est susceptible d'engendrer, Napoléon va prendre des décisions qui sont à l'origine de la dualité des ordres de juridictions, inconcevable dans la tradition anglaise. En l'an VIII, il crée les Conseils de préfecture. Ce sont des tribunaux administratifs d'attributions, compétents uniquement pour les catégories de procès dont la loi leur attribue la connaissance. La même année, la nouvelle constitution crée le Conseil d'État, qui joue un rôle double. D'une part il conseille le gouvernement et prépare les textes législatifs. D'autre part, il étudie les réclamations des administrés et adresse au Premier Consul une proposition de réponse, ce dernier ayant seul le pouvoir de décision. C'est là le début de son rôle juridictionnel, qui s'amplifiera au cours du XIX^{ème} siècle. Une loi du 3 mars 1849, puis une loi du 24 mai 1872 lui reconnaîtront officiellement le caractère d'une juridiction. Par ailleurs, la Constitution [330] de 1791 prévoit que : « Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions », (titre III, chapitre V, article 3). Plus près de nous, le titre VIII de la Constitution de 1958 est consacré à l'*autorité* judiciaire, terme moins fort que celui de pouvoir.

Rien de tel en Angleterre. Les Cours supérieures de justice y ont toujours représenté un véritable pouvoir, garant des libertés (l'article 66 de notre constitution de 1958 affirme bien que l'autorité judiciaire est « gardienne de la liberté individuelle », mais elle dispose incontestablement de moins de moyens pour jouer ce rôle). Particularité difficilement concevable pour un juriste français, il n'existe pas de ministère public auprès des tribunaux : la présence d'un agent du gouvernement représentant le pouvoir exécutif serait en Angleterre considérée comme contraire à l'autonomie du pouvoir judiciaire ¹²⁹. De plus, le recrutement des juristes, même si ceux-ci sont maintenant formés dans les universités, appartient à des institutions qui fonctionnent sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Enfin, aujourd'hui encore, un Anglais continue à voir la manifestation la plus authentique du droit dans le jugement plutôt que dans la loi. Cependant, comme nous

¹²⁹ Sur un tempérament récemment apporté à cette attitude, cf. *infra*, p390

allons le voir en élargissant notre réflexion à l'Europe, l'unité juridictionnelle du Royaume-Uni (dont l'Angleterre fait partie avec l'Écosse et l'Irlande du Nord, ainsi que le Pays de Galles) est tempérée par des subdivisions internes.

152. UNITÉ ET PLURALITÉ DES ORDRES JURIDICTIONNELS EN EUROPE. - Au-delà des cas de l'Angleterre et de la France, on peut se demander si règne en Europe une attitude dominante quant au choix entre unité ou pluralité des ordres juridictionnels ¹³⁰. Citons tout d'abord quelques exemples illustrant le principe unitaire. C'est le cas d'une partie de l'Europe du Nord. En *Norvège* (selon une tradition remontant à la Constitution de 1814, toujours en vigueur), *Danemark* et *Islande*, le système juridictionnel est coiffé par une Cour suprême unique. Tous les tribunaux peuvent connaître des dossiers aussi bien civils que pénaux. En *Écosse* et *Irlande du Nord*, le principe de l'unité règne aussi, suivant l'esprit du *Bill of rights* de 1689 prescrivant que le roi, les ministres et [331] les fonctionnaires doivent être soumis à la loi ordinaire. Cependant, à l'intérieur de la juridiction de droit commun, existe une distinction entre les juridictions suivant les matières dans lesquelles elles interviennent. Il y a de nombreuses juridictions spéciales (les *tribunals*) à côté des juridictions judiciaires. Toutefois, observation très importante, la répartition des compétences repose sur la nature des matières, et non pas sur le caractère public ou privé des parties aux litiges : cette pluralité n'a donc rien à voir avec le dualisme français. Dans le prolongement du système anglais, le *Canada* est placé sous le régime de l'unité juridictionnelle : l'administration est assujettie au droit commun, qu'applique le juge ordinaire. De la fin du XIX^{ème} siècle jusqu'au milieu du nôtre, un certain nombre d'initiatives législatives tendirent à excepter certaines administrations ou catégories d'actes du contrôle judiciaire. En 1953, la Cour suprême entendit revenir sur cette tendance, mais ces initiatives persistèrent. Notamment au Québec, où furent créés des tribunaux administratifs d'appel destinés à se substituer à la Cour supérieure. Cependant, en 1980 et 1981, la Cour suprême du Canada rendit deux arrêts de principe déclarant inconstitutionnelle toute tentative de mise en place au Canada d'une dualité juridictionnelle.

¹³⁰ Pour plus de détails, cf. les contributions réunies sur ce thème dans la *Revue française de droit administratif*, 6 (5), septembre-octobre 1990.

En Europe, la France n'est pas la seule à avoir choisi un système pluriel. En *Allemagne*, la Loi fondamentale prévoit cinq ordres de juridictions relevant chacun d'une Cour suprême. Mais en réalité, cette pluralité se résume à une dualité de juridictions appliquant le droit privé (tribunaux civils et répressifs), et d'autres le droit public (juridictions administratives, tribunaux sociaux et tribunaux financiers). En *Suède* (depuis 1909) et en *Finlande* (depuis 1918), la dualité est plus clairement affichée. À l'origine, la distinction vient largement du fait que les tribunaux judiciaires montraient peu d'intérêt pour les affaires administratives, considérées comme moins importantes et séduisantes sur le plan intellectuel que les affaires civiles et pénales. Ils n'acquièrent donc pas d'expérience en la matière, ce qui confirma au milieu du XIX^{ème} siècle la nécessité de deux ordres juridictionnels. En *Grèce*, la Constitution organise le pouvoir judiciaire en trois ordres : juridiction civiles et pénales, juridictions administratives, Cour des comptes. En *Suisse*, la situation est particulièrement complexe. Il n'y a pas de solution unique dans l'ensemble du pays, dans la mesure où chaque canton peut organiser ses tribunaux et donc le régime de la sanction des activités juridiques de l'État et de ses subdivisions. En tout, on dénombre [332] 27 régimes... De manière globale, on peut distinguer entre les systèmes qui n'offrent aux justiciables que le recours interne à l'administration en général et le recours judiciaire dans certains cas (cantons de Fribourg et de Vaud) ; ceux où fonctionnent simultanément le recours au juge administratif, celui au juge civil et celui, interne, à la seule administration (Genève et Valais) ; ceux où coexistent seulement le recours interne et celui au juge administratif (Neuchâtel).

En *Italie*, l'histoire de l'organisation judiciaire est assez complexe. Pendant la première moitié du XIX^{ème} siècle, l'État n'est pas unitaire et il n'y a pas de solution unique. Dans le duché de Modène et celui de Lombardie-Vénétie, le contrôle judiciaire des actes administratifs n'existe pas. Dans le grand-duché de Toscane fonctionne un système mixte, dominé par la juridiction unique. En revanche, les juridictions administratives de type français régissent le duché de Parme, le royaume des Deux Siciles, le Piémont et les États pontificaux. Mais le Royaume d'Italie est fondé en 1861. Un débat s'instaure alors sur la nature du système à créer pour tout le pays. Certains retiennent la solution française, qu'ils estiment plus favorable à l'efficacité de l'action administrative. D'autres, les « doctrinaires libéraux » préfèrent une juridiction unique. La loi du 20 mars 1865 tranche en leur

faveur en abolissant le contentieux administratif et confiant au juge ordinaire les litiges avec l'administration publique en matière de « droits civils et politiques ». Mais dans les autres cas, le juge ordinaire ne peut annuler ou modifier les actes administratifs illégaux dont il connaîtrait « les effets par rapport à l'objet déduit en justice » : ces actes ne sont éventuellement annulables que par l'administration elle-même. En 1889, une loi remédie à cette carence en instituant une chambre du Conseil d'État (organe jusque-là uniquement consultatif) chargée du contentieux des actes administratifs exclus de la juridiction du juge ordinaire. Le système devient donc dualiste. Mais depuis une vingtaine d'années, des tendances unitaires se manifestent. Depuis une loi du 24 novembre 1981, le juge civil peut dans certains cas annuler des actes administratifs illégaux. De manière générale, on a tendance à considérer que le procès administratif doit se rapprocher du procès civil, considéré comme plus apte à garantir une tutelle juridictionnelle réelle.

Espagnol en 1566, autrichien en 1714, le *Luxembourg* devient français de 1795 à 1814 et prend le nom poétique de « département des Forêts ». Il obéit alors au droit administratif français. Après la défaite de [333] Napoléon, il est érigé par le congrès de Vienne en Grand-Duché, sous la tutelle du roi des Pays-Bas. Par la suite, Les Luxembourgeois se solidarisent avec les Belges. Suit une période assez confuse, qui se termine en 1867 par l'accession du Luxembourg à l'indépendance. Il adopte une constitution l'année suivante. L'organisation juridictionnelle passera aussi par plusieurs phases. En 1848, les constituants luxembourgeois s'inspirent du modèle belge : la Charte fondamentale de 1848 donne plénitude de juridiction au pouvoir judiciaire, instituant ainsi un système unitaire. Mais lors d'une révision constitutionnelle de 1856, on revient à une solution de type français. Est en effet créé un organe consultatif de la Couronne, le Conseil d'État, qui reçoit aussi des attributions judiciaires concernant le contentieux administratif : on est alors dans un système dualiste. Cependant, il est hiérarchisé dans le sens de la primauté de la juridiction judiciaire : il s'agit donc d'un dualisme tempéré. Ce principe posé en 1856 est repris dans la Constitution de 1868. À l'heure actuelle, il existe toujours un ordre juridictionnel administratif, le Conseil d'État étant le juge en dernier ressort des décisions administratives ; mais il est incompétent en ce qui concerne les contestations ayant pour objet des droits civils et politiques.

Que conclure de ce rapide tour d'horizon européen ? *A priori*, aucun des deux systèmes ne paraît l'emporter. Comme toujours, le choix de chaque État dépend

largement des circonstances historiques particulières, ce qui explique qu'il puisse varier au sein même de l'histoire d'un seul pays. Autre observation, la véritable alternative n'est pas seulement entre l'unicité et la dualité, mais plutôt l'unicité et la pluralité, dans la mesure où certains États connaissent plus de deux ordres de juridictions (Allemagne, Grèce, Suisse). De plus, l'unité n'est pas forcément l'uniformité, dans la mesure où un système unitaire peut très bien admettre des subdivisions internes, comme le Royaume-Uni (Angleterre, Écosse, Irlande du Nord). Enfin, la pluralité juridictionnelle n'est pas automatiquement synonyme du dualisme français : l'organisation juridictionnelle suisse n'a rien à voir avec le système français. En Europe, celui-ci reste donc un cas, plus qu'un exemple. Confronté à l'expérience anglaise, il témoigne de la pluralité des cultures juridiques européennes.

[334]

Indépendamment de la sympathie intellectuelle que l'on peut éprouver pour l'un ou l'autre système, certains constats s'imposent au terme de ce parcours de l'histoire du droit anglais.

D'une part, le poids des facteurs historiques dans l'élaboration de la culture juridique anglaise : à près d'un millénaire de distance, le droit anglais porte toujours la trace d'une inclination à rechercher le droit suivant d'autres méthodes et valeurs que sur le continent. Il aurait pu en aller autrement : le droit légiféré appartient aussi à l'histoire anglaise, qui a vu se manifester plusieurs fois les tentations de codification ; les juristes médiévaux anglais n'étaient pas ignorants du droit romain et du droit canon. De plus, l'histoire n'est pas nécessairement fatale : en France, la Révolution a voulu couper avec tout un passé caractérisé par le pluralisme juridique. Elle y a largement réussi, au point qu'aujourd'hui, la majorité des juristes français est hostile à tout droit des minorités et a tendance à confondre unité et uniformité, même si notre droit positif connaît une importante évolution à ce sujet, comme nous le verrons dans la dernière partie de cet ouvrage.

D'autre part, au niveau des libertés individuelles, le système anglais est au moins aussi performant que le français. La priorité chronologique de la réflexion anglaise sur des droits de l'homme en est une preuve supplémentaire. Si en France

la démocratie se confond avec la République, cet alliage n'est pas le seul concevable : l'évolution de la monarchie anglaise le prouve bien, même si elle ne fut pas harmonieuse et continue.

Enfin, il y a bien des génies nationaux différents, qui ne tiennent ni au sol et encore moins au sang, mais tout simplement à la culture, c'est-à-dire à la manière dont les cheminements imprévisibles de l'histoire cristallisent certaines valeurs et attitudes en lesquelles la majorité de la population et ses élites se reconnaissent. L'empirisme appartient à l'Angleterre, comme en témoigne toute l'histoire de son droit, et sa plasticité. L'esprit de tradition n'est pas nécessairement conservateur : il consiste surtout à adapter des catégories et valeurs anciennes à des réalités nouvelles. Comme le dit l'aristocrate sicilien du *Guépard* (le film de L. Visconti) : « Il faut que tout change pour que rien ne change ». À l'inverse, la culture française est beaucoup plus attachée à la construction de synthèses, jugées plus satisfaisantes pour l'esprit, si ce n'est pour la pratique. Cette caractéristique française a aussi ses avantages. Malheureusement, trop souvent les Français se croient [335] par la même dispensés de considérer les systèmes animés par des valeurs dominantes différentes (dominantes, mais pas exclusives, puisqu'évidemment le droit anglais n'est pas irrationnel...), et définissent un universalisme en réalité centrée sur leurs propres valeurs. D'autre part, ils sont souvent portés à confondre l'attachement à la raison avec l'intelligence. Or la clarté n'est pas nécessairement la profondeur. On espère que cette petite croisière au-delà du *Channel* aura convaincu le lecteur de l'intérêt du dépaysement.

Pour aller plus loin

153. INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES.- L'accès le plus facile à l'histoire de la Common Law est offert par l'ouvrage de J. Vanderlinden, *Histoire de la Common Law*, Bruxelles, Bruylant, 1996. Sous la direction de J. Vanderlinden, un ouvrage collectif récent est consacré à certains aspects de la diffusion de ce système dans le monde : *La réception des systèmes juridiques-Implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994. Au-delà, comme on s'en doute, la majorité des

ouvrages sont rédigés en anglais. Citons tout d'abord une histoire extrêmement détaillée (elle compte 17 volumes...), qui date d'une trentaine d'années : W. Holdsworth, *A history of english law*, London, Methuen-Sweet & Maxwell, 1956-1972. Plus accessibles, les ouvrages de J.H. Baker, *An introduction to english legal history*, London, Butterworths, 1990 et A. Harding, *A social history of english law*, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1973. Voir aussi : A.W.B. Simpson, *Legal theory and legal history- Essays on the Common Law*, London, Hambledon Press, 1987 ; R.C. van Caenegem, *The birth of of the english Common Law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1988 ; du même auteur : *Law history, the law countries in Europe*, ed. by Ludo Milis, London, Rio Grande : the Hambledon Press, 1994 ; Melvin Aaron Eisenberg, *The nature of Common Law*, Cambridge Mass., London, Harvard Univ. Press, 1988. Sur la période des origines de la Common Law, cf. P. Brand, *The making of the Common Law*, London, Hambledon Press, 1992 ; S.F.C. Milsom, *Foundations of the Common Law*, London, Butterworths, 1981. Pour la période plus contemporaine, cf. R. David-X. Blanc-Jouvan, *Le droit anglais*, Paris, PUF, 1994 (coll. *Que sais-je ?*, no. 1162), et, du même auteur, avec F. Grivart de Kerstraat, *Les contrats en droit anglais*, Paris, LGDJ, 1985. Sur les Etats-Unis, cf. A. et S. Tunc, *Le droit des Etats-Unis d'Amérique*, Paris Dalloz, 1955 ; Ferdinand F. Stone, *Institutions fondamentales du droit des Etats-Unis*, Paris, LGDJ, 1965.

De manière plus récréative mais néanmoins très profitable à une découverte du monde des avocats américains, on lira volontiers les romans judiciaires (devenu des best-sellers) de J. Grisham (publiés en France par Robert Laffont) : *La firme*, 1992 ; *L'affaire Pélican*, 1994 ; *Non coupable*, 1994 ; *Le couloir de la mort*, 1995 ; *L'idéaliste*, 1997, (tout particulièrement recommandé) ; *Le client*, 1997 ; *Le maître du jeu*, 1998.

[336]

Introduction historique au droit

Deuxième partie :
Naissances et migrations des droits européens

Titre I.
La trame juridique de l'Europe :
un système pluriel

Chapitre III

L'État de justice en France et en Europe

*Roi et justice sont frères et ont mestier l'un de l'autre et ne
pueent l'un sans l'autre.*

Pierre Salmon, *Les Demandes*.

[Retour au sommaire](#)

Au cours de son histoire en Europe, l'État a pris plusieurs formes. La première est celle de la justice, à laquelle nous consacrerons ce chapitre en raison de son caractère originel. En France, elle est liée à l'affirmation progressive de l'autorité royale. La croissance du pouvoir législatif monarchique l'accompagne. L'étape la plus récente est celle de l'Etat de droit. On constate ces processus dans divers pays européens. Après avoir précisé un certain nombre de concepts fondamentaux, nous consacrerons une section à chacun de ces problèmes.

Section I

Les concepts : de l'État de justice à l'État de droit

[Retour au sommaire](#)

Surtout en France, la logique de l'État monarchique l'a conduit à concentrer progressivement de plus en plus de pouvoirs, donnant à notre pays à un de ses traits déterminant : le centralisme. Mais de tout temps, on a admis qu'il devait en contrepartie assurer un certain nombre de devoirs et fonctions. En premier, la paix et la justice. Mais aussi l'efficacité, une certaine égalité sociale. De manière plus récente, les juristes ont affirmé que l'État devait exercer ses différentes missions en respectant la loi et le droit. Mais incontestablement, l'État s'est d'abord légitimé par sa fonction de justice envers ses sujets, depuis la lointaine période carolingienne.

[337]

A) De l'Etat de justice à l'Etat de finance ¹³¹

154. AUX ORIGINES DE L'ÉTAT DE JUSTICE ¹³². - Comme on le sait, la justice appartient à la grande famille des concepts définissables, mais pourvus d'une grande plasticité. Si l'État affirme son lien privilégié avec elle, le terme peut prendre des significations différentes au cours des siècles. Déjà à la fin du VI^{ème} siècle, le pape Grégoire le Grand enseignait aux princes mérovingiens que « le souverain bien pour les rois est de cultiver la justice ». Ce n'était pas à vrai dire

¹³¹ Ces différentes étapes sont résumées dans : Barret-Kriegel B., *L'État et la démocratie*, Paris, La Documentation française, 1985, 33.

¹³² On trouvera de plus amples développements sur la genèse d'un appareil judiciaire d'État, dans : Rigaudière A., *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, Paris, Armand Colin, 1994, 187-230.

leur souci capital, ni sans doute un objectif à la mesure de leurs moyens assez limités.

Il faut donc laisser passer quelque temps. En Occident, la première grande théorie de l'État, élaborée par des ecclésiastiques conseillers de l'Empereur carolingien, a pour nom la fonction royale. Elle est marquée par la doctrine chrétienne, non seulement en raison de son influence à cette époque, mais parce que la nouvelle dynastie carolingienne a fait alliance avec l'Eglise pour légitimer son accession au trône.

Le roi ne détient pas ses pouvoirs sur le royaume à la manière d'un propriétaire sur sa chose. Il est investi par Dieu d'une mission : être son intermédiaire avec son peuple (le sacre lui confère un caractère ecclésiastique). Corrélativement, il a une fonction : défendre la chrétienté contre les ennemis de l'extérieur, mais aussi lutter à l'intérieur contre les ferments de discorde, donc faire régner la paix et la justice. Au début du IX^{ème} siècle, Jonas, évêque d'Orléans, dit clairement : « La fonction royale est essentiellement de gouverner et régir le peuple de Dieu avec équité et justice ». À la même époque, le concile de Paris affirme (en 828) : « La justice du roi, c'est de n'opprimer injustement personne (...), d'être le défenseur des étrangers, des orphelins et des veuves, de réprimer les vols, punir les adultères, défendre les églises, nourrir les pauvres (...), vivre en Dieu à travers toutes choses ». Mais l'Empire carolingien devait s'effondrer à la fin du IX^{ème} siècle et faire place à la féodalité, période de mise en veilleuse du pouvoir royal. Trop faible, ce dernier n'a nullement les moyens de remplir la mission confiée à ses [338] prédécesseurs. Le roi féodal n'est donc pas justicier, mais tout au plus arbitre, quand les puissants -davantage les ecclésiastiques que les laïques- jugent nécessaire de recourir à lui pour terminer un conflit où l'éviter. Mais progressivement, et surtout à partir du milieu du Moyen-Age, la situation évolue à son profit. Dès lors, il justifie ses entreprises en faisant appel à l'impératif de justice.

155. L'ÉTAT DE JUSTICE : UN JANUS. - Dans les derniers siècles du Moyen-Age, en raison de son rôle pacificateur, le roi est dit « grand débiteur de justice » vis-à-vis de ses sujets. D'ailleurs, le serment qu'il prête lors du sacre le rappelle. Mais que doit-il exactement ? Rétablir la paix, c'est-à-dire mettre fin aux conflits : sa figure est d'abord celle d'un juge. Du juge suprême. A. Rigaudière

signale que sous le règne de Charles VI (1368-1422), 74 pour cent des lettres de rémission (décisions royales qui atténuent la sévérité d'un jugement) sont accordées au nom du roi, tandis que 26 pour cent seulement émanent des requêtes de l'hôtel, du Conseil ou de la chancellerie. Même si le roi n'est pas toujours présent quand sont rédigées ces lettres accordées en son nom, cette proportion traduit bien sa prééminence dans la hiérarchie judiciaire. Mais au fur et à mesure que son pouvoir s'étend, il doit davantage : le devoir de justice devient plus que la fonction judiciaire. Les plus faibles doivent certes continuer à pouvoir accéder au roi pour lui demander de trancher leur cause, mais le souverain doit aussi réaliser en leur faveur un programme beaucoup plus vaste : ne pas les surcharger d'impôts, édicter de bonnes lois, assurer la prospérité. On passe de la justice des prétoires à la justice dans la société. En tout cas, à la fin du Moyen-Âge, la royauté et la justice sont étroitement confondues. Louis XII peut dire : « La conduite et police de la chose publique de notre royaume (...) consistent principalement en justice et en fait de finances ». La justice, mais aussi la finance : ce monarque annonce l'avenir, comme nous le verrons. Mais pour l'heure, la justice prédomine. Dans son second sens, beaucoup plus vaste que le premier, elle constitue un processus de légitimation de l'État en face des pouvoirs rivaux : l'aristocratie, l'Eglise et les villes. À ce grand oeuvre, les juristes sont conviés. Leur rôle dans l'État s'étend, suscitant critiques et jalousies. Déjà Philippe de Mézières, le précepteur de Charles VI, se plaignait de leur trop grande influence dans les rouages du pouvoir, reprochait leur lenteur aux parlementaires, ainsi que leur orgueil [339] corporatif. Les juristes, ces « seigneurs ès lois », dérangent. Gilles de Rome, le précepteur de Philippe le Bel, les qualifie d'« idiots politiques ». En 1491, le procureur général au Parlement de Paris, fait défense aux avocats de conjecturer sur l'autorité royale, car celle-ci est «... trop plus grande que les avocats ne le pourraient exprimer et n'est sujette aux opinions des docteurs qui en ont voulu parler ».

Cette défiance était en grande partie à la fois illogique et exagérée. Illogique, parce qu'on voit mal comment le souverain aurait pu se passer des juristes alors qu'il cherchait des justifications pour l'extension de son pouvoir et des techniques pour la construction de son administration. Cette pénétration du droit et de la justice se révèle par de multiples signes : les décisions gouvernementales prennent parfois la forme d'arrêts de justice ; le chancelier, chargé de la rédaction des actes législatifs, exerce aussi des fonctions administratives (gestion des universités, des

collèges...) ; les Parlements interviennent dans le secteur hospitalier, les finances locales, l'hygiène et la sécurité municipales. Mais la défiance vis-à-vis des juristes est aussi exagérée, car les légistes conseillers du roi lui furent fidèles, d'autant plus qu'il les choisissait souvent dans la haute bourgeoisie, leur offrant des carrières auxquelles leur seul argent n'aurait pu les faire accéder. En général, les juristes croissent mieux à l'ombre du pouvoir. Cependant, Philippe de Mézières avait raison quant aux parlementaires : ces magistrats furent jusqu'à la Révolution du sel dans les plaies de la monarchie et leur comportement de caste empêcha le développement d'un État de justice comparable à l'exemple anglais.

Sans évidemment abolir la fonction de justice de l'État monarchique, l'État de finance va progressivement s'imposer, comme le pressentait déjà Louis XI.

156. NAISSANCE DE L'ÉTAT DE FINANCE. - Dès ses premières manifestations, l'État avait évidemment eu besoin de ressources. L'expression « État de finance » signifie autre chose. D'une part, sur le plan matériel, la croissance de l'administration supposait que soient dégagés des moyens plus importants. Déjà en 1439, une ordonnance avait instauré la taille royale, un impôt permanent, et aboli les tailles seigneuriales. Mais surtout, on prend conscience du caractère déterminant des décisions financières et leur administration prend le pas sur les autres au début du règne de Louis XIV. Bien entendu, répétons que les fonctions judiciaires de l'État ne disparaissent pas ; mais elles [340] deviennent subordonnées. De même, plus tard, la fonction de finance demeurera très importante : elle l'est encore de nos jours, même si nous sommes maintenant dans le cadre d'un État de droit. De plus, comme nous le verrons, l'État de droit ne se limite pas à notre siècle : on peut lui trouver des antécédents dès le XVI^e. Il est donc primordial de bien comprendre que ces différentes formes d'État ne consistent pas nécessairement dans l'évacuation de l'une par l'autre au fil du temps. Elles correspondent davantage à des missions dominantes attribuées à l'État, ou à des façons différentes d'exercer ses fonctions qui se superposent et se chevauchent. En ce sens, l'État de droit n'est ni un concept passager, ni la fin de l'histoire.

Ceci précisé, quand l'État de finance se manifeste-t-il ? On a coutume de prendre comme point de repère l'année 1661. Elle marque la prééminence de l'administration des finances sur la chancellerie. Le chancelier cesse d'être minis-

tre d'État, tandis que le contrôleur général des finances (Colbert) étend ses compétences au détriment des administrations judiciaires. Ce mouvement est également perceptible en province, où les intendants, fers de lance de la centralisation et promoteurs de beaucoup d'innovations qui les rendaient souvent impopulaires, prennent peu à peu l'avantage sur les anciennes administrations, basées sur la justice. Par ailleurs, cette année 1661 voit la montée en puissance du Conseil royal des finances. Il appartient aux conseils de gouvernement, effectivement présidés par le roi, à la différence d'autres formations, où sa présence est fictive. Il remplit le vide créé par la suppression du poste de surintendant des finances. Le dernier en charge fut Fouquet, que Colbert jalousait. Il est arrêté en 1661 sur l'ordre du roi à la suite d'une somptueuse réception qu'il avait donnée pour lui dans son château flambant neuf de Vaux-le Vicomte. En le quittant, le jeune roi dit à sa mère Anne d'Autriche assise à côté de lui en voiture : « Ah ! Madame, est-ce que nous ne ferons pas rendre gorge à tous ces gens-là ? ». En fait, sa destitution avait été décidée plusieurs mois auparavant. Il finit ses jours à la forteresse de Pignerol en 1680.

Le problème ne se résume cependant pas à une querelle de personnes. Le roi a pris conscience de l'importance des décisions financières et entend les contrôler davantage lui-même, plutôt que de dépendre trop étroitement du chef de l'administration financière. Colbert prend le titre de contrôleur général et siège avec le roi dans le Conseil royal, auquel assiste parfois le chancelier. Le roi lui-même joue le rôle [341] d'ordonnateur et décide de toutes les perceptions et de toutes les dépenses. Il signe l'état prévisionnel constituant le budget ainsi que beaucoup de documents comptables. Cependant, en pratique plus qu'en droit, le rôle du contrôleur est très important. Le roi lui abandonne une grande partie des ordonnancements. Comme la plupart des décisions administratives entraînent une dépense, le contrôleur ne signe l'ordonnancement y correspondant qu'après avoir décidé de l'opportunité de cette décision. Il acquiert donc par là une prééminence sur toute l'administration. De plus, pour Colbert, l'économie et les finances sont liées : il développe les services économiques gérés par les intendants du Commerce simultanément à ceux des services financiers dirigés par les intendants de finance. Par ailleurs, le Conseil exerce des attributions contentieuses dans le domaine financier. Signe de l'importance de son activité, ils se réunira deux fois par semaine jusqu'à la fin du règne. Après la mort de Colbert (en 1683), Louis XIV concentre

encore davantage le pouvoir financier : il prend en tête-à-tête avec le contrôleur les décisions importantes, qui n'arrivent devant le Conseil que pour être entérinées.

Le développement de l'État de finance a donc correspondu en France avec celui d'un État autoritaire. Est-il dans sa nature ? Probablement pas. En effet, l'absolutisme se termina avec le règne de Louis XIV, mais le contrôleur, assisté de manière efficace par ses intendants, conserva le contrôle conjoint des finances et de l'économie, après le bref intervalle de la polysynodie. D'autre part, les dictatures du XXe siècle se sont montrées souvent irrationnelles en matière financière. En France, les régimes autoritaires du XIXème ont été plutôt qualifiés d'État de police.

B) L'Etat de police

157. DÉFINITION DE L'ÉTAT DE POLICE. - Si le thème de l'État de police apparaît dès le XVIIIe siècle dans un certain nombre d'ouvrages, sa définition classique a été donnée au début de notre siècle par un constitutionnaliste français, Carré de Malberg : « L'Etat de police est celui dans lequel l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, [342] appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative, en vue de faire face aussi aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose : ce régime de police est fondé sur l'idée que la fin suffit à justifier les moyens » ¹³³.

La portée historique de la définition dépend de son interprétation. Il est en effet question d'une liberté de décision de l'administration « plus ou moins » complète. Si cette liberté connaît certaines limites, la police devient une composante de beaucoup d'États. Si elle est au contraire totale ou presque, si l'administration peut agir sans risquer pratiquement aucun contrôle, bien peu d'États sont des États de police. Notamment en France, même si B. Barret-Kriegel reconnaît l'Etat de police dans les Ier et IIème Empires.

¹³³ Carré de Malberg A., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920-22, Tome I, p. 488.

On pense davantage à la monarchie d'Ancien Régime. Après tout, les révolutionnaires ne la qualifiaient-ils pas de régime despotique et tyrannique ?

158. L'ÉTAT DE POLICE ET LA MONARCHIE FRANÇAISE. - *A priori*, l'État monarchique paraît avoir évolué vers cette forme. Richelieu s'est fait le défenseur du thème de la Raison d'État, qui permet aux gouvernants, dans un souci d'efficacité, d'agir avec une grande variété de moyens et sans révéler le but de leur action. Jusqu'à la fin de la monarchie, les lettres de cachet rendent possible l'enfermement sans jugement ; le principe de légalité des délits et des peines n'existe pas. Pourtant, on ne peut l'assimiler à un État de police, au moins défini dans le sens de la liberté maximale de l'administration : d'une part, l'absolutisme a toujours connu et reconnu certaines limites ; d'autre part, il n'existe plus depuis longtemps lorsqu'éclate la Révolution : la dénonciation du despotisme n'est alors qu'un effet de tribune.

Comme le fait remarquer F. Furet, le grand spécialiste de l'histoire de la Révolution française, la monarchie n'est pas absolue comme le serait un régime totalitaire ¹³⁴. Elle est limitée par la constitution coutumière du royaume, les lois fondamentales, qui ordonnent la succession au trône et la gestion du domaine royal. D'autre part, le roi n'intervient qu'avec précaution pour limiter et parfois abolir les privilèges, qui ne sont pas seulement les « abus » des puissants, mais beaucoup plus [343] fréquemment les statuts particuliers reconnus aux individus et aux groupes (en ce dernier sens, ils abondent dans notre société actuelle). Le roi n'est pas tout-puissant. Ceci dit, les historiens du droit se divisent dans leur interprétation de l'absolutisme. Comme l'a montré J. Poumarède ¹³⁵, au début du siècle, un courant républicain (A. Esmein, E. Chenon, J. Brissaud) identifie l'évolution de la monarchie française vers absolutisme à une dérive idéologique, favorisée par les théoriciens au service de la monarchie, qui aurait progressivement mis fin à l'autonomie des forces qui avaient longtemps tempéré de pouvoir royal. Un courant

¹³⁴ Cf. Furet F., *Penser la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1978, 146-147.

¹³⁵ Cf. Poumarède J., *Penser l'absolutisme*-Approche historiographique des ouvrages pédagogiques en histoire des institutions françaises, dans : *De la Res publica a los Estados Modernos*, Bilbao, 1992, 261-274.

plus traditionaliste (J. Declareuil, F. Olivier-Martin ¹³⁶) favorable à la monarchie, s'exprime entre les deux guerres. Il minore le rôle des légistes : les progrès du pouvoir royal sont d'abord dus à l'action politique, les théories juridiques ne faisant que les accompagner. Ces auteurs soulignent que si le pouvoir est concentré, il n'est pas illimité, notamment parce qu'il est freiné par la structure corporative de la société, qui favorise un dialogue entre le roi et ses sujets. Plus près de nous (la première édition de son manuel d'*Histoire des institutions* date de 1961), J. Ellul développe d'autres idées. S'il reprend le thème de l'influence de la doctrine des légistes, il insiste sur le rôle de la guerre dans le renforcement du pouvoir royal (on se souvient des théories des anthropologues à ce sujet ¹³⁷) et sur celui des conflits de classes, la monarchie augmentant ses pouvoirs en jouant le rôle d'arbitre entre la noblesse et la bourgeoisie, dont elle favorise l'ascension.

159. LA DISPARITION PRÉCOCE DE L'ABSOLUTISME. - Quoi qu'il en soit, l'absolutisme disparaît avec celui qui l'a le mieux incarné : Louis XIV. Après lui, le libéralisme l'emporte sur le dirigisme ; sous Louis XVI, les tentatives de réforme abondent : décentralisation ; suppression des privilèges fiscaux et création d'un impôt foncier proportionnel au revenu fonciers qui pèserait surtout les terres, y compris celle de la Couronne et de l'Eglise, etc. Malheureusement, la plupart de ces projets échouent, en raison de l'opposition des privilégiés. Celle-ci pouvait se manifester d'autant plus facilement que l'autorité royale [344] s'était relâchée dans la seconde moitié du XVIII^e siècle. Contrairement à la légende d'un pouvoir oppressif, les philosophes profitaient aussi de cet effacement. Ils ne furent pas des intellectuels pourchassés par un régime dictatorial : la censure s'était réduite à peu de choses par rapport aux règnes de Louis XIII et XIV. Bien au contraire, leurs idées avaient gagné une partie des élites, notamment de certains ministres de Louis XVI, comme Turgot et Necker. L'Académie française, créée par Richelieu pour soutenir le pouvoir (on appelait les académiciens « les domestiques de Sa Majesté ») est elle-même gagnée par le parti philosophique. En revanche, les idées nouvelles ne pénètrent pas les milieux populaires.

¹³⁶ S'y rattache à l'heure actuelle l'ouvrage de Bruguière M.B, Gille H., Sicard G., *Introduction à l'histoire des institutions françaises des origines à 1792*, Toulouse, Privat.

¹³⁷ Cf. *supra*, pp.110-112.

Comme le souligne J.L. Harouel, elles sont surtout présentes dans une partie de la haute noblesse et la bourgeoisie qui vit de la rente d'État, des offices et des revenus de la terre : « On constate que ce sont les milieux les plus liés à l'État monarchique, et davantage rattachés au passé qu'à l'avenir, qui accueillirent et propagèrent avec enthousiasme les idées qui détruisirent l'Ancien Régime. Le rôle de la noblesse des salons fut prédominant dans la préparation intellectuelle de la Révolution » ¹³⁸. Un de ces aristocrates, le comte de Ségur, écrit dans ses *Mémoires*, rédigés après la tourmente révolutionnaire : « Nous respectons extrêmement les vieux débris d'un antique régime dont nous frondions en riant les moeurs, l'ignorance et les préjugés (...) Nous nous sentions disposés à suivre avec enthousiasme les doctrines philosophiques que professaient les littérateurs spirituels et hardis. Voltaire entraînait nos esprits, Rousseau touchait nos coeurs, nous sentions un secret plaisir à les voir attaquer un vieil échafaudage qui nous semblait gothique et ridicule. Ainsi quoique ce fussent nos rangs, nos privilèges, les débris de notre ancienne puissance qu'on minait sous nos pas, cette petite guerre nous plaisait. Nous n'en éprouvions pas les atteintes, nous n'en avions que le spectacle. Ce n'était que des combats de plumes et de paroles qui ne nous paraissaient pouvoir faire aucun dommage à la supériorité d'existence dont nous jouissions et qu'une possession de plusieurs siècles nous faisait croire inébranlable (...) La liberté, quel que fut son langage, nous plaisait par son courage ; l'égalité par sa commodité. On trouve des plaisirs à descendre tant qu'on pouvoir remonter dès que l'on veut et, sans prévoyance, nous goûtions tout à la [345] fois les avantages du patriciat et les douceurs d'une philosophie plébéienne ».

Discours révélateur, dont on pourrait retrouver des équivalents à bien des époques, y compris la nôtre. En fait, Tocqueville écrira que la France était devenue « la nation la plus véritablement démocratique de l'Europe ». Aujourd'hui, J.L. Harouel pense aussi que : « Étrangement, la Révolution française, faite au nom de la liberté et de l'égalité, frappe celui parmi les grands pays d'Europe continentale qui était le plus égal et le plus libre. De même, invoquant le nouveau contre l'ancien, elle éclate, curieusement, dans un pays moderne et en plein essor (...) grâce notamment aux efforts d'instruction de l'Eglise, le peuple de France est largement alphabétisé : en 1788, la moitié des hommes et près du tiers des femmes sont capables de signer leur acte de mariage (...) Le royaume de Louis XVI

¹³⁸ Harouel J.L., *op.cit.*, 526.

est la seconde puissance industrielle d'Europe (...) La Révolution n'a pas éclaté en France à cause de la tyrannie mais au contraire de la faiblesse royale ».

En effet, les Français étaient à cette époque parmi les mieux lotis des Européens. Y compris sur le plan de la fiscalité, pourtant très impopulaire à la veille de la Révolution.

160. L'« OPPRESSION » FISCALE ? - Rédigés à la veille de la Révolution, les cahiers de doléances émanant des milieux ruraux comportent souvent des récriminations contre la fiscalité (surtout celle d'origine seigneuriale) : ils y voient une des causes principales de la pauvreté. Ainsi celui de Chaumont-sur-Moselle demandant que : «... le prix du sel soit diminué de moitié, sa cherté excessive forçant les pauvres de la campagne à s'en passer très souvent ¹³⁹ ; et de cette privation résulte une grande partie des maladies dont ils ne sont trop fréquemment affligés (...) que toute banalité [monopole seigneurial de certains instruments que les paysans devaient utiliser, moyennant paiement], et notamment celle des pressoirs, soit supprimée, ou, au moins, qu'à l'instar de ce qui se pratique dans les domaines du Roi, il soit permis aux propriétaires de vignes d'avoir chez eux des pressoirs pour leur usage, en payant au seigneur deux francs par jour de vignes pour indemnité ; et cette suppression de pressoirs banaux préviendrait la perte ou l'altération d'une grande quantité de vin ». Les impôts indirects sont aussi [346] l'objet de violentes attaques au XVIIIe, et on réclame (notamment les physiocrates, économistes appartenant au courant des Lumières) leur suppression.

Ces sentiments d'oppression fiscale sont réels, surtout dans les milieux populaires. Mais correspondent-ils à la réalité ? Comme le souligne J.L. Harouel ¹⁴⁰, au milieu du XVIIIe, la charge fiscale par habitant est deux fois et demie plus élevée en Angleterre qu'en France, et une fois et demie plus en Espagne ; de plus, la fiscalité n'augmente pas en proportion de l'enrichissement du royaume pendant tout ce siècle. Enfin, l'impôt direct est plus fort en France que dans d'autres grands États européens (il draine 49 pour cent des recettes, contre 24 pour cent en Angleterre et 32 pour cent en Prusse). La faiblesse des niveaux de vie provient bien davantage de l'augmentation de la population, la « flagellation du nombre »,

¹³⁹ Le sel servait à conserver les aliments.

¹⁴⁰ Cf. Harouel J.L., *op.cit.*, 484-485.

suivant l'expression de F. Braudel. Depuis le milieu du siècle, la croissance démographique est forte : en 1789, la France compte 28 millions d'habitants. Or le niveau d'élévation des subsistances ne suit pas. De surcroît, les ambitions de la jeunesse se heurtent aux situations acquises des aînés et des parents, qui détiennent le patrimoine ainsi que les positions sociales. La guerre, bientôt, y remédiera : sans compter les pertes dans la population civile, celles de la Révolution feront un demi-million de morts, celles de l'Empire le double. Encore de nos jours fort populaire, Napoléon ne disait-il pas en contemplant le carnage après une grande bataille : « Une nuit de Paris repeuplera tout cela », ou encore : « Je préfère perdre un homme qu'une minute » ?

Bien entendu, ces arguments démographiques et de fiscalité comparée n'ont qu'une portée macro-économique. Le paysan n'en a nulle conscience. Mais comme il faut des explications à la misère, il est toujours plus facile de les trouver dans le sentiment d'une surcharge fiscale, d'autant plus ressentie qu'elle émane de percepteurs proches, d'où la détestation de la fiscalité seigneuriale.

À propos des cahiers de doléances de la Sarthe, on a ainsi pu montrer l'absence de corrélation entre l'intensité de la dénonciation des « abus » des ordres privilégiés par les paysans et l'importance objective du prélèvement seigneurial. Au contraire, les critiques les plus vives s'élèvent dans les zones où les impôts ne sont pas particulièrement élevés ; qui plus est, l'insurrection chouanne s'y développera, alors que [347] le sud-est du territoire, où les cahiers avaient peu dénoncé les privilégiés, restera fidèle à la République...

Cette attitude vis-à-vis de l'impôt peut nous étonner. Pourtant, elle témoigne d'un mécanisme psychologique banal. Il y a vingt ans, l'opinion publique et les médias rendaient responsables de la crise économique occidentale les pays producteurs de pétrole, qui avaient vigoureusement augmenté le prix du précieux combustible. On sait maintenant que les explications étaient ailleurs. Aujourd'hui, on peut se demander si la mondialisation ne fait pas figure de bouc émissaire, au moins en partie. En tout cas, des économistes font remarquer que les pertes d'emploi qu'on peut lui attribuer sont minimales par rapport au total des chiffres du chômage. Mais l'action de l'étranger, même situé en dehors du territoire national, constitue toujours un argument facile pour donner un sens au malheur.

Au total, on voit donc que la monarchie française ne fut pas si oppressive que le prétendaient ses adversaires. Même si le régime des libertés ne peut évidemment y être comparé avec celui des démocraties occidentales actuelles, on ne peut la qualifier d'État totalitaire. En ce sens, les vêtements de l'Etat de police ne suffisent pas à l'habiller.

C) État légal et Etat de droit

À l'heure actuelle, nous vivons en Europe la multiplication des institutions chargées du contrôle de la constitutionnalité des lois. En France, le rôle du Conseil constitutionnel était relativement modeste au début de la Vème République. Il en va autrement aujourd'hui. Ce développement des justices constitutionnelles est le signe le plus récent de l'Etat de droit ¹⁴¹. Cependant, si l'expression est aujourd'hui passée dans le langage courant, sa définition devient plus difficile quand on tente de préciser ce concept.

Il n'existe pas à vrai dire aujourd'hui de définition unique, qui serait acceptée par tous les auteurs. On peut simplement citer quelques éléments de réflexion. Dans une version minimale, l'État de droit [348] suppose le contrôle judiciaire des actes de l'administration. Comme nous allons le voir, ce contrôle existait déjà en France au Moyen Âge. Dans une version plus élaborée, il suppose le contrôle de constitutionnalité des lois, beaucoup plus récent. Les juridictions qui l'ont en charge peuvent être de plusieurs types, suivant le système adopté par chaque pays : juge administratif (en cas de pluralité d'ordres juridictionnels, qui n'existe pas partout en Europe) ; juge constitutionnel ; mais aussi juge judiciaire (celui-ci peut par exemple statuer par voie d'exception sur la légalité d'un règlement administratif). On doit également citer la distinction entre État de droit formel et matériel. Le premier est atteint quand existe un système de contrôle des normes. Le second est plus exigeant, puisqu'il implique que, de toute façon, les normes assurent la protection des libertés et droits fondamentaux. Ce qui pose le problème de

¹⁴¹ Pour une introduction générale à la théorie de l'Etat de droit, cf. J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 1992.

la liaison entre l'Etat de droit et la démocratie. Dernière distinction, celle qui sépare l'État légal de l'Etat de droit. Dans les lignes qui suivent, nous allons approfondir un certain nombre de ces points.

161. L'ÉTAT LÉGAL. - Carré de Malberg introduit la distinction entre État légal et Etat de droit ¹⁴². L'État légal est un système dans lequel le pouvoir ne s'exerce que conformément à la loi et revêt donc un caractère prévisible. L'administration ne peut agir que dans le respect de la loi. L'État de droit s'en distingue : les sujets y disposent des moyens juridiques d'agir devant une autorité juridictionnelle ; il limite non seulement l'action de l'administration, mais aussi celle du législateur par rapport aux droits individuels, placés au-dessus de lui par la Constitution. L'Etat et les collectivités publiques sont soumis au respect du droit positif, sous le contrôle du juge. L'État de droit substitue le droit à la loi : c'est l'organe législatif et la loi eux-mêmes qui sont surveillés et jugés par rapport à une norme supérieure, d'où l'importance du contrôle de constitutionnalité des lois dans les régimes démocratiques actuels. Notons que cette version de l'État de droit n'est pas originelle. Cette expression apparaît en Allemagne au début du XIX^{ème}. Il faut attendre un demi-siècle pour que les publicistes y consacrent des développements importants (comme Duguit en 1911, dans son *Traité de droit constitutionnel*). Pour l'école allemande, l'État de droit consiste dans [349] une auto-limitation de l'État par le droit qu'il édicte lui-même, plus que dans une norme visant à contrôler son activité ¹⁴³. La doctrine française est beaucoup plus libérale. Pour elle, cette forme d'État tend à garantir les citoyens contre les éventuels abus de la puissance publique. En ce sens, on est tenté d'assimiler les États de droit à la démocratie, et donc de les circonscrire à une époque relativement récente. À tort, nous allons le voir.

¹⁴² Cf. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, 1922, Tome I, p. 293 sq. Voir aussi : Chevallier J., L'État de droit, *Revue du droit public*, 1988, 313-380 ; Troper M., Le concept d'État de droit, *Droits*, 15, 19 92, 51-76.

¹⁴³ Sur l'Etat de droit en Allemagne, cf. : Mohnhaupt H., Zur Geschichte des Rechtsstaats in Deutschland, *Acta Facultatis Politico-iuridicae Universitatis Budapestinensis*, XXXIV, 1993-1994, pp.39-60.

162. ETAT DE DROIT ET DÉMOCRATIE. - Si tout Etat de droit n'est pas nécessairement une démocratie, toute démocratie doit-elle être un Etat de droit ? En effet, celui-ci implique l'obéissance à la loi, notamment de la part de l'administration, contrôlable suivant ce critère. Mais il ne postule pas la manière dont la loi doit être élaborée. Plus encore, il peut arriver que la loi y soit oppressive. En ce sens, l'Etat de droit peut être en deçà de la démocratie. En revanche, dans une démocratie, c'est toujours le peuple ou ses représentants qui font la loi et l'administration ne peut agir qu'en l'exécutant, sous peine de sanction. En ce sens, on est tenté de dire que la démocratie ne peut exister que sous la forme de l'Etat de droit, d'autant plus que cette forme d'État correspond à son exercice actuel en Europe. Mais pour M. Troper, cette assimilation n'est pas parfaite : «... on peut imaginer que, même dans une démocratie, le peuple souhaite une restriction des libertés individuelles pour tous. Dans ces conditions, la loi peut bien être générale, abstraite, statuant exclusivement pour l'avenir et cependant tyrannique ». L'objection est-elle valide ? Toute restriction des libertés n'est pas antidémocratique. Des mesures qui les supprimeraient ou les videraient de leur contenu le seraient. Mais dans cette dernière hypothèse, le régime aurait changé de sens, et ne pourrait plus être qualifié de démocratique. Dès lors, la question de son association avec l'Etat de droit ne se poserait plus.

Mais l'Etat de droit suscite une autre question, de nature plus historique. Il repose sur le constitutionnalisme : l'idée selon laquelle une norme supérieure, la Constitution, s'impose à l'ensemble des autorités publiques. Or cette idée n'a pas animé avec la même intensité les différents États européens au cours de leur histoire récente ¹⁴⁴. En [350] Grande-Bretagne, le consensus institutionnel est profond et ne nécessite pas de normes contraignantes. En R.F.A. et en Italie, marquées par des expériences totalitaires, une grande valeur fut accordée aux textes constitutionnels dès le lendemain de la guerre. En France, les oppositions politiques étant beaucoup plus vives sous les IV^e et V^e Républiques, le constitutionnalisme fut moins précoce. Aujourd'hui admis, il tire sa source de l'extension des compétences du Conseil constitutionnel et donc de l'importance de sa jurisprudence, ainsi que des périodes de cohabitation au sommet de l'État, où la référence à la Constitution devient primordiale.

¹⁴⁴ Cf. Meny Y., *Politique comparée*, Paris, Montchrestien, 1996, 12-13.

Cependant, il faut observer que le contrôle de constitutionnalité constitue la forme la plus récente de l'Etat de droit. Celui-ci existe aussi à partir du moment où l'administration peut-être contrôlée de manière juridictionnelle, et pas nécessairement par rapport à la Constitution. En ce sens, on peut se demander si l'Etat de droit en France n'est pas antérieur à la République.

163. L'ETAT DE DROIT SOUS LA MONARCHIE FRANÇAISE. - Cette assignation historique peut surprendre, dans la mesure où nous sommes habitués à assimiler l'Etat de droit à la démocratie, la démocratie à la République, et donc l'Etat de droit à cette dernière. Pourtant, ce syllogisme se révèle trop limité. D'une part, comme l'écrit M.J. Redor ¹⁴⁵, l'État de droit prend forme au cours des premières tentatives de limitation de la monarchie absolue. D'abord en Angleterre : Grande Charte de 1215, Pétition des droits de 1629, Révolution de 1640. En France, on peut citer la formation des lois fondamentales, les théories des monarchomaques visant le contrôle de l'exercice du pouvoir royal ; les Lumières, bien sûr (notamment le despotisme éclairé de Voltaire). Il faut y ajouter les idées qui animèrent les divers mouvements d'opposition au pouvoir qu'on regroupe sous le nom de Fronde (1648-1653). Révoltes des parlements et du peuple, la Fronde est composite. Au niveau populaire, elle n'est pas antimonarchiste : les mazarinades visent les favoris et conseillers du roi (notamment Mazarin, le ministre d'Anne d'Autriche, mère de Louis XIV) plus que le roi lui-même. Du côté des parlementaires, le danger est plus grand. Le 15 juin 1648, une commission parlementaire propose une Déclaration de vingt-sept articles [351] prévoyant la suppression des intendants, la nécessité d'une approbation parlementaire en cas de création d'impôts nouveaux, la garantie de la liberté individuelle. Les auteurs les plus représentatifs de la Fronde parlementaire sont Claude Joly (1607-1700) (il écrit : «... le pouvoir des rois est borné et fini (...) ils ne peuvent pas disposer de leurs sujets à leur volonté et plaisir »), et Paul de Gondi (1613-1679), cardinal de Retz. Si la Fronde l'avait emporté, la France serait peut-être devenue une monarchie à l'anglaise, et tout le reste de notre histoire en aurait été changé. Mais il en alla autrement. Le terme de Fronde (désignant une arme d'enfant) fut d'ailleurs attribué par dérision à ces divers mouvements d'opposition afin de signifier qu'ils n'étaient

¹⁴⁵ Cf. Redor M.J., *De l'État légal à l'État de droit*, Paris, Economica, 1992, 12-13.

pas venus à bout de la monarchie. À partir de 1661 commence le gouvernement personnel de Louis XIV, très marqué dans son enfance par la guerre civile : c'est une des raisons qui expliquent sa mise en oeuvre de l'absolutisme. Il va falloir attendre la Constitution monarchique de 1791 pour que l'Etat de droit apparaisse plus concrètement : la Déclaration des droits de l'homme de 1789 y est annexée ; le titre premier de la Constitution confirme les garanties des grandes libertés individuelles ; le Chapitre V (consacré au Pouvoir judiciaire) de ce même titre énumère (art. 10 à 16) les droits du citoyen en cas d'arrestation, très inspirés du modèle anglais. Pour M.J. Redor, cet État de droit n'est que virtuel, les limitations de l'exercice du pouvoir étant de nature plus politique que juridique : la souveraineté nationale et la séparation des pouvoirs ne sont limitées que par le droit de résistance à l'oppression, alors que l'Etat de droit suppose une sanction juridique, voire juridictionnelle.

Cependant, si le contrôle judiciaire des actes de l'administration est un des critères fondamentaux de l'Etat de droit, force est de constater que ce contrôle existe bien avant la Révolution.

164. LE CONTRÔLE DES ACTES DE L'ADMINISTRATION ET LES GARANTIES DES ADMINISTRÉS. - Comme le démontre J.L. Mestre ¹⁴⁶, le contentieux de l'annulation des actes administratifs apparaît dès l'époque médiévale.

Il est inspiré des droits savants : le droit romain connaît l'appel, le droit canonique régit minutieusement les conditions de [352] recrutement des titulaires des bénéfices ecclésiastiques. Le favorise aussi la confusion entre l'administration et la justice : il va être étendu du domaine strictement judiciaire à celui des actes administratifs pris par les agents seigneuriaux ou royaux, ainsi qu'aux décisions des organes municipaux. Il peut aboutir à l'annulation de la décision contestée. Les moyens invoqués sont en général l'incompétence de l'organe qui a pris de la décision (*Non est major defectus quam defectus potestatis*), le vice de forme (apprécié le plus souvent de façon assez indulgente pour l'administration), la corruption ou l'intention de nuire à une personne, le défaut d'une des conditions d'éli-

¹⁴⁶ Cf. Mestre J.L., *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985, 140-144, 189-195, 238-264.

gibilité. On peut également invoquer l'illégalité d'une délibération municipale pour obtenir son annulation. Le grand juriste Bartole (1316-1357) affirme ainsi que certains statuts municipaux sont invalides en raison de leur contrariété avec le droit romain. Ce contentieux se développe particulièrement en matière fiscale, les contribuables demandant l'annulation de la décision qui les avait assujettis au paiement d'une redevance. Comme le note J.L. Mestre : « Incontestablement, l'existence d'un tel recours en annulation constitue un progrès considérable pour les administrés. Il leur permet d'obtenir la sanction de leur droit et contribue à les faire échapper à l'arbitraire des titulaires de la puissance publique (...) De façon générale, sous l'influence des droits romain et canonique, s'est élaboré un ensemble de règles qui constitue un véritable cadre juridique. Cadre dans lequel tend désormais à s'insérer l'exercice des pouvoirs d'ordre administratif et dont la violation peut justifier des revendications. Même au coeur des périodes de troubles, il constitue une sorte de modèle idéal » ¹⁴⁷.

Les garanties reconnues aux administrés peuvent toutefois prendre d'autres formes que le recours en annulation des actes administratifs, cela jusqu'à la Révolution. Au pénal comme au civil, les administrateurs sont sanctionnables. En cas de corruption, les peines sont lourdes et peuvent aller jusqu'à la condamnation aux galères à perpétuité, voire la peine de mort, car la corruption est considérée comme une atteinte à l'autorité royale. Au civil, les administrateurs municipaux engagent leur responsabilité envers leurs administrés lorsqu'ils commettent des « fautes personnelles » (contraventions manifestes aux règlements, actes guidés par l'inimitié). D'autre part, l'administré peut exercer des recours en dédommagement envers les administrations. Leurs conditions sont [353] très variables suivant la région du royaume où l'on se trouve, mais l'équité y joue un grand rôle. Ainsi les voyageurs peuvent se faire dédommager lorsqu'ils ont souffert du mauvais état des chemins publics. La responsabilité de l'administration peut être fondée sur une faute, mais aussi apparaître comme objective, dans les cas où, agissant de manière licite, elle a malgré tout causé un dommage à un particulier. C'est là qu'intervient la notion d'équité. De façon générale, les administrés doivent être entièrement indemnisés pour les dommages subis à l'occasion de l'exécution de travaux publics. Mais les décisions concrètes demeurent assez variables. Ainsi en Champagne, si des terres sont prises à l'occasion du tracé d'une route, leurs propriétaires

¹⁴⁷ *Ibid.*, 281.

ne peuvent percevoir aucun dédommagement. À l'inverse, en Provence, l'orientation est beaucoup plus libérale : les victimes d'expropriation doivent recevoir la valeur de leurs biens, majorée d'un cinquième ; le dommage moral est indemnisé, nonobstant l'objection traditionnelle selon laquelle il est difficile « de donner du prix à des choses inappréciables » ; les administrés peuvent même invoquer l'équité pour obtenir une compensation lorsqu'ils se sont mis spontanément au service de la communauté dans des cas exceptionnels, comme une épidémie de peste.

Au-delà du Moyen-Age, la tendance à un traitement spécifique du contentieux des actes administratifs se précise. À partir de Louis XIV, et en dépit des récriminations des parlementaires, la dévolution de l'essentiel du contentieux administratif s'opère au bénéfice du Conseil du roi et des intendants, fidèles agents du souverain. Ceux-ci tranchent une grande partie du contentieux administratif, tandis que le roi interdit à ses juges d'en prendre connaissance : contentieux fiscal (perception d'impôts divers, litiges entre les fermiers d'impôt et les redevables), de la poste, de la loterie royale, des travaux publics, des contestations entre les propriétaires du sol et les concessionnaires de mines, de certains litiges relatifs aux armées ; infractions à de très nombreuses mesures de police (circulation, police rurale, police du commerce, des manufactures, des cultes dissidents). Point important, ils sont chargés de la tutelle des communautés d'habitants et se prononcent sur la plupart des litiges les concernant. Quant au Conseil du roi, il juge en appel dans tous ces domaines. Il peut aussi agir par évocation, ou encore juger en premier et dernier ressort, surtout en ce qui concerne les finances royales, ainsi que le contentieux des offices royaux. Le Conseil statue également sur les recours non contentieux visant ses propres arrêts et [354] demandant leur interprétation ou leur annulation. Or beaucoup de mesures administratives étaient prises sous forme d'arrêts. Il intervient également en cassation (il juge alors non seulement sur la forme, mais aussi sur le fond) des litiges d'ordre administratif sur lesquels ont statué les Cours souveraines (Cours des comptes, Cours des aides et Parlements). Rappelons que le Conseil du roi possède une unité théorique (il n'y a pas de séparation des pouvoirs), mais que dans la pratique, il se tient en différentes formations spécialisées, dans un souci de rationalisation de son travail. Or il exerce la plupart de ses attributions contentieuses en matière administrative non pas dans sa formation de Conseil des Parties, qui concentre l'essentiel des attributions juridic-

tionnelles, mais en différents Conseils qui appartiennent à la série des Conseils dits de « gouvernement », de loin les plus importants, comme le manifeste la présence effective du roi en leur sein. Il s'agit du Conseil des Dépêches, qui délibère sur les principales affaires de politique intérieure, et du Conseil Royal des finances. Sous Louis XIV, le rôle du contrôleur général des Finances et des intendants des Finances se développe au détriment de ces Conseils et des attributions du Chancelier. La spécificité du contentieux d'ordre administratif s'accroît encore, dans la mesure où il échappe de plus en plus aux organes classiquement investis de pouvoirs juridictionnels. Une partie de ce contentieux est portée dès le règne de Louis XIV devant des Commissions extraordinaires de jugement, qui allègent le Conseil d'une partie de ses charges en la matière. Théoriquement, les Commissions sont recrutées par le Chancelier ; en fait, il se limite le plus souvent à entériner les propositions du contrôleur général.

On constate donc qu'à cette époque existe indiscutablement un contrôle juridictionnel spécifique du contentieux des actes administratifs. Cependant, suffit-il à constituer un Etat de droit ? On peut en douter. D'une part, même si nous ne sommes pas dans un État de police, nous avons vu que le gouvernement personnel de Louis XIV coïncide avec la prédominance de l'État de finance sur celui de justice. D'autre part et surtout, le fonctionnement concret des organes qui ont en charge le contentieux administratif n'assure aux administrés que des garanties dont la portée est variable. Un ensemble de dix-huit remontrances adressées au roi entre 1756 et 1775 par la Cour des aides de Paris est à cet égard fort critique. La juridiction des intendants y est vivement contestée, dans la mesure où elle fait de lui un juge et [355] partie : l'administré se trouve contraint « de recourir à l'autorité de celui qui est l'auteur » de la mesure qu'il conteste, et de « lui demander de réformer son propre ouvrage ». D'autant plus que dans la pratique, l'intendant ne peut consacrer autant de temps que nécessaire à l'exercice de ses attributions contentieuses. L'appel devant le Conseil du roi possède bien souvent un caractère fictif : pour argumenter ses prétentions, l'administré y est sommé de présenter des documents que l'intendant a parfaitement le droit de retenir. La Cour dénonce plusieurs fois la confusion entre l'administration et la justice : « l'administration réunie à la juridiction produira toujours le despotisme (...) Il ne peut jamais appartenir à l'administration d'interpréter la loi déjà faite, ni de juger le particulier quand il prétend s'y être conformé ». Ce qui rejoint bien entendu le plaidoyer de

Montesquieu -Président du Parlement de Bordeaux- en faveur de la séparation des pouvoirs : « C'est encore un grand inconvénient dans la monarchie, que les ministres du prince jugent eux-mêmes les affaires contentieuses. Nous voyons encore aujourd'hui des États où il y a des juges sans nombre pour décider les affaires fiscales et où les ministres, qui le croirait ! veulent encore les juger » ¹⁴⁸.

On pourrait objecter que cette critique émane d'une de ces Cours souveraines qui s'estimaient lésées par l'existence d'organes spécialisés dans le jugement du contentieux administratif. Mais dans cette seconde moitié du XVIII^e siècle, le contexte est beaucoup plus large : les philosophes des Lumières dénoncent l'ampleur des privilèges de l'administration ainsi que l'insuffisance de la préservation des intérêts privés en matière de liberté et de propriété, d'autant plus que beaucoup d'entre eux admirent l'exemple anglais. On sait que la Révolution s'attachera à la séparation stricte des pouvoirs, dominés par le législatif. La Constitution de 1791 parle bien d'un pouvoir judiciaire, mais l'hostilité envers les juges et la valorisation de la loi sont telles que le pouvoir de l'administration s'en trouve renforcé. Il faut attendre le Consulat pour que Bonaparte commence de nouveau à la soumettre un contrôle juridictionnel, mais il renoue avec la tradition de l'Ancien Régime en le confiant à des juridictions spécifiques. Ainsi la tradition française de la dualité d'ordres juridictionnels -incompréhensible pour un Anglais- est-elle confirmée : elle dure encore de nos jours.

[356]

Ce bref tour d'horizon permet de penser avec J.L. Mestre que : « L'étude des dispositions qui régissaient sous l'Ancien Régime les rapports entre l'administration, ses agents et les simples particuliers permet d'écarter sans conteste l'affirmation selon laquelle « l'administration de l'ancienne monarchie française... n'était contenue par aucune règle juridique (...). Et, en conséquence, de rejeter l'idée que le droit administratif ne serait apparu qu'au XIX^e siècle ». D'autre part, on voit qu'au moins dans sa conception française d'une préservation des intérêts des citoyens contre les éventuels abus de la puissance publique, l'Etat de droit exige au minimum le contrôle des actes de l'administration, mais que les modalités de ce

¹⁴⁸ Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Livre VI, Chapitre VI. [Livre disponible dans [Les Classiques des sciences sociales](#). JMT.]

contrôle peuvent être différentes : s'il subit trop l'influence de l'administration, on sort de l'État de droit, ou on n'y est pas encore.

Mais aujourd'hui, nous exigeons davantage de l'Etat de droit, au point que nous voyons son principal critère dans le contrôle de la constitutionnalité des lois. Ce contrôle existait-il auparavant ?

165. BRÈVE HISTOIRE DU CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS EN FRANCE. - Comme on le sait, les parlements prétendaient pouvoir contrôler l'usage fait par le roi de son pouvoir législatif au nom des intérêts de la Nation dont ils s'estimaient les dépositaires. En pratique, il n'était pas exceptionnel qu'il refusent d'enregistrer les actes législatifs du roi (l'enregistrement valait publication de l'ordonnance royale dans leur ressort, et conditionnait donc son application). En principe, une procédure de navette entre le roi et eux devait toujours se terminer par la victoire du souverain, les forçant si nécessaire à enregistrer. Il arrivait néanmoins qu'ils refusent d'appliquer une ordonnance adoptée sous la contrainte. Sur le plan théorique, ces prétentions n'avaient aucun fondement : dans le droit public de l'Ancien Régime, il y a confusion des pouvoirs entre les mains du monarque, auquel la Nation est identifiée. Sur le plan sociologique et politique, les parlementaires défendaient leurs intérêts de corps, non ceux de la Nation, et encore moins du peuple, qui souvent les détestait. À la veille de la Révolution, en 1775, des juristes jansénistes envisageaient la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité confiée à un corps particulier ¹⁴⁹. L'idée était [357] dans l'air. Mais son engendrement par le droit positif sera laborieux. Nous aurions tendance à penser que la démarche serait accomplie dès les débuts d'une Révolution si soucieuse de préserver les libertés individuelles face à l'État : les États Généraux se réunissent en mai 1789, l'Assemblée constituante vote la Déclaration des droits de l'homme au mois d'août. Pourtant, il n'en fut rien. Toujours en raison du culte de la loi : la mise en oeuvre d'un mécanisme de contrôle de sa constitutionnalité aurait risqué de la fragiliser, en même temps qu'il aurait donné du poids aux juges, objectif contraire de celui poursuivi. Siéyès, le profes-

¹⁴⁹ Cf. Mestre J.L., L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les *Maximes du droit public français* (1775), dans : *Actes du Colloque de l'AFHIP, Toulouse, 11-13 avril 1991, État et pouvoirs, L'idée européenne*, Volume VIII, Aix, Presses universitaires d'Aix-Marseille III, 1992, 21-36.

seur de droit constitutionnel de la Révolution et de Napoléon, avait d'abord été un farouche défenseur du système légaliste. Mais les excès accompagnant l'instauration de la République l'amenèrent à plus de prudence. D'où un Siéyès seconde manière, que l'on découvre après la Terreur partisan d'un contrôle de constitutionnalité des lois ¹⁵⁰. Dans le discours qu'il prononce devant la Convention le 20 juillet 1795, il milite pour son incorporation dans la future Constitution de l'an III : « il y aura sous le nom de jurie constitutionnaire un corps de représentants, au nombre de trois vingtièmes de la législature, avec mission spéciale de juger et prononcer sur les violations de la constitution, qui seraient portées contre les décrets de la législature ». La Convention refuse de le suivre. Mais l'abbé ne se décourage pas. Il rédige avec Bonaparte la Constitution de l'an VIII, au cours de séances de travail souvent orageuses : « Voulez vous être roi ? » lance-t-il au Premier Consul, qui dit par ailleurs de son conseiller constitutionnel : « Siéyès croit posséder seul la vérité ; quand on lui fait une objection, il répond comme un prétendu inspiré et tout est dit ». Mais Bonaparte saisit l'occasion d'abaisser le pouvoir législatif, et la Constitution restaure un contrôle de constitutionnalité des lois au profit du Sénat (art. 21), qui, trop dépendant de l'exécutif, ne jouera pas son rôle. En 1803, le contrôle de constitutionnalité des lois est mis en oeuvre pour la première fois aux États-Unis par la Cour suprême. En 1804, la Constitution de l'an XII attribue à chaque sénateur le droit de saisir le Sénat. Mais cette procédure était extrêmement compliquée et n'aboutissait qu'à des déclarations d'inconstitutionnalité non contraignantes pour l'Empereur. Aussi ne fut-elle pas pratiquée. La Constitution de 1852 attribuera au Sénat un contrôle des lois automatique : le gouvernement, mais également les [358] citoyens par voie de pétition, pouvaient soumettre tout acte législatif à son contrôle. Mais ce système eut peu d'efficacité.

On remarquera que ce sont surtout des régimes autoritaires, césariens, qui, au XIX^{ème} siècle, ont constitutionnalisé le contrôle de constitutionnalité des lois, ce qui explique d'ailleurs le mauvais fonctionnement des systèmes qui en ont découlé. Comment expliquer cette apparente contradiction, puisque que pour nous, ce contrôle est lié à la nature démocratique d'un régime politique ? La réponse est simple. Les dirigeants des systèmes autoritaires entendent tirer leur légitimité du peuple, qu'ils prétendent incarner. Ils se méfient donc des assemblées représenta-

¹⁵⁰ Sur Siéyès, cf. Pasquino P., *Siéyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998.

tives et de leurs pouvoirs législatifs. Preuve *a contrario* de la validité de l'hypothèse, la monarchie censitaire et parlementaire, les II^e et III^e Républiques, qui ont valorisé les assemblées, n'ont pas cherché à le mettre en oeuvre. Il faudra donc attendre plus longtemps pour qu'un contrôle de constitutionnalité démocratique voie le jour. En Europe continentale, il ne se répand qu'au lendemain du second conflit mondial. En France, la Constitution du 27 octobre 1946 crée un Comité constitutionnel, mais son rôle sera beaucoup moins important que celui progressivement joué par le Conseil constitutionnel institué par la Constitution de 1958, dont les décisions soulèvent parfois les vieilles critiques contre « le gouvernement des juges ». À l'heure actuelle, le développement des justices constitutionnelles apparaît comme un fait marquant en Europe, y compris dans les États anciennement constitutifs du « camp socialiste ». La Chine elle-même étudie l'idée de création d'une justice constitutionnelle... ce qui repose le problème de la signification réelle des « critères » juridiques de l'État de droit. Nous avons vu que sous la monarchie absolue, l'existence d'un contrôle juridictionnel des actes de l'administration ne saurait suffire à le prouver. Que dire de la Chine devenue aujourd'hui un État de lois, mais certainement pas de droit ¹⁵¹ ?

Ici encore, force est de constater la prééminence de l'histoire sur le droit : ce sont les conditions historiques plus que des critères formels qui déterminent la réalité et l'efficacité des constructions juridiques.

Après avoir dévisagé l'État français sous ses différentes apparences au cours de son histoire, il faut conclure à la multiplicité de ses figures, [359] ce qui ne saurait surprendre. Mais aussi à sa complexité historique, ce qui est plus délicat. En effet, la justice, la police, la légalité et la constitutionnalité ne se succèdent pas rigide­ment l'une à l'autre : l'histoire a horreur des lignes droites, qu'empruntent si facilement les esprits paresseux. Comme nous l'avons vu, elle assemble et disjoint ces traits dominants pour composer des figures nouvelles au cours du temps.

Par ailleurs, à la complexité chronologique se superpose la pluralité culturelle : les conceptions de l'État de droit ne sont pas uniformes en Europe, comme nous allons le voir.

¹⁵¹ Cf. Rouland N., Une voie chinoise vers les droits de l'homme, *Le Figaro*, 14 Mai 1997, p. 2.

D) Les modèles historiques de l'État de droit en Europe

Comme l'ont bien montré C. Grewe et H. Ruiz Fabri ¹⁵², le développement de l'État de droit se fait à partir de trois grands modèles : le *rule of law* anglais, le droit révolutionnaire français et l'exemple allemand. Examinons les dans leur ordre de succession chronologique.

166. LA CONCEPTION ANGLAISE DE L'ÉTAT DE DROIT. - C'est la plus ancienne. Depuis la *Magna Carta* de 1215 jusqu'aux grands textes du XVII^e siècle que nous avons déjà étudiés ¹⁵³, s'affirme l'idée que le pouvoir du roi ne peut l'emporter sur les lois du pays. Le principe est manifeste dans une jurisprudence de 1611 ¹⁵⁴ : le roi ne peut disposer que des prérogatives reçues de la Common Law. Son pouvoir est donc constitué. À partir de la Glorieuse Révolution, le Parlement va restreindre ou même supprimer ses droits propres. Cette évolution continue jusqu'au XX^e siècle : en 1984, le principe devient celui du contrôle juridictionnel des actes de prérogative royale, et leur exemption l'exception. Car depuis longtemps, les éventuels abus de l'exécutif sont sanctionnables par un recours juridictionnel ; les pouvoirs publics comme les individus sont soumis aux mêmes lois et aux mêmes juridictions. Il y a conjonction entre les principes d'égalité et de légalité. Pour autant, le système anglais du *rule of law* ne constitue pas un modèle indépassable, surtout au regard des conceptions actuelles de [360] l'État de droit. D'une part, on hésite aujourd'hui sur le degré de contrôle exercé sur le législateur. Si la souveraineté du Parlement est absolue, l'État britannique est davantage un État légal qu'un État de droit, puisque le droit se confond avec la loi votée par le Parlement. Si on veut aller plus loin et contrôler le contenu de la loi elle-même (c'est le sens de la définition extensive de l'État de droit) au nom de la soumission des pouvoirs constitués au pouvoir constituant, on ne peut parler d'État de droit en Angleterre que dans un sens plus restreint que sur le continent.

¹⁵² Cf. l'excellent ouvrage de Grewe C.- Ruiz Fabri H., *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, 22-32, dont nous résumons les analyses dans les lignes qui suivent.

¹⁵³ Cf. *supra*, pp.294-296.

¹⁵⁴ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, 3 All. E.R.935.

En effet, cet État de droit ne comprend pas explicitement la séparation des pouvoirs. De plus, en raison du particularisme historique anglais, il n'existe pas de Constitution écrite et rigide, et les droits fondamentaux ne jouissent pas de la garantie d'un statut particulier.

167. LA CONCEPTION FRANÇAISE DE L'ÉTAT DE DROIT. - Comme nous l'avons vu ¹⁵⁵, l'État de droit se manifeste déjà sous l'Ancien Régime. Cependant, la Révolution le lie beaucoup plus fortement qu'auparavant aux droits individuels. En ce sens, la Déclaration de 1789 constitue un tournant décisif. Mais le culte des révolutionnaires pour la loi réputée infaillible, leur détestation du pouvoir des juges, ont considérablement freiné cet élan. Au début du XXe siècle encore, l'État français ne donne pas aux droits fondamentaux un caractère prééminent, pas plus qu'il ne reconnaît la suprématie de la Constitution. Celle-ci ne sera vraiment consacrée que sous la Ve République.

Cependant, la conception française de la Constitution, un texte écrit qui organise rationnellement les fondements du pouvoir étatique, correspond au volontarisme de la tradition politique française. À la différence du droit anglais, le principe de la séparation des pouvoirs est clairement affirmé comme celui de la subordination des pouvoirs constitués au pouvoir constituant. Cependant, la conception française coïncide avec la volonté de protection de l'individu que l'on trouve également dans l'orientation anglaise : mais les chemins en diffèrent.

[361]

168. LA CONCEPTION ALLEMANDE DE L'ÉTAT DE DROIT. - Au milieu du XIXème siècle, von Mohl développe une conception de l'État de droit idéologiquement assez proche de la conception française : il en fait un État limité au nom de l'autodétermination de la personne. En revanche, sa mise en oeuvre institutionnelle l'intéresse moins. Il s'agit donc d'un État de droit plus matériel que formel. Mais à partir de la seconde moitié du siècle, un courant plus conservateur s'impose, incarné par la doctrine de Stahl (reprise par Bähr, von Gneist et von Stein) : la conception formelle l'emporte. Le législateur n'est pas lié quant aux

¹⁵⁵ Cf. *supra*, pp.350-356.

buts ou au contenu des normes qu'il institue. On vérifie seulement que les procédures les définissant ont été correctement suivies ; parallèlement, on contrôle la soumission de l'administration à la loi. Cependant, les choses évoluent sous la République de Weimar : elle est le premier régime politique allemand à instituer un contrôle de constitutionnalité. Par la suite, l'expérience dramatique du nazisme va prouver *a contrario* qu'un contrôle formel ne suffit pas, puisque des lois iniques peuvent être formellement adoptées d'une manière régulière. Un contrôle matériel s'impose donc plus encore. En conséquence, après la guerre, la Loi fondamentale proclame que les droits inviolables et inaliénables de l'homme sont le fondement de toute communauté humaine (art. 1.1) et que les droits fondamentaux lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable (art.1. 3). L'art.20.3 précise que « le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire par la loi et le droit » : la loi est donc expressément soumise à la Constitution, ce qui réalise pleinement l'État de droit, d'autant plus que ce lien est sanctionné par la possibilité de recours devant la Cour constitutionnelle.

169. LES PARTICULARISMES DES CONCEPTIONS DE L'ETAT DE DROIT AUJOURD'HUI. - On voit donc que les écarts entre ces différentes conceptions tiennent largement à des conditions historiques spécifiques de chaque pays. On pourrait penser qu'actuellement la diffusion en Europe du concept de l'Etat de droit, notamment liée au développement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, tend à l'uniformiser. Il est exact que des concepts fondamentaux se généralisent : limitation des pouvoirs de l'État par la constitution au nom de la protection des libertés individuelles, opérée concrètement par la subordination de l'administration à la loi, et, très [362] fréquemment, par un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la loi.

Pourtant, des particularismes importants subsistent. D'une part, la réception de l'Etat de droit n'est pas forcément explicite : on en trouve seulement des éléments, amplifiés plus tard. C'est le cas des pays du Benelux et de l'Europe du Nord. Ainsi, en Norvège, la Constitution ne se réfère pas à l'Etat de droit, mais en prévoit certains indicateurs (non-rétroactivité de la loi, interdiction de révision totale du texte constitutionnel) ; mais progressivement le principe de légalité et de contrôle de constitutionnalité feront leur apparition grâce à la coutume. D'où un tableau qui

peut être disparate : des États exceptent certains actes de la puissance publique de tout contrôle juridictionnel ; le contrôle de constitutionnalité n'est pas universel ou n'existe que sous une forme partielle. Dans d'autres cas (Italie, Espagne, Portugal, Grèce, Allemagne, Pays-Bas, Suède, France), l'Etat de droit connaît une dilatation plus poussée et comprend l'aspect matériel en plus de la dimension formelle. C. Grewe et H. Ruiz Fabri remarquent à juste titre que la distinction entre ces deux séries de cas repose sur un critère historique. Quand l'Etat de droit a été reçu relativement tôt (vers la fin du XIX^{ème} siècle) il est en général compris de manière assez restrictive et selon une conception principalement formelle. En revanche, quand il a été reconnu récemment, il est beaucoup plus complet et inclut l'aspect matériel.

Comment expliquer cette détermination historique ? D'une part, l'Etat de droit intégral peut s'expliquer par le passage relativement rapide d'un régime autoritaire à un régime démocratique. Ainsi en Espagne, la Constitution laissait au législateur une très grande liberté, dans la mesure où sa violation par la loi ou les tribunaux ne pouvait faire l'objet d'aucun recours juridictionnel. Dans la Constitution de 1978, tout change : les pouvoirs publics sont liés par les droits fondamentaux ; comme les citoyens, ils sont soumis à la Constitution ; un Tribunal constitutionnel est créé. En Allemagne, nous avons vu que le choc du nazisme fut décisif dans l'accentuation postérieure de l'Etat de droit matériel. La démocratisation joue donc en faveur d'une extension de l'Etat de droit.

Pour autant, son caractère partiel n'est pas nécessairement synonyme de tendances autoritaires : on ne peut en effet en rendre coupables des États comme ceux d'Europe du Nord et du Benelux. La démocratie y est [363] au contraire plus ancienne, et s'est construite plus lentement : l'intégration des diverses composantes de l'Etat de droit y a été plus progressive. Le cas de la France en est aussi un bon exemple, dans la mesure où il a fallu attendre la Ve République pour que soient tirées en la matière toutes les conséquences de la Déclaration de 1789.

L'Etat de droit a donc des histoires. Elles continuent.

Aujourd'hui, nous nous reconnaissons dans le miroir de l'Etat de droit. Mais de l'État, nous réclamons aussi la justice. Ce qui nous incite à faire retour à l'époque lointaine où elle le fondait.

Section II

L'État de justice en France

[Retour au sommaire](#)

Au milieu du Moyen-Âge, la monarchie française sort d'un long engourdissement. Le roi doit avant tout la justice et la paix à ses sujets. Vieux précepte. Mais il y a du nouveau : il va maintenant se doter des moyens de l'appliquer. Il est le juge suprême, mais une hiérarchie de juridictions dépend exclusivement de lui. Elle n'est pas la seule : legs du passé, les seigneurs et l'Eglise ont aussi les leurs, qu'il va attirer à lui.

A) La justice royale

Par la grâce de la fiction juridique, le roi est censé exercer sa justice non seulement de façon directe : c'est la justice retenue. Mais aussi par l'intermédiaire d'un certain nombre de juridictions qui dépendent de lui et rendent la justice en son nom : c'est la justice déléguée.

170. LA JUSTICE RETENUE ¹⁵⁶. - Le roi est fontaine de justice. On se souvient de Saint-Louis rendant la justice sous un chêne à Vincennes ; son conseiller le franciscain Hugues de Barjols lui rappelle d'ailleurs : «... que le roi prenne bien garde de faire si bien justice à [364] son peuple qu'il en garde l'amour de Dieu. Sans quoi, Dieu lui ôterait-il le royaume de France ». Il doit rester accessible à ses sujets. Christine de Pisan dit de Charles V que, la messe achevée, il « donne audience à toutes gent povres ou autres », notamment les femmes de « tous estas, grands, moyennes et petites ». Un siècle plus tard, Charles VIII à

¹⁵⁶ Cf. Rigaudière A., *op.cit.*, 188-190.

l'agonie tient audience publique pendant plusieurs heures. Pratiquement tous les monarques se soumettront à cette tradition de proximité judiciaire avec leurs sujets. Cependant, tous ne peuvent faire le voyage et le souverain ne dispose pas du temps nécessaire pour examiner personnellement toutes les affaires qui lui sont soumises. Un adage dit : « Toute justice émane du roi ». Il ne signifie pas que le roi rend toujours la justice lui-même. En fait, l'expression de « justice retenue », qualifiant la justice personnelle du roi, s'applique aussi aux requêtes que le roi juge en son Conseil... après qu'elles aient été filtrées par les maîtres des requêtes.

Comment s'organise-t-elle ? Jusqu'à la fin du XIIe siècle, la cour (*curia regis*) ne fonctionne pas de manière spécialisée et régulière, ses effectifs sont instables. Dans la tradition féodale, le roi réunit ses vassaux pour entendre leurs conseils sur les questions qu'il lui plaît de leur poser. Mais au début du XIIIe, avec la montée en puissance de l'État, les affaires à régler deviennent toujours plus nombreuses et plus techniques. Une rationalisation du travail s'impose. Les seigneurs féodaux reculent devant les juristes et les administrateurs, qui constituent le noyau stable de la cour. Ils sont assez âgés : sous Louis XI, 61 pour cent ont plus de 40 ans quand ils entrent au Conseil. Trois grandes zones de compétences émergent : la justice, les finances et le conseil. Petit à petit, les sessions de la cour où on traite de la justice deviennent autonomes ; ce sont celles « où l'on parle » des procès, « où l'on parle » de la justice. On dit que la cour se réunit en parlement : c'est l'origine du Parlement de Paris, plus tard relayé par des parlements provinciaux. N'imaginons pas que ce Parlement fut créé par une initiative royale bien déterminée et aisément datable. Facteur déterminant, la présence effective du roi. Jusqu'à la fin du règne de Saint-Louis (il meurt en 1270), le roi est au premier plan : c'est lui qui tranche les litiges. Puis, sous le règne de son successeur Philippe III, les décisions rendues font simultanément référence à la volonté de la cour et à la présence du roi. Rapidement, l'étape décisive est franchie : les arrêts sont rendus « en notre cour », ce qui [365] signifie que le roi n'y participe plus directement. On est passé de la justice retenue à la justice déléguée.

En revanche, le roi peut toujours exercer sa justice retenue dans le cadre de son Conseil. Par évocation ou cassation, des affaires peuvent remonter jusqu'à lui.

Au cours du XIV^e siècle, les sessions du Conseil consacrées à ses fonctions spécifiquement judiciaires sont nommées « séances des requêtes ». Dans la première moitié du XV^e, elles engendrent un organe nouveau, le Grand Conseil judiciaire, qui comprend notamment un substitut de l'avocat général, un substitut du procureur général et un greffier. Sous Louis XI, il s'individualise complètement par rapport au Conseil dont il est issu. Le roi l'utilise notamment pour faire pression sur le Parlement.

171. LA JUSTICE DÉLÉGUÉE. - La justice déléguée désigne les juridictions qui sont directement sous le contrôle du roi : elles rendent elles-mêmes la justice, sans qu'il y soit présent, mais en son nom. Ce sont de simples intermédiaires, des relais : ainsi est maintenu le principe d'unité du pouvoir judiciaire du roi.

Au sommet de la hiérarchie, le Parlement. En son sein, on trouve d'abord la Grand-Chambre, son cœur : tous les procès se déroulent devant elle, elle rend tous les arrêts. Mais elle est aidée par d'autres formations du Parlement. La Chambre des requêtes reçoit les requêtes des plaideurs et examine leur recevabilité. Dès le XIV^e, elle se transforme en chambre de jugement des causes privilégiées, la procédure étant suffisamment établie. La Chambre des enquêtes est chargée de l'instruction des affaires. Les parties n'y sont jamais convoquées ; il n'y a pas de plaidoirie. Le dossier constitué, les maîtres rapporteurs préparent un projet de jugement transmis à la Grand-Chambre. Si celle-ci le juge fondé, il devient immédiatement sa décision. Sinon elle peut le modifier, ou demander une nouvelle enquête. La Chambre criminelle (ou Tournelle ¹⁵⁷) apparaît à la fin du XIV^e siècle et devient autonome au début du XVI^e. Elle doit enquêter, instruire et rédiger des projets de jugement transmis à la Grand-Chambre. Mais cette spécialisation [366] croissante ne suffit pas à absorber la masse grandissante du contentieux. On y remédie d'abord par la technique des Grands Jours : des maîtres du Parlement sont envoyés en province pour y rendre la justice au nom du roi. Mais surtout, à partir du XV^e siècle, des Parlements sont créés en province (Norman-

¹⁵⁷ L'origine de ce nom n'est pas certaine. Elle viendrait peut-être du fait que les magistrats pénétraient à tour de rôle dans la salle du tribunal. Plus probablement, la raison en est qu'ils siégeaient dans une petite tour, la tour Saint-Louis, située derrière la Grand-Chambre. Les Parlements de province adopteront aussi cette expression pour désigner leur chambre criminelle.

die, Toulouse, Grenoble, Bourgogne, etc.). En 1492, Louis XI prend possession du comté de Provence. Il existait alors une cour nommée Conseil Royal, exerçant des attributions à la fois judiciaires et politiques, mais avec une extrême lenteur. En 1501, Louis XII lui enlève ses fonctions judiciaires et les transfère à une cour créée à cette occasion sur le modèle des autres parlements. Elle devient le Parlement de Provence. Il s'installe d'abord à Brignoles, puis à Aix à partir d'octobre 1502. Tous les parlements provinciaux sont dotés de la même organisation que le Parlement de Paris. Ils sont tous égaux entre eux. Il est donc clair que les parlements ont été créés sous l'inspiration de la volonté royale et dans un but spécifiquement judiciaire : ce sont des juridictions. Leurs décisions sont susceptibles de cassation par le Conseil du roi. Cette voie trouve son origine dans une ordonnance de mars 1302 de Philippe le Bel. Bien que les arrêts du Parlement soient rendus en dernier ressort, en cas d'ambiguïté ou d'erreur, leur « correction, interprétation, révocation ou déclaration » appartient au Conseil. La procédure se précise au cours du siècle. Le justiciable ne peut saisir lui-même le Conseil. Il doit au préalable obtenir une lettre de proposition d'erreur des maîtres des requêtes de l'Hôtel. Le Conseil ne juge pas au fond : l'affaire cassée est renvoyée au Parlement, qui doit trancher dans le sens indiqué par le Conseil.

La subordination des parlements est donc claire. Cependant, dépositaires de la justice déléguée, ils montreront en fait une attitude de plus en plus souvent rebelle vis-à-vis du roi sur le plan politique. La patrimonialité de leur charges constitue pour eux un puissant appui : inamovibles, ils sont propriétaires de leur offices qu'ils peuvent vendre, léguer ou transmettre à leurs héritiers. Techniquement, les prétentions politiques des parlements ont pris naissance à l'occasion de la mise en oeuvre de leur droit d'enregistrement des ordonnances royales. À l'origine, il s'agissait d'une formalité surtout matérielle : le Parlement contrôlait la forme et la rédaction de l'acte avant de l'enregistrer, ce qui permettait de l'archiver et valait publication, conditionnant sa mise en application. Mais au cours du XIV^e, le Parlement commence à vouloir exercer un contrôle au fond, sur l'opportunité des mesures qui lui sont [367] soumises. Vers 1350, il n'hésite pas à refuser d'enregistrer certaines ordonnances au motif qu'elles sont : « injustes, iniques, subreptices et octroyées contre raison ». Ainsi commence un conflit qui durera jusqu'à la fin de la monarchie. Les juridictions inférieures posent moins de problèmes.

Les tribunaux de bailliage et de sénéchaussée sont les plus répandus. Au départ, baillis et sénéchaux sont des administrateurs territoriaux. Mais ils rendent aussi la justice. Les baillis sont assistés de lieutenants qui, à partir de la fin du XIV^e siècle, prennent leur autonomie par rapport à eux et sont directement nommés par le pouvoir royal. Jusqu'à la fin du XII^e siècle, le tribunal de bailliage est organisé en assise : c'est une juridiction itinérante, dont la composition varie suivant la qualité sociale du justiciable. Si c'est un noble, il ne peut être jugé que par ses égaux, et le tribunal est exclusivement composé de nobles. Si c'est un roturier, le bailli est assisté de juristes locaux (*probi homines*), praticiens ou officiers royaux. Petit à petit, cette dernière forme l'emporte sur la première et la distinction tenant à la condition des personnes s'efface. D'abord fonctionnant surtout en première instance, ils deviennent progressivement des juridictions principalement d'appel, au fur et à mesure que la justice royale l'emporte sur les justices seigneuriales et ecclésiastiques, ce qui entraîne le transfert vers la justice déléguée d'une partie des causes autrefois réglées par ces justices parallèles. À partir de 1552, un certain nombre de bailliages et de sénéchaussées deviennent des présidiaux, qui traitent en appel des litiges de peu d'importance jusque-là réservés au Parlement.

Au dernier échelon de la hiérarchie judiciaire, on trouve les prévôts (ou encore viguiers ou bayles). Ils jugent en première instance de toutes les affaires civiles et criminelles à l'exception de celles concernant les nobles, et en appel des causes civiles jugées par les tribunaux seigneuriaux. À Paris, le tribunal du Châtelet se trouve sous la juridiction du prévôt de Paris ; il a rang de bailliage sans en porter le titre.

À ces diverses juridictions, il convient d'ajouter des juridictions spéciales. Certaines, dite souveraines, sont issues comme le Parlement de démembrements de la Cour du roi dans diverses matières judiciaires. Ainsi, au XIV^e siècle, se distinguent la Chambre ou Cour des aides, compétente pour le contentieux de certains impôts ; la Chambre des Monnaies, qui juge les litiges relatifs à la fabrication et à la circulation des monnaies ; la Chambre du trésor, qui tranche les différends en [368] matière domaniale. L'existence des juridictions non souveraines provient de la quasi-absence de distinction entre administration et justice : un administrateur dispose d'un pouvoir judiciaire relié à sa fonction, mais ses décisions sont susceptibles d'appel devant le Parlement. Ces juridictions sont très nombreuses. On peut citer comme exemple les juridictions de la table de marbre, ainsi

nommées par ce qu'elles siégeaient au Palais royal dans une pièce pourvue d'une grande table de ce matériau. Elles connaissent des cas relevant de la discipline militaire, des gens de mer et du commerce maritime, ainsi que des litiges concernant les forêts (maîtrise des Eaux et Forêts). Ajoutons y les « Conservateurs des privilèges », qui veillent à l'exercice de la justice par des institutions bénéficiant de divers privilèges. Ainsi des universités, pour les crimes et délits des maîtres et des étudiants, ou leurs actions personnelles dans lesquelles ils se trouvent défendeurs ; des foires et marchés : les crimes et délits, les contrats qui y sont passés relèvent de conservateurs spécifiques, annonceurs des tribunaux consulaires.

L'ensemble des tribunaux que nous venons de décrire constitue le cœur de l'État de justice, dans la mesure où cette hiérarchie est directement liée au pouvoir souverain, censé l'animer toute entière. De plus, l'administratif n'est pas encore clairement distingué du judiciaire : le roi et ses agents exercent conjointement la police et la justice, deux marques d'une même souveraineté. Enfin, la justice du roi attire à elle les justices parallèles.

B) Les justices parallèles

Le roi n'a jamais envisagé de supprimer d'un trait les autres justices, rendues de façon séculaire par les seigneurs et l'Eglise. En matière de réforme administrative, la monarchie agit traditionnellement davantage par superposition que radiation. La méthode a son avantage : elle est plus progressive, heurte moins les habitudes dans un monde où celles-ci comptent beaucoup. Mais aussi un inconvénient majeur : à la longue, elle engendre une complexité telle dans les rapports entre les institutions anciennes et nouvelles qu'elle fait naître la tentation de ce qu'elle souhaitait éviter, des mesures plus brutales. La Révolution joua ce rôle [369] cathartique. Mais pendant des siècles, on parvint à s'accommoder de cette complexité. Cependant, le sens de l'évolution est clair. D'une part, il s'agit de hiérarchiser ces juridictions en les rattachant au roi (au moins les seigneuriales, car les ecclésiastiques sont propres à l'Eglise, et ne peuvent être attribuées à aucune concession royale). Encore marqué par le cadre féodal et sa conception suzeraine du pouvoir, un adage dit : « Toute justice est tenue en fief ou arrière-fief du roi ». On suppose

donc que les justiciers locaux ne l'exercent que par concession du souverain. Plus tard, l'adage que nous connaissons : « Toute justice émane du roi », se situe dans le monde plus moderne de la souveraineté : la justice trouve sa source dans le pouvoir du roi sur tous ses sujets, il n'en délègue que l'exercice. D'autre part, pour réaliser ses objectifs, le pouvoir royal compose une panoplie de moyens. En général, ils consistent dans des relais assurant la prééminence des justices d'État et dans un étiolement des compétences des justices parallèles au profit des juridictions royales.

Si les justices seigneuriales sont de piètre qualité, les justices d'Eglise constituent un adversaire particulièrement coriace. Elles ont bénéficié de la réforme grégorienne depuis la fin du XI^e siècle et sont à leur apogée au cours du XIII^e. Très bien organisées et tenues en main par des experts, elles bénéficient de vastes compétences, gagnées sur la monarchie au cours des siècles. Elles vont donc freiner la construction d'un système judiciaire d'État, même si elles devront finalement s'incliner.

172. LA LUTTE CONTRE LES JUSTICES SEIGNEURIALES. - Elle est facilitée par la rusticité de ces justices. Elles ne comportent pas de techniciens : le seigneur est entouré de ses vassaux pour la cour féodale (celle qui rend la justice entre nobles), et de notables pour la justice seigneuriale. Les procédures sont très archaïques : on a toujours recours au jugement de Dieu, à la preuve par bataille, aux ordalies unilatérales, tous procédés depuis longtemps condamnés par l'Eglise, et que la justice royale n'utilise pas. L'appel est inconnu. Chaque cour seigneuriale est en principe souveraine, et le jugement de Dieu ne saurait être remis en question. Cependant, dans les cas où le juge seigneurial s'est scandaleusement mal acquitté de ses devoirs de justice, ou bien a refusé de dire le droit, le plaideur peut saisir son suzerain, le seigneur qui lui est supérieur dans la hiérarchie féodale. Par ce biais, on tendra à penser que le [370] mauvais jugement peut être remis en question si l'on arrive à prouver que le seigneur a mal jugé. Le roi saura utiliser cette possibilité de s'immiscer dans la justice seigneuriale. Parallèlement, il utilisera aussi d'autres moyens : la prévention et les cas royaux.

- *L'appel* est inspiré des droits savants. Le droit romain avait connu l'appel hiérarchique jusqu'à l'Empereur. En droit canonique, l'appel à Rome et aux légats

pontificaux était devenu possible. D'un point de vue plus pratique, les justiciables préféraient les juridictions royales, car la procédure y était plus moderne, et une fois la décision rendue, ils profitaient de la puissance de l'exécution judiciaire du roi. La suppression de la preuve par bataille en 1258 par Saint-Louis fut le premier pas : l'appel de faux jugement n'était plus sanctionné par un combat, mais les plaideurs devaient venir exposer leurs différends devant la cour du roi. Cependant, il s'agissait davantage d'une prise à partie du juge que d'un véritable appel contre sa décision. L'appelé n'était pas l'adversaire, mais le juge. Dans le Midi, l'évolution fut plus rapide, car le droit romain assimilait l'appel à un nouveau procès entre les deux parties à la première instance : le juge n'avait rien à y voir, sauf faute personnelle. L'instauration de l'appel rendit toutes les justices seigneuriales subalternes de la justice royale. Les appels suivaient la hiérarchie féodale et aboutissaient au roi. Celui-ci pouvait aussi intervenir en première instance, en utilisant la prévention ou les cas royaux.

- Grâce à la *prévention*, le juge royal vient « avant » la justice seigneuriale. Les juges royaux se saisissent d'une affaire qui reviendrait normalement aux juges seigneuriaux, au nom de la souveraineté royale. En cas d'infraction grave en matière criminelle, si le juge seigneurial n'agit pas assez rapidement, le juge royal peut prendre l'initiative. Mais son intervention peut aussi résulter d'un choix du justiciable, qui le préfère au seigneur. Les effets de la prévention peuvent être absolus, ou relatifs. Dans le premier cas, il n'y a pas de renvoi devant le juge seigneurial. Il s'agit en général d'affaires qui exigent une intervention rapide de la justice (crimes et délits de grand chemin et à l'occasion de foires ou de marchés) ; de la juridiction des seigneurs ecclésiastiques sur les plus démunis (*miserabiles personae* : les veuves, mineurs, orphelins et pauvres), quand ces seigneurs se montrent trop lents.

- Les *cas royaux* sont inspirés par l'idée selon laquelle tout ce qui touche à la souveraineté du roi doit être de la compétence des juges [371] royaux. Toute atteinte portée à la paix publique constitue *a priori* un cas royal. Cette théorie a pris naissance non dans l'entourage du roi, mais dans celui des seigneurs les plus importants. Mais elle s'étend au bénéfice du souverain : la personne du roi et de ses agents méritent une protection particulière. Le droit romain fournit le modèle du crime de lèse-majesté. D'abord restreints aux cas criminels (conspiration, rébellion contre le roi), les cas royaux englobent par la suite les affaires civiles dans

lesquelles le roi est demandeur ou défendeur, et où il comparaît comme propriétaire, créancier ou débiteur. Il n'existe pas de liste exhaustive des cas royaux, ce qui permet leur extension. La fabrication de fausse monnaie en fait partie : on estime qu'elle porte atteinte au roi dans la mesure où elle touche son effigie. Dans la même sens, la falsification des sceaux et des lettres du roi, qui comportent son portrait et son nom, est considérée comme une injure à sa personne. Enfin, constitue également un cas royal la violation d'une ordonnance prohibant un acte qui jusque-là n'était pas tenu pour délictueux. Si elle renforce simplement une interdiction antérieure, la compétence reste celle des juridictions normales.

À la fin du Moyen-Âge, ces divers procédés sont complétés par la théorie de l'abus de droit de justice : le roi peut retirer sa justice à un seigneur s'il en use mal.

173. LA LUTTE CONTRE LES JUSTICES ECCLÉSIASTIQUES. - Précisons d'abord ce qu'il faut entendre par justice ecclésiastique. Il s'agit de la justice qui appartient en propre à l'Eglise, non pas des juridictions seigneuriales appartenant à des seigneurs ecclésiastiques. La justice d'Eglise trouve son origine dans les premiers temps du christianisme. Entourés de païens, les chrétiens avaient pris l'habitude de régler entre leurs différends. Par la suite, l'Empire chrétien reconnut aux évêques une juridiction arbitrale. Par ailleurs, la fameuse Inquisition est une juridiction ecclésiastique d'exception. Les tribunaux ecclésiastiques de droit commun fonctionnent d'une autre manière. Il faut donc les distinguer.

L'évêque est le juge ordinaire dans son diocèse. Il délègue généralement son pouvoir de juger à un clerc instruit en droit canon et en droit romain, l'official, qui préside un tribunal nommé officialité. Les décisions de l'official sont jugées en appel par l'officialité métropolitaine, dont les jugements sont susceptibles de recours devant la [372] juridiction pontificale, appelée la Rote (la salle où siégeaient les juges était en forme de roue). La procédure appliquée est de type romain. Pour contrôler les juridictions existant dans le royaume, le roi va utiliser deux moyens : la réduction de leurs compétences, leur subordination par la voie de l'appel.

La réduction des compétences s'opère à la fois au niveau des personnes et des matières. Dans le premier cas, il s'agit du privilège de clergie dont bénéficiaient les membres de l'Eglise, jugés par des juridictions ecclésiastiques dans les affai-

res les impliquant. Le roi emploie un procédé analogue au cas royaux, dont il usait contre les justices seigneuriales. Ce sont les cas privilégiés en matière délictuelle. Pensant que dans certains cas les juges ecclésiastiques étaient trop peu sévères pour les clercs, il les réserve aux juges royaux : port d'armes, infraction à la sauvegarde royale, violations des ordonnances royales, délits commis par les clercs officiers royaux dans l'exercice de leur fonction, émission de fausse monnaie, etc. Dans tous ces cas, on pouvait s'en prendre aux biens matériels du clerc, mais il était impossible de se saisir de sa personne, ni de lui appliquer une peine corporelle. Dans d'autres cas, les délits dits « communs », le clerc pouvait être jugé soit par une juridiction royale, soit ecclésiastique. Seuls restent de la compétence exclusive des officialités les délits purement ecclésiastiques. En matière civile, le contentieux de l'attribution des bénéfices passe aux juges royaux. Ces derniers distinguent entre le possessoire et le pétitoire. En ce qui concerne le pétitoire, c'est-à-dire le débat sur le fond du litige, la compétence de la juridiction ecclésiastique n'est pas remise en cause. Mais les juges royaux affirment la leur au possessoire, et se réservent de décider qui doit être mis en possession du bénéfice jusqu'à ce qu'on ait statué au pétitoire. Il fallait en effet que le service correspondant au bénéfice fût assuré pendant la durée du procès. En principe, le juge du possessoire ne jugeait pas au fond ; mais comme les bénéfices constituent un cas particulier, le droit canon exigeait que leur possession soit fondée sur un titre apparent. Le juge royal doit donc examiner les titres respectifs des parties et, en fait, trancher au fond.

La réduction des compétences matérielles consiste à soustraire à la juridiction ecclésiastique toutes les affaires qui ne sont pas d'ordre strictement spirituel. Au pénal, les crimes contre la religion sont assimilés à la lèse-majesté divine : les juges royaux les réclament ; en matière d'adultère et d'usure, la prévention royale est de plus en plus fréquente. [373] Au civil, les juges royaux connaissent de tous les aspects non-sacramentels du mariage : la dot, le douaire, la séparation (mais non pas le divorce, interdit jusqu'en 1792).

Ce mouvement se confirme après le Moyen-Âge. Théoriquement, comme le rappelle une ordonnance de février 1580, les juridictions ecclésiastiques restent compétentes pour tout ce qui touche directement à la formation et à la dissolution du lien matrimonial. En pratique, elles passent sous le contrôle des Parlements (à cette époque, le gallicanisme a assuré la victoire du roi sur le pape), et sont obli-

gées d'appliquer les ordonnances royales. Les contrats passés par les clercs furent soustraits à la juridiction ecclésiastique quand ils étaient constatés par un acte passé sous le sceau du bailli. En effet, sa qualité d'administrateur et de juge royal emportait la compétence d'une juridiction royale. De plus, l'Eglise avait développé sa compétence sur les contrats dans la mesure où beaucoup de conventions étaient passées sous serment : le parjure était considéré comme une faute religieuse. Mais progressivement, le rôle du serment déclina au point qu'il ne fut plus considéré que comme un simple accessoire du contrat : le juge royal en profita pour s'en emparer. Quant aux testaments, ceux-ci pouvaient contenir des legs profanes, ou des legs pieux (en faveur de l'Eglise). À partir de sa compétence pour les profanes, le juge royal finit aussi par connaître des pieux. Par ailleurs, la compétence du juge ecclésiastique se réduit ou disparaît dans des matières où elle s'exerçait traditionnellement. La juridiction ecclésiastique sur les veuves et des orphelins disparaît au XIV^e. Le droit d'asile est restreint : seuls les catholiques, hommes libres, délinquants mineurs peuvent l'exercer. On exclut de ce privilège les Juifs, hérétiques, grands criminels, ceux qui ont échappé à la police séculière après avoir été capturés par elle, ceux qui ont commis un crime près d'un lieu d'asile avec l'intention de s'y réfugier. De plus la compétence du juge laïque s'étend même aux cas où il y a asile : ce dernier n'empêche pas le déroulement normal du procès criminel, le juge laïque est compétent sauf si le crime a été commis dans l'église. Finalement, les parlements décideront quand il y a lieu à asile.

Restait encore à contraindre les juges ecclésiastiques à s'incliner devant la justice royale. Ce fut le but de l'institution de l'appel comme d'abus. On sait que le sacre conférait au roi une nature ecclésiastique : c'était « l'évêque du dehors ». Il pouvait donc annuler lui-même les actes ecclésiastiques qu'il jugeait abusifs. Tout intéressé put bientôt [374] utiliser l'appel pour déférer au roi, à ses procureurs ou aux parlements un acte de l'autorité ecclésiastique jugé abusif. Il y avait abus chaque fois que se produisait une violation des droits des pouvoirs laïc (à l'époque, laïc signifie tout ce qui n'est pas ecclésiastique) : violations d'ordonnance, empiètement sur la compétence laïque. Egalement en cas de violation du droit canonique reçu en France : en application des principes gallicans, le droit canonique n'était reçu en France que s'il avait été enregistré par le Parlement. À cette occasion il exerçait un droit de regard et d'interprétation sur le droit canonique. Grâce

à ce procédé de l'appel comme d'abus, beaucoup d'actes ecclésiastiques, aussi bien de juridiction que d'administration, étaient susceptibles d'annulation.

Enfin, on peut aussi utiliser le moyen de pression de la saisie du temporel (les biens matériels attachés à un bénéfice) des clercs. Ces biens sont temporairement confisqués tant que le clerc ne se soumet pas aux injonctions de l'autorité royale. Il peut être ainsi contraint de s'abstenir d'un acte jugé abusif, ou de le révoquer. Ce qui peut viser une décision de l'autorité épiscopale ou le jugement d'une officialité.

L'ensemble de ces observations montre que dans la seconde moitié du Moyen-Âge, le pouvoir royal était parvenu à exercer une influence considérable sur les justices ecclésiastiques, appuyé en cela par la longue lutte gallicane. Cependant, cette image de la justice ecclésiastique médiévale n'est pas celle qu'en a aujourd'hui le grand public. Au contraire, il identifie la justice de l'Eglise à un pouvoir tout-puissant et terrible, celui de l'Inquisition. Qu'en est-il exactement ?

174. L'INQUISITION : FICTION ET RÉALITÉ. - L'histoire du christianisme est jalonnée par les mouvements hérétiques, signe de l'angoisse des hommes face au sens à donner à leur existence, mais aussi parfois de leur révolte contre leur aliénation par des forces bien concrètes. En effet, les hérésies sont souvent des mouvements de protestation sociale, se propageant parmi les plus déshérités (au début du christianisme, ses adversaires le qualifiaient de « religion d'esclaves »).

En 1231, le pape Grégoire IX et l'Empereur Frédéric II créent la juridiction spéciale de l'Inquisition pour l'Allemagne et l'Italie. Elle est introduite en France du Nord en 1233, et l'année suivante dans le midi, où se répand l'hérésie albigeoise. L'Eglise avait d'abord employé la persuasion contre les Cathares (du grec *katharos*, pur), envoyant des prédicateurs dans les villages. Les Dominicains sont en première ligne. [375] Plus effacés, les Franciscains, ordre mendiant, sont aussi pauvres que ceux auxquels ils s'adressaient. Mais cela ne suffit pas. Il fallut donc se résoudre à rechercher et poursuivre la « dépravation hérétique ».

Rechercher : on touche là le trait principal de toute procédure inquisitoire, ecclésiastique ou non. Le juge joue un rôle actif dans le déclenchement du procès et son déroulement, alors que dans une procédure accusatoire, les parties mènent

davantage le jeu. Dans l'ensemble des juridictions ecclésiastiques, la procédure inquisitoire n'est pas le propre de l'Inquisition. En effet, au cours du Moyen-Âge, les juridictions ecclésiastiques de droit commun sont passées d'une procédure accusatoire à une inquisitoire. À partir de 1198, des décrétales papales permettent au juge ecclésiastique de se saisir d'office d'une affaire, sans attendre une accusation formelle. En fait, l'Inquisition est une juridiction d'exception, à la compétence restreinte aux cas d'hérésie. De plus, elle fonctionna suivant des durées très variables en Europe : en France de 1235 à 1330, mais en Espagne de 1478 à 1836.

Les inquisiteurs s'installaient pendant quelques semaines ou quelques mois dans une localité et enjoignaient aux hérétiques de se présenter devant eux. S'ils obéissaient, ils encouraient des peines moins sévères que ceux que les inquisiteurs devaient faire rechercher pour les juger. Les hérétiques avaient un mois pour faire des aveux spontanés. Sinon un procès s'ouvrait. On pouvait forcer à comparaître ceux qui ne répondaient pas à la convocation. Une fois devant le tribunal, les accusés recevaient un état des charges relevées contre eux, très souvent étayées par des témoignages. Les faux accusateurs étaient condamnés au port de deux bandes d'étoffes rouges cousues sur l'extérieur de leurs vêtements. Pendant un certain temps, les noms des accusateurs n'étaient pas communiqués aux accusés, mais le Pape Boniface VIII interdit cette pratique. En revanche, en 1252, le pape Innocent IV approuva l'utilisation de la torture, jusque là complètement étrangère à la tradition du droit canon. Les peines étaient annoncées lors d'une cérémonie publique qui clôturait la procédure. C'était le *sermo generalis*, ou l'*autodafé* (du portugais « acte de foi ») dans les cas les plus graves, puisqu'il avait pour conséquence l'exécution du coupable. Formellement, l'Inquisition ne condamnait jamais à mort, en vertu du principe suivant lequel « l'Eglise a horreur du sang ». Mais elle abandonnait le coupable au « bras séculier », c'est-à-dire à la justice laïque. La mort pouvait être au rendez-vous, mais seulement dans les cas les plus graves, quand le [376] coupable ne paraissait pas susceptible de rachat. Comme le *relaps*, celui qui est retombé (*relapsus*) dans l'erreur. Ainsi Jeanne d'arc fut elle d'abord condamnée à la prison par l'Inquisition pour avoir reconnu ses « erreurs ». Mais elle revint très vite sur ses aveux, persistant dans la croyance en la mission que lui avait confiée ses « voix ». Elle fut donc livrée aux Anglais et brûlée comme « sorcière, hérétique et relapse ». Elle avait dix-neuf ans...

Ceci dit, la plupart des exécutions eurent lieu en Espagne et au Portugal, ainsi que dans leurs colonies (notamment au Mexique et au Pérou). Le premier autodafé que nous connaissions fut ordonné à Séville en 1481 par le célèbre inquisiteur Tomas de Torquemada ; le dernier eut lieu au début du XIX^{ème} siècle. Entre ces deux dates, 340 000 personnes furent suppliciées.

Cependant, ces exécutions ne doivent pas faire illusion. Dans la plupart des cas, les juges ecclésiastiques prononçaient de simples pénitences : mortifications, pèlerinages, aumônes, etc. Dans les affaires plus graves, ils condamnaient « au mur », c'est-à-dire à la prison (sanction à l'époque pratiquement inconnue du droit laïc, si ce n'est à titre préventif, mais non comme châtiment), l'enfermement étant jugé propice au retour sur soi-même. Cette mansuétude, même relative, ne se retrouvait pas dans la justice laïque. Pour elle, il fallait beaucoup plus châtier le coupable que rechercher son amendement, notion très moderne. Les peines laïques allaient de l'abattis de maison (on ravageait la demeure et les biens du criminel afin de le rendre *quasi lupus*, comme un loup, c'est-à-dire à l'état sauvage) à la mort, en passant par le pilori, la course le fouet et les mutilations... L'Inquisition était beaucoup moins meurtrière, malgré les images des bûchers des Cathares et de Jeanne d'Arc, auxquels nous l'identifions systématiquement.

Prenons un exemple ¹⁵⁸ : celui de Bernard Gui, inquisiteur à Toulouse au début du XIV^e siècle, un des juges qui avaient la réputation d'être les plus répressifs. Il jugea 930 hérétiques en 500 procès. 42 furent abandonnés au bras séculier, 307 condamnés au mur, 143 au port des croix sur leurs habits (signe infamant), les autres à des peines moindres. On estime par ailleurs qu'au siècle précédent, les inquisiteurs toulousains n'ont abandonné au bras séculier qu'un pour cent des [377] accusés. Sans doute était ce encore trop. Mais on est loin des hécatombes incendiaires des films à grand spectacle... et peu informés.

Confiée à des Franciscains et à des Dominicains, l'Inquisition était directement rattachée au pape, et donc mal vue du roi de France. Philippe le Bel y introduit les évêques qui lui sont fidèles, en même temps que ses agents, des enquêteurs royaux. Au XIV^e siècle, les légistes prétendent même que l'hérésie troublant l'ordre public, elle tombe dans la compétence des juges royaux. Au cours de ce siècle, l'Inquisition française tombe en désuétude. Le jugement des hérétiques

¹⁵⁸ Cit. par Carbasse J.-M., *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 237-238.

passé aux tribunaux ecclésiastiques de droit commun, puis aux juridictions royales, notamment les parlements.

État de justice, donc. Patient et complexe, poussant ses avantages et soutenu par les légistes. Si l'État de finance est encore loin devant, la même période voit cependant se développer l'emprise croissante des finances de l'État.

175. L'EMPRISE CROISSANTE DES FINANCES DE L'ÉTAT. - L'expression est d'A. Rigaudière, qui décrit fort bien le processus ¹⁵⁹. Sous la féodalité, la coutume était que le prince vive « du sien », c'est-à-dire des ressources de son domaine. Elles ne suffisent plus. La multiplication des administrateurs et des juges royaux coûte de l'argent. Il va falloir maîtriser la monnaie, inventer une fiscalité d'État, et surtout justifier ces innovations. Une fois de plus, les juristes seront mis à contribution par le pouvoir.

Maîtriser la monnaie, tout d'abord. Ou plutôt, les monnaies. Car dès le début de la féodalité, les seigneurs et les Eglises (plus tard les villes) peuvent émettre leurs monnaies ; le roi aussi, mais seulement à l'intérieur de son domaine. Par ailleurs, l'incidence de ce morcellement monétaire au niveau des usages individuels s'inscrit dans un cadre très différent du nôtre, puisque nous entrons actuellement en Europe dans une ère de monnaie transnationale. Rappelons nous qu'au Moyen-Âge la plupart des Français (en très grande majorité des paysans) ne se servent qu'exceptionnellement de l'instrument monétaire. Cependant, il est de plus en plus utilisé par les forces montantes du commerce et de l'État, qui ne peuvent se satisfaire de paiements en nature ou de troc. Ici [378] encore, le pouvoir royal procède progressivement : il n'abolit pas les autres monnaies au profit de la sienne ; il n'en aurait d'ailleurs nullement les moyens. Mais il agit par empiètements successifs. Dans les années 1263-1265, Saint-Louis prend une série de mesures : la circulation des monnaies étrangère (nullement exceptionnelle) est interdite, la monnaie du roi a seule cours dans le domaine royal. Mais dans les seigneuries qui ont le privilège de battre monnaie, elle fonctionne en parallèle : partage, et non monopole du monnayage. Pour un temps. Au long du XIV^e siècle, le souverain

¹⁵⁹ Cf. A. Rigaudière, *op.cit.*, 226-235.

multiplie les restrictions à la liberté seigneuriale. Le 16 janvier 1347, Philippe VI expose clairement l'ambition royale : « A notre majesté royale appartient le métier, le fait, la provision et toute l'ordonnance de la monnaie et de faire monnayer telles monnaies, et donner tel cours et pour tel prix comme il nous plaît et bon nous semble, pour le bien et profit de Nous et de nos sujets en usant de notre droit ».

Par ailleurs, le souverain met en place toute une fiscalité d'État. Sa description est hors de notre propos. Nous intéressent davantage les fondements du droit royal d'imposer. Même si aujourd'hui les Français considèrent la perception de l'impôt comme une manifestation désagréable de l'État, ils ne mettent pas en cause le principe d'une fiscalité d'État, qui leur paraît naturelle, quelles que soient par ailleurs les critiques de ses modalités. À l'époque médiévale, c'est une nouveauté : non seulement on est guère habitué aux ponctions fiscales de l'État, mais on entend qu'il n'y procède pas sans le consentement des redevables. Là encore, il faut partir du passé féodal. Tout vassal doit à son seigneur une aide militaire. Mais il en est débiteur à partir d'une obligation conventionnelle : la vassalité est un engagement librement souscrit, même si les relations qui en découlent sont inégalitaires. À partir du milieu du XIII^e siècle, l'aide est fréquemment convertie en une somme d'argent dont le montant est négocié entre les parties. À cette occasion, le roi prend l'habitude de demander à ses vassaux une aide supplémentaire, qui en général l'accordent, mais en la discutant. Il sollicite également en ce sens les villes qui ne lui sont pas reliées par des obligations féodales : elles aussi acceptent, mais toujours en négociant avec les commissaires royaux. De là provient l'idée que les sujets (ou du moins leurs représentants) doivent consentir à l'impôt préalablement à sa levée. Mais fouillant les textes romains, les légistes en extirpent les notions de nécessité et d'utilité publique. Ils en profitent pour affirmer que : «... au [379] roi seul revient dans toute sa plénitude le pouvoir d'imposer ses sujets, qu'ils soient médiats ou immédiats, qu'ils aient ou non donné leur assentiment ». Cependant, il y a loin de la coupe aux lèvres : les représentants des villes et des corps consentent bien l'impôt, mais sans lui reconnaître aucune automaticité, ni permanence. Il doit être levé pour la défense du royaume, ne pas être dévié vers une autre affectation, et ne pas durer davantage que la cause qui a justifié sa création. Cependant, au milieu du XV^e siècle (entre 1439 et 1446), un tournant décisif s'opère. Sans devenir véritablement permanente, l'armée acquiert un caractère de

stabilité. Cette nouvelle organisation nécessite un financement, et Charles VII prend l'habitude de lever la taille en se passant du consentement des redevables. On entre ainsi dans l'ère moderne de la fiscalité. Mais aussi de l'État. Car, comme le fait observer A. Rigaudière, la nécessité matérielle de l'impôt fondée sur l'accroissement du personnel de l'État et de ses missions ne suffit pas à le légitimer. Il y faut aussi une justification idéologique : l'impôt profite à une abstraction qui dépasse la personne du prince, l'État. De plus, les élites ne sont pas forcément perdantes : la pression fiscale s'accroît globalement, mais elle bénéficie de nombreuses exemptions. De plus, elles participent à une partie de la redistribution des sommes perçues : beaucoup de ces personnages importants appartiennent à l'administration de l'État et sont payés par lui.

Bien sûr, l'importance grandissante des finances et de leur administration au sein de l'État de justice ne signifie pas que celui-ci s'hybride dès cette période en État de finance. Mais elle permettra l'évolution ultérieure (au milieu du XVIII^e siècle), précédemment décrite.

La justice est-elle pour autant une préoccupation purement médiévale ? À l'évidence non. Actuellement, on connaît l'importance prise en France dans l'opinion publique par le pouvoir des juges. Différence essentielle avec le Moyen-Âge, cette autorité judiciaire, même si elle est reconnue et encadrée dans la Constitution de 1958 (l'article 64 fait du président de la République le garant de son indépendance), est ressentie comme devant être de plus en plus autonome par rapport à l'État, dont elle comblerait les lacunes... quitte à susciter parfois l'indignation républicaine à l'égard du « gouvernement des juges », que manifesterait la jurisprudence du Conseil constitutionnel en raison de [380] son importance grandissante dans la vie politique. D'autre part, on peut se demander dans quelle mesure la construction européenne trouve ses racines dans l'histoire des systèmes judiciaires des États qui y participent. Remarquons au passage que la formulation même de cette question illustre une fois de plus le mouvement annoncé dans les premières pages de cet ouvrage : dans sa nouveauté, le droit européen suscite bien des interrogations. Le recours à l'histoire correspond à un besoin d'identification très présent. Car la construction européenne provoque la mise en communication de divers systèmes nationaux jusque-là beaucoup plus étanches, d'où des enrichisse-

ments, mais aussi des inquiétudes, comme en provoque tout phénomène de métissage.

De fait, nous allons une fois de plus constater que si le recours à l'histoire ne fournit aucune solution de prêt-à-porter, il n'en demeure pas moins explicatif, et donc utile.

Section III

L'histoire des systèmes judiciaires et la construction européenne

[Retour au sommaire](#)

Comme nous l'avons vu, la formation du droit anglais explique le rôle particulier qu'y tient le juge par rapport à la tradition continentale. Cependant, celle-ci est elle-même diverse, et ne s'identifie pas à la seule position française. S'il existe des points communs, il y en a aussi de divergents, qui contribuent à expliquer la diversité des styles de rédaction des jugements, encore actuelle. En fait, à travers l'histoire, les particularismes nationaux s'affirment clairement, aujourd'hui encore, même si les diverses jurisprudences des cours européennes manifestent une tendance à l'unification.

A. Les particularismes nationaux

Jusqu'au milieu du Moyen-Âge règne en Europe une certaine unité, au prix toutefois d'importantes variations historiques. Puis les [381] particularismes se développent : le juge et le jugement présentent des aspects différents en Angleterre, en France et en Allemagne ¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Sur tous ces aspects, on se référera à Jacob R. (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, auquel les lignes qui suivent doivent beaucoup.

176. LES ORIGINES : DE LA MAJESTÉ À LA DIVINITÉ DU JUGEMENT. - L'héritage antique est porteur du modèle de la procédure d'enquête qui se répercutera dans toute l'Europe. L'idée de majesté du pouvoir apparaît en termes législatifs dès le début de l'Empire, sous Auguste : l'Empereur dispose d'un pouvoir de vie et de mort sanctionnant les atteintes à sa majesté. Le juge est donc investi d'un pouvoir d'enquête lui permettant de rechercher la vérité, y compris par la torture, applicable même aux simples témoins. Petit à petit, le champ d'application du concept de lèse-majesté s'étend, dépassant les seules atteintes à la vie ou à la dignité de l'Empereur. De la fin de l'Empire jusqu'au XII^e siècle, le tableau change : le rite, plus encore les forces surnaturelles, sont invoqués dans le jugement. Pendant la période mérovingienne, le serment décisif emporte la sentence d'un juge beaucoup plus effacé qu'auparavant. Les autres preuves (aveu, témoignage, parfois écrit) existent, mais elles n'ont qu'une valeur accessoire. Sous les Carolingiens, l'ordalie tend à l'emporter sur le serment. Le jugement de Dieu est pratiqué dans toute l'Europe : c'est une civilisation du « miracle judiciaire ». N'y voyons pas trop facilement l'empreinte de l'Eglise : les membres du clergé les plus cultivés n'apprécient pas ces pratiques et les condamnent. En revanche, elles correspondent certainement davantage aux mentalités populaires et témoignent d'un certain syncrétisme avec les croyances païennes antérieures au christianisme. Il ne s'agit plus seulement de régler des conflits, mais de les relier à un ordre du monde invisible, mais présent. Ainsi dilatée, la justice divinisée acquiert une puissance supérieure à celle que lui conférait autrefois la majesté de l'État.

À partir du XII^e siècle, les choses commencent à changer. Comme l'ont bien montré les beaux travaux de G. Duby, la religion s'humanise. La figure principale devient le Christ, surtout révérend dans son incarnation : c'était aussi un homme, qui a vécu et souffert, dans un cadre que les croisades et pèlerinages permettent de mieux se représenter. [382] S'affirme aussi la croyance que le monde est connaissable, et qu'il n'est pas forcément mauvais : une réhabilitation du sensible. Dès lors la justice descend sur terre ; le pouvoir du juge gagne en autonomie. Mais on ne revient évidemment pas pour autant à l'époque antique. Dans toute l'Europe, des États sont en train de se former sous l'impulsion de leurs monarques, tout spécialement en France. Ils s'affirment les uns par rapport aux autres, et la manière

dont ils le font est à l'origine de traditions judiciaires qui vont durer jusqu'à nos jours. Chaque système national est caractérisé par un mécanisme de décision : enquête, inspirée des droits romain et canonique en France ; complémentarité entre le juge et le jury en Angleterre ; distinction entre la direction du procès et la résolution des questions juridiques en Allemagne. Nous avons vu que ce pluralisme est contrebalancé par l'influence du droit romain, droit commun européen. Mais d'une part, son degré de pénétration n'est pas le même en Angleterre et sur le continent. D'autre part, à l'intérieur même de la famille romano-germanique, il fait certes figure de socle, mais les interprétations qui en sont faites peuvent différer suivant les États. On ne s'étonnera donc pas que le juge possède dans chacun d'eux une physionomie différente. Prenons comme exemples les cas de l'Angleterre, la France et l'Allemagne.

177. L'ANGLETERRE : LA PAROLE DU JUGE. - Si le jugement tient la place que l'on sait dans le droit anglais, il ne faut pas oublier le dualisme entre le juge et le jury. Après l'obtention d'un acte écrit, le *writ*, la procédure en Common Law est orale et comporte trois phases : les *pleadings*, débat des parties devant le juge sur les questions de droit impliquées par le litige ; le *trial*, ou règlement des questions accompli par le jury ; l'*entry*, qui tire les conséquences de la procédure en un jugement formel. Le rôle initial du juge peut paraître modeste. Pourtant, il détermine le reste de la procédure en reserrant le débat en direction d'une question de fait dont l'appréciation sera transmise au jury.

Ces développements du juge prendront par la suite une forme écrite qui donnera sa caractéristique au style judiciaire anglais, très éloigné de la concision française. Le juge s'exprime longuement ; quand il y a plusieurs juges, l'éventuelle discordance entre les opinions apparaît (technique de l'opinion dissidente) ; le texte fournit matière à distinguer entre l'essentiel et ce qui est *obiter dictum*. Les juridictions d'Equity, [383] influencées par le modèle romano-canonique, auraient dû donner au juge un pouvoir d'enquête beaucoup plus important. En fait, l'Equity demeurera toujours complémentaire de la Common Law et très influencée par son mode d'administration des preuves. Évidemment, rien de tel en France, où le jugement s'entoure de mystère.

178. LA FRANCE : LE MYSTÈRE DU JUGEMENT. - La France constituera la meilleure réincarnation de la procédure romaine de l'enquête, même si le corps est évidemment différent de l'esprit qui l'anime : les interprétations adaptent le système aux couleurs du temps. À partir du règne de Saint-Louis, les caractères « irrationnels » de la procédure de jugement déclinent au profit du juge, qui attire à lui tout le jugement, sans les fragmentations anglaise ou allemande. À la différence du magistrat anglais, le juge français parle peu, ou alors dans le secret. Il observe en silence le déroulement de la procédure marquée par l'abondance des écrits ; ses paroles lors du délibéré ne sont pas connues des parties et du public ; le jugement ne fait pas état des motifs expliquant la décision adoptée. Après le Moyen-Âge, il se réduit même au dispositif, les arguments des parties n'étant plus exposés. Ce silence entoure la puissance du juge. Mais du même coup, il l'ampute de tout caractère normatif : le juge interprète la norme, mais elle trouve sa source ailleurs, dans le droit royal, le droit romain revisité et les coutumes. Pour autant, il n'est nullement le juge automate dont rêveront les révolutionnaires. Au contraire, son pouvoir d'interprétation de la norme risquait d'aller jusqu'à l'écarter ou la trahir. C'est pourquoi, quand les arrêts parviennent en cassation jusqu'au Conseil du roi, ce dernier impose au procureur de la cour qui a rendu l'arrêt de fournir des motivations, d'ailleurs souvent piteuses, qui contrastent avec le sérieux des juges anglais.

À la veille de la Révolution, de nombreux cahiers de doléances réclament que les juges soient obligés de motiver. La Révolution en tient compte, mais à sa manière : celle du culte de la loi. Le juge doit indiquer sous forme de syllogisme le lien impératif entre une norme et sa décision. Les magistrats prennent alors l'habitude de faire suivre leur jugement d'attendus distinguant les questions de fait qu'ils peuvent apprécier de celles de droit, où ils doivent se conformer strictement à la volonté du législateur. L'obligation de motiver n'aligne donc nullement le jugement français sur l'anglais ; elle est le corollaire de l'interdiction [384] faite au juge d'interpréter la loi, la preuve qu'il s'y conforme. Au XIX^{ème} siècle, les États italiens introduisent aussi l'obligation de motiver, mais elle aboutit à des formulations beaucoup plus étendues, notamment parce qu'elles reprennent les moyens invoqués par les parties. Le même phénomène s'observe en Espagne et au Portugal.

A des degrés divers suivant les niveaux de juridiction, le jugement français est donc caractérisé par son laconisme : on a parlé à son sujet de jugement à phrase unique. Cependant, depuis la réforme de 1958 du Code de procédure civile, le jugement doit contenir un énoncé des faits rédigé par le juge lui-même. Depuis une vingtaine d'années, le ministère de la Justice et l'Ecole nationale de la Magistrature poussent à une amplification de la forme discursive des jugements. Toutefois, la Cour de cassation et un certain nombre de Cours d'appel s'en tiennent à la position traditionnelle. En Italie, l'évolution est inverse : on y critique de plus en plus la longueur des jugements et un style de motivation axé sur la réponse apportée à chacun des arguments développés par les parties

179. L'ALLEMAGNE : LE JUGE ENSEIGNANT. - Le modèle allemand frappe le juriste français par ses différences, alors même que droits allemand et français sont alliés dans une même famille, dite romano-germanique.

Tout d'abord, il est caractérisé par la dissociation de la fonction de juger. Le juge proprement dit préside les débats, dirige l'instruction, prononce la sentence et la fait exécuter. Mais l'aspect juridique de la décision appartient à d'autres personnages, les « inventeurs de jugements » (*Urteilfinder*), communément appelés échevins. C'est l'inverse du modèle anglais, où les questions de droit appartiennent au juge et celles de fait au jury. Cette section de la procédure remonte au haut Moyen-Âge. Elle a persisté jusqu'au XIX^{ème} siècle car elle correspond à la sensibilité allemande du droit : loin d'apparaître comme des techniques empiriques de résolution des conflits, il est avant tout compris comme un savoir. Les questions de droit doivent être traitées à part, par des personnages qui sont les dépositaires de la science juridique, mais qui ont aussi l'expérience du droit coutumier. Ils répondent aux questions des tribunaux inférieurs par des « enseignements » (*Belehrungen*).

[385]

D'autre part, la vague des codifications qui suit l'unification politique et judiciaire du pays au XIX^{ème} siècle n'entraîne pas pour autant l'identification du modèle allemand à son voisin français. Au contraire, au début du XX^e, la jurisprudence s'affranchit du respect de la loi, la justice civile en premier. Dans les circonstances dramatiques de la défaite suivant le premier conflit mondial et de l'ex-

trême inflation qui l'accompagna, la jurisprudence décide au nom de l'équité de s'écarter de la lettre des textes codifiés, considérés comme lacunaires. En 1922 un arrêt du *Reichsgericht* élève la jurisprudence au même rang que la loi et les normes contractuelles. On sait comment par la suite cette évolution fut récupérée par les juristes nazis ¹⁶¹.

Mais aujourd'hui, la construction européenne n'a-t-elle pas raison de ces particularismes si prononcés ?

B) La persistance de la diversité à l'époque actuelle

Même si la construction de l'Europe entraîne nécessairement un processus d'intégration, il reste que la conception du jugement, celle du pouvoir judiciaire et les modalités de son organisation continuent à largement différer.

180. TRADITIONS NATIONALES ET JURISPRUDENCE EUROPÉENNE. - La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes est révélatrice des influences historiques dans la construction de l'Europe. Au stade actuel, celle-ci peut s'analyser comme un processus d'unification, mais pas d'uniformisation. Dans ses premières années d'existence, la Cour a été influencée par le modèle continental : procédure écrite, absence de la règle du précédent et d'opinions dissidentes, secret du délibéré, jugement rédigé dans un style impersonnel. La tradition française est également présente dans l'exception d'illégalité ¹⁶². Puis l'exemple anglais s'est fait plus prégnant : abandon de la distinction formelle du droit et du fait, importance accordée aux faits de [386] la cause. Observons aussi que le juge prend une importance toute particulière dans le nouvel ordre juridique européen. Le droit national n'est plus souverain, car il se trouve en situation de concurrence ou de hiérarchie avec d'autres normes : le juge régule cette nouvelle configuration. La tradition allemande marque aussi cette

¹⁶¹ Cf. *supra*, pp.96-97.

¹⁶² Technique de discussion de la correction juridique d'une norme à l'occasion d'un procès, qui n'a pas directement cette norme juridique pour objet (par exemple, l'usager de la route contrôlé pour vitesse excessive peut argumenter en soutenant que le radar n'a pas été utilisé dans les conditions prescrites par le constructeur)

jurisprudence, spécialement en matière de voies de recours, comme la technique du renvoi préjudiciel ¹⁶³, qui trouve sa source dans le recours préjudiciel à la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, organisé dans la Constitution de la République fédérale. De plus, la tradition du juge enseignant se retrouve dans la composition de la Cour, formée en majorité d'universitaires.

On observera par ailleurs que le langage de la Cour demeure très neutre dans son style : elle évite d'utiliser des expressions ou des concepts qui revêtraient une signification particulière dans les différents droits internes, afin de ne pas violenter les cultures nationales.

Enfin, le traitement du contentieux européen est assuré par des juristes formés dans des traditions nationales différentes, jusque-là beaucoup plus cloisonnées, dans la mesure où les frontières politiques s'imprimaient davantage sur la carte juridique. Dans le cadre des juridictions européennes, ces juristes peuvent maintenant se rencontrer, échanger leurs expériences et les combiner à divers degrés dans les décisions qu'ils rendent. Un continuum historique s'établit alors : à la base, les cultures juridiques nationales dont nous connaissons les particularismes ; au sommet, les juridictions européennes qui assurent leur rencontre ; la jurisprudence qui en est issue modifie en ricochet les droits nationaux. Dans ce mouvement, on reconnaît quelque chose de l'Europe médiévale des juristes, docteurs itinérants appuyés sur une communauté de droits savants. Mais on ne peut pousser trop loin la comparaison. Les juristes médiévaux étaient des universitaires, aucune institution judiciaire commune n'existant alors. Leurs rencontres s'opéraient sur la base de droits anciens à caractère universel qu'ils renouelaient. Dans la construction européenne, si le socle des cultures juridiques nationales existe bien, l'ampleur de la tâche est d'une autre nature. Il s'agit moins [387] d'adapter des droits millénaires que de construire un droit nouveau à une époque où le rythme des changements s'est accru d'une manière inimaginable pour nos ancêtres.

¹⁶³ La technique du renvoi préjudiciel concerne les cas où, de façon exceptionnelle, une juridiction se trouve placée devant un problème qu'elle ne peut régler que par le renvoi d'un élément du litige à une autre juridiction. Par exemple, si le juge administratif doit interpréter un contrat de droit privé, il se décharge alors de cette interprétation sur le juge judiciaire. Au niveau européen, quand une juridiction nationale doit interpréter une norme communautaire, elle peut (ou doit, selon les cas) saisir la Cour de Justice des Communautés européennes. Celle-ci procède alors à une interprétation officielle sous la forme d'un jugement utilisé par la juridiction nationale.

À l'heure actuelle, ce droit nouveau est encore marqué par des différences importantes dans les conceptions du pouvoir judiciaire et son organisation institutionnelle.

181. CONCEPTIONS NATIONALES DE LA JUSTICE ¹⁶⁴. - Aristote et Montesquieu, relayés par la Déclaration des droits de l'homme (art. 16) nous ont habitués à l'idée de séparation des pouvoirs. Cependant, on connaît la méfiance des révolutionnaires à l'égard du pouvoir des juges. La Constitution de 1791 parle bien de « pouvoir judiciaire », mais en fait, la séparation est davantage dualiste que ternaire : le judiciaire n'est qu'un invité de second rang auprès d'un couple solide, formé par le législatif et l'exécutif. Cette tradition s'est maintenue jusqu'à nos jours. En ce sens, l'expression d'« autorité judiciaire » employée par la Constitution de 1958 la consacre plus qu'elle n'opère un abaissement du judiciaire. Comme le fait remarquer J.P. Royer, la qualification de « pouvoir judiciaire » n'a été utilisée que dans trois constitutions : en 1791 ; 1795 ; 1848, encore que l'article 89 la combine avec celle d'« autorité judiciaire ». C'est sous les traits de ce parent pauvre qu'elle apparaît pour la première fois en 1848, est reprise dans le projet d'avril 1946, puis dans le texte de 1958 (mais le projet de loi constitutionnelle en date du 1er juin 1958 modifiant l'article 90 de la Constitution de 1946 employait le mot de « pouvoir », transformé en « autorité » par une Lettre rectificative, par méfiance toute républicaine envers le gouvernement des juges). Cependant, J.P. Royer observe que certaines modifications récentes (loi organique du 5 février 1994) dans le mode de désignation des membres du Conseil supérieur de la magistrature ainsi que l'insertion du ministère public dans la Constitution (article 65) en vertu de la loi du 21 juillet 1993 marquent peut-être un tournant, qui mettrait fin à la tradition bi-polaire française. En ce sens, T. Renoux soutient qu'il y a bien trois pouvoirs en France, éclatés en plusieurs organes, le [388] pouvoir judiciaire consistant dans la justice de l'ordre judiciaire, la justice administrative et celle du Conseil constitutionnel ¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Pour plus de détails, cf. Royer J.P., *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 1996, 760-765, auquel nous empruntons les données qui suivent.

¹⁶⁵ Cf. Renoux T., *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Paris, 1984 ; *L'administration de la justice en France*, Paris, PUF, 1994.

Quoi qu'il en soit, la solution française traditionnelle diffère de celles adoptées par plusieurs États européens. On parle de *pouvoir* judiciaire dans les constitutions d'Allemagne, des Pays-Bas, de Belgique et d'Espagne ; au Portugal, le Parlement, le gouvernement et les tribunaux sont des *organes de souveraineté*. En Italie, la constitution affirme que : « La magistrature constitue un ordre autonome et indépendant de tout autre pouvoir ».

182. CONCEPTIONS NATIONALES DU MINISTÈRE PUBLIC. - On peut avec J.P. Royer distinguer entre pays à organisations distinctes et pays à corps unique.

Dans le premier cas, il y a dualité entre le siège et le parquet : non seulement dans la distinction entre les fonctions, commune à tous les systèmes, mais surtout dans le fait que les personnels sont d'une nature différente. En Allemagne, le ministère public est dépendant et hiérarchisé, composé de fonctionnaires obéissant soit au ministre fédéral de la Justice, soit aux ministres de la Justice des différents *Länder*. Ils doivent se conformer aux instructions de service de leur supérieur hiérarchique. La distinction forte entre le siège le parquet se retrouve en Espagne et au Portugal. Le *fiscal* espagnol est lui aussi organisé hiérarchiquement, mais l'art. 27 de la Constitution garantit son indépendance, et il sait résister aux pressions de l'exécutif. Au Portugal, même schéma. Les magistrats du siège et les membres du parquet n'appartiennent pas au même corps ; l'orientation se fait dès leur formation.

La solution du corps unique a été adoptée par la Belgique, les Pays-Bas, l'Italie et la France. Les membres du siège et du parquet sont des magistrats, protégés par une indépendance de principe. Cependant, en France, le ministère public se trouve dans une position particulière, en dépit de son intégration dans un corps unique. En effet, il est hiérarchisé et subordonné au Garde des sceaux, lui-même membre du gouvernement et chef de l'action publique. À la différence des magistrats du siège, il est amovible.

Cependant, cette subordination n'est pas totale : d'une part le procureur de la République a seul l'initiative du déclenchement de l'action publique à l'exclusion de ses supérieurs hiérarchiques ; d'autre part, il peut développer oralement une argumentation différente de ses écrits (« La plume est servie, mais la parole est libre »). En juin 1998, le Conseil des ministres a adopté un projet de réforme des liens existants entre le Garde des sceaux et les parquets. Des éléments non négligeables du statut de 1958 ne sont pas modifiés : l'organisation hiérarchique du ministère public, et le contrôle du Garde des sceaux, qui en outre définit la politique pénale des parquets (par exemple, le degré de développement de la médiation). En revanche, le ministre renonce à son droit de donner des instructions individuelles (ouverture d'une information judiciaire, placement en détentions provisoire...) aux procureurs. En contrepartie, le parquet se voit imposer la motivation des classements sans suite qui, innovation notable, pourront désormais être contestés auprès du procureur général par les justiciables « n'ayant pas qualité pour se constituer partie civile et justifiant d'un intérêt suffisant ». Si leur initiative est rejetée, il leur sera possible de saisir une commission des recours, composée de magistrats du parquet issus de plusieurs Cours d'appel.

Comme le fait observer J.P. Royer, l'histoire peut contribuer à expliquer cette position hybride. Les avocats et procureurs du roi eurent à s'insérer dans une organisation juridictionnelle pré-existante afin de défendre non seulement les intérêts du roi, mais l'intérêt public au sens large. Ils ne s'y sont jamais totalement intégrés. Le parquet est né au XII^e siècle, avec l'introduction des « gens du roi » dans les juridictions. Une ordonnance de 1302 de Philippe le Bel indique que les procureurs du roi font partie de la magistrature, puisqu'il leur est imposé de prêter serment, comme le font les juges. Cependant, le lien avec le pouvoir politique perdure. En 1790, le député Thouret déclare devant la Constituante : « [Le ministère public] est une agence du pouvoir exécutif ». Au cours de débats ultérieurs sur la Constitution de l'an VIII, Thiessé constate aussi : « Le peuple français a voulu que le ministère public soit désormais une agence du gouvernement ».

En Angleterre, comme nous l'avons rappelé en traitant des droits de Common Law, il n'y a pas de ministère public, la police assurant elle-même les poursuites pénales et décidant donc de leur opportunité. [390] Cependant un infléchissement en direction de la tradition continentale s'est récemment produit. Le *Prosecution*

of Offenses Act a créé non pas un ministère public *stricto sensu*, mais un *Crown Prosecutor Service* qui décide du déclenchement des poursuites, l'enquête restant de la compétence de la police. L'organisation de l'opportunité des poursuites est d'ailleurs différemment assurée en Europe.

183. CONCEPTIONS NATIONALES DE L'OPPORTUNITÉ DES POURSUITES. - En France, tout recours à la police n'entraîne pas nécessairement une action judiciaire : le procureur de la République décide si la nature ou l'importance de l'affaire suffisent à engager une action, indépendamment de la volonté des plaignants. Pour autant, leurs requêtes ne demeurent pas sans trace : elles sont consignées par les policiers dans un registre nommé la « main courante ». Cette pratique a été instituée sous la III^e République. Jusqu'à la fin du second conflit mondial, les policiers y notaient toutes leurs observations faites au cours de leurs tournées. Aujourd'hui, ces registres contiennent les petits délits qui ne donnent pas lieu à des poursuites judiciaires. Si elles échappent ainsi aux magistrats du siège, les mains courantes constituent des documents extrêmement intéressants pour le sociologue ou l'anthropologue du droit. Elles révèlent en effet toutes les tensions de la vie quotidienne, dans le voisinage ou au sein des familles, ainsi que la petite délinquance (vol à l'étalage, insultes, etc.)¹⁶⁶ et permettent de dessiner au cas par cas la ligne du seuil de prise en charge par l'organisation judiciaire. Cependant, même si celle-ci n'intervient pas, l'inscription sur ces registres n'est pas sans utilité. D'une part elle permet aux plaignants de dénoncer des faits sans entamer de procédure, et aux policiers d'en avoir connaissance directement sans être contraint d'enquêter immédiatement ; de plus, elles constituent des données utiles au cas où la situation dégénérerait ultérieurement, au point de nécessiter l'intervention de la police et de la justice, ou, à l'inverse, évoluerait vers un règlement amiable. On comprend que ce monopole du déclenchement des poursuites attribué au ministère public correspond à un impératif d'efficacité : on ne veut pas surcharger des juridictions déjà passablement occupées. Cependant, l'organisation particulière à la France du [391] ministère public peut entraîner des difficultés. En effet, le procureur est subordonné au ministre de la Justice. En principe (art. 36 et 37 du Code de procédure pénale), le procureur reste seul maî-

¹⁶⁶ Pour des exemples concrets, cf. : La vie « main courante », *Le Nouvel Observateur*, 1752, 4-10 juin 1998, pp. 98-102.

tre de son initiative. Mais en pratique, on ne peut cacher qu'il peut subir l'influence de la désignation par l'État de certaines affaires, qualifiées de « signalées » ou « sensibles ». Certaines peuvent être « enterrées » (ou « ensablées », comme on dit en Italie)... Par ailleurs, l'exécutif peut intervenir dans le rythme de traitement d'une affaire : F. Mitterrand avait publiquement avoué être intervenu pour freiner la mise en cause d'anciens collaborateurs de l'Etat de Vichy impliqués dans la déportation des Juifs. Le principe de l'opportunité des poursuites est également en vigueur en Belgique et aux Pays-Bas.

Une solution plus juste consiste dans le principe de légalité : toutes les affaires font alors l'objet de poursuites, ce qui assure davantage l'égalité entre les citoyens. C'est la formule choisie par l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et le Portugal. Cependant, l'opposition avec le système français n'est pas totale, car dans ces pays aussi il faut tenir compte des impératifs concrets du fonctionnement de la justice, et la légalité des poursuites est tempérée par la mise à l'écart des affaires de peu d'importance.

À travers les différents exemples que nous venons d'énumérer, on comprend l'importance des conditions historiques dans lesquelles s'est édifiée la Justice dans les différents États européens : l'Europe actuelle en subit encore les influences. Nous avons aussi constaté qu'au milieu du Moyen Age, l'État s'est réorganisé principalement autour de la notion de Justice. Cependant, à cette époque, le principe de séparation des pouvoirs au sens actuel n'existait pas, même si un contrôle juridictionnel des actes de l'administration se formait progressivement. Prédominait au contraire celui de la confusion des pouvoirs, profitant au roi. Celui-ci peut nous paraître contraire à la démocratie. Rappelons-nous tout d'abord que ce régime était profondément exotique (dans la Grèce antique elle-même, la démocratie athénienne fut une exception). D'autre part, on peut soutenir que cette confusion servait l'idéal de justice, en même temps que la centralisation. En effet, les justiciables avaient souvent intérêt à être jugés par des juges royaux plutôt que seigneuriaux, dont la justice était très rudimentaire et souvent corrompue. En revanche, les juridictions ecclésiastiques offraient beaucoup plus de [392] garanties, mais leur sort s'insérait dans le contexte beaucoup plus vaste de la lutte du roi contre le pape. On comprend donc que les progrès de l'Etat de justice aient largement dépendu de la croissance du pouvoir législatif du souverain : justice et loi

royale marchent de pair. Il nous faut donc dans une dernière section traiter de la croissance de pouvoir législatif des monarques, en France et en Europe.

Section V

La croissance du pouvoir législatif des souverains européens

Nous traiterons en premier du cas de la France, nous attachant ensuite à ceux de divers États européens.

A) Le roi de France

Nous sommes habitués à penser de la loi qu'elle est générale et permanente, même si aujourd'hui cette généralité est sujette à caution ¹⁶⁷ et si la durée de vie des lois tend à régresser. Nous sommes en cela héritiers d'une tradition relativement récente, instaurée par le système légaliste de la Révolution. Dans la majorité de l'histoire du droit français, il n'en va pas ainsi. Quand le roi au milieu du Moyen-Âge affermit son autorité et même plus tard sous la monarchie absolue, son pouvoir législatif connaît de sévères limites.

184. LA CROISSANCE DU POUVOIR LÉGISLATIF ROYAL DANS UN CADRE PLURALISTE. - On en trouve paradoxalement les prémices dans l'organisation des domaines des grands seigneurs à la fin du XI^e siècle. Ducs et comtes réussissent à mieux faire respecter leurs actes législatifs dans les territoires qui dépendent d'eux. Pour sa part, le roi en prend aussi, mais à la manière d'un seigneur, dans son propre domaine, en pleine extension. On appelle ces actes des Établissements. D'abord restreints au domaine royal, ils vont à partir du milieu du XII^e siècle [393] s'étendre dans certains cas à tout le royaume. Mais des cas fort

¹⁶⁷ Cf. D. de Béchillon, *op.cit.*, 19-22.

peu nombreux : de 1144 jusqu'aux années 1200, nous n'en connaissons qu'une demi-douzaine. Le plus ancien (1144) est un établissement de Louis VII ordonnant le bannissement du royaume des Juifs relaps. En 1155, le même roi institue une paix de dix ans « pour tout le Royaume ». Mais il faut attendre la première moitié du XIII^e siècle pour que le pouvoir législatif du roi se manifeste avec plus de force, sous Philippe-Auguste et Louis IX. Le roi intervient en matière de monnaie, de paix de justice (ordonnances de 1260 interdisant le duel judiciaire), d'organisation des croisades et dans le statut des Juifs. Il n'est pas seul. Le pape Innocent III reconnaît sa supériorité au temporel ; les théologiens lui posent comme limites la loi divine et le respect des bonnes moeurs. De concert avec les juristes et les maîtres de l'Université de Paris, ils lui demandent aussi de respecter « le bien commun », « le profit du peuple » et l'utilité publique, notion tirée du droit romain. En violentant parfois ce droit, on lui arrache des formules qui deviendront célèbres : « Le prince est délié des lois » (en fait, les légistes transforment ici en règle générale une phrase qui n'avait qu'une portée beaucoup plus restreinte en droit romain), « Ce qui plaît au prince a force de loi ». Même latines, ses formules ne doivent pas nous impressionner outre mesure. D'une part, à une époque où la publicité de la loi demeure très imparfaite, celle-ci est souvent ignorée, et pas toujours observée quand elle est connue. En ce même début du XIII^e siècle, les commentateurs du *Décret* de Gratien écrivent que la coutume est supérieure à la loi écrite. D'autant plus que cette dernière ne couvre que des domaines limités. L'essentiel du droit privé reste à la coutume, ou au droit canonique dans le vaste domaine du mariage et des liens de parenté. De plus, le pouvoir de créer du droit n'est pas un monopole royal. Les seigneurs, les villes, les communautés d'habitants l'exercent dans leur propre cadre territorial : il n'y a pas encore d'unité du pouvoir normatif, même si le droit royal essaie avec patience d'y parvenir. Car plusieurs limites bornent le pouvoir législatif du roi.

185. LES LIMITES DU POUVOIR LÉGISLATIF ROYAL ET L'ÉTABLISSEMENT D'UNE HIÉRARCHIE DES NORMES. - Certaines limites sont d'ordre théorique : nous venons d'y faire allusion en citant les avis des théologiens et des juristes. Philippe de Beaumanoir les résume en écrivant que si les établissements royaux s'opposaient à Dieu et aux bonnes [394] moeurs, les sujets « ne devraient pas le souffrir ». Quant à l'utilité commune, elle concerne tous les

sujets, depuis les grands seigneurs jusqu'aux paysans. Cependant, dans leur généralité et leur abstraction, ces préceptes n'ont guère dans la pratique que la force contraignante que le roi veut bien leur reconnaître.

Il existe des limites plus concrètes. D'abord, la coutume du gouvernement « à grand conseil », que les souverains ont toujours respectée : le roi décide seul, mais avant de le faire, il consulte ses conseillers et recueille les avis de certaines assemblées (ainsi apparaîtront les États généraux). D'autre part, il subit la concurrence du pouvoir législatif des seigneurs, héritée de la période féodale. Car si celui-ci est limité à leur propre domaines, le roi souhaite étendre le sien à tout le royaume. Cependant, ce pluralisme va s'ordonner hiérarchiquement : les établissements seigneuriaux sont inférieurs aux manifestations de la souveraineté royale. Philippe de Beaumanoir le dit très bien : «...li rois est souverain par dessus tous et pas de son droit la générale garde de tout son royaume, par quoi il peut fere tous establissemens comme il li plect (...) et ce qui il est oblit doit être tenu (...) Et ce qu'il est souverain par dessus tous, nous le nommons quant nous parlons d'aucune souveraineté qui a li appartient ». Plus loin, il ajoute : « Nus ne peut fere nouvel établissement liqueus ne doie courre pour droit (...) fors que li roi ou royaume de France, fors ou tams de nécessité ». Donc seul le roi peut créer en cas de nécessité du droit *nouveau*. Mais normalement, il ne doit pas modifier le droit antérieur : c'est l'apparition du principe de non-rétroactivité des lois. Observons cependant qu'il s'agit là du résultat d'une évolution : Beaumanoir écrit en 1283. Pendant longtemps, cette hiérarchie n'existait pas. De plus, même subordonné, le pouvoir législatif des seigneurs ne disparaît pas, dans les limites de l'observation des lois royales. Même à l'intérieur du domaine royal, les seigneurs hauts justiciers conservent ces prérogatives. Selon l'expression de J.Hilaire, ils font figure de « législateurs subordonnés ». Jusqu'à la Révolution, les règlements seigneuriaux continuent à exister, mais de plus en plus enserrés dans une hiérarchie des normes : rendus sous l'autorité du roi, il sont homologués par le Parlement.

Le même processus s'observe en ce qui concerne le consentement des grands seigneurs à la législation royale. Lorsqu'en 1155 le roi décrète une paix de dix ans dans tout le royaume, il recherche préalablement l'assentiment des barons. Progressivement il va s'en affranchir, [395] considérant que l'accord donné par les seigneurs présents vaut aussi pour tous les absents. En 1230, une ordonnance affirme : « Et si quelques barons ne veulent pas observer ces prescriptions, nous les

y contraindrons, à quoi les autres barons devons nous aider en bonne foi dans la mesure de leur pouvoir ». Sous Philippe le Bel, à l'époque de Beaumanoir, le roi ne consulte plus que les barons de sa cour ou de son Conseil.

Si les divers pouvoirs des seigneurs entrent dans un déclin irrémédiable, le pouvoir législatif du roi va rencontrer de nouveaux adversaires. D'abord au service du roi dans sa lutte contre le pape, les États généraux, qui acquièrent à la fin du Moyen-Âge une nature représentative des états (au sens social des trois ordres) du royaume, peuvent devenir des obstacles. À Blois, en 1575-1577, ils demandent au roi d'accepter que leurs décisions prises à l'unanimité deviennent des lois irrévocables, qui auraient pris le nom de « lois du royaume » supérieures aux lois ordinaires, celles du roi... Le roi n'accepta jamais cette nouvelle hiérarchie des normes. Il eut raison de cette concurrence en ne réunissant plus les États généraux à partir de 1614. Si bien que lors de la préparation de ceux de 1789, cette institution paraissait très lointaine aux Français.

Comme on le voit, la force contraignante de ces différentes limites diminua avec le temps, à l'importante exception de l'opposition parlementaire, fatale à la monarchie. On pourrait en déduire que surtout pendant l'absolutisme, le pouvoir législatif royal s'est exercé pratiquement sans limites. *Grave erreur*. Contrairement aux lieux communs, il obéit à des contraintes beaucoup plus importantes qu'à l'heure actuelle celui du législateur.

186. LA MONARCHIE ABSOLUE ET LES LIMITES DU POUVOIR LÉGISLATIF ROYAL.

- Les limites des lois divines et du droit naturel s'imposent toujours, ainsi que celles des lois fondamentales (le testament de Louis XIV modifiant les règles de transmission de la couronne sera cassé par le Parlement, trop heureux de prendre sa revanche sur le défunt monarque, qui l'avait réduit à l'obéissance). Quant aux lois ordinaires, le roi peut modifier celles de ses prédécesseurs ou les siennes ; quand il intervient personnellement pour juger, il n'est pas tenu d'appliquer la procédure de droit commun. Cependant, il doit suivre ses propres lois tant qu'il ne les a pas modifiées et ne [396] procéder à des changements qu'avec prudence. Contrairement à la maxime de propagande utilisée par

les légistes ¹⁶⁸, on ne peut pas affirmer que le roi est au-dessus des lois. D'après son conseiller Sully, Henri IV aurait dit : « La première loi du souverain est de les observer toutes ». En revanche, le fameux mot attribué à Louis XIV : « L'État, c'est moi » est probablement apocryphe. Car il ne correspond pas à d'autres déclarations du souverain. Un édit de 1667 affirme en effet : «... qu'on ne dise point qu'un souverain ne soit pas sujet aux lois de son État, puisque la proposition contraire est du droit des gens (...) la parfaite félicité d'un royaume est qu'un prince soit obéi de ses sujets et que le prince obéisse à la loi ». Sur son lit de mort, il dira : « Je m'en vais, mais l'État demeure ».

Par ailleurs, à divers niveaux, le pouvoir législatif du roi ne possède pas la généralité que nous attribuons aujourd'hui à la loi. D'abord, celle-ci ne couvre pas toutes les matières. Au XVII^e siècle, entrent dans son domaine : l'organisation des juridictions et de la procédure, le droit pénal, tout ce qui concerne la « police » au sens général d'administration et de contrôle administratif, les « droits du roi » (prérogatives financières de la royauté, matière militaires, etc.). Quant au droit privé, le roi est « gardien des coutumes ». En principe, il peut donc les modifier, car sa loi leur est supérieure, comme l'indique la formule « nonobstant toute coutume contraire ». Mais au total, ses interventions furent peu nombreuses. De même, le roi a le pouvoir de mettre fin aux privilèges, encore que les avis des juristes diffèrent sur l'étendue de sa puissance en la matière. De fait, il se comporte avec prudence, et comme le démontrent les tentatives de réforme de Louis XVI, échoue souvent devant l'opposition des privilégiés. De surcroît, la loi n'est pas générale au niveau de son application territoriale. Un grand nombre de lois royales ne concernent que telle ou telle partie du royaume, dans le souci de [397] respecter les par-

¹⁶⁸ Remarquons qu'ils sont d'ailleurs loin d'être unanimes. Beaucoup invoquent un édit rapporté dans le Code de Justinien qui contredit formellement l'affirmation suivant laquelle le Prince est délié des lois : « C'est une parole digne de la majesté du souverain que le Prince se déclare lui-même soumis à la Loi ; car notre autorité dépend de l'autorité du Droit. Et, en vérité, la soumission du principat aux lois est plus grande que *l'imperium* ». Comme le remarque à juste titre J.Krynen, les légistes ne forment pas le corps cuirassé et compact décrit par Michelet dans son *Histoire de France* en des termes lyriques : « La France est alors [sous Philippe le Bel] un légiste en cuirasse, un procureur bardé de fer ; elle emploie la force féodale à faire exécuter des sentences du droit romain et canonique (...) Ce nouveau monde est laid (...). Il naît sous les rides du vieux droit romain, de la vieille fiscalité impériale (...) Ces *chevaliers en droit*, ces âmes de plomb et de fer, les Plaisian, les Nogaret, les Marigni procédèrent avec une horrible froideur dans leur imitation servile du droit romain... Les *Pandectes* étaient leur bible, leur évangile. Rien ne les troublait dès qu'ils pouvaient répondre à tort ou à droit : *Scriptum est...* ».

ticularismes. De plus, quand le roi annexe de nouveaux territoires, il respecte en général leurs spécificités. Au moment de la réunion à la France il confirme les privilèges des pays, selon une tradition constante. Au besoin, après l'incorporation, il lui arrive de les protéger contre l'action de ses agents. Cependant, ces libertés locales ont une limite : le bien commun. Au nom de l'équité, le roi peut faire abolir les « mauvaises coutumes » par ses parlements. Les particularismes et les intérêts locaux sont aussi défendus par les états provinciaux (à ne pas confondre avec les états généraux de tout le royaume, comme ceux de 1789), assemblées locales regroupant des membres de la noblesse, du clergé et de la bourgeoisie. Ils jouent auprès du roi un rôle consultatif. Les statuts particuliers reposant sur le critère territorial sont donc nombreux, et participent au morcellement législatif. Notons enfin que, par le refus d'enregistrement des ordonnances, les parlements parviennent à écarter la législation royale de leur ressort territorial.

Dans un édit de décembre 1770, Louis XV se laisse aller à affirmer : « Le droit de faire des lois par lesquelles nos sujets doivent être conduits et gouvernés nous appartient à nous seul, sans dépendance ni partage ». C'était trop ambitieux.

Que se passe t'il ailleurs en Europe ?

B) Les autres Etats européens

Comme nous l'avons souvent dit, la construction de l'État par le pouvoir monarchique s'effectue en France selon des conditions spécifiques par rapport au reste de l'Europe, surtout quand on tente de la saisir à travers l'affirmation du pouvoir législatif du souverain. Elle n'est pas nécessairement plus précoce : l'Angleterre la précède sur ce chemin, mais comme nous le savons, le pouvoir du juge y prédominera sur celui de la loi. Surtout, elle est plus rapide et plus complète que dans la plupart des autres pays européens ¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Nous résumons ici les propos de Gaudemet J., *op.cit.* (*Les naissances du droit*), 133-145.

187. L'AVANCÉE ANGLAISE. - La précoce conquête normande (1066) donne au pays son unité politique. En avance sur les Capétiens de France, les rois anglais maîtrisent le royaume dès le XII^e siècle. Leurs lois [398] s'appellent des « statuts ». Henri II (1154-1189) produit le premier une législation royale (« Assises de Clarendon », en 1164). La Cour du roi soutient cette action en élaborant un droit commun (Common Law) à tous. Suivant un processus que nous avons vu à l'oeuvre en France, la Cour donne naissance à des institutions autonomes : dès le XII^e siècle, l'Echiquier, compétent dans les affaires financières, les Plaids communs (1215), et le Banc du roi, qui connaît des crimes. Toujours au XII^e siècle, la procédure des *writ* se fixe. Toute personne qui veut demander justice au roi forme une requête auprès du chancelier. S'il juge nécessaire de lui faire droit, celui-ci adresse un ordre, le writ, afin que le seigneur où le shériff (agent royal installé dans chaque comté) accordent au plaignant ce qu'il demande. La constitution d'une masse de plus en plus importante de *writ* (en 1285, interdiction est faite au chancelier d'en accorder de nouveaux ; il peut en revanche en délivrer de semblables à ceux qui existent déjà) soutient le processus de formation de la Common Law et de l'unité politique du royaume. Ailleurs en Europe, les particularismes résistent bien davantage, mais à des degrés divers. En Espagne, le pouvoir législatif royal s'affirme plus nettement que dans les autres pays.

188. LES PROGRÈS DU POUVOIR LÉGISLATIF ROYAL EN ESPAGNE. - La partie sud de l'Espagne est passée sous domination musulmane. Après leur défaite devant Charles Martel en 732 à Poitiers, les Maures se replient en deçà des Pyrénées. Ils constituent dans le sud de la péninsule une dépendance du califat de Damas. À partir de 929, elle devient un émirat indépendant. Cette enclave musulmane en Europe est très bien administrée, alors que partout ailleurs se développe le morcellement féodal. Dans les universités, on enseigne Aristote avant que l'Occident ne le redécouvre, et les auteurs musulmans s'intéressent au droit de Justinien. À partir du XI^e siècle, les souverains de Castille entreprennent la Reconquête. Cependant, la présence musulmane subsistera dans le royaume de Grenade jusqu'en 1492.

Quand commence la Reconquête, la coutume est dominante, mais bientôt les princes entreprennent un effort législatif. Dans le Léon et en Castille, au XI^e siècle, la loi royale est élaborée au sein de la cour, puis dans des *Cortès*, où des représentants des villes s'adjoignent aux membres de la cour, ou dans des conciles. Le roi promet de recourir aux *Cortès* pour les décisions graves : par référence à l'exemple anglais, on [399] parlera de la *Magna Carta Leonesa*. Au milieu du XIII^e siècle, les juristes espagnols, comme leurs homologues français, mettent sur le même pied les droits du roi et ceux de l'Empereur. En Aragon aussi, mais seulement au XIII^e siècle, la loi du roi se manifeste. En 1247, Jaime I^{er} promulgue un code, les *Fueros de Aragon* (*fueros* signifie droit), mélange de coutumes et de droit nouveau. Là encore, les *Cortès* sont associés au pouvoir législatif du roi. Ce type d'assemblée rencontra donc plus de succès en Espagne qu'en France. Cependant, l'affirmation du pouvoir royal est indéniable. Ailleurs, elle demeure beaucoup plus imprécise.

189. L'INCERTITUDE ALLEMANDE. - Les empereurs allemands prétendent « à la maîtrise du monde ». Ils devront en rabattre. En effet, si le processus de féodalisation commence plus tard dans l'Empire qu'en France, il sera plus tenace, et les adversaires du pouvoir plus efficaces. Le conflit avec le pape commence dès 962. Au début du Xe siècle, les titulaires des grands duchés (Saxe, Bavière, Franconie, Souabe, Lorraine) deviennent quasiment autonomes. Au XII^e, de nombreux heurts se produisent avec les princes et les villes. Dans ces conditions, on comprend que le droit demeure multiple. Cependant, à partir du XII^e, apparaissent de plus en plus fréquemment des lois d'Empire (*Reichsrecht*), sous le grand règne de Frédéric I^{er} Barberousse. En 1158, il passe un édit interdisant les guerres privées et les ligues entre les villes ; met par écrit dans un autre édit les règles fondamentales du droit féodal ; enfin, il place sous sa protection les étudiants de l'Empire qui se rendent à Bologne pour y suivre l'enseignement des maîtres. Cependant, comme en France à cette époque, l'Empereur doit obtenir l'assentiment des grands. D'autant plus qu'à la différence de notre pays, ceux-ci élisent le souverain dans le cadre de la Diète. Mais ces manifestations d'unification juridique ne déboucheront pas sur l'unité politique. Henri VII, fils aîné de Frédéric consent en 1231 à la diète de Worms à un texte qui qualifie les Princes de *domini*

terrae (*Landesherren*), bornant les pouvoirs de l'Empereur. La puissance de l'aristocratie est également remarquable en Europe centrale.

190. LA PUISSANCE DE L'ARISTOCRATIE EN EUROPE CENTRALE. - Prenons comme exemples les cas de la Hongrie et de la Pologne, où la monarchie reste largement patrimoniale. En Hongrie, le roi ne commence à légiférer dans les diètes que tardivement, à partir de 1267. [400] Encore la loi n'a-t-elle de vertu contraignante que pendant le règne de son auteur, cela jusqu'au milieu du XVe. Elle n'a guère de généralité, dans la mesure où la faiblesse de la monarchie l'oblige à accorder de nombreux privilèges. En Pologne, la coutume domine sur la loi jusqu'au XIVe siècle. Quand à partir du XIIIe le roi commence à intervenir, il reste très souvent sous le contrôle des barons et des ecclésiastiques de son Conseil. Il échouera là où les roi de France et d'Angleterre ont réussi : à la fin du XVe, le pouvoir législatif est en fait exercé par les diètes.

Au total, comme l'écrit J. Gaudemet ¹⁷⁰, la loi constitue un baromètre de l'autorité royale : elle ne produit tous ses effets juridiques que dans les États où le monarque est parvenu à imposer son pouvoir politique. À cette époque, quand l'unité se fait, elle ne coïncide jamais avec l'uniformisation. Même en France où le processus est allé le plus loin, nous avons vu que la loi de Louis XIV ne possède aucune commune mesure avec celle du législateur dans la France actuelle. C'est pourquoi l'argument historique en faveur de l'esprit centralisateur et égalitaire français doit être utilisé à sa juste mesure. Il est certain que dans cette voie, la France se distingue dans le passé des autres pays européens. Ceci dit, il n'était pour autant pas écrit qu'on doive en venir nécessairement à l'uniformité républicaine et impériale. Comme nous le verrons à la fin de cet ouvrage, la preuve en est qu'en dépit des habillages en lesquels les juristes ont toujours excellé, nous vivons aujourd'hui un important reflux de cette tendance. À ces mouvements contraires, on trouvera facilement des justifications dans notre histoire... à condition de choisir sa période. Par ailleurs, l'exemple des autres pays européens montre que la voie française n'était pas le seul chemin vers la démocratie : nous ne sommes pas entourés de dictatures. Formée à partir d'histoires et de traditions culturelle diffé-

¹⁷⁰ *Ibid.*, 145.

rentes, l'Europe occidentale est aujourd'hui une bonne illustration des vertus et difficultés du pluralisme.

191. CONCLUSION : L'EUROPE, UNE ENTITÉ PLURIELLE. - « L'Europe est la face admirable du monde : grave en Espagne, jolie en Angleterre, de bel air en France, fine en Italie, fraîche en Allemagne, précieuse en Suède, affable en Pologne, molle en Grèce et sombre en Moscovie ». [401] Énoncés en 1651 par un auteur espagnol ¹⁷¹, ces stéréotypes ne sont plus tout à fait les nôtres. Ils témoignent en tout cas d'une diversité positivement ressentie. Au terme de notre parcours, l'idée de pluralité de l'Europe s'impose toujours à travers des contextes historiques différents.

Elle possède un double visage. D'abord, celui de l'échec d'une unité qui aurait tendu à l'uniformité. Le christianisme ne sera pas le vêtement sans couture dont l'Eglise avait rêvé. Le Saint Empire échouera dans sa quête de la domination universelle. L'Europe sera divisée et déchirée par la formation des États monarchiques, puis des États-Nations. L'unité a davantage résulté d'une cohérence plus complexe, celle qui s'établit à partir de modèles spécifiques dont l'Angleterre et la France représentent bien souvent les pôles d'attraction. Cette tension est clairement perceptible dans la distinction entre les familles de Common Law et du continent, qui ne donnent pas le même poids au juge et au législateur. Nous allons aussi la constater dans les concepts juridiques majeurs qui régissent la vie politique : la représentation et la souveraineté ¹⁷². Ce pluralisme n'a pourtant pas empêché l'avènement de la démocratie, à travers des régimes politiques initialement si différents que la monarchie et la République : aujourd'hui, même perfectible, elle caractérise tous les États européens. Son chemin a été plus difficile que la pure théorie juridique ne le décrit. À juste titre, C. Grewe et H. Ruiz-Fabri nous avertissent : « Cette histoire mouvementée et diverse tend partout à reconnaître le citoyen comme sujet de droit, comme titulaire d'un droit de participation à la chose publique et non plus seulement comme objet des lois. Elle vise à intégrer ce citoyen dans un ensemble, nation, patrie, peuple, république ou État, signe ou

¹⁷¹ Baltasar Gracian y Morales, *El Criticon*, (L'homme détrompé), 1651, III, 4, cit. par Denis de Rougemont, *Vingt-huit siècles d'Europe*, Christian de Bartillat, 1990 (rééd.), 122.

¹⁷² Cf. *infra*, pp.405-410.

symbole d'une appartenance commune où les différences s'effacent, ce que souligne l'égalité juridique et politique. Mais cette entité n'est pas réelle ; il ne s'agit ni de la population, ni du pays, ni du territoire ainsi que l'illustrent les débats français sur la souveraineté nationale. Aussi la souveraineté-source même attribuée au peuple ne signifie-t-elle pas que la population gouverne effectivement. En fin de compte, c'est plutôt l'État national qu'elle vient renforcer en le légitimant et en lui imposant des règles du jeu » ¹⁷³. On peut aussi dénoncer une autre illusion du parlementarisme. En [402] théorie, nous avons vu que les parlementaires ne sont pas les représentants de leurs électeurs, mais du pays tout entier. Pour autant, comme le souligne Y. Mény ¹⁷⁴, les assemblées parlementaires jouent aujourd'hui un rôle de relais entre les gouvernants et les gouvernés. Cela, bien sûr, à des degrés divers. En règle générale, le renforcement de l'exécutif atténue cette fonction. Mais encore faut-il distinguer suivant les domaines. Dans la France de la Ve République, où l'exécutif est fort, la fonction de communication du Parlement est faible dans la Défense ou la politique industrielle, mais les électeurs pèsent lourdement sur leurs représentants en matière de commerce d'artisanat, comme dans l'agriculture, ou encore dans les relations avec les collectivités locales (en raison du cumul des mandats) ¹⁷⁵. En 1984, les députés ont posé 511 questions orales et 19,139 questions écrites, qui reflétaient en majorité les préoccupations de leur électorat. De plus, l'intensité des pressions exercées par les électeurs dépend aussi

¹⁷³ Grewe C.- Ruiz-Fabri H., *op.cit.*, 218.

¹⁷⁴ Cf. Mény Y., *Politique comparée*, Paris, Montchrestien, 1996, 216-217.

¹⁷⁵ Quand il était Premier ministre, Michel Debré lui-même précisait aux membres de son gouvernement dans une circulaire : « Je tiens à attirer de nouveau votre attention sur la nécessité de ne pas laisser sans réponses les interventions faites par les parlementaires auprès des ministres et secrétaires d'État (...) Il est bien évident que toutes les interventions ne peuvent recevoir une suite favorable, mais il est nécessaire que le député ou le sénateur, en premier lieu celui qui vote pour le gouvernement, reçoive une réponse. La rapidité de la réponse, surtout si elle doit être favorable même partiellement -et il est des demandes raisonnables- en augmentera d'autant l'effet qu'une longue attente risque d'atténuer », (cit. par M. Goguel et A. Grosser, *La politique en France*, Paris, Armand Colin, 1964, 219). Par ailleurs, sous la Ve République, la réforme du système électoral dans le sens du retour au scrutin d'arrondissement devait elle aussi favoriser le retour au clientélisme : « Les effets mécaniques ne sont pas les plus intéressants à observer. Le scrutin majoritaire à deux tours (...) favorise également un certain type de moeurs politiques. Un député élu au scrutin uninominal dans le cadre d'une circonscription a davantage d'obligations personnelles que n'en avait sous la IVe République un député élu à la proportionnelle sur une liste départementale. Il sera sollicité d'une manière beaucoup plus directe et constante par ceux de ses électeurs qui ont besoin d'un service ou d'une recommandation. Il se le constituera ainsi, par la force des choses, une clientèle plus sensible à ses interventions auprès des pouvoirs publics qu'à ses votes au Parlement », (G. Martinet, *Le système Pompidou*, Paris, Le Seuil, 1973, 63-64).

de l'ampleur des pouvoirs législatifs des assemblées. Quand le Parlement, comme en Italie ou aux États-Unis, dispose d'une large initiative de la loi, ces pressions sont particulièrement vigoureuses et peuvent donner à la vie politique un caractère clientéliste.

Par ailleurs, ce pluralisme relativise le modèle français que nos compatriotes, dans un mouvement singulier, ont tendance à croire universel en même temps qu'ils sont fermement convaincus des vertus de l'« exception française ».

Pour autant, les particularismes culturels et nationaux ne paralysent pas l'effort unitaire, ils peuvent même le nourrir. La spécificité est [403] paradoxalement un concept neutre, laissé à la volonté humaine : il peut servir tout autant au repliement qu'à la communication. Ainsi avons nous vu que la représentation continentale de la loi a marqué des points en Angleterre au cours de notre siècle. De même, il existe depuis près d'un demi-siècle en France un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la loi dont l'importance va grandissant : elle n'est plus la déesse virginale rêvée par les révolutionnaires. Quant à la conception de la souveraineté-puissance, nous verrons ¹⁷⁶ que le spectre des attitudes européennes est celui d'un arc-en-ciel. Souvenons nous aussi du cheminement des idées françaises en Europe au début du XIXe. *A priori*, le contexte était désastreux, puisqu'il s'agissait d'une invasion militaire. Pourtant, ces idées firent leur chemin tout en s'adaptant aux contextes historiques particuliers, revêtant les habits de la monarchie constitutionnelle.

D'autre part, il existe des principes communs, ou devenus tels. Nous avons vu que les droits savants ont servi de points de référence aux droits des États médiévaux. Jusqu'au milieu du Moyen-Âge, une conception largement partagée de l'Etat de justice a régné en Europe. Même à partir du moment où l'Angleterre l'a interprétée d'une manière différente du continent, la notion de justice est restée longtemps la principale cause de légitimation du pouvoir étatique. Plus tard, au XIXème siècle, l'Europe a reconnu dans le citoyen un sujet de droit, d'abord avec des réticences enrobées de fictions, puis de manière plus concrète après les leçons totalitaires du XXe siècle. De plus, aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le caractère impératif de certaines normes européennes, la prochaine uniformité monétaire construisent l'Europe à travers la re-

¹⁷⁶ Cf. *infra*, pp.407-410.

cherche de la proximité culturelle, plus difficile mais plus profonde que l'intégration économique. De manière plus générale, le droit de la Communauté européenne et du Conseil de l'Europe est construit avec des matériaux aussi bien continentaux qu'anglo-Saxons.

Enfin, on peut noter avec R. Sacco ¹⁷⁷ la circulation dans les pays romanistes de modèles externes à cette aire. Les continentaux considèrent avec attention le procès pénal anglais et américain, comme le [404] manifeste bien le Code de procédure pénale italien de 1988. Venue des États-Unis et de Scandinavie, l'analyse réaliste du droit est mieux connue aujourd'hui. Moins qu'aux normes juridiques abstraites, qui n'ont pas d'existence réelle, il faut s'intéresser aux croyances des individus les concernant et s'exprimant dans l'emploi de certaines terminologies, ou l'usage de rites particuliers. Progresse surtout l'analyse économique du droit, née aux États-Unis au milieu des années soixante. Elle met l'accent sur la mesure des coûts et des bénéfices que comportent les choix juridiques (à partir de quel niveau d'amende frappant les atteintes à l'environnement une entreprise aura-t-elle intérêt à respecter la loi ?).

Le droit européen continue donc à se former à travers la diversité de ses composantes culturelles. Ces translations et syncrétismes conditionnent son extension. Il en fut de même sur d'autres rivages. Car le droit européen existe au-delà de l'Europe. Suivons maintenant les tracés de ses portulans.

¹⁷⁷ Cf. Sacco R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, Paris, 1991, 159-162.

Pour aller plus loin

192. INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES. - Outre les ouvrages et articles cités en bas de pages de ce chapitre, le lecteur, sur un plan général, se rapportera aux grands manuels d'Histoire des institutions françaises cités plus haut (notamment celui de J.L. Harouel et alii, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, PUF, 1993). Pour la période médiévale, le plus complet est celui d'A. Rigaudière, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, Paris, Armand Colin, 1994. Beaucoup plus synthétique, et d'une utilité différente : J. Hilaire, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris, Dalloz, 1995. Sur le pouvoir royal, cf. J. Krynen, *L'empire du roi*, Paris, Gallimard, 1993, ainsi que : J.P. Roux, *Le roi*, Paris, Fayard, 1995. Sur le rôle des légistes, cf. J. Krynen, L'encombrante figure du légiste - Remarques sur la fonction du droit romain dans la genèse de l'État, *Le Débat*, 74, mars-avril 1993, 45-53. On trouvera par ailleurs le texte des constitutions françaises dans : J. Godechot, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Flammarion, 1995.

En ce qui concerne l'histoire européenne comparée de notions fondamentales telles que l'État de droit, les conceptions de la représentation politique et de la souveraineté, le lecteur se référera obligatoirement à l'excellent ouvrage de C. Grewe et H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, précieux tout autant pour l'historien et le théoricien du droit que pour le publiciste.

Au sujet de l'histoire des institutions judiciaires, l'ouvrage le plus détaillé (mais il ne commence qu'à partir du XVII^e siècle) et qui possède l'avantage de poursuivre jusqu'à la Libération, est J.P. Royer, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 1996. Plus ancien, mais toujours utile : M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française*, Paris, 1956, 2 vol. On [405] recommandera aussi le livre très vivant d'A. Lebigre, *La justice du roi*, Paris, Éditions Complexe, 1995. Cf. également : B. Garnot, *La justice en France de l'an Mil à 1914*, Paris, Nathan, 1997. Sur le même sujet, pour élargir ses horizons au-delà de la France, cf. C. Bontems (dir.), *Le juge, une figure d'autorité* (Actes du premier Colloque de

l'Association française d'anthropologie du droit), Paris, L'Harmattan, 1996, qui évoque largement la position du juge dans les civilisations non-occidentales tout en étudiant aussi les cultures européennes. Ces dernières sont abordés dans : R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, L.G.D.J., 1996 ; voir aussi C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La puissance de juger, Pouvoir judiciaire et démocratie*, Paris, 1996, qui insiste sur le particularisme français par rapport aux autres pays européens. Pour l'histoire de la symbolique judiciaire, on lira avec un grand intérêt : Association française pour l'Histoire de la Justice, *La justice en ses temples*, Paris, 1992 ; R. Jacob, *Images de la justice*, Paris, 1994. En ce qui concerne l'histoire du droit pénal, on se référera à l'ouvrage très clair de J.M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990 ; voir aussi D. Salas, *Le procès pénal*, Paris, 1991. Enfin, l'étudiant ne manquera pas de s'intéresser aux réflexions d'A. Garapon sur la justice française actuelle : *Le gardien des promesses - Justice et démocratie*, Odile Jacob, Paris, 1996, (sur la montée en puissance de la justice dans notre société) ; *Bien juger - Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, Paris, 1997, (la justice vue sous l'angle de l'anthropologie juridique) ; *La justice et le mal*, Paris, Odile Jacob, 1997 ; (avec D. Salas et O. Mongin), *La République pénalisée*, Hachette, Paris, 1996.

193. LA DIVERSITÉ DES CONCEPTIONS DE LA REPRÉSENTATION POLITIQUE EN EUROPE. - Dans ce chapitre, nous avons particulièrement insisté sur les diverses conceptions de l'Etat de droit en Europe afin de dégager les fondements historiques de la pluralité d'un concept aussi important aujourd'hui. Il en est d'autres, comme la représentation politique et la souveraineté, sur lesquels il convient d'attirer l'attention du lecteur, même trop brièvement. Celui-ci se reportera une fois de plus à l'ouvrage de C. Grewe et H. Ruiz Fabri sur les droits constitutionnels européens cité dans le paragraphe précédent, dont, pour l'essentiel, nous résumons ici les analyses.

La représentation est souvent conçue comme une technique résultant de l'impossibilité matérielle de consulter tout les citoyens des États modernes, qui se comptent par millions et plus. Mais elle a aussi une signification politique et juridique, qui nous intéresse davantage. Elle ne comptabilise pas les suffrages des unités électorales, mais opère l'aboutissement d'un processus de constitution d'une entité abstraite, le peuple ou la nation. Donnée capitale, cette figure abstraite

émerge du corps électoral, mais ne se confond pas avec lui : les élus sont indépendants par rapport aux électeurs, ils ne peuvent se réduire au rôle de courroies de transmission.

Concrètement, les organes qui lui permettent de s'exprimer sont le Parlement, le chef de l'État ou les deux à la fois. En tout cas les autorités étatiques compétentes pour les décisions les plus importantes, d'où la proximité entre représentation et souveraineté. Par ailleurs, la représentation est le fruit d'une tension dialectique entre deux pulsions : celle de l'unité, indispensable à fonder les décisions politiques et juridiques ; celle de la pluralité, qui résulte d'une prise en compte plus au moins forte de la réalité sociale, caractérisée par la multiplicité des individus et de leur formes de regroupements. On voit ainsi se constituer deux pôles : soit la représentation privilégie l'unité du corps politique, soit elle met l'accent sur la pluralité des éléments constitutifs de la société. Le choix entre les deux termes de cette alternative résulte essentiellement des conditions historiques, c'est-à-dire de la manière dont les hommes ont résolu l'éternel problème du changement des conditions politiques et sociales, sans oublier la pression de la guerre : la conquête napoléonienne de l'Europe, même brève, a laissé des traces pas toujours délébiles. Les juristes viennent après, pour habiller ces contingences de leur science.

[406]

La conception privilégiant l'unité du corps politique caractérise la France et, à un moindre degré, l'Europe du Sud. En effet, le régime représentatif naît en Angleterre, mais la Révolution française en fait la première la systématisation (Déclaration de 1789, constitutions de 1791 et de 1793). À des titres divers, ces textes insistent sur l'idée que si tous les pouvoirs émanent de la Nation, elle ne peut les exercer que par l'intermédiaire de représentants. Mais ces derniers ne peuvent exprimer les intérêts particuliers des électeurs de leur circonscription, ils représentent la Nation toute entière. Naturellement, ces députés délibèrent pour parvenir à une décision. Mais par une fiction tendant toujours à valoriser le principe unitaire, on interprète cette délibération non pas comme l'ajustement de volontés diverses, mais la découverte d'une volonté unique pré-existante. La délibération a ici un effet davantage reconnaissant que créateur. Comme tous les systèmes très rationalistes, ce raisonnement pêche du côté de son abstraction. Mais il possède l'avantage de la cohérence, dans la mesure où il se fonde sur une autre fiction, celle de l'égalité juridique des citoyens, obtenue par la suppression des privilèges et autres sta-

tuts particuliers. Cette égalité juridique à la base permet l'unité politique au sommet. Par la suite, au début de notre siècle, Carré de Malberg interprétera la notion d'unité dans sa théorie de l'organe. Les élus ne représentent pas les électeurs, mais la Nation, qui trouve sa personnification dans l'État. Mais celui-ci ne peut vouloir et agir qu'à travers ses organes qui sont en définitive les représentants de la Nation. Les théories françaises se distinguent non seulement par leur antériorité chronologique, mais aussi par leur caractère systématique, inspiré par l'histoire. La Révolution française s'édifie sur la volonté de mettre à bas l'ordre ancien, le plus rapidement possible, afin d'éviter un retour à la situation antérieure. Cet ordre ancien n'est pas tout d'abord le régime monarchique : pendant trois ans, on croira à la possibilité de l'amender sous une forme constitutionnelle. En revanche, l'Ancien Régime consiste davantage dans une organisation juridiquement inégalitaire de la société, très rapidement et totalement détruite à partir de 1789, soit *avant* l'instauration de la République (le 21 septembre 1792). De plus, la Révolution accorde toute sa confiance à la raison et au volontarisme, non seulement en raison de leurs vertus propres, mais par ce que la référence à la tradition est assimilée à la fois à la consolidation de l'injustice et à la crainte de la réaction conservatrice. La tension des circonstances historiques explique donc le caractère extrême de la construction française. Cette conception se retrouve à un niveau moins critique en Italie, en Espagne, au Portugal et en Grèce.

En revanche, l'autre modèle met l'accent sur la pluralité des éléments constitutifs de la société politique. On le trouve d'abord en Angleterre, puis dans l'Europe nordique et centrale. En Angleterre, le Parlement parvient par le cheminement historique que nous connaissons à faire figure de représentant unique de la nation. Mais une nation caractérisée par une diversité organique : la chambre des Communes représente la bourgeoisie, celle des Lords l'aristocratie, le roi lui-même en fait partie (au milieu du XVI^e siècle, on passe du « *King's Parliament* » au « *King in Parliament* »). Pour autant, comme dans la conception française, il convient d'aboutir à la formulation d'une volonté unique. Mais comme on présuppose non pas l'uniformisation du corps politique, mais sa diversité organique, la délibération et le principe majoritaire opèrent dans un sens tout différent. Il ne s'agit pas de découvrir une volonté politique pré-existante, mais bien de la créer par les débats, le vote qui s'ensuit dégageant une majorité. Incontestablement, cette méthode est plus proche de la réalité, ce qui correspond au caractère empirique du génie

anglais, que nous avons déjà souligné en traitant de la Common Law. Dans les pays nordiques, germanique et anglo-saxons, à l'inverse du modèle français, la distance entre la société et État demeure très importante. La société n'y est pas articulée par le principe d'une égalité juridique des individus, mais plutôt par le système de la complémentarité voulue entre différents corps : structure communales, ordres, états (au sens social) regroupés en assemblées (nous avons vu l'exemple des diètes). Même quand la monarchie absolue se développe (Danemark, Autriche, Allemagne), elle minore les pouvoirs des assemblées d'États, mais ne parvient pas à les supprimer (elles ne disparaissent en Suède qu'en 1866, et en Finlande en 1907). On est évidemment tenté de mettre en parallèle ces conceptions avec la représentation [407] organique anglaise. Cependant là aussi l'histoire est intervenue pour leur donner des suites différentes. La pluralité organique anglaise est parvenue à constituer l'unité politique, par une autre voie que celle suivie par la France révolutionnaire. Mais le corporatisme des pays de l'Europe nordique centrale a maintenu un dualisme entre un monopole de la politique exercé par le monarque et la société civile pluraliste (c'est notamment le cas des Pays-Bas, du Danemark, de l'Allemagne et de l'Autriche). Il faudra attendre, suivant les États, la fin du XIX^{ème} siècle ou le début du XX^e pour parvenir à une représentation parlementaire, qui laisse d'ailleurs subsister les corps intermédiaires. Ceux-ci obéissent aujourd'hui encore en France et dans les pays considérés à des représentations difficilement conciliables. Elles vont de la démocratie associative, fondée sur le compromis, les droits des minorités et la négociation entre des citoyens organisés en groupes puissants, à la dénonciation, dans l'optique française, de ce système comme un assemblage antagoniste de privilèges nuisibles à l'intérêt général. Dans l'ensemble, le premier modèle obéit à un processus historique commun : «... on passe d'une monarchie absolue à une monarchie constitutionnelle dans laquelle le Parlement joue un rôle croissant grâce à la théorie de la représentation ou à celle de la souveraineté ou les deux à la fois. Lorsque les deux concepts se conjuguent, comme par exemple en Suisse ou encore en Norvège ou en Belgique, le cours de l'histoire s'en trouve accéléré » (C. Grewe, H. Ruiz-Fabri, *op.cit.*, 200-220 ; cf. aussi : Hans Daalder, La formation des nations par *consociatio* : les cas des Pays-Bas et de la Suisse, *Revue internationale des Sciences sociales*, 3, 1971). Les conceptions de la souveraineté sont tout aussi diverses.

194. LA DIVERSITÉ DES CONCEPTIONS DE LA SOUVERAINETÉ EN EUROPE. - Nous avons déjà observé à propos de la France que la monarchie absolue n'est pas arbitraire, dans le sens où elle admet un certain nombre de limites. Ce schéma de limitation du pouvoir par le droit se retrouve dans les autres monarchies absolutistes d'Europe. Le pouvoir du monarque est à la fois suprême et conditionné. De ce constat, C. Grewe et H. Ruiz-Fabri déduisent deux conceptions de la souveraineté, dont chacune permet de distinguer entre différents États européens. La souveraineté peut être d'abord recherchée dans son origine : on s'attachera à découvrir quel est son titulaire originaire, qui a investi les organes étatiques de leurs compétences. C'est la souveraineté-source. Cette conception domine l'histoire de la démocratie, visant à tirer toutes les conséquences de l'identification du peuple ou de la nation comme source de la souveraineté. D'autre part, la souveraineté peut être envisagée comme une qualité, résidant dans son caractère suprême et absolu, sur lequel ont insisté des auteurs comme Bodin (XVI^e siècle), parlant de la souveraineté royale, ou Rousseau, de la souveraineté du peuple.

À partir de l'existence des régimes monarchiques et d'une origine divine du pouvoir (tout pouvoir vient de Dieu), la souveraineté-source s'est orientée dans deux directions, dont la deuxième devait être celle de l'avenir. La première réside dans l'investiture directe du souverain par Dieu. La deuxième postule que si tout le pouvoir vient de Dieu, il est confié au souverain par l'intermédiaire du peuple : ce sont les diverses théories du contrat, abondamment illustrées par des auteurs comme Hobbes, Rousseau, Locke, Kant ou Fichte. D'abord énoncée dans le cadre de la monarchie absolue, les théories contractuelles débouchent par la suite sur deux modèles de la souveraineté du peuple : la monarchie constitutionnelle, où il y a association entre le roi et la nation ; la monarchie ou la République démocratiques, où la souveraineté du peuple est exclusive. Concrètement, les États européens réaliseront ces conceptions suivant des modèles divers. En Angleterre, la monarchie devient constitutionnelle au XVII^e siècle : en 1688, le Parlement désigne et appelle lui-même au trône Anne et Guillaume d'Orange. Le roi et le peuple partagent la souveraineté. En France, l'histoire semble hésiter : la Constitution de 1791 désigne le roi comme représentant de la nation. Mais elle tranche bientôt : il ne s'agit pas de le voir exercer une co-souveraineté à l'anglaise, mais plus restrictivement d'assurer certains pouvoirs que lui délègue la Nation. Le XIX^e siècle

est celui des valse-hésitations. La Convention et le Directoire choisissent la souveraineté populaire ; les [408] Chartes de 1814 et de 1830 le compromis de la monarchie constitutionnelle ; la II^e République revient à la souveraineté populaire, la III^e s'attache à la souveraineté nationale. Bien entendu, ces palinodies constitutionnelles sont autant de reflets d'une histoire politique particulièrement agitée.

En Europe, l'expansion de la souveraineté démocratique s'opère à trois moments : le début du XIX^eme, les Révolutions de 1848, la fin du siècle, et balaye l'Europe du Nord au sud. En Europe du Nord, la solution la plus souvent choisie est la monarchie constitutionnelle (mais pas toujours, comme dans les cas de la Norvège, de l'Islande et de l'Irlande du Sud). En Suède, la Constitution de 1809 combine les éléments monarchique et parlementaire. En 1866, l'Acte sur le Parlement institue un Parlement bi-caméral et représentatif qui ouvre le pays à la démocratie. Au Danemark, l'absolutisme a été particulièrement fort et durable, de 1665 (Constitution dite *Kongeloven*) à la Constitution du 5 juin 1849, qui fait suite au temps des révolutions de 1848 et introduit la monarchie constitutionnelle. Plus au sud, les Pays-Bas et la Belgique, qui s'en détachera, sont également restés jusqu'à nos jours des monarchies constitutionnelles, mais leur histoire est particulièrement complexe. Le pouvoir des villes a été particulièrement fort sur ces territoires au cours du Moyen-Âge, même si la monarchie a fini par les supplanter, mais sans les réduire à sa merci comme en France. Les Provinces unies du Nord (les futurs Pays-Bas) s'affranchissent de la tutelle de l'Empire et de l'Espagne en 1648 et deviennent un ensemble confédéral, dominé par les ordres et accueillant pour les protestants. Les Pays-Bas du Sud (la future Belgique), de majorité catholique, restent dans l'obédience de l'Empire. En 1792, la conquête française entraîne l'annexion de la Belgique par la France. En 1795 le Directoire en fait la République batave. Sous Napoléon, elle deviendra une partie de l'Empire français. Cette brève histoire française entraînera de façon plus durable l'abolition des privilèges. Le Congrès de Vienne réunit les deux parties des Pays-Bas en un royaume unique, pourvu d'une constitution en 1815. En 1831, les Belges deviennent indépendants et adoptent une constitution propre. Elle institue une monarchie constitutionnelle tempérée, qui à la fois consacre la souveraineté nationale et le régime représentatif, mais réserve au monarque une place plus importante que celle oc-

troyée au roi dans la Constitution française de 1791. Au Pays-Bas, la Constitution de 1815 subit en 1848 une importante révision. La monarchie est privée de l'essentiel de ses prérogatives, qui passent à un Parlement bicaméral où disparaît la division en ordres.

En Allemagne et en Autriche, le chemin vers la souveraineté populaire est plus long, car l'absolutisme s'y est particulièrement développé. La conquête française produit des effets contradictoires. D'une part, elle entraîne des réactions contre l'idéologie des Lumières (cf. *supra*, pp. 291-292, la controverse entre Savigny et Thibaut). D'autre part, l'égalité juridique ainsi que la figure très nouvelle à l'époque de l'État-Nation séduisent. Sur la rive gauche du Rhin, les corps intermédiaires, les territoires ecclésiastiques et le rattachement au Reich sont supprimés. Des États naissent, qui s'associeront en des formes évolutives. D'abord celle de la Confédération du Rhin (1806), avec la bénédiction de Napoléon ; puis la Confédération germanique (1815), avec la Prusse et l'Autriche ; ensuite la Confédération germanique du Nord, qui regroupe les États d'Allemagne du Nord et la Prusse (1867) ; enfin, l'Empire allemand après la défaite française de 1870. Si à l'origine ces nouveaux États procèdent en partie de la conquête napoléonienne et des idées de la Révolution, leur organisation constitutionnelle n'est pas républicaine, mais monarchique, de surcroît sous une forme où le pouvoir des souverains reste prédominant. Le Congrès de Vienne entendait rétablir la stabilité en Europe en ne faisant que des concessions minimales aux idées nouvelles. Si les États de la Confédération germanique reçoivent une Constitution, tous doivent adopter un régime monarchique. L'article 57 de l'Acte additionnel précise que le pouvoir politique réside tout entier dans le chef de l'État. Les assemblées représentatives du peuple ne sont que des organes institués, ne possédant que des compétences déterminées.

[409]

Mais une génération plus tard, c'est le « printemps des peuples » : une série de révolutions éclatent en Europe, menées par des représentants des classes moyennes. Le but recherché est soit l'abolition de la monarchie (comme en France, où éclate en février 1848 la première de ces insurrections, qui aboutit à l'instauration de la II^{ème} république) ; soit l'aménagement des monarchies constitutionnelles dans un sens plus libéral. Dans la Confédération germanique, les souverains se voient contraints d'accorder des libertés et de former des gouvernements parle-

mentaires. Sur le plan de la théorie juridique, la monarchie doit laisser un espace à la thèse contractuelle. La Constitution prussienne de 1850 admet l'idée d'un contrat entre le monarque et le peuple, mais n'en tire que des conséquences limitées. Dans l'exercice de cette souveraineté devenue d'origine, le pouvoir monarchique conserve une influence prépondérante. Le Parlement ne dispose tout au plus que de droits de co-décision alors que le monarque conserve ses droits propres. Cette situation durera jusqu'au XXe siècle, se terminant avec l'avènement de la République de Weimar (1919-1933). En Autriche, Metternich impose jusqu'au milieu du XIXe la solution absolutiste. Puis les troubles de 1848 se produisent, entraînant une série de réformes constitutionnelles chaotiques, qui aboutissent en février 1861 à la création d'un Parlement bicaméral représentatif (le *Reichsrat*), qui participe à l'élaboration des lois. En 1866, l'Autriche est vaincue à la bataille de Sadowa par la Prusse, qui établit sa prééminence dans l'Empire allemand. L'année suivante, l'Autriche et l'Allemagne se séparent ; la Constitution de 1867 établit la double monarchie austro-hongroise.

Dans l'Europe du Sud, on retrouve le même mouvement mélangé de répudiation et de fascination que suscite la Révolution française, dont les idées sont importées *manu militari* par Napoléon. L'unité italienne réalisée sous le régime français ne dure qu'une quinzaine d'années, après quoi revient l'absolutisme autrichien détesté. La pensée unitaire française, l'uniformité juridique du Code civil qui avait été imposées ne s'évanouissent pas avec les armées de l'Empereur déchu. Ces références se constatent tout au long du XIXème siècle dans le *risorgimento* (le mouvement nationaliste qui aboutit à l'unité italienne). G. Mazzini (1805-1872), qui voulait chasser les Autrichiens d'Italie et installer la République, disait : « Le cri de 1789 a rompu le sommeil des peuples ». Mais contrairement à ses espoirs, l'unité se fait sous un régime monarchique : le royaume d'Italie naît le 17 mars 1861. C'est une monarchie constitutionnelle, qui dans la pratique hésitera entre la prédominance du roi et les avancées du parlementarisme.

Même influence ambiguë de l'histoire française en Espagne. Comme on le sait, l'invasion française provoque de fortes réactions d'hostilité. En 1808, l'installation par Napoléon de son frère Joseph sur le trône d'Espagne déclenche une période d'instabilité en même temps que des révoltes contre le pouvoir français. Les libéraux espagnols obtiennent la majorité aux Cortès de Cadix (1811-1813). Gagnés aux idées des premières années de la Révolution française, ils élaborent une

constitution qui consacre la souveraineté nationale et le régime représentatif, tout en restant dans le cadre monarchique. Elle ne fonctionnera que par saccades (1820-1823, 1836-1837), en raison de luttes entre les partisans de l'absolutisme et les libéraux. Ces derniers finissent par l'emporter et leurs idées inspirent de nombreuses constitutions postérieures (1856, 1869, 1873, 1931). Le même schéma se répète au Portugal : la Révolution française est crainte en même temps qu'admiration. Les libéraux sont à l'origine de l'adoption de la Constitution monarchique de 1822, qui consacre la souveraineté populaire. Mais jusqu'au milieu du siècle règne une grande instabilité constitutionnelle, où dominent tantôt les tendances absolutistes, les compromis entre le roi et le peuple. Les choses se calment dans la seconde moitié du siècle, mais la situation redevient agitée à son terme. En 1910, c'est la fin du régime monarchique : la République est proclamée et la Constitution de 1911 institue un régime parlementaire avec élection du chef de l'État, jusqu'à la prise du pouvoir par Salazar en 1926.

On voit donc que si la conception globale de la souveraineté-source est relativement facile à définir dans ses principes constitutifs, sa réalisation historique en Europe a été [410] particulièrement complexe même si des dates-clefs émergent : la conquête napoléonienne et l'exportation des idées révolutionnaires, le retour à l'ordre du Congrès de Vienne, le « printemps des peuples » de 1848, la période incertaine de la seconde moitié du XIX^e siècle, qui s'achève par le naufrage européen du premier conflit mondial.

Mais, comme on l'a vu, la souveraineté peut être aussi décrite sous un autre angle : celui de la souveraineté-puissance, qui définit les limites plus ou moins grandes dans lesquelles l'organe souverain (non pas nécessairement *le* souverain, c'est-à-dire le monarque) exerce son pouvoir. Bien entendu, il ne s'agit nullement d'une forme historique qui précéderait la souveraineté-source ou y ferait suite. La distinction entre ces deux concepts n'est pas de nature chronologique : la souveraineté-puissance se croise avec la souveraineté-source dans l'histoire des États européens. En tant que Français, nous sommes habitués à penser que la puissance inhérente à la souveraineté doit être contenue par la loi. Mais ce modèle n'est pas unique : en Angleterre, la soumission au droit ne s'identifie pas à la suprématie de la loi. Dans ce pays, la souveraineté appartient au Parlement. Elle s'exprime bien sur le plan législatif, puisqu'il fait les lois et n'est pas limité dans cette action par

une Constitution écrite. Mais comme nous l'avons vu en étudiant le système de la Common Law, la loi n'est qu'une source du droit complémentaire des normes prononcées par le juge. Nous savons en effet que la loi ne devient véritablement du droit qu'après son incorporation par la jurisprudence, véritable limite de la souveraineté. Dans cette conception, le droit vise surtout à la conservation de l'acquis (même si, évidemment, le droit anglais n'est pas demeuré immobile). En France, l'identification du droit à la loi lui donne un aspect beaucoup plus dynamique, propice à la transformation volontariste de la société. D'une part parce que cette identification a correspondu à une période d'extrême agitation politique : celle de la Révolution, qui a vite abandonné les tendances réformistes de ses premières années pour abolir l'ordre ancien, non seulement social, mais aussi politique. D'autre part, antérieurement à cette période, la France n'a pas connu comme l'Angleterre un système de partage de la souveraineté entre le monarque et une autre institution (qui aurait pu être les États généraux, mais l'histoire en a décidé autrement), qui aurait servi de précédent. La Révolution transfère la souveraineté du monarque à la Nation et à la loi, mais en lui conservant ses attributs : fondée sur la volonté générale (un concept plus juridique que numérique, puisque le suffrage est censitaire), la loi ne peut être mise en cause, ni par un contrôle de constitutionnalité, ni par une prééminence de la jurisprudence, au contraire réduite à un rôle d'automate. Le risque est évidemment celui de l'arbitraire législatif, dénoncé par la doctrine à partir de la III^e République.

En Europe, la conception française se retrouve en Espagne en Italie. La réception de la conception anglaise sur le continent se heurte à une difficulté, l'existence de constitutions écrites. Cependant, on remarquera qu'en Europe du Nord et dans les pays du Benelux le parlementarisme s'est instauré par la pratique puisqu'il n'est pas dérivé du droit écrit. Par ailleurs, en Allemagne, le courant représenté par Savigny illustre une conception du droit beaucoup plus proche de la tradition anglaise que de la Révolution française, dans la mesure où le droit se trouve fondé sur l'histoire plus que sur la volonté.

[411]

Introduction historique au droit

Deuxième partie :
Naissances et migrations des droits européens

Titre II.

Les migrations des droits européens

[Retour au sommaire](#)

195. MIGRATIONS DE PEUPLES ET VOYAGES DU DROIT. - Depuis sa sortie du berceau africain, l'histoire de l'homme se confond avec celle de ses migrations. Le phénomène est général, dans le temps et l'espace. En Inde, à partir de 1400 avant notre ère, les Tamouls poussés par les Indo-Iraniens refluent vers le sud. L'Asie centrale lance périodiquement des peuples entreprenants (Scythes, Cimmériens, Sarmates, Huns, etc.) vers les sociétés sédentaires. Les répercussions de ces déplacements atteignent parfois l'Occident. Ainsi les migrations germaniques vers l'Empire romain sont-elles déclenchées par la poussée des Huns, venus des marches de la Chine. À la tête d'une armée multi-ethnique, Attila échoue en 451 devant une coalition de Barbares et de Romains aux Champs Catalauniques, près de Troyes. Mais les peuples germaniques qui avaient fui les Huns pendant des décennies n'empruntent pas le chemin du retour : il s'installent dans l'Empire

d'Occident, auquel ils succèdent. N'imaginons pas trop vite un heurt frontal des cultures. Certains peuples barbares frontaliers de l'Empire avaient déjà des contacts avec les Romains et pouvaient servir dans les légions. D'autre part, ils étaient largement christianisés, fût-ce sous la forme hérétique de l'arianisme. Dans les législations que les souverains des nouveaux royaumes romano-barbares font rédiger, droits romain et barbares font plus que coexister : ils s'interpénètrent lentement. Plus tard, au VII^{ème} siècle, les Arabes se lancent dans une série de conquêtes qui étendent leur domination de l'Espagne aux limites du monde indien. Aujourd'hui encore, la majorité des musulmans ne sont pas des Arabes, mais des Asiatiques.

[412]

En Afrique, avant notre ère, les Peuls s'installent tout au long de l'Afrique occidentale et au-delà. Mais comptent surtout pour elle les grandes migrations bantoues, de dimensions comparables à celles que nous venons d'évoquer en Europe et en Asie. Parties au Xe siècle d'Afrique centrale, elles s'étendent vers le sud et le sud-est, écartent les Bochimans et les Hottentots vers le sud-ouest, et finissent par rencontrer les Boers au début du XIX^{ème} siècle. Ceux-ci sont un assemblage de plusieurs populations d'origine européenne : colons néerlandais, émigrés allemands, français et scandinaves. Migrant eux-mêmes vers l'intérieur des terres, ils y fondent des États. Une longue histoire commence, celle de l'Afrique du sud, qui choisit d'aménager les rapports interethniques suivant le principe de l'*apartheid*, isolant les différents groupes bantous et créant des États-fantoches, les Bantoustans. Elle prit fin en 1993, avec un accord prévoyant l'instauration d'une Afrique du Sud démocratique et multiraciale.

Les Amériques furent aussi les lieux d'intenses migrations. Commencées il y a plusieurs dizaines de milliers d'années avec les déplacements de chasseurs venus d'Asie, elle continuent beaucoup plus tard. La traite négrière y amène environ 12 millions d'Africains entre le XVI^e et le XIX^{ème} siècle ; l'immigration européenne se développe surtout à partir du XIX^{ème} siècle (environ 32 millions en Amérique du Nord, et 12 en Amérique latine). Aujourd'hui, les mouvements migratoires les plus importants s'exercent du Sud vers le nord : environ 40 millions de personnes (dont 15 de réfugiés) se trouvent en Europe occidentale et en Amérique du Nord. On estime que vers 2050, la proportion des Hispaniques, des Noirs (ils se font

aujourd'hui appeller les *Black Americans*) et des Asiatiques devrait atteindre 47 pour cent de l'ensemble de la population des États-Unis.

Il est évidemment impossible de livrer ici les traductions juridiques de ces phénomènes. Non seulement parce qu'elle dépassent les limites assignées à l'ouvrage, mais, plus grave, parce que la majorité des données nous manquent : elles se sont évanouies dans le passé, d'autant plus facilement que nombre de peuples concernés ne connaissaient pas l'écriture. Aussi serons nous contraint de nous limiter au cas de l'Europe, plus facilement saisissable.

Au cours de ses migrations, l'homme emporte avec lui ses mythes, ses dieux, ses biens les plus précieux, et parfois son droit. Au gré des [413] rencontres, il peut choisir de les conserver, ou abandonner. Mais souvent, les droits se mettent en ménage en des unions plus ou moins volontaires, chacun apportant sa contribution à la vie commune. Les modalités de ces unions diffèrent, depuis l'investissement brutal, jusqu'à la séduction courtoise. Dans un premier chapitre, nous nous intéresserons aux conditions générales des transferts de droits. Mais de quels droits ? Car nous avons vu que le droit européen est fortement teinté de droits nationaux. La Hollande a superposé son droit continental aux droits coutumiers de la lointaine Indonésie ; un temps, une partie de l'Afrique fut allemande. Au départ en tout cas, c'est l'Espagne qui franchit la première l'océan et impose son droit aux autochtones. Mais par la suite deux colonisateurs occupent le devant de la scène : l'Angleterre et la France, en Amérique du Nord, en Afrique, mais aussi en Asie et Océanie. Nous devons donc leur consacrer deux autres chapitres.

[415]

Introduction historique au droit

Deuxième partie :
Naissances et migrations des droits européens

Titre II.
Les migrations des droits européens

Chapitre I

Le transfert de droit

Lorsque l'on veut changer les mœurs et les manières, il ne faut pas les changer par les lois ; cela paraîtrait trop tyrannique : il vaut mieux les changer par d'autres mœurs et d'autres manières (...) En général, les peuples sont très attachés à leurs coutumes ; les leur ôter violemment, c'est les rendre malheureux : il ne faut donc pas les changer, mais les engager à les changer eux-mêmes.

Montesquieu, *L'Esprit des lois*,
Livre XIX, Chapitre XIV.

[Retour au sommaire](#)

Quelles que soient les techniques utilisées, le droit n'est jamais totalement affranchi de l'homme dans ses pérégrinations : parler des voyages du droit exige de dire d'abord quelques mots des voyageurs, les agents de ces transferts. D'autre part, les transferts sont de taille inégale. Suivant les occurrences historiques, ils visent seulement des éléments ou bien des pans entiers de systèmes juridiques. De plus, ils peuvent être imposés ou désirés. Il y en a donc de différents types. Enfin, les effets produits ne sont pas toujours ceux recherchés, et couvrent une large gamme de réactions. Nous étudierons donc successivement dans ce chapitre les agents des transferts, leurs types et leurs effets.

Section I

Les agents des transferts

[Retour au sommaire](#)

À l'époque moderne, le droit peut voyager tout seul : l'écrit peut être acheminé sans que son rédacteur le suive. Mais ce voyage dépend largement des infrastructures matérielles et du niveau culturel des partenaires potentiels. Encore faut-il que le réseau des communications soit suffisamment stable et performant, que le support de l'écrit permette sa multiplication sans que son coût le réserve à une minorité, et que les destinataires potentiels sachent lire. Il n'y a guère qu'un siècle que [416] toutes ces conditions sont réunies... dans certaines zones du monde. Aujourd'hui encore, elles n'existent pas sur la plus grande partie de la planète. L'invention de l'imprimerie n'a donc pas encore produit toutes ses conséquences. Avec Internet, la notion de partenaires à l'échange d'écrits, fussent-ils numérisés, se dilate : l'émetteur lance un texte sur le réseau sans savoir qui le lira, le récepteur potentiel ne le recevra pas nécessairement, par manque d'intérêt, ou maladresse dans le maniement des ressources du *Web*. On objectera que l'auteur d'un livre traditionnel ne connaît pas davantage ses lecteurs. Mais les dimensions et le coût ne sont pas les mêmes. Un fichier avalé par le réseau devient immédiatement disponible à un prix très faible pour des dizaines de millions de personnes connectées. Les utilisateurs de banques de données juridiques internationales le savent bien. Il reste cependant qu'à l'heure actuelle, ces millions d'individus et institutions ne sont qu'une minorité. En France même, très peu de foyers sont connectés à Internet, car le coût de l'équipement informatique n'est pas négligeable, et son utilisation exige un apprentissage minutieux.

Quoi qu'il en soit, tous ces phénomènes ne concernent qu'une époque relativement récente : pendant la plus grande partie de l'histoire, qui nous intéresse ici, le droit n'a pu cheminer qu'avec des voyageurs. Ceux-ci apportaient avec eux des règles et des concepts divers. Et souvent aussi l'écriture, dont il faudra mesurer l'impact.

A) *Les voyageurs du droit*

J. Vanderlinden en propose une classification convaincante ¹⁷⁸ : le voyageur sans bagage, le voyageur professionnel non juriste, le voyageur juriste. Reprenons les points essentiels de sa description.

196. LE VOYAGEUR SANS BAGAGE. - J. Vanderlinden vise ici les émigrants et autres colons. Bien entendu, l'image a ses limites. Si ces personnages ont peu conscience d'emporter du droit avec eux, il le véhiculent néanmoins, dans la mesure où ils ont intériorisé certaines normes apprises dans leur société d'origine. D'autre part, surtout dans [417] les migrations anciennes, ces voyageurs entendent en général conserver leur façon de vivre. Ils ne partent pas faire des enquêtes sur le terrain à la manière des ethnologues, mais en fonction de préoccupations plus matérielles : échapper à un péril grave dans leur pays, ou faire fortune ailleurs. De toute façon, leur droit d'origine les saisit.

La Common Law anglaise prévoit que par *birthright*, tout Anglais quittant sa terre natale emporte avec lui son système juridique. C'est la solution du *Calvin's case*, jugé en 1608. La Common Law y est transférée, en même temps que les lois qui pouvaient l'avoir modifiée avant la colonisation de l'Amérique. Cependant, dans la tradition des législations coloniales, la Common Law d'Angleterre n'est applicable dans ces territoires que « dans la mesure où ses règles sont appropriées aux conditions de vie régnant dans ces colonies ».

En France, l'article 3 du Code civil stipule que : « Les lois concernant l'État et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers ». Des conventions internationales peuvent préciser, de pays à pays, le contenu et l'exercice de ce droit de suite du statut personnel, qui instaure une réciprocité entre les États parties. Naturellement, des difficultés peuvent se produire quand

¹⁷⁸ Les développements de ce paragraphe résument les réflexions communiquées par J. Vanderlinden à l'auteur. Elles constituent les premiers éléments d'un ouvrage à paraître de J. Vanderlinden : *Les voyages du droit*, qui doit constituer une synthèse sur ce sujet fort important, et jusqu'ici trop peu traité.

des éléments du statut importé sont susceptibles de heurter l'ordre public du pays récepteur (cas des effets des mariages polygamiques en France).

197. LE VOYAGEUR PROFESSIONNEL NON JURISTE. - Celui-ci n'a pas de formation juridique particulière, mais le droit influe sur l'exercice de son activité professionnelle de manière plus déterminante que pour d'autres individus.

Ainsi des commerçants, qui toujours et partout furent des innovateurs en matière juridique, car les transactions commerciales supposent des formes particulièrement souples. Elles engendrent des nouvelles techniques dont le succès les diffuse largement dans les pays associés à l'échange économique. On parle d'ailleurs de loi des marchands (*lex mercatoria*). De grands itinéraires se sont ainsi dégagés au cours de l'histoire : route de l'ambre, la pierre de soleil, recherchée en Europe du Nord (Baltique) ; route de la soie, unissant l'Asie à l'Europe ; diverse voies maritimes (au premier siècle de notre ère, les Romains commercent avec le Coromandel, la côte orientale de l'Inde). Les techniques juridiques les parcourent aussi. Deux exemples, la *commenda* et la *tratta*. La *commenda* est un contrat de transport [418] maritime, intermédiaire entre la société et le prêt ¹⁷⁹, accueilli en Italie, sous le nom de *collegantia* à Venise et de *societas* à Gênes et à Pise. Il réunit un détenteur de capitaux (*commendator*, de *commendare*, confier) et un entrepreneur (*tractator*), éventuellement navigateur et marchand. Le premier verse un capital au second, qui effectue un voyage outre-mer afin de réaliser une opération commerciale. S'il n'apporte que son activité, il ne reçoit qu'un quart des profits. S'il apporte également une partie du capital (un tiers), les profits sont partagés à égalité. En cas de perte totale ou partielle du capital, le *tractator* n'est pas responsable (à cette époque, les risques de la navigation sont trop importants), mais il ne perçoit rien en compensation de son activité. Or cette structure particulière (ce contrat est inclassable dans les catégories romaines) incite à des rapprochements avec des contrats appartenant à d'autres droits méditerranéens, impliqués dans le commerce avec l'Italie : contrats byzantin (*chreokoinonia*), juif (*'isqa*), arabe (*qirad*).

¹⁷⁹ Cf. Hilaire J., *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, 1986, 173.

La *tratta* est une technique italienne à l'origine de la lettre de change, qui se déplace de la Méditerranée (elle est constatée à Valence et Marseille) vers l'Atlantique, notamment en Angleterre (*bill of exchange*). Les activités marchandes ne font pas que diffuser du droit. Elles peuvent aussi en constituer des foyers. Certaines villes italiennes (Venise, Pise et Gênes) ou ibériques jouent le rôle de carrefours entre l'Europe et d'autres continents. Y résident des colonies de marchands (nommées *logia* à Gênes, et *funduk* en arabe ; Venise avait une maison des Allemands, *fondaco dei Tedeschi*) qui restent régis par leur propre droit. D'autre part, les marchands engendrent aussi un particularisme judiciaire, au sein de tribunaux commerciaux nationaux ou urbains, qu'on retrouve un peu partout en Europe : porteurs d'un droit spécifique, ils en sont aussi les interprètes et autorités.

Mais il y a d'autres voyageurs dans cette catégorie. Le militaire, qui peut imposer la loi martiale ou régler le sort du droit local dans un acte de capitulation et, de manière plus générale, favorise par les armes la pénétration et le maintien d'un ordre juridique exogène. Le missionnaire aussi, qui au nom de ses croyances (famille monogamique, lien matrimonial indissoluble, prohibition de la vengeance, etc.), contribue à des [419] modifications importantes du droit et des mœurs locales. L'intermédiaire, enfin, absolument indispensable. Non seulement d'un point de vue linguistique, mais en raison de ses connaissances des habitudes et réseaux locaux, ainsi que des particularismes des institutions et concept juridiques, souvent difficiles à saisir pour un étranger. Dès le IX^e siècle, des traités recommandent aux marchands arabes de toujours s'adjoindre les services de représentants de confiance, avertis des usages du commerce. À Constantinople et dans le Levant, les agents diplomatiques et consulaires des pays européens emploient un *drogman* (du turc *turdjuman*), intermédiaire qui n'est pas nécessairement membre de la communauté locale, mais n'a pas la nationalité de ces agents. À l'heure actuelle, les intermédiaires locaux sont toujours très présents dans la pratique du commerce international, et peuvent toucher des sommes substantielles à l'occasion de la conclusion des contrats.

198. LE VOYAGEUR JURISTE. - La frontière avec la catégorie précédente est parfois ténue. Comme l'indique J. Vanderlinden, l'expression entend seulement signifier que la part du droit augmente, dans des proportions variables, dans l'exercice de leurs activités par ces différents personnages. Citons d'abord le

consul et le diplomate. À des degrés divers, ils peuvent influencer la pratique judiciaire du pays dans lequel ils se trouvent en poste, dans la mesure où un litige met en cause un de leurs ressortissants. Ainsi, le traité passé entre l'Angleterre et la Turquie en septembre 1675 prévoit que tout procès devant un tribunal turc qui mettrait en cause un sujet anglais devra se dérouler en présence de l'Ambassadeur, du consul ou du *drogman*. En 1843, la Grande-Bretagne s'accorde avec la Chine pour prévoir que les contestations entre Chinois et Britanniques devront d'abord faire l'objet d'un essai de conciliation par le consul britannique. Si cette tentative échoue, le consul doit demander l'assistance d'un fonctionnaire chinois pour le résoudre avec lui. Il faut ensuite citer l'administrateur colonial. Celui-ci doit appliquer un droit voulu par la métropole, même si le droit colonial peut différer du droit métropolitain. Il intervient aussi, comme en Afrique, par la rédaction des coutumes, qui permet de modifier plus ou moins profondément les droits autochtones. Le rôle des magistrats est également important, puisqu'ils doivent sanctionner le droit importé par le colonisateur, mais peuvent également intervenir en matière coutumière, souvent en appel des juridictions indigènes : là aussi, leur [420] interprétation de la coutume la transforme. Le professeur de droit est également un véhicule de l'acculturation, puisqu'il enseigne essentiellement le droit du colonisateur. Dans bien des cas, il a formé les futurs dirigeants des États nés des Indépendances. Dans les années qui les ont suivies, il a aussi servi d'expert aux nouveaux gouvernements. Il est ainsi amené à rédiger des codes ou des constitutions largement inspirés des modèles européens : des textes écrits, dans des sociétés de tradition orale.

B) L'introduction de l'écriture

199. L'APPARITION ET LES FONCTIONS DE L'ÉCRITURE. - *A priori*, l'apparition de l'écriture semble être à la civilisation ce que l'outil fut à l'homme. En tout cas, les juristes modernes en font un critère déterminant, dans la mesure où le droit oral leur semble en général insuffisant à constituer un « vrai » droit. Pourtant, ce n'est qu'une fausse évidence. D'une part, la transition majeure de l'humanité, le passage du paléolithique au néolithique, n'a pas été conditionnée par l'écriture, qui fut plutôt un de ses résultats. D'autre part, des grandes civilisa-

tions américaines se sont édifiées en n'y faisant qu'un recours très limité. Les Olmèques, Maya et Aztèques ont bien une écriture, mais de type pictographique, qui la range dans les systèmes d'écriture dits limités. En effet, elle assemble des signes composés d'images, mais le lien avec le langage n'est qu'indirect : le signe décrit ou fait naître dans l'esprit du lecteur une image ou une impression, par la suite exprimées dans la locution. Alors que dans les systèmes d'écriture dits complets, il y a correspondance directe entre les signes du système d'écriture et les éléments d'une langue, constitués par des mots, que l'écriture représente. Pour C. Lévi-Strauss, l'écriture fut historiquement associée à la complexification des sociétés, mais aussi à la construction de rapports sociaux beaucoup plus inégalitaires qu'auparavant : « Le seul phénomène qui l'ait fidèlement accompagnée est la formation des cités et des empires, c'est-à-dire l'intégration dans un système politique d'un nombre considérable d'individus et la hiérarchisation en castes et classes. Telle est, en tout cas, l'évolution typique à laquelle on assiste, depuis l'Égypte jusqu'à la Chine, au moment où l'écriture fait son début : elle paraît favoriser l'exploitation des hommes avant leur [421] illumination (...) L'emploi de l'écriture à des fins désintéressées, en vue de tirer des satisfactions intellectuelles et esthétiques, est un résultat secondaire (...) l'action systématique des États européens en faveur de l'instruction obligatoire, qui se développe au cours du XIXe siècle, va de pair avec l'extension du service militaire et la prolétarianisation. La lutte contre l'analphabétisme se confond ainsi avec le renforcement du contrôle des citoyens par le Pouvoir. Car il faut que tous sachent lire pour que ce dernier puisse dire : nul n'est censé ignorer la loi » ¹⁸⁰. L'auteur poursuit en précisant que les apparentes exceptions à la règle la confirment : si des empires africains et américain (Inca) ont pu s'édifier sans le secours de l'écriture, ils n'ont pas connu une grande longévité.

On peut aussi observer que lorsque l'écriture apparaît dans le monde grec (XVe siècle avant notre ère), les sociétés étrusques (VIIème siècle) et latines (vers 675), elle sert souvent à signifier la propriété : après avoir déposé le corps d'un défunt dans la tombe, on place à côté de lui des objets marqués de son nom ¹⁸¹. Naturellement, on ne peut nier que l'écriture ait aussi acquis des fonctions posi-

¹⁸⁰ Cf. Lévi-Strauss C., *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1955, 343- 344.

¹⁸¹ Cf. Ménager L.R., Les plus anciens témoignages d'appropriation foncière en Grèce, *Droit et Cultures*, 14, 1987, 105 et n. 12-13.

ves pour une majorité d'individus. Mais ce phénomène est très récent : jusqu'au XVIIIe siècle en Europe, une partie importante des populations (la moitié ou plus) ne sait ni lire, ni écrire, et seules les élites manient suffisamment bien ces procédés. Même aujourd'hui, la qualité de la formulation écrite reste un avantage pour ceux qui y excellent. C'est une des raisons expliquant que la mise par écrit des droits oraux ait toujours entraîné, à des degrés variables, leur dénaturation : l'écriture du droit ne fixe pas la parole, elle la transforme.

Par ailleurs, elle favorise son accaparement par des minorités savantes.

Comme le montre bien J. Goody, le texte ne peut être interrogé de la même façon qu'un locuteur : celui-ci peut répondre immédiatement à la question qu'on lui pose. L'écrit doit être interprété. Opération d'autant plus difficile qu'il est dépourvu du contexte entourant la parole et précisant son sens (lieu et temps du discours ; vêtements, gestes, regards et ton de l'orateur, etc.). L'étudiant sait bien que le photocopie le plus fidèle n'est jamais l'équivalent du cours. De plus, l'écrit permet la mémorisation d'un plus grand nombre de détails, de fond ou de [422] forme : il pousse donc non seulement à l'abstraction, mais à la complexité. Dès lors, apparaît un groupe de spécialistes : les juristes, historiquement proches du pouvoir, qu'il soient les conseillers du prince, ou plus généralement des notables (aux États généraux de 1789, le Tiers comporte un seul député paysan, alors que les avocats foisonnent). Dès lors, faut-il s'étonner que les juristes n'identifient au droit que sa forme écrite, qui a permis leur pouvoir ? Observons de plus que si tous nos voyageurs décrits plus haut ne sont pas des législateurs coloniaux, ils participent cependant très souvent aux processus d'annexion et de peuplement dans des sociétés ne pratiquant pas ou peu l'écriture. Elle sera souvent un instrument de domination, servant notamment aux dénombrements des hommes et au cadastre des terres, avant d'être un outil d'instruction. En fonction de ces enjeux, l'oralité juridique ne pouvait être que dévalorisée.

Mais qu'était-elle en réalité ?

200. L'ORALITÉ JURIDIQUE. - En dépit des apparences (le message oral est limité dans sa portée, et plus difficile à conserver), l'oralité ne constitue pas une forme « primitive » de communication, pas plus que le droit oral n'est du « pré-droit ». Elle correspond à un type de sociétés qu'on peut qualifier de com-

munautaires et qui se pensent comme des assemblages de groupes complémentaires, hiérarchisés à des degrés variables. L'écriture insiste surtout sur le message qu'elle véhicule. De plus, elle s'inscrit dans un certain anonymat des relations sociales. Si l'écrit peut qualifier des relations spécifiques établies au sein d'un groupe restreint (un règlement d'atelier, les statuts d'une petite association), il montre une aptitude particulière à se généraliser en effaçant le contexte qui a entouré sa formation. Une loi est souvent le résultat de la volonté de groupes sociaux représentés par une majorité de députés, ou un gouvernement issu d'élections ou des partis ont rivalisé. On peut certes le déceler en lisant les débats parlementaires et l'exposé des motifs. Mais le texte de la loi lui-même, qui a seul valeur contraignante, se présente sinon comme une disposition de portée générale (on connaît la tendance actuelle à l'effacement de la généralité de la loi), du moins comme une prescription qui peut moduler souverainement les dimensions des groupes auxquels ils s'applique (ainsi des divers régimes de sécurité sociale, ou de beaucoup de dispositions fiscales).

[423]

L'oralité valorise au contraire l'individualisation des rapports sociaux. Si le contenu du message oral est important, les qualités individuelles, la position sociale de celui qui le délivre le sont tout autant. Dans beaucoup de sociétés, il est inconcevable que la personne du juge, son histoire individuelle ne soient pas connues des parties : comment pourrait-on s'en remettre à quelqu'un dont la sagesse n'a pas été auparavant concrètement vérifiée ? L'individualisation du message va de pair avec les contraintes matérielles : même lorsqu'existent certains médias techniques (messages tambourinés ou pris en charge par des coureurs ou des cavaliers), la parole ne peut se propager au-delà d'une distance relativement réduite. Les groupes concernés ne peuvent donc être trop étendus. Mais l'oralité ne valorise pas seulement les relations inter-individuelles. Les groupes qui composent la société jouent un rôle déterminant dans la conservation de la parole. À eux, et non à un texte écrit, incombe la mémorisation du message. Celle-ci est d'autant plus spécialisée que la société est plus hiérarchisée, et que la conservation des paroles est politiquement décisive. La connaissance intégrale de généalogies appuyée sur des récitations périodiques sert souvent soit au maintien de l'ordre établi (on « prouve » que le pouvoir est exercé par le groupe légitime), soit éventuellement à sa contestation (on peut « bricoler » les généalogies, de même que

chez nous, les interprétations de certaines séquences historiques -la Révolution, Vichy- servent de justifications à des attitudes très présentes).

L'écriture correspond donc surtout à un choix de société, transmis, décidé ou imposé. Il est souvent impliqué par les transferts de droit. Que les voyageurs emmènent avec eux un droit étranger n'est pas indifférent, mais sa forme compte tout autant. Il peut arriver que le droit oral pénètre l'écrit : par exemple quand on décide de tenir compte de la coutume dans les jugements, encore que cette coutume soit souvent transformée. Mais en général, le transfert fonctionne dans l'autre sens : l'extension du droit écrit. Compte tenu de ce qui précède, on comprend qu'il ne s'agit pas seulement de diffusion de solutions techniques, mais d'autres modèles sociaux et politiques, comme le montre bien l'exemple de la rédaction officielle des coutumes, en France sous l'Ancien Régime ¹⁸², ou dans l'Afrique noire du XXe siècle ¹⁸³. Bien entendu, tous les transferts [424] n'obéissent pas à un modèle unique. Il faut donc distinguer entre les différents types de transferts.

¹⁸² Cf. *infra*, pp.554-559.

¹⁸³ Cf. *infra*, pp.454-455.

Section II

Les types de transferts

[Retour au sommaire](#)

L'impact des transferts sur la société réceptrice dépend de leur objet, comme de la manière dont ils lui parviennent.

A) L'objet du transfert

Le transfert peut être limité, consister seulement dans un emprunt. Mais il arrive que par son ampleur, il entraîne des mutations d'ordre plus général.

201. L'EMPRUNT. - Il y a déjà un demi-siècle, l'historien du droit H. Lévy-Bruhl distinguait nettement l'acculturation, transformation globale d'un système juridique au contact d'un autre, de l'emprunt, portant sur une institution particulière. Les phénomènes d'emprunt sont innombrables. Citons en quelques exemples, en nous bornant au passé européen.

Au Moyen-Age, les chartes de franchises (documents par lesquels les seigneurs ou le roi exemptaient les communautés urbaines de certaines charges, notamment fiscales) pouvaient circuler d'une ville à l'autre, sous des noms divers. Comme le fait remarquer M. Alliot, les « coutumes » de Lorris-en-Gâtinais accordées par Louis le Gros ont été reproduites dans le domaine royal ainsi qu'au-delà. Les « Établissements » de Rouen se sont propagés dans les possessions anglaises de l'ouest de la France. La « loi » concédée en 1182 par l'archevêque de Reims à Beaumont-en-Argonne a été copiée plus de trois cents fois en Champagne, en Lorraine et au dehors du royaume de France. On peut aussi citer le transfert en Angleterre par Guillaume le Conquérant des conceptions françaises du contrat, de la dette, des cours de justice ; les [425] emprunts de techniques commerciales faits aux Arabes par les commerçants occidentaux, etc.

Nombre de ces greffes réussissent. En effet, elles n'impliquent pas un changement global de la part de la société réceptrice. Au début du siècle, les comparatistes ont même caressé le rêve d'un système juridique idéal proposé comme modèle au monde entier. Il aurait résulté de l'emprunt des meilleures solutions techniques aux droits existants, ainsi que de l'élimination de leurs défauts. Or, il est impossible de construire un tel meccano. En effet, le droit n'est pas un ensemble de recettes techniques, sécables et amovibles au gré de la volonté des juristes et des gouvernants. Il correspond aussi aux tendances historiques et culturelles des sociétés dans lesquelles il s'est formé. Dans cette mesure, un transfert global ne pourrait s'effectuer sans heurts qu'entre sociétés pratiquement identiques, ou dont l'une serait animée d'un désir d'identification à l'autre. Or de telles circonstances historiques sont rares. Dans beaucoup de cas, les voyages des droits s'effectuent au sein de sociétés différentes, ou bien les transferts sont imposés par l'une à l'autre. Le transfert procède alors davantage de l'acculturation que de l'emprunt.

202. L'ACCULTURATION JURIDIQUE : DE L'ABSOLU DU MYTHE À CELUI DE LA LOI. - L'acculturation juridique ¹⁸⁴ ne résulte pas seulement de la transition de l'oral à l'écrit, de la quantité des normes transférées, mais aussi de son aspect anthropologique. Car comme nous l'avons vu dans la première partie de cet ouvrage ¹⁸⁵, la place reconnue au droit peut beaucoup varier suivant les cultures. Or le processus colonial, occasion privilégiée des transferts de droit, met très souvent contact des sociétés qui diffèrent sur ce point capital. Comme le précise M. Alliot ¹⁸⁶, les sociétés traditionnelles sont organisées à partir de récits mythiques dont le caractère imaginaire n'empêche nullement l'efficacité. Le mythe conjoint plusieurs niveaux que nous avons l'habitude de distinguer. Un même récit expliquera pourquoi la lune se situe à telle distance de la terre et les raisons de l'interdiction de l'inceste, suivant un raisonnement analogique. Le mythe puise par ailleurs dans un passé reconstitué les raisons qui expliquent pourquoi le présent doit au maximum le répéter. [426] Mais il n'est pas pour autant immuable. Différentes versions d'un même mythe ont été fréquemment repérées dans des

¹⁸⁴ Cf. Rouland N., *op.cit.* (*Anthropologie juridique*), 337-394.

¹⁸⁵ Cf. *supra*, pp.39-58.

¹⁸⁶ Cf. Alliot M., L'acculturation juridique, dans Poirier J. (dir.), *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, 1968, 1180-1246.

sociétés distinctes, entre lesquelles il a circulé. D'autre part, un mythe se transforme au contact avec l'histoire. Après la conquête des Amériques, d'anciens mythes ont été réélaborés afin de pouvoir intégrer le débarquement des Européens. Autrement dit, le mythe tient compte de la contingence.

A priori la loi, maîtresse des droits continentaux, paraît procéder d'une autre démarche : celle par laquelle l'homme prend lui-même en main son destin, n'hésitant pas à changer le droit quand celui-ci paraît obsolète, ou inadapté aux nouveaux buts que se propose le législateur. L'opposition n'est pas fautive, et on comprend que le choc résultant de la colonisation n'en ait été qu'amplifié. Mais il faut comprendre que cette conception de la loi comme instrument de l'homme est relativement récente dans l'histoire de nos propres droits. Au début de cet ouvrage, nous avons vu que les premières sociétés méditerranéennes ont cru à l'origine divine du droit. Puis les Grecs ont franchi un pas en plaçant l'absolu de la loi dans la nature : elle est conforme à son ordre, lui-même contraire à l'arbitraire. À partir du XIX^{ème} siècle, les juristes choisissent en majorité de voir dans le droit le moyen qu'une société se donne pour atteindre les objectifs que ses gouvernants ou la majorité des électeurs ont décidés : la loi est devenue de ce monde. Aujourd'hui cependant, l'idée d'un droit naturel réapparaît dans les droits de l'homme. Il y a certes plusieurs manières de les fonder, mais celle communément admise dans les pays occidentaux repose sur l'idée que l'homme, par nature, et non seulement par convention, possède un certain nombre de droits qui lui sont inhérents.

203. LES FORMES DE L'ACCULTURATION JURIDIQUE. - En reprenant la présentation de M. Alliot, on peut distinguer trois degrés de l'acculturation juridique. Tout d'abord, l'acculturation des sociétés passant du mythe à la loi en adoptant une loi étrangère inspirée par Dieu. Ce cas se produisit fréquemment tout au long de l'expansion musulmane, même adoucie par la prise en compte plusieurs fois attestée des coutumes locales. L'acculturation s'accomplit alors principalement par la soumission. Ensuite, l'acculturation des sociétés dont le droit se modifie au profit d'un autre, présenté ou imposé comme plus naturel ou plus raisonnable : réception du droit romain en Occident, introduction du Code civil français dans diverses législations européennes. [427] L'acculturation s'accomplit alors par assimilation. Elle peut aussi correspondre au cas où des sociétés choisissent de rompre avec leur passé et d'adopter un modèle extérieur. C'est le cas des

dirigeants de très nombreux États d'Afrique noire après les indépendances. Ceux-ci ont choisi des modèles de développement libéraux ou socialistes, à travers lesquels ils cherchaient à atteindre une augmentation de leurs capacités économiques, en même temps que les coutumes étaient minorées ou condamnées à l'inexistence juridique afin de favoriser l'unité du pays. L'acculturation s'accomplit alors par réinterprétation.

Il existe par ailleurs un certain parallélisme entre les degrés d'acculturation juridique et les changements de structure politique. De manière générale, quand une société passe du mythe à la loi, elle connaît également une transition vers des formes plus concentrées du pouvoir politique, dans la mesure où la loi est justement comprise comme un instrument dont dispose le pouvoir pour imposer ses vues, ou celle de la majorité. Le processus colonial amène en scène un acteur souvent inconnu jusqu'alors : l'État. Mais l'efficacité de ces implants dépend beaucoup de la façon dont ils ont été installés, qui peut aller de la contrainte à la libre réception.

B. Les styles de transfert : de la contrainte à la réception

Stricto sensu, il convient de distinguer entre la contrainte et la réception comme modalités d'introduction de droits étrangers dans un système juridique donné. La réception suppose une intention volontaire de la part du pays récepteur, qui n'existe pas en cas d'annexion ou de colonisation, même si par la suite un droit à l'origine étranger peut se transformer en droit autochtone au fil du temps : ainsi du droit romain en Gaule, ou du droit musulman dans les États d'Afrique subsaharienne.

1) Les transferts par contrainte

Compte tenu de la fréquence des annexions et colonisations, ils sont évidemment très nombreux.

[428]

204. LES TRANSFERTS RÉSULTANT D'ANNEXIONS. - L'annexion peut entraîner la disparition du système juridique de l'annexé. Sous la République romaine, il put arriver qu'à la suite d'un conflit, les habitants du territoire vaincu soient tués, vendus en esclavage, ou déportés à Rome. Une partie au moins du sol conquis était prise par Rome, qui l'incorporait au domaine public du peuple romain ou l'assignait à certains de ses citoyens. Dans d'autres cas, des cités pré-existantes avaient pu s'en remettre à la volonté de Rome lors de leur défaite, consentant ainsi à une *deditio*, ce qui entraînait en principe une perte de leur autonomie juridique. En fait, Rome utilisa peu ce type de solutions : au contraire, sa politique générale était celle du pluralisme, sous réserve de l'acceptation de sa souveraineté. Ce pluralisme était dosé suivant des techniques juridiques très diverses, que nous ne pouvons décrire ici ¹⁸⁷.

Au XVII^e siècle, sur la base de l'affaire Calvin (en 1608), l'Angleterre décide que lorsque la colonisation touche des sociétés non chrétiennes, le droit local est aboli *ipso facto* au profit de « l'équité naturelle »... Qu'est-ce à dire ? Formellement, il ne s'agit pas de la Common Law. Cependant, la nature ici visée correspond fatalement à la conception qu'en ont les Britanniques. Avec le durcissement du XIX^e siècle, beaucoup de territoires occupés par des peuples non-européens se voient imposer les règles du droit anglais. Dans la plupart des cas, les juges coloniaux tiennent pour inexistants leurs systèmes juridiques ¹⁸⁸.

À partir de la Révolution, la France mena souvent en la matière une politique brutale ¹⁸⁹, alors que la monarchie avait su ménager de transitions lors du rattachement de nouveaux territoires à la couronne. Après les conquêtes de la Révolution et du Consulat, la France de 1804 compte 108 départements. La Belgique, la rive gauche du Rhin, le Jura bernois et Genève, le Piémont de Turin jusqu'à Parme sont français. Le Code civil de 1804 y entre de plein droit en vigueur. Le même principe s'appliquera aux territoires formant l'Empire français, qui atteindra un

¹⁸⁷ Pour plus de détails, cf. Gaudemet J., *Institutions de l'Antiquité*, Paris, Sirey, 1967, 369-379.

¹⁸⁸ Pour plus de détails, cf. *infra*, pp,496,535-537.

¹⁸⁹ Cf. Gaudemet J., *op.cit.* (*Les naissances du droit*), 204- 208.

maximum de 130 départements en 1810 (aux annexions précédentes se sont ajoutées celles de la Toscane, de la plus grande partie des États de l'Eglise, des provinces illyriennes, des Pays-Bas et d'une partie de l'Allemagne du Nord jusqu'à Lübeck). D'autres États sont en principe souverains, mais en fait obligés d'accepter le Code civil : royaume [429] d'Italie (créé en 1805), royaume de Naples,, principauté d'Arenberg ; Grands Duchés de Berg, Francfort ; Duché de Nassau, etc. Napoléon met à la tête du royaume de Westphalie (1807) son frère Jérôme. Le jour où le Code civil y entre en vigueur, il lui écrit : « Les bienfaits du Code seront le caractère distinctif de votre Monarchie. S'il faut vous dire ma pensée toute entière, je compte plus sur leur effet pour l'extension et l'affermissement de votre pouvoir que sur le résultat des plus grandes victoires » ¹⁹⁰.

On sait par ailleurs combien la Révolution avait souhaité l'uniformité linguistique. L'Empire ne l'impose pas totalement dans les territoires conquis, mais valorise le français ¹⁹¹. Dans les départements correspondant à des zones relativement éloignées des anciennes frontières françaises, la langue locale, qualifiée de « langue étrangère », est d'abord interdite dans les actes publics, puis tolérée dans certains de ces départements (italien dans le département de Toscane ; allemand dans les départements de l'Ems oriental, du Simplon et les départements hanséatiques). Dans les départements frontaliers, où une partie de la population parlait français avant la conquête, la langue locale est appelée « idiome de pays ». Les actes publics doivent être rédigés en français, l'idiome local ne peut être utilisé que dans une traduction figurant en marge de l'acte.

Pourquoi cet acharnement à imposer les modèles français ? La victoire militaire ne suffit pas. Dans le passé, la plupart des conquérants ont laissé subsister des pans entiers de droit local. Napoléon était sur ce point l'héritier de l'esprit révolutionnaire : même introduit de force, le droit français était le messenger de la liberté et de l'égalité pour tous les hommes, et donc universaliste. Ce n'était pas de la pure propagande puisque, comme nous l'avons vu, le Code survécut dans plusieurs pays aux troupes françaises. Car il correspondait aussi à une évolution sociologique à caractère européen : l'accession au pouvoir de la bourgeoisie, qui

¹⁹⁰ Napoléon, *Correspondance* T. XVI, 174.

¹⁹¹ Cf. Rouland N., *Les politiques juridiques de la France dans domaine linguistique*, *RFDC*, 35, 1998, 517-562.

s'y reconnaissait (valorisation de la propriété individuelle, autonomie de la volonté dans le domaine contractuel, rejet du formalisme, etc.).

Autre exemple, plus modeste et postérieur, celui du rattachement à la France de la Savoie (où aujourd'hui des groupuscules militent pour [430] l'indépendance). Le duc de Savoie y était souverain. En 1792, les armées françaises l'envahissent. Elle devient le département du Mont-Blanc. En 1815, le traité de Paris la rend à la maison de Savoie. En 1858, l'Italie propose à la France de la lui céder avec Nice en échange d'une aide contre l'occupation autrichienne, et sous réserve de l'acceptation des populations concernées. En 1860, les Savoyards se prononcent par plébiscite (130 533 suffrages favorables, 235 contre) pour le rattachement à la France. Sur le plan juridique, l'ensemble de la législation française est alors substituée à l'ancienne.

Cependant, la disparition totale du système juridique du pays annexé est en général peu fréquente. Tout dépend évidemment des intentions du conquérant... et de ses capacités. En effet, mise à part l'hypothèse de la liquidation ou de la déportation de l'ensemble de la population vaincue, la mise en oeuvre d'une telle politique aurait exigé des moyens de contrôle et de répression quasiment impossibles à réunir, surtout à des époques où la technologie et les moyens de communication étaient réduits. D'autre part, il peut arriver que le droit d'abord imposé par la contrainte soit plus tard accueilli par les populations. Nous avons ainsi vu que si les agressions françaises en Europe perpétrées par les campagnes de Napoléon ont suscité des réactions de rejet, le Code civil imposé aux pays annexés à l'Empire français ne fut pas sans lendemain. En 1818, Savigny lui-même donna un avis défavorable à son éventuelle abolition... En ce sens, après la chute de l'Empire, on peut parler d'une véritable réception. La colonisation engendra aussi des situations variées.

205. LES TRANSFERTS RÉSULTANT DE LA COLONISATION. -

Dans certains cas extrêmes, les moeurs des populations autochtones sont considérées comme tellement inférieures à celles du colonisateur que celui-ci choisit la négation pure et simple de leur existence. Ainsi l'Australie fut-elle considérée comme « la terre de personne (*terra nullius*) », ce qui renvoyait à une existence

seulement factuelle 300,000 Aborigènes installés là depuis au moins 40 000 ans (en 1933, ils n'en subsistait plus que 67,000). Cependant, dans la majorité des cas, la colonisation n'entraîne pas *ipso facto* l'anéantissement au moins juridique des autochtones. En Angleterre, la conquête normande ne déclenche pas la suppression des droits locaux. Quand ils annexaient des territoires, les [431] rois de France laissaient généralement subsister leurs particularismes, au moins pendant une période de transition. En Amérique du Nord, les Indiens sont d'abord qualifiés de nations, sujets du droit international, avant de devenir au XIX^{ème} des entités internes subordonnées (*domestic dependent communities*). Par ailleurs, le style des colonisations obéit à des traditions nationales. En France, la référence à l'assimilation sert au XIX^{ème} siècle à légitimer la colonisation : on accélère la marche des colonisés sur la voie du progrès, qui doit conduire à l'égalisation des statuts... but ultime, mais lointain, d'où l'aménagement censé transitoire d'un régime juridique dualiste séparant les sujets (en fait, les autochtones) des citoyens (en fait, les Français d'origine métropolitaine). En principe, la France préféra la technique du gouvernement direct, impliquant la prise en main des populations par l'administration, plus conforme à l'idéologie d'assimilation. En pratique, l'examen détaillé des sources montre que cette politique fut très fluctuante. Selon les époques et les colonies, la France tâta aussi du gouvernement indirect, reposant sur une large délégation de pouvoir aux autorités traditionnelles... ou supposées telles (très souvent furent reconnus aux chefs des pouvoirs importants, sans commune mesure avec ceux dont il disposaient traditionnellement). De plus, les transferts de droit furent en fin de compte sélectifs. Le droit français, ou d'origine française (dans la mesure où la législation était souvent « adaptée » aux colonies) s'appliquait aux relations économiques, laissant la famille aux droits autochtones. Le colonisateur britannique était en principe partisan du gouvernement indirect (*indirect rule*), qui aurait dû réduire au minimum les transferts de droit. En fait, il n'a pas toujours respecté ce principe. Ainsi dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, une série de codifications et de grandes lois opère en Inde le transfert du droit anglais, seulement amendé sur certains points.

De manière générale, le pluralisme des statuts coloniaux ne doit pas faire excessivement illusion. En fait, le colonisateur a tendance à tolérer une autonomie juridique dans les seuls domaines où elle ne gêne pas ses entreprises : en général, les relations familiales. Mais il intervient plus facilement ailleurs, notamment sur

le plan foncier. Il ne reproduit alors pas nécessairement le système métropolitain, mais impose un droit nouveau aux autochtones (système de l'immatriculation des terres). D'autre part, la description purement juridique peut masquer une réalité plus sombre. En Amérique du Nord, le système des réserves était censé [432] préserver les Indiens de contacts destructeurs avec la « civilisation ». En fait, il servit souvent à les déposséder de leurs territoires originels, livrés aux colons. On les déportait alors (on a donné à ces trajets le nom de « pistes des larmes ») dans des zones ingrates qui n'intéressaient personne. De plus, à l'intérieur des réserves, sévissait en réalité une politique brutale d'assimilation : conversion forcée ; enlèvement des enfants, placés dans des institutions spéciales d'éducation. La France elle-même pratiqua la technique des réserves dans certaines de ses colonies, parfois officiellement, comme en Nouvelle-Calédonie, ou plus pudiquement, comme en Algérie, où l'on parlait de « cantonnement des tribus ». Le but principal en était la maîtrise foncière au profit des colons. Dans ces conditions, on comprend que des pans entiers des droits traditionnels se soient écroulés, ou profondément transformés.

Ont-ils pour autant disparu ? La question n'est pas seulement d'ordre historique, mais juridique. Au Canada, depuis 1982, la loi constitutionnelle (art. 35, paragraphe 1) précise que : « Les droits existants -ancestraux ou issus de traités- des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ». En Nouvelle-Calédonie, la coutume mélanésienne bénéficie depuis une quinzaine d'années de la sollicitude du législateur... et des négociateurs (création en 1982 d'assesseurs coutumiers auprès des tribunaux de droit commun, création en 1988 du Conseil consultatif coutumier du territoire, en attendant la formulation juridique définitive des accords d'avril 1998, qui devrait consacrer la coutume, avec le lien à la terre, comme un des vecteurs principaux de l'identité mélanésienne). Cependant, la reconnaissance de la coutume reste difficile à mettre en oeuvre. D'une part, elle est souvent non-écrite : c'est le cas en Nouvelle-Calédonie ; en Amérique du Nord, le texte des traités n'a pas toujours été conservé. La fixation dans un écrit n'est d'ailleurs pas un gage d'authenticité, comme nous l'avons vu à propos de des rédactions des droits coutumiers. D'autre part, écrite ou orale, la coutume passe le plus souvent par la médiation du juge, qui n'est pas nécessairement formé à son interprétation. De plus, sa reconnaissance peut être subordonnée par le législateur ou le constituant à certaines conditions, (comme le montre le texte canadien cité plus

haut, qui fait référence à des *droits existants* : d'autres ont pu s'évanouir, qui ne reviendront pas à la vie).

Enfin, il faut relever ce qui est presque une constante du droit colonial dans bien des États qui l'ont produit. Sur le plan formel, les [433] différents statuts coloniaux peuvent donner l'impression d'une relative tolérance, qui limiterait l'éradication des droits locaux. En fait, les métropoles ont souvent cédé à la pression des coloniaux, argumentant qu'ils étaient, eux, « sur le terrain », en contact avec des populations radicalement différentes, et parfois hostiles. Les législations coloniales sont donc souvent fluctuantes, au gré des rapports de force entre le centre et les périphéries, et très imparfaitement appliquées. L'exemple de la colonisation espagnole de l'Amérique apparaît à cet égard particulièrement pertinente.

206. LES ILLUSIONS COLONIALES ESPAGNOLES : LES DOCTRINES. - Le 12 octobre 1492, C. Colomb débarque à Guanahani, une île des Bahamas. Devant un groupe d'Indiens médusés, il déclare que par droit de conquête leur île appartient maintenant à l'Espagne, et lui donne le nom de *San Salvador* (Saveur sacrée). Deux mois après seulement (le 16 décembre) il écrit aux souverains espagnols au sujet des autochtones : « Ils ne possèdent pas d'armes et vont tout nus. Ils n'ont aucune connaissance de l'art de la guerre (...) ils sont aptes pour qu'on les commande et qu'on les fasse travailler, semer et faire tout ce que l'on pourrait juger utile (...) ils pourront faire des villes et s'habituer à s'habiller et à se comporter comme nous-mêmes ». Un prélude sans ambages. La suite des événements montre plus d'ambiguïtés. En effet, on discuta beaucoup de la légitimité de la conquête. On amenda plusieurs fois l'encadrement juridique du travail des Indiens, le droit castillan laissa théoriquement subsister les droits autochtones (*stricto sensu*, on ne peut parler de droit espagnol, car à cette époque, l'Espagne était divisée en plusieurs systèmes : castillan, navarrais, catalan, aragonais, valencienais, baléare ; le droit transféré fut le castillan).

Le problème de la légitimité de la conquête s'était déjà posé à l'occasion des croisades. Le pape Innocent IV (1195-1254) fixe la doctrine de l'Eglise en commentant une décrétale (*Quod super his*) prise en 1209 par Innocent III.

Tous les hommes, même non chrétiens, ont les mêmes droits naturels à la souveraineté politique et territoriale. Mais le pape a reçu du Christ un mandat

universel, qui concerne aussi les infidèles et les païens. Il a donc juridiction sur eux pour tout ce qui touche directement ou indirectement au spirituel. Leur éventuel refus du message papal prouverait de leur part des erreurs contraires à la raison naturelle, dont il convient de [434] les faire sortir, au besoin par la contrainte et la guerre, que peut seul décider le pape. Gardons en mémoire l'importance qu'avait à cette époque l'objectif de conversion : même les auteurs les plus favorables aux Indiens convenaient de la nécessité de leur christianisation. Jésus lui-même avait prononcé ces paroles mystérieuses : « J'ai d'autre brebis encore, qui ne sont pas de cet enclos » ¹⁹²

Encore fallait-il être bien sûr que ce soit des hommes. Le problème ne s'était pas posé pour les musulmans lors des croisades, mais les Indiens d'Amérique étaient beaucoup plus exotiques. Le pape Paul III tranche la question en 1537 dans une bulle ¹⁹³ *Sublimis Deus sic dilexit* : les Indiens ne doivent pas être traités comme des « brutes stupides créées pour notre service » mais « comme de vrais hommes (*sunt vero homines*) (...) capables de comprendre la foi catholique ». Il ajoute : « Lesdits Indiens et tous les autres peuples qui pourront être découverts plus tard par les Chrétiens ne doivent d'aucune façon être privés de leur liberté ou de la possession de leur propriété, même s'ils sont en dehors de la foi de Jésus-Christ (...) non plus qu'ils ne devront d'aucune façon être réduits en esclavage ». Plus tard, en 1639, le pape Urbain VIII décréta même l'excommunication de quiconque priverait les Indiens de leur liberté ou de leur propriété.

Par ailleurs, le mandat reçu du ciel par le pape explique son autorité en matière coloniale. Alexandre VI (1431-1503 (de la famille des Borgia, il se rendit par ailleurs célèbre pour sa vie dissolue), par quatre bulles (deux *Inter caetera*, *Eximie devotionis*, *Dudum siquidem*) partage les terres et habitants du Nouveau Monde entre l'Espagne et le Portugal. On a qualifié cette mesure de donation pontificale : avec la découverte et la prise de possession, ce fut un titre très souvent invoqué par ces souverains européens.

¹⁹² *Evangile de Jean*, X, 16.

¹⁹³ Au Moyen-Âge, le terme « bulle » signifie sceau. Il qualifie une lettre apostolique d'intérêt général portant le sceau du pape.

Cependant, cette donation n'épuisait pas pour autant aux yeux des juristes (la plupart du temps des ecclésiastiques) la question de la légitimité de la conquête. Un des plus célèbres du XVI^e siècle, qui passe pour un défenseur des Indiens, est le dominicain Francisco de Vitoria. Adeptes des théories de Saint-Thomas, formé à Paris au droit romain aussi bien qu'au droit canon, Vitoria croit à l'existence d'un droit naturel commun [435] à tous les hommes, fondé sur la nature humaine, créée par Dieu, et sur l'universalité de la raison. De lui dérive le *ius gentium*, droit commun à toutes les nations, qui doit s'inscrire dans le droit positif, également composé des droits internes. Il envisage une série de raisons (les « titres ») avancées pour légitimer la colonisation. Il en balaie certaines. Les Indiens ne sont pas fous : « ils possèdent à leur manière l'usage de la raison » ; ils connaissent la vie urbaine, le mariage, ont des croyances religieuses. Certains titres invoqués par les Européens sont illégitimes : la prétendue domination universelle de l'Empereur d'Allemagne ne peut valoir en Amérique, car les royaumes d'Espagne ou de France ne lui sont pas soumis. La donation pontificale n'a pas non plus de valeur : le pape ne détient de prérogatives temporelles que subordonnées au pouvoir spirituel, et ce dernier ne peut s'appliquer à des populations païennes. Le droit de découverte est insuffisant s'il n'est pas épaulé par un autre titre. Le refus de la foi chrétienne aussi, car on doit d'abord chercher à l'étendre par la persuasion, non par la violence. Les titres légitimes n'en sont pas moins nombreux. Le droit de prêcher l'Evangile, puisque le Christ a commandé à ses disciples d'aller enseigner toutes les nations. D'où découle un autre titre, celui de protéger des Indiens convertis contre d'éventuelles représailles de leurs chefs restés infidèles, que le pape serait alors fondé à remplacer par un prince chrétien. Existe aussi un titre qui fait penser à notre moderne « devoir d'ingérence humanitaire ». La tyrannie de chefs indigènes, des coutumes contraires à l'humanité (anthropophagie, sacrifices humains) peuvent justifier qu'on impose aux Indiens un nouveau gouvernement. La présence européenne peut aussi être légitimée par l'assistance portée à certaines nations autochtones liées avec les États d'Europe par des traités, qui seraient en situation de guerre juste avec d'autres populations autochtones.

Mais parmi les justes titres, le droit le plus important est certainement celui de communication, déduit lui aussi du droit naturel. À l'origine du monde, chacun pouvait aller et venir librement ; cette liberté n'a pas disparu malgré le partage des biens terrestres. Donc, les Espagnols peuvent aller en Amérique... de même que

les Indiens pourraient venir en Espagne. Quant aux richesses naturelles (de 1500 à 1650, 181 tonnes d'or et 16000 d'argent traversent l'océan vers la péninsule ibérique), elle constituent un bien commun et appartiennent à ceux qui les trouvent. Donc, nul ne peut interdire aux Espagnols de commercer avec les Indiens et de jouir de leurs découvertes.

[436]

Naturellement, les théories de Vitoria pèchent par leur fausse symétrie : elles supposent des partenaires dotés d'égales capacités. De même, Vitoria inscrit la mission évangélisatrice de l'Espagne dans le droit de communication : les missionnaires peuvent prêcher aux Indiens le christianisme. Fidèle aux enseignements de Saint Thomas, Vitoria ne les condamne pas pour leur ignorance de la vraie foi. En effet, n'ayant pas reçu le message évangélique, ils ne sont pas des infidèles, mais seulement des païens. Cependant, ils ne peuvent s'opposer aux efforts des missionnaires : ce serait nier le droit de communication. Au cas où ils le feraient, on pourrait légitimement leur déclarer la guerre : normalement condamnée, la violence n'est pas exclue en dernière extrémité. Par ailleurs, si Vitoria reconnaît aux Indiens la dignité humaine, cela ne signifie pas qu'ils soient des hommes du même niveau que les Européens. Car une question essentielle se pose après le *sunt vero homines* du pape : de quelle sorte d'hommes s'agit-il ?

Pour leur plus célèbre défenseur, l'évêque du Chiapas Bartolomeo de las Casas, ils sont meilleurs que les Espagnols : le thème du Bon Sauvage est en train de renaître. Vitoria se situe bien en-deçà. Certes les Indiens ne sont pas fous. Mais ils ne possèdent pas pour autant les capacités intellectuelles des Européens : «... ils ne semblent pas capables de constituer et de gouverner un État légitime, même aux simples point de vue humain et civil », en raison de leur *debilitas*, qui les rend proches des enfants.

On peut donc mettre en branle la machinerie juridique, et leur appliquer des concepts tels que l'incapacité, la tutelle, la puissance paternelle. Celle-ci sera exercée par le roi d'Espagne, qui aura la charge de l'administration des Indiens. La colonisation se trouve donc justifiée. Cela ne fait d'ailleurs nul doute pour des adversaires déclarés des Indiens, comme le chanoine Sepulveda (qui s'affronta sans succès à Las Casas dans une controverse célèbre à Valladolid en 1550). Pour

cet historiographe officiel de Charles-Quint, se sont des sous-hommes (*homonculi*) ¹⁹⁴ : certains vont nus ; beaucoup pratiquent les sacrifices [437] humains ou l'anthropophagie. Donc, en leur faisant la guerre avant de les évangéliser, on sauvera beaucoup d'innocents. Utilisant Aristote, il ajoute que les Indiens sont des « esclaves par nature », tout à fait adaptés au système de travail forcé de l'*encomienda*. Celle-ci nous fait passer des théories à la pratique.

207. LES ILLUSIONS COLONIALES ESPAGNOLES : LES NORMES ET LES PRATIQUES. - La conquête en effet s'inscrivait dans des réalités plus dures que les distinctions subtiles de la doctrine. Qui allait accomplir les travaux les plus pénibles ? D'autant plus qu'il n'y avait pas d'animaux de trait. On devine la réponse, d'abord purement factuelle, puis rehaussée d'un enrobage juridique. Dès 1495, Colomb impose à tous les Indiens âgés de plus de 14 ans un tribut en or. Ils se révoltent, mais Colomb en a raison au cours d'une bataille en mars 1495. En 1497, ce sont les colons qui se rebellent, estimant trop petite leur part du gâteau colonial. Ils se partagent alors la population indigène, astreinte au travail forcé : c'est le *repartimiento*, que confirme Colomb en 1499. En acquérant une forme juridique, il va devenir l'*encomienda*. Cette mutation revêt la forme d'un transfert de droit. Ce système inspiré du servage féodal dérivait du *solariego* castillan, déjà étendu au territoire reconquis en Espagne sur les musulmans. Un acte royal de 1503 l'applique en Amérique : chaque concessionnaire de terres se voit attribuer un lot d'Indiens pour les travailler, dont la taille varie suivant sa condition sociale (de 100 individus pour un officier royal à 30 pour le simple colon). Les Indiens sont considérés comme « vassaux » de la couronne, mais « confiés » à un colon espagnol dénommé *encomendero*, qui reçoit sur eux une délégation de puissance publique comportant un droit de juridiction et une tutelle étendue. Il peut les forcer à travailler pour son compte et doit en contrepartie les protéger, les évangéliser et leur payer un salaire pour maintenir la fiction juridique de leur liberté.

¹⁹⁴ Même Montesquieu, si respectueux des droits des populations vaincues, reconnaît que leur réduction en servitude peut s'imposer : « On n'a le droit de réduire en servitude que lorsqu'elle est nécessaire pour la conservation de la conquête. L'objet de la conquête est la conservation : la servitude n'est jamais l'objet de la conquête ; mais il peut arriver qu'elle soit un moyen nécessaire pour aller à la conservation », (Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Livre X, Chapitre III).

Ajouté aux hécatombes causées par les épidémies, ce système fut responsable de la disparition de la quasi-totalité de la population indienne des Antilles : sur 500,000 habitants en 1492, il n'en reste plus que 30,000 en 1514, malgré leur officielle liberté juridique. D'où les nombreuses protestations élevées à cette époque auprès du roi par des missionnaires. En 1512-13, sont promulguées les lois de Burgos et de Valladolid qui, sans supprimer l'*encomienda*, l'aménagent de façon plus [438] humaine (limitation de la durée du travail, sédentarisation des Indiens dans des villages). En pratique, les colons s'opposèrent avec succès à leur mise en oeuvre, avec souvent la complicité des juges locaux, qui pratiquaient l'art de respecter les lois sans les faire appliquer (*obedecer y no cumplir*). Las Casas fait pression sur Charles Quint. Celui-ci, en 1542 promulgue les Nouvelles Lois, qui ordonnent la mise en extinction des *encomiendas*. Mais rien n'y fait. Les colons parviennent au contraire à obtenir le droit de transmettre l'*encomienda* à titre héréditaire pour deux générations, puis pour trois. Loin de s'éteindre, le système s'étend au continent, en Nouvelle Espagne (Mexique), puis au Pérou. Il ne commencera à décliner qu'au XVIII^e siècle. L'*encomienda* constitue donc un cas de transfert imposé d'une grande longévité. Mais plus généralement, quels étaient des rapports entre le droit espagnol et les droits autochtones ?

En principe, le droit castillan ne remplace pas les droits autochtones. Mais ici encore, nous allons constater l'écart entre les constructions juridiques et la pratique. Pour les juristes castillans spécialisés dans ce domaine (on les appelait les juristes indiens), le Nouveau Monde est uni à la Castille au titre de province accessoire, et en constitue une partie. Le droit castillan y est applicable sans nécessité de nouvelle promulgation. Pour autant, il n'écarte pas les coutumes indigènes. En 1555, Charles Quint le confirme... à condition qu'il s'agisse de « bonnes coutumes », c'est-à-dire compatibles avec le christianisme. Afin de mieux les connaître, les souverains prescrivent des enquêtes, dont les résultats sont transmis au Conseil des Indes. Il reste que la personnalité des lois avait ses limites : il fallait hispaniser les Indiens, c'est-à-dire les christianiser et les « civiliser ». Or ces limites vont être de plus en plus contraignantes, et se formaliser dans une hiérarchie des normes.

À la religion chrétienne s'ajoute la réserve royale : le roi a le droit de compléter les coutumes. Puis, en 1680, la *Recopilacion* (codification) des lois des Indes subordonne les droits autochtones au *droit indien*. Que signifient ces deux ter-

mes ? Ne les confondons pas avec les coutumes indiennes. Au contraire, il s'agit de la législation castillane applicable dans le Nouveau Monde. Elle est l'oeuvre de juristes espagnols, inspirés par le droit romain et le droit canonique, qui empruntèrent beaucoup aux théoriciens du droit naturel. Les souverains auraient souhaité l'uniformité juridique entre la métropole et les colonies. Mais conscients des difficultés insurmontables qu'elle aurait rencontrées, ils y [439] renoncèrent. Afin de justifier un traitement juridique spécial, on recourut à l'idée de « terre neuve » : le modèle originel reste castillan, mais la situation américaine posant des problèmes nouveaux, on le modifie avant de le transférer. En 1614, Philippe III décide qu'aucune décision castillane ne s'imposera aux Indes sans l'accord du Conseil des Indes, le principal organe chargé du gouvernement et de la législation dans le Nouveau Monde. De plus, la couronne utilise fréquemment la technique de la législation dite « de préemption ». Mis à part les grands thèmes, qui sont l'objet de lois générales applicables à toutes les Indes, les solutions sont apportées au fur et à mesure que se posaient les problèmes, province par province. Quand une solution a fait ses preuves dans une province, on l'étend à d'autres en cas de circonstances similaires. Mais cette technique apparemment prudente engendra souvent des difficultés : appliquées ou non suivant les territoires, les normes du droit indien devinrent souvent confuses, au point qu'en 1571, le visiteur nommé par le Conseil des Indes conclut que ni au Conseil, ni aux Indes, on ne connaissait exactement les lois applicables.

Quoi qu'il en soit, les droits autochtones, en principe respectés, souffrirent de ces transferts. L'organisation politique indigène fut méconnue ou détruite au profit du pouvoir espagnol. Les coutumes furent peu à peu étouffées -ou occultées- par les autres ordres juridiques qu'on leur imposait. D'autre part, le système judiciaire intervint pour conforter la prééminence du droit castillan. Il faut à vrai dire distinguer entre plusieurs situations. Tout d'abord celle des Indiens dits « insoumis ». Certains d'entre eux continuaient à vivre de manière complètement indépendante par rapport aux Espagnols : il appliquaient donc leurs propres coutumes. D'autres étaient liés par des traités : le droit autochtone devait se conformer aux clauses qui pouvaient viser l'exercice de la justice. L'autre situation était celle des Indiens « soumis », c'est-à-dire sous la souveraineté espagnole. Le droit indien s'y appliquait, sans exclure les coutumes qui « n'étaient pas clairement injustes ». Le droit d'origine castillane était donc d'application générale, l'autochtone d'application

spéciale. De plus, le droit indien assimila les Indiens à des mineurs et les déclara incapables relatifs de fait. Les jugements les concernant devaient être brefs et sommaires, ils étaient représentés par des « protecteurs ».

Au XIX^{ème} siècle, les colonies espagnoles d'Amérique latine deviennent progressivement des États indépendants. Une nouvelle hiérarchie des normes s'établit : d'abord les lois nationales nouvelles, dominées par les [440] constitutions ; puis le droit ancien d'origine espagnole, dont le droit indien. Ces changements politiques majeurs se traduisirent par une aggravation de la situation des droits indigènes. Pendant plus d'un siècle, le critère fut pratiquement le même partout : non reconnaissance, en vertu du principe de l'unité de l'État national. Aujourd'hui, la situation est plus variée. Certains États ont adopté depuis les années quatre-vingt des législations spécifiques pour leurs communautés indigènes (Paraguay, Chili, Mexique, Bolivie, Colombie, Brésil, Pérou, etc.), parfois même au niveau constitutionnel. Ces législations pourraient favoriser sinon un retour évidemment impossible à la totalité des anciennes coutumes, au moins un syncrétisme entre certains de leurs éléments et les nécessités du temps présent. D'autre part, ici encore, il faut se méfier du possible effet de vitrine de ces différentes normes : une législation peut très bien ne pas être suivie d'effets (ce qui arrive souvent en matière de délimitation des terres réservées aux autochtones).

Au total, les annexions et les colonisations peignent un tableau plutôt sombre des transferts de droit. Pourtant, ceux-ci ne sauraient s'y réduire : les modes où le transfert est davantage reçu qu'imposé en témoignent.

2) Les transferts par réception

La réception d'un droit étranger est de manière générale décidée par le législateur afin d'améliorer le système existant. En suivant la classification proposée par A.C. Papachristos ¹⁹⁵, on peut distinguer trois modalités de réceptions, par définition volontaires : la résurrection d'un droit ancien, la transplantation d'un droit,

¹⁹⁵ Cf. Papachristos A.C., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, LGDJ, 1975, 9.

l'importation d'un droit étranger contemporain. Nous allons les étudier successivement, en accordant une place particulière à l'importation.

a) La résurrection et la transplantation

Nous envisagerons d'abord les cas de résurrection d'un droit ancien.

[441]

208. LA RÉSURRECTION D'UN DROIT ANCIEN. - La résurrection d'un droit ancien ne provient jamais seulement de ses avantages purement techniques, quelles que soient les louanges de la doctrine. Il correspond aussi à des besoins du temps présent, et se traduit par des modifications apportées à ce droit. Nous avons déjà étudié certains exemples de ce type de transfert : redécouverte du droit romain dans l'Europe médiévale ; aujourd'hui, en Amérique du Nord, reconnaissance sous conditions des droits ancestraux des autochtones. On peut aussi avec C. Papachristos prendre l'exemple de l'introduction du droit romano-byzantin dans la Grèce indépendante. Au début du XIX^{ème} siècle, celle-ci se libère de l'Empire ottoman, qui la contrôlait depuis 1460. Quel droit appliquer dans le nouvel État ? Le problème était largement politique. D'un côté, les nationalistes et les intellectuels libéraux, gagnés aux idées de la Révolution française, étaient favorables à la réception du Code Napoléon. Mais les conservateurs ne partageaient pas cette opinion. Ils formaient un groupe puissant : grands propriétaires terriens, membre du haut clergé, Phanariotes (descendants de l'ancienne noblesse byzantine alliés à la bourgeoisie d'affaires sous la domination turque). Ils firent triompher leur idées : en 1827, le droit romano-byzantin, pourtant peu adapté à l'époque, est introduit (ou réintroduit, puisqu'il était resté en vigueur sous la domination ottomane) sous la forme de l'Hexabible d'Arménopoulos, et confirmé par un décret du 23 février 1835 qui en fait le droit civil grec, tout en reconnaissant l'autorité des coutumes « là où elles avaient prévalu ». Cette réception fut facilitée par l'assistance technique de juristes venus d'Allemagne (en 1832, les puissances européennes avaient imposé à la Grèce Othon de Bavière comme souverain), et le droit civil grec devint alors très proche du droit romain alors appliqué en Allemagne.

209. LA TRANSPLANTATION. - On retrouve ici le cas du voyageur migrant ¹⁹⁶, plus spécialement du colon. Les colons appartiennent le plus souvent à des milieux populaires, ignorants du droit savant. Dans leur phase d'installation, ils appliquent spontanément un droit largement coutumier, différent du droit officiel de leur pays d'origine, mais originaire de celui-ci. Par la suite, ce droit local se transforme, par réception du droit officiel métropolitain, amendé à divers degrés pour faciliter son [442] transfert. Dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord, on introduit les lois élaborées par les juristes anglais. Au Québec, les coutumes de Normandie, de Bretagne et de Paris qui suivirent les émigrants d'origines provinciales différentes furent remplacées en 1664 par la seule coutume de Paris, qui devint la Loi générale du Bas Canada. Quand les colonies deviennent indépendantes, un choix doit s'exercer entre la conservation du droit existant et la création d'un droit nouveau, souvent opérée sous l'influence d'un droit étranger. En Amérique latine, on fit plutôt prévaloir la deuxième solution. Aux États-Unis existait un mouvement favorable à la réception des codes français ; mais la Common Law finit par l'emporter. Au Québec le système choisi plus tard sera celui d'un droit mixte : le fond du droit est marqué par des influences françaises ; la procédure est anglo-saxonne.

b) L'importation

L'importation consiste dans l'introduction volontaire d'une où plusieurs législations étrangères contemporaines. Elle provient de l'initiative des gouvernants qui font appel à des experts étrangers. Son succès dépend à la fois de son ampleur (l'introduction d'un élément est plus facile à réaliser que celle d'un système), de sa compatibilité avec l'état existant du droit, et des coutumes et de l'intensité générale du besoin de réformes. Soulignés par J. Carbonnier ¹⁹⁷, les facteurs psychologiques comptent beaucoup.

¹⁹⁶ Cf. *supra*, pp. 416-417.

¹⁹⁷ Cf. Carbonnier J., *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, 191-202.

210. LES FACTEURS PSYCHOLOGIQUES. - *A priori*, les réformateurs et les juristes sont surtout sensibles à l'argument rationaliste : la législation étrangère est introduite par ce qu'elle est techniquement meilleure. Ce qui peut être vrai, mais ne suffit pas. L'attrait pour l'extranéité s'explique aussi par la séduction de l'exotisme. Elle se conjugue avec un argument politique, dévoilé par Rousseau dans le *Contrat social*. Le législateur (au sens de celui qui rédige les lois, non pas de celui qui les édicte) doit être indépendant du pouvoir politique qui envisage de faire adopter ses productions, dans un souci d'impartialité. Dès lors, son choix à l'étranger constitue une garantie. Ce mécanisme est très ancien. Les cités grecques y recourent fréquemment. À Rome, on dit que [443] le réfugié grec Hermodore aurait prêté main-forte aux rédacteurs de la loi des XII Tables, et on serait allé chercher le roi Numa chez les Sabins. Beaucoup plus tard, la Convention faillit demander un code à Kant. Rousseau fut sollicité par la Pologne et la Corse, sur laquelle il se documenta longuement. De nos jours, les exemples étrangers peuvent faire office de repoussoir (on stigmatise le « communautarisme » des Anglo-saxons). Mais aussi de modèles : l'actionnaire américain est mieux protégé que le français, la libre entreprise mieux traitée en Amérique du Nord qu'en France, il faudrait s'inspirer de la Scandinavie pour réformer notre droit de la famille, etc... Tout ceci est peut-être vrai : mais l'exotisme en rajoute. Et parfois aussi une certaine naïveté scientifique. Lors des indépendances africaines, beaucoup de conseillers des dirigeants des nouveaux États, formés aux droits européens, pensent que les modèles qui ont réussi dans les anciennes métropoles produiront des effets similaires en Afrique, en raison de leurs vertus techniques. Des experts de l'ancien colonisateur prêtent alors main-forte à la rédaction de nouveaux codes et constitutions, qui veulent créer l'unité nationale dans des pays souvent divisés en plusieurs ethnies : les coutumes sont en général jugées rétrogrades. Historiquement, l'Éthiopie ne peut-être assimilée à ces nouveaux États africains, dans la mesure où la colonisation italienne n'interrompt que brièvement la monarchie éthiopienne. Cependant, la rédaction de son Code civil décidée par l'Empereur Haïlé Sélassié s'insère dans ce schéma.

L'Empereur sollicite le grand comparatiste français R. David : il doit élaborer un code civil en harmonie « avec les systèmes de droit les meilleurs de l'univers ». L'universitaire n'en profite pas pour introduire du droit français, mais emprunte à

divers systèmes européens (notamment anglais, italien, portugais, suisse, yougoslave) : le droit transféré est une oeuvre de synthèse. Dont le droit coutumier éthiopien est exclu. Car pour R. David il fallait bâtir : «... un système nouveau (...) dont la base serait fournie par des considérations d'ordre économique plus que par l'observation de données sociologiques : le Code étant conçu comme un instrument politique destiné à désigner dans certaines voies le développement du pays, plutôt que comme un recueil folklorique de coutumes qui souvent entraveraient ce développement (...) Cette coutume ne méritait pas le respect ; elle est la cause du niveau extrêmement bas où est restée la société africaine ; elle est la cause du sous-développement sous toutes ses formes ». À l'époque (le Code civil [444] éthiopien date de 1960), ces convictions étaient générales. Aujourd'hui, le tableau est très différent : on pense que tout projet de développement ne peut réussir que s'il tient largement compte des coutumes et de la volonté des populations autochtones auxquelles on le destine. D'autre part, l'ancien préjugé reposait sur un malentendu confondant la logique du droit traditionnel avec son contenu. Sur certains points, celui-ci peut en effet être inadapté aux exigences de la modernité. Mais il n'est pas pour autant incapable par nature de produire de nouvelles normes juridiques : on a toujours reconnu à la coutume sa souplesse et ses facultés d'adaptation. Si tant de réformes foncières et de codifications sont restées sur le papier, c'est parce que leurs prescriptions étaient ressenties par les populations comme un droit imposé de l'extérieur, dont elles ne comprenaient pas le bien-fondé, ni les mécanismes, pas plus qu'un Européen habitant une grande métropole ne saisirait spontanément les coutumes africaines.

Les influences des droits européens furent-elles moins superficielles ailleurs ? Prenons les exemples de la Turquie, de la Chine et du Japon.

211. L'IMPORTATION DES CODES EUROPÉENS EN TURQUIE ¹⁹⁸.

- Au début de notre siècle, l'empire ottoman se défait. En naît la République turque, dirigée par Atatürk pendant quinze ans. La Constitution énumère plusieurs principes, dont la souveraineté du peuple et la laïcité, qui se traduit par une séparation complète entre l'autorité religieuse musulmane et l'État. En politique extérieure, Atatürk renoue des liens pacifiques avec les anciens territoires turcs des

¹⁹⁸ Cf. Lafon J., L'Empire ottoman et les codes occidentaux, *Droits*, 26, 1997, 51-69.

Balkans, mais évite de conclure des alliances avec ses voisins musulmans en insistant sur la laïcité. Par ailleurs, toutes les réformes sont entreprises sans délai, afin de faire rentrer au plus vite la Turquie dans la modernité. Il en résulta notamment l'introduction des codes européens. Celle-ci n'était à vrai dire pas tout à fait nouvelle. Au début du XIX^{ème} siècle, l'Empire ottoman avait tenté de se moderniser sous Mahmud II, et surtout Abdülmacid I^{er} (il règne de 1839 à 1861), qui inaugure l'ère des réformes (le *Tanzimat*, réorganisation en turc). Elle culminera sous Abdülhamid (1876-1909). L'Empire désire améliorer ses relations commerciales avec l'Europe. En 1850, il adopte la plus grande partie du Code de commerce français, puis, en 1864, le droit maritime français. [445] Ces codes furent remplacés en 1925. Le Code de commerce deviendra alors une synthèse des codes français, allemand, italien, chilien et du Code suisse des obligations. Par ailleurs, sous la République, le droit de la famille est profondément réformé : introduction du mariage civil, abolition de la répudiation, institution de l'égalité entre les garçons et les filles en matière successorale, etc. Mais ces réformes ont du mal à passer dans les moeurs.

Aujourd'hui, si la Turquie connaît une tension engendrée par les fondamentalistes musulmans, sa puissante armée n'en demeure pas moins attachée à la laïcité. Cet État frappe à la porte de l'Europe, jusqu'ici sans succès, car on lui reproche, non sans raison, des violations des droits de l'homme (notamment vis-à-vis des Kurdes). Cependant, on peut se demander si le caractère musulman de sa culture n'influe pas aussi sur l'attitude des États européens. Si c'était le cas, on ne pourrait que le déplorer, dans la mesure où la Turquie a fait dans le passé largement la preuve de l'adaptation de ses institutions et de son droit par des transferts de droits européens.

212. L'IMPORTATION DES CODES EUROPÉENS EN CHINE ¹⁹⁹. -

Comme nous l'avons vu ²⁰⁰, l'histoire de la Chine la prédispose peu à la notion de droit, et son attitude traditionnelle vis-à-vis des étrangers ne plaide pas en faveur des transferts de droit. Cependant, le XX^e siècle marque une étape. D'abord en son début. Sun Yat-sen, un médecin éduqué à l'occidentale, lance un mouvement

¹⁹⁹ Cf. Bastid-Bruguère M., L'esprit de la codification chinoise, *Droits*, 27, 1998, 129-145.

²⁰⁰ Cf. *supra*, pp.41-46.

révolutionnaire destiné à établir un gouvernement républicain, qui mettrait fin à la domination mandchoue. La révolte éclate en 1911, la République est proclamée l'année suivante : elle durera jusqu'en 1949, lorsque Mao Zedong prend le pouvoir.

Son existence fut précaire, en raison des affrontements internes et de l'invasion japonaise. Cependant, la volonté de mettre fin à la domination des puissances européennes était certaine. Paradoxalement, le moyen choisi fut celui des transferts de leur droits : ce qui avait réussi ailleurs pouvait aussi faire entrer la Chine dans la modernité. Elle se dote donc de codes inspirés de modèles occidentaux dérivés du droit romain : Code pénal (1928), Code civil de 1929-1931 (il comprend aussi le droit [446] commercial), Code de procédure civile en 1932, Code foncier en 1930. Dans le droit de la propriété et de la famille, il arrive que les Codes incorporent des coutumes : emphytéose (*yongtian*), antichrèse (*dian*). Mais ces transferts aboutissent surtout à la constitution d'un droit savant. En effet, ces législations nouvelles ne sont appliquées que dans la mesure où elles ne heurtent pas la tradition. D'ailleurs, le principe est celui de l'application de la coutume en cas de silence de la loi. De plus, les juges s'en tiennent bien souvent aux enseignements de Confucius, préférant l'équité aux prescriptions de la loi écrite. Ils accordent par exemple des délais à l'emprunteur tombé dans le dénuement si son créancier est un homme riche. Avec Mao, le droit est de nouveau très dévalorisé.

Après sa mort, Deng procède à une autre révolution culturelle : transformer la Chine en État de lois. La technique choisie est de nouveau celle de la codification. En 1978, celui-ci en fixe le programme : d'abord le droit pénal, puis les droit civil et économique, enfin le droit administratif. Les codifications commencent dès l'année suivante et se poursuivent de nos jours, avec l'expertise de chinois d'outre-mer plutôt que d'étrangers. En 1979 sont promulgués un Code pénal et un Code de procédure pénale ; en 1987 des Principes généraux du droit civil. Le droit des relations économiques avec les étrangers est le plus développé, suivi de près par les droits civil et économique internes. Le droit administratif prendra son essor plus tardivement (loi de procédure administrative, 1990), après les événements de Tian'anmen de 1989.

De 1994 à 1997, des équipes française (dirigée par la pénaliste M. Delmas-Marty) et chinoise (dirigée par Gao Mingxuan) ont comparé les législations européennes (France, Italie, Suisse) et chinoise dans les domaines de la criminalité

économique et des atteintes à la dignité de la personne. Elles ont constaté de nombreux points communs. Bien entendu, des divergences importantes subsistent, mais elles ne sont pas inéluctables. L'équipe chinoise constate par exemple que « le principe de légalité exige naturellement l'abandon du système d'analogie et le refus d'un droit rétroactif » ²⁰¹. D'autre part, il existe en Chine des écarts significatifs entre les normes et la pratique, notamment en ce qui concerne l'emploi de la torture. De plus, en raison d'un niveau de [447] développement moindre, les effectifs de la police sont inférieurs à ceux des pays occidentaux de (1,3 millions d'agents, soit 1 pour mille de la population totale, alors que cette proportion était en 1990 de 2,46 en Grande-Bretagne ; 2,78 aux États-Unis ; 2,5 en France). En revanche, en raison des conceptions traditionnelles quant à la gestion des conflits, les systèmes de prévention sociale sont beaucoup plus développés que dans les pays occidentaux.

Au Japon, l'introduction des modèles européens fut plus précoce.

213. L'IMPORTATION DES CODES EUROPÉENS AU JAPON. ²⁰² -

En 1867, le prince Mutsuhito (1852-1912) monte sur le trône impérial. Il inaugure une période de réformes spectaculaires, destinées à faire entrer le Japon dans la modernité économique de type occidental et à lui assurer son indépendance par rapport aux puissances européennes (en 1858, les États-Unis, la Grande-Bretagne, la Russie, la France et les Pays-Bas lui avaient imposé des traités de commerces inégaux, ressentis comme une humiliation nationale). En 1867, la caste des samouraï est abolie par décret ; une Constitution est adoptée en 1889. Cette politique permet au Japon d'éviter de connaître le sort de la Chine et d'autres pays asiatiques, colonisés ou réduits à l'état de protectorats. En treize ans, le pays devient une puissance mondiale. Ce sont les Lumières à la japonaise : après la mort de l'Empereur, on donnera à cette période le nom de *Meiji Tenno*, « gouvernement éclairé ».

²⁰¹ Cf. Delmas-Marty M.-Gao Minxuan (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Tome V, 1997, 205.

²⁰² Pour un résumé, cf. Ishii Shiro, The reception of occidental systems by the japanese legal system, dans : Doucet M.-Vanderlinden J., *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 239-266. Pour une lecture approfondie et faisant appel à l'anthropologie juridique, cf. Chiba Masaji, *Legal Pluralism : Toward a general theory through japanese legal culture*, Tokyo, Tokai University Press, 1989.

Dans ses premières années, l'ère *Meiji* connaît un courant démocratique (le « mouvement libéral des droits de l'homme », *jigû-minkenundô*), inspiré par les idées de la Révolution française. Dès 1869, on commence traduire les codes français. En 1882, sont promulgués sur leur modèle un Code pénal et un Code d'instruction criminelle. Suivent en 1890 une loi sur l'organisation judiciaire et un Code de procédure civile, davantage influencés par le droit allemand. Un Code civil est adopté en 1891, qui reproduit le modèle français, à l'importante exception du droit des personnes et des successions. Mais sa mise en application est ajournée : le Code mis en vigueur en 1898 sera de facture [448] allemande, de même que le Code de commerce de 1899. Cette percée du droit allemand ne tient pas particulièrement à des avantages techniques, mais plutôt à des circonstances politiques. La consolidation du pouvoir impérial et le rôle accru des anciens seigneurs de la guerre jouèrent en ce sens : tout en poursuivant la modernisation économique, il fallait conserver une structure sociale plus hiérarchisée que dans la conception française (de façon symptomatique, il y a eu récemment un mouvement tendant à une « résurrection du droit français »). Naturellement, cette introduction de droits européens fut facilitée par la présence sur le terrain pendant une quinzaine d'années de conseillers européens : Gustave Boissonnade (1825-1910) pour la France ; Hermann Roesler (1834-1894), Albert Mosse (1846-1925) pour l'Allemagne.

Reste la question capitale : quel fut le degré d'effectivité de ces transferts ? Les réformes *Meiji*, incontestablement profitables au Japon, procèdent d'une volonté des élites. La grande majorité des Japonais ne se sent pas concernée par les codifications. Cependant, celles-ci ne sont pas le résultat d'une translation mécanique de l'Europe au Japon. Certaines parties des législations européennes ne sont pas transférées. Les traducteurs des codes mettent beaucoup de soin à l'expression en japonais de concepts juridiques occidentaux. Certains d'entre eux sont utilisés de manière à faciliter l'adaptation aux habitudes japonaises. Ainsi, les principes de bonne foi et d'abus de droit limitent les exigences de créanciers jugés trop durs envers leurs débiteurs. On prévoit certaines mesures spécifiques : le droit d'appel à la cour suprême est plus largement ouvert que dans les pays européens, dans la mesure où l'on craint que les juges des juridictions intérieures ne soient pas assez familiarisés avec les droits occidentaux.

L'introduction du style de jugement propre aux droits continentaux européens posa en effet beaucoup de difficultés, dans la mesure où les Japonais concevaient

d'avantage le règlement des litiges par la conciliation, l'échange réciproque de concessions de la part des parties, au moins tant que cet échange était possible. L'introduction du système français de la conciliation au début de l'ère Meiji aurait pu jouer un rôle de médiation entre les deux conceptions. Mais en 1890, il est remplacé par le système allemand, de nature contentieuse et visant l'application stricte de la loi. Les critiques contre les juges affluent alors, au point qu'à partir de 1922, diverses lois introduisent des procédures de [449] conciliation. Après le second conflit mondial, l'influence américaine concurrencera celle des droits continentaux.

On voit donc que les transferts massifs de droits européens ne débouchèrent par sur une intégrale occidentalisation des conceptions du droit partagé par les Japonais. Ce processus évoque quelque peu la réception du droit romain dans l'Europe médiévale : prôné par les élites, souvent moins apprécié par les populations, il ne s'imposa qu'au prix de nombreuses adaptations. Ce qui pose par ailleurs le problème plus général des effets des transferts de droit.

Section III

Les effets des transferts

[Retour au sommaire](#)

Ils sont éminemment variables. Dans certains cas, les transferts suscitent des réactions relativement tranchées ; dans beaucoup d'autres, une osmose se produit entre droits exogènes et endogènes.

A) L'acceptation et la résistance

Le droit transféré peut faire l'objet d'une acceptation ; mais les droits locaux peuvent aussi lui opposer une forte résistance.

214. L'ACCEPTATION DU DROIT TRANSFÉRÉ. - L'acceptation du transfert peut-être plus ou moins consciente ou volontaire. C. Papachristos souligne à juste titre l'importance du facteur linguistique : l'acceptation est facilitée quand le droit exogène est rédigé dans la langue du pays récepteur. Cela n'avait pas échappé à Napoléon. Quand il imposait les codes français dans les pays annexés, il les accompagnait d'une traduction simultanée. En Belgique, la communauté linguistique favorisa le maintien du Code civil français. Par ailleurs, la réception, même si elle est imposée à la suite d'une défaite militaire, peut correspondre à une certaine attente de l'opinion. Ce fut notamment le cas en Bade et en Rhénanie lors des conquêtes napoléoniennes. La similitude de l'état des moeurs joue aussi en ce sens : les coutumes belges et celles du Nord de [450] la France étaient voisines. Cependant, dans d'autres cas, le transfert est surtout le fait des élites, qui cherchent à l'imposer à la majorité de la population. C'est le cas du droit romain en Europe, ou des droits européens en l'Afrique noire à partir des indépendances. Les résistances sont plus ou moins efficaces et durables, mais ces transferts produisent des modifications parfois importantes (diffusion de la propriété privée, substitution de la filiation patrilinéaire ou indifférenciée à la matrilinearité, etc.), même si les droits locaux résistent.

215. LA RÉSISTANCE DES DROITS LOCAUX. - Nous avons vu que la réception du droit romain dans la France médiévale s'opéra sous bénéfice d'inventaire. Il subit de nombreuses réinterprétations et amputations sous l'influence des juristes savants, et parfois même des falsifications (supériorité du souverain sur la loi, assimilation des biens propres de la femme à la dot romaine, etc.). Mais aussi de la pratique (clauses de renonciation au droit romain) : les moeurs n'y étaient pas préparées. En Allemagne aussi, on constate le même phénomène, qui devait plus tard servir de prétexte aux nazis pour dénoncer le caractère « étranger » de ce droit. Les droits autochtones résistèrent longtemps, notamment dans les rapports familiaux et fonciers. En effet, certaines coutumes donnant un caractère héréditaire aux tenures foncières étaient plus favorables aux paysans que les formes romaines, plus limitées dans le temps. En Turquie, un demi-siècle après les réformes d'Atatürk, les moeurs témoignaient de la résistance de l'ancien droit coranique. En 1956, les mariages civils représentaient moins de la moitié des mariages célébrés chaque année ; à la même date, seuls 25 pour cent des couples étaient

monogames. Le divorce restait soumis à l'initiative masculine ; l'égalité successorale entre hommes et femmes était bien souvent violée. L'enregistrement des terres, exigé par le Code civil, était peu observé. Dans plusieurs États africains nés des indépendances, le législateur entreprit d'abolir la dot, considérée comme humiliante pour la femme (à la différence de la dot romaine, il s'agit d'un transfert de biens opéré par le futur époux au profit de sa belle-famille), et donnant lieu à des dépenses excessives. La pratique fit obstacle à ses efforts. Ainsi au Sénégal, l'homme qui ne verse pas la dot est malgré tout le père juridique de ses enfants (contrairement au droit traditionnel), mais elle reste une condition essentielle du mariage. Une union sans dot est qualifiée de « mariage fragile » et particulièrement redoutée des jeunes filles. Elles [451] interprètent son absence comme le signe que leur futur époux ne prendra pas ses obligations au sérieux. De plus, le Coran fait de la dot une condition de la validité du mariage musulman. Autre exemple, celui du Gabon, où les structures traditionnelles du nom s'imposent face aux dispositions du Code. Les noms figurant sur l'état-civil ne sont pas employés dans la vie courante au village ; les individus ajoutent à leur nom patronymique les autres noms portés par les membres de leur famille.

Ces exemples montrent que la résistance des droits autochtones s'opère par déstructuration du droit transféré. Tout ceci ne va pas sans conflits. Certains sont pris en charge par le droit officiel : théorie des conflits de lois en droit international privé, prééminence du droit importé sur le droit autochtone (ou élimination de ces derniers) en droit colonial. D'autres sont réglés de façon occulte. Par exemple, l'État peut retirer aux communautés traditionnelles le droit de sanctionner des infractions à caractère pénal. Ainsi, à l'heure actuelle, l'article 75 de notre Constitution limite au civil le statut personnel dont peuvent jouir les « citoyens de la République ». Cependant, il est notoire qu'en Nouvelle-Calédonie, bien des infractions sont sanctionnées au niveau de la tribu par le droit coutumier, sans émerger devant les juridictions officielles (qui peuvent cependant être utilisées comme recours par la partie insatisfaite : un cas typique de *forum shopping*).

Ces attitudes de résistance ou de conflit ne restent pas statiques : un des droits peut l'emporter, encore qu'il lui faille parfois plusieurs siècles. Cependant, la victoire est rarement totale. Dans la plupart des cas, plutôt qu'acceptation ou rejet, il y a adaptation, même inégale.

B) L'adaptation

Les phénomènes les plus fréquents consistent dans l'osmose entre le droit transféré et le droit autochtone. Osmose ne signifie pas partage égalitaire du champ juridique. Les droits transférés sont en général appropriés par les élites, ou par certains groupes ethniques. Ceux qui détiennent le pouvoir politique et économique s'en servent pour réinterpréter à leur manière les droits autochtones. Mais l'inverse est également possible.

[452]

216. LES DROITS TRANSFÉRÉS ET LES ÉLITES. - L'adaptation du droit transféré dépend évidemment des divisions sociales, mais aussi géographiques. Pour être appliqué, le droit transféré doit d'abord être connu. Dans la plupart des États en voie de développement, les droits européens ne le sont que des élites, notamment des conseillers des dirigeants. On sait que dans l'Europe ancienne, la quasi-totalité des paysans ignorait tout du droit romain. Ils pouvaient seulement en percevoir des échos en faisant rédiger des conventions par les notaires. La capacité de la lecture et de l'écriture est ici fondamentale. Or elles demeurèrent longtemps les privilèges d'une élite : le droit romain était justement qualifié de droit savant. Pour autant, ces capacités peuvent ne pas suffire.

À l'heure actuelle, le droit européen reste pour la plupart des Français un mystère : combien savent dans quelle proportion il affecte notre droit interne ? Une question dont la réponse appartient exclusivement aux juristes... dont la formation n'est pas trop ancienne. D'autre part, aucun d'entre eux ne peut maîtriser la totalité des normes composant aujourd'hui le droit français : d'où la nécessité de la fiction suivant laquelle personne n'est censé ignorer la loi.

Enfin, on est tenté de superposer la zone d'influence du droit transféré à la distinction traditionnelle entre l'urbain et le rural, les droits autochtones restant surtout pratiqués par les populations rurales, plus ou moins « arriérées ». Il est vrai que les campagnes sont souvent les conservatoires des droits traditionnels. En Nouvelle-Calédonie, la constitution de réserves (qui avait pour but le transfert des

terres aux colons) produit un effet inattendu par le colonisateur : elle permet à une identité canaque de se maintenir en se réélaborant, au point qu'aujourd'hui le législateur et le constituant français doivent en tenir compte. Pour autant, la réalité est souvent plus subtile. En Afrique, l'exode rural des beaucoup plus progressif que dans le modèle européen de la fin du XIX^{ème} siècle. D'une part, le paysan immigré dans les villes n'y réside pas complètement : il revient périodiquement au village, avec lequel demeure le lien originel. La grande ville ne dissout pas les appartenances : les membres d'une même ethnie ont tendance à se regrouper, et à inaugurer des formes d'occupation du sol guère prévues par les législations officielles. Ce type de phénomène n'est pas inconnu en Europe : on a pu l'observer à Paris pour des populations comme les [453] Auvergnats et les Aveyronnais, dont les réseaux de sociabilité sont restés puissants.

217. LA RÉINTERPRÉTATION DES DROITS AUTOCHTONES.-

Qu'entend on par « réinterprétation » ? Pour l'anthropologue J.M. Herskovits, elle consiste dans « le processus par lequel d'anciennes significations sont attribuées à des éléments nouveaux, ou par lequel de nouvelles valeurs changent la signification culturelle de formes anciennes » ²⁰³. Nous sommes habitués à penser que la réinterprétation s'opère au profit du droit transféré, toujours présenté comme plus « moderne » ou d'une technicité supérieure. Dans l'Europe de l'Ancien Régime, on ajoutait qu'il venait de Dieu (à propos du droit romain). Dans ce cadre, la réinterprétation peut être largement inconsciente, ou naître de procédés plus volontaristes, comme la codification des coutumes.

Le mécanisme d'évolution inconsciente peut être illustré par le cas de l'héritage dans les systèmes matrilineaires. Dans ce type de filiation, le rôle du père, qui demeure le mari de la mère, est tenu par le frère de celle-ci, oncle utérin de l'enfant. Le droit traditionnel prévoit que ce dernier hérite de cet oncle. Mais historiquement, les systèmes matrilineaires ont tendance à reculer devant les patrilinéaires, plus fréquents chez les colonisateurs. Dès lors s'enclenche une série de raisonnements, bien décrits par M. Alliot :

²⁰³ Cf. Herskovits M.J., *Acculturation, the study of culture contact*, New York, J.J. Augustin, 1938.

« Quand la mentalité se transforme, on cherche à ce type d'héritage des raisons compatibles avec la pensée nouvelle ; on songe alors que, dans la famille matrilocale [*celle où les époux résident chez la famille de la femme*], le neveu a depuis l'enfance travaillé pour son oncle et qu'il est juste qu'au décès de celui-ci 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. On voit par cet exemple combien l'application de la règle est liée à son explication. C'est là le mécanisme fondamental de l'évolution naturelle et inconsciente des coutumes : à [454] toute explication nouvelle -et elles se multiplient en période d'acculturation- correspond une application nouvelle » ²⁰⁴.

La rédaction des coutumes et la naissance d'une nouvelle catégorie juridique, le droit coutumier, relèvent d'un autre type d'évolution.

218. LA RÉDACTION DES COUTUMES ET LA NAISSANCE DU DROIT COUTUMIER. - La technique de la codification officielle des coutumes fut employée en France par le roi à la fin du Moyen-Age afin de réduire le pluralisme coutumier au profit du droit royal : nous étudierons plus loin ²⁰⁵ cette transformation juridique majeure. Elle fut réemployée au début de notre siècle dans certaines colonies françaises. En témoigne en AOF la doctrine Roume, sur laquelle se modelèrent les principes officiels. En 1905, le gouverneur Roume prescrit aux juges de rassembler les renseignements nécessaires à la constitution d'un coutumier général. Ils doivent en profiter pour donner aux coutumes « la clarté qui leur manque trop souvent » et synthétiser les usages qu'ils constateront. Roume déclare par ailleurs : « 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. *Avec le concours des tribunaux indigènes eux-mêmes* [c'est nous qui soulignons], il sera possible d'amener peu à peu une classification rationnelle ». En 1931, un autre gouverneur, R. Delavignette tiendra un

²⁰⁴ Alliot M., *op.cit.*, 1197.

²⁰⁵ Cf. *infra*, pp.554-556.

discours tout différent à propos de la rédaction des coutumes ivoiriennes : « Qu'est-ce qu'une coutume africaine où les peines sont européanisées ? (...) en abolissant les ordalies dans l'administration de la preuve, en restreignant le serment sur les fétiches ou le Coran, en ne tenant pas compte des éléments surnaturels qui s'attachaient à la personne des juges, en dépouillant les chefs de leur pouvoir judiciaire et en appelant à siéger au tribunal, en qualité d'assesseurs, des hommes qui ne sont plus les initiés, les inspirés de la vieille Afrique, est-ce que nous n'avons pas vidé la coutume de sa substance ? (...) *Quand nous disons que nous jugeons selon la coutume, nous sous-entendons que nous commençons par juger la coutume elle-même d'après le Code* [c'est nous qui soulignons]... » ²⁰⁶.

[455]

Admirable lucidité ! Pourtant, ce ne sont point ces arguments qui expliquent le peu d'échos rencontrés dans l'immédiat par la doctrine Roume. Priorité fut donnée aux transformations économiques nécessitées par la mise en valeur des terres selon des moyens « modernes ». Mais en 1931, quand écrit Delavignette, la doctrine du gouverneur Brévié remet à l'honneur celle de Roume : il faut constituer un coutumier de l'AOF, qui aura valeur officielle. Les coutumes publiées en 1937 furent bien en-deçà des espérances. En fait, les textes étaient pratiquement inutilisables. Les enquêteurs avaient rédigé leurs questionnaires de façon très ethnocentriste, en utilisant les catégories du droit français. Qui les feuillette aujourd'hui à l'impression de lire la table des matières d'un manuel de droit civil. Ce qui est rassurant, mais inexact. D'autres tentatives menées avec plus de sérieux scientifique eurent lieu entre 1940 et 1960 en AEF, dans des territoires sous mandat français, ainsi qu'au Congo belge. Mais elles furent accomplies à titre officieux. D'autre part, on était parvenu à l'ère des indépendances. Les nouveaux dirigeants africains, préoccupés par l'unité nationale et le développement économique, pensèrent qu'ils seraient beaucoup mieux assurés par des codifications inspirées des modèles européens que par le recours aux droits traditionnels, fussent-ils rédigés.

Par ailleurs, la rédaction des coutumes provoque la naissance d'une nouvelle catégorie : le droit coutumier. Dans le langage commun, les expressions « droit coutumier » et « droit traditionnel » sont synonymes. Cependant, comme le remarque à juste titre E. Le Roy, il s'agit de deux droits différents. Les droits tradi-

²⁰⁶ Delavignette R., *Les vrais chefs de l'Empire*, Paris, Gallimard, 1931, 151 sq.

tionnels sont ceux pratiqués par les autochtones avant la colonisation. Celle-ci va progressivement réduire leur champ d'application. Les migrations de populations, le travail forcé, les conversions religieuses, l'option de renonciation au statut personnel constituent autant de facteurs d'altération. Les droits coutumiers n'apparaissent qu'avec la consolidation de l'administration coloniale : ils sont le résultat de l'interprétation des coutumes, opérée par les administrateurs, les juges ou à travers la rédaction officielle. Autrement dit, les droits coutumiers sont déjà en partie du droit transféré. Cependant, le milieu de réception ne reste pas purement passif.

219. LA RÉINTERPRÉTATION DES DROITS TRANSFÉRÉS. - Elle peut prendre plusieurs formes. Tout d'abord, celle du droit local. On peut le définir avec E. Le Roy comme «... un système juridique [456] 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 ». Le droit local est donc un droit mixte. Dans une première phase, il consiste dans un droit imposé par le nouvel État, de facture européenne. Il est ensuite modifié par une réaction des populations destinataires, qui le transforment en fonction de leurs préoccupations et, en partie, de leurs traditions. Ainsi au Sénégal, la communauté rurale est-elle devenue en 1972 une personne morale de droit public dotée de l'autonomie financière, dirigée par un conseil statuant principalement en matière de droits d'usage, sous réserve du contrôle *a posteriori* de l'autorité de tutelle. Les litiges fonciers étaient en général réglés de façon très souple, par le recours fréquent à la conciliation, au blâme, aux preuves testimoniales.

Par ailleurs, les autochtones peuvent renvoyer au colonisateur la monnaie de sa pièce. En Nouvelle-Calédonie, la France inventa les notions de tribus et de chefferies. Le « chef » reconnu par l'administration française était une autorité traditionnelle (chef de lignage), mais les pouvoirs qu'elle lui conférait pouvaient différer de ceux qu'il détenait réellement : par exemple, s'appliquer à une aire territoriale d'autres dimensions. Dans le même sens, le terme de clan, d'origine gaélique (*clann*, progéniture) a d'abord servi à désigner des groupes formés en Écosse

et en Irlande vers l'an mille. Par la suite, les anthropologues l'ont utilisé pour désigner des ensembles humains reposant sur des critères de filiation, notamment en Nouvelle-Calédonie. Or, dans la société canaque et pratiquement tout le Pacifique, les individus ne détiennent de droits qu'en fonction de la résidence : quand il quittent certains lieux, ils les perdent. Aujourd'hui, les Canaques se servent de la conception du clan reposant sur la filiation pour acquérir des espaces fonciers dans lesquels les membres du clan ne résident plus. Autrement dit, les innovations coloniales sont tournées dans un sens favorable aux descendants de ceux auxquels elles furent imposées ²⁰⁷.

Enfin, dans plusieurs États africains, on est revenu à plus de mesure après la période d'imitation des législations européennes. Il n'est pas [457] question de ressusciter le passé pré-colonial, mais de trouver des solutions combinant les avantages de la modernité et ceux de la tradition. Ces nouvelles orientations ont pris le nom de politique d'« authenticité juridique ». Elles ont pu être dévoyées par certains dirigeants, dans un but de propagande : ce fut le cas du défunt Maréchal-Président Mobutu. Mais il existe des exemples plus honorables. En général, ils consistent à introduire dans certaines matières des facultés d'option entre le droit moderne et le droit traditionnel. Ainsi le Code togolais des personnes et de la famille de 1980 renvoie-t-il à la coutume lorsque le défunt n'a pas choisi de régler sa succession en recourant aux dispositions du Code.

220. COMPLEXITÉ DES TRANSFERTS DE DROITS. - Comme on a pu le voir au cours des développements précédents, la matière des transferts de droit se place sous le signe de la variété, des causes comme des effets. Cependant, on peut tenter quelques constats d'ordre général.

Tout d'abord, il a été ici question essentiellement des transferts originaires d'Europe. Pour plusieurs raisons : le programme assigné à ce manuel, l'ampleur des colonisations européennes. L'Europe n'est pourtant pas la seule matrice de ces transferts : l'islam a lui aussi connu une prodigieuse expansion ; et les grandes migrations humaines auxquelles nous faisons allusion au début de ce titre ²⁰⁸ en ont également engendré. Beaucoup de données sont à tout jamais perdues, en rai-

²⁰⁷ Cf Guiart J., Une dérive de la « coutume », *Etudes mélanésiennes*, 29, 1994, 57-71.

²⁰⁸ Cf. *supra*, pp.411-413.

son de l'éloignement chronologique ou de l'absence d'écrits. D'autres sont d'accès difficile pour le chercheur occidental, et dépassent en tout cas les compétences de l'auteur. De vastes chantiers restent donc ouverts à notre curiosité, on l'espère stimulée par les lignes qui précèdent. Dans un cadre plus modeste et sans chauvinisme, on est aussi impressionné par la force d'expansion des idées nées de la Révolution française, qui survécurent à la défaite des armées qui les avait portées au bout des fusils. Frappe également l'attitude de l'Extrême-Orient qui, pour se prémunir de la domination occidentale, lui emprunta son équipement juridique en l'adaptant à ses mesures, en quoi le Japon excella.

Au-delà de ces cas d'espèces, des variables assez stables apparaissent. Le temps d'abord, qui corrompt ou solidifie les mariages de normes. L'Europe est née dans un charivari juridique, où les clameurs [458] déjà étouffées des droits barbares s'enfoncèrent lentement dans le bruit de fonds gréco-romain. À l'inverse, dans des pays autrefois colonisés, mais aussi en Europe, le retour à une tradition aussi transfigurée que découverte affleure en de nombreux endroits. Certains sols sont plus fertiles que d'autres : le droit des personnes, le foncier, le règlement des conflits, plus que la finance ou la gestion, davantage apatrides. Des groupes humains aussi, affairés à garder le pouvoir : le droit transféré profite d'abord aux élites, importées ou fabriquées sur place, expertes dans l'écrit, et aujourd'hui Internet. Enfin, on s'accordera sur le pouvoir de la réinterprétation, sans quoi aucun transfert ne pourrait durer. Les élites y sont expertes, mais les humbles savent apprendre : les phénomènes de droit local en témoignent.

Quid legibus sine mores ?

Pour aller plus loin

221. INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES. - Les références sont innombrables. Aussi ne pouvons nous indiquer que des points de départ. Sur les grandes migrations humaines, on consultera : G. Chaliand et alii, *Atlas historique des migrations*, Paris, Le Seuil, 1994, qui va des Sumériens jusqu'à l'époque actuelle. Voir aussi : Janet L. Ab-Lughood, *Before european hegemony - AD 1250-1350*, Oxford, Oxford University Press, 1989. Sur le plan juridique, les textes de base

sont : M. Alliot, L'acculturation juridique, dans : J. Poirier (dir.), *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, 1968, 1180-1246, qui comprend une importante bibliographie ; du même auteur : Über die Arten des « Rechts-Transfers » (Les transferts de droit), dans : *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, Freiburg-München, K. Alber, 1980, pp. 161-231 ; J.Gaudemet, Les transferts de droit, *L'Année sociologique*, 27, 1976, 29-59. Cf. également : A.C. Papachristos, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, L. G. D. J., 1975, très synthétique, ainsi que : M. Doucet-J. Vanderlinden (dir.), *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994 (voir notamment : Ishii Shiro, *The reception of occidental systems by the japanese legal system*, pp. 239-266) ; Bradford W. Morse- Gordon R. Woodman (eds.), *Indigenous law and the State*, Dordrecht (Pays-Bas), Foris Publications, 1988 (voir notamment : Bradford W. Morse, *Indigenous law and state legal systems*, pp. 101-120 ; A. Allott-G.R. Woodman (eds.), *People's law and state law*, Dordrecht, Foris Publications, 1985 (voir notamment : J. Griffiths, *Four laws of interaction in circumstances of legal pluralism : first steps towards an explanatory theory*, pp. 216-227) ; N. Rouland, Les colonisations juridiques : de l'Arctique à l'Afrique noire, *Journal of legal pluralism*, 29, 1990, 39-135 ; L'acculturation judiciaire chez les Inuit du Canada, *Recherches amérindiennes au Québec*, XIII-3, 1983, 179-191 (seconde partie de l'article dans la même revue : XIII-4, 1983, 307-318 ; Droit étatique, droit traditionnel et politique d'assimilation dans l'Arctique contemporain, *Actes du IIIème Colloque de l'AFHIP*, Aix-en-Provence, Presses de l'université d'Aix-Marseille III, 1985, 147-153. Voir également la bibliographie donnée dans notre *Anthropologie [459] juridique*, Paris, PUF, 1988, 387-392. On consultera aussi les numéros 1 à 4 (1986-1989) de la revue *Law and Anthropology* (éditée à Vienne) qui comprend beaucoup de contributions sur les statuts juridiques des autochtones dans différents pays.

Au sujet de l'Amérique du Sud et des débats nés de la conquête, on consultera : N. Rouland (dir.), J. Poumarède-S. Pierré-Caps, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, 108-116, 358-362 ; Commission nationale suisse pour l'Unesco, 1492, *Le choc de deux mondes*, Paris, La Différence, 1993 (voir notamment : A. Truyol y Serra, *Vitoria et le débat sur la conquête*, 223-229 ; C. Bernand, *Les Espagnols vus par les Amérindiens*, 172-177). Sur l'époque actuelle et les récentes réformes concernant les autochtones dans certains pays

d'Amérique du Sud, cf. M. Léger (dir.), *Des peuples enfin reconnus*, Editions Ecosociété, Montréal, 1994. Sur l'évolution du statut du peuple Mapuche (Chili), cf. : P. Lestournelle, *Le statut juridique du peuple Mapuche*, Thèse de droit, Aix-en-Provence, 1998. Dans un genre autre qu'universitaire, on recommandera tout particulièrement l'admirable film de Roland Joffé, *Mission*, 1986, histoire d'une mission jésuite chez les Indiens Guarani au XVIII^e siècle, détruite par les troupes espagnoles.

À propos de la réinterprétation par les Canaques des schémas occidentaux, cf. J. Guiart, Une dérive de la coutume ?, *Études Mélanésiennes*, 29, 1994, 57-71. Au sujet du pluralisme dans le droit successoral togolais, cf. la remarquable thèse de K. Adjamagbo, *Les successions au Togo*, Thèse de troisième cycle en droit, Paris I, 1986. Sur les phénomènes de droit local en Afrique noire, cf. notamment : E. Le Roy, L'émergence d'un droit foncier local au Sénégal, dans : Conac G. (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Economica, 1980, 109-140 ; E. Le Roy-M.Wane, Les techniques traditionnelles de création des droits, *Encyclopédie juridique de l'Afrique-L'État et le droit*, Dakar, Nouvelles éditions africaines, 1981, 353-391.

222. LA GERMANISATION JURIDIQUE DE L'ALSACE-MOSELLE. -

En 1871, le traité de Francfort opère la cession à l'Empire allemand des anciennes provinces d'Alsace (sauf le territoire de Belfort) ainsi qu'en Lorraine du département de la Moselle (l'Alsace et la Moselle étaient initialement des provinces allemandes, conquises par la France en 1648). 158,000 de leurs habitants choisissent la nationalité française (ce que leur permet le traité) et gagnent la France. Dans les nouveaux territoires allemands, la majorité de la population reste favorable à la France et un mouvement autonomiste se développe peu à peu. L'Allemagne n'en considère pas moins que l'Alsace-Moselle fait désormais partie du Reich. Jusqu'en 1877, elle met en oeuvre une politique d'assimilation : interdiction de parler français dans les écoles et les administrations, service militaire obligatoire.

On pourrait croire que cette ferme volonté aurait provoqué le remplacement du droit français par le droit allemand. Pourtant, la réalité est plus complexe. Schématiquement, on peut dire que trois couches de législations se superposent : les textes français antérieurs à la date du 4 août 1870 ; les lois dites d'Alsace-

Moselle à caractère local ; des lois d'Empire, valables pour toute l'Allemagne. La volonté de ne pas annihiler l'ensemble du droit français est manifeste dès le début de la période allemande. Le Gouvernement Général d'occupation de Strasbourg reçoit ces instructions : « Dans la mesure où la sécurité et l'intérêt de l'occupation ne rendront pas nécessaires les exceptions, les institutions existantes resteront en place et l'administration tout entière sera exercée conformément aux lois en vigueur dans le pays ». Cette législation française devient un « droit local » à compter de la loi de réunion de l'Alsace-Lorraine à l'Empire, en date du 5 juin 1871. La loi d'organisation du 30 décembre 1871 précise que les lois françaises antérieures restent en vigueur. C'est notamment le cas du système concordataire et, en général, de l'ensemble du droit français des cultes. Le fait peut surprendre un Français : depuis la Révolution, les conquêtes françaises se soldaient par l'introduction rapide du droit français dans les pays annexés, au détriment des droits locaux, fréquemment annihilés. Mais à la fin du XIX^{ème} siècle, l'Allemagne n'est pas un État juridiquement uniforme. L'État fédéral [460] exerce ses compétences dans des domaines limitativement énumérés par la Constitution, le reste appartenant aux États fédérés : les droits particuliers sont la règle.

Le problème posé aux juristes concerne plutôt la définition de la place du droit d'Alsace-Moselle dans la hiérarchie allemande des normes. Pour certains, les lois impériales s'appliquent de plein droit à l'Alsace-Moselle, qui n'est qu'une terre d'Empire, une province. C'est ainsi que dans l'immédiat après-guerre le gouvernement de Berlin y introduit des législations communes à toute l'Allemagne : Code pénal et Code de procédure pénale (1871), Code pénal militaire et Code de procédure pénale militaire (1872), Codes de commerce et loi sur l'organisation judiciaire (1872). D'autres juristes, reprenant la thèse soutenue par la plupart des représentants des partis politiques, pensent que les lois d'Empire en Alsace-Moselle sont un droit local réformable par un pouvoir législatif alsacien et que ces nouveaux territoires constituent un État fédéré. La Cour de Colmar entérine même ce point de vue dans quelques arrêts pris après la défaite. Le gouvernement impérial n'accepta jamais cette thèse. Cependant, elle fut partiellement confirmée par le développement progressif d'un pouvoir législatif local de plus en plus autonome. En 1877, une loi d'Empire remet l'essentiel du pouvoir de légiférer dans le *Reichsland* d'Alsace-Lorraine (en allemand *Elsass-Lothringen*) à une Délégation du pays d'Empire (*Landesausschuss*), créée en 1874 avec déjà un pouvoir consultatif

quant aux projets de lois relatifs à l'Alsace-Moselle soumis au Reichstag. Cependant, ce pouvoir reste subordonné à celui du gouvernement et du Parlement (*Reichstag*) de l'Empire. En effet, le gouvernement se réserve le droit de soumettre directement au Reichstag les projets de loi relatifs à l'Alsace-Lorraine, en excluant du processus législatif le Landesausschuss. Ce qu'il fera chaque fois qu'il estimera que son projet n'a pas de chances d'aboutir devant ce dernier.

À partir du début du siècle, la tension se relâche : résignés, beaucoup d'Alsaciens-Mosellans admettent de vivre dans l'Empire, à condition que leur territoire soit autonome. En 1911, Guillaume II fait voter par le Reichstag une Constitution d'Alsace-Lorraine, qui exclut le Reichstag en tant qu'organe législatif propre à l'Alsace-Lorraine. Mais elle n'est pas devenue totalement autonome sur le plan législatif. Elle reste soumise au droit commun à tout l'Empire, dont le champ d'application s'est considérablement étendu en une quarantaine d'années, notamment avec l'entrée en vigueur du Code civil allemand en 1900. (Pour plus de détails, cf. F. Igersheim, *Le droit français comme droit local (1870-1918)*, *Droit fédéré ou droit provincial ?*, dans : *La situation du droit local alsacien-mosellan*, L. G. D. J., 1986, 142-145).

Après la fin du premier conflit mondial, on aurait pu penser que dans la joie des retrouvailles, le droit français soit rentré chez lui. C'était la thèse « substitutiste » défendue par les partisans de l'abrogation immédiate et intégrale du droit local. Elle avait laissé sceptiques les membres de la Conférence d'Alsace-Lorraine, qui, pendant la guerre, avaient préparé la réintégration des territoires annexés. La thèse « particulariste » avait des fondements historiques. Avant 1648, ces territoires constituaient une marqueterie de pouvoirs locaux jouissant d'une grande autonomie dans le cadre du Saint Empire, et même depuis cette date, ils n'avaient pas été complètement assimilés aux autres régions françaises. Leur particularisme n'était donc pas chronologiquement circonscrit aux années suivant la défaite de 1870. Pour autant, la difficulté juridique subsistait dans l'État unitaire et encore très uniformisant de la III^e République. La loi du 19 octobre 1919 (art. 3) opère un compromis entre les deux thèses en donnant un caractère seulement transitoire au maintien du droit local : «... les territoires d'Alsace et de Lorraine continuent, jusqu'à ce qu'il ait été procédé à l'introduction des lois françaises, à être régis par les dispositions législatives et réglementaires qui y sont actuellement en vigueur ». En fait, ce transitoire s'est prolongé jusqu'à l'époque actuelle, en dépit des

difficultés qu'il pose au modèle juridique français. Il s'est même enrichi, par le biais de ce que l'on appelle « la troisième législation ».

Théoriquement, le droit local visé par la loi de 1919 était celui existant à cette date, auquel devait venir se superposer alors le droit français. Mais un élément supplémentaire dilata ce dualisme. Le législateur français (et parfois l'autorité réglementaire) supprima certaines [461] dispositions du droit local pour les remplacer par d'autres, qui ne s'appliquaient que dans les trois départements : elles ne procédaient donc pas d'un mouvement d'extension du droit commun français, mais formaient une catégorie *sui generis*.

À l'heure actuelle, comme le précise H. Moutouh, l'identité des Alsaciens-mosellans repose sur le constat de plusieurs particularismes. Linguistique : les institutions locales ont systématiquement refusé pendant longtemps de traduire en langue française les dispositions du droit local ; en 1987, un arrêt de la Cour d'appel de Colmar affirmant la nécessité de traduire et publier officiellement en français (en vertu de la loi du 1er juin 1924) les dispositions du droit local pour qu'elles soient applicables a été cassé par la Cour de cassation. Régime des cultes, ensuite : la séparation des Eglises et de l'État ne s'applique pas ; le clergé est rémunéré par l'État, selon le régime concordataire. Ce régime particulier a permis à F. Mitterrand de demander au clergé local de célébrer un *Te Deum* lors de son élection à la Présidence de la République en 1981. D'autres particularismes existent en droit privé : régimes des associations, de la faillite, des successions.

Enfin, que faut-il exactement entendre par droit *local* ? Assurément, le principal critère d'application du droit alsacien mosellan est d'ordre territorial. Il concerne les départements qui ont fait retour à la France en 1918 : le Haut-Rhin, le Bas-Rhin et la Moselle. Pour autant, comme le fait remarquer F. Weber, il peut comprendre des éléments de statut personnel. Jusqu'à peu, les règles concernant la tutelle et la protection des incapables majeurs n'étaient applicables qu'aux seuls Alsaciens-Mosellans, à leurs descendants légitimes ou naturels, et aux personnes d'origine française mariées avec des Alsaciens-Mosellans. Donc, elle s'appliquait à ces personnes même si elles ne résidaient pas dans l'un de ces trois départements. Le 29 décembre 1990, une loi a abrogé la plus grande partie de ces dispositions. Cependant, la jurisprudence ne donne pas encore de réponse définitive en ce qui concerne la détermination du droit applicable à un Alsacien-Mosellan qui demanderait l'application de son droit particulier devant un tribunal situé hors

d'Alsace-Moselle. La Cour d'appel de Nancy a répondu par la négative à des retraités qui, après avoir bénéficié du régime local de sécurité sociale applicable à ceux qui travaillent en Alsace-Moselle ou dont l'employeur est installé dans ces départements, avaient choisi de prendre leur retraite dans un autre département et demandaient de bénéficier du régime de sécurité sociale du droit alsacien-mosellan. Mais dans une affaire qui fait actuellement l'objet d'un pourvoi en cassation, la Cour d'appel de Bourges a adopté la position inverse. En effet, elle a accepté de rétablir dans ses droits d'assuré social du régime alsacien-mosellan une personne qui avait quitté le territoire concerné.

(Pour plus de détails, cf. les développements de S. Pierré-Caps dans : N. Rouland (dir.), *op.cit.* (*Droit des minorités...*), 322-326, ainsi que : H. Moutouh, *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, Thèse de droit, Université de Bordeaux I, 1997, 519-524 ; F. Weibert, *Unité de l'État et diversité régionale en droit constitutionnel français*, Thèse de droit, Université de Nancy II, 1997, 173-190. Cf. également O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires, Annales de la Faculté de droit, 1997.

[462]

Introduction historique au droit

Deuxième partie :
Naissances et migrations des droits européens

Titre II.
Les migrations des droits européens

Chapitre II

Les migrations du droit français

Un souffle heureux a jeté sur les contrées voisines les germes féconds de la liberté. Leur reproduction, leur multiplication seront votre ouvrage.

Merlin de Douai (membre du Directoire),
10 septembre 1797.

[Retour au sommaire](#)

Le droit français a migré à la fois en Europe, notamment lors des conquêtes révolutionnaires et impériales, et hors d'Europe, par les colonisations et les réceptions volontaires. Avec des bonheurs divers, dont nous allons donner quelques exemples dans les deux sections de ce chapitre.

Section I

Les conquêtes révolutionnaires et impériales

[Retour au sommaire](#)

La gloire de l'Empire est encore grande dans la mémoire collective française. Nous avons oublié que la République ne fit pas que se défendre contre les monarchies européennes : elle leur infligea de sévères défaites, traduites par des gains territoriaux... et politiques. Des « Républiques soeurs » fleurirent à nos frontières. Le sort des exportations juridiques de l'Empire fut toutefois plus durable.

223. LES RÉPUBLIQUES SOEURS. - J.L. Harouel les définit ainsi : « républiques devant être créées grâce à l'intervention militaire de la France révolutionnaire, et destinées à former autour d'elle une ceinture d'États « régénérés » par des institutions politiques et sociales [463] fondées sur la liberté et l'égalité » ²⁰⁹. Ce projet fut concrétisé entre 1794 et 1799. Dès le 19 novembre 1792, quelques semaines après la proclamation de la République, un décret annonce que « la Convention nationale (...) accordera fraternité et secours à tous les peuples qui voudront recouvrer leur liberté ». Il enjoint au pouvoir exécutif d'adresser aux généraux français « les ordres nécessaires pour porter secours à ces peuples », adjuvant concret du principe révolutionnaire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, dans la mesure où le principe dynastique était récusé. Il y avait à cette philanthropie des motifs plus prosaïques. Le maintien au pouvoir des dirigeants par une protection accrue du régime républicain vis-à-vis des pays étrangers hostiles, et aussi l'espoir de ressources financières pour une République aux caisses vides. Mais ce projet répondait également à des sollicitations d'origine externe, celles des « patriotes » étrangers (essentiellement hollandais, belges, suisses, italiens) qui avaient trouvé refuge en France après avoir fui leurs pays, en proie à une répression anti-révolutionnaire.

²⁰⁹ Harouel J.L., *Les Républiques soeurs*, Paris, PUF, 1997, 3, une très utile synthèse sur la question, à laquelle nous nous référons dans ce paragraphe.

En quelques années, le projet prend corps grâce aux victoires militaires et à l'augmentation de l'influence française en résultant. La République batave naît en 1795. La République cisrhénane, détachée du Saint Empire, est proclamée à Cologne le 14 septembre 1797 ; mais en novembre, elle est incorporée à la République française. Sous le Directoire, la conjugaison des ambitions personnelles de Bonaparte et des aspirations des patriotes italiens aboutissent à la formation de deux républiques dans le nord de l'Italie, la Cisalpine et la Ligurienne (1797). Lors des événements de Fructidor (un coup de barre à gauche en raison des succès des monarchistes), le régime a dû s'allier aux Jacobins, qui font ainsi leur retour et relancent la politique d'exportation des idées révolutionnaires. La République helvétique naît en 1798, dans l'hostilité des populations à la France. Une autre à Rome (dans les États pontificaux) la même année (une concession de style : la Constitution romaine, calquée sur celle de l'an III, fait référence non à l'« Être suprême », divinité un peu floue des révolutionnaires, mais à Dieu, avec lequel les chrétiens sont plus familiers). D'autres projets républicains et fraternels [464] avortent (Naples, le Piémont).

Quelle fut l'influence juridique de la France dans ces républiques soeurs ?

224. L'INFLUENCE JURIDIQUE FRANÇAISE EN SUISSE ET EN ITALIE. - En Suisse, la France a imposé une constitution unitaire et entend unifier le droit helvétique, en abolissant le système ancien des particularismes personnels et locaux. À la fin de 1798, des lois fiscales entament ce programme en instituant un système uniforme, fondé sur quatre taxes proportionnelles, calqué sur le modèle français. Un souci d'égalité. Mais comme le signale J. L. Harouel, il eut des effets pervers. Ainsi les petits paysans furent-ils soumis à une pression fiscale plus grande qu'auparavant, sans pour autant pouvoir accéder plus facilement à la propriété foncière, le prix des terres s'étant élevé à la suite de la disparition des redevances et dîmes qui pesaient sur elles. En 1799, un Code pénal est adopté, produit d'un transfert quasi-intégral du Code français de 1791. En revanche, les travaux préparatoires du Code civil n'aboutissent pas. Cependant, divers textes procèdent à des réformes importantes (suppression des droits féodaux personnels). En 1801, à la suite de nombreuses crises politiques et militaires, est adoptée une Constitution qui établit un compromis entre les tendances fédéralistes et unitaires. Elle est appelée « Constitution Malmaison » (le château de Malmai-

son fut entre 1800 et 1804 la demeure préférée du Premier Consul) : Bonaparte en avait donné le texte aux émissaires suisses. Après de nouveaux soubresauts politiques, la Suisse redevient en 1803 une Confédération, fondée sur l'autonomie des cantons : la République helvétique n'a plus rien de français. Tout ceci avec l'étonnante bénédiction de Bonaparte, qui déclare : « La nature fait votre État fédératif ». Cette soudaine tolérance est inspirée par des motifs politiques et militaires. Bonaparte veut rétablir la paix civile en Suisse et compte y lever des troupes pour ses entreprises. Dès lors, la faiblesse des organes centraux résultant du système confédéral l'avantage, d'autant plus qu'il porte le titre de médiateur de la Confédération (en vertu de l'Acte de médiation de 1803).

En Italie, le sort lui sera moins favorable. Plusieurs constitutions des nouvelles républiques prévoient expressément la rédaction de codes. Bien entendu, ils doivent être fondés sur les principes révolutionnaires français. Des commissions se mettent au travail. Elles n'auront pas le temps de réaliser ces vastes ambitions. Un seul aboutissement : le *Projet* [465] *du Code civil de la République romaine*, qui entendait établir une égalité civile et libérer la propriété foncière. Cependant, pour ne pas trop heurter le catholicisme des populations, il présentait certains particularismes rapport au modèle français : absence du divorce, maintien du rôle des ecclésiastiques en matière d'état-civil. Ailleurs, des réformes importantes sont introduites par différents textes, sous forme d'arrêtés des généraux français ou de lois votées par les Conseils. La féodalité est abolie partout. En Cisalpine les mesures établissant l'égalité des terres et des personnes sont particulièrement nombreuses. Mais en 1799 la guerre reprend entre la France et l'Autriche. Les troupes autrichiennes et russes envahissent la péninsule et la République Cisalpine disparaît. Les autres connaissent le même sort, à l'exception de la Ligurienne.

Le 18 Brumaire an VIII (9 novembre 1799), Bonaparte procède à un coup d'État contre le Directoire et devient Premier Consul. À cette date ne subsistent plus que les républiques batave, helvétique et ligurienne. Nous connaissons le sort de l'helvétique. Bonaparte fondait de grands espoirs sur la batave, mais elle le déçoit en se montrant une alliée trop peu empressée. Devenu Empereur en mai 1804, Napoléon la transforme en royaume, dont il remet la couronne à son frère Louis le 5 juin 1806, qui devient roi de Hollande. D'autre part, il juge que l'utilisation militaire qu'il compte faire de la Ligurie est incompatible avec son indépendance, même très virtuelle : par un décret du 4 juin 1805, elle est annexée à l'Em-

pire français. En 1801, les troupes françaises étaient revenues en Italie. Le 17 juin 1800, la République Cisalpine ressuscite. Le 25 janvier 1802, Bonaparte en est le Président. Le 17 mars 1805, elle est transformée en royaume d'Italie... dont Napoléon se fait couronner roi à Milan.

Les républiques soeurs connurent donc une évolution peu glorieuse : elles furent rayées de la carte, ou absorbées par l'Empire, ou encore, par une singulière mutation, transformées en royaume vassaux. Mais même à l'état de républiques, n'avaient-elles pas toujours été des vassales de la France ? Comme l'écrit J.L Harouel, leur situation offre quelques ressemblances avec celle des États du défunt « camp socialiste » dirigé par l'ex-URSS : « Dans les deux cas, il s'agit d'un Empire qui ne dit pas son nom, et la suffocante tutelle politique, s'exerçant sous couvert d'une communion idéologique, est la conséquence d'une conquête armée ». D'ailleurs, dans un certain nombre de cas, les populations étaient hostiles au nouveau régime, non parce qu'il apportait les idées de liberté [466] et d'égalité, mais en raison de la manière dont il les imposait, en se servant de surcroît des nouveaux régimes dans ses entreprises militaires. Le rejet de la France ne signifie donc pas celui des idées françaises. D'ailleurs, elles expliquent l'histoire à venir de certains États. L'intermède de la République batave transforme les anciennes Provinces-Unies en État unitaire ; la Constitution Suisse de 1848 reprend l'idée d'un gouvernement central effectif ; en Italie, le *Risorgimento* doit beaucoup à l'élan unitaire antérieur des républiques-soeurs.

L'influence juridique des réformes imposées par l'Empire devait, elle aussi, survivre à l'aventure napoléonienne.

225. LE DESTIN EN EUROPE DU DROIT FRANÇAIS. - Vivant deux siècles plus tard, nous savons que le rêve impérial fut de courte durée : dix ans seulement, dont pas plus de quatre de paix. Mais en 1809, l'Europe avait de bonnes raisons de croire le contraire. L'Empire est à son apogée. Après la victoire de Wagram, la paix de Vienne (14 octobre) est imposée à l'Autriche. La Grande-Bretagne est enserrée par le blocus continental. Les territoires annexés sont soumis à la Constitution du Premier Empire et à l'autorité de préfets français. Les royaumes vassaux forment un glacis protecteur. Les États alliés (en fait le plus souvent des vaincus, comme la Prusse, l'Autriche et la Russie) constituent une

autre ligne de défense. Le mariage de Napoléon et de Marie-Louise concrétise en 1810 l'alliance autrichienne. À l'intérieur de la France, l'Empereur jouit d'un pouvoir constitutionnel très étendu. Pour J. Godechot, il a mis en place « un régime dictatorial et militaire qui, malgré quelques trompe-l'oeil, est en fait plus absolu que ne le fut jamais le régime monarchique sous Louis XIV ». Il contrôle le pouvoir législatif et s'appuie sur un puissant système administratif, qu'il appelle « les masses de granit » (on nommait aussi les préfets les « empereurs au petit pied »). Dès 1804, il ordonne à Fouché (surnommé « Le Mitrailleur de Lyon » sous la Révolution) : « Réprimez un peu les journaux ; faites y mettre de bons articles ». La Commission pour la liberté de la presse instituée par la Constitution de l'an XII n'eut à traiter que quelques dizaines de cas... tous classés sans suite. L'instauration du régime impérial s'explique sans doute par les ambitions personnelles d'un homme qui avait d'abord été un Jacobin ardent et l'admirateur secret d'un des leaders révolutionnaires les plus extrémistes, Marat. On sait qu'il était fasciné par le système de cour de l'ancien Régime : il choisit [467] le Palais des Tuileries (ancien palais royal attenant au Louvre, incendié en 1871 durant la Commune, démolli en 1882) comme lieu de résidence, et portait le « Régent », diamant acheté pour la Couronne en 1717 par Philippe d'Orléans et ornant la couronne de Louis XV. D'autre part, la forme constitutionnelle de l'Empire paraissait en Europe à cette époque adéquate au rassemblement de nations multiples et aux histoires plurielles. Enfin, le choix de cette forme favorisait l'alliance avec l'Empire autrichien.

Dans ces conditions, on pouvait penser en Europe que l'Empire français allait durer. Et avec lui le droit français ²¹⁰. Au point qu'un mouvement doctrinal légitima son expansion. En 1809, J.L. Reitemeier le propose même comme droit commun européen ²¹¹. D'autres auteurs lui sont très favorables : J.H. Brauer (1754-1843) rédacteur du *Landrecht* de Bade, mais surtout Zachariä von Lingenthal (1769-1843). Professeur de droit français aux Universités de Fribourg puis de Heidelberg, il publie (en allemand) en 1808 un *Manuel de droit civil français* qui sera un grand succès de librairie. Au point que sa méthode sera reprise par deux auteurs français (ils traduisirent par ailleurs en français l'ouvrage de von Lingenthal), Aubry et Rau, dont le *Cours de droit civil français d'après la méthode de*

²¹⁰ Pour plus de détails, Cf. Gaudemet J., *op.cit.* (*Les naissances du droit...*) 436-443.

²¹¹ Cf. Reitemeier J.L., *Das Napoleonsrecht als allgemeines Recht in Europa, insbesondere in Deutschland betrachtet*, Francfort sur l'Oder, 1809.

Zachariä (12 volumes, publiés entre 1897 et 1922) fut une des oeuvres juridiques françaises les plus importantes du XIX^{ème}. Ne confondons pas cet enthousiasme avec une servilité doctrinale inspirée par les victoires militaires françaises. Bien entendu, le droit français n'aurait pu sans elles s'étendre ainsi. Mais comme nous l'avons déjà remarqué, les idées révolutionnaires sur l'égalité civique, la réforme de la propriété séduisaient une partie des juristes, les intellectuels libéraux et la bourgeoisie. On aimerait en savoir plus et connaître les attitudes des divers milieux sociaux envers le droit français. Malheureusement, les recherches sur ce point sont encore insuffisantes. Notons cependant que l'application du Code ne concerna pas toute l'Allemagne : en furent exceptés le Wurtemberg, la Bavière et la Prusse. Après la défaite française, une partie des territoires possédés par la Prusse en pays rhénan abandonna le Code, mais il se maintint jusqu'en 1900 dans une autre partie de ces territoires. Le courant nationaliste souhaitait son abandon, mais au milieu du siècle, [468] certains historiens du droit s'étaient efforcés d'y découvrir des aspects « germaniques ». Dans le nouveau royaume de Pologne (1815-1830), le Code resta en vigueur, et perdura dans les territoires polonais pendant tout le XIX^{ème} siècle. En Hollande, après une révision en 1813, il demeure en vigueur jusqu'en 1829. Dans l'Italie de nouveau morcelée, le Code connaît des fortunes diverses. Le royaume Lombardo-Vénitien adopte en 1816 le Code civil autrichien de 1811. Le pape supprime le Code français. Mais dans quatre États (dont deux rassemblent une bonne partie de l'Italie) les nouvelles codifications gardent des pans entiers du Code civil : Royaume des Deux-Siciles ; Duché de Parme ; Duché de Modène ; États de Sardaigne-Piémont, dont le Code se retrouve largement dans le premier Code civil italien de 1865, introduit à Rome en 1870. En Espagne, un Code inspiré des idées françaises n'aboutit qu'en 1889. Moins marqué par l'influence française, le Code civil portugais est promulgué en 1867. Le pluralisme cantonal de la Confédération helvétique engendre une situation complexe. Chaque canton fixe librement sa législation. Dans le Jura bernois, le principe était l'abrogation des lois françaises, mais le droit français persista jusqu'à la Constitution bernoise de 1846, qui prévoit le maintien du Code civil, du Code du commerce et du Code pénal « dans la partie du Canton où ces codes sont naturellement en vigueur ». Aujourd'hui encore, le Code civil s'applique là où il fait figure d'« usage local », et est donc considéré comme expression du droit cantonal. Les autres cantons de la Suisse romande connaissent aussi l'influence du droit français. Pour des raisons linguistiques évidentes, elle est moins forte en

Suisse alémanique. Dans le royaume de Hollande, le Code civil de 1838 reprend la quasi-totalité du Code français. En Belgique, il reste en vigueur. En Roumanie, le Code civil de 1864 consiste pour l'essentiel dans une traduction du Code français. Le Code civil serbe de 1844 mélange le Code français et le Code civil autrichien de 1811. Au total, d'assez beaux succès pour un Empire évanoui. Lors du congrès de Vienne (1814-1815), le diplomate anglais Lord Castlereagh avait lancé : « Inutile de détruire la France, le Code civil s'en chargera ». Une conviction démentie par ces persistances. Cela même au-delà de l'Europe.

Car d'anciennes colonies gardent la mémoire du droit français. Cédé à l'Angleterre en 1763 par le Traité de Paris, le Québec résiste au projet d'introduction du droit anglais et l'ancien droit français est maintenu, [469] sous la forme du Code de 1866 (davantage marqué par le droit coutumier de l'Ancien Régime que le droit révolutionnaire). L'influence française se retrouve dans le Code civil de 1825 de la Louisiane, cédée aux États-Unis en 1803.

Le lecteur français peut être tenté de rêver à ce qu'il serait advenu de l'Europe sur le plan juridique si l'Empire français s'était maintenu. Bien entendu, nous ne le saurons jamais, pas plus que les conséquences sur le même plan d'une victoire de l'Allemagne lors du second conflit mondial. Un fait demeure certain. En Europe, l'Empire français n'est pas un empire comme les autres, même s'il restaure le principe dynastique. En effet, s'il rassemble bien des Nations hétéroclites, du fait de ses origines révolutionnaires et de la volonté personnelle de Napoléon, il n'aurait probablement pas consenti beaucoup d'autonomie à ses différentes composantes. En tout cas, il n'en prenait pas le chemin. Par ailleurs, il a réussi là où il demeure plus discret dans nos mémoires, davantage attachées à ses flamboyantes conquêtes. L'oeuvre intérieure, mais aussi, comme nous venons de le voir, l'expansion des idées juridiques françaises. Elles ont survécu dans bien des cas à l'invasion qui les avait apportées, soit directement, sous forme de maintien des Codes, soit indirectement, dans des législations qui s'en inspiraient. On peut même penser que la défaite française fut le prix de cette autre victoire. Délestés du poids des armes, nos principes juridiques purent s'acclimater plus facilement. Il en serait allé autrement s'ils avaient été assimilés par les populations vaincues à un droit étranger,

maintenu de force et durablement par l'occupant. Le droit français est-il devenu pour autant un droit européen, comme le souhaitaient certains juristes ? La réponse est nuancée. Si on entend par là que le droit français acquit en Europe à partir du XIX^{ème} siècle une place équivalente à celle du droit romain au Moyen-Age, il faut répondre par la négative. En revanche, comme en témoignent les divers exemples que nous avons cités, il exerça une influence certaine sur les droits privés internes de nombreux États européens.

Qu'en fut-il au-delà des mers ?

[470]

Section II

L'expansion du droit français hors d'Europe

[Retour au sommaire](#)

Les aventures coloniales françaises se sont déroulées dans des territoires très divers, à des époques variées. L'histoire du droit colonial reste largement à faire sous une forme moderne, autre que celle des vieux manuels de législation coloniale. Longtemps considérée comme une part maudite de notre histoire, elle devrait aujourd'hui pouvoir être envisagée avec plus de sérénité. Par ailleurs, ne disposant ici que d'une place limitée, nous sommes amené à opérer une sélection. Nous étudierons donc principalement l'expansion du droit français en Amérique du Nord dans ses rapports avec les peuples autochtones, et son influence en Afrique noire.

A. La France et les Amérindiens

La France part en retard dans la conquête du Nouveau Monde. Pour s'y incruste, il lui faudra attendre le déclin de l'Espagne en Europe, avant d'être concurrencée, puis vaincue par la Grande-Bretagne. Mais pendant près de trois siècles, elle aura malgré tout eu le temps de mobiliser la force du droit à son profit.

1) L'expansion française dans le Nouveau Monde

226. LE SAUVAGE APPRIVOISÉ. - Mêmes moins concernés que les Espagnols et les Portugais, les auteurs français sont déconcertés par l'étrangeté des habitants du Nouveau Monde. D'abord, leurs caractéristiques physiques. L'avocat Marc Lescarbot (1570-1642) passe l'année 1606 au Canada. Il observe que les cheveux des Amérindiens sont noirs, mais que ceux des Français, qui vivent à la même latitude, présentent une plus grande variété de couleurs. Il finit par conclure qu'en Amérique le soleil est assez fort pour noircir les cheveux, mais que l'abondance des rivières et des lacs tempère son ardeur, l'empêchant [471] de brunir aussi le teint. Jean Bodin (1530-1596) postule que le climat influe également sur le caractère. Montesquieu (1689-1755) développe cette idée : à la différence de ceux du Sud, les peuples du Nord sont suffisamment forts pour rester libres. À son époque, on pense aussi que les Espagnols n'ont pas encore vu leurs caractères physiques changés par le climat en raison de leur arrivée récente sur le continent. Autre problème : la diversité des cultures du Nouveau Monde, qui vont, en termes modernes, des sociétés élémentaires aux Empires centralisés. Pour Bodin, les conditions historiques peuvent modifier les effets du climat. Il pense aussi que la personnalité des dirigeants compte beaucoup. Autrement dit, les facteurs humains peuvent infléchir le déterminisme naturel. La diversité des cultures a aussi une explication religieuse. À la Renaissance, on pense que durant l'Âge d'or le genre humain possédait une culture uniforme, qui s'est diversifiée par un processus de dégénérescence. Les Indiens en sont un exemple particulièrement marqué : rien qu'en Amérique du Nord, on compte environ 2,000 langues autochtones. Comment ne pas penser à la malédiction de la tour de Babel (*bāb-ili*, la « Porte de Dieu » en assyro-babylonien), construite par les hommes pour atteindre le ciel ? L'Ancien Testament raconte que l'Eternel, courroucé, punit les hommes en les dispersant sur toute la surface de la terre et en leur faisant parler des langues différentes. L'interprétation biblique la plus connue de la spécificité amérindienne remonte au premier texte de la Bible, la Genèse. Après la catastrophe du déluge qui n'épargna que Noé et sa famille ainsi que les animaux réfugiés dans l'Arche, ses enfants se dispersèrent afin de repeupler la terre. Comme tous les autres peuples, les Amérindiens en sont issus. Mais par quel fils de Noé ont ils été engendrés ?

Sem est allé en Asie (d'où viennent effectivement les Amérindiens, mais personne ne le sait à cette époque) ; Japhet chez les Tartares et les Occidentaux en général. Quant à Cham, il s'était moqué de Noé tombé en état d'ivresse. Il fut maudit (avec son fils Canaan), et inspira dès lors le thème du fils ingrat et irrespectueux. Lui revinrent les pays du Sud. Suivant les auteurs, les Amérindiens sont les descendants de Japhet (comme les Scythes, ils sont anthropophages, scalpent leurs ennemis, et sont habiles dans le travail de l'or) ; ou bien de Cham, car sa déplorable conduite a fait chuter dans l'erreur une partie de l'humanité, et il a dû partir plus loin que ses frères. On trouve également trace jusqu'au XVIIe siècle d'une théorie qui assimile les Amérindiens à des Juifs. Ils seraient les [472] descendants égarés des dix tribus perdues d'Israël, après la dispersion du peuple juif.

À la Renaissance, la majorité des auteurs reste donc défavorable aux Indiens, quelque soit le système d'explication choisi. Montaigne est une exception : même si les Indiens sont immatures, s'ils vont nus, ils demeurent des êtres humains à part entière. Ils ont en commun avec les Européens l'usage de la raison. Ils sont même moins cruels qu'eux : la torture utilisée par les juridictions en Europe est pire que de manger un ennemi mort. Mais Montaigne prend moins la défense des Indiens de son temps qu'il ne se sert d'eux comme modèle pour critiquer sa propre société.

En cela, il s'apparente à un autre courant de pensée, qui apprivoise le Sauvage en le déclarant bon : non plus une dégénérescence de l'humanité, mais son origine... qui est aussi la nôtre. Comme l'écrit au XVIIIe E. Burke, l'auteur anglais adversaire de la Révolution française : « Quiconque examine les Amérindiens d'aujourd'hui, non seulement étudie les moeurs d'une nation lointaine actuelle, mais il étudie aussi, dans une certaine mesure, l'antiquité de toutes les Nations ». Autrement dit, les sociétés amérindiennes sont restées figées dans ce lointain passé alors que les sociétés européennes évoluaient : l'idée préfigure les théories évolutionnistes du siècle suivant. Mais cette « primitivité » (au sens de premier) leur donne un avantage qui leur sera dénié au XIXème : ils sont supposés vivre dans une pureté originelle, non corrompue. Ainsi des auteurs français s'en inspirent pour créer des sociétés littéraires idéales, comme Fénelon dans les *Aventures de Télémaque*. En 1760, Condillac, philosophe français adepte des idées de J. Locke, écrit 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 com-

mencement 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 ».

Ce Bon Sauvage, successeur de l'homme Sauvage de la Renaissance, n'est pas véritablement nouveau. Dans l'Antiquité, au IV^e siècle avant notre ère, les Scythes en furent un exemple. Au Ve siècle ap. J.-C., Salvien, un prêtre marseillais, voit dans les Barbares de son époque un facteur de régénérescence pour la société romaine, qu'ils estime corrompue : d'ailleurs, des Romains ne préférèrent-ils pas aller vivre chez les Germains ? Notre siècle a aussi connu de ces [473] renversements. Jusqu'aux années cinquante, les peuples autochtones sont considérés comme rétrogrades, et devant donc s'intégrer aux sociétés dominantes pour être aspirés dans un commun développement économique. Aujourd'hui au contraire, l'opinion publique comme les droits international et européen valorisent la préservation de leurs spécificités.

Il reste que les réflexions françaises sont moins élaborées que celles des juristes espagnols, davantage concernés par le Nouveau Monde. Cependant, malgré son retard par rapport à son voisin, la France entend bien se tailler une part du gâteau.

227. LES AMBITIONS FRANÇAISES DANS LE NOUVEAU MONDE. -

On se souvient de la « donation pontificale », qui partageait le Nouveau Monde entre les Espagnols et les Portugais. A. de Montchrestien (1575-1621, économiste et auteur dramatique) écrit : « S'il appartient à quelque Nation du monde d'y mettre la main, c'est à la Française, à laquelle est demeurée comme en propre la gloire des lettres et des armes, des arts et de la civilité, et davantage, du vrai christianisme, quoy que les autres prétendent ». François I^{er} (1494-1547) l'avait précédé dans cette indignation. Récusant le partage de l'Amérique, il demanda ironiquement au pape le testament d'Adam afin de vérifier le droit du pape de disposer des terres païennes. Lui fait écho le dominicain écossais J. Major (1469-1550), qui enseignait à la Sorbonne : le pape ne dispose pas de l'autorité temporelle puisque Jésus a déclaré que son royaume n'était pas de ce monde. Mais il dit aussi que si les Amérindiens s'opposent aux missionnaires, il est légitime de leur faire la guer-

re. D'ailleurs, pour François Ier, le devoir d'évangélisation prédomine sur la souveraineté des Indiens païens.

Les Français passent bientôt à l'action, n'attendant pas l'autorisation de leurs voisins pour préparer leurs futurs établissements. À partir de 1534, J. Cartier commence ses expéditions au Canada. Entre 1555 et 1560, la France pousse ses pions au Brésil, sur des terres revendiquée par les Portugais (la langue française porte encore les traces des contacts commerciaux alors noués : les mots ananas, hamac, tapir sont d'origine brésilienne). Mêmes tentatives en Floride (1562-1565), où elle s'oppose à l'Espagne. Les Français érigent des croix et des monuments portant les armoiries royales au cours de leurs expéditions : ainsi font Cartier en Gaspésie et sur les rives du Saint-Laurent, Ribault en Floride, Daniel de [474] la Touche au Brésil. Bien entendu, la signification de ces symboles échappe aux Amérindiens. Les pratiques françaises d'occupation des territoires se distinguent d'ailleurs de celles de leurs voisins européens. Les Espagnols lisent aux autochtones éberlués le *requirimiento*, déclaration qui leur enjoint sous peine de représailles de se soumettre aux souverains castillans et d'écouter le message des missionnaires. Les Anglais utilisent une voie plus conventionnelle, celle de l'« achat fictif ». Ils offrent des présents dont la valeur, même à l'époque, n'a aucun lien avec celle des territoires convoités. Les Français n'utilisent jamais cette méthode. Ils prétendent pouvoir jouir des terres en contrepartie de l'apport aux Amérindiens du message chrétien. Par antipathie envers les Espagnols, ils racontent souvent une anecdote rapportée pour la première fois par le géographe lui-même espagnol Enciso (1450-1495), peut-être inventée. Informés de la donation pontificale, des Amérindiens auraient dit en riant que le pape se montrait très généreux avec le bien des autres, et que le roi d'Espagne devait être pauvre, puisqu'il réclamait leurs terres.

Les Français doivent attendre 1598 pour que l'Espagne reconnaisse en partie leurs prétentions dans le Nouveau Monde. Elle ne le fait pas de gaîté de coeur, mais elle se trouve en position de faiblesse : survenu en 1588, le désastre de l'« Invincible Armada » faisait toujours sentir ses effets (la flotte espagnole partie à la conquête de l'Angleterre pour y restaurer le catholicisme avait perdu la moitié de ses navires dans un combat avec la flotte anglaise). Henri IV et Philippe II signent le traité de Vervins qui laisse les coudées libres à la France au nord d'une « ligne d'amitié », passant au-dessus des Canaries.

Comment la France va-t-elle gérer ses nouveaux territoires ?

228. LA GESTION DES TERRITOIRES COLONIAUX PAR LES GRANDES COMPAGNIES DE NAVIGATION.

- Les premières colonies sont d'abord conçues comme des prolongements de la métropole, à laquelle on veut les assimiler. Mais l'éloignement va vite imposer des formules spécifiques et moins ambitieuses. Espagnols et Portugais organisent les colons en clientèles féodales (*encomendera*) coiffées par une administration calquée sur le modèle métropolitain et exercée par des officiers royaux (vice rois et capitaines généraux, alcades, magistrat des *audiencias*) contrôlés par le Conseil des Indes.

[475]

Français, Anglais et Hollandais pratiquent plus volontiers le système des compagnies à charte. En France, Richelieu pense que l'État doit intervenir pour développer le commerce international. Il organise ces compagnies où État et investisseurs privés collaborent. Les particuliers réunissent leurs capitaux dans une association, qui reçoit de l'État un statut et des avantages considérables : protection par la flotte de guerre, subventions, exemptions de droit de douane, monopole du commerce dans la zone où elles opèrent, anoblissement des bourgeois actionnaires, autorisation donnée aux nobles de pouvoir placer leurs capitaux dans la compagnie sans déroger. En outre, celle-ci exerce des pouvoirs qui peuvent nous paraître exorbitants. En fait, ils dérivent de la nature féodale du lien existant entre la compagnie et l'autorité royale : la concession des terres entraîne parallèlement celle de pouvoirs sur les hommes. Ce que nous avons tendance à disjoindre en termes d'appropriation privative et d'autorité politique est ici fusionné. Le rôle de la compagnie ne se limite pas à des activités strictement commerciales de transport de marchandises et esclaves. Elle reçoit du roi de vastes pouvoirs pour l'administration des territoires conquis. Elle en gère le peuplement par l'autorité qu'elle exerce sur les colons. Vassale du roi, elle est suzeraine des colons et leur concède contre redevance les terres dont elle a la maîtrise. Elle dispose de la force armée sous forme de milices et exerce la justice.

Colbert reprend les idées de Richelieu et accentue encore le rôle joué par les compagnies en tant qu'administration coloniale. La Compagnie des Indes orienta-

les est créée en 1664. Elle reçoit le monopole du commerce et de la navigation pour l'Orient et le contrôle de Madagascar, peut avoir une armée, une flotte de guerre, déclarer et la guerre et signer la paix. La même année, la Compagnie des Indes occidentales reçoit pour quarante ans le monopole de l'exploitation d'un domaine américain (de la Louisiane à l'Acadie, Guyanes, Antilles) et africain (du Cap Vert au Cap de Bonne Espérance). Mais elle est supprimée en 1672, et remplacée par le système de l'administration directe. Car de manière générale, ces innovations ne furent pas un succès pour les colonisateurs. Frais élevés, capitaux insuffisants, multiplicité des compagnies, opposition entre les actionnaires qui recherchent leur intérêt à court terme et l'État qui veut coloniser : tout cela rend les équilibres financiers forts précaires. Mais les compagnies peuvent avoir en [476] charge des autochtones. Quels principes juridiques va t'on appliquer aux Amérindiens en Amérique française ?

2) La captation juridique des Amérindiens

229. DES COMPTOIRS COMMERCIAUX À LA COLONISATION DE PEUPLEMENT. - Durant les premiers siècles qui suivent la conquête, les juristes internationalistes développent des théories plutôt favorables aux Amérindiens, dans la mesure où ils voient en eux des Nations souveraines.

À l'heure actuelle, sous l'influence de l'anthropologie juridique, on pense que cette spécificité s'étend au droit : il y avait bien des ordres juridique autochtones. Mais les doctrines ne sont pas tout. La colonisation suppose l'occupation d'une partie au moins des terres, ainsi qu'une certaine dépendance des autochtones, notamment formalisée en Amérique du Nord par une politique de traités. Cette relative tolérance s'explique largement par le fait qu'à ces époques, elle n'est pas une colonie de peuplement. Les Inuit (autrefois appelés *Esquimaux*, terme désobligeant - « ceux qui mangent la viande crue » dont les avait affublés leurs ennemis indiens) sont pour longtemps encore hors d'atteinte. Leur territoire n'intéresse que quelques négociants en fourrure et baleiniers, sans que leur maîtrise soit nécessaire : le troc suffit. Plus au sud, l'intérêt des Européens est également surtout commercial : il n'est pas question de mettre en culture ces immenses territoires, dont la plus grande partie demeure inconnue. De plus, les Indiens sauront jouer des rivali-

tés qui opposent les colonisateurs, notamment au Canada. Peu d'Européens viennent s'implanter dans ces contrées lointaines, qui ne subissent pas l'hécatombe de l'Amérique du sud. On estime qu'au début du XVIe, la population indienne d'Amérique du Nord comptait environ quatre millions d'individus, dont 500,000 occupant le territoire qui constitue aujourd'hui le Canada. En 1706, il n'y a que 16,412 français au Canada, contre 331,711 colons anglais. Pourtant, au XVIIe siècle, les Français avaient mené une campagne de mariages interraciaux. Elle connaît des succès mitigés. En 1742, un journal de Caroline du Sud publie un article qualifiant les Français de « frères basanés » des Amérindiens. Il reste que jusqu'en 1760 (fin du [477] régime français au Canada) Amérindiens et Français vivront essentiellement séparés.

La situation change radicalement au XIXème siècle : l'Amérique du Nord devient une colonie de peuplement. *Go west* est le mot d'ordre. On invente la théorie de la *manifest destiny* : il est évident que Dieu a réservé l'Amérique du Nord aux Européens. À la fin du siècle, il ne reste plus que 200,000 autochtones sur les quatre millions du XVIe. L'exemple de la Californie est particulièrement dramatique. Sa partie centrale, propice à l'agriculture, attire nombre de chercheurs d'or malchanceux. Pour s'approprier les terres, il faut en chasser les Indiens. En 1851, le gouverneur de l'État fixe le programme en déclarant devant la Chambre que « cette guerre d'extermination continuera jusqu'à ce que la race indienne soit frappée d'extinction ». De fait, dans cet État, la population autochtone tombera de 120 000 à 20 000 individus entre 1851 et 1880.

Mais à cette époque, la France n'est plus en Amérique. Il nous faut donc nous concentrer sur la période antérieure, en étudiant trois problèmes : la spécificité juridique des Nations indiennes ; la confrontation entre les visions européennes et amérindiennes du droit ; la fin de la colonisation française.

a) La spécificité juridique des Nations indiennes

Deux questions se posent : les Sauvages d'Amérique du Nord constituent-ils des Nations souveraines, sujets du droit international, avec lesquelles des rela-

tions juridiques du type de celles qui unissent des États sont possibles ; sont-elles des sociétés organisées, et donc ont-elles un droit ? Les deux interrogations sont liées. À partir du XVI^e, les internationalistes ont donné à la première des réponses largement concordantes, traitant surtout par préterition de la deuxième, qui trouve davantage de solutions dans l'anthropologie juridique actuelle et même, dans une certaine mesure, dans la jurisprudence en Amérique du Nord.

230. LES NATIONS AUTOCHTONES ET LES INTERNATIONALIS-

TES. - Nous connaissons déjà la doctrine de Vitoria (1492-1549), dont les travaux sur la question sont les plus célèbres. Il n'est pas le seul. H. Grotius (1583-1645) est un juriste et diplomate hollandais. Il fit en [478] France ses études de droit et y passa une grande partie de sa vie. Dans *La mer libre*, écrit en 1609, il avance que la seule découverte n'établit pas un titre de propriété. Les biens et des richesses des Indiens leur appartiennent. Dans un ouvrage ultérieur, *Le droit de guerre et de paix*, publié en 1625, il affirme que la guerre viole le droit naturel, et ne peut être admise que si elle a lieu pour une cause juste, après que tous les efforts de conciliation aient échoué. S'il est possible d'acquérir un territoire inhabité, il n'en va pas de même pour des terres déjà occupées par des peuples autres qu'occidentaux. Pour toutes ces raisons, les peuples autochtones sont indépendants. Ils bénéficient d'une personnalité internationale et donc peuvent conclure des traités avec les puissances européennes, sans pour autant que les avantages soient nécessairement égaux de part et d'autre. Cependant, ils peuvent être privés de leurs territoires s'ils violent le droit naturel. Pufendorf (1632-1694), auteur allemand, est titulaire de la chaire de droit naturel à l'université suédoise de Lund. Il affirme que les autochtones connaissent bien une régulation de type juridique ; ils ont un droit de légitime défense contre les conquérants européens et même leurs coutumes les plus éloignées des nôtres ne justifient pas qu'on leur fasse la guerre. On pourrait en conclure que tout va le moins mal possible pour les Amérindiens, et que les pratiques précédemment évoquées des explorateurs français (et autres) sont contraires au droit. Ce serait oublier qu'à cette époque encore plus qu'à la nôtre, le droit international n'a qu'une efficacité très limitée. Pour l'essentiel, il reste au stade de débats doctrinaux et n'empêche nullement les colonisateurs d'agir à leur gré. Il n'y a pas d'autorité normative mondiale ; les États ne sont concrètement

obligés que par les conventions et pratiques par lesquelles ils choisissent de se lier.

De plus, la plupart des auteurs n'excluent jamais totalement qu'on puisse faire la guerre aux autochtones, notamment pour les impératifs de la christianisation. Aujourd'hui, ce motif peut indigner ou faire sourire. Mais n'oublions pas qu'à l'époque, il paraissait à la plupart des Européens aussi légitime que l'est pour nous le respect universel des droits de l'homme...

Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, la doctrine marque un certain raidissement, en tout cas perceptible dans l'oeuvre de Vattel (1714-1767) juriste internationaliste et diplomate suisse. Dans *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758), il écrit que le droit naturel impose la pratique de l'agriculture, indispensable pour nourrir le genre humain, [479] en accroissement démographique. Dès lors, les peuples qui ne vivent que de la chasse et de la pêche et adoptent ainsi un « genre de vie oisif (...) usurpent plus de terrain qu'ils n'en auraient besoin avec un travail honnête, et ils ne peuvent se plaindre, si d'autres Nations, plus laborieuses et trop resserrées, viennent en occuper une partie (...) ». Il ajoute que dans cette mesure, l'établissement de colonies en Amérique du Nord est tout à fait légitime : « Les peuples de ces vastes contrées les parcourraient plutôt qu'ils ne les habitaient (...) Leur habitation vague dans ces immenses régions ne peut passer pour une véritable et légitime prise de possession ». Le raisonnement peut paraître daté. N'oublions pas que dans les années 70 de notre siècle, à la suite de l'enchérissement du prix du pétrole, il n'était pas inhabituel de lire que certains pays détenteurs d'importants gisements utiles au monde entier n'étaient pas de ce fait complètement libres d'en fixer le prix de vente. D'autre part, si Vattel restreint la maîtrise des autochtones sur leurs terres en condamnant ses modes d'utilisation autre qu' agricoles, il ne milite pas pour autant pour leur dépossession totale : il faut seulement resserrer les autochtones « dans des bornes plus étroites ». Mais évidemment, en pratique, c'est le colonisateur qui fera ce bornage... Toute la brutalité du XIX^e siècle est ici potentielle. (Nous verrons qu'en Afrique noire aussi, la France justifiera l'appropriation du sol par le fait que les indigènes ne l'exploitent pas d'une manière suffisamment productive ²¹²).

²¹² Cf. *infra*, pp. 498.

231. L'EXISTENCE DE SYSTÈMES JURIDIQUES AUTOCHTONES. -

Si à partir du XVI^e siècle des auteurs fondent le droit international et s'intéressent à la question autochtone, l'anthropologie juridique ne naît qu'à la fin du XIX^e siècle. Nous sommes donc obligé de procéder par rétrodiction. C'est-à-dire de réfléchir aujourd'hui à partir de sources anciennes, sur la possibilité qu'elles témoignent de l'existence (et de la persistance) de systèmes juridiques autochtones à partir de la découverte. En effet, à l'époque, l'hypothèse d'une coexistence de plusieurs ordres juridiques sur le même territoire n'avait pas été conceptualisée. D'une manière générale, les anthropologues du droit soutiennent aujourd'hui que des sociétés de tradition orale et non-industrielles peuvent posséder un droit. Par ailleurs, il ne s'agit pas de leur seule opinion. Au Canada, des [480] juristes publicistes comme A. Lajoie adoptent le même raisonnement. Ainsi des recherches récentes démontrent l'existence d'un corpus de droit très développé chez les Iroquois et la Ligue des Sept Nations.

La Confédération Iroquoise avait mis au point une constitution fédérative qui fonctionna pendant plusieurs siècles. Elle régissait aussi bien l'organisation politique des lignages, villages et nations que leurs relations internationales, ainsi que les principes gouvernant la conduite des individus et des groupes. C'est la *Grande Loi de la Paix*, ou *Gayanerekowa*. Elle est pour l'essentiel orale (elle se transmet de père en fils), mais la mémorisation en a été facilitée par une semi-écriture, celle des *wampum* (terme algonquin), ceintures brodées de perles assemblées de manière à former des motifs conventionnels qui sont autant d'aide-mémoires. Ce droit fut codifié sous d'impulsion du colonisateur à la fin du XIX^e siècle. Par ailleurs, sept nations formaient avant l'arrivée des Blancs une Ligue : Iroquois, Algonquins de Kanehsatake, Algonquins de Pointe du Lac, Népissingues, Abénaquis, Hurons-Wandats, Micmacs. Ici aussi, cette structure présente beaucoup de traits d'ordre juridique. Sur ces fondements, A. Lajoie conclut que : « La pré-existence d'ordres juridiques autochtones à l'arrivée des Français sur le territoire actuel du Québec, fondant le pluralisme d'origine qui caractérise au départ le droit d'ici, ne fait aucun doute ».

De plus, les anthropologues du droit font observer à juste titre que nos propres critères du droit et de l'« organisation » d'une société ne lient pas les autochtones : il faut considérer non seulement la vision que nous en avons, mais la leur.

b) La confrontation entre les visions amérindiennes et européennes du droit.

Nous prendrons deux exemples : la terre et les traités.

1° La terre

232. LA VISION AUTOCHTONE DU DROIT EUROPÉEN : LA TERRE. - Dans une conception partagée avec nombre de sociétés traditionnelles dans le monde (en Afrique, les Agni disent : « Ce n'est pas nous qui [481] possédons la terre, c'est la terre qui nous possède »), les Amérindiens considèrent que la terre, source de toute vie et héritage des ancêtres, n'est pas aliénable, y compris en faveur des Blancs. En revanche, son usage peut être réglementé. Ainsi les Français devaient demander la permission préalable de chasser ou de construire des forts. Mais ils ne pouvaient obtenir la propriété exclusive de la terre, seulement l'occupation commune avec les Indiens, après avoir reçu leur accord : telle était la mentalité autochtone. D'ailleurs, sur ce point, des contacts étaient possibles avec le droit français. N'oublions pas que nous sommes sous l'Ancien Régime, à une époque où la propriété du Code civil n'est pas encore un lieu commun. Beaucoup de coutumes françaises connaissent un concept hérité du Moyen-Âge, la notion de saisine. Elle consiste dans l'attribution simultanée à plusieurs personnes de droits sur des biens corporels durables (comme les terres), ou incorporels (droit de passage). Quoi qu'il en soit, la cession comme mode d'appropriation des terres par les Français paraît exclue. Ceci est confirmé par l'examen des traités passés avec les Amérindiens. Au début de la période coloniale, les Français sont en position de faiblesse et très peu nombreux. Ils compensent ces handicaps en concluant des traités d'alliance, utilisant d'ailleurs les protocoles autochtones : ils ne comprennent jamais de cession de territoire ou de souveraineté. À la fin de la période, le rapport des forces s'est renversé et plusieurs traités sont conclus à la manière européenne, par écrit et même parfois acte notarié. Ce sont surtout des pactes de non-agression qui, là encore, n'opèrent pas de cessions. Par ailleurs, on remarquera

que les symboles de prise de possession précédemment décrits n'étaient en général pas compris des autochtones, quand on ne cherchait pas à les tromper, comme La Vérendrye. Celui-ci avait présenté aux Mandans comme amical souvenir de son passage une tablette de prise de possession au nom du roi de France, qu'il avait enterrée dans leur sol. Les Français pouvaient aussi se prévaloir de commissions, attribuée par le roi jusqu'en 1625. Cependant elles ne constituaient pas des attributions de territoire, mais des mandats de découvertes et d'habitation, rarement de conquête. Sauf toutefois dans les cas de la Compagnie des Cent Associés (fondée en 1627 par Richelieu pour la Nouvelle-France, nom donné aux territoire français du Canada) et de celle des Indes occidentales (qui couvrait les territoires allant de la Louisiane à l'Acadie ainsi que les Guyanes et les Antilles) : le roi parle alors d'attribution faite « en toute propriété, [482] justice et seigneurie ». Mais A. Lajoie fait observer que le terme de propriété ne peut avoir le sens exclusif que lui donnera beaucoup plus tard le Code civil. De toute façon, les autochtones n'en étaient pas informés. D'autre part, la France avait mené une politique d'« envillagement », afin de mieux les convertir et sédentariser. Une partie importante des Amérindiens (5,000 sur un total de 9,000) était donc venue habiter dans des villages. Mais pour autant, ils continuaient à penser qu'ils appartenaient toujours à leurs nations d'origine, et qu'ils n'avaient pas renoncé à leurs droits de chasse et de pêche sur leurs territoires. Enfin, que penser de leur éventuelle soumission au droit français ?

233. L'APPLICATION DU DROIT FRANÇAIS AUX AMÉRINDIENS. -

Elle dépend de leur localisation géographique, qui entraîne des conséquences juridiques. En Amérique du Nord, les colonies françaises sont au nombre de trois : le Canada, la Louisiane, l'Acadie. Chacune possède son administration propre : un gouverneur, un intendant, et un Conseil souverain ou supérieur. La quasi-totalité de la population française y est concentrée dans quelques villes et leurs abords immédiats. La colonie du Canada était divisée en seigneuries, concédées par le roi, dont les parcelles avaient été attribuées par les seigneurs à des censitaires (exploitants qui leur versaient un loyer). Mais les prétentions territoriales françaises dépassaient de beaucoup les limites effectives des colonies. Dans les zones extérieures aux colonies, les Amérindiens demeuraient étrangers au droit français. Ils n'étaient pas sujets du roi de France, mais plutôt ses alliés. Dans les colonies

ou leurs périphéries, les Amérindiens n'étaient français qu'à condition de s'être convertis au catholicisme. Ils étaient surtout justiciables des tribunaux militaires relevant de la responsabilité du gouverneur. Cependant, le droit français n'était pas exclusif des droits autochtones : les Amérindiens pouvaient continuer à posséder leur terres, suivre leurs coutumes, sauf en droit criminel. En fonction des principes juridiques français de l'époque, cela n'avait rien de choquant. Cependant, on peut se demander -les recherches n'ont pas encore abouti sur ce point- s'ils n'étaient pas affligés d'une certaine incapacité : on remarque que plusieurs fois les jésuites furent désignés comme leurs tuteurs et curateurs.

Une fois le droit applicable déterminé, comment fonctionnait la justice française ?

[483]

Notons d'abord la rareté des données dont nous disposons, de 1608 à 1664. Normalement, les colons transportent le droit français dans la colonie. Au début, il ne fut sans doute pas appliqué aux autochtones : la colonie n'est pas de peuplement. Mais en 1664 commence une remise en ordre. La sédentarisation des autochtones a progressé. Ils vivent davantage au contact des Français (mais non pas mélangés à eux). Un édit met fin à la diversité du droit privé en imposant la Coutume de Paris, en précisant que par ailleurs les lois et ordonnances du Royaume continueraient à s'appliquer, éventuellement complétées par le droit local. On ne sait pas précisément dans quelle mesure les autochtones furent concernés. En revanche, la même année un arrêt du Conseil supérieur de Québec précise qu'ils sont justiciables du droit criminel français. En 1676, un autre arrêt le réaffirme. Pour autant, ces dispositions ne semblent pas avoir été effectives. Très peu d'autochtones ont subi une condamnation pénale, les poursuites visaient presque exclusivement des infractions commises en l'état d'ébriété. Ce laxisme était tellement connu des Français que certains d'entre eux en profitaient pour commettre des crimes, maquillés et déguisés en « sauvages ». D'autre part, on notera que les intendants locaux ont émis des ordonnances visant spécifiquement les Amérindiens envillagés. Il semble aussi qu'elles n'aient guère été suivies d'effets. Ce peu d'impact du droit français sur les autochtones laisse à penser qu'on ne peut guère y voir la manifestation d'une souveraineté qui aurait annihilé celle des Amérindiens.

2° Les traités

Certaines puissances européennes ont privilégié les traités comme mode de relations avec les peuples autochtones de leurs colonies. Toutefois, cette pratique n'est pas uniforme. En Amérique du Nord, la France et la Grande-Bretagne y ont souvent recouru ²¹³. Ici encore, il [484] faudra se demander comment les Amérindiens pouvaient interpréter ces actes diplomatiques, d'autant plus qu'aujourd'hui ces traités peuvent avoir des effets en droit positif.

234. LES PUISSANCES EUROPÉENNES ET LES TRAITÉS. - Les politiques suivies par les puissances coloniales sont diverses. C'est surtout en Amérique du Nord que celles-ci empruntent la voie des traités, le plus fréquemment conclus par les Anglo-saxons. En Amérique du Sud, ils sont beaucoup plus rares de la part des Espagnols et Portugais (Paix de Quillan, signée au XVII^e avec les Mapuche). D'une part, les autochtones d'Amérique du Sud sont lors de la conquête victimes d'un effondrement démographique. D'autre part, Espagnols et Portugais traitent davantage avec le pape qu'avec les autochtones pour le partage du Nouveau Monde, récusé par les Français dès François I^{er}. Au XIX^eme, des gouvernements républicains remplacent les Espagnols : des documents contractuels sont alors signés avec les peuples autochtones, notamment en Argentine et au Chili.

Dans d'autres zones, les traités ne sont guère pratiqués. On n'en a pratiquement pas d'exemples en ce qui concerne l'Europe et l'Extrême-Orient septentrionaux, ainsi que l'ex-URSS. Il y en a davantage en Afrique, mais de façon plus tardive qu'en Amérique du Nord, à la fin du XIX^eme. Comme en Amérique, dans la période initiale de la conquête, ils servent surtout aux puissances européennes à

²¹³ Sur la question des traités avec les Amérindiens du Canada, la consultation de plusieurs ouvrages récents est indispensable : cf. Grammond S., Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones, éd. Y.Blais, Cowansville, Qu., 1995 ; Lajoie A. et alii, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, éd.Y.Blais, Cowansville, Qu., 1996 ; Morin M., *L'usurpation de la souveraineté autochtone-Le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, éd. Boréal, Bibliothèque nationale du Québec, 1997, qui constitue le principal ouvrage d'histoire du droit sur ce sujet. Pour un exemple de réactivation d'un traité conclu en 1840 en Nouvelle-Zélande (le traité de Waitangi), cf. Ian Brownlie, *Treaties and indigenous peoples*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

justifier les revendications qu'elles expriment les unes vis-à-vis des autres en s'appuyant sur les clauses prévoyant des « cessions de territoire » et des « droits exclusifs ». Les autochtones n'en sont donc pas les principaux destinataires.

En Asie également les traités s'expliquent surtout par les nécessités éprouvées par les Européens de baliser le champ de leur concurrence. Les grandes compagnies de navigation en étaient fréquemment à l'origine. Ainsi la Compagnie hollandaise des Indes Orientales en signe-t-elle en 1642 avec le Sultan de Kedah (péninsule malaise), et avec diverses autorités d'Indonésie (Aceh en 1650, Mataram en 1677, Cheribon en 1681). Au XVIII^e siècle, elle fera de même au Bengale. À la fin du XIX^e siècle, les Britanniques ont conclu avec des peuples autochtones de Birmanie des *sanads*, pactes consacrant un titre en faveur d'un chef local et précisant ses droits par rapport à ceux du Gouverneur général britannique. Mais les recherches actuelles concernant ces différents textes sont [485] difficiles : ils présentent souvent des lacunes, et leur version européenne n'est pas toujours disponible.

En Nouvelle-France en tout cas, l'étude des traités montre que la France admet toujours comme présupposé l'indépendance des peuples amérindiens.

235. LES TRAITÉS CONCLUS PAR LA FRANCE AVEC LES PEUPLES AMÉRINDIENS. - N'oublions jamais qu'à cette époque l'Amérique du Nord n'est pas une colonie de peuplement. C'est un pays très vaste, presque entièrement inconnu, où la France est soumise à la concurrence de la Grande-Bretagne. Il n'entre nullement dans ses plans de réduire les Indiens en servitude. D'une part l'entreprise serait au-dessus de ses moyens ; d'autre part, elle a besoin du consentement des Indiens pour obtenir par la voie du commerce les produits qu'elle désire, ainsi que de s'en faire des alliés sur le plan militaire contre la Grande-Bretagne et les autres peuples amérindiens qui ont conclu avec elle les mêmes alliances (les Hurons étaient en faveur des Français, les Iroquois des Britanniques). Les textes de l'époque parlent souvent de la « douceur française » à l'égard des autochtones, du moins comparée à l'attitude anglaise. Était-ce parce que les Français, moins nombreux, étaient plus dépendants des Amérindiens ? En tout cas, on comprend mieux que même qualifiés de « Sauvages » ces peuples jouissent aux yeux des Européens d'une existence juridique sur le plan international. Les statuts de la

Compagnie des Indes occidentales (créée en 1664) prévoient qu'elle pourra engager l'autorité du roi. Louis XIV lui donne les pouvoirs nécessaires pour «... traiter de paix et alliance en notre nom avec les rois et princes des pays où elle voudra faire ses habitations et commerce, et convenir avec eux des conditions et traités qui seront par nous approuvés ; en cas d'insulte, leur déclarer la guerre, les attaquer et se défendre par la voie des armes ».

En 1608, Samuel de Champlain s'installe à Stadacona (nom indien de la future ville de Québec) : la colonisation de la Nouvelle-France a commencé. Elle sera lente : en 1628, la colonie ne comprend que 76 membres, 10,000 en 1683. Montréal est fondée en 1642. Cette installation française provoque des conflits avec les autochtones (notamment les Haudenosaunees, alliés des Anglais), parfois interrompus par des traités, souvent rapidement dénoncés. En 1624, un premier traité de paix est conclu entre les Mohawk, les Français et leurs alliés autochtones. En [486] 1665, Louis XIV envoie un régiment. Un traité est conclu en décembre avec les Cayuga, Seneca et Onondaga, membres de la confédération Haudenosaunee. En 1701, une Grande Paix intervient entre la plupart des peuples autochtones de la Nouvelle-France et de la région des Grands Lacs. Les rituels autochtones sont scrupuleusement respectés ; dans le texte du traité, le Gouverneur se présente comme le père de ses enfants, les Amérindiens.

Ces traités conclus en Amérique ne sont pas les seuls à viser les autochtones. En effet, certaines clauses des traités de paix intervenus en Europe entre la France et l'Angleterre les concernent. Ainsi du traité passé en 1686 entre Louis XIV et Jacques II d'Angleterre, du traité d'Utrecht en 1713, qui aménagent la répartition des territoires coloniaux... et de leurs populations.

Mais en 1756 débute la guerre de Sept Ans. Elle se déroule à la fois en Europe et en Amérique du Nord. C'est une guerre européenne, où la plupart des grandes puissances sont impliquées : la Prusse, la Grande-Bretagne et le Hanovre dans un camp ; l'Autriche, la Saxe, la France, la Russie, la Suède et l'Espagne dans l'autre. Elles rivalisent pour le contrôle de l'Allemagne, mais aussi des colonies. La France et la Grande-Bretagne se combattent ainsi aux Indes, où cette dernière a l'avantage. Mais aussi en Amérique du Nord. Québec tombe en 1759 ; Montréal l'année suivante. La guerre se termine le 10 février 1763 avec la signature du Traité de Paris entre la France, la Grande-Bretagne, l'Espagne et le Portugal. La France abandonne à la Grande-Bretagne le Canada et toutes ses possessions à l'est du

Mississippi. Elle cède à son allié espagnol (en compensation de la perte de la Floride) la partie ouest de la Louisiane ; renonce à la Dominique, Saint-Vincent, Tobago, la Grenade et le Sénégal. Elle garde en revanche la Martinique et la Guadeloupe, et récupère cinq comptoirs aux Indes.

En 1774, l'Angleterre adopte l'Acte de Québec. Il garantit la continuité de l'usage du français et met sur pied un système juridique fondé à la fois sur le droit civil français et le droit pénal anglais. Une autre histoire commence, pour les Français et les Amérindiens.

Mais jusqu'ici, comment ces derniers avaient-ils interprété les traités qui les liaient aux Français ?

[487]

236. LES INTERPRÉTATIONS AMÉRINDIENNES DES TRAITÉS PASSÉS AVEC LA FRANCE.

- Une des difficultés de l'interprétation de ces traités tient d'abord au fait que fréquemment, nous n'en connaissons pas le contenu intégral. Dans la première phase de la colonisation ils étaient souvent sous forme orale, ou bien le texte ne nous en est pas parvenu. Il est donc fréquent que nous ne les connaissions que par des témoignages de seconde main (récits, rapports, citations, etc.). Cependant, afin d'essayer de comprendre quelle en était la vision autochtone, nous pouvons mettre en oeuvre trois critères : linguistique, rituel, de fond ²¹⁴.

Sur le plan linguistique, les Français ont du faire le premier pas, en apprenant les langues autochtones. Ce qui est un indice. Car dans leurs relations internes, les différents groupes autochtones utilisaient la langue du plus puissant. Donc, si le français n'était pas le plus souvent employé dans les relations diplomatiques et commerciales, cela signifie que les Indiens tiraient les conséquences de l'état de dépendance ainsi que de la faiblesse démographique des Blancs. Mais l'emploi de certains termes révèle des malentendus culturels. Ainsi de celui de *père*, qu'utilisaient les Français. Pour eux, dans la tradition de la monarchie d'Ancien Régime, il exprimait fortement l'autorité : le roi se présentait souvent comme le père de ses

²¹⁴ Cf. Lajoie A.- Verville P., Les traités d'alliance entre les Français et les Premières Nations sous le régime français, dans : Lajoie A. et *alii*, *op.cit.*, 143-207.

sujets. Chez les Indiens, la consonance n'est pas la même. Chez ceux où la filiation est matrilineaire, le père n'exerce pas d'autorité, l'oncle utérin étant dominant. Et chez les patrilineaires, le patriarcat ne règne pas pour autant : l'influence des femmes et des oncles maternels peut y être grande.

Les rituels sont particulièrement importants dans les sociétés qui ne connaissent pas l'écrit. On sait que le droit y est souvent formaliste : en effet, ce sont les formes symboliques qui tiennent ici lieu de mémoire. Or on constate que les Français se sont pliés aux protocoles et cérémoniels autochtones lors de la conclusion des traités, parfois consignés sur les *wampum*, et accompagnés d'échanges de cadeaux, de visiteurs et de prisonniers, et de promesses diverses. Les présents sont particulièrement importants. Ils consistent en couvertures, fusils, vêtements, tabac et alcool distribués lors de cérémonie où l'on chantait en fumant le calumet. Ils sont essentiels non seulement à la conclusion, mais au maintien des alliances, qui devaient être périodiquement renouvelées [488] pour rester en vigueur. À la longue, la métropole tenta de les réduire. D'une part en raison de l'augmentation de la charge financière qu'ils représentaient ; d'autre part parce que dans la mentalité européenne, c'était aux vassaux d'offrir des présents au roi, et non l'inverse. Mais les autorités coloniales insistèrent plusieurs fois sur leur absolue nécessité. D'ailleurs, surtout dans le cas de l'alcool, ils pouvaient rendre dépendants les Amérindiens vis-à-vis des Français.

Enfin, il pouvait arriver que les négociateurs abusent les autochtones en leur cachant une partie du contenu des traités : celle visant l'intérêt exclusif des Français. Car ceux-ci tenaient fréquemment plusieurs discours. D'une part à l'égard de la Grande-Bretagne, la rivale, en se servant des traités pour marquer le champ d'influence français. D'autre part à l'égard de la métropole, où les traités étaient présentés comme des marques d'acceptation de la souveraineté française et de l'occupation du territoire. Naturellement, il n'était pas question d'en informer les autochtones, qui auraient immédiatement repris les hostilités. D'autant plus facilement qu'étant donné la disproportion numérique, il leur aurait été relativement aisé de rejeter les Français à la mer. Au contraire, la partie des traités qui leur était visible demeurait acceptable... et acceptée : relations commerciales, engagement de non-agression mutuelle, alliance militaire contre les Amérindiens ennemis et la Grande-Bretagne, droits de passage, établissement de postes de traite, etc. Sur ces points concrets facilement vérifiables, il y avait unité d'interprétation des deux

côtés. Mais ils n'étaient pas les seuls... ce qui aboutissait, suivant les termes de M. Morin, à l'usurpation de la souveraineté autochtone.

Aujourd'hui, on tente de compenser les effets de cette dépossession.

237. LES TRAITÉS AUJOURD'HUI. - Dans certains cas, les traités peuvent sortir de l'histoire du droit et s'intégrer au droit positif. Soit en droit international, soit en droit interne.

À l'heure actuelle, l'ONU étudie attentivement les traités autrefois conclus entre les États et les autochtones. Le projet de Déclaration des droits des peuples autochtones, actuellement discuté devant la Commission des droits de l'homme, comporte un article 36 stipulant que : « Les peuples autochtones ont le droit d'exiger que les traités, accords et autres arrangements constructif conclus avec des États ou leurs successeurs soient reconnus, respectés et appliqués par les États [489] conformément à leur esprit et à leur but originels ». Une étude a été commandée par l'ONU à M.A. Martinez, en cours d'achèvement ²¹⁵ (certaines parties sont déjà disponibles). Celui-ci affirme à plusieurs reprises la nécessité d'aborder ce problème sous l'angle de l'anthropologie juridique (les travaux de l'école française sont fréquemment cités) et du pluralisme. Il recommande notamment de revenir sur le concept classique de prééminence du texte écrit pour apprécier la validité des traités. Par ailleurs, il pense que le droit de l'État colonisateur n'est pas le seul à prendre en considération. Il existait aussi des systèmes juridiques autochtones, à l'aune desquels il convient de réinterpréter les traités, afin de mieux tenir compte du sens que leur prêtaient les autochtones quand ils les ont conclus. Ces

²¹⁵ Cf. Miguel Alfonso Martinez :

- *Plan de l'Etude sur les traités, accords, et autres arrangements constructifs conclus entre les États et les populations autochtones* ; Nations Unies, Doc. E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1.

- *Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones, Rapport préliminaire* ; Nations Unies, Doc.E/CN.4/Sub.2/1991/33.

- *Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones, Premier rapport intérimaire* ; Nations Unies, Doc.E/CN.4/Sub.2/1992/32.

- Sous le même titre : *Second rapport intérimaire*, E/CN.4/Sub.2/1995/27 ; *Troisième rapport intérimaire*, E/CN.4/Sub.2/1996/23. Le dernier rapport devrait être publié au mois d'août 1998.

Pour un premier bilan, cf. Schulte Tenckhoff I., L'étude des Nations Unies sur les traités entre les peuples autochtones et les États, *Recherches amérindiennes au Québec*, XXIV-4, 1994, 17-27.

diverses initiatives ne constituent pas encore du droit positif. La Déclaration des droits des peuples autochtones n'est encore qu'un projet, modifiable par les États avant son adoption par l'Assemblée générale, probablement d'ici l'an 2000. Quant à l'étude Martinez, elle n'a en elle-même aucune valeur juridique. Cependant, ces documents indiquent une nette évolution des mentalités. D'autre part, même si les Déclarations et études de l'ONU ne sont pas juridiquement contraignantes, il arrive fréquemment que nombre de leurs dispositions passent ensuite dans des textes conventionnels, liant les États qui y souscrivent.

En droit interne, les textes sont en revanche par eux-mêmes contraignants. Ainsi la Loi constitutionnelle canadienne a-t-elle reconnu en 1982 « les droits existants-ancestraux ou issus de traités ». Pour autant, tous les traités ne s'en trouvent pas investis d'effets en droit positif. Encore faut-il déterminer si les droits qu'ils reconnaissent aux autochtones ont persisté jusqu'en 1982. Ce qui n'est pas une tâche facile. Aux tribunaux d'en décider. Ils ont déjà produit une jurisprudence assez dense, précisant notamment que ces droits ancestraux ne peuvent [490] être exercés indépendamment des lois fédérales ou provinciales canadiennes. Par ailleurs, des projets reconnaissent un droit à l'autonomie gouvernementale et le qualifient d'« inhérent » : cela veut bien dire que ce droit, jamais abrogé expressément, serait pré-existant à la colonisation. Cependant, il ne signifierait pas une autorité normative intégrale : un gouvernement autochtone ne pourrait prendre une loi contraire à la législation canadienne. Il y a donc une hiérarchie des normes. Par ailleurs, la jurisprudence a précisé que la simple réglementation d'un droit ancestral n'a pas pour effet de l'éteindre, et que l'intention du législateur d'abroger un droit ancestral doit être claire et expresse.

Il convient aussi de souligner une nette différence entre l'hémisphère occidental et le monde afro-asiatique, engendrée par le processus de décolonisation. À la suite des indépendances, des peuples jusqu'alors qualifiés d'autochtones et parties à des traités avec l'État conquérant sont devenus des États indépendants. Il n'en reste pas moins qu'à l'intérieur de ces États subsistent *de facto* de nombreux peuples autochtones, au sens actuel du terme. Cependant, ils ne sont pas dans une relation de traité avec les nouvelles autorités souveraines. Alors qu'à l'Ouest la problématique des traités demeure un mode essentiel de relations entre autochtones et États, dans la mesure où les premiers continuent à être englobés par les

seconds, et se présentent d'ailleurs comme les derniers peuples à devoir être décolonisés.

Enfin, sur un plan plus général, mais toujours en droit interne, il faut évoquer la théorie de l'intertemporalité des traités et ses possibles influences sur leurs effets en droit positif.

238. L'INTERTEMPORALITÉ DES TRAITÉS ²¹⁶. - La notion de droit intertemporel apparaît au début du siècle dans la jurisprudence internationale, mais n'est ainsi désignée qu'à partir de 1928 par l'arbitre Max Huber dans la sentence arbitrale de l'île de Palmas. Celui-ci pose deux règles afin de préciser les effets du déroulement du temps sur les traités. Elles se conditionnent l'une l'autre. La première est qu'un acte juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque, et non à celle du [491] droit en vigueur au moment où s'élève le conflit où doit être réglé un différend relatif à cet acte. Cependant, on doit prendre en compte les effets de l'écoulement du temps. D'où la seconde règle : « il faut établir une distinction entre la création du droit et le maintien de ce droit ; le même principe qui soumet un acte créateur de droit au droit en vigueur au moment où naît le droit exige que l'existence de ce droit suive les conditions requises par l'évolution du droit ». Il faut donc qu'existe une compatibilité entre le passé et le présent pour que le premier survive dans le second. Les autochtones doivent en faire la preuve. Pour P. Karpe, les collectivités autochtones doivent démontrer : la qualité initiale de traité international de la convention les liant à un autre État ; la persistance du traité jusqu'à nos jours ; l'absence de contrariété fondamentale entre son contenu et les effets invoqués aujourd'hui par les autochtones (ainsi, le traité ne devrait pas contenir de clause de cession complète de souveraineté). Ajoutons que dans le cas de situation non conventionnelle, les autochtones devraient pouvoir prouver leur qualité initiale d'État, ainsi que sa persistance, au moins partielle, jusqu'à l'époque

²¹⁶ Sur cette notion et son application aux traités passés avec les autochtones, cf. : Belkacemi N., *Contribution à l'étude des peuples autochtones en droit international et en droit interne*, Thèse de droit, Université de Montpellier I, 1996, 217- 219 ; Rouland N., Le droit intertemporel et la question néo-calédonienne, dans : Faberon J.Y., *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, La Documentation française, Paris, 1997, 142-148 ; Karpe P., La description des collectivités autochtones : la détermination de la nature des collectivités, dans : Karpe P., *Les collectivités autochtones*, thèse de droit, Université de Nancy II, en préparation.

actuelle. De plus, un risque existe. Si dans une attitude ethnocentriste (heureusement de plus en plus critiquée aujourd'hui), on considère dans le droit du passé uniquement les principes des droits européens en niant les situations de pluralisme juridique dans lesquelles s'inscrivaient ces actes diplomatiques, les autochtones peuvent se voir imposer rétroactivement des règles à l'élaboration desquelles ils n'avaient nullement participé. L'ensemble de ces conditions n'est pas facile à remplir et suppose la mobilisation de moyens importants. Cependant, l'intérêt de l'intertemporalité des traités peut être grande pour nombre de populations autochtones dans le monde... y compris pour celles de l'outre-mer français. La validité des traités passés par la France avec les Amérindiens s'inscrit dans le cadre de la succession d'État, théorie classique du droit international. Son application dépend beaucoup des circonstances précises du traité envisagé. À ce jour, la question n'a pas été discutée devant les tribunaux. Pour y répondre, il faudrait déterminer dans quelle mesure les obligations découlant d'un traité visant une portion du territoire d'un État sont transmises à un État successeur au XVIII^e siècle. Le traité de Paris de 1763 prévoit uniquement la cession du Canada et de ses dépendances, sans faire mention des peuples autochtones. On peut remarquer que les Mohawk de Montréal, qui auraient eu intérêt à invoquer ces traités n'y ont pas [492] recouru devant la Cour suprême, qui a par ailleurs reconnu leurs droits ancestraux. En fait, dans la pratique, les traités conclus entre les Britanniques et les autochtones, la Proclamation royale de 1763 et les droits reconnus par la Constitution forment un ensemble d'arguments *a priori* suffisant pour les autochtones ²¹⁷. De manière plus générale, et en-dehors de ce cas de la succession d'État, on sait que les actes passés sous la monarchie sont opposables à la République (on en a de nombreux exemples en droit administratif des biens).

Nous allons constater que la France utilisa aussi les traités pour accélérer la maîtrise foncière de ses territoires coloniaux en Afrique noire.

²¹⁷ Morin Michel, *Communication à l'auteur*, (24/06/1998).

B) La France et l'Afrique noire

239. LA CONSTITUTION DE L'EMPIRE COLONIAL FRANÇAIS ²¹⁸.

Si l'intérêt juridique de la colonisation française en Amérique du Nord est évident, celle-ci ne touche que quelques milliers d'autochtones. Au XX^e siècle, l'Empire colonial français est d'une toute autre ampleur. On désigne par le terme d'Empire l'ensemble des colonies françaises dans le monde, entre 1870 et 1939. À la veille du second conflit mondial, il est peuplé d'environ 70 millions d'habitants et couvre quelques 12 millions de km², répartis sur les cinq continents. Une première vague de colonisation se déroule sous l'Ancien Régime. Elle touche le Canada, les Antilles, et aboutit à la création de comptoirs (établissements commerciaux tenus à l'étranger par des Français, qui agissent pour leur compte ou celui de la France) au Sénégal, dans l'île de France (de nos jours l'île Maurice) et l'île Bourbon (aujourd'hui La Réunion), ainsi qu'en Inde. La deuxième phase se déroule sous la monarchie de Juillet (1830-1848) et le second Empire : en 1830 commence la colonisation de [493] l'Algérie (en 1871, 300,000 colons y sont installés), de l'Indochine, un peu plus tard de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie, réunis en 1885 dans les Établissements français de l'Océanie. Mais la véritable expansion coloniale ne commence qu'avec la III^e République : la défaite devant l'Allemagne pousse les dirigeants français à chercher outre-mer des compensations. Émile Demaret, auteur en 1898 d'une thèse de droit colonial à Toulouse, écrit : « Un cercle de fer boucle nos frontières, la France restera une grande puissance parce qu'elle est une puissance coloniale ».

Pour autant, les milieux conservateurs ne s'en satisfont pas : ils préféreraient que la France récupère l'Alsace et la Lorraine. Comme Paul Déroulède, qui s'exclame : « J'ai perdu deux enfants et vous m'offrez vingt serviteurs ! ». L'effort

²¹⁸ Pour une approche générale, cf. Girardet R., *L'idée coloniale en France (1871-1962)*, Paris, 1972 ; Marseille J., *Empire colonial et capitalisme français*, Paris, 1984. Pour une optique plus juridique, cf. Bastier J., Idées politiques et droit colonial d'après les premières thèses de droit colonial (1886-1899), dans : *Pensée politique et droit*, Presses de l'Université d'Aix-Marseille III, Aix-en-Provence, 1998, 451-479. Sur l'Afrique du Nord : cf. Barrière L.A., *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1830 à 1962*, Thèse de droit, Lyon, 1990 ; C.Bontems, La coutume kabyle et l'implantation des systèmes étrangers, dans : Doucet M., Vanderlinden J., *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruylant, Bruxelles, 1994, 77-101.

porte d'abord sur le Maghreb, puis l'Afrique noire. En 1895, la Côte d'Ivoire, la Guinée, le Dahomey, le Sénégal et le Tchad sont réunis au sein de l'Afrique Occidentale française (AOF). En Afrique équatoriale, la pénétration française est moins importante, car elle se heurte à la concurrence britannique. En 1910, le Gabon, le Congo français, l'Oubangui-Chari sont regroupés dans l'Afrique Équatoriale française (AEF). En Asie, la France crée en 1896 l'Union indochinoise. Elle comprend la colonie de Cochinchine, les protectorats de l'Annam, du Tonkin et du Cambodge, auxquels va s'ajouter le Laos en 1893.

En principe, la politique française, différente sur ce point de la britannique, vise l'assimilation des indigènes au nom de la mission civilisatrice de la France. En 1908, Pierre Daresté, un grand spécialiste de droit colonial brosse une fresque de l'évolution du droit de propriété à la manière évolutionniste. Il précise les intentions de la France : « Le législateur français se met en quelque sorte à la disposition des indigènes pour leur faciliter la dernière étape sur le chemin de la propriété privée, lorsque le développement de la civilisation et l'exemple des Européens les auront convaincus que le moment est venu de la franchir » ²¹⁹. Cependant, seuls les habitants des « vieilles colonies », héritage de l'Ancien Régime, seront considérés comme des citoyens français (mais au Sénégal, ils pouvaient conserver leur statut personnel de droit privé tout en acquérant un statut de droit public français). Ailleurs, les autochtones étaient des sujets, aux droits diminués, placés sous l'autorité [494] de fonctionnaires venus de métropole dans le cas des colonies, ou de gouvernements locaux sous tutelle française pour les protectorats. Ainsi, en Algérie, le Code de l'indigénat met en oeuvre en 1881 l'assujettissement de la population musulmane, privée dans sa majorité du droit de vote et d'éligibilité. Bien plus tard, au lendemain du second conflit mondial, on instituera un double collège électoral pour affaiblir dans ce territoire les effets de la généralisation de la citoyenneté, qui aurait donné trop d'influence à la population musulmane. D'autre part, ce mot d'ordre général de l'assimilation n'a été ni uniforme, ni constant ²²⁰. Déjà lors de la conférence de Berlin (1885), où les puissances européennes se

²¹⁹ Recueil Daresté, 1908, Doctrine, p. 1, *Le régime de la propriété foncière en Afrique occidentale*, p. 17.

²²⁰ Cf. Durand B., Le regard de l'historien, communication au colloque organisé par l'Institut de droit d'outre-mer le 19 mars 1998, (dir. Faberon J.Y., Université de Montpellier I) : « Les autochtones français : populations, peuples ? », à paraître dans les Actes du colloque, *Droit et cultures*, 1998.

partagent l'Afrique, on pense que l'association serait plus efficace que l'assimilation. Après le premier conflit mondial, on s'aperçoit du manque d'efficacité de la technique du gouvernement direct. Il faut s'appuyer sur des chefs traditionnels, mais qui soient véritablement l'émanation des sociétés locales, et non pas des créations artificielles de l'autorité coloniale, des « chefs de paille », ce que recommandait déjà en 1917 le gouverneur du Sénégal, Van Vollenhoven.

Toutes ces fluctuations demanderaient une analyse détaillée, hors de proportion avec l'objet de cet ouvrage. Aussi nous limiterons nous à des considérations d'ordre général, toutefois appuyées par quelques exemples plus précis d'interaction entre le droit français et les droits locaux.

1) Les principales transformations

Nous en choisirons deux : l'introduction du droit écrit, l'institution du dualisme judiciaire.

240. L'INTRODUCTION DU DROIT ÉCRIT. - Nous connaissons déjà les conséquences du passage d'un système juridique oral à une forme écrite ²²¹. L'écrit n'était pas tout à fait inconnu en Afrique noire, ne serait-ce qu'en raison de la pénétration de l'islam dans certaines de ses zones. Sous la colonisation française, le droit écrit devient le droit commun, exception faite des matières qui lui échappent par décision du [495] législateur colonial. Qu'il s'agisse du droit d'origine métropolitaine ou des coutumes rédigées sur place, il est gouverné par le principe du respect de l'ordre public colonial. Celui-ci condamne certaines pratiques traditionnelles, telles que l'esclavage, les guerres privées, l'anthropophagie ou les crimes rituels. De ce point de vue, l'article 75 du décret du 10 novembre 1903 est très comparable au statut-type des colonies anglaises : « La justice indigène appliquera en toute matière les coutumes locales, en tout ce qu'elles n'ont pas de contraire aux principes de la civilisation française. Dans le cas où des châtiments corporels seraient prévus, il leur sera substitué l'emprisonnement ». Dix ans plus tard, le Gouverneur général W. Ponty précisera que la limitation d'ordre pu-

²²¹ Cf. *supra*, pp.420-424.

blic s'applique non seulement au droit pénal, mais à toutes les matières. Pas plus que son homologue britannique, le législateur français ne se préoccupe de la définition de la coutume, et moins encore d'une analyse de la logique coutumière, les laissant aux anthropologues, qui d'ailleurs ne manifestent guère d'intérêt pour les questions juridiques.

Ceci dit, il existe pour l'indigène des possibilités de rejoindre le droit français. Essentiellement par glissements partiels. Ainsi de l'immatriculation des terres permettant l'accès à la propriété privée à la française, ou encore de la renonciation au statut personnel (mais cette dernière n'est à vrai dire possible qu'à partir de 1946, où elle est prévue par l'article 82 de la Constitution). Malgré les recommandations faites au début du siècle par le Gouverneur Van Vollenhoven, la chefferie traditionnelle devient progressivement un rouage administratif au service de l'autorité coloniale. En 1927, un arrêté réorganise l'école des fils de chefs, dont les candidats sont recrutés par concours dans les familles de notables parmi des titulaires du certificat d'études. En 1930 une circulaire parle de la nécessité « en certaines circonstances, de faire résolument table rase de l'armature traditionnelle (...) pour lui substituer au besoin un cadre construit de toutes pièces » ²²². De plus, l'enseignement du droit ne réserve qu'une place très réduite aux droits coutumiers et religieux, supposés devoir disparaître avec les progrès de la civilisation. Le droit musulman, parce qu'écrit et donc plus proche de la conception positiviste du droit, est malgré tout mieux traité que les « coutumes » africaines, comble de la primitivité. (Une attitude semblable est adoptée [496] aux Indes en ce qui concerne le droit hindou). Il y a donc bien pluralisme juridique, mais selon une hiérarchie défavorable aux autochtones. On la retrouve en ce qui concerne les systèmes judiciaires.

241. LE PLURALISME JUDICIAIRE. - La hiérarchisation des droits se double en effet d'un dualisme juridictionnel. La France institue un ordre judiciaire principal, calqué sur le modèle métropolitain. Il est flanqué de juridictions indigènes compétentes en matière de litiges relatifs aux Africains relevant des statuts personnels. Le décret du 22 mai 1924 organise une juridiction à deux degrés. Cel-

²²² Cf. Coquery-Vidrovitch C., A propos des racines historiques du pouvoir : « chefferie » et « tribalisme », *Pouvoirs*, 25, 1983, 55.

le du premier degré est présidée par un indigène, en principe pour que le respect des coutumes soit plus efficace ; celle du second degré est confiée à deux représentants de l'administration locale. Mais la coutume demeure sous contrôle. D'une part des inspections vérifient la conformité à l'ordre public colonial des décisions prises ; d'autre part, les voies de recours exercées contre elles aboutissent finalement à un magistrat ou un fonctionnaire d'origine française. À partir des années trente sont créés des tribunaux coutumiers destinés à connaître des litiges civils, présidés par l'administrateur entouré de notables africains, choisis moins pour leur connaissance des coutumes qu'en raison de leur autorité politique. Les décrets du 3 décembre 1931 (pour l'AOF) et du 29 mai 1936 (pour l'AEF) précisent que les présidents des juridictions doivent être des fonctionnaires français. En fait, ces juridictions indigènes assurent moins le respect du droit traditionnel qu'elles ne contribuent à former un droit acculturé, le droit dit « coutumier ». Ainsi appliquent-elles les dispositions législatives rendant obligatoire le consentement des femmes au mariage, ou interviennent-elles dans des matières (notamment économiques) pour lesquelles le droit traditionnel est muet. Par ailleurs, dans de nombreux litiges, les autochtones peuvent décider d'opter pour les juridictions de type français, qui pouvaient alors connaître aussi bien du droit coutumier que du droit français.

Cet ordre juridique et judiciaire inégal fut-il imposé par la France au moyen de la seule contrainte ?

242. LA COLLABORATION DES AFRICAINS À L'ORDRE NOUVEAU. - Nous savons que la demande en esclaves africains de la part des Occidentaux (et aussi des musulmans) fut alimentée par les autorités [497] traditionnelles elles-mêmes, augmentant ainsi le nombre des affrontements guerriers entre Africains, pourvoyeurs de cette main-d'oeuvre. De même, il serait puéril d'imaginer que ceux-ci formèrent un front uni contre la colonisation européenne. Comme l'a bien montré M. Godelier, dans toutes les sociétés (en situation coloniale ou non), le maintien à long terme d'une domination ne peut se baser sur la seule violence. Elle suppose aussi le consentement de la part des dominés, notamment exprimé par le partage d'un certain nombre de représentations : «... il faut que l'exer-

cice du pouvoir apparaisse comme un *service* que rendent les dominants aux dominés et qui crée chez ceux-ci une *dette* à leur égard, une dette qu'ils doivent honorer par le don de leurs richesses, de leur travail, de leurs services, voire de leur vie » ²²³. Plus provoquant, H. Brunschwig affirme même :

«... la « colonisation » de l'Afrique noire française, c'est-à-dire son évolution récente, politique, économique, sociale et culturelle, a été le fait, autant et plus que des Blancs, des Noirs (...) Le débat colonial, en réalité, n'était pas entre Blancs et Noirs, mais entre tradition et innovation et, sur place, les partisans de l'innovation ont souvent été des Noirs » ²²⁴.

Les Noirs ou des Noirs ? La question mérite d'être posée. Car les convertis à la civilisation ne peuvent être confondus avec l'ensemble de la population. Leur condition est diverse. Il peut s'agir soit de lettrés acquis à l'assimilation, soit de chefs traditionnels investis par l'autorité coloniale d'un supplément de pouvoir qu'ils exercent bien volontiers, ou encore de collaborateurs volontaires (gardes, porteurs, miliciens, cuisiniers, domestiques, etc.) qui envoient leurs enfants à l'école, creuset où se forment les nouvelles élites, qui deviendront plus tard (elles ou leurs descendants) les dirigeants des nouveaux États, après les indépendances. Comme le résume bien J. Vanderlinden : « La réception globale dans la continuité est la règle pour l'ensemble des États africains au moment de leur accession à l'indépendance. Aucun d'entre eux n'envisage en effet de faire table rase du système juridique que lui lègue le colonisateur » ²²⁵. Cela pour plusieurs raisons : souci de l'unité nationale, faiblesse de l'encadrement local qui favorise le maintien en fonction de techniciens étrangers le plus souvent issus des [498] anciens cadres de la colonisation. Un nouveau dualisme apparaît, qui oppose le droit officiel de l'État aux autres formes juridiques, le droit coutumier étant dévalorisé en raison de son « archaïsme ». La dualité juridictionnelle disparaît au détriment des juridictions indigènes et au profit des juridictions appliquant ce droit étatique. L'indépendance acquise, la colonisation juridique continue donc.

²²³ Cf. Godelier M., *L'idéal et le matériel*, Paris, Fayard, 1984, 25.

²²⁴ Cf. Brunschwig H., *Noirs et Blancs dans l'Afrique noire française*, Paris, Flammarion, 1983, pp. 11 et 212.

²²⁵ Cf. Vanderlinden J., *Les systèmes juridiques africains*, PUF, Paris, 1983, 57.

Cependant, comme le soulignent E. Le Roy et M. Wane ²²⁶, un phénomène imprévu s'est produit dans les États francophones, qui ont supprimé des juridictions indigènes. Il est résulté de cette mesure un vide judiciaire : le nombre total des juridictions diminue, elles se concentrent surtout dans les zones urbaines. Les pratiques traditionnelles que l'on voulait étouffer ont au contraire pu se développer plus librement. Les membres des anciennes juridictions indigènes se sont transformés en amiable compositeurs, agissant comme des organes non officiels de conciliation entre les parties, et utilisant les moyens du droit traditionnel : prévention, conciliation, flexibilité des sentences, etc. D'autre part, le droit officiel lui-même a pu subir des influences l'éloignant de celui de l'ancien colonisateur. Soit la rupture fut brutale : celle des États qui ont choisi la voie révolutionnaire, et furent aidés par l'URSS, Cuba ou la Chine. Soit elle fut progressive, et d'intensité variable suivant les pays. Elle dépendit alors de divers facteurs : remplacement des techniciens de l'ancienne puissance par ceux d'autres nationalités, africanisation de l'enseignement (et des enseignants) du droit.

2) L'interaction entre le droit français et les droits locaux

Nous prendrons deux exemples : le droit foncier, les conventions indigènes.

243. LA LOI COLONIALE ET L'APPROPRIATION DU SOL. - Comme le fait observer B. Moleur ²²⁷, le colonisateur français se trouve pris dans une contradiction. D'un côté, la justification de l'aventure française outre-mer réside dans l'assimilation des indigènes. Elle doit notamment aboutir à l'application de la conception civiliste à la propriété du sol. [499] Mais d'autre part, celle-ci ne correspond en rien aux coutumes indigènes ; de plus, ce transfert signifierait que dès à présent, l'autochtone est l'égal du colonisateur, ce qui n'est nullement accep-

²²⁶ Cf. Le Roy E.- Wane Mamadou, La formation des droits « non-étatiques », dans : *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Nouvelles éditions africaines, 1982, 97 sq.

²²⁷ Cf. Moleur B., La loi coloniale, son idéologie et ses contradictions, dans : Verdier R.- Rochegude A. (dir.), *Systèmes fonciers à la ville et au village*, Paris, L'Harmattan, 1986, 79-100.

té, surtout sur place. Enfin, l'écho des doctrines de Vattel ²²⁸ se fait entendre : l'indigène n'utilise pas le sol de manière rationnelle. Donc, on ne peut lui en reconnaître la maîtrise qu'après vérification, notamment de son intention de se comporter de façon moderne. Comme l'a écrit Boudillon (un spécialiste du droit foncier) en 1907 : « La question de la mise en valeur du sol qui dans la métropole a cessé complètement ou à peu près de se poser, constitue au contraire le point capital d'un programme de colonisation tel qu'il se conçoit à notre époque ».

Dans un premier temps, l'État français soutient que sa maîtrise du sol repose sur sa succession aux souverains pré-coloniaux. Cette attitude concerne surtout le Sénégal, colonie ancienne. Au début du XIX^{ème} siècle, des mouvements hostiles à l'esclavage se propagent un peu partout en Europe. La France l'abolit en 1848, après la Grande-Bretagne. À quoi va servir l'Afrique ? Une mutation s'impose, qui consiste à la mettre en culture. L'État doit donc juridiquement fonder sa maîtrise du sol. Il le fera soit en se prévalant de l'annexion consécutive à la conquête militaire, qui fait de lui le successeur des autorités traditionnelles ; soit en s'appuyant sur des anciens traités montrant d'après lui que le roi de France avait acquis ici ou là une certaine partie du sol des souverains pré-coloniaux. Au début du siècle, des changements interviennent, notamment sous l'influence de certains anthropologues. Mais surtout, les juristes écrivent de plus en plus que cette théorie est inconciliable avec la mission civilisatrice de la France, qui ne peut se proclamer le successeur de souverains « barbares », imposant des coutumes cruelles à leurs peuples. Il fallait trouver autre chose.

D'abord, la qualification de « terres vacantes et sans maître », tirée des articles 539 et 713 du Code civil, relatifs aux biens sans maîtres ou à l'abandon. Le décret du 23 octobre 1904 règle dans ce sens la question du domaine pour l'ensemble de l'AOF ; en 1935 cependant, un autre décret précise que pour recevoir cette qualification, la terre doit être inexploitée ou inoccupée depuis plus de dix ans. Évidemment, ceci était difficilement compréhensible pour le paysan africain, tout à fait étranger à l'idée de prescription extinctive d'un droit établi des [500] décennies auparavant. D'autre part, plus subtile, l'immatriculation est un autre aspect de la dévaluation du droit autochtone. Le législateur français l'opéra par transfert d'une institution venue des droits anglo-saxons, le système Torrens, du nom de

²²⁸ Cf. *supra*, pp.478-479.

son initiateur. Le *Torrens Act* est une loi de 1857 par laquelle des titres de propriété devaient être attribués aux possesseurs de terre en Australie du Sud. Il fut étendu à de nombreux territoires anglo-saxons en voie de peuplement (Honduras britannique en 1858, Utah en 1917, etc.). Il entre dans le droit colonial français en vertu du décret foncier du 26 juillet 1906, valable pour toute l'AOF, qui repose sur le principe de l'immatriculation des immeubles au registre foncier. Les indigènes qui veulent se voir reconnaître un titre de propriété individuelle sûr et définitif doivent passer par la procédure instituée par le décret. Il leur faut obtenir un certificat du maire de leur commune ou de l'administrateur de leur circonscription constatant les modalités de détention du sol. Si le détenteur exploite le sol de façon « rationnelle », c'est-à-dire productive et moderne, à l'européenne, l'autorité lui délivre ce certificat. Dans le cas contraire, il reste dans la précarité du droit coutumier, inférieur à celui du colonisateur, et sous la menace d'une affirmation des droits de l'État sur l'immeuble concerné. Dans la pratique, fort peu de terres furent immatriculées, le paysan préférant suivre ses coutumes.

Le colonisateur eut-il plus de succès dans ses tentatives de réglementation des conventions indigènes ?

244. LA LOI COLONIALE ET LES CONVENTIONS INDIGÈNES ²²⁹. -

On peut reprendre la définition des conventions indigènes donnée par H. Légré, un universitaire africain : «... tous les actes juridiques qu'établissent les indigènes au regard de la coutume pour produire des effets de droit ou préserver l'équilibre intercommunautaire. Il en découle que les conventions indigènes recouvrent de vastes domaines juridiques, politiques, et religieux du système normatif des sociétés impliquées dans la « situation coloniale ». Elles incluent à la fois les *alliances matrimoniales* (la dot, les échanges de femmes), les *sûretés coutumières* (la mise en gage d'une personne physique, les représailles collectives, les pactes rituels). L'auteur poursuit en distinguant [501] deux types de conventions. Tout d'abord, celles dont on vient de définir l'objet. Mais aussi d'autres, qui relèvent du secret et appartiennent aux sociétés à initiation. Elles peuvent impliquer la mort. Ainsi des

²²⁹ Cf. Légré H., *Les conventions indigènes et la législation coloniale (1893- 1946)*, Abidjan, éd. Neter, 1994 ; John-Nambo J., Le contrat de vente immobilière entre citoyens français et indigènes en Afrique noire coloniale (Sénégal, Gabon, Cameroun), à paraître dans *Recueil Penant*.

pratiques des « bois sacrés », fatales aux délinquants récidivistes : ils ne reviennent jamais de la forêt. En Côte d'Ivoire, on dépose un bâton devant la porte de la maison de leurs parents pour les avertir. Ces actes sont occultes et échappent à la réglementation coloniale, comme à celle actuelle : nous n'en parlerons pas ici. Celles qui nous intéressent mettent en jeu des communautés, agissant par l'intermédiaire de leurs représentants. Alors que dans notre droit positif, l'individu apparaît en premier.

Pendant une courte période (1893-1901), les conventions indigènes ont été tolérées, bien qu'elles aient pu être en opposition avec la législation coloniale. Ainsi l'article 538 du Code civil qualifie de « dépendances du domaine public (...) les rivières navigables ou flottables, les rivages... ». Ils appartiennent donc à l'État français. Or dans les sociétés lagunaires et celles de la côte atlantique, ces mêmes objets faisaient partie des domaines inaliénables de la communauté, et ne pouvaient donc être attribués à l'État. L'administration ferma les yeux. Mais à partir de 1902 jusqu'en 1946, le colonisateur va choisir d'intervenir afin de réformer les mœurs qui lui paraissent contraires à la civilisation.

Tout d'abord, l'introduction de l'écrit. Le décret Fallières du 2 mai 1906 l'impose dans la rédaction des contrats : des formulaires sont distribués aux indigènes, et vérifiés une fois remplis. Ils doivent indiquer leur nom, leur demeure et énumérer précisément les engagements souscrits. Cela peut paraître anodin. Pourtant, ces mesures ne le sont pas. D'une part, elles favorisent l'individualisation des rapports juridiques contre les appartenances communautaires ; permettent par la mention du domicile le contrôle par l'administration des mouvements de population, et enfin accélèrent le processus d'établissement des pièces d'identité. D'autre part, comme la plupart des indigènes sont incapables de remplir les formulaires, ceux-ci sont en fait rédigés par des intermédiaires auxquels il arrive d'« adapter » le contenu des obligations.

Autre problème, celui de l'esclavage, aboli en France depuis un demi-siècle. Restait l'esclavage africain, bien réel. H. Legré fait ainsi remarquer que chez les Bété, Dida, et d'autres groupes, un terme existe pour désigner l'esclave : *guiyou*, « celui qui est dans les liens ». Comme [502] à Rome, le membre de la communauté ne peut être esclave (dans la Rome antique, le citoyen romain condamné à l'esclavage devait être vendu *trans tiberim*, au-delà du Tibre). Les esclaves sont des captifs de guerre. Ou bien encore, des membres d'une communauté débitrice

mis en gage dans la communauté créancière : ils peuvent devenir définitivement esclaves, mais ont aussi la possibilité de se marier dans leur nouvelle communauté. Enfin, une communauté vaincue peut offrir un de ses membres en guise de dommages et intérêts pour mettre fin au conflit armé. On le nomme alors « hypothèque de guerre » ; il se marie généralement à un autre esclave. Les esclaves étaient exclus du pouvoir et de la répartition des terres ; ils n'avaient droit à aucune sépulture, ni à un culte funéraire. Un décret du 12 décembre 1905 entend mettre fin à ces pratiques : « Quiconque sur les territoires de l'Afrique occidentale française et de l'Afrique équatorienne française, aura conclu une convention ayant pour objet d'aliéner, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, la liberté d'une tierce personne, sera puni d'un emprisonnement de 2 à 5 ans, et d'une amende de 500 à 5,000 francs », (soit de 10,000 à 100,000 francs actuels). Ces pénalités sont très lourdes. Pourtant, dans les dix ans qui suivent, ces conventions se multiplient. En effet, les administrateurs coloniaux sont réticents. Ils font valoir qu'une pareille suppression risque de déstabiliser les sociétés visées ; de plus, faute de mieux, les anciens esclaves continueront à travailler chez leurs maîtres.

Enfin, la dot. Pour le colonisateur, c'est un prix d'achat de la fiancée, donc une sorte d'esclavage. De fait, plus la fiancée est belle, plus la famille du fiancé se situe un niveau social éloigné de celui de la famille de sa future épouse, plus la dot est élevée. Toute mesure la touchant aboutit à modifier les équilibres sociaux existant. Sans la supprimer, le législateur colonial s'efforcera de réduire son montant, afin de minimiser ses effets. Même après les indépendances, les nouveaux législateurs poursuivront ces efforts, sans beaucoup de succès.

Mais au fond, n'ont-ils pas raison ?

245. EST-IL EST LÉGITIME D'ALTÉRER LES COUTUMES ? - En général, les coutumes ont mauvaise presse chez les partisans du développement, juristes ou économistes. En revanche, les anthropologues ont souvent tendance à les sacraliser. Au risque de mécontenter les uns et les autres, nous adopterons une position médiane. Certaines coutumes [503] nous paraissent indéfendables, même au nom du respect des particularismes : on ne voit pas comment admettre l'infanticide, l'esclavage, l'excision, le bandage des pieds, etc. Bien entendu, l'historien ou l'anthropologue peuvent scientifiquement les expliquer. De plus, on peut ad-

mettre qu'on doive porter une appréciation différente des mêmes actes suivant leur contexte : condamnable, l'excision ne peut être appréciée de la même manière dans la savane africaine ou en région parisienne. Mais cela ne suffit pas à effacer la légitimité de leur répression, et plus encore de leur prévention. Cependant, on doit tout aussi vigoureusement dénoncer la pratique de l'*amalgame*, très souvent employée par les juristes occidentaux. Il est en effet intellectuellement malhonnête de condamner en bloc les coutumes au nom de l'inhumanité de la lapidation de la femme adultère ou de l'excision des petites filles. D'une part, toutes les coutumes ne sont pas de cette veine. Le rapport des autochtones à la terre, leur système de nomination, leurs mode d'adoption, leurs pratiques de solidarité méritent toute notre considération : de cela aussi il faut parler, quand on entend juger les coutumes. D'autre part, comme nous l'avons souvent écrit, la coutume est abusivement confondue avec le mode coutumier de formation du droit. Les coutumes ne sont pas un bloc inaltérable tombant du passé. La coutume est un mode de formation du droit vivant : tous les juristes le reconnaissent en vantant sa souplesse. Le mépris dont elle est victime tient moins à son « archaïsme », prétexte commode à condition de bien choisir ses exemples, qu'au fait qu'elle peut échapper à l'État et à ses dirigeants dans sa formation quand elle est vraiment populaire. Or nous savons que l'État moderne tend à s'arroger le monopole de la définition du droit. Il n'aime pas les droits nomades.

Pour aller plus loin

246 INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES.- Sur l'expansion du droit français en Europe, outre les ouvrages cités dans les notes de ce chapitre, on se reportera aux Actes du Colloque : *Influence du modèle judiciaire français en Europe sous la Révolution et l'Empire*, 4-6 juin 1998, Université de Lille III, à paraître.

Sur la question des peuples autochtones, on consultera la bibliographie citée dans N. Rouland (dir.), S. Pierré-Caps, J. Poumarède, *op.cit.* (*Droit des minorités et des peuples autochtones*), 383-384. De manière générale, voir Olive Patricia Dickason, *Le mythe du [504] Sauvage*, Éditions du Félin, Paris, 1995, pour une approche d'ordre historique. Les problèmes d'histoire de la pensée juridique sont

très bien traités dans A. Williams Jr., *The american Indian in western legal thought*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1990, qui contient une précieuse bibliographie. I. Schulte-Tenckhoff, *La question des peuples autochtones*, Bruylant, Bruxelles/L. G. D. J., Paris, 1997 concerne davantage la période actuelle (voir notre compte-rendu dans *Revue française de Droit constitutionnel*, 31, 1997, 669-672). La question des traités est abordée par A. Williams Jr., *The rights and status of indigenous peoples under international law during the classical era treaty period (1600-1840)*, *Law and anthropology*, 5, 1990, 237-255 ; voir surtout les ouvrages de M. Morin et A. Lajoie *cit. supra*, 483, n.1 (nous leur avons consacré un compte-rendu dans *Droit et Société*, 39, 1998, 16-20). On lira aussi les développements que lui consacre N. Belkacemi, *Contribution à l'étude des peuples autochtones en droit international et en droit interne*, qui est à notre connaissance la première thèse récente française consacrée aux peuples autochtones (Thèse de droit, Montpellier I, 1996), (cf. notre compte-rendu dans *Revue française de Droit constitutionnel*, 31, 1997, 669-672).

Nous n'avons pu traiter ici qu'une infime partie des problèmes posés par l'expansion du droit français hors d'Europe, qui concerna d'autres pays que l'Amérique du Nord ou l'Afrique noire. La réception du droit français en Inde est aussi d'un grand intérêt. Pour en saisir quelques aperçus, on pourra lire : J.C. Bonnan, *Une juridiction française en Inde : le tribunal de la Chaudrie à Pondichéry*, *Droit et cultures*, 22, 1991, 68-74, ainsi que, du même auteur, une très utile *Bibliographie critique des ouvrages parus sur le droit de l'Inde ancienne entre 1985 et 1988*, *ibid.*, 75-93. Toujours du même auteur, cf. *L'adoption en Inde française - Étude de la jurisprudence des cours et tribunaux de Pondichéry au XVIIIe et XIXème siècles*, *Droit et cultures*, 23-1992, 87-108 ; *Deux siècles d'adoption à Pondichéry-Jurisprudence et législation en droit franco-indien*, *Droit et cultures*, 25-1993, 9-40 ; *Islam et intégration-Adoption et échanges chez les musulmans de Pondichéry au XVIIIe siècle*, *Droit et cultures*, 27, 1994, 77-104. Toujours sur l'Inde, voir aussi : D. Deschamps, *Une citoyenneté différée-Cens civique et assimilation des indigènes dans les établissements français de l'Inde*, *Revue française de Science Politique*, 47, 1, février 1997, 49-69. On peut aussi s'intéresser à l'introduction par Bonaparte du droit français en Égypte : cf. El Sayed Yassin, *Development of plural structure of law in Egypt, a sunni-islamic society*, dans : Masaji

Chiba (ed.), *Asian indigenous law*, Routledge and Kegan Paul, London/New York, 1986, 13-80.

247 LES TRANSFERTS DE DROIT DANS L'ANTIQUITÉ : LE RÊVE ALEXANDRIN.- L'Antiquité classique est une époque particulièrement favorable à l'étude des transferts de droit. Les emprunts de droit pouvaient se réaliser sous forme volontaire, de cité à cité. Les lois de Zaleucos, le législateur de Locres (663 av. J.-C), sont imitées vers 630 par Charondas à Catane, qui les interprète dans un sens plus démocratique et en fait un code, destiné à remplacer les coutumes. Ce code remporte à son tour un très grand succès. Il est copié à Rhegium, Cumès et d'autres villes ; passe en Asie et servira plus tard de modèle aux lois de Syracuse. Mais ces transferts peuvent aussi être imposés : Sparte et Athènes agissaient ainsi envers leurs cités alliées. Cependant, les voyages du droit peuvent s'effectuer sur de plus grandes distances.

Autour de la Méditerranée, les systèmes juridiques circulent, au gré de la fortune des Grecs et des Romains. Les Grecs connaissaient même l'Afrique noire. Dans l'Iliade, tous les dieux, guidés par Zeus, se rendent chez les *Aithiopes* (les « visages brûlés »), les Nègres, pour y festoyer (Homère, *L'Iliade*, I, 423). À la fin du poème, Iris retourne « dans la terre des Nègres, au pays où ils offrent des hécatombes aux immortels ». Hérodote et Diodore de Sicile en parlent dans leurs ouvrages. Dans l'ensemble, les Grecs ne semblent pas avoir éprouvé à leur rencontre de préjugés d'ordre racial ; on relève beaucoup de témoignages positifs à leur [505] sujet (cf. A. Bourgeois, *La Grèce antique devant la négritude*, Présence africaine, Paris, 1971). Mais l'essentiel pour notre propos se passe plus au nord.

Rappelons d'abord le rêve alexandrin. Il aurait pu fusionner l'Occident et l'Asie, bien avant que ne naisse l'islam, et après quelques siècles, peut-être permettre la rencontre entre le bouddhisme et le christianisme (Le roi Açoka (264-226 av. J.-C) veut propager le bouddhisme parmi les Grecs, et fait traduire ses édits à leur intention).

La position généreuse évoquée au sujet des Noirs ne va à vrai dire pas de soi dans la mentalité grecque. En effet, forts de leur victoire contre les Perses après les guerres médiques (Ve siècle av. J.-C), les Grecs traitent les Barbares de haut : ainsi sont qualifiés tous ceux qui ne sont pas de culture grecque. De plus, les mé-

tissages sont mal vus. Platon (428-347 av. J.-C) évoque avec horreur ce qui serait advenu de la Grèce si les Perses l'avaient vaincue : « Toutes les souches grecques seraient mêlées, et les grecques avec les barbares, et les barbares avec les grecques, comme les régions que dominant actuellement les Perses vivent dans un éparpillement lamentable, à force de dispersions et de brassages » (*Les lois*, III, 693 A). Le philosophe vivait peu de temps avant Alexandre le Grand (356-323). Aristote fut le précepteur de ce dernier. Alexandre défait les Perses et est accueilli en Égypte en libérateur. Il y fonde en 331 la ville d'Alexandrie. La même année, il va en pèlerinage à Siwah au grand temple et à l'oracle d'Amon-Rê, le dieu égyptien du soleil, et lui demande de le reconnaître pour son fils. Il conquiert bientôt l'Afghanistan et le Baluchistan actuels, auxquels il faut ajouter la Bactriane et la Sogdiane, le Turkestan d'aujourd'hui. Afin de parachever sa victoire sur l'Empire perse qui avait compris pendant un certain temps une partie de l'Inde occidentale, il traverse l'Indus et envahit le Panjab en 326. Il n'a que trente ans, et mourra de maladie trois ans plus tard.

Outre son ampleur, son aventure est restée célèbre par la politique pluri-ethnique qu'on lui prête. Il se marie avec une princesse de Bactriane, Roxane ; puis avec Barsine, fille aînée de l'empereur perse Darius III, son ennemi vaincu. Il encourage ses généraux à prendre des épouses perses : célébrées en 324, les noces de Suse sont restées célèbres. Il essaie de favoriser l'établissement de Grecs en Asie, mais souvent les transferts de population se heurtent à l'hostilité des autochtones. En revanche, la création de villes neuves (il y eut beaucoup d'Alexandrie) rencontra plus de succès, et elles virent voisiner différentes populations. Il incorpora aussi par milliers des « Barbares » dans son armée. Enfin, il établit une équivalence monétaire entre la darique (monnaie perse) et le système grec, basé sur la drachme athénienne : la nouvelle monnaie (les alexandrins) restera en usage jusqu'à l'époque romaine. Mais ces innovations n'étaient pas du goût de tous : beaucoup de Grecs y étaient hostiles. D'autre part, malgré la légende (qui doit beaucoup à des auteurs comme Arrien ou Plutarque), mieux vaut ne pas transformer le conquérant en inventeur d'une nouvelle fraternité humaine dans une ambiance interculturelle. Son attitude procède incontestablement d'une ouverture d'esprit remarquable, mais il cherchait surtout à former un nouveau groupe de dirigeants en raison de la pénurie d'éléments grecs d'encadrement. D'ailleurs, la fusion ne se réalisa guère qu'au niveau des élites militaires et indo-européennes (Gréco-

macédoniens et Iraniens, à l'exclusion des « barbares » sémites). Quoi qu'il en soit, les successeurs d'Alexandre (les *diadoques*) ne furent pas à sa hauteur. Incapables de concevoir une doctrine politique de l'Empire, toujours rivaux, ils ne surent empêcher le morcellement des territoires conquis. Antiochos, fils de Séleucos, ancien commandant de la cavalerie d'Alexandre, règnera sur l'Asie ; Ptolémée aura l'Égypte et la Libye.

On aimerait connaître tout particulièrement dans le nord de l'Inde actuelle (territoires asiatiques) ce que représenta la rencontre entre les cultures grecque et indienne. Dans le royaume de Gandhara, conquis en 327 par Alexandre, un art raffiné prend naissance, mélange d'éléments grecs et indiens, dont plusieurs pièces nous sont parvenues, notamment dans la statuaire : bouddhas drapés dans des toges grecques, statues indianisées d'Athéna. Nous ne saurons jamais s'il exista des équivalents dans le domaine juridique : les documents nous [506] font défaut. Prenons cependant un des très rares exemples, celui du traité conclu en 303 entre Séleucos I et le roi indien Chandragupta, portant sur les provinces comprises par Alexandre au sud de l'Hindukush, par lequel le Grec consent à des concessions territoriales. Ce traité contient une clause d'épigamie. Elle reconnaît une valeur juridique aux mariages mixtes entre Hellènes et Indiens. Ce qui n'allait pas de soi. En effet, dans la société indienne traditionnelle, le mariage hors caste est prohibé. Or, les étrangers ne participent pas au système des castes. On pense que le problème a été résolu par la création d'une caste spéciale pour les Grecs. Ils n'auraient plus été des *mleccha*, des étrangers non-aryens, mais des *kshatriya* (caste des guerriers)... dégénérés. Quoi qu'il en soit, la clause d'épigamie était une garantie fournie par le nouveau souverain indien aux Grecs habitant les territoires cédés par le traité. Le droit grec perdant sa prééminence, Séleucos aurait voulu fournir à ses compatriotes ce point d'appui des unions mixtes. (Cf. P. Bernard, *Fouilles d'Aï Khanoum*, IV, Mémoires de la délégation archéologique française en Afghanistan, tome XXVIII, De Boccard, Paris, 1985, 92-95).

248. L'ÉGYPTE GRÉCO-ROMAINE. - En Égypte règne la dynastie lagide, issue de Ptolémée, fils de Lagos. L'administration est aux mains des colonisateurs. À partir du milieu du deuxième siècle av. J.-C, l'influence de Rome se fait sentir. Cléopâtre, qui fut la maîtresse de César (dont elle eut un fils, éliminé après la mort de sa mère), se suicide en 30 av. J.-C, après la prise d'Alexandrie par

Octavien. L'Égypte va demeurer une province romaine durant près de sept siècles. Les empereurs romains surent ménager le clergé afin d'obtenir son ralliement. Ils embellirent les temples commencés sous les Ptolémées, y faisant parfois graver leur propre nom, à la manière des pharaons ; les cultes égyptiens d'Isis et de Sarapis s'étendirent dans tout le monde gréco-romain (on en voit les vestiges à Pompéi).

Le pluralisme juridique est la règle. Plusieurs droits coexistent, en général hiérarchisés, mais entre lesquels les justiciables semblent avoir joui d'une grande liberté d'option. Dans d'autres parties de l'Empire romain, les documents nous manquent cruellement pour saisir ce pluralisme en action, dans les actes de la pratique. Mais en Égypte, en raison de la sécheresse du climat, les papyrus nous sont parvenus en assez grand nombre pour qu'on puisse tenter quelques généralisations.

Les Ptolémées ne cherchent nullement à uniformiser le droit. D'une part, les Égyptiens se méfient des étrangers, surtout dans le domaine religieux, part déterminante de leur culture. Le Grec peut pénétrer dans la cour des temples (des mercenaires ont gravé leurs noms sur les pieds des colosses d'Abou-Simbel), mais ne doit pas aller plus avant. Sur les murs des temples (notamment à Philae et Dendara) il est écrit : « C'est ici un lieu mystérieux et secret. Interdis-en l'accès aux Asiatiques. Que le Phénicien ne s'en approche pas ; que le Grec n'y entre pas, ni le Bédouin », ou encore : « L'Asiatique ne doit pas entrer dans la maison de vie ; il ne doit pas la voir ». D'où le rôle crucial de la traduction. Les érudits sont contre. Traduire un texte sacré, c'est livrer à l'étranger une partie du pouvoir du dieu. Les milieux populaires y sont plus favorables, afin que les étrangers puissent eux aussi connaître la révélation. En tout cas, les Grecs ne cherchent pas à éliminer la langue égyptienne. De toute façon, aucun laïque ne savait lire les inscriptions hiéroglyphiques gravées aux murs des temples aux époques ptolémaïque et romaine. Mais jusqu'au deuxième siècle après J.-C., beaucoup de contrats sont rédigés en démotique, l'écriture populaire. Certains comportent des résumés en grec. Déjà les Perses durant leur période d'occupation de l'Égypte avaient fait rédiger des stèles multilingues. De leur côté, les Grecs conservent leur langue, comme nous le montrent les inscriptions et les papyrus. À l'école, l'enfant grec copie de l'Homère, tandis que son camarade égyptien apprend des textes venus des pharaons. N'idéalisons pas trop vite le tableau en y lisant seulement le respect des particularismes.

Car ceux qui ne connaissent que l'égyptien seront toujours cantonnés aux postes inférieurs de l'administration grecque.... Tous ce qui est officiel, honorifique ou concerne les couches supérieures s'écrit en grec. Certains Egyptiens y ont accès [507] et forment une partie de l'élite, mais ils sont peu nombreux. Un phénomène typiquement colonial. On retrouve ce pluralisme bien orienté dans les structures juridiques.

Tout d'abord, la législation royale des Ptolémées (*diagrammata, prostagma-ta*) : d'inspiration grecque, elle s'applique à tous les groupes ethniques et possède une valeur supérieure aux autres droits. Cependant, elle traite surtout de questions administratives, fiscales et judiciaires et s'occupe peu de droit privé. De plus, à partir du second siècle av. J.-C, elle se ressent de l'affaiblissement de la monarchie. Ce droit en principe premier ne couvre donc pas la totalité de ce que représente pour nous le champ du juridique, occupé par d'autres systèmes. Les immigrants grecs appliquent le droit de leur cité (seule une minorité d'immigrants grecs vient des villes) ou région d'origine : il y a donc pluralisme à l'intérieur même du droit grec. Celui-ci est surtout pratiqué dans les villes créées par les conquérants : Alexandrie, Ptolémaïs et Naucratis. Leurs habitants peuvent bien sûr également invoquer le droit royal. Les Grecs qui sont disséminés dans des villes ou des villages indigènes peuvent pratiquer une sorte de droit grec commun (*politikoi nomoi*). On a retrouvé des centaines de contrats, rédigés en langue grecque et selon des formulaires grecs. Mais une grande partie de la population, d'origine autochtone, continue à appliquer le droit égyptien, en utilisant sa langue.

Cependant, il faut bien souligner que le maintien de ces spécificités ne cloisonnait pas nécessairement les divers groupes ethniques. D'une part, il n'y a pas de personnalité des lois : le droit grec peut être utilisé par un Egyptien, un Grec peut employer le droit égyptien, des Egyptiens peuvent passer des conventions suivant le droit grec. A la différence des mécanismes mis en place en Europe après l'effondrement de l'Empire romain d'Occident, la pluralité des droits n'entraîne pas la personnalité du droit. Ce pluralisme juridique s'insère dans un dualisme judiciaire. Certains tribunaux (les *laocrites*) sont compétents pour les litiges concernant les conventions passées en langue égyptienne ; d'autres, les *chrématistes*, celles rédigées en grec ; les uns sont autochtones, les autres grecs. C'est la forme de l'acte litigieux - en premier lieu la langue de sa rédaction- qui détermine la juridiction compétente, et par là le droit applicable. Bien entendu, on peut imaginer que dans

nombre de cas, le critère linguistique recouvre le critère ethnique. Mais le système est assez souple pour que cette coïncidence ne soit pas obligatoire et laisse aux individus les plus habiles ou les mieux placés une latitude dans leur choix. En tout cas, nous savons que des Egyptiens ne répugnaient pas à s'adresser aux tribunaux grecs. De plus, ce pluralisme ne fonctionne pas suivant le système de l'option de nationalité des droits modernes, ni du statut personnel de l'article 75 de notre Constitution : le fait d'avoir choisi le droit grec (ou le droit égyptien) dans un cas particulier n'oblige pas le justiciable à faire de même la fois suivante : rien n'est définitif. D'autre part, droits grec et égyptien ne sont pas irréductibles : un individualisme commun les caractérise, les hommes ont une pleine capacité individuelle. Mais des différences subsistent, notamment quant à la capacité des femmes. L'Egyptienne est totalement capable, alors que la Grecque ne peut agir qu'avec l'assistance d'un *kyrios*, ami ou parent. D'autres différences concernent le mariage (empêchements et formes) et la vente (formes). De plus, même si on ne peut parler d'un droit mixte gréco-égyptien, des phénomènes d'osmose se produisent. Une sorte de puissance maternelle d'origine égyptienne s'insinue dans le statut de la veuve grecque. Les notaires grecs qui rédigent leurs actes en grec en se référant au droit grec deviennent également compétents à l'égard des Egyptiens ou des Grecs à la fin du III^e siècle, ce qui provoque des transferts de droit grec dans les conventions concernant les Egyptiens. Les contrats de mariage égyptiens révèlent des influences grecques, les veuves égyptiennes se voient appliquer des éléments du droit successoral grec. Les Juifs représentent un cas particulier. À Alexandrie, ils prétendent vivre suivant leur loi ancestrale, de nature religieuse (la Torah, traduite en grec au début du III^e siècle), au moins en ce qui concerne les relations familiales ; ils sont justiciables des tribunaux grecs. En revanche, dans les campagnes, les actes qu'ils passent sont de langue et de forme grecque : alors que dans la loi juive la femme peut contracter sans être assistée, elle a ici besoin d'un *kyrios*. Dans la campagne égyptienne, [508] l'usage écrit de l'araméen, auquel est lié le droit hébraïque, disparaît rapidement. Une fois de plus, on constate l'importance du critère linguistique. Mais bientôt s'ouvre la période de la domination romaine. Comment va se situer le droit romain dans cet ensemble déjà assez complexe ?

Ici encore, le pluriel s'impose. Il faut distinguer le droit romain général et le droit romain provincial. Le premier comporte deux sortes de règles : certaines s'appliquent à tout citoyen romain à quelque endroit qu'il se trouve. D'autres sont

limitées à Rome et à l'Italie. Ces normes proviennent de la jurisprudence, des lois et des sénatus-consultes. Le droit romain provincial d'Égypte peut viser soit l'ensemble de la population, soit un groupe particulier. Ses sources sont les constitutions impériales, et les édits des préfets, qui sont sur place. Les constitutions peuvent ne concerner qu'une partie de la population, les édits préfectoraux la province dans son ensemble. Le droit provincial est de nature variable. Soit il peut être purement romain, soit il peut être influencé par les droits autochtones. Conformément à sa politique traditionnelle, Rome n'abroge donc pas les droits locaux, et ne tente pas de les codifier pour les modifier, comme le feront beaucoup de colonisateurs modernes. Cependant, il y a une hiérarchie : le droit romain s'impose au besoin aux autres systèmes juridiques ; les droits locaux ne sont tolérés qu'à titre de coutumes. Mais il s'agit d'une faculté, non d'une règle impérative. Les juges provinciaux disposent d'une grande latitude en la matière pour admettre, refuser ou altérer les droits locaux. Prenons l'exemple de l'aphérèse paternelle. Ce droit d'origine grecque permet au père de famille d'enlever sa fille au mari auquel il l'a donnée pour épouse. Il peut donc s'appliquer en Égypte. Les juges provinciaux ne le nient pas, mais le trouvent exagérément sévère, si bien qu'ils laissent le dernier mot à la femme : si elle veut rester avec son mari, le père sera débouté de sa demande. Cependant, certains actes juridiques contraires à des principes fondamentaux du droit romain persistent, comme les mariages entre frères et sœurs. Ils sont licites et produisent des effets juridiques, tant qu'il s'agit de pérégrins, dont le droit spécifique les approuve (le terme *pérégrin* désigne de façon générique les sujets romains non latins dépourvus de la citoyenneté romaine et régis par un statut juridique local) : ils sont donc en revanche interdits aux citoyens romains d'Égypte. Ils deviennent illicites, selon la loi romaine, après l'Édit de Caracalla de 212 ap. J.C., qui étend la citoyenneté romaine à pratiquement tous les habitants de l'Empire. À partir de cette date, la législation impériale devra plusieurs fois les prohiber... signe de leur persistance.

Notons que ces mariages n'étaient pas inconnus des Grecs, qui en toléraient déjà certaines modalités dans leurs cités d'origine. Depuis Solon (640-558 av. J.-C.), la loi athénienne autorisait le mariage avec la demi-sœur du côté paternel, mais la loi spartiate était moins permissive. L'implantation des Grecs en Égypte semble avoir favorisé ces unions. En 278 av. J.-C., Ptolémée II se marie avec sa sœur Arsinoé II. Les habitants d'Alexandrie paraissent choqués, car les époux

sont issus des mêmes parents, ce qui dépasse les bornes. Déjà Platon avait qualifié les unions entre proches collatéraux de « totalement impies, odieuses à la divinité, infâmes parmi les infâmes ». Un auteur polémiste, Sotadès de Maronée, apostrophe Ptolémée : « Tu enfonces ton dard dans une fente impie ». Propos non seulement inconvenants, mais blasphématoires : après son mariage, Ptolémée avait institué un culte de son propre couple. Selon Plutarque, Sotadès fut enfermé dans un tonneau de plomb et jeté à la mer... Mais l'exemple du couple royal allait être suivi par les Grecs d'Égypte. Celle-ci devient romaine en 30 av. J.-C. Dès Auguste, le pouvoir romain institue un recensement quatordecennal. Grâce aux chiffres qui nous sont ainsi parvenus, on constate que les mariages entre frères et sœurs germains se sont multipliés, signe d'une évolution certainement antérieure à l'annexion. Au II^e siècle après J.-C., 30 pour cent des couples des Grecs des métropoles égyptiennes sont de ce type, contre seulement 9 pour cent des Égyptiens villageois. Ce qui infirme deux lieux communs : ces mariages incestueux ne sont pas le privilège des familles royales, mais caractérisent surtout les notables grecs ; contrairement à ce que prétendent les auteurs grecs, les unions entre frères et sœurs ne sont pas une coutume exclusivement égyptienne (pour plus de détails, [509] cf. J. Mélèze-Modrzejewski, « Paroles néfastes » et « Vers obscènes »-A propos de l'injure verbale en droit grec et hellénistique, dans : *Anthropologies juridiques - Mélanges Pierre Braun*, textes réunis par J. Hoareau-Dodinau et Pascal Texier, *Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 1998, 569-585).

Au-delà de ce cas, on peut se demander ce que signifie le pluralisme romain.

D'une part, il correspond à une vieille tradition romaine. D'autre part, comme le note J. Mélèze-Modrzejewski, la tolérance romaine est inspirée par des motifs politiques. Selon une politique suivie dans tout l'Empire, Rome cherche à s'attacher les notables locaux, le plus souvent avec succès. Ceux-ci forment la majeure partie des justiciables s'adressant aux juridictions provinciales. Le « libéralisme » romain pourrait alors s'analyser comme une technique du donnant-donnant : à la mansuétude judiciaire correspondrait la soumission politique. Cette association des élites provoqua une remarquable ouverture des institutions romaines aux provinciaux. Sous Vespasien (empereur de 69 à 79 après J.-C.), le Sénat compte déjà 22 pour cent de provinciaux. Un siècle plus tard, sur 500 sénateurs, on a 43 pour cent d'Italiens, 32 d'Orientaux, 15 d'Africains (cf. J. Gaudemet, *Réflexions sur*

l'Empire de Rome, *op.cit. infra*, p. 510). En dehors de l'Italie, les gouvernements locaux (notamment en Égypte) sont souvent confiés à des provinciaux, étrangers à la région qu'ils doivent administrer.

En 212 après J.-C., l'empereur Caracalla parachève une politique de concessions multiples du droit de cité romaine à des provinciaux suivant leur mérite en étendant la citoyenneté romaine à la grande majorité des habitants de l'Empire. Pour autant, il ne s'agit nullement d'uniformiser l'Empire en supprimant les droits locaux au bénéfice du seul droit romain. Dans les limites de l'ordre public, chacun peut choisir entre le droit romain et le droit autochtone, sans que son engagement ait un caractère définitif. Une fois de plus, soulignons l'importance de la langue : si le scribe ou les parties ignorent le latin, l'option en faveur du droit romain est improbable. D'autre part, comme cela se produira en Europe médiévale, la réception du droit romain peut être superficielle. On utilise le droit romain parce qu'il fait « moderne » ou paraît plus prestigieux, mais sans nécessairement le comprendre, d'où parfois un emploi parfois aberrant de formules romaines. De plus, le degré de réception du droit romain -qui, globalement, augmente avec le temps- dépend aussi des matières : les droits locaux résistent davantage dans les relations familiales.

L'ouvrage précurseur dans l'étude de ces différents problèmes est celui de L.Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreiches*, Leipzig, 1891, (malheureusement non traduit). Pour plus de détails sur ces problèmes, cf. en premier lieu les ouvrages et articles du spécialiste français de ces questions, J. Mélèze-Modrzejewski : *Droit impérial et traditions locales dans l'Égypte romaine*, Variorum, Aldershot (Grande-Bretagne), 1990 ; *Statut personnel et liens de famille dans les droits de l'Antiquité*, chez le même éditeur, 1993 ; « La loi des Egyptiens » : le droit grec dans l'Égypte romaine, dans *Historia Testis, Mélanges T.Zawadzki*, Éditions universitaires de Fribourg, 97-115, repris dans le recueil précité (*Droit impérial et traditions locales*, n° IX) ; *Diritti romani e diritti locali*, dans : *Storia di Roma*, III/2, *I luoghi e le culture*, Einaudi, Torino, 1993, 985-1009 ; *Law and justice in Ptolemaic Egypt, Legal Documents of the Hellenistic World-Papers from a Seminar*, ed. by M.J. Geller and H.Maehler, in collaboration with A.D.E. Lewis, London, Walburg Institute, Univ. of London, 1995, 2-19 ; La Septante comme *nomos*-Comment la Torah est deve-

nue une « loi civique » pour les Juifs d'Égypte, *Annali di Scienze Religiose*, 2, 1977, 143-158 ; *Les Juifs d'Égypte de Ramsès II à Hadrien*, Paris, Quadrige-PUF, 1997 ; Un judaïsme d'expression grecque, *Le monde de la bible*, 111, mai-juin 1998, 62-65.

Voir également : B. Anagnostou-Canas, Le juge provincial et les traditions juridiques locales dans l'Égypte romaine, dans : C. Bontems (dir.), *Le juge : une figure d'autorité*, L'Harmattan, Paris, 1996, 385-406. D'un point de vue plus général, cf. C. Préaux, *Le monde [510] hellénistique*, PUF, Paris, 1978, pp. 545-601 ; J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Sirey, Paris, 1967, 247-250. Sur l'intégration par Rome des populations conquises au sein de l'Empire, cf. J. Gaudemet, Réflexions sur l'empire de Rome, dans : *Europäisches Rechtsdenken, Festschrift Helmut Coing*, München, 1982, 63-75 ; R. Syme, Rome et l'éveil des Nations, *Diogenes*, 1983, 34-50 ; C. Lepelley (dir.), *Rome et l'intégration de l'Empire*, tome 2, PUF, Paris, 1998. Sur l'Afrique du Nord, cf. M. Benabou, *La résistance africaine à la romanisation*, Maspero, Paris, 1976.

[511]

Introduction historique au droit

Deuxième partie :
Naissances et migrations des droits européens

Titre II.
Les migrations des droits européens

Chapitre III

Les migrations du droit anglais

Si un Roi chrétien conquiert le royaume d'un infidèle, et le place sous sa sujétion, dans ce cas le droit de l'infidèle est aboli ipso facto, car il n'est pas seulement contre la Chrétienté, mais contre le droit de Dieu et de la nature, contenu dans le décalogue...

Calvin's case, Chambre de l'Echiquier, 1608.

[Retour au sommaire](#)

Comme le droit français, le droit anglais s'étendit en Europe ainsi qu'à l'extérieur du continent, à la mesure de l'immense aventure coloniale britannique. Dans bien des cas (Amérique du Nord, Inde, Afrique noire, Océanie, etc.), les deux puissances rivalisèrent. Elles firent aussi entrer les territoires conquis dans une nouvelle ère de leur histoire, dont le droit porte de profondes empreintes. Après leur départ, au milieu de notre siècle, leurs anciennes colonies imitèrent dans bien des cas le droit venu d'Europe. En principe, à la différence des Français, les Anglais ne poursuivent pas un objectif d'assimilation, même si tout comme eux, ils sont persuadés de la supériorité de leur mode de vie et de pensée. Cependant, là aussi, beaucoup de nuances s'imposent. Suivant les territoires et les époques, le droit colonial anglais prendra des postures diverses vis-à-vis des droits locaux.

Dans une première section, nous nous attacherons à tracer ses principes généraux. Puis à travers certains exemples, nous montrerons dans les sections suivantes comment le colonisateur a évolué de la négation des systèmes autochtones à leur prise en considération, suivant sa propre échelle de valeurs et les nécessités concrètes et changeantes de la maîtrise des territoires et populations.

[512]

Section I

Les principes généraux du droit colonial anglais

[Retour au sommaire](#)

Le droit anglais s'étend dans les pays limitrophes. Mais le problème de sa réception se pose à une autre échelle dans les colonies

A) L'expansion en Europe

Elle est relativement limitée, mais permettra de définir les principes juridiques applicables à la colonisation outre-mer.

249. LA NORMALISATION DANS LES PAYS PROCHES. - Le premier touché est l'Irlande, qui doit faire face à la fin du XIIe aux expéditions militaires des Anglo-normands. Ils y introduisent leurs lois. Au début du XVIIIe, la guerre fait rage. Durant le règne de Jacques I (1603-1625), le droit anglais est proclamé seul droit du pays. Dans ce contexte intervient en 1608 le cas *Tanistry*, qui porte sur la compatibilité d'une coutume irlandaise avec la Common Law. La Cour du Banc du Roi annule la coutume, parce qu'elle exclut les filles de la succession à une seigneurie. Elle en profite pour envisager les conséquences de la conquête : le monarque devient le suzerain de tout le pays, il peut concéder les terres comme il

l'entend ; s'il déclare protéger les autochtones, la volonté royale leur suffit de titre sur leurs biens. Les juges ajoutent que de toute façon, le droit anglais ne peut s'appliquer que là où une structure administrative anglaise (les comtés) existe. Ces principes sont énoncés à propos de l'Irlande. Mais on pourra en faire l'application aux Amérindiens : dans les colonies anglaises, la plupart d'entre eux vivent dans des territoires où l'autorité britannique n'est pas effective. Donc le droit anglais ne s'applique pas à eux.

Puis c'est le Pays de Galles, soumis par Édouard Ier au début du siècle suivant. À partir de 1536, les lois d'Union y introduisent la Common Law (depuis 1997, les Gallois bénéficient d'un régime d'autonomie interne). Le cas de l'Écosse est plus complexe. Tout d'abord, les deux royaumes sont gouvernés par un même roi, mais conservent leurs [513] droits respectifs. En effet, en 1603, Élisabeth I d'Angleterre meurt sans héritier. La couronne passe alors en ligne collatérale à la famille des Stuarts, qui règne à ce moment sur l'Écosse. Du coup, Jacques VI d'Écosse devient Jacques I d'Angleterre. Cette coexistence juridique au sein d'une union politique personnelle va durer un siècle. En 1707, l'Acte d'union passé par les Parlements d'Angleterre et d'Écosse crée le royaume de Grande-Bretagne. Le Parlement écossais est uni à celui d'Angleterre ; l'Écosse conserve son système judiciaire et en principe n'est pas soumise au droit anglais. Cependant, deux décisions de la Chambre des Lords (en 1708 et 1710) introduisent un droit d'appel devant celle-ci des décisions des cours écossaises, ce qui permet une certaine influence du droit jurisprudentiel anglais. Par ailleurs, l'union politique entre l'Écosse et Angleterre couplée avec un certain séparatisme juridique provoque de nombreux conflits de compétences ainsi que des conflits de lois entre les ressortissants anglais et écossais. C'est dans ce contexte que s'inscrit l'affaire Calvin.

250 L'AFFAIRE CALVIN.- De quoi s'agit-il ? Calvin, personnage de fiction ²³⁰, est supposé né en Écosse en 1605, après l'union des deux Couronnes. Il engage devant la Chambre de l'Echiquier une action fictive afin qu'on lui restitue

²³⁰ Calvin n'aurait eu que trois ans à l'époque du jugement... d'ailleurs, cette affaire n'est jamais citée de la manière traditionnelle, impliquant un défendeur (ce qui aurait donné : *Calvin vs. Smith*). Cette technique rappelle celle du renvoi, qui existe aujourd'hui au Canada. Du commun accord des parties et à condition que la Cour y consente, on peut soumettre un conflit délicat à la Cour suprême, qui dira le droit sans qu'il y ait gagnant ni perdant, donc en dehors de tout aspect contentieux.

ses biens, dont il aurait été dépossédé par Smith, un Anglais. Lequel déclare la cour incompétente, Calvin étant d'après lui un étranger. Le roi Jacques I souhaite au contraire que Calvin soit déclaré justiciable du droit anglais... comme tous ses autres sujets écossais. Il devrait donc pouvoir bénéficier d'une double allégeance. C'est la solution retenue par les juges en 1608. Ils précisent cependant que l'autorité royale doit être effective à l'endroit où réside le sujet. Sur cette base, la cour va étendre son raisonnement en distinguant deux types de royaumes, la distinction étant appliquée aux colonies. D'une part, les royaumes dont le souverain est chrétien. Dans ce cas, le conquérant peut en changer le droit, mais jusqu'à cette décision, le droit autochtone demeure. D'autre part, les royaumes dont le souverain est « infidèle » (le terme visait les Musulmans). Dans ce cas, la conquête [514] abolit *ipso facto* le droit local, et les juges anglais doivent se baser sur « l'équité naturelle » pour décider des causes qui leur sont soumises. Contrairement aux théories alors soutenues en droit international, le droit des « infidèles » est annihilé, même en l'absence d'hostilités. Dans l'hypothèse où des colons anglais fondent une colonie dans un endroit désert ou inhabité, ils sont soumis au droit anglais.

Cependant, cette rude distinction va être nuancée par la jurisprudence. En 1693, le juge en chef Holt déclare que les lois des infidèles sont maintenues si elles ne violent pas les lois divines. En 1722, un mémoire du Conseil privé ajoute d'autres conditions : les lois autochtones ne doivent pas édicter ce que le droit anglais considère comme un crime ; si elles font silence, le droit anglais s'applique. En 1774, le juge Mansfield qualifie l'affaire Calvin d'« exception absurde », inspirée de « la folie des croisades ». Il estime que les distinctions qu'elle pose ne s'appliquent pas aux peuples qui entretiennent des relations pacifiques avec l'Angleterre, et que leurs droits ne sont pas contraires à la religion chrétienne.

Par ailleurs, des textes ultérieurs à l'affaire Calvin ont enrichi ces distinctions. Mais on se trouve là hors d'Europe.

B) Les principes du Calvin's case hors d'Europe

251. LES PROLONGEMENTS COLONIAUX DE L'AFFAIRE CALVIN. - Au XVII^e siècle encore, l'expression « colonies de peuplement » ne désigne que les implantations effectuées dans des territoires complètement inhabités. Les colons y apportent avec eux leur droit anglais, sous réserve d'adaptation aux conditions locales. Car au bout d'un certain temps, ils ont pris des habitudes de vie différentes de celles de la mère-patrie. La formule couramment employée dit qu'il faut légiférer et administrer la justice «... *as near as may be agreeable to the laws of this Kingdom* [l'Angleterre] ». Ces colonies de peuplement se distinguent des territoires cédés ou conquis, où se trouvent nécessairement des populations au moment du contact. Mais avec le durcissement du XIX^e siècle, l'annexion de territoires habités devient possible sans qu'il y ait nécessairement conquête, ni cession volontaire. Dans ce cas, on parlera aussi de colonies de peuplement, à la différence de la pratique [515] antérieure ²³¹. En effet, on pense que les autochtones sont dépourvus de souveraineté en raison de leur arriération. Il y a donc matière à un « peuplement » européen.

Mais le régime de ces colonies n'est pas uniforme, car on y introduit les distinctions de l'affaire Calvin. Quand les habitants en sont tenus pour « primitifs », c'est-à-dire constituant des sociétés sans pouvoir centralisé, les juges coloniaux refusent la plupart du temps de reconnaître leur système juridique. Les indigènes sont en fait livrés à l'arbitraire de l'autorité coloniale. Celle-ci considère que leur archaïsme les fait vivre en dehors de tout système juridique : leurs coutumes ne sont pas du droit. Cependant, la Couronne peut (c'est une faculté, non une obligation) ne pas totalement s'approprier le territoire. Elle possède sur lui un titre de nature supérieure, mais reconnaît le droit d'usage des indigènes sur les terres vacantes. Mais si elle décide de les cantonner dans des réserves sans leur reconnaître explicitement de droits, elle devient le propriétaire exclusif du territoire. En revanche, quand le degré de centralisation du pouvoir fait pressentir une société étatique, on pense que la colonie a été cédée par traité, ou conquise militairement.

²³¹ Cf. Morin M., *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Editions du Boréal, Québec, 1997, pp. 189- 192.

Son régime est plus favorable, mais peut là encore varier, au bon gré du colonisateur. En principe, pour le Comité judiciaire du Conseil privé, on doit présumer que la Couronne respectera les droits de propriété des autochtones. Mais encore faut-il qu'il y ait reconnaissance. Elle peut être explicite et résulter du traité de cession, d'une déclaration de la Couronne ou d'un texte législatif. Elle peut aussi être implicite et provenir du constat que la Couronne ne s'est pas opposée à l'exercice de leurs droits par les autochtones après la conquête ou la cession. Mais si rien de cela ne s'est produit, dans ces colonies aussi les indigènes peuvent être dépossédés de leurs territoires.

Il faut noter que les notions de conquête ou de cession ne s'appliquent pas uniquement aux autochtones. Elles peuvent aussi viser des territoires comportant des indigènes, mais passés sous domination d'une autre puissance européenne. Ainsi, le droit en vigueur antérieurement à la cession a-t-il été maintenu en Afrique du Sud (où s'appliquait le droit romano-hollandais), au Sri Lanka (anciennement Ceylan, soumis à la législation de la Compagnie des Indes orientales) ; ainsi qu'à l'île [516] Maurice, au Québec, à Sainte-Lucie, en Acadie, qui étaient des possessions françaises régies par la Coutume de Paris.

Ailleurs, il en ira autrement. Car toutes ces distinctions permettent au colonisateur de tailler un vêtement juridique sur mesure à chaque colonie. Les solutions seront donc variées. Nous allons en citer quelques exemples, en commençant par celle la plus défavorable aux autochtones : l'anéantissement.

Section II

L'anéantissement du droit autochtone : les Aborigènes d'Australie.

[Retour au sommaire](#)

252. L'ETHNOCIDE. - En 1800, le lieutenant James Grant écrivait ses impressions de voyage sur les Aborigènes : « Le natif se promène nu que ce soit l'hiver ou l'été. Ses besoins, qui sont semblables à ceux de n'importe quel animal, sont facilement réglés : nourriture et repos (...) Sa vie étant limitée à de telles pratiques, sa capacité de réflexion est obligatoirement très petite, et son langage également très limité, puisqu'il communique très peu ».

Contrairement à ce jugement hâtif, l'organisation sociale des Aborigènes est d'une remarquable complexité. Tous les ethnologues connaissent le raffinement de leurs structures de parenté, au point qu'elles ont pu justifier des traitements informatiques. Ces populations vivaient évidemment dans un état qui semblait aux Européens le dénuement le plus extrême. Cependant, si l'Einstein de la parenté a existé, il fut certainement aborigène. On y ajoutera les richesses de la mythologie et de l'art.

À vrai dire, ce ne fut pas seulement le droit qu'on anéantit, mais les hommes. Les Aborigènes, ces doyens du monde, étaient installés en Australie depuis 40,000 ans. C'était au moment de la découverte le seul continent exclusivement peuplé de chasseurs-cueilleurs. Au début du XIX^{ème} siècle, ils étaient environ 300,000, parlant plus de 500 langues. On n'en comptait plus que 67,000 en 1933 (ils sont aujourd'hui 230,000), en raison des maladies et de leur liquidation physique. Car au [517] début du XIX^{ème}, les tribunaux pouvaient ne pas sanctionner le meurtre de l'Aborigène ²³². D'ailleurs il n'existait pas aux yeux du droit.

²³² Cf. Johnson P., *The birth of the modern world society(1815-1830)*, London, Weidenfeld and Nicholson, 1991, 263-264.

253. LES DROITS FONCIERS DES ABORIGÈNES : DE LA *TERRA NULLIUS* À L'ARRÊT *MABO*. - Rattachée à la Couronne britannique le 7 février 1788, vouée au destin de colonie pénitentiaire, l'Australie avait été déclarée « terre de personne (*terra nullius*) ». Il était interdit de conclure des traités avec les Aborigènes, ainsi que d'acheter leurs terres, puisque la Couronne en était seule propriétaire. En 1828, l'*Australian Courts Act* déclare clairement que le droit anglais est applicable. La jurisprudence suit et confirme le « principe de propriété exclusive de la Couronne », (elle détient un *Radical title*). La coutume aborigène ne peut exister sur le plan juridique. Dans l'arrêt *Murrell* de 1836, elle est qualifiée de : «... pratiques obscènes et superstitions irrationnelles, contraires à la loi divine et compatibles seulement avec l'ignorance la plus grossière ». Concrètement, on fait d'abord la chasse aux Aborigènes pour les disperser ou anéantir, puis on les cantonne dans des réserves au début du XXe siècle. Il faut attendre la seconde moitié de ce siècle pour que les choses évoluent (encore que la doctrine de la *terra nullius* ait été évoquée en 1970 par le juge Blackburn²³³, convaincu que les autochtones ne connaissaient pas la notion de droits fonciers). À partir de 1972, diverses commissions atténuent l'exclusivisme du droit anglais en posant des principes hostiles à la discrimination envers les Aborigènes (adoption en 1975 du *Commonwealth Racial Discrimination Act*, qui établit un droit au respect des spécificités culturelles des minorités) ; une jurisprudence du même sens commence à se former. Cependant, le *Draft Aboriginal Customary Laws Bill* de 1986, un projet qui n'aboutit pas, rappelle le principe de non reconnaissance du droit traditionnel. Il ne prône pas pour autant l'uniformité, dans la mesure où il conseille de tenir compte des spécificités aborigènes. Les autorités australiennes essaient donc de favoriser la formation d'un droit commun qui tiendrait compte des points de convergence des deux systèmes : la coutume n'apparaît qu'indirectement, et à condition qu'elle soit compatible avec l'ordre public. Comme le fait remarquer R. Lafargue, ce modèle diffère de la politique suivie par la France en [518] Nouvelle-Calédonie qui, paradoxalement, reconnaît beaucoup plus franchement l'existence du droit coutumier canaque. En effet, l'existence légale de la tribu est affirmée par un arrêté dès le 24 décembre 1867, ainsi que son droit de propriété sur le sol qu'elle occupe. De même, des assesseurs coutumiers ont été institués dans les

²³³ *Milirrpum v. Nabalco Pty Ltd. And the Commonwealth*, 1970, 17, *FLR*, 141.

juridictions néo-calédoniennes en 1982, alors qu'en Australie l'accord entre les deux systèmes est recherché par voie législative. Cependant, la jurisprudence australienne a récemment connu une évolution qui a beaucoup frappé les commentateurs : c'est le fameux arrêt *Mabo*.

En mai 1982, Eddie Mabo et quatre autres requérants demandent à l'État du Queensland et à l'État fédéral de reconnaître leur droits fonciers sur l'île Murray, annexée à la Couronne en 1879. Ils soutiennent que les droits fonciers du peuple Meriam, qui les habite, n'ont jamais été éteints. La *High Court* d'Australie admet en 1992 leurs prétentions et reconnaît au profit des populations locales la jouissance de droits fonciers, qualifiés de *Native Titles*. En fait, ce revirement n'était pas totalement inattendu. L'Acte sur la discrimination de 1975 l'annonçait. En effet, les autochtones n'avaient jamais eu les mêmes moyens que les colons de faire valoir leurs droits sur la terre, dont ils étaient considérés comme des occupants illégitimes. Il s'agissait donc d'un traitement discriminatoire. Quoi qu'il en soit, l'arrêt fit sensation. Quelles sont ses principales conséquences ?

Il distingue entre deux types de droits fonciers. D'abord, ceux acquis par les Européens à titre privé, qui demeurent intangibles (environ 20% du territoire). Délimitation particulièrement importante, dans la mesure où avant la colonisation les Aborigènes peuplaient surtout les zones riches, notamment de la côte est, où se sont en tout premier lieu établis les colons : aucune revendication des autochtones sur ces terres n'est recevable. Ensuite, ceux des Aborigènes : le *titre aborigène*. Il consiste dans les droits fonciers possédés par les autochtones au moment de la colonisation et ayant persisté jusqu'à aujourd'hui (ils incluent les droits d'usage). Il a un caractère communautaire : son titulaire ne peut être qu'un Aborigène ; il ne peut être cédé à un groupe non aborigène.

La doctrine de la *terra nullius* étant révoquée, ce titre peut être aujourd'hui reconnu... à de nombreuses conditions. Il ne peut porter que sur le domaine de la Couronne (environ 80% du territoire). D'autre part, les droits des Aborigènes ne doivent pas avoir été éteints par la [519] Couronne, qui continue à jouir d'un droit supérieur, le *radical title*, déjà cité. De plus, le requérant doit prouver par tous moyens qu'il est le propriétaire coutumier du droit foncier revendiqué. Ce qui suppose notamment qu'il soit le descendant d'une société organisée qui vivait déjà en

relation avec la terre objet de revendications au moment de la colonisation. C'est le critère d'appartenance à un *local descent group*, qui continue de nos jours à vivre de façon traditionnelle. Ainsi se trouvent exclus les Aborigènes convertis à la vie moderne, ou déplacés au cours de l'histoire. L'arrêt Mabo institue par ailleurs un droit à réparation au profit des Aborigènes qui ont vu leurs droits éteints et se trouvent donc en situation d'expropriation. Cependant, ce droit n'existe *qu'à partir de 1975*, date de l'Acte sur la discrimination. Autrement dit, toute la période coloniale (soit à partir de 1788) échappe au principe de la réparation. Car antérieurement à 1975, «... la responsabilité de la Couronne, aux fins d'obtenir réparation pour de tels actes extinctifs, ne pourra être recherchée ». Enfin, l'arrêt Mabo a eu d'importantes suites législatives. En 1993 est voté le *Native Title Act*, qui entend faciliter les revendications foncières inspirées de l'arrêt *Mabo*, dont il reprend les conditions et les critères. Par ailleurs, ce texte crée un organe spécialisé dans le traitement de ces demandes : le *National native title tribunal*.

Le 23 décembre 1996, la *High Court* d'Australie a décidé (arrêt *Wik*) que les droits fonciers des Aborigènes pouvaient coexister avec les droits issus des baux pastoraux des éleveurs ou des mineurs sur les terres affermées de la Couronne, à condition que les droits des autochtones ne fassent pas obstacle aux opérations des titulaires des baux. Ces derniers ont malgré tout manifesté leur inquiétude, dans la mesure où l'arrêt pourrait signifier que les fermiers ou les mineurs devraient obtenir moyennant finances l'autorisation des propriétaires coutumiers avant de pouvoir procéder à des aménagements sur leurs terres ²³⁴. Ils ont eu gain de cause, puisque le 8 juillet 1998, le Sénat a adopté une loi limitant les droits fonciers des Aborigènes ²³⁵.

L'ensemble des conditions restrictives posées à la reconnaissance des droits fonciers aborigènes peut donner l'impression d'un marché de dupes, surtout quand on compare leur statut à celui des Indiens et Inuit [520] d'Amérique du Nord. Mais d'une part, il faut mesurer qu'il y a peu de temps encore, les Aborigènes se trouvaient dans un néant juridique. D'autre part, même dans les pays aujourd'hui les plus favorables aux autochtones, il existe toujours des conditions restrictives à

²³⁴ Cf. Andreoli J., À qui appartient la terre australienne ?, *Le Figaro*, 11 février 1997, p. X.

²³⁵ Les Aborigènes devront maintenant prouver non seulement des liens culturels ou spirituels avec les terres revendiquées, mais aussi des liens physiques ou matériels. D'autre part, ce sont les États et non plus le gouvernement fédéral qui statueront sur les différends (cf. *Le Figaro*, 22 juillet 1998, 4).

la reconnaissance de leurs droits. Car les autochtones sont devenus presque partout des minorités : en Australie, ils ne représentent plus que 1,4 pour cent de la population totale. Juste ou non, le droit traduit ce rapport de forces.

Enfin, il faut rappeler au lecteur français trop vite indigné par l'attitude britannique envers les Aborigènes les lignes écrites en 1927 par un des meilleurs spécialistes français de droit colonial, le doyen A. Girault : « La question est en effet de savoir si les Européens doivent se résigner à tous les maux qu'entraîne l'overpopulation pour permettre à quelques milliers de sauvages de se manger entre eux (...) laissées à elles-mêmes [ces peuplades] ne sauraient sans doute jamais tirer parti des richesses que le sol contient ou est susceptible de produire et pour lesquelles il a fréquemment un monopole naturel (...) L'extinction progressive des races inférieures devant les races civilisées, (...) cet écrasement des faibles par les forts, est la condition même du progrès (...) Voyez l'Australie : là où quelques milliers de sauvages végétaient misérablement, plusieurs millions d'Anglo-Saxons vivent dans l'abondance. Les nouveaux Australiens ont plus de bien-être que les anciens, ils sont plus civilisés et plus éclairés. Le résultat définitif est donc bon » ²³⁶.

Le doyen Girault aurait sans doute peu apprécié d'autres changements apportés par l'arrêt *Mabo*, concernant le statut personnel des Aborigènes.

254. LE STATUT INDIVIDUEL DES ABORIGÈNES : DE LA MORT CIVILE À LA PRISE EN COMPTE DES DROITS TRADITIONNELS. - En fait, la doctrine de la *terra nullius* est une conséquence d'un principe plus général : l'absence de personnalité juridique des Aborigènes, morts civils. Ces derniers n'ont aucun droit ; en revanche ils ont à l'égard des Européens tous les devoirs légaux. Par ailleurs, le droit anglais s'applique aussi à leurs relations internes, comme en décide l'arrêt *Murrell* en 1836, [521] solution d'ailleurs reprise en 1976 ²³⁷. Dans les réserves, loin de pouvoir continuer à suivre librement leur coutumes, ils se voient arracher leurs enfants placés dans des familles d'accueil euro-

²³⁶ Girault A., *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, Sirey, 1927, pp. 31-33.

²³⁷ *Regina v. Wedge*, (1976), 1 NSWLR, 581.

péennes : on cherche l'assimilation, comme aux États-Unis à la même époque. La Constitution de 1901 attribue aux États la compétence sur les Aborigènes. Ils leur refuseront le droit de vote jusque dans les années soixante. En 1967, une révision constitutionnelle donne la compétence de législation sur les Aborigènes à la Fédération. À partir de là, l'État fédéral va amender ou abroger des textes des États discriminatoires envers les autochtones. L'Acte de 1975 sur la Discrimination permet aux juridictions de déclarer inconstitutionnelles les normes discriminatoires envers les Aborigènes.

Cependant, ces réformes égalitaires font peu de place aux spécificités. De nos jours, le principe reste l'ignorance du droit pénal coutumier. La Commission de réforme du droit australien (créée en 1977) avait déposé en 1986 un avant-projet portant réforme du droit australien, le *Draft aboriginal customary laws* (déjà cité), jamais adopté, dont les recommandations allaient dans le sens d'une politique multiculturelle. En ses termes, un prévenu ne pouvait invoquer son appartenance ethnique pour prétendre échapper à la loi commune. Cependant, un comportement pouvait être excusé ou ses conséquences atténuées s'il avait été inspiré par le respect de bonne foi des règles coutumières, respect constitutif d'un état de nécessité. C'était le critère d'« aborignité », (*aboriginal factor*), qui ne pouvait jouer que si l'Aborigène avait conservé son mode de vie traditionnel. En droit de la famille, la Commission de réforme proposait plutôt d'employer la technique de la codification, afin de transformer sur certains points cette culture (alors qu'en Nouvelle-Calédonie le législateur français consacre au contraire l'autonomie de la coutume canaque en matière familiale). À l'heure actuelle, le mariage coutumier n'est pas reconnu et donc assimilé à un concubinage. La Commission proposait de lui attribuer certains effets en matière de droits sociaux et d'adoption, mais condamnait les mariages polygames ou ceux dérogeant au consensualisme des époux.

En deux siècles, le statut des Aborigènes australiens a donc évolué de manière certes limitée, mais malgré tout surprenante par rapport à son [522] état initial. Cependant, en 1996 est arrivée au pouvoir une majorité très conservatrice, de surcroît soumise à la pression grandissante du parti ouvertement raciste *One Nation*, très hostile à la reconnaissance des droits des Aborigènes, et devenu fort populaire. Il est donc probable que des initiatives législatives (elles ont déjà commencé)

viendront de plus en plus contrecarrer les avancées de la jurisprudence en la matière.

D'autre part, les comparaisons esquissées avec l'attitude du législateur français en Nouvelle-Calédonie montrent que la France a plutôt opté pour la solution d'un pluralisme juridique officiel, alors que le législateur australien cherche à maintenir le principe d'unité du droit en le retouchant. Pour l'historien du droit en tout cas, la colonisation de l'Australie par la Grande-Bretagne demeure typique de la solution initiale d'anéantissement des droits autochtone. Mais dans d'autres cas, beaucoup plus nombreux, le colonisateur britannique a agi avec davantage de mesure.

Section III

La prise en compte des droits autochtones

[Retour au sommaire](#)

Nous prendrons ici trois exemples : la Nouvelle-Zélande, l'Inde et l'Afrique noire. Dans le premier cas, l'attitude anglaise est ambiguë. Dans le second, le prestige de la civilisation indienne lui interdit de la tenir pour « primitive ». Comme l'enseignera cependant H. Sumner-Maine, fondateur de l'anthropologie juridique et codificateur des lois indiennes, elle est cependant demeurée à un niveau « stationnaire » sur l'échelle de l'évolution. En Afrique noire, le droit anglais resta toujours marginal par rapport aux droits locaux.

A) La Nouvelle-Zélande

255. LE TRAITE DE WAITANGI DE 1840. - La Nouvelle-Zélande est revendiquée en 1769 par l'explorateur britannique J. Cook. À l'époque, les autochtones sont environ 125,000. L'immigration européenne commence au milieu du XIXe. En 1840, le gouvernement [523] britannique envoie le capitaine William Hobson pour négocier avec les chefs indigènes. Or les deux îles constituent un cas

difficile. Les Maori (les autochtones adoptent ce terme qui signifie « normal » au début du XIX^{ème} siècle pour se différencier des Européens, les *pakeha*) ne sont pas aussi arriérés que les Aborigènes d'Australie, notamment parce qu'ils pratiquent l'agriculture, critère d'évolution jugé décisif. Mais ils ne sont quand même pas parvenus très loin sur le chemin qui mène à la civilisation. L'évolution de leur statut va se ressentir du sentiment ambigu éprouvé par le colonisateur.

Puisque ses habitants ne sont pas complètement « primitifs », la Nouvelle-Zélande ne sera pas une colonie de peuplement. L'Angleterre décide de conclure avec eux le traité de Waitangi, grâce aux bons offices de W. Hobson. Le 6 février 1840, 45 chefs du Nord le signent ; 500 autres les imitent dans les semaines suivantes. Le 21 mai, Hobson proclame la souveraineté britannique sur l'île du Nord et revendique celle du Sud. En 1851, la population d'origine britannique atteint 26,707 habitants. Des conflits se déclenchent avec les Maori pour la possession des terres entre 1845 et 1848, puis de 1860 à 1872. Les Britanniques confisquent celles des rebelles. En 1846, le premier *Chief Justice* constatait que l'ensemble du domaine foncier des Maoris représentait 26 millions d'hectares. En 1897, le président de la Cour d'Appel évaluait ce qui leur en restait en pleine propriété à 1,1 million. En 1896, les Maori ne sont plus que 42,000. Les Européens les qualifient de « race mourante », (ils sont aujourd'hui 350,000, soit 13 pour cent de la population totale ; 90 pour cent d'entre eux vivent dans les zones urbaines).

Que prévoyait le traité de Waitangi ? Il rappelle tout d'abord la volonté de la reine Victoria : établir son gouvernement sur l'ensemble des îles, déjà habitées par de nombreux colons anglais, que d'autres veulent rejoindre. Elle entend qu'aucun mal n'advienne aux Maori et aux Européens. Les chefs Maori y consentent (« Les chefs (...) donnent entièrement à la reine d'Angleterre et pour toujours le complet gouvernement de leur territoire »). Ici se situe une difficulté majeure dans l'interprétation des termes du traité, rédigé en deux versions : l'une en langue autochtone, l'autre en anglais. Dans la version anglaise, les Maori abandonnent leur souveraineté (*Powers of sovereignty*). Dans la version maori, il s'agit du *complete government*. Mais ces deux derniers termes ne sont qu'une traduction approximative du mot *kawanatanga*, [524] qui signifierait plutôt autorité, direction. Sur un point aussi essentiel, une certaine imprécision demeure.

En échange, la reine promet de protéger les chefs, les tribus et tous les Néo-zélandais, ainsi que leurs terres, leurs villages et leurs biens. Elle s'engage à don-

ner aux Maori les mêmes droits et devoirs civiques que ceux des Anglais. Les chefs vendront la terre à un prix convenu par son propriétaire et l'acheteur, agissant pour le compte de la reine. Ce qui signifie que la Couronne a un droit de préemption en cas de vente des terres par les autochtones. En principe, cette disposition devait permettre à chaque tribu de garder suffisamment de terres pour ses besoins en la mettant à l'abri des pressions éventuelles exercées par les colons. Mais huit ans plus tard, la Couronne avait acquis par la contrainte la moitié de la Nouvelle-Zélande... En 1865, le *Maori land court and native lands Act* organisait l'enregistrement des titres portant sur les terres coutumières. Celui-ci favorisait l'individualisation des rapports fonciers, limitant à dix personnes le nombre des propriétaires d'une parcelle de terre. Ainsi, l'acquisition éventuelle de cette terre par des colons britanniques pouvait se faire plus facilement que s'ils avaient dû négocier avec la tribu toute entière. Cette politique atteignit son but. Vers 1920, les Maori ne possédaient plus que 4 pour cent de la Nouvelle-Zélande, souvent dans des zones déshéritées. Un très fort exode rural s'ensuivit.

Dans ce contexte, quel sens donner au devoir de protection contracté par la Couronne ? Jusqu'en 1877, la jurisprudence reconnaît l'existence du titre indigène sur les terres, conformément à la fois aux principes de la Common Law et des clauses du traité. Mais après les révoltes suscitées par les rivalités entre les autochtones et des colons, facteur déterminant, un arrêt *Wi Parata v. Bishop of Wellington* opère un revirement, dans le sens de la négation de ce titre. Il sera confirmé par des décisions postérieures en 1894, 1914 et 1965. Pourtant, la juridiction suprême de l'empire britannique, le Conseil Privé, resta de l'avis contraire. Mais l'administration coloniale tint bon : jusqu'en 1993, plusieurs lois répètent l'inopposabilité du titre indigène. Dans ces conditions, le traité de Waitangi se vit dénier toute valeur contraignante dans l'ordre juridique interne néo-zélandais (en 1907, la Nouvelle-Zélande était devenue un dominion, État indépendant au sein du Commonwealth). À la différence du constituant américain, la Nouvelle-Zélande considérait en effet que les normes internationales ne sont pas d'application directe : si l'exécutif signe des traités, le [525] législateur n'est pas contraint de les ratifier. Donc, les droits fonciers traditionnels ne bénéficiaient d'aucune protection.

Mais à la fin de notre siècle, une toute autre politique commence.

256. LA RECONNAISSANCE DES DROITS AUTOCHTONES A L'EPOQUE ACTUELLE. - A partir des années soixante-dix, les autochtones d'Amérique du Nord remportent d'importants succès sur la scène internationale. L'opinion publique change dans les pays occidentaux. Le sentiment d'une dette à l'égard des autochtones naît et s'amplifie. La jurisprudence néo-zélandaise commence à reconnaître les droits indigènes, mais de façon restrictive. Elle interprète le traité (réanimé par le *Waitangi Treaty Act* de 1975 et par la création du Tribunal de Waitangi) en limitant ces droits à leur contenu à l'époque de sa conclusion : des droits coutumiers sur l'extraction de minerais ne pourraient exister. D'autre part, la Couronne conserve (comme en Australie) un *radical title*, qui laisse certes subsister un titre autochtone, mais lui est supérieur. De plus, une loi peut supprimer ce titre indigène : en 1955, une loi a ainsi éteint les droits autochtones sur la terre ferme, ne laissant subsister que les droits de pêche. Le Traité ressuscité demeurerait fort chétif.

En 1990 est adopté le *New Zealand Bill of Rights*, qui va jouer en Nouvelle-Zélande le même rôle que l'Acte sur la discrimination raciale de 1975 en Australie. Les juridictions doivent maintenant protéger les droits de la minorité... que sont devenus les Maori. Le traité de 1840 va être réinterprété d'une manière beaucoup plus favorable. Notamment, les droits autochtones visés doivent être appréciés en fonction de l'écoulement du temps depuis l'époque du Traité. La jurisprudence affirme en 1989 et 1994 que les principes du Traité doivent aboutir à des solutions équitables pour l'époque présente, et qu'ils sont devenus plus importants que les dispositions précises du texte. Les droits autochtones ne sont donc plus cantonnés à des formes anciennes d'activité économique et peuvent notamment s'étendre à l'exploitation des ressources minières.

Les juridictions ont été aidées dans ce mouvement par l'activité du Tribunal de Waitangi. Il ne s'agit pas d'une juridiction, mais d'un organe consultatif, qui a procédé à plusieurs réinterprétations du Traité en valorisant l'existence du titre indigène. Il est constitué de façon paritaire de Maori et d'Européens. Il peut agir à titre préventif, ou pour aider à la conclusion de litiges nés de violations du Traité : il adresse alors des [526] recommandations à la Couronne. La procédure utilisée fait une large place aux moeurs traditionnelles : l'écrit n'est pas exigé, la langue poly-

nésienne (les Maori sont venus de Polynésie vers 800 ap. J.C.) est autorisée ; la preuve par les mythes ou les généalogies est possible.

Notons enfin qu'en 1995 un accord a été signé entre le gouvernement et la plus importante fédération tribale maori. Il réglait définitivement les litiges concernant quelques 50,000 hectares de terre occupés par les colons dans les années 1860, restituait une terre de la Couronne d'une valeur estimée à 116 millions de dollars, et accordait des indemnités diverses.

L'exemple maori montre une fois de plus la plasticité des normes et des raisonnements juridiques. Si le traité de Waitangi a été ressuscité, il ne le doit pas à vrai dire à ses propres vertus. Mais plutôt au retournement qui s'est produit dans les années soixante-dix à l'égard des peuples autochtones dans l'ensemble du monde occidental, et qui se poursuit aujourd'hui. N'oublions pas en effet qu'au départ les Britanniques situaient les Maori dans les degrés inférieurs de l'évolution : à la rigueur suffisants pour passer un traité avec eux, mais trop peu élevés pour véritablement l'appliquer. L'élève indien fut-il mieux noté ?

B. L'Inde

257. LA COLONISATION. - Les Anglais s'implantent en Inde au cours du XVII^e siècle. La Compagnie des Indes orientales élargit progressivement les territoires soumis à son autorité. Au milieu du XVIII^e siècle, l'influence de la France est réduite à quelques comptoirs commerciaux (Pondichéry, Karikal, Yanaon, Chandernagor, Mahé), rétrocédés à l'Inde indépendante entre 1951 et 1954. Au XIX^e siècle, les mesures prises contre certaines traditions (commerce des esclaves, immolation des épouses sur le bûcher de leur mari décédé), et l'hostilité des Sikhs provoquent une situation instable. En 1857 éclate la révolte des Cipayes, soldats indigènes qui servaient dans l'armée britannique des Indes. L'administration militaire avait commis l'erreur de leur distribuer des cartouches enduites de graisse bovine (le bœuf est sacré pour les hindouistes) qu'ils devaient mordre pour les décapsuler... les affrontements qui s'en suivirent furent les plus graves de la période coloniale. En 1877, la reine Victoria est proclamée Impératrice des

[527] Indes. Dans la seconde moitié du siècle, d'importantes réformes sont accomplies dans de nombreux domaines afin de moderniser la vie du pays, en tentant d'y associer les élites locales. Celles-ci assimilèrent bien des aspects de la civilisation occidentale, mais sans renier leur propre culture. Elle recherchèrent l'unité indienne et posèrent les premiers éléments du mouvement nationaliste indien, qui allait conduire à l'indépendance en 1947. Un article de la Constitution du 26 novembre 1949 supprimait le statut des intouchables (environ 40 millions d'individus), mais ne mettait pas fin au système des castes, qui existe toujours à l'heure actuelle. Quelle fut la part du droit dans ces événements ? ²³⁸

258. LE MAINTIEN DES DROITS RELIGIEUX. - Si le colonisateur avait suivi à la lettre les principes de l'affaire Calvin, il lui aurait fallu éliminer tous les droits locaux, dans la mesure où l'Inde était une mosaïque de royaumes infidèles. Il n'en fit rien. Même si la civilisation hindoue ²³⁹ était restée pour les Britanniques à un stade inférieur à celui de l'européenne, elle était évidemment infiniment plus élevée sur l'échelle de l'évolution que les misérables sauvages d'Australie. La notion de territorialité du droit n'en était pas moins étrangère à la culture des habitants de ce pays.

En effet, le critère de détermination du droit applicable est d'ordre religieux. Or l'Inde est un carrefour de croyances. Tout d'abord, le droit musulman, sanctionné par les tribunaux, mais qui ne s'applique qu'aux adeptes de l'islam, sauf en droit pénal où il est étendu aux Hindous. Ces derniers observent pour le reste les prescriptions de leur propre religion, comme le font les chrétiens (à la fin du XIX^{ème} certains juges leur appliqueront le droit canon), les bouddhistes (le bouddhisme, qui rejette le système des castes, est né en Inde mais y est resté minoritaire par rapport à l'hindouisme), les *Parsi* (du persan *parsa*, perse ; adeptes du zoroastrisme, ils ont fuit la Perse aux VII^{ème} et VIII^{ème} siècles pour échapper aux persécutions des musulmans), les Juifs. La colonisation britannique ne visa pas à éliminer ces diverses religions (mis à part l'effort des missionnaires), mais à faire du droit une sphère différente. Cette politique nous paraît « naturelle ». Mais

²³⁸ Pour plus de détails, cf. David R., *op.cit.*, 516- 527, dont nous résumons ici les propos.

²³⁹ Les *Indiens* sont les habitants de l'Inde sans distinction d'appartenance religieuse ; les *Hindous* sont les Indiens de religion hindouiste.

d'une part elle correspondait pour [528] les populations locales à un changement d'optique radical ; d'autre part, il ne faut pas oublier qu'à l'époque la religion était beaucoup plus présente dans les droits occidentaux eux-mêmes, et qu'en Angleterre la notion de laïcité telle que nous la concevons n'existait pas (il en va toujours ainsi). D'autre part, en distinguant le droit de la religion, la colonisation visait l'unification du pays : même si le pluralisme religieux demeurait la règle, progressivement se formait un droit commun. Mais la territorialité du droit n'est pas nécessairement synonyme de son uniformité : il peut varier d'un territoire à l'autre. Il en sera ainsi en Inde jusqu'en 1833. Il faut en effet distinguer le cas des *Présidences* et celui du *moffussil*.

Les *Présidences* sont les villes (*Presidency Towns*) de Bombay, Calcutta et Madras. Dès le début de la colonisation sont installées des Cours royales devant appliquer le droit anglais dans son état de 1726. Il n'était cependant pas exclusif. D'une part, il ne s'appliquait qu'aux litiges mettant en cause un Anglais, ou à ceux dont les parties avaient exercé une option de juridiction en faveur du juge anglais. Dans la pratique, n'y recourraient que les élites, instruites des avantages que pouvait selon les cas présenter le droit anglais. D'autre part, le droit anglais n'était pas entièrement celui de l'Angleterre. Il pouvait être modifié par des règlements locaux ou tenir compte des particularismes culturels : non-application des lois anglaises sur le respect du dimanche, modification des sanctions prévues pour le suicide, etc. Même lorsqu'en 1781 la compétence des Cours anglaises fut étendue à tous les litiges, elles ne statuaient pas toujours suivant le droit anglais : si se présentaient devant elles des Musulmans ou des Hindous, elles appliquaient le droit musulman ou le droit hindou. On est donc en présence d'un droit mixte, plus que d'un droit véritablement territorial.

Cela d'autant plus que dans tout le reste de l'Inde, nommé *mofussil*, le colonisateur ne cherche à pas à étendre son droit. D'ailleurs, il n'y a pas jusqu'en 1858 de Cour royales, mais des juridictions de la Compagnie des Indes. Dans la tradition de l'époque, celle-ci administre en effet la justice dans le territoire colonial. Dans tous ce qui concerne le droit de la famille (et celui des castes, pour les Hindous), ces juridictions appliquent le droit hindou ou le droit musulman, suivant l'appartenance religieuse des parties. Dans les autres matières, la Common Law n'est pas appliquée : le juge doit se déterminer suivants les « principes de la justice, de l'équité et de la bonne conscience », comme l'indique un [529] règlement de 1781,

repris dans l'*Indian High Courts Act* de 1861, qui entraîne une importante réorganisation de la justice dans l'Inde toute entière. Que signifient exactement ces termes ? Un règlement du Bengale de 1852 le précise assez bien. Ces notions ne doivent pas servir à introduire le droit anglais ou un quelconque droit étranger. Les juges doivent dans chaque cas rechercher la solution qui paraît la plus juste par rapport au milieu indien. Dans la pratique, les juridictions se plièrent aux circonstances de manière empirique, en appliquant soit les coutumes locales, soit les règles du droit hindou ou du droit musulman. D'ailleurs, les juges n'étaient pas des juristes, mais des administrateurs civils qui ne connaissaient pas le droit anglais ; de plus les débats avaient souvent lieu dans une des langues de l'Inde.

Du XVII^e siècle jusqu'au début du XIX^eme, à la colonisation ne correspond globalement pas l'application du droit du colonisateur. Au contraire, les droits religieux et locaux ne laissent qu'une part réduite au droit anglais. Mais la situation va évoluer.

259. TERRITORIALITÉ ET CODIFICATION DU DROIT INDIEN. -

Au début du XIX^eme, l'idée de codification paraît séduisante en Angleterre même ²⁴⁰. L'Inde va servir de laboratoire. L'expérimentation commence avec le *Charter Act* de 1833. Une commission assistant le Gouverneur général de l'Inde dépose en 1840 un rapport très attendu, le *lex loci report*. Il ne propose toujours pas une unification du droit au profit du droit anglais, mais plutôt une solution pluraliste où celui-ci tient une place plus importante que dans le passé. En effet, on envisage l'élaboration de trois codes : l'un de droit hindou, l'autre de droit musulman, un troisième de droit territorial (*lex loci*) qui s'appliquerait par défaut des deux autres. Le code territorial serait d'esprit anglais, mais adapté aux circonstances locales, dans la mesure où l'une de ses clauses affirmerait le maintien des coutumes autochtones. Mais le projet n'aboutit pas. Des travaux ultérieurs se concentrent sur le seul code territorial. L'étape décisive est franchie entre 1859 et 1882. Son point de départ correspond au traumatisme de la grande révolte des Cipayes de 1857. L'insurrection écrasée, le Gouverneur général devient vice-roi, l'Angleterre prend directement en main l'administration et la modernisation du pays, suscitant les premières manifestations d'un mouvement [530] nationaliste. Le déclen-

²⁴⁰ Cf. *supra*, pp.325-326.

chement de la codification correspond donc à une volonté d'affermissement de l'autorité coloniale. Naît ainsi ce qu'on appelle un droit *indien* : non plus les droits religieux pratiqués en Inde (dont le droit *hindou*), mais un droit applicable à tous les Indiens, influencé par les droits occidentaux. Il est à la fois constitué de grandes lois et de codes : on a qualifié les lois de codes quand leur contenu correspondait à l'un des codes français inspirés par Napoléon. On a eu ainsi un Code de procédure civile (1859), un Code pénal (1860), un Code de procédure pénale (1861). Les grandes lois obéissent à la désignation traditionnelle d'*Act* : Actes sur la prescription (1859), les successions (1865), les contrats (1872), les preuves (1872), l'exécution en nature des obligations (1872), les effets de commerce (1881), le transfert de la propriété (1882), les trusts (1882), etc. Ces différents textes opèrent cette fois la réception d'un droit fortement inspiré par les modèles anglais... et même français (Codes). Les juges sont maintenant des juristes instruits de la Common Law. L'interprétation des notions d'« équité, justice bonne conscience » change de sens. On entend désormais par là les règles du droit anglais. La règle du précédent est officialisée de façon encore plus nette qu'en droit anglais, la fonction du juge joue un rôle déterminant, il n'y a pas de distinction entre ordre judiciaire et ordre administratif. Cependant, ce droit anglais n'est pas la copie intégrale du droit de l'Angleterre. D'une part, la distinction entre des juridictions de Common Law et d'Equity n'existe pas, car il n'y a jamais eu en Inde de juridictions d'Equity. En revanche, la distinction entre les deux notions est bien connue : les mêmes Cours appliquent à la fois la Common Law et l'Equity, solution tardivement introduite en Angleterre par les *Judicature Acts* de 1873-1875. D'autre part, les particularismes indiens sont dans une certaine mesure pris en compte (élimination du jury en matière civile, simplification des formes du testament, règles sur la violence en matière contractuelle, etc.). De plus, le droit anglais introduit en Inde peut être plus moderne que le droit de l'Angleterre. Les réformateurs vont en effet opérer des modifications qu'ils souhaitaient voir appliquer ultérieurement en Angleterre (notion d'ordre public, contrats conclus par des mineurs, etc.), d'où le caractère expérimental de ce droit indien.

Il est en tout cas devenu aujourd'hui une source historique déterminante du droit positif. En effet, la Constitution de 1950 (art. 372) de l'Inde indépendante a proclamé le maintien en vigueur du droit antérieur [531] (à peu de choses près, le droit pénal indien est encore aujourd'hui celui de l'Empire des Indes...). Cepen-

dant, la détermination du droit par le critère religieux n'appartient pas à une époque révolue : un certain nombre de matières ont continué à dépendre du statut personnel, ici religieux. Au total, la colonisation britannique a provoqué à la formation d'un système de droit mixte. D'où l'importance d'une dernière question : au-delà de la description, quel était l'esprit du droit indien ?

260. L'ESPRIT DU DROIT INDIEN.- Notre guide sera ici H. Sumner-Maine ²⁴¹ (1822-1888), fondateur de l'anthropologie juridique et grand expert en droit indien. Savant de réputation internationale après la publication en 1861 de son *Ancient Law*, il est nommé l'année suivante au Conseil du Gouverneur général de l'Inde à Calcutta. Il sera en 1871 membre du Conseil Supérieur au ministère des Indes. Il a participé à la codification du droit indien. Cette attitude peut paraître surprenante de la part d'un anthropologue du droit, dans la mesure où aujourd'hui ces spécialistes dénoncent souvent l'effet d'acculturation produit par de telles entreprises. Mais nous sommes dans l'Angleterre victorienne, première puissance occidentale et coloniale ; de plus l'évolutionnisme domine les sciences sociales. Même s'il est très attaché à l'Inde, Maine est convaincu qu'elle s'est arrêtée à un état stationnaire dans l'évolution vers la civilisation, pleinement atteinte par les seuls Européens. Pour lui, tout ce qui favorise les droits de l'individu constitue un progrès. La codification permet à la fois la modernisation inéluctable et le respect des coutumes qui méritent d'être préservées, certaines lui paraissant inadmissibles. Loin de liquider celles qui sont acceptables, la codification permet de les sauver en les fixant, car les élites indiennes ont largement reçu la culture intellectuelle occidentale et, d'après lui, vont par effet de contagion la propager dans tout le pays. Si on y prend garde, les traditions locales disparaîtront : « De même que les fleuves sacrés de l'Inde perdent leur sainteté avec le temps, au dire des Brahmanes, l'Inde elle-même perd peu à peu de chacun de ses traits caractéristiques ». Il ajoute que de toute façon l'influence anglaise est inéluctable, et brocarde même les défenseurs à tout prix des coutumes (il y en avait donc déjà...), ceux qui «... rêvent la reconstitution d'une société native sur un type purement indigène, fantaisie à laquelle ils s'abandonneraient [532] parfois volontiers, jusqu'à l'abnégation de tout sentiment moral ». Il ajoute : «... le remède qu'il serait absolument néces-

²⁴¹ Cf. Verdier R., Dossier H.Sumner-Maine, *Droit et cultures*, 19, 1990, 149-190.

saire d'appliquer pour l'honneur du nom anglais ne contribuerait pas à restaurer l'intégrité du système indigène. Car le traitement n'exige rien moins que la promulgation d'un code simple, uniforme, et, somme toute, rédigé d'après les meilleurs modèles européens ».

D'ailleurs, poursuit-il, une critique trop marquée de l'attitude anglaise suivie jusqu'ici serait d'autant plus déplacée que le colonisateur est toujours parti du principe du respect des droits indigènes. Pour l'essentiel, l'observation est juste, mais le cas australien nous montre que cette position peut connaître des exceptions. En fait, elle s'explique largement en Inde par le fait que l'introduction exclusive du droit anglais aurait été tout simplement impossible, étant donné l'écrasante supériorité numérique des Indiens (les Anglais rencontreront d'ailleurs le même problème en Afrique). Cependant, notre auteur remarque qu'en raison de l'influence occidentale, certains secteurs du droit se développent, qui sont inconnus des droits locaux. Pour lui, on cède trop facilement à la tentation de les soumettre au droit anglais sans réflexion préalable : «... on les adopte [les règles anglaises] comme si elles s'imposaient naturellement à la raison humaine (...) nous rencontrons ici un nouvel exemple de l'influence, si sensible dans l'histoire du Droit européen, que le Droit écrit exerce invariablement sur le Droit coutumier, toutes les fois qu'ils se trouvent côte à côte. Pour mon compte, je ne puis que déplorer cette transformation du Droit. Elle ne s'inquiète pas de remédier aux usages indigènes, lorsqu'ils sont malsains (...) elle en remplit les lacunes [de la coutume] avec un amalgame hétérogène de lois étrangères... ».

Maine fait enfin à juste titre observer que l'influence anglaise s'est surtout exercée à travers la création d'un système judiciaire exogène. Les nouvelles Cours ont certes tenu compte des coutumes recueillies de la bouche des Anciens, mais, suivant un processus que nous connaissons bien, elles les ont en même temps fixées et dénaturées : « Il faudra désormais rechercher ce qu'ils [les Anciens] affirment être la coutume, dans les décisions des Cours de Justice, ou dans les documents que ces Cours admettent à titre de preuve (...) L'usage, une fois enregistré d'après les témoignages fournis, devient par la même une loi fixe et écrite. Ce n'est plus à titre d'usage qu'on lui obéit. On le respecte dorénavant à titre de loi

applicable par une Cour anglaise, et il [533] devient vraiment par là un ordre émané du souverain » ²⁴². On ne saurait mieux dire...

C. La marginalité du droit anglais en Afrique noire

L'influence du droit anglais en Afrique noire est antérieure à la colonisation. Notamment en Afrique de l'ouest, des commerçants et des représentants de l'autorité britannique sont présents de façon ponctuelle. Certains textes (traité de 1844 conclu entre la Grande-Bretagne et les chefs Fante) prévoient la compétence des officiers judiciaires de la Reine, qui doivent adapter les coutumes du pays aux principes généraux du droit anglais. Le problème de son introduction se pose évidemment avec une toute autre ampleur quand un territoire tout entier est colonisé. Les principes de l'affaire Calvin impliquaient que ces « royaumes infidèles » voient leur droit abrogé au bénéfice du droit anglais. Celui-ci fut en effet introduit. Mais comme en Inde, l'immensité des territoires et le faible nombre des colons anglais rendaient tout à fait illusoire l'abrogation des droits locaux, d'autant plus que le système de l'administration indirecte impliquait leur maintien, sous réserve de modifications. Le colonisateur n'avait tout simplement pas les moyens d'imposer son droit à toutes ces populations, fussent-elles la plupart du temps considérées comme « primitives », à la différence de l'Inde. Le droit anglais resta donc marginal, limité aux colons et à une élite autochtone. On distinguait entre les sujets et protégés britanniques, et les indigènes (*natives*). Cependant, ce dualisme ne fut pas synonyme de ségrégation : des points de contact se formèrent entre les différents systèmes juridiques.

²⁴² Sumner-Maine H., *Études sur l'histoire du droit*, Chapitre I : L'Orient et l'étude du droit, Paris, 1889.

1) L'introduction du droit anglais

261. LA RECONNAISSANCE DU DROIT ROMANO-HOLLANDAIS EN AFRIQUE DU SUD. - Les Hollandais sont les premiers Européens à s'établir en Afrique du Sud, découverte par les Portugais. Les colons sont des fermiers, les Boers (*paysans*, en néerlandais), rejoints par de nombreux [534] protestants français après la révocation de l'édit de Nantes en 1685. En 1814, le traité de Paris attribue la colonie du Cap au Royaume-Uni. Des conflits avec les Boers s'en suivent. En 1910, le Cap, le Natal, le Transvaal et l'Orange sont réunis au sein de l'Union sud-africaine, dominion de l'Empire britannique. Le peuplement européen initial de l'Afrique du sud la rattache donc à la famille des droits continentaux. Le droit romano-hollandais a été reconnu par la Grande-Bretagne comme le droit général de l'Afrique du Sud elle-même, mais aussi celui des territoires voisins du Basutoland, du Bechanaland, du Swaziland et de la Rhodésie du Sud. Cependant, il subit l'influence du droit anglais : importance croissante des précédents, publication de jurisprudence (*law-reporting*).

262. LA RÉCEPTION DU DROIT ANGLAIS EN AFRIQUE TROPICALE. - Le droit anglais fut introduit suivant des modalités diverses dans les différentes colonies. En principe, il y a bien réception générale de ce droit, intégré dans l'ordre interne par le biais d'une disposition législative. Chaque fois qu'un territoire devient une colonie, un statut (*statutory law*, acte de réception enregistrant le droit anglais), rédigé sous l'autorité du *British Colonial Office* détermine le type de droit que devront sanctionner les juridictions anglaises. Ces statuts ne diffèrent entre eux que sur des points mineurs, et reflètent pour l'essentiel une forme-type. Ils enjoignent aux tribunaux d'appliquer la Common law, mais n'abrogent pas pour autant les droits locaux, leur permettant de subsister dans la mesure où ils sont compatibles avec les principes généraux du droit anglais. Le statut du Ghana prévoit ainsi que : « Rien dans cette ordonnance n'empêche les juridictions d'appliquer et de sanctionner l'application, ou n'exclut personne du bénéfice de toute loi ou coutume autochtones existantes [sur le territoire], à condition qu'une telle loi ou coutume ne soit pas contraire à la justice naturelle, l'équité

et la bonne conscience, ni incompatible, soit directement, soit indirectement, soit par voie de nécessaire conséquence avec une ordonnance déjà en vigueur » ²⁴³.

Plus précisément, le droit reçu comprend les règles de la Common Law, les principes de l'équité, les lois « reconnues de portée générale » votées par le Parlement du Royaume-Uni, les usages et la procédure des [535] tribunaux, la notion assez floue de « culture juridique générale de l'Angleterre ». De plus, le statut des avocats est copié sur celui de la métropole. Mais la possibilité de modifications ultérieures de la Common Law ainsi reçue diffèrent suivant les colonies. Dans certaines, il s'agit du droit normalement en vigueur en

Angleterre : la modification en métropole se transmet aux colonies. Ailleurs, le droit anglais est transféré à une date donnée, et n'évolue plus par la suite, ce qui priva une partie de l'Afrique anglaise des grandes réformes opérées en Angleterre entre la fin du XIX^{ème} siècle et la première moitié du XX^e. Ainsi en allait-il du Ghana (1874) de la Sierra Leone (1880), de la Gambie (1888), de la Somalie (1900), du Nyassaland (1902). Dans l'Est africain, on se réfère au droit de l'Inde, en son état à des dates variables (1897 pour le Kenya, 1902 pour l'Ouganda, 1920 pour leTanganyka).

Toutefois, ces injections de droit anglais ne doivent pas faire illusion. Si le droit pénal est progressivement appliqué aux indigènes, ce que nous nommons le droit civil resta régi par les droits locaux pour au moins 90 pour cent des Africains. Comme l'a écrit A. Allott, juriste anglais spécialiste de l'Afrique : « La sphère d'action du droit anglais était donc très limitée, malgré son statut grandiloquent de loi territoriale générale » ²⁴⁴. Cependant, comme nous allons le voir, il put influencer les droits locaux.

²⁴³ *Courts Ordinance, Laws of the Gold Coast*, (1951 Rev.), Cap.4, s.87 (1).

²⁴⁴ Allott A., L'influence du droit anglais sur les systèmes juridiques africains, dans : Conac G. (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Economica, 1980, 8.

2) L'influence du droit anglais sur les droits locaux

Elle tient d'abord au fait qu'ils ne sont tolérés que dans la mesure où ils ne contreviennent pas aux principes fondamentaux du droit anglais, ainsi qu'à la moralité et à la justice... britanniques. Comme dans les colonies françaises, le droit traditionnel reconnu par le colonisateur va être en fait acculturé, et devenir du droit coutumier. De plus, les Africains ont une faculté d'option en faveur du droit anglais, et des juridictions anglaises.

263. LA FACULTÉ D'OPTION EN FAVEUR DU DROIT ANGLAIS. -

Disons tout de suite qu'elle fut surtout exercée par une minorité d'Africains, convertis à la modernité, et souvent proches du colonisateur. L'option [536] peut être générale ou partielle. Plutôt plus exigeante que les autres colonisateurs européens, l'Angleterre posa des limites strictes à l'option générale. En fait, il était impossible à un Africain de renoncer de son chef à l'ensemble de son droit propre. C'était au juge de le décider. En général, il le faisait au profit des élites, ainsi ralliées : des avocats ou des médecins africains pouvaient être déclaré non indigènes. C'était une prime à l'assimilation. En revanche, l'option partielle était beaucoup plus accessible. L'Africain pouvait placer un acte juridique de son choix sous l'empire du droit anglais, et devenait ainsi justiciable des juridictions normalement compétentes pour les Européens. Cette option n'avait rien de définitif, et le retour au droit coutumier était toujours possible. Un époux marié sous le régime anglais devenu voeu pouvait ensuite contracter un mariage suivant le droit coutumier ; quand un contrat de droit anglais était arrivé à son terme, les co-contractants pouvaient conclure une nouvelle convention, mais de droit coutumier, s'ils le désiraient. Ces facultés d'option pouvaient évidemment poser des difficultés : quel serait le statut juridique d'enfants d'un couple africain marié sous le droit anglais ; un Africain soumis au droit coutumier pouvait-il rédiger un testament selon le droit anglais alors que le testament écrit était inconnu du droit coutumier ; le détenteur de biens suivant le droit coutumier pouvait-il utiliser le droit anglais pour les aliéner, etc. La plupart des temps, les tribunaux procédèrent de façon empirique, en élaborant leurs propres règles de conflits de droits. Notons enfin que la

tendance générale fut à l'accroissement des options partielles depuis le début de la colonisation jusqu'aux indépendances.

264. LA FACULTÉ D'OPTION EN FAVEUR DES JURIDICTIONS DE DROIT MODERNE. - Comme dans la plupart des colonies européennes, le colonisateur britannique institua un dualisme judiciaire.

D'une part, les juridictions indigènes, normalement compétentes pour tous les litiges de droit coutumier. Coutumier, mais non pas traditionnel. En effet, ces juridictions étaient soumises au contrôle d'un magistrat ou d'un fonctionnaire européen, qui effectuait des tournées d'inspection et éventuellement révisait d'office les décisions contrevenant à l'ordre public colonial. En fait, bien souvent ces juridictions ont introduit la notion de droit subjectif conçue à l'européenne, et ont créé un droit éloigné du droit traditionnel. D'autre part, les juridictions de droit moderne, normalement compétentes pour les Européens, mais [537] également pour les Africains désireux de s'y adresser. Elles pouvaient être ainsi amenées à appliquer non seulement le droit anglais, mais aussi à statuer sur le droit coutumier. Dans ce dernier cas, les magistrats (tous européens) se faisaient assister d'assesseurs en principe instruits des droits locaux. Mais la dérive vers le droit anglais était inévitable. Quand elles devaient appliquer une coutume autochtone, ces juridictions recherchaient la plupart des temps les règles anglaises sur la preuve du droit étranger, ou celle des coutumes locales ou commerciales. Beaucoup de distorsions en résultaient. Enfin, il faut souligner l'effet multiplicateur de l'appréhension jurisprudentielle de la coutume. Quant un jugement a établi une coutume, le précédent invoqué par la suite par d'autres juges consiste dans ce jugement lui-même, et non dans la règle traditionnelle qu'il a interprétée.

265. LE DROIT MODERNE ET LES INDÉPENDANCES. - Lors des indépendances, suivant une attitude déjà constatée à propos des anciennes colonies françaises, le droit moderne n'a nullement été éliminé, même si la majorité de la population a continué à vivre suivant ses propres droits. Le paradoxe n'est qu'apparent : les nouveaux dirigeants étaient pour la plupart issus de la minorité africaine moderniste et pensaient que l'unité nationale serait renforcée par l'unité juridique issue de l'application du droit d'origine européenne, fût-elle largement facti-

ce. D'importantes modifications ont cependant eu lieu en ce qui concerne le système judiciaire. La plupart des temps, le dualisme entre juridictions indigènes et de droit moderne a été supprimé par l'agrégation des premières à un système unitaire d'administration de la justice, ce qui a favorisé le droit moderne. D'autre part, afin d'éviter toute sujétion des juridictions nationales à l'ancien colonisateur, des Cours suprêmes ont été créées dans tous les nouveaux États (cependant, parmi les États anglophones, la possibilité d'un recours au Comité judiciaire du Conseil privé a été retenue, en ce qui concerne la Gambie, la Sierra Leone, le Botswana, le Lesotho et la Rhodésie). Mais les modalités de l'enseignement du droit, les règles de recrutement des juges sont restées très largement conformes au passé.

Par ailleurs, un mouvement de rédaction des coutumes s'est affirmé dans certains États. En 1961, au Tanganyika, les Conseils de district ont procédé à la rédaction officielle de coutumiers en langue swahili... dans l'esprit d'une unification des coutumes. Au Nigeria, les assemblées [538] régionales ont oeuvré dans le même sens. De nombreux États africains ont collaboré avec l'Université de Londres (*School of oriental and african studies*) afin de réaliser un ouvrage où serait exposé systématiquement tout le droit coutumier africain (*Restatement of african law project*). À la fin des années soixante, plusieurs volumes ont ainsi été publiés concernant le Kenya, le Malawi et le Botswana. *A priori*, de telles initiatives semblent favorables à la coutume, mais nous savons bien que les rédactions officielles aboutissent en réalité à la dénaturer, suivant une constante de l'histoire du droit, en Europe ou outre-mer.

Section IV

Les fluctuations du droit colonial anglais en Amérique du Nord ²⁴⁵

[Retour au sommaire](#)

Les exemples que nous avons étudiés jusqu'ici portent sur des cas relativement distincts : l'abrogation des droits locaux, ou au contraire leur prise en compte plus ou moins prononcée. Dans d'autres parties de son immense empire colonial, l'Angleterre adoptera une politique plus fluctuante, au gré de l'évolution de ses intérêts. Il en va ainsi de l'Amérique du Nord.

Quand l'Angleterre y implante ses premières colonies, il semble que les Amérindiens doivent subir le sort qui sera celui des Aborigènes australiens : le pays est considéré comme inhabité ; les autochtones d'abord comme quantité négligeable, puis comme ennemis potentiels à neutraliser. L'attitude initiale anglaise diffère de celle des Français qui traitent beaucoup plus rapidement les autochtones en partenaires. Puis les Anglais se ravisent : le problème autochtone est plus complexe qu'il n'y paraissait, et surtout la rivalité avec la France prend un tour aigu dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle. Ils reconnaissent progressivement l'indépendance et les droits territoriaux des autochtones, dont ils ont besoin. Mais au XIX^e siècle, tout change de nouveau et l'Amérindien doit disparaître ou s'assimiler.

[539]

266. DE LA NÉGATION INITIALE DES DROITS AUTOCHTONES À LEUR PRISE EN COMPTE (1606-1763). - Nous sommes à l'époque de l'affaire Calvin (1608). En Angleterre, on pense que les Indiens sont des Barbares qu'il faut contraindre à changer leur mode de vie. Beaucoup d'auteurs affirment qu'ils ne connaissent pas la notion de propriété du sol, se bornant à le parcourir. En 1632, la Couronne entérine cet avis. Cependant, dans la pratique, les autorités

²⁴⁵ On se réfèrera une fois de plus à Morin M., *op.cit.*, 131-240.

coloniales essaient de parvenir à des ententes avec les indigènes. Non pas qu'elles s'en soucient particulièrement, mais parce que les diverses colonies anglaises rivalisent entre elles : un tel accord peut les départager. Les descendants des premiers colons obéissent au droit anglais, mais rien n'est dit des autochtones qui vivent dans les territoires coloniaux. On mentionne parfois qu'il faut les convertir pour les empêcher de nuire, et leur faire la guerre si nécessaire. Dans les années 1630, ils sont assimilés à des pirates : ils n'ont donc aucune indépendance sur le plan international et peuvent être exterminés si besoin est.

Mais les choses vont changer : l'Angleterre a besoin des Amérindiens afin de contrer l'influence française. En 1665, la métropole cherche à régler les nombreux conflits avec les colons. Une commission d'enquête propose des mesures pour mettre fin aux mauvais traitements infligés aux Amérindiens. Elle estime que les colons ne peuvent disposer de terres prises aux autochtones, sauf « juste cause » de guerre au moment de l'ouverture des hostilités. La règle normale devient donc la reconnaissance de droit fonciers des Amérindiens, complet changement par rapport à la période précédente. En 1743, une décision du comité judiciaire du Conseil privé reconnaît expressément la personnalité internationale des alliés autochtones de l'Angleterre et confirme leur droit d'occuper des terres qu'ils n'ont pas cédées. Les colons ne peuvent disposer que de terres qu'ils leur ont achetées, ou qui sont réellement vacantes. En 1760, la victoire de l'Angleterre sur la France va-t-elle provoquer un retour en arrière pour les autochtones ?

267. LA PROCLAMATION ROYALE DE 1763. - L'ennemi français est définitivement vaincu en 1760. L'article 4 du Traité de Paris du 10 février 1763 prévoit la cession par la France à l'Angleterre du « Canada avec toutes ses *Dépendances* (on entend par là les territoires autochtones) ». La Proclamation royale intervient quelques mois après la signature du traité afin de définir le régime d'administration des [540] territoires conquis. Les colons anglais sont de plus en plus nombreux à chercher des terres à l'ouest, à l'extérieur des limites des colonies. Le souverain affirme placer sous sa protection les territoires autochtones qui ne sont compris dans aucune colonie ; les colons n'ont pas le droit d'acheter des terres aux Indiens, qui doivent leur être réservées pour leur permettre d'y chasser. *Un peuple autochtone peut donc occuper un territoire qu'il ne cultive pas.* À l'intérieur des colonies, une procédure particulière permet au gouverneur de faire

l'acquisition des terres réservées aux autochtones. De plus, à l'extérieur des colonies, les autochtones et les Européens ne sont pas soumis au droit anglais.

On peut par ailleurs se demander si la Proclamation s'applique aux Inuit ²⁴⁶. Ces derniers ne commencent à ressentir les premiers influx de la pénétration européenne qu'à la suite de la découverte de la Baie d'Hudson en 1610. La même année, l'Angleterre concède par charte à la Compagnie de la dite Baie un territoire couvrant l'essentiel des terres occupées par les Inuit. La Proclamation exclut expressément ce territoire de son champ d'application. Cependant, au cours du XXe siècle, la jurisprudence d'une part assimile les Inuit aux Indiens (arrêt *Re Eskimos*, 1939), et d'autre part affirme clairement (en 1959 et 1963) que la Proclamation s'applique aux Inuit.

Comment expliquer ces dispositions dans l'ensemble favorables aux autochtones ? Si le danger français a disparu, les colonies anglaises d'Amérique du Nord entrent dans une nouvelle période d'instabilité. La guerre de l'Indépendance commence en 1775, elle aboutira en 1783 à la signature des traités de Paris et de Versailles, reconnaissant l'indépendance des États-Unis. Entre 1812 et 1814, l'ensemble du Canada reste fidèle à l'Angleterre et subit les attaques des troupes américaines. Mais en 1837, éclate la révolte contre l'Angleterre, qui refuse d'accorder au Canada le régime parlementaire : elle est écrasée. Finalement, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique aboutit en 1867 à la création d'une nouvelle nation, le dominion du Canada, État indépendant mais inclus au sein de l'Empire britannique.

[541]

Les troubles sont donc importants pendant les premières années du XIXème siècle : les colons doivent ménager les autochtones. Ces contraintes ne jouent plus une fois la situation stabilisée.

²⁴⁶ Cf. Rouland N., *Les Inuit du Nouveau-Québec et la Convention de la Baie James*, Université Laval, Québec, 1978, 75-89 ; Brun H., *Le territoire du Québec, Études juridiques*, Québec, 1974.

268. LE TOURNANT DU XIX^{ème} SIÈCLE : DE L'ASSIMILATION AU RED POWER. - Aux États-Unis, la Cour suprême décide à partir de 1823 d'appliquer la théorie de la découverte, déjà avancée au début du XVII^e siècle : la puissance européenne qui l'opère a le droit exclusif d'acquérir le territoire des autochtones et d'entretenir des relations politiques avec eux. Les Indiens ne sont que des « nations intérieures dépendantes ». En 1836, un ouvrage du juriste américain Henry Wheaton rencontre un grand succès. Il affirme notamment qu'une « horde mouvante de sauvages errants » ne constitue pas une société politique ou une nation. Le mouvement se confirme au début du siècle suivant. Pour les internationalistes, la communauté internationale ne peut comprendre que les États civilisés, seuls capables de respecter les règles du droit international, c'est-à-dire ceux qui cultivent les valeurs européennes (à l'exception de la Russie et de la Turquie, les États ainsi qualifiés font en effet tous partie du monde occidental). Beaucoup d'auteurs en déduisent que les accords conclus par ces États avec les « peuples sauvages » n'ont pas de valeur juridique. (Cependant, en 1919, le nombre d'États admis dans la Société des Nations sera plus élevé que celui considéré par ces auteurs).

Au Canada les premières réserves sont créées à partir de 1851. En principe, l'acceptation de la vie en réserve ne met pas fin aux droits issus de la Proclamation de 1763. Mais pour un certain nombre de groupes indiens (par exemple les Algonquins), il s'agit bien en pratique d'une compensation de la perte des territoires ancestraux, occupés maintenant par les colons, en augmentation massive. En 1857, une loi permet aux « sauvages pur sang » qui résident sur des terres n'ayant pas été cédées à la Couronne d'être « émancipés ». À certaines conditions : savoir lire et écrire le français ou l'anglais, être « assez avancés » dans leur éducation élémentaire, faire preuve d'une bonne moralité, et ne pas être endettés. Une fois son statut d'autochtone ainsi abandonné, l'Indien peut se faire concéder en pleine propriété un lot de terres pris sur le territoire de son peuple ; il ne peut plus participer aux délibérations de son ancienne communauté. Le but visé est évident : dissocier l'autochtone de son groupe d'origine. Mais jusqu'en 1867, une seule demande sera [542] accueillie, preuve que les Amérindiens préfèrent continuer à vivre en communauté (toute référence à l'émancipation ne disparaîtra qu'en... 1985).

Aux États-Unis, les Indiens qui acquièrent la citoyenneté américaine sont soumis à des rites parfaitement explicites : «... chaque postulant devait abandonner son nom indien et on lui faisait tirer une dernière flèche pour bien marquer qu'il était fermement résolu à abandonner son mode de vie traditionnel. Les hommes devaient toucher une charrue, symbole de la vie laborieuse de fermier qui s'ouvrait devant eux. Quant aux femmes, elles recevaient un sac à ouvrage et un porte-monnaie, s'engageant par la même à économiser et à se dévouer à leur foyer, comme les femmes blanches » ²⁴⁷.

Au milieu de notre siècle la *Termination Policy*, considérée comme « la solution définitive du problème indien » est mise en oeuvre aux États-Unis. Elle doit être le couronnement de la politique d'assimilation commencée au siècle précédent. En 1953, plusieurs textes prévoient que le gouvernement fédéral abandonne sa juridiction sur les Indiens au profit des États. Les programmes fédéraux d'assistance aux tribus doivent être supprimés ; l'égalité de droit devient la règle, alors qu'en se superposant à l'inégalité socio-économique des autochtones vis-à-vis des Blancs, elle ne fait qu'accentuer cette dernière. La disparition des structures tribales et des réserves est programmée : elle commencera par les tribus jugées plus aptes que d'autres à bénéficier de l'assimilation, sans que leur soit demandé leur avis. De 1954 à 1960, 61 tribus sont l'objet de la « solution définitive » (l'expression était courante). Mais contre toute attente, les Indiens résistent à leur extinction. En 1958, le gouvernement met fin à sa politique. Commence alors une autre époque : celle de l'émergence progressive d'un droit des peuples autochtones, notamment sur le plan international, en expansion jusqu'à nos jours ²⁴⁸. Le *Red Power* est né.

²⁴⁷ Rostkowski J., *Le renouveau indien aux États-Unis*, Paris, L'Harmattan, 1986, 32.

²⁴⁸ Cf. Rouland N. (dir.), *op.cit.* (*Droit des minorités et des peuples autochtones*), 371-373, 482-486.

[543]

Pour aller plus loin

269. INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES. - On se référera toujours avec utilité à R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1974, ainsi qu'à : W.J. Mommsen-J.A. de Moor (eds.), *European expansion and law*, Berg, Oxford/New-York, 1992. Sur l'histoire juridique de l'Afrique depuis la période pré-coloniale jusqu'aux années 1980, on lira la très bonne synthèse de J. Vanderlinden, *Les systèmes juridiques africains*, PUF, Paris, 1983 ; cf. également N. Rouland, Les colonisations juridiques : de l'Arctique à l'Afrique noire, *Journal of legal pluralism*, 29, 1990, 39-136. Sur la période qui a suivi les indépendances, cf. G. Conac (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains*, Economica, Paris, 1980. En ce qui concerne l'anthropologie juridique africaine, on prendra connaissance des travaux et activités du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris (Université de Paris I), dirigé par E. Le Roy ; on suivra également la revue *Droit et cultures* (Université de Paris X-Nanterre), dirigée par R. Verdier. Pour une analyse de droit colonial comparé des statuts personnels des autochtones, cf. J. Chabas et *alii*, Le statut personnel des autochtones dans les pays de civilisations différentes, *Civilisations*, III, 1953, no.2, pp. 179-232 ; pour une étude plus récente des statuts personnels en droit colonial et en droit positif français, cf. N. Rouland, *Les statuts personnels et coutumiers en droit constitutionnel français*, à paraître.

En ce qui concerne les rapports entre droits européens et droits autochtones en Amérique du Nord, l'ouvrage de référence est : M. Morin, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, Éditions du Boréal, Québec, 1997.

Au sujet de l'arrêt *Mabo* et du statut des Aborigènes d'Australie, cf. R.D. Lumb, Native title to land in Australia : recent High Court decisions, *International and comparative law quarterly*, vol. 42, janvier 1993, 84 *sq.* ; R. Lafargue, La « révolution Mabo » ou les fondements constitutionnels du nou-

veau statut des Aborigènes d'Australie, *Revue du droit public*, 5, 1994, pp. 1329-1356 ; La fédération australienne à l'épreuve du titre indigène : le Native Title Act de 1993, *Droit et cultures*, 32, 1996/2, 85-106 ; Gouvernement des juges et droits des minorités : la Cour suprême australienne et la garantie des droits fonciers aborigènes, à paraître dans la *RDP* ; Australie : le réalisme politique de la Cour suprême dans la défense des droits aborigènes fasse à la réaction ultra-libérale du pouvoir fédéral - La Révolution Mabo et la tentation d'une nouvelle forme d'apartheid, à paraître ; S. Chesterman, 'Skeletal legal principles' : australian land right jurisprudence, *Journal of legal pluralism*, 40 1998,61-68.

Sur la Nouvelle-Zélande et le traité de Waitangi, cf. Ian Brownlie, *Treaties and indigenous peoples*, Clarendon Press, Oxford, 1992, (l'ouvrage lui est entièrement consacré) ; D. Baragwanath, H. Parata, J. Williams, *Treaty of Waitangi issues*, Continuing legal department of the New Zealand Society, avril 1997 ; R. Lafargue, *Le traité de Waitangi : le Symbole et le Droit, de la fondation d'une colonie à la naissance d'une nation*, à paraître. On ne manquera pas de voir le beau film *L'âme des guerriers*, qui dépeint la vie difficile des Maori en milieu urbain à l'heure actuelle.

270. DE L'AFRIQUE ALLEMANDE À L'AFRIQUE NAZIE. - L'Allemagne est une puissance coloniale oubliée. En 1914 son empire n'est cependant pas négligeable. En Afrique, elle possède le Togo, le Cameroun, est présente dans le sud-ouest et en Afrique orientale, y compris le Rwanda et le Burundi. En Océanie, elle exerce son autorité sur une partie de la Nouvelle-Guinée, les îles Samoa, Marshall, Carolines et Mariannes. En Chine, elle possède le territoire de Kiao-Tchéou. Soit un total de 3 millions de km² et 12 millions d'indigènes (dont un peu [544] moins de 8 en Afrique orientale), pour seulement 28,000 colons allemands (en 1939, l'Empire français couvre 12 millions de km² et comprend 70 millions d'indigènes).

Bismarck ne tenait guerre à l'expansion coloniale, car il était surtout préoccupé d'affirmer en Europe la puissance de l'Allemagne récemment unifiée. Cependant, beaucoup d'Allemands émigraient aux États-Unis, en Australie et en Amérique du sud, ce qui donnait de l'intérêt à une telle expansion, sans compter les bases qu'elle pouvait procurer à la marine de guerre allemande. L'Allemagne com-

mença par l'administration directe, puis délégua ses pouvoirs à des compagnies à charte. Vers 1890 cependant, elle met en place une administration coloniale, mais celle-ci ne constitue pas un corps spécialisé, car elle est formée de volontaires de la fonction publique métropolitaine. Après le premier conflit mondial, l'art. 119 du Traité de Versailles impose à l'Allemagne de renoncer à toutes ses colonies au profit des puissances alliées, au motif qu'elle est incapable de mener une politique indigène « civilisée ». La SDN attribue des mandats sur ses territoires à la France, le Royaume-Uni et ses dominions, ainsi qu'à la Belgique et au Japon. L'Empire n'aura duré qu'un demi-siècle.

Hitler ne paraît tout d'abord pas intéressé par l'Afrique, comme il l'écrit dans *Mein Kampf*. Pour lui, les Noirs sont des *Halb-Effen*, des demi-singes. En fait, il redoute que des Africains venus des colonies ne risquent de constituer des noyaux de peuplement en Europe. À cet égard, il trouve l'attitude française « abominable ». En France, «... l'envahissement par les Nègres fait des progrès si rapides que l'on peut vraiment parler de la naissance d'un État africain sur le sol de l'Europe. Si l'évolution de la France se prolongeait encore trois cents ans dans son style actuel, les derniers restes du sang franc disparaîtraient dans l'État mulâtre africano-européen qui est en train de se constituer : un immense territoire de peuplement autonome s'étendant du Rhin au Congo, rempli de la race inférieure qui se forme lentement sous l'influence d'un métissage prolongé ». Dans un autre passage, il oppose les techniques coloniales : sa préférence va à la ségrégation allemande contre l'assimilation française. Cependant, le Führer change bientôt d'avis et entend poursuivre la politique d'expansion coloniale de la fin du siècle précédent. En 1934, un Office de politique coloniale du Parti est créé. On pense au projet d'une *Mittelafrika* édifée sur les restes de des empires coloniaux des démocraties. Il n'est pas question d'établir des colonies de peuplement en Afrique, afin d'éviter toute contamination raciale (Hitler avait songé à déporter les Juifs à Madagascar avant de mettre en oeuvre la solution finale). Mais l'Afrique pourra être utilisée pour l'enrichissement de la nouvelle Europe.

Dès lors, à la veille de la guerre, les autorités nazies sollicitent les ethnologues allemands. On juge utiles leurs connaissances pour définir un statut des autochtones compatible avec le droit racial allemand. Beaucoup ne rechignent pas à la besogne. En 1939, Bernatzik écrit : « Notre Führer ayant maintenant créé la Grande Allemagne, notre désir le plus fervent d'administrer de nouveau nos pro-

pres colonies peut se réaliser d'un jour à l'autre. Ainsi s'accroît l'importance d'une ethnologie redéfinie dans ses orientations en fonction des exigences du moment, une ethnologie ancrée dans la génétique et la psychologie raciale des primitifs et capables de jeter des bases de la colonisation moderne », (H.A.Bernatzik, *Die grosse Völkerkunde*, Band I, Leipzig, 1939, Préface). En octobre 1940, les structures universitaires sont réformées afin de fournir une solide assise aux nouvelles « science coloniales », (*Kolonialwissenschaften*). Les différentes disciplines physiques et humaines applicable à l'outre-mer sont réunies dans une section spécialisée du Conseil de recherche du Reich, comprenant environ 500 chercheurs et 27 groupes de travail. Le groupe « Ethnologie coloniale » est dirigé par le Pr. B. Struck (Université d'Iéna), fervent de raciologie. Son Institut d'anthropologie sera transformé en une « haute école » de la SS.

En 1940-41, des projets de lois très élaborés voient le jour, portant la mention « très urgent ». La loi coloniale fondamentale (*Reichskolonialgesetz*) devait être complétée par la Loi coloniale pour la protection du sang (*Koloniales Blutschutzgesetz*). Elle devait appliquer aux Noirs les critères de sélection raciale établis pour les Juifs par les lois de Nüremberg en 1935. [545] Parallèlement on prépare des ordonnances dépendant d'un futur ministère des colonies, ainsi que du ministère de la justice. Un corps de fonctionnaires spécialisés est formé. Comme l'a écrit en 1964 W. Schmokel : « Jamais dans l'histoire un empire inexistant ne fut aussi bien administré », (W.W. Schmockel, *Dream of Empire : german colonialism 1919-1945*, New Haven/London, 1964, 159).

Le sort des armes en décidera autrement. L'*Afrika Korps* perd la Cyrénaïque en octobre 1942, quelque mois avant la défaite de Stalingrad. En janvier 1943, le Führer décrète que la priorité est à l'Est. L'Office de politique coloniale du parti nazi ainsi que l'Alliance coloniale du Reich cessent leurs activités. Les ethnologues les plus avisés se reconvertissent dans l'étude des peuples conquis de l'Est, où le travail de sélection raciale s'annonce ardu, dans des régions où Germains et Slaves se sont côtoyés durant des siècles.

Sur l'ensemble de ces questions, pour plus de détails, cf. : R.Cornevin, *Histoire de la colonisation allemande*, PUF, Paris, 1980 ; B. Lugan, *Cette Afrique qui était allemande*, Editions J. Picollec, Paris, 1990, (qui malheureusement n'envisage pratiquement pas les questions juridiques) ; Kuma N'Dumbe III, A., *Hitler voulait l'Afrique-Le projet du IIIème Reich sur le continent africain*, Paris, 1980.

Sur les rapports entre l'ethnologie allemande et les projets coloniaux nazis, cf. H. Fischer, *Völkerkunde im Nationalsozialismus*, Dietrich Reimer Verlag, Berlin/Hambourg, 1990, ainsi que le compte-rendu critique de cet ouvrage : E. Conte et C. Essner, *Völkerkunde* et nazisme, ou l'ethnologie sous l'empire des raciologues, *L'Homme*, 129, janvier-mars 1994, XXXIV (1), pp. 147-173, avec une précieuse bibliographie.

[547]

Introduction historique au droit

Troisième partie

Les mutations de la République

[Retour au sommaire](#)

La Révolution française est le point de référence de nos institutions républicaines. Aujourd'hui encore, la Déclaration des droits de l'homme de 1789 inspire une grande partie de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En réaction contre la diversité juridique de l'Ancien Régime, les révolutionnaires ont œuvré en faveur de l'égalité juridique, conçue le plus souvent en termes d'uniformité. Le pluralisme disparaît alors des représentations des dirigeants et de l'élite intellectuelle, notamment chez les juristes.

Aujourd'hui, deux siècles ont passé. Si nous continuons à accepter l'héritage révolutionnaire, nous modifions les éléments de ce patrimoine afin de l'adapter aux nécessités du temps : c'est la transfiguration de la République.

Le destin du pluralisme juridique et la transfiguration de la République constitueront donc les deux titres de cette troisième partie ²⁴⁹.

²⁴⁹ Nous ne procéderons ici qu'à un très bref rappel de l'histoire du droit monarchique et républicain, dans la mesure où nous préférons porter notre attention sur les transformations actuelles du modèle républicain, d'autant plus qu'il est facile pour l'étudiant de trouver plus de détails dans les manuels classiques d'histoire des institutions.

[549]

Introduction historique au droit

Troisième partie :
Les mutations de la République

Titre I.

Le destin du pluralisme juridique

[Retour au sommaire](#)

Nous avons déjà défini la notion de pluralisme juridique ²⁵⁰. Précisons seulement qu'il ne faut pas le confondre avec la diversification des normes. À divers degrés, celle-ci est présente dans tous les systèmes juridiques. Même dans un État en principe unitaire comme la France, le droit dont il procède peut laisser à l'individu des facultés d'option consistant à appliquer des mécanismes différents à des situations identiques ²⁵¹. Chacun d'entre nous peut choisir un régime matrimonial, comme un type de divorce. En revanche, quand un couple se marie à la fois à l'église et à la mairie, il entre dans un système pluraliste. Il se soumet simultanément

²⁵⁰ Cf. *supra*, p. 120.

²⁵¹ Cf. par exemple les Actes du Colloque « *Le droit face au pluralisme* », Aix-en-Provence, 21-22 novembre 1991, organisé par le Laboratoire de théorie juridique de l'Université d'Aix-Marseille III, publiés dans : *Revue de la recherche juridique*, 1993-2, 567-642. Dans sa communication (*Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique*, *ibid.*, 583), J. Vanderlinden définit le pluralisme juridique comme «... la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnancements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation ».

ment à deux ordonnancements juridiques dont les contenus peuvent diverger. Éventuellement confrontés à l'échec de leur union, ses membres devront choisir de la maintenir malgré tout (droit canon), ou d'y mettre fin (droit civil). Sous l'Ancien Régime, les situations de pluralisme juridique étaient fréquentes. La Révolution a voulu y mettre fin, et avec elle nos différentes Républiques. Mais actuellement, notre droit positif connaît un important mouvement de diversification : l'État français est devenu pluri-législatif. D'autre part, l'accord sur la Nouvelle-Calédonie du 21 avril 1998 a ouvert une brèche dans le principe d'unité normative. On peut donc se demander si dans l'avenir [550] la diversification ne se transformera pas en pluralisme officiellement reconnu.

D'autre part, le pluralisme juridique semble une idée neuve en France : ses théoriciens sont essentiellement des Anglo-saxons et des Hollandais. Jusqu'à peu, les juristes français choisissaient de l'ignorer. Mais aujourd'hui, une partie d'entre eux s'y intéresse. D'ailleurs, à y regarder de plus près, il ne s'agit pas seulement d'un concept immigré. Dans la première moitié du siècle, le sociologue G. Gurvitch en avait déjà posé en France les fondements. Il fut ignoré des juristes, occupés à d'autres tâches.

Quoi qu'il en soit, le sens de l'histoire paraît net : le pluralisme médiéval va progressivement s'effriter sous l'action de la monarchie centralisatrice, et plus brutalement céder sous l'impulsion révolutionnaire. Son effacement possède donc deux histoires. L'une, ancienne, débute dès la seconde partie du Moyen-Âge, quand la monarchie commence à unifier le royaume autour d'elle. L'autre commence avec la Révolution, qui d'une part procède à une accélération brutale du processus, d'autre part introduit de profonds changements. Ceux-ci mettront un siècle à s'inscrire dans la réalité. Au XIX^eme, la République n'est pas le régime politique prédominant. Il faudra attendre l'établissement de la III^e pour que soient tenues les promesses de la I^{ère}, à laquelle le temps comme les moyens ont manqué. Mais elle a donné l'impulsion décisive. Il y a donc un élan révolutionnaire. Le système forme un tout cohérent : l'égalité juridique s'inscrit dans de nouvelles structures tendant à l'uniformité ; la liberté s'exprime dans la promotion de l'individu, dont le mérite et les vertus naturelles peuvent s'épanouir grâce à la légitimation des inégalités économiques sociales ; l'État est le pivot de l'appareillage, dans la mesure où il définit les cadres de l'uniformité et proclame son respect des liber-

tés individuelles (la Déclaration des droits de l'homme de 1789 est intégrée à la Constitution de 1791, dont elle devait d'ailleurs être le prologue).

Ce premier titre comportera donc deux chapitres : l'un consacré à l'attitude de la monarchie vis-à-vis du pluralisme juridique, l'autre à l'élan révolutionnaire et à sa passion de l'unité.

[551]

Introduction historique au droit

Troisième partie :
Les mutations de la République

Titre I.
Le destin du pluralisme juridique

Chapitre I

La monarchie française et le pluralisme juridique

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-t-elle pas mieux à savoir dans quels cas il faut l'uniformité, et dans quel cas il faut des différences ? (...) Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ?

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

[Retour au sommaire](#)

Nous pensons aujourd'hui que le modèle français est profondément unitaire. Nous avons naturalisé l'art.6 de la Déclaration de 1789, suivant lequel la loi doit être la même pour tous. Pourtant, sur un plan strictement chronologique, l'histoire du droit de notre pays nous dit autre chose : pendant la majeure partie de son passé, la France fut un pays de diversité juridique. Non seulement y coexistaient plusieurs systèmes juridiques, mais chacun d'entre eux était traversé par des distinctions tenant à l'origine et à la fonction des individus. La tendance commence à s'inverser au milieu du Moyen-Âge, quand la monarchie reprend ses forces. Mais

ce processus fut extrêmement lent : environ six siècles s'écoulaient avant que la Révolution ne passe à une autre allure. Et avant le réveil royal, la diversité est la règle, comme nous allons le voir.

Section I

Du droit ethnique au droit pluri-territorial

[Retour au sommaire](#)

La diversité juridique est d'abord fondée sur un critère ethnique, avant de résulter de la fragmentation territoriale de l'autorité politique.

[552]

271. LA FIN DU HAUT MOYEN ÂGE : DE LA DIVERSIFICATION AU PLURALISME. - L'organisation des royaumes romano-barbares et de l'Empire carolingien correspond à l'incrustation en Europe de peuples de provenance diverse, pour beaucoup déjà acculturés, sur fonds persistant de romanité mariée à un christianisme fortement teinté de syncrétisme chez les rustres. L'État connaît une apogée avec Charlemagne, puis s'effrite inexorablement sous ses successeurs, divisés et faibles devant les aristocraties ecclésiastique et comtale. Le système est mixte : des traces de diversification, et une tendance au pluralisme.

Dans les limbes mérovingiennes, le droit était largement ethnique : chacun obéissait à la loi de ses ancêtres, barbares ou romains. Mais le déséquilibre démographique était grand : les barbares immigrés ne devaient pas représenter plus de 10 pour cent de la population totale. De plus, les lois romano-barbares rédigées témoignent déjà d'emprunt mutuels : aucun ordre juridique n'est ethniquement pur. Ces rédactions (en latin) furent décidées par les souverains de chaque royaume, d'où une certaine unité du pouvoir normatif. Mais très lentement réalisée. Au IX^e et X^e siècles, les clivages ethniques apparaissent encore, à des degrés différents suivant le groupe social et la région. Dans le Midi, jusqu'au X^e siècle, le juge demande toujours aux parties sous quelle loi elles vivent ; ses conseillers

sont classés en Saliens, Goths et Romains. Les identités ethniques étaient déjà fort reconstruites. Mais le principe d'une telle classification subsiste. Louis le Pieux (successeur de Charlemagne), à un moment où commence seulement la phase de déclin, formule encore sa volonté de façon générale, par des actes législatifs, les capitulaires. Seuls les plus vigoureux s'imposent à tous ses sujets, à la romaine. Les autres sont plus limités. Parmi ces derniers, les capitulaires « ajoutés aux lois ». Ils sont rattachés aux vieilles lois ethniques, afin de les modifier ou compléter. À la fin du IXe siècle, les capitulaires disparaissent : le dernier date de 884.

A cette époque, il ne s'agit plus seulement de diversification, mais de pluralisme. Les fonctions comtales deviennent héréditaires, imprimant aux élites une force centrifuge. Quant à l'Eglise, le ciel s'assombrit pour elle. Charlemagne disparu, elle veut se faire le censeur du pouvoir impérial, contribuant à son affaiblissement devant l'aristocratie, qui met progressivement la main sur les structures et biens ecclésiastiques. Qu'en est-il de son droit propre ? L'existence du droit canonique ne faisait pas échec à l'unité normative du temps de la [553] splendeur carolingienne. En aval, l'Empereur provoquait ou autorisait la réunion des conciles, les présidait et promulguait leurs décisions dans ses capitulaires. En amont, le pape envoyait à Charlemagne des collections de textes. Il en sélectionnait certains, incorporés aux capitulaires. Mais à la fin du IXe siècle commence le temps des sires : la féodalité.

272. LA FÉODALITÉ : L'ÉPANOUISSEMENT DU PLURALISME. - Le passage de la personnalité des lois (critère ethnique) est maintenant achevé. Mais le droit demeure profondément hétérogène : à chaque espace son droit, d'où une végétation touffue d'usages locaux et régionaux. Certaines identités naissent : aristocratique en Normandie, communautaire en Picardie, équilibrée dans la région parisienne. Dans le Sud, le droit romain lui-même n'est souvent pas davantage que la coutume du Midi. Quoi qu'il en soit, les distinctions sociales entraînent des inégalités de plein droit : à chaque ordre sa fonction. Le mariage des serfs n'est pas le même en droit seigneurial et en droit canon ; le régime de la détention des terres entre seigneurs diffère de celui qui règle les rapports entre un seigneur censier et ses vilains ; le droit canon insiste sur le consensualisme, etc.

L'évolution du terme de coutume montre bien l'éclatement du pouvoir normatif, redistribué par le système féodal. Jusqu'à la fin du XIIe siècle -soit quasiment durant toute la féodalité- ce terme désigne les droits (dont la justice) et redevances exercés et perçus par les seigneurs sur les manants relevant de leurs seigneuries : des souverainetés microscopiques. Dans la seconde moitié du XIe siècle cependant -mais seulement dans des provinces centralisées comme la Normandie ou la Catalogne- apparaissent des règles coutumières applicables à une plus vaste échelle : les dimensions du pouvoir normatif s'harmonisent à celles du pouvoir politique. Un siècle plus tard, les juridictions royales commencent à ramener très doucement les coutumes dans le champ d'attraction du pouvoir étatique renaissant. Les baillis « reconnaissent » une coutume du lieu soumis à leur juridiction, à laquelle ils feront faire jurisprudence dans leurs décisions ; la cour du roi, dans ses fonctions judiciaires, montre les premières velléités d'une certaine homogénéisation du droit. On passe ainsi de l'âge féodal à la renaissance de l'État, qui, dès lors, ne cessera de croître. À la fin du Moyen-Age, le roi de [554] France franchit une étape décisive en prescrivant la rédaction officielle des coutumes.

Section II

La réduction du pluralisme juridique

[Retour au sommaire](#)

273. LA RÉDACTION OFFICIELLE DES COUTUMES. - Au XVe siècle, la rédaction des coutumes n'est pas un phénomène nouveau : plusieurs auteurs (et villes) en ont déjà effectué. Mais ces travaux ne valaient qu'à titre privé, leur conclusion n'engageait que leurs auteurs, même s'ils pouvaient jouir d'un grand prestige. En 1453, les choses changent radicalement : il s'agit désormais d'une rédaction *officielle*, qui aura pour effet d'assurer le contrôle de l'État sur la production coutumière.

Charles VII prend à cette date l'ordonnance de Montils lès Tours. Dans son art. 125, elle prescrit la mise par écrit de toutes les coutumes des pays de France : « Ordonnons et décernons, déclairons et statuons que les coustumes, usages et

stiles de tous les pays de notre royaume soyent rédigez et mis en escript, accordez par les coustumiers, praticiens et gens de chascun desdits pays de notre royaume, lesquelz coustumes, usages et stiles ²⁵² ainsi accordez seront mis et escripts en livres, lesquels seront apportés par devers nous, pour les faire veoir et visiter par les gens de notre grand conseil ou de nostre Parlement, et par nous les décréter et les conformer ». Obéissant à l'ordre royal, baillis et sénéchaux font procéder à des travaux préparatoires par des praticiens et des notables. Puis ils nomment une commission formée par les gens des trois états, qui rédige un projet unique. Des commissaires royaux interviennent : ils lisent le projet devant une assemblée de notables et de praticiens ; ils peuvent intervenir dans les débats qui s'ouvrent alors. Les articles « accordés » (ceux qui ont fait l'objet d'un consensus) sont immédiatement décrétés par les commissaires. Les articles « discordés », où l'accord n'a pu se faire, sont renvoyés au Parlement du ressort qui rend un arrêt pour fixer la « véritable » coutume.

[555]

Gardons-nous de croire que les textes résultant de ces malaxages sont des clichés ethnographiques de l'état des mœurs au moment de la rédaction. Notables et agents royaux exercent une influence prépondérante sur tout le processus. Les auteurs des rédactions appartiennent souvent au monde judiciaire des chefs-lieux de province. Leurs expériences coutumières se limitent donc au traitement du contentieux qui parvient jusqu'à eux : les usages ruraux y tiennent une place moindre que dans l'existence quotidienne des campagnes, menée par l'écrasante majorité des Français. En revanche, les usages de la noblesse et de la bourgeoisie y sont sur-représentés. La vérité se trouve davantage dans les actes de la pratique. D'autre part, toutes les coutumes ne sont pas rédigées, ce qui réduit la diversité des textes par rapport à celle de la réalité coutumière. En effet, toutes ne furent pas connues à temps. De plus, alors que chaque châellenie avait sa coutume, l'unité coutumière prise en compte pour la rédaction fut le bailliage ou la sénéchaussée, circonscriptions administratives plus vastes. Beaucoup d'usages locaux disparurent ainsi au profit des règles pratiquées dans les capitales administratives ou judiciaires. Enfin et surtout, le texte rédigé possède un caractère définitif, signe de sa transsubstantiation législative. Le justiciable est admis à prouver, *pour*

²⁵² Les procédures.

l'avenir, la désuétude d'une disposition coutumière ou la formation d'une nouvelle coutume, mais, dans l'ensemble, seul le roi peut modifier le texte rédigé. Ajoutons que la forme sous laquelle est enregistrée la coutume est significative : les lettres patentes, utilisées pour les ordonnances royales.

Cependant, le motif officiel de la rédaction, tel qu'il est indiqué dans le texte de l'ordonnance de 1453, est celui de l'intérêt des justiciables : la variété coutumière et la difficulté des preuves des coutumes rendraient leur sort trop incertain. En réalité, rien n'indique qu'à l'époque les populations avaient perdu la mémoire de leurs coutumes. Les perturbations du système coutumier étaient d'origine externe : elles provenaient de l'intervention judiciaire des représentants de l'autorité étatique. En raison de la pénétration de la justice royale, de la multiplication de ses tribunaux et de l'extension du champ de leurs compétences, la coutume fut de plus en plus souvent mise en jeu devant des juges royaux qui l'ignoraient, soit parce qu'ils étaient des magistrats locaux, mais dont le lieu d'origine était le plus souvent distinct de celui de leur ressort ; soit parce qu'ils siégeaient en appel et méconnaissaient la diversité des coutumes. N'oublions pas aussi que ces juges avaient été [556] essentiellement formés au droit romain. Dès lors, il était facile d'imputer aux coutumes l'anarchie dont était la source le système étatique lui-même. En fait, les populations étaient d'autant plus attachées aux coutumes qu'elles représentaient une de leurs armes contre les représentants du pouvoir central.

Quoi qu'il en soit, la rédaction officielle des coutumes (elle prit un siècle, au moins pour les plus importantes) allait progressivement provoquer une réduction notable du pluralisme juridique.

274. LES CONSÉQUENCES DE LA RÉDACTION OFFICIELLE : LA RÉDUCTION DU PLURALISME JURIDIQUE.

- Non seulement certaines coutumes ne furent pas connues assez tôt au cours du processus de rédaction, mais la doctrine et la jurisprudence vont établir une hiérarchie des règles coutumières, avantageant les coutumes générales (celles d'une province) par rapport aux coutumes locales. Les générales étaient d'interprétation large et devaient s'appliquer systématiquement. Les locales étaient d'interprétation stricte : elles ne devaient pas s'étendre, mais demeurer dans un champ d'application rigoureusement limité. En cas de doute, priorité était donnée à la coutume générale.

Par ailleurs, la rédaction entraîna la formation d'un droit commun coutumier. Les textes fixés, il devenait plus facile pour la doctrine de les comparer, d'autant plus que se développait alors l'imprimerie. On dégagait des principes généraux. La coutume de Paris, rédigée en 1510, devint le centre de gravité coutumière. D'une part parce que cette région était le siège du pouvoir politique, d'autre part parce que cette coutume offrait souvent des solutions médianes par rapport à d'autres coutumes. Le Parlement de Paris oeuvra beaucoup en sa faveur. La formation de ce droit commun préparait une nouvelle étape : le début de l'entreprise de codification. Elle lui fournissait une base, d'autant plus que les États généraux allaient bientôt (au XVIe) la réclamer. La doctrine y est également favorable. En 1607, Antoine Loisel publie ses *Institutes coutumières*. Il y affirme la nécessité de réduire à la conformité d'une seule loi les provinces françaises déjà rangées sous l'autorité d'un seul roi. Louis XIV et Colbert s'en souviendront.

275. LES CODIFICATIONS MONARCHIQUES. - « Réduire tout le royaume sous une même loi, même mesure et même poids (...) serait assurément un dessein digne de la grandeur de Votre Majesté, digne de son [557] esprit et de son âge, et lui attirerait un abîme de bénédictions et de gloire ». Colbert tenait ces propos à Louis XIV à l'appui de ses projets de codification de l'ensemble du droit français. L'idée était dans l'air. On y pensait aussi chez les parlementaires. Le Premier Président du Parlement, de Lamoignon, préparait un projet de Code civil (qui ne donna lieu qu'à une publication décevante en 1702). Le mérite des premières codifications revient donc essentiellement à la monarchie. Louis XIV entend accompagner l'unité politique par l'unité juridique. On commence par la justice : ordonnance civile d'avril 1667 (appelée aussi « Code Louis »), véritable Code de procédure civile ; l'ordonnance criminelle d'août 1670, sorte de Code d'instruction criminelle. Viendront ensuite l'ordonnance portant règlement sur les eaux et forêts (1669) ; l'ordonnance du commerce (1673), encore appelée Code Savary (du nom du rédacteur du projet, ancien négociant) ; l'ordonnance de la marine (1681) ; l'ordonnance pour les armées navales et arsenaux de la marine ; l'ordonnance touchant la police des Îles d'Amérique, aussi nommée Code noir, qui réglementait la condition des esclaves.

Cette entreprise s'arrêta à la mort de Colbert (1683), mais fut reprise sous Louis XV par le chancelier Daguesseau. Celui-ci avait d'abord pensé à une codification complète du droit privé, mais recula devant l'ampleur de la tâche. Finalement ne furent adoptées que des ordonnances portant sur des points particuliers (donations, testaments, substitutions, faux, etc.). Plus tard, le chancelier Maupeou proposa à Louis XVI la fusion de toutes les coutumes en un « Code général de la France », qui n'aboutit pas. Parallèlement, philosophes et juristes publiaient peu de temps avant la Révolution des projets de Code civil.

Les codifications napoléoniennes furent donc préparées par une longue acclimatation de l'idée de code. D'ailleurs, les codifications monarchiques leur servirent souvent de bases. L'ordonnance de 1667 a été partiellement reprise dans le Code de procédure civile de 1806 ; de même l'ordonnance criminelle de 1670 par rapport au Code d'instruction criminelle de 1808. Des parties entières de l'ordonnance de la marine sont passées dans le Code de commerce de 1807. La loi du 21 mai 1827 instituant un nouveau Code forestier s'inspira largement de l'ordonnance sur les eaux et forêts. Enfin, le Code civil de 1804, qui mettait fin explicitement aux coutumes, utilisa de nombreux éléments des ordonnances de Daguesseau.

[558]

Pour autant, on aurait tort de croire que dès la monarchie absolue la loi était devenue la même pour tous sous l'empire des codifications. Comme l'écrit J.-M. Carbasse : «... avant 1789, le pluralisme n'était pas seulement dans le droit et des institutions, il était partout. Chaque province, chaque petit pays, avait ses usages particuliers dans tous les domaines de la vie sociale (...) surtout, chaque région du royaume avait sa langue à elle... » ²⁵³

Un rapide balayage du champ juridique montre que la réalité de l'absolutisme était bien au-dessous des vœux de ses partisans. Nous avons vu qu'en dépit des vœux de leurs promoteurs, les codifications demeurèrent partielles. D'autre part, la volonté d'unité normative est limitée dans ses effets. Nous aurions peine à reconnaître ce que nous nommons généralité de la loi dans la législation royale de cette époque. Un grand nombre de lois royales ne concernent que telle ou telle

²⁵³ Cf. Carbasse J.-M., Unité et diversité de l'ancienne France, dans : P. Villard-J.-M. Carbasse (dir.), *L'unité des principaux États à la veille de la Révolution*, Paris, Institut d'histoire du droit de l'Université René Descartes, 1992, 3.

province. L'application de la loi est soumise au bon vouloir des Parlements, adversaires acharnés du pouvoir, car sa publication dépend de l'enregistrement du Parlement du lieu, qui ne se prive pas d'utiliser ce moyen de pression. La loi royale butte aussi sur la permanence des statuts particuliers accordés à des individus et des collectivités, les privilèges. D'autre part, à la différence des révolutionnaires et de Napoléon, les monarques du XVIIIe siècle se montreront très prudents en matière de modification des coutumes, surtout en droit privé. En 1723, le grand juriste C.J. de Ferrière écrit : « Les ordonnances dérogent aux coutumes auxquelles elles sont contraires ; car qui peut faire la loi y peut déroger (...) Mais quand l'ordonnance est absolument opposée au droit commun, où qu'elle préjudicie à un droit acquis à un tiers, elle ne déroge aux coutumes, ni aux autres lois auxquelles elle est contraire qu'en vertu d'une clause particulière et d'une dérogation expresse. En effet, le Prince n'est jamais présumé vouloir déroger au droit commun et général, ni préjudicier aux droits d'un tiers, à moins qu'il ne déclare en termes formels que telle est sa volonté » ²⁵⁴. En 1787, à en croire le contrôleur général des finances Calonne, la diversité était encore le trait majeur du royaume, au point qu'il y voyait un frein aux réformes : « On ne peut faire un pas dans ce vaste royaume sans y trouver des lois [559] différentes, des usages contraires, des privilèges, des exemptions, des affranchissements, des droits et des prétentions de toute espèce ; et cette dissonance digne des siècles de la barbarie et de l'anarchie complique l'administration, interrompt son cours, embarrasse ses ressorts et multiplie partout les frais et le désordre... » ²⁵⁵.

La Révolution allait passer par là.

²⁵⁴ C.J. de Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique*, Bruxelles, rééd., sub verbo « Coutume », 438.

²⁵⁵ Cit. par Carbasse J.-M., *op.cit.*, 5.

[560]

Introduction historique au droit

Troisième partie :
Les mutations de la République

Titre I.
Le destin du pluralisme juridique

Chapitre II

La Ière République et la passion de l'Un

*L'uniformité, dans tous les objets de l'ordre public, est un
lien de plus entre les hommes ; toute différence est une semen-
ce de discorde.*

Condorcet (1743 -1794),
Sur les assemblées provinciales ²⁵⁶.

[Retour au sommaire](#)

Au XVIIIe siècle, seule la France connut en Europe un bouleversement aussi profond que celui accompli par la Révolution ; cependant, d'autres pays européens éprouvaient aussi les tensions entre l'unité et la diversité. Sa première grande initiative fut la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Celle-ci valorise l'individu, placé au centre de plusieurs innovations du droit intermédiaire (l'ensemble des réformes juridiques de 1789 à 1804, date du Code civil). Dans le domaine religieux, elle innove aussi en proclamant la liberté de conscience, mais exacerbe la tradition gallicane en intégrant l'Eglise à l'État. En effet, elle pense passionnément

²⁵⁶ Condorcet, *Oeuvres complètes*, VIII, 1847, 658.

l'unité, en termes d'uniformité. Ainsi, les structures de l'Eglise de France doivent s'aligner sur celles de l'État. Il en ira ainsi dans bien d'autres domaines.

Section I

Unité et diversité en Europe à la veille de la Révolution française

[Retour au sommaire](#)

Comme en France, les dirigeants européens aspirent à renforcer l'unité du pays. Mais ils se heurtent à de fortes résistances.

[561]

276. LES ASPIRATIONS DES DIRIGEANTS À L'UNITÉ ²⁵⁷. - La volonté de codification du droit en constitue un important symptôme. En 1723 et 1729, le roi de Piémont commence à procéder à des compilations. En Espagne, un décret royal entend créer un droit national, modelé sur les lois de la Castille. Cependant, le roi concèdera que les privilèges seront respectés, ce qui affaiblit la portée de la réforme. En Pologne, la Constitution du 3 mai 1791 renforce les institutions centrales et réduit les particularismes. Dans l'Empire autrichien, les Habsbourgs entendent construire un État centralisé, doté d'une législation uniforme. Les travaux de codification du droit privé commencent en 1753. En 1812, le Code civil général unifie le droit privé de l'Empire (à l'exclusion des territoires hongrois). La codification progresse aussi en Prusse. En Grande-Bretagne cependant, la diversité juridique n'est pas ressentie comme un défaut ou un archaïsme.

Dans toute l'Europe, la France monarchique du XVIIIe siècle est admirée comme une sorte de perfection administrative... ce qui contraste avec les opinions des esprits éclairés dans notre pays.

²⁵⁷ Pour plus de détails, cf. Villard P., Unité et diversité en Europe à la veille de la Révolution : lignes de force, dans : P.Villard-J.-M. Carbasse, *op.cit.*, 13-30.

277. LES RÉSISTANCES. - Certaines sont d'ordre géographique : l'étendue et la diversité des territoires font d'autant plus obstacle à l'unification que les moyens de communications sont médiocres. Dans le royaume dano-norvégien (qui comprend aussi l'Islande et le Schleswig-Holstein), les règles juridiques diffèrent beaucoup suivant les territoires, le seul point commun étant que le roi est partout soumis aux lois. Par ailleurs, dans toute l'Europe, la diversité demeure forte en droit privé, très influencé par le droit romain. Enfin, la vigueur des particularismes traditionnels est particulièrement importante dans certains pays. La complexité de l'organisation des Ligues suisses n'empêche pas leur harmonie, ce qui suscitera beaucoup de curiosité de la part des tenants des Lumières. Dans les Pays-Bas autrichiens, l'éloignement explique que l'Empire n'ait pas abouti dans son oeuvre de centralisation. Joseph II dut renoncer à ses projets dans ce sens à la veille de la Révolution française. En Lombardie, la tradition autrichienne fit obstacle à l'implantation des structures administratives napoléoniennes.

[562]

Au total, la diversité l'emporte sur l'uniformité en Europe au XVIII^e siècle. La Révolution allait inverser ce déséquilibre. A travers les conquêtes de Napoléon, qui propagèrent les idées des Lumières et le Code civil ; mais aussi en proposant à l'Europe le modèle de l'État-Nation, qui fit naître en elle au XIX^e siècle la passion de l'uniformité.

Section II

La Déclaration des droits de l'homme de 1789

[Retour au sommaire](#)

278. LA DÉCLARATION ET LA RÉPUBLIQUE. - Elle constitue le texte le plus célèbre de l'époque révolutionnaire. Elle est en même temps le premier de cette importance, puisqu'adoptée le 26 août 1789, trois mois seulement après l'ouverture des Etats généraux. On croit toujours alors en la capacité de la monarchie de se réformer en devenant constitutionnelle : il n'est pas question de République. Observons d'ailleurs qu'outre la Déclaration, la quasi-totalité des textes que nous allons citer et qui bouleversent l'ordre juridique ancien sont antérieurs à l'instauration de la République (le 21 septembre 1792 ²⁵⁸). *Chronologiquement*, ces textes révolutionnaires appartiennent au régime monarchique, et non à la République. Cependant, la chronologie est ici illusoire. En effet, non seulement la monarchie constitutionnelle a été rapidement un échec, mais Louis XVI ne s'est jamais rallié en profondeur au nouveau régime. Dans son discours d'ouverture des États généraux, il n'avait soufflé mot de la rédaction d'une Constitution, alors que tous les députés l'attendaient sur ce sujet. Plus tard, il n'adhérera que sous la contrainte à l'ordre nouveau. Il fuit à Varennes le 20 juin 1791, trois mois *avant* l'adoption de la Constitution...

La Déclaration appartient idéologiquement à la République, comme le confirme son inscription dans notre droit positif. Il en va de même des autres textes que nous citerons, dans la mesure où ils traduisent dans le droit intermédiaire les grands principes de liberté et d'égalité, repris par la suite par toutes les Républiques.

[563]

²⁵⁸ On sait moins quand elle finit... L'art.1 de la Constitution de l'an XII (18 mai 1804) n'affirme t'il pas : « Le Gouvernement de la République est confié à un Empereur... » ?

279. LA DÉCLARATION ET LA DÉMOCRATIE. - La Déclaration rompt avec le système monarchique ancien et inaugure le droit constitutionnel moderne en formulant deux de ses grandes normes : la séparation des pouvoirs (art. 16), et surtout le transfert de la souveraineté, qui passe du roi à la Nation : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation » (art.3). Il s'ensuit que la loi cesse d'être l'oeuvre d'un seul et devient « l'expression de la volonté générale » (art. 6), suivant la formule de Rousseau. Tout ceci semble très démocratique. Mais la Nation n'est pas l'équivalent du peuple. De plus, la notion de démocratie n'a pas le même contenu qu'à l'époque actuelle. En fait, il faut concevoir le mouvement de la Déclaration par rapport à l'ordre de l'Ancien Régime. La participation au pouvoir politique y était en partie déterminée par l'hérédité et la place de l'individu dans tel ou tel ordre. La Déclaration supprime ce critère. En ce sens, il y a démocratie : l'art. 6 déclare que « tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à la formation de la volonté générale ». Seulement cette démocratie est plus limitée que la nôtre. Car tous les citoyens sont égaux, mais les critères de cette égalité reposent non sur l'uniformité, mais sur la proportionnalité, ce qui fonde la distinction entre citoyens actifs et passifs. La société ne donne de droits politiques à chacun qu'en fonction de ce qu'il lui apporte. Sièyès est très clair : « Tous peuvent prétendre jouir des avantages de la société, mais ceux-là seuls qui contribuent à l'établissement public sont comme les vrais actionnaires de la grande entreprise sociale ». D'ailleurs, si l'art.1 proclame la liberté et l'égalité juridiques, il précise aussi la légitimité des distinctions sociales. Par ailleurs, la Déclaration valorise les droits de l'individu (liberté, propriété, *habeas corpus*, etc.), mais ne dit presque rien des libertés publiques (l'art. 11 qualifie cependant la libre communication des pensées et des opinions comme un des droits les plus précieux de l'homme).

Si ces dispositions concernent tous les hommes-ce que la suite de l'histoire démontrera-elles conviennent parfaitement à l'époque à la bourgeoisie. Prenons l'exemple banal d'un notable aixois, J.R. Mareschal (né en 1759), juriste, propriétaire foncier, qui sera en l'an III membre du Directoire du département des Bouches-du-Rhône. En juin 1790, il rédige une adresse à l'Assemblée nationale où il décrit en termes emphatiques les changements survenus depuis un an : « Vingt-quatre millions d'hommes étaient courbés, avilis depuis [564] plusieurs siècles

sous le joug de la plus honteuse servitude ; ils sont tout à coup rendus à la liberté. Le régime féodal, ce monument bizarre et funeste de la barbarie et de l'ignorance, s'écroule et disparaît sous ses propres ruines. L'édifice régulier et majestueux d'une législation nouvelle, s'élevant à la voie de la philosophie, sort du chaos informe de nos institutions gothiques (...) Des distinctions outrageantes ou frivoles, qui blessaient la nature et que désavouait la raison ; des privilèges odieux ou injustes, tout à la fois immoraux et impolitiques, disparaissent devant le système juste et vrai de l'égalité des droits et des devoirs... » ²⁵⁹.

Il fait ici allusion à d'autres textes, inscrits dans la filiation de la Déclaration, qui sacralisent l'individu.

Section III

Le sacre de l'individu

[Retour au sommaire](#)

À la fin du XVIII^e siècle, l'individu a déjà une longue histoire en Europe. Mais la Révolution va concentrer sur lui toutes ses lumières, dans le droit des biens comme celui des personnes ²⁶⁰.

280. LA SUPPRESSION DES DROITS FÉODaux. - Présentant à la Convention le 9 septembre 1794 la seconde mouture du projet de Code civil dont il avait la charge, Cambacérès tirait la leçon des réformes des premières années de la Révolution : « Trois choses sont nécessaires et suffisent à l'homme en société : être maître de sa personne ; avoir des biens pour remplir ses besoins ; pouvoir disposer, pour son plus grand intérêt, de sa personne et de ses biens. Tous les

²⁵⁹ Archives départementales des Bouches-du-Rhône, L 277, 24 juin 1790. Cf. également : Rouland N., Une famille aixoise au XVIII^e siècle : les Maréchal, *Marseille*, 96, 1974, 45-50.

²⁶⁰ Pour plus de détails, cf. Bart J., L'individu et ses droits, dans : I.Théry-C.Biet (dir.), *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Éditions de l'Imprimerie nationale, 1989, 351-362.

droits civils se réduisent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter ». Une partie de ce programme avait déjà été réalisée.

Dans la nuit du 4 août 1789, le système des privilèges subit un coup très grave. L'ambiance était à l'émeute : l'insurrection parisienne [565] du 14 juillet était encore dans toutes les mémoires, et dans les campagnes les jacqueries se multipliaient. À la tribune de la Constituante, les députés de la noblesse du clergé font tomber la pluie des renonciations aux privilèges. Plusieurs séries de décrets vont les mettre en forme. Celui du 11 août 1789 stipule : « l'Assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal... ». Mais la suite du texte dément cette affirmation péremptoire. Ne sont supprimés sans indemnité que les droits qui assurent à leur titulaires des supériorités personnelles jugées inadmissibles (corvées, tailles, droit d'aînesse, servage, monopole seigneurial de la chasse, justices seigneuriales etc.). Le régime seigneurial est détruit au profit du droit de propriété.

281. LE DROIT DES PERSONNES. - Rapidement, l'individu va être délivré de la gangue de ses appartenances à des corps et ordres. Un décret du 5 novembre 1789 abolit toute distinction d'ordre. Le 16 août 1790 disparaît tout privilège personnel de juridiction : « Les citoyens sans distinction plaideront en la même forme et devant les mêmes juges ». Un décret de 19 juin 1790 décide que « la noblesse héréditaire est pour toujours abolie » ²⁶¹. Disparaissent tous les titres nobiliaires, ainsi que le droit royal d'anoblissement. S'effacent aussi les distinctions honorifiques : droit aux armoiries, au port de l'été, à la désignation d'Altesse ou de Monseigneur. Mais l'hostilité aux corps apparaît aussi dans des mesures qui ne visent plus seulement le passé : il ne doit plus avoir de corps particuliers dans le nouvel État. La loi Le Chapelier (14-17 juin 1791) interdit les corporations, qu'elles soient de patrons ou d'ouvriers (les syndicats n'apparaîtront qu'à la fin du XIX^{ème} siècle). Sans que le mot de grève soit écrit, celle-ci est prohibée, et les contrevenants sévèrement punis. La loi précise : « C'est aux conventions libres d'individu à individu à fixer la journée pour chaque ouvrier. C'est ensuite à l'ouvrier à maintenir la convention qu'il a faite avec celui qui l'occupe ».

²⁶¹ On ne connaît pas le nombre des nobles à la fin de l'Ancien Régime. Les estimations varient de 100 000 à 500 000.

Le droit de la famille subit de profondes transformations. Le décret sur les successions des 8-15 avril 1791 proscriit toute inégalité entre les héritiers. Il sera complété par la loi des 6-10 janvier 1794. Aînés et cadets, filles et garçons sont placés sur le même pied, ce qui est contraire [566] à la majeure partie des coutumes. La liberté testamentaire est presque totalement prohibée, afin d'éviter que le testateur n'avantage un de ses héritiers. Oubliées sur le plan des droits politiques, les femmes sont les grandes bénéficiaires de cette réforme... dans la mesure où elle est appliquée. Le 20 septembre 1792, la Législative vote la loi introduisant le divorce, innovation majeure. D'autant plus qu'elle est très libérale. À côté d'un certain nombre de motifs déterminés, elle fait place au consentement mutuel, très valorisé et rapide à mettre en oeuvre (deux mois suffisent), et même à l'incompatibilité d'humeur ou de caractère, qui demande plus de persévérance, mais permet le divorce en sept mois. Là encore, les femmes sont gagnantes, puisque c'est elles qui, en majorité (comme aujourd'hui), demandent le divorce (très souvent en invoquant la brutalité du mari, ce qui donne une idée des mœurs conjugales...). La volonté individuelle ne doit pas être contrainte par des engagements perpétuels : ce que le consentement a fait, la dissension peut le défaire. D'autant plus qu'une autre nouveauté, le mariage d'amour, est à la mode, au moins dans les milieux privilégiés. Enfin, à la suite de conflits entre Blancs et gens de couleur à Saint-Domingue, la Convention abolit l'esclavage le 4 février 1794 dans l'enthousiasme général.

Section IV

Le divorce entre la Révolution et l'Eglise

[Retour au sommaire](#)

Comme les philosophes, les révolutionnaires sont en général anticléricaux, mais ils n'entendent pas détruire l'Eglise (et encore moins le christianisme), mais seulement la contrôler, ainsi que réformer ses structures en leur appliquant les idées nouvelles. Loin de la séparer de l'État, ils veulent au contraire l'y intégrer davantage. C'est le but poursuivi par la Constitution civile du clergé, qui sera à l'origine du divorce entre la Révolution et l'Eglise. Il s'en suivra aussi une politi-

que de déchristianisation. Mais la République inscrira dans le droit l'existence d'un Être Suprême.

[567]

282. LA CONSTITUTION CIVILE DU CLERGÉ. - La Déclaration des droits de l'homme avait proclamé la liberté d'opinions, «... même religieuses, pourvu que leur manifestation de trouble pas l'ordre public établi par la loi » (art. 10). En effet, si des mesures frappent très tôt l'Eglise, elles ne sont pas dirigées contre la religion. En proie à une grave crise financière, l'Assemblée nationale décrète dès le 24 novembre 1789 la mise à la disposition de la Nation de tous les biens ecclésiastiques. Aimable euphémisme, car il s'agit en réalité d'une confiscation pure et simple... à laquelle gagne la majorité du clergé, le bas-clergé, dans la mesure où la Nation prend à sa charge la rétribution des ecclésiastiques et triple le revenu annuel moyen des curés. Un décret du 11 février 1790 supprime les ordres religieux dans lesquels on prononce des vœux perpétuels (sauf les congrégations enseignantes et hospitalières, jugées utiles). En effet, il est contraire à la liberté individuelle de s'engager pour toujours. Jusque là, le pape ne réagit pas, bien que tout ceci viole le concordat de 1516. Le 12 juillet 1790, un décret institue la Constitution civile du clergé, qui va mettre le feu aux poudres. Elle prévoit un alignement des circonscriptions ecclésiastiques sur les circonscriptions administratives et judiciaires : un évêque par département. Les prêtres seront recrutés de la même façon que les administrateurs et les juges, par l'élection. Donc peuvent participer au vote des non catholiques (protestants, Juifs, athées). La Constituante demande aux prêtres de prêter un serment spécial d'obéissance à la Constitution civile, auquel se refuse la majorité du clergé, dite « réfractaire ». C'est le divorce d'avec la majorité des catholiques français. Et aussi par rapport au pape, qui condamne ce texte, et avec lui tous les principes révolutionnaires, opposant Dieu et la Révélation à la Nature et à la Raison. Avec la Terreur allait venir la déchristianisation, et le règne éphémère de l'Être suprême.

283. LE CULTE DE L'ÊTRE SUPRÊME. - À vrai dire, ce n'était pas tout à fait un nouveau venu. La Déclaration des droits de l'homme de 1789 précisait bien : «... l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les aus-

pices de l'Être suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen ». Cet Être non seulement existait, mais était donc auprès de l'Assemblée le 26 août 1789. Par ailleurs, il fait du même coup partie de notre droit positif, puisque la Constitution de 1958 et la jurisprudence du Conseil constitutionnel y ont incorporé la [568] Déclaration. Il va de nouveau se manifester après l'instauration de la République, car elle souffre d'un déficit religieux, même s'il lui arrive de singer les rites catholiques (par exemple en inventant le baptême municipal : on présente les enfants sur un drapeau tricolore, en leur attribuant des prénoms étrangers au christianisme). Certains, comme le si peu abbé Siéyès, jugent plus prudent d'abjurer. Dans la Nièvre, Fouché fait graver à la porte des cimetières : « La mort est un sommeil éternel ». Mais Robespierre n'est pas de cet avis ²⁶². Il dénonce « les saturnales de l'athéisme et du philosophisme » et, en pleine déchristianisation, demande qu'on ne touche pas au culte catholique. Le 7 mai 1794, il prononce devant la Convention un discours où il exige que soit respectée la liberté des cultes, « pour le triomphe même de la raison ». Bien que ses paroles surprennent beaucoup de membres de l'assemblée, ils lui obéissent. L'art.1 du décret du 18 Floréal An II affirme : « Le peuple français reconnaît l'existence de l'Être suprême et l'immortalité de l'âme ». Cinq jours plus tard, le Comité de Salut public ordonne l'inscription de cet article sur toutes les églises, où il doit remplacer la mention : « A la Raison ». L'art. 11 du décret du 18 Floréal dispose en outre que « la liberté des cultes est maintenue ». Évidemment, la réalité est toute autre. Cependant, on peut remarquer que ce décret n'ayant pas été abrogé, il est toujours en vigueur. Il redouble ainsi la Déclaration de 1789 et confirme l'inscription de l'Être suprême dans notre droit positif... laïque. Mais le Dieu chrétien et la République mettront longtemps à se réconcilier.

La recherche de l'égalité ne sera pas moins difficile.

²⁶² Pour plus de détails, cf. Testu F.X., Un texte méconnu : l'art.1 du décret du 18 Floréal An II, *Gazette du Palais*, nos. 361 à 363, 27-29 décembre 1987, 19-23.

Section V

L'uniformisation

[Retour au sommaire](#)

Si la recherche de l'égalité constitue la pièce majeure de l'uniformisation rêvée par les révolutionnaires, elle n'est pas son seul élément. On peut aussi y ranger l'indivisibilité du territoire et la lutte contre la [569] diversité linguistique. Il y a une périodisation de cette quête : si elle s'affirme dès le début de la Révolution, c'est la République qui lui imprimera une accélération significative. En 1794 l'abbé Grégoire demande qu'on impose le port d'un habit « républicain ». Mais il faudra se contenter du bonnet phrygien et de la cocarde tricolore. On imagine aussi d'édifier des guillotines à trente fenêtres pour expédier plus rapidement les contre-révolutionnaires. Un projet plus modeste (quatre lunettes seulement) fut néanmoins refusé à Bordeaux par le Comité de Surveillance, qui le jugea « contraire à toutes les lois révolutionnaires » ²⁶³. L'individu devait demeurer au cœur de l'exécution, à défaut de poursuivre son existence en ce monde. Bien entendu, ce sont des anecdotes. Le point de vue du juriste est heureusement plus nuancé.

A) *L'égalité*

À la suite de S. Caporal ²⁶⁴, nous distinguerons deux périodes : celle de l'égalité *en droit*, puis celle où s'y adjoint l'égalité *par le droit*.

284. L'ÉGALITÉ EN DROIT (1789-10 AOÛT 1792). - Nous avons vu que dès les premiers temps de la Révolution, l'ordre social inégalitaire hérité de l'Ancien Régime est bouleversé. L'égalité est un bien, que doit viser le législateur. Elle est mentionnée dans les art. 6 et 13 de la Déclaration de 1789, et dès les premières

²⁶³ Cf. Bayart J.-F., *L'illusion identitaire*, Paris, Fayard, 1996, 185.

²⁶⁴ La lecture de Caporal S., *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Paris, Economica, 1995, est absolument indispensable. Il inspire les lignes qui suivent.

lignes de la Constitution de 1791 : « L'Assemblée nationale voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer [La Déclaration de 1789], abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits ». Le texte poursuit : « La Constitution garantit, comme droits naturels et civils : 1- Que tous les citoyens sont admissibles aux places et emplois, sans autre distinction que celle des vertus et des talents... » ²⁶⁵. Autrement dit, le mérite est maintenant devenu le critère essentiel. Il restera une des valeurs fondamentales des futures Républiques françaises. Pourtant, le mérite n'est pas seulement une [570] valeur républicaine. À partir de 1760, il définit... la noblesse ²⁶⁶. Jusque-là, celle-ci lui avait préféré la notion d'origine ²⁶⁷, combinant des références biologiques et culturelles. Mais au moins pour les nobles aux idées les plus avancées, la naissance ne suffit plus. L'incorporation du mérite à la noblesse vient en fait des anoblis récents, jusque-là membres de la bourgeoisie aisée. Il n'en demeure par moins qu'elle témoigne d'un changement majeur dans les mentalités nobiliaires. R.L. d'Argenson (1694-1757) ne peut être considéré comme un représentant typique de la haute noblesse. Il appartient certes à une grande et ancienne famille, et occupe de hautes fonctions administratives. Mais il va plus loin que la plupart de ses pairs dans l'irrégion et les idées progressistes. Parlant de la noblesse, il dit : « cette rouille... cette grandeur innée, sans mérite, l'excluant même par le défaut d'éducation ». Elle est un « mal », un scandale pour les roturiers : « Quoi de plus cruel que de se voir primé par des gens qui n'ont d'autres talents que d'être nés nobles et riches ? » ²⁶⁸. Un langage exceptionnel dans la bouche d'un noble. La croyance en la vertu du mérite l'était beaucoup moins. D'ailleurs, le roi lui-même y souscrit. Dans ses lettres d'anoblissement, il lui arrive de justifier cette faveur en affirmant : « Nous le regardons comme une récompense qu'ils peuvent d'autant mieux solliciter que leurs actions tenant au vrai principe de la noblesse méritent qu'on leur en confère le rang et les effets » ²⁶⁹. Autrement dit, c'est le comportement qui fait le noble, et non plus la filiation ; l'anoblissement est devenu moins créatif que reconnaissant. Ces idées nou-

²⁶⁵ Titre premier, premier paragraphe.

²⁶⁶ Cf. Chaussinand-Nogaret G., *La noblesse au XVIII^e siècle*, Paris, éd.Complexe, 1984, 59-60.

²⁶⁷ Sur la définition de l'origine, cf. *infra*, pp.655-661.

²⁶⁸ Cit. par Chaussinand-Nogaret G., *op.cit.*, 34.

²⁶⁹ *Ibid.*, 59.

velles étaient d'autre part à la mode, tout particulièrement chez la noblesse de salon ²⁷⁰. En 1765, l'aristocrate et écrivain anglais Horace Walpole (1717-1797) séjourne quelque temps à Paris. Il s'étonne du nombre des critiques acerbes qu'il entend dans la haute société contre Dieu et le roi.

Mais qu'elle soit le fruit de la réflexion ou du snobisme, cette valorisation du mérite était venue trop tard dans une société que la monarchie finissante avait échoué à réformer. Pendant sa brève survivance constitutionnelle, elle va devoir inscrire dans le droit les aspirations des littérateurs et philosophes.

[571]

En effet, des mesures très importantes seront prises pour assurer l'égalité, notamment devant l'impôt (priorité est donnée à l'impôt direct, considéré comme plus juste que les impôts indirects, très nombreux sous l'Ancien Régime) et en ce qui concerne l'admissibilité aux emplois publics. Mais c'est une égalité *en droit* : elle se comprend surtout comme une exigence de non discrimination juridique. Les différences de situations sont légitimes, et le législateur ne doit pas les prendre en compte. Sauf, évidemment, si elles reposent sur des critères de distinction prohibés. Comme la naissance, ou l'origine : après quelques atermoiements, les Juifs bénéficient de l'égalité politique sous la forme de la citoyenneté en 1791. Pendant cette période, le statut des gens de couleur posera plus de problèmes. Le 15 mai 1791, la Constituante reconnaît l'égalité politique aux affranchis et descendants d'affranchis ; le 28 septembre, elle décrète la suppression de l'esclavage en France... mais pas aux colonies ; le décret des 28 mars-4 avril 1792 accorde les droits politiques aux « mulâtres et nègres libres » des Antilles, mais les esclaves demeurent dans leur condition. Ce qui suscite l'hostilité de Robespierre : « Périssent les colonies si vous les conservez à ce prix ! » ²⁷¹.

Mais en matière politique, certaines discriminations *négligées* sont légalisées.

Tout d'abord, celle tenant au sexe. Quelques femmes s'illustrèrent dans le combat révolutionnaire : Théroigne de Méricourt, et surtout Olympe de Gouges (1748-1793). Celle-ci réclame l'émancipation des femmes dans une *Déclaration*

²⁷⁰ Cf. Harouel J.-L. et alii, *op.cit.*, (*Histoire des institutions...*), 526.

²⁷¹ A.P., t.26, p.70.

des droits de la femme et de la citoyenne ²⁷², fonda le club des Tricoteuses, mais ayant pris la défense de Louis XVI, dut monter sur l'échafaud. De toute façon, son combat fut un échec, puisque l'égalité politique est refusée aux femmes. Le 27 août 1789, l'Assemblée confirme la loi salique écartant les femmes de la succession au trône ; en 1791, la Constitution les exclut aussi de la Régence ²⁷³. Elles ne sont par ailleurs ni éligibles, ni électrices. Ce qui correspond aux [572] idées du temps. Condorcet est très isolé lorsqu'il affirme qu'on viole « le principe de l'égalité des droits en privant tranquillement la moitié du genre humain de celui de concourir à la formation des lois en excluant les femmes du droit de cité ». Cette discrimination est particulièrement grave, dans la mesure où elle est définitive : on ne peut changer de sexe.

Il en va différemment d'autres critères, tenant à la condition sociale ou économique. Les domestiques sont automatiquement rangés parmi les citoyens passifs. À une délégation venue s'en plaindre en 1790, Siéyès répond benoîtement que c'est le souci de la liberté, et non le désir de maintenir leur inégalité qui explique cette mesure : les membres de l'Assemblée ont dû penser «... que votre sensibilité même, ou cette affection si estimable qui vous attache aux personnes à qui vous engagez vos services, pourrait exercer une influence souvent trop puissante sur vos opinions... ». Enfin, les inégalités de fortune saisies à travers le critère fiscal servent aussi à écarter un nombre considérable de citoyens de la vie politique, à laquelle ils doivent assister en demeurant *passifs*. Théoriquement, la fortune en elle-même n'est pas en cause : pour participer à la vie politique, on suppose qu'il faut en avoir le temps et les moyens... ce qui n'est possible qu'à partir d'un certain niveau économique.

Ces discriminations ne disparaîtront qu'en partie dans la période suivante.

²⁷² Elle rédigea ce texte en 1791, en écho à la Déclaration de 1789. En voici quelques extraits : « La femme naît libre et demeure égale à l'homme en droits » (art.1) ; « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de la femme et de l'homme. Ces droits sont : la liberté, la propriété, la sûreté et surtout [*c'est nous qui soulignons*] la résistance à l'oppression » (art.2) ; « Ainsi l'exercice des droits naturels de la femme n'a de borne que la tyrannie perpétuelle que l'homme lui oppose. Ces bornes doivent être réformées par les lois de la nature et de la raison » (art. 4) ; « La femme a le droit de monter sur l'échafaud, elle doit également avoir celui de monter à la tribune » (art.10).

²⁷³ Titre III, chapitre II, section 1, art.1.

285. L'ÉGALITÉ PAR LE DROIT (10 AOÛT 1792 - 9 THERMIDOR AN II). - Le 20 avril 1792, sur proposition de Louis XVI qui espérait la défaite du nouveau régime, l'Assemblée législative déclare la guerre à l'Autriche. Le 25 juillet, le commandant en chef des armées coalisées contre la France, le duc de Brunswick, menace les Parisiens d'une « subversion totale » au cas où la famille royale serait maltraitée. Le 10 août, l'émeute éclate à Paris ; Louis XVI et sa famille se réfugient dans l'enceinte de l'Assemblée législative... qui décide la suspension de la monarchie et place le roi en détention dans la prison du Temple. Les insurgés créent une Commune insurrectionnelle qui remplace le Conseil de Paris. L'Assemblée décide la tenue d'élections au suffrage universel... masculin, afin de réunir une nouvelle convention constitutionnelle. La guerre commence par des défaites françaises, mais le 20 septembre une armée de sans-culottes tient en échec à Valmy les troupes prussiennes. Le lendemain, la République est proclamée dans [573] l'enthousiasme (le roi sera exécuté le 21 janvier 1793). Robespierre, qui fut sous la Constituante partisan de la monarchie constitutionnelle et adversaire de la peine de mort, écrit en octobre à ses fidèles : « La royauté est anéantie, la noblesse et le clergé ont disparu, le règne de l'Égalité commence ». Mais de nouveaux revers militaires surviennent. Les clivages politiques se radicalisent ; la période de la Terreur (synonyme d'une justice expéditive) commence. Robespierre en disait : « La Terreur sans laquelle la vertu est impuissante, la Vertu sans laquelle la Terreur est funeste ». Le 24 juin 1793, la Convention promulgue une nouvelle Constitution, ainsi qu'une Déclaration des droits de l'homme, où les préoccupations sociales et économiques sont plus marquées que dans la Déclaration de 1789 et la Constitution de 1791. Mais ces textes ne seront jamais mis en vigueur, en raison de la situation de crise que connaît la France. En octobre 1793, les envahisseurs sont repoussés. Robespierre ne parvient plus à maîtriser la situation aussi bien qu'auparavant, même si la Terreur atteint son paroxysme à l'été 1794, soit plusieurs mois *après* les premières victoires françaises. Ses tentatives d'instauration du culte de l'Être suprême lui font perdre beaucoup de partisans. Le 9 Thermidor An II (27 juillet 1794), il est renversé, tente sans succès de se suicider, est guillotiné le lendemain avec ses amis, sous les acclamations de la foule. Mirabeau s'était moqué : « Robespierre ira loin : il croit tout ce qu'il dit ». C'est la fin de la « République de la Vertu ».

Pendant cette période, l'égalité en droit n'est évidemment pas remise en question (elle ne le sera d'ailleurs jamais dans l'avenir). Mais elle est doublée de la recherche de l'égalité *par* le droit : autrement dit, l'égalité en droit ne suffit plus, elle doit aussi régner dans les faits, grâce à des réformes juridiques. Comme le déclare pendant le débat constitutionnel Harmand, député de la Meuse : « Après avoir obtenu l'égalité politique de droit, le désir le plus naturel et le plus actif, c'est celui de l'égalité de fait » ²⁷⁴. Elle ne peut cependant être totale. Robespierre lui-même reconnaît : « L'égalité des biens n'est qu'une chimère. La loi agraire n'est qu'un fantôme créé par les fripons pour épouvanter les imbéciles ». Mais il se refuse à ranger la propriété parmi les droits naturels, insistant sur le fait qu'elle est limitée par l'obligation de respecter les droits d'autrui. Contrairement à ce qu'en dit la Déclaration [574] de 1789, elle n'est donc pas un droit « inviolable et sacré ». De plus, toujours à la différence de la Déclaration de 1789, celle de 1793 place l'égalité parmi les droits de l'homme naturels et imprescriptibles (art.2), précisant que « Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi » (art.3). Mais comme le remarque S. Caporal ²⁷⁵, l'égalité comme but du droit n'a jamais fait l'objet d'une déclaration *de principe* dans un texte normatif. Elle résulte cependant de l'action des organes du gouvernement révolutionnaire. La distinction entre citoyens actifs et passifs est supprimée par un décret du 11 août 1792... sauf pour les Français « étant en état de domesticité » : la discrimination négative de la période précédente est donc reconduite. Par ailleurs, diverses mesures importantes sont prises pour parvenir à l'égalité réelle dans le domaine de l'instruction publique, de l'attribution des biens et secours publics, et de l'égalité devant les charges publiques ²⁷⁶. Mais le temps et l'argent manqueront pour que ces réformes soient vraiment durables.

Il faut donc maintenant se demander laquelle de ces conceptions de l'égalité correspond le plus à l'histoire constitutionnelle et politique de la France.

286. LA PRÉÉMINENCE DE L'ÉGALITÉ EN DROIT. - Cette question n'a pas un intérêt seulement historique : elle nous transporte dans l'époque actuel-

²⁷⁴ A.P., t.62, p. 271.

²⁷⁵ Cf. Caporal S., *op.cit.*, 159-160.

²⁷⁶ Pour plus de détails, cf. Caporal S., *op.cit.*, 175-230.

le. En effet, comme nous le verrons ²⁷⁷, notre droit positif prend aujourd'hui de plus en plus en compte les différences de situations en matière d'égalité, notamment en instaurant des discriminations positives. Il est donc important de déterminer si cette orientation est la fille légitime de la Révolution, où si elle signifie une adaptation importante du modèle révolutionnaire au temps présent. À notre sens, la réponse n'est pas douteuse : la seconde hypothèse est la bonne.

En effet, on peut d'abord remarquer que le constituant de 1958 et la jurisprudence du Conseil constitutionnel ont incorporé à notre droit positif la seule Déclaration de 1789, alors qu'il y en eut d'autres par la suite. D'autre part, un rapide balayage de notre histoire constitutionnelle montre que l'égalité par le droit n'en représente que la portion congrue.

De la chute de Robespierre au coup d'État du 18 brumaire de Bonaparte, c'est surtout l'égalité en droit qui apparaît. L'égalité de fait recule, [575] notamment dans l'instruction publique et l'organisation de la fiscalité. De même, la Convention thermidorienne revient à un suffrage censitaire du type de celui de 1791, puisqu'il est basé sur des critères fiscaux, qui conditionnent l'éligibilité dans les divers degrés de la représentation nationale. De plus, une discrimination négative nouvelle est introduite : seuls les contribuables, ceux qui paient des impôts, sont citoyens. Les autres non, même s'ils demeurent français. L'égalité, même seulement en droit, subit donc une amputation notable. L'égalité par le droit n'est perceptible, sous le Directoire (il commence en novembre 1795), qu'en matière fiscale. Encore paraît-elle surtout inspirée par des motifs financiers, l'argent manquant cruellement. Les senatus-consultes instituant le Consulat (1802) et l'Empire (1804) ne disent rien des droits de l'homme et du citoyen. La Restauration affirme au contraire dans les Chartes constitutionnelles de 1814 et 1830 l'égalité des Français devant la loi, l'impôt et l'admissibilité aux emplois civils et militaires. Le Préambule de la Constitution du 4 novembre 1848 est plus sensible à l'égalité par le droit, mais le régime ne dure que peu de temps. La Constitution du 14 janvier 1852 confirme que seule l'égalité en droit a une valeur constitutionnelle. Les lois constitutionnelles de 1875 sont silencieuses sur le chapitre de l'égalité : la doctrine conclut qu'elle ne s'impose ni au législateur, ni à l'exécutif. Rédigé en vertu de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, le projet de Constitution du maréchal Pé-

²⁷⁷ Cf. *infra*, pp. 642-669.

tain ne sera jamais officiellement promulgué. On peut cependant remarquer qu'il affirme l'égalité de tous les citoyens devant la loi (art. 2). Les choses changent dans la seconde moitié de notre siècle. La Constitution du 27 octobre 1946 fait de la France une République « sociale » (art. 1). Son Préambule proclame que « la loi garantit à la femme dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme »

Elle applique ce principe en confirmant l'égalité des sexes en matière politique, grande innovation ²⁷⁸ : « Sont électeurs (...) tous les nationaux et ressortissants français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques » (art. 4). Le Préambule de la Constitution de 1958 se réfère simultanément à la Déclaration de 1789 et au [576] Préambule de la Constitution de 1946, ce qui associe l'égalité devant la loi à l'égalité par la loi.

La conclusion nous paraît nette : depuis 1789, l'égalité *en* droit domine l'histoire constitutionnelle et politique de la France. L'égalité *par* le droit n'y a été qu'éphémère ou très partielle, même si elle apparaît plus nettement au cours du dernier demi-siècle. Si aujourd'hui le juge constitutionnel prend de plus en plus en compte les situations différentes quand il définit la notion d'égalité, et même consacre certaines discriminations positives, on ne peut y voir qu'un changement important de notre tradition juridique et politique.

Retrouve-t-on un schéma identique en ce qui concerne l'évolution de l'indivisibilité de la République ?

B) L'indivisibilité de la République

Comme la passion de l'époque y inclinait, l'indivisibilité de la République, comprise en termes d'uniformité, suscita quelques outrances. Saint-Just entendait que l'organisation du territoire reflète l'unité indistincte du peuple. Certains projets voulaient la réduire à un quadrillage géométrique (Thouret, s'inspirant d'un projet de Siéyès, proposa le 20 septembre 1789 la création de quatre-vingts départe-

²⁷⁸ Une ordonnance du 21 avril 1944 avait déjà donné aux Françaises le droit de vote et d'éligibilité. Cependant, c'est avant-guerre et sous le régime de Vichy que la femme mariée acquiert son entière capacité juridique (lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942).

ments qui formeraient des carrés de 18 lieues de côté, et seraient subdivisés en districts et cantons de mêmes formes géométriques, ce à quoi s'opposa vivement Mirabeau).

Plus macabre, Legendre, un boucher devenu membre du Comité de sûreté générale (il s'était déjà distingué en 1792 en apostrophant le roi par le mot « Monsieur ») proposa lors de l'exécution de Louis XVI que son cadavre soit divisé en 86 morceaux, chaque département en recevant un. Mais c'est sous une forme plus juridique que le principe d'indivisibilité passa à la postérité. Il se confondit jusqu'à une date récente avec une volonté d'uniformisation.

[577]

287. LA DOMINANTE HISTORIQUE : INDIVISIBILITÉ ET UNIFORMISATION. ²⁷⁹ - Le goût du jour n'est pas à la pérennisation des particularismes locaux. Une instruction du 8 janvier 1790 prise pour l'application de la loi du 22 décembre 1789 sur la division du royaume est fort claire : « L'État est un, les départements ne sont que des sections d'un même tout ; une administration uniforme doit donc les embrasser tous dans un régime commun ». La Constitution de 1791 proclame le royaume « un et indivisible », avant de préciser la nouvelle répartition des circonscriptions territoriales. Le territoire doit être unifié, c'est-à-dire uniformisé et fermement attaché à un centre. Après l'abolition de la monarchie, certains craignent que la France ne devienne une République fédérale : plusieurs conventionnels s'en déclarent partisans. L'exemple des États-Unis d'Amérique, par ailleurs fascinant, sert plutôt de repoussoir. On fait observer qu'ils sont constitués de petites républiques autrefois indépendantes, associées sous la pression des circonstances, alors que la France est depuis longtemps un État unitaire, même si l'Ancien Régime n'en a pas fait un État uniforme. De plus, beaucoup assimilent fédération et sécession : un fantasme bien français, qui aura la vie longue... À partir de la Constitution de 1793 jusqu'à celle de l'an VIII, la volonté d'assimilation est manifeste et insistante : la guerre est déclarée aux particularismes, la centralisation s'accroît, les administrations locales ne sont que les rouages

²⁷⁹ On lira avec profit : Debbasch R., *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de République*, Paris, Economica, 1988 ; L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France, *RFDC*, 30, 1997, 359-376.

du pouvoir central. L'art.6 de la Constitution de l'an III apparaît comme la première disposition constitutionnelle qui intègre les colonies dans les limites du territoire de la République. Il dispose : « Les colonies françaises sont parties intégrantes de la République, et sont soumises à la même loi constitutionnelle ». Comme l'écrit R. Debbasch : « Le message révolutionnaire et républicain est donc clair. (...) L'État unitaire implique une seule volonté politique, matérialisée par un ordonnancement constitutionnel unique et une organisation territoriale uniforme » ²⁸⁰.

À partir de l'Empire, sauf une brève réapparition en 1848, le principe d'indivisibilité disparaît des textes constitutionnels jusqu'en 1946. Mais pas des institutions. Car si à partir de la III^{ème} République, on [578] essaie de concilier l'unité avec la décentralisation, la première finit toujours par l'emporter. Durant l'élaboration de la Constitution de 1946, le débat ne parvient pas à sortir de la vieille ornière dualiste : assimilation ou sécession. L'art.85 s'essaie à un compromis en affirmant : « La République française, une et indivisible, reconnaît l'existence de collectivités territoriales ». L'art. 89 ajoute que les libertés départementales et municipales seront étendues par des lois organiques, et permet de différencier les règles de fonctionnement de certaines grandes villes de celles des petites communes. Mais ceci demeurera lettre morte. Les changements majeurs sont plus récents.

288. LES INNOVATIONS DE LA V^{ème} RÉPUBLIQUE. - Nous verrons plus loin ²⁸¹ que le processus actuel de différenciation dans l'égalité touche aujourd'hui profondément l'organisation territoriale. On peut cependant d'ores et déjà procéder à quelques constatations. La Constitution proclame toujours que la France est une République indivisible (art. 2). Mais cette définition a un sens très différent de celui qu'elle revêtait pendant la Révolution. Le dogme a dû s'accommoder d'interprétations (opérées notamment par le Conseil constitutionnel) qui auraient été alors combattues comme autant d'hérésies. Au moins jusqu'à l'accord de 1998 sur la Nouvelle-Calédonie ²⁸², demeure l'exigence de l'unité du pouvoir

²⁸⁰ Debbasch R., *op.cit.* (*L'indivisibilité de la République...*), 364.

²⁸¹ Cf. *infra*, pp. 670-674.

²⁸² Cf. *infra*, pp. 676-677.

normatif, permettant la diversité, mais pas le pluralisme juridique. Cette diversité s'exprime dans la pluralité des statuts prévus pour certaines parties du territoire. En outre-mer : TOM, Mayotte, Saint Pierre et Miquelon ; les DOM dans une moindre mesure (le principe révolutionnaire d'assimilation des territoires coloniaux est dépassé). En métropole : Paris. Avant la décision du 9 mai 1991 du Conseil constitutionnel sur la Corse, le législateur était tenu au respect de l'unité de chaque catégorie de collectivités territoriales, consistant dans un certain nombre de caractéristiques fondamentales constitutives d'un droit commun institutionnel.

Mais depuis cette décision, le principe d'indivisibilité n'exige plus l'uniformité des structures territoriales. Jurisprudence audacieuse, qui rompt avec la tradition républicaine d'assimilation. En effet, le Conseil admet que la Corse, érigée en collectivité *sui generis*, obéisse à un [579] schéma institutionnel original, assez proche de celui de certains TOM. Non seulement le législateur peut créer une nouvelle catégorie de collectivités territoriale (elle peut ne comporter qu'une unité) mais il peut la doter d'un statut spécifique. Conséquence importante, les collectivités territoriales, notamment les régions et les départements, pourront demander un statut particulier : c'est l'opposé des rêves des hommes de 1789. Comme l'écrit R.Debbasch : « Le risque est, alors, que l'exception, que la dérogation ne devienne la règle, ce qui serait la négation même du principe d'un droit commun administratif » ²⁸³.

L'assimilation a vécu ; nous passons progressivement de la diversité au pluralisme. On constate donc que comme pour l'égalité, la République a changé. On peut se demander s'il n'en va pas de même en matière linguistique.

²⁸³ Debbasch R., *op.cit.* (*L'indivisibilité de la République...*), 373.

C) La tentative d'uniformisation linguistique

L'Ancien Régime avait été relativement souple, n'imposant jamais le français aux populations des territoires annexés ²⁸⁴. En revanche, son apprentissage était une condition sociologique indispensable de l'ascension des élites locales, mais elles pouvaient continuer à utiliser leur langue propre. Cependant, sous les règnes de Louis XV et Louis XVI, la mode est aux patois ; les juristes eux aussi se passionnent pour les particularismes juridiques régionaux. Les dirigeants de la Révolution entendront tout changer.

289 L'ÉCHEC DU VOLONTARISME RÉVOLUTIONNAIRE.- Soudés par un même droit, les citoyens doivent l'être aussi dans une même langue. La politique linguistique de la Révolution sera très vite répressive. La Déclaration de 1789 n'aborde pas de front le problème des droits linguistiques. Cependant, son art. 11 précise que : "... *tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.*" (Dans sa [580] décision n° 94-345 D.C. du 29 juillet 1994 relative à la loi sur l'emploi de la langue française, le Conseil constitutionnel a jugé que cet article impliquait "... *le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée*". Le Conseil entendait ainsi empêcher l'État d'imposer l'usage d'une langue officielle qu'il codifierait lui-même. On peut en déduire l'existence d'une tolérance envers les langues régionales et minoritaires). La Constitution de 1791 fait l'objet de traductions officielles dans divers idiomes de France.

L'offensive commence vraiment à partir de la fin de l'année 1792, avec la proclamation de la République "une et indivisible". Le glissement est rapide. En octobre 1792, on insiste sur la nécessaire diffusion du français, sans réclamer

²⁸⁴ Sur l'histoire du statut des langues locales, on lira avec profit : Carbasse J.-M., *Langue de la Nation et « Idiomes grossiers » : le pluralisme linguistique sous le niveau jacobin*, dans : H.van Goethem, L.Waelkens et K. Breugelmans (dir.), *Libertés, pluralisme et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 157-172. Cf. également Rouland N., *Les politiques juridiques de l'État français dans le domaine linguistique*, *RFDC*, 35, 1998, 517-562.

l'anéantissement des autres langues. En septembre 1793, Grégoire déclare au Comité d'instruction publique de la Convention : *"Il est plus important qu'on ne pense en politique d'extirper cette diversité d'idiomes grossiers qui prolongent l'enfance de la raison et la vieillesse des préjugés."*

D'après lui (il se basait sur une enquête de 1790), le français n'était parlé exclusivement que dans quinze départements : la tâche était immense. Les Girondins étaient plutôt partisans du multilinguisme. En janvier 1793, le ministre Roland avait déclaré : *"Le huitième au moins des Français n'entend pas la langue ; il faudrait donc traduire et nos lois et nos bons écrits dans les différents dialectes des habitants."* Mais on sait que la Révolution eut raison d'eux. La loi du 30 Vendémiaire An II impose le français dans les actes publics et à l'école primaire. La même année, le décret du 2 Thermidor précise que : *"Nul acte public ne pourra, dans quelque partie que ce soit du territoire de la République, être écrit qu'en langue française"*. (Sont visés les actes administratifs et les actes notariés, mais pas les actes sous seing privé). Un décret du 26 octobre 1793 rappelle que l'instruction ne peut se faire qu'en langue française. Le 17 décembre de la même année, le Comité de Salut Public interdit l'usage de l'« allemand » en Alsace. On discute aussi d'une nouvelle loi scolaire. Lakanal défend un projet multilinguiste : *"Dans les contrées où l'on parle un idiome particulier, l'enseignement se fera en même temps dans l'idiome du pays et en langue française"*. Mais finalement, la loi du 27 Brumaire An III disposera que l'« idiome du pays » ne pourra être employé qu'à titre auxiliaire. En janvier 1794, Barère assimile les parlers locaux à la contre-révolution. À l'issue de son [581] rapport, un décret est adopté le 27 dans le but d'empêcher les populations de se laisser "abuser" en faveur des langues locales.

Quoiqu'il en soit, la Révolution ne parviendra pas à remplir les objectifs qu'elle s'était assignée, faute de moyens et surtout de temps (d'autant plus que la mise en œuvre de certains textes législatifs était subordonnée à l'accomplissement préalable d'enquêtes : ainsi le décret du 2 Thermidor ne fut-il jamais appliqué, car son exécution devait être postérieure à des rapports qui ne furent pas rédigés).

Napoléon se montre plus prudent, se bornant à exiger que le français soit la langue du droit et de l'administration, mais impose la scolarité obligatoire. Sous son règne, les éphémères conquêtes françaises poseront des difficultés avec lesquelles l'Empereur composera. Quant à la Corse, l'empereur prit le 19 Ventôse

an XIII un décret "*qui accorde une surséance pour l'emploi de la langue française dans la rédaction des actes publics*", emploi rendu obligatoire par l'arrêté du 24 Prairial an XI. Mais ce décret ne s'appliquait qu'au personnel judiciaire et aux officiers.

Plus tard, la monarchie de Juillet reprendra la lutte contre les langues locales. Le français doit être enseigné dans toutes les écoles, publiques ou libres, à tous les enfants, français ou étrangers. À partir de 1832, les connaissances en français des postulants aux concours de recrutement de la fonction publique sont contrôlées : elles deviennent donc une des conditions de la promotion sociale.

Tout au long du XIX^{ème} siècle et de la diversité de ses régimes politiques, la Cour de Cassation se conformera pourtant aux leçons de la Convention, affirmant dans plusieurs de ses arrêts la force juridique des textes révolutionnaires et défendant le principe d'unité de la langue nationale. Cependant, dans une série d'arrêts (de 1812 à 1914), sa chambre criminelle a censuré pour violation des droits de la défense des décisions pénales prises à la suite de débats où un intervenant ne comprenant pas le français n'avait pas été assisté des services d'un interprète.

Quelle que soit leur orientation, ces décisions de la haute juridiction traduisent une réalité sociologique : la résistance des langues régionales au projet uniformisant. Les témoignages et les enquêtes entreprises au XIX^{ème} sont à ce sujet explicites. Dans les années 1870, on ne parle pas français dans un bon tiers des communes. Certaines études fournissent des pistes pour la localisation sociologique des locuteurs. Les femmes [582] opèrent davantage que les hommes la francisation de leurs enfants. Les hommes préfèrent parler la langue locale dans les lieux de sociabilité traditionnelle (chasse, café, jeux), et plus tard dans les réunions politiques.

La III^{ème} République va y mettre bon ordre. *A priori*, ses « hussards noirs », les instituteurs, ont une réputation (peut-être exagérée) d'anges exterminateurs des langues régionales. La République avait en tout cas cette fois le temps et les moyens. Le bilinguisme provincial aurait pu coïncider avec la généralisation du français : J. Ferry et ses amis se refusèrent à l'envisager. Parmi nos anciens, beaucoup se souviennent encore des punitions qui les frappaient lorsqu'ils se risquaient à parler à l'école leur langue domestique au lieu du français. De plus, la généralisation du service national, le premier conflit mondial jouèrent indiscutablement

un rôle catalyseur. Si au milieu de notre siècle l'étreinte se desserre, n'est ce pas le signe du succès des fondateurs de la III République ? La création d'enseignements de langues régionales ne serait alors que l'épithète de langues autrefois vivantes. Il y a à ces questions de multiples réponses. Nous nous bornerons ici à celles que suggère le droit.

290. LES AMBIGUITÉS ACTUELLES. - Depuis la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, l'art. 2 de la Constitution précise que la langue de la République est le français. En conséquence, l'usage des langues locales est surtout réservé à la vie privée, et ne saurait déboucher sur la reconnaissance d'une communauté ou d'une minorité au sein de l'État français. Cette position peut sembler rigide : il ne faut pas oublier que l'organisation d'enseignements de langues minoritaires ou régionales peut la tempérer. Fermeté dans les principes, fréquente souplesse dans leur application : ainsi évolue le "modèle" français. Mais cette fermeté constitutionnelle est récente : la mention du français comme langue de la République n'a été ajoutée qu'en 1992... Quelle est la signification de ce long silence ?

Remarquons d'abord que dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, le Conseil d'État a depuis longtemps abordé la question linguistique avec une grande prudence, refusant d'y voir l'occasion de consacrer une spécificité. Dans un arrêt du 20 janvier 1965, il ne prend pas en considération la particularité linguistique et culturelle des Tziganes pour apprécier la légalité de mesures attaquées concernant le [583] droit de stationnement et de séjour des " nomades ". Dans un arrêt du 26 juillet 1978, il juge que l'État français n'a en matière d'organisation d'enseignements des langues et cultures régionales aucune obligation, mais simplement une faculté. Le 20 février 1981, il se refuse à consacrer l'unicité des langues d'oc en une seule langue occitane. En 1985, il estime qu'une requête présentée en langue bretonne n'est pas recevable. Le Commissaire du gouvernement conclut dans cette affaire en regrettant "... *que l'état actuel de notre droit positif* [contraigne le Conseil d'État à tracer lui-même] *des règles qui auraient du l'être dans d'autres enceintes*". En effet, si la Constitution du 27 octobre 1946 consacre la devise de la République et ses symboles (le drapeau tricolore et la Marseillaise), elle n'évoque pas la langue nationale. Le même silence règne dans la Constitution de 1958. N'est ce pas tout simplement parce qu'en ces temps, on jugeait pour l'essentiel

dépassé le problème linguistique ? À quoi bon souligner ce qui est évident ? L'avenir réservait des surprises.

À la suite des événements de mai 1968, le régionalisme et ses expressions linguistiques prennent de la vigueur, dans une ambiance libertaire. En 1981, les lois sur la décentralisation tournent la page sur plusieurs siècles de tradition administrative française. Au demeurant, on s'inquiète davantage des progrès de l'anglais. Mais les textes visant à les endiguer sont rédigés de telle façon qu'ils peuvent, le cas échéant, servir aussi contre les langues régionales, quelles que soient les déclarations d'intention. Ce mécanisme est notamment mis en œuvre dans la loi du 31 décembre 1975, et lors du toilettage constitutionnel de 1992. La loi de 1975 oblige à rédiger en français la publicité, les contrats, notamment les contrats de travail et les offres d'emplois. Le texte discuté à l'Assemblée Nationale interdisait l'emploi d'une langue étrangère : il ne pouvait donc concerner les langues régionales. Mais le Sénat durcit la formulation en substituant à cette interdiction l'obligation d'employer le français : les langues régionales peuvent dès lors être impliquées. En 1992, le référendum sur le Traité de Maastricht incline une bonne partie de la classe politique et de l'opinion publique à penser que la forme choisie de construction européenne menace l'identité française. Comme le déclare X. Deniau, la langue française est l'« *expression même* » de cette identité. On sait les partis de droite particulièrement sensibles au thème de l'identité nationale. On ne s'étonnera donc pas qu'à l'occasion du toilettage constitutionnel nécessité par le référendum sur le Traité de [584] Maastricht, ce soit des députés de ces partis qui aient rédigé les amendements visant à la reconnaissance du français (encore que R. Dumas, alors ministre des Affaires Étrangères, y ait vu une "*utile précision*", confortant "*l'attitude du Gouvernement qui a toujours défendu, dans le cadre européen et ailleurs le rôle éminent de notre langue, expression privilégiée de notre identité nationale.*"). On objectera que cette vigilance ne visait en rien les langues régionales : l'affirmation du français voulait encore faire obstacle à la propagation de l'anglais. Mais comme le souligne à juste titre R. Debbasch : "*On est cependant forcé de constater que, dans l'état actuel de notre droit, la disposition nouvelle vient apporter à la langue française, un support juridique qui lui faisait, jusqu'ici, défaut en cas de conflit avec une langue régionale*" ²⁸⁵. Il n'est

²⁸⁵ Debbasch R., *op. cit.*, La reconnaissance constitutionnelle de la langue française, *RFDC*, 11, 1992, 7.

d'ailleurs pas certain qu'à titre subsidiaire, les langues régionales n'aient pas aussi été visées par la réaction constitutionnelle. Répondant à des parlementaires inquiets de cet aspect, le Garde des Sceaux, M. Michel Vauzelle, avait bien tenu des propos lénifiants, les assurant qu'en matière de diversité culturelle, "*... ce qui vaut pour l'Europe vaut également pour la nation*". Mais simultanément, le même ministre s'opposait à l'Assemblée nationale comme au Sénat, à l'introduction d'un amendement précisant que la langue de la République est le français "*dans le respect des langues et cultures régionales de France*". Même si le prétexte avancé était qu'un tel amendement aurait relevé d'une loi ordinaire, cette attitude d'obstruction reste symptomatique d'une vieille méfiance envers les langues régionales.

Deux ans plus tard, une loi et une décision du Conseil constitutionnel (saisi par des députés socialistes) apportent quelques correctifs. La loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française (dite "loi Toubon") a de nouveau pour objet la résistance à l'anglais. Son art. 21 précise cette fois qu'aucune *capitis deminutio* ne s'en suivra pour les langues régionales : "*... les dispositions de la présente loi s'appliquent sans préjudice de la législation et de la réglementation relatives aux langues régionales de France et ne s'opposent pas à leur usage.*" N'y voyons cependant pas la manifestation d'une particulière mansuétude : cela signifie surtout que les particularismes régionaux doivent s'intégrer dans la liberté d'expression *individuelle*. Le Conseil [585] constitutionnel va par ailleurs apporter quelques tempéraments au projet, jugé trop rigoureux au regard de la nécessaire conciliation entre l'ajout constitutionnel de 1992 ("*La langue de la République est le français*"), et la liberté de communication et d'expression proclamée par l'art. 11 de la Déclaration de 1789, partie intégrante du bloc de constitutionnalité. Le projet de loi comportait une formule interdisant l'emploi d'un terme étranger quand existait un terme français de même sens approuvé "*... dans les conditions prévues par les dispositions réglementaires relatives à l'enrichissement de la langue française*". Soit, en clair, les termes sélectionnés par des commissions ministérielles de terminologie, qui avaient donné lieu à une cinquantaine d'arrêtés au cours des vingt dernières années. Craignant sans doute la validation de la notion d'une sorte de "français officiel", au sort réglé par l'État, le juge constitutionnel a fait prévaloir la liberté d'expression sur une interprétation rigide de l'art. 2 de la

Constitution, estimant que chacun gardait une liberté de choix, qui pouvait s'exercer au bénéfice, notamment, des langues régionales et vocables populaires : *"... cette liberté implique le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée ; [que] la langue française évolue, comme toute langue vivante, en intégrant dans le vocabulaire usuel des termes de diverses sources, qu'il s'agisse d'expressions issues de langues régionales, de vocables dits populaires ou de mots étrangers"*. Autrement dit, la liberté d'expression peut tempérer l'unité linguistique.

Les responsables de l'éducation font-ils une place plus large que les juges aux langues locales ? En 1993, le ministre de l'Éducation Nationale faisait état des chiffres suivants : 6,756 élèves pratiquent le basque, 11,343 le breton, 10,131 le catalan, 16,932 le corse, 71,867 l'occitan, 161,758 l'alsacien. Il convient d'ajouter à ces chiffres les enseignements en langues régionales outre-mer, et celui des enfants suivant des cours en langue maternelle dans des écoles privées. En effet, depuis la loi Deixonne, plusieurs textes ont confirmé les enseignements *facultatifs* des langues et cultures régionales : loi Haby du 11 juillet 1975 (elle resta inappliquée, le gouvernement ayant omis d'édicter les normes d'exécution nécessaires) ; circulaire Savary (21 juin 1982), prévoyant la possibilité d'une à trois heures par semaine dans le primaire et un maximum d'une heure dans le secondaire ; loi du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation scolaire ; arrêté du 23 juin 1994 permettant aux élèves des sections bilingues français-langue régionale de passer [586] l'épreuve d'histoire-géographie du brevet des collèges en langue régionale ; possibilité pour les recteurs de certaines académies d'élaborer des plans académiques de développement des langues et cultures régionales ; institution de CAPES de breton, corse, basque ou encore occitan ; conclusion de "chartes culturelles" entre l'État et les collectivités publiques intéressées, etc.... On notera également que les programmes scolaires peuvent prendre en compte l'organisation d'enseignements de langues et cultures "déterritorialisées". Ainsi en va-t-il de l'arabe et du turc depuis une quinzaine d'années, enseignés en 1989-90 à 112,147 élèves.

Sans doute ne faut-il pas négliger l'impact de ces mesures. Mais leur efficacité reste conditionnée par des données sociologiques : toutes les langues enseignées ne sont pas vivantes au même degré, et ces initiatives éducatives doivent s'enraciner dans un milieu social linguistiquement actif.

Au total, la situation juridique des langues régionales est assez ambiguë. D'une part, l'assimilation linguistique des premières Républiques n'est plus de mise, et on peut espérer que bientôt la France signera la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires ²⁸⁶. De plus, l'Education nationale a mis en place des structures favorables à ces langues. Mais en 1992, le constituant a opéré un retour en arrière, seulement tempéré par le juge constitutionnel. En la matière, la République n'a donc pas fini d'évoluer.

Pour conclure, sollicitons un regard extérieur. Celui de T. Zeldin, un auteur anglais spécialiste de la France : « Jadis régnait en France le despotisme le plus centralisé d'Europe (...) la concentration de toutes choses à Paris réduisit à l'obéissance les nobles et les notables provinciaux. Symboles de l'indépendance régionale, les shérifs américains, élus du peuple, et les juges de paix anglais, amateurs et bénévoles, n'avaient pas d'équivalents en France. Aux États-Unis, la démocratie se fondait sur le principe de la division du pouvoir ; la légitimité des intérêts du groupe était reconnue ; les garanties légales dont jouissait l'individu s'opposaient à la toute-puissance du gouvernement. Par contraste, la Révolution française finit [587] par renforcer la centralisation en optant pour une démocratie dont était censée naître une volonté générale incarnée par le gouvernement, qui, de ce fait, chercha à éliminer tous les facteurs de division pour imposer des droits et des devoirs uniformes. De cet héritage historique, la France a gardé l'habitude d'accepter l'ingérence de l'État dans pratiquement tous les domaines et de voir la solution de ses problèmes dans l'octroi de subsides et d'institutions nouvelles » ²⁸⁷.

Ces lignes ont été écrites en 1983. Depuis, beaucoup de choses ont changé : la République s'est transfigurée.

²⁸⁶ Cf. *infra*, p. 689.

²⁸⁷ Zeldin T., *Les Français*, Paris, Fayard, 1983, 162.

[589]

Introduction historique au droit

Troisième partie :
Les mutations de la République

Titre II.

La République transfigurée : le droit positif

[Retour au sommaire](#)

291. POSITION DU PROBLEME. - Un paradigme est un ensemble de principes directeurs et de conceptions partagés par une communauté, dans lequel s'inscrivent les connaissances sur un milieu donné. En ce sens, l'héritage républicain sur lequel nous vivons constitue un paradigme. Parmi les valeurs de ce legs que l'on peut estimer cardinales, on peut sans nul doute inscrire l'individu, la raison et l'égalité. Elles ne disparaissent pas. Mais elles changent rapidement sous nos yeux, au point que nous en sommes désorientés. Car se modifie avec elles notre rapport à notre propre histoire. D'où la propension bien française aux commémorations : on cherche à retenir ce qui s'enfuit. Le droit témoigne de ces transformations, en même temps qu'il essaie de les contrôler. Nous étudierons d'abord le rôle qu'il joue dans les mutations du lien social (Chapitre I), ensuite celui qu'il remplit dans la consécration juridique de la diversité (Chapitre II), avant de voir comment il rénove la notion d'égalité en y introduisant la prise en compte des différences (Chapitre III).

[591]

Introduction historique au droit

Troisième partie :
Les mutations de la République

Titre II.
La République transfigurée : le droit positif

Chapitre I

Les mutations du lien social

L'exclusive fatalité, l'unique tare qui puisse affliger un groupe humain et l'empêcher de réaliser pleinement sa nature, c'est d'être seul.

C. Lévi-Strauss, *Race et histoire* (1952).

[Retour au sommaire](#)

Le rapport de l'individu à la société a changé. Dans une première section, nous prendrons la mesure de cette mutation. Celui qu'il entretient avec la loi comme symbole de la raison aussi. Il nous faudra tracer les contours de la crise du rationalisme législatif dans une seconde section.

Section I

L'individu et la société

[Retour au sommaire](#)

292. LE VISAGE DE JANUS DU MODÈLE FRANÇAIS. - Dans aucune société l'individu n'est un élément isolé. En revanche, diffère le mode de référence à la société qui l'entoure. Il peut être conçu comme un faisceau de liens l'unissant aux groupes qui la constituent, ou un rapport transcendant à cette société représentée comme une entité unique. Dans l'Europe actuelle, les jeunes Hongrois privilégient la première attitude ²⁸⁸. Comme en France, l'État est investi de la plupart des valeurs, mais il est compris comme l'assemblage d'une multiplicité de communautés auxquelles est relié l'individu, de la famille à la nation, en passant par le voisinage et la communauté locale. Nous avons vu le poids de l'histoire dans ces représentations : en Europe centrale, le régime monarchique n'a [592] jamais pu s'affranchir d'une structure plurielle de la société. En France en revanche, la monarchie centralisatrice, puis la Révolution ont mis en place un modèle uniformisant, qui s'efface aujourd'hui. Par ailleurs, à la différence de l'Ancien Régime qui valorisait la tradition et l'autorité, la Révolution a eu le culte de la raison législative : la loi concentre tout le droit parce qu'elle est l'expression d'une volonté supposée générale, qui ne peut se tromper. L'homme des philosophes est rationnel. La III^e République ne dément pas la première : le positivisme rationaliste est son *credo*.

Un État vigoureux donne force à ces principes. La réglementation administrative, plus que l'empirisme ou la négociation propres à l'esprit anglais, régit les rapports sociaux. Un clivage très net les divise, qui est aussi une catégorie juridique fondamentale : celui qui distingue les sphères publique et privée. La première est occupée par l'image que la nation française donne d'elle-même : une communauté de citoyens égaux et indifférenciés. La deuxième en est la part d'ombre : elle laisse coexister les autres communautés d'appartenance, régionales, ethniques,

²⁸⁸ Cf. Kourilsky-Augeven C., Images du droit et sentiment d'appartenance : les représentations adolescentes de la citoyenneté, *Droit et cultures*, 35, 1998/1, 82.

religieuses, etc. Il faut donc bien prendre la mesure de l'effet abrasif du modèle français sur les particularismes : il ne les efface pas, mais les relègue dans un espace distinct. Ce cloisonnement assure la cohérence du système. Car l'inscription des appartenances identitaires dans la sphère privée constitue leur prise en compte par le modèle, mais d'une manière qui permet aux individus de participer à une communauté civique indifférenciée dans la vie publique, puisque leurs aspirations identitaires sont ailleurs satisfaites. Ce qui explique que le système français plie ces aspirations à la règle individuelle : chaque Français est dotée d'une autonomie de choix, mais en aucun cas cette faculté d'option ne peut instituer une communauté. En 1789, le comte de Clermont-Tonnerre résume excellemment la position française dans le débat sur l'octroi de la citoyenneté aux Juifs : « Il faut tout refuser aux juifs comme nation et tout accorder aux juifs comme individus (...) il faut qu'ils ne fassent plus dans l'État ni corps politique, ni ordre ; il faut qu'ils soient individuellement citoyens » ²⁸⁹. En 1991, le Conseil constitutionnel semble réitérer le message en décidant que le peuple corse ne peut exister au sein du peuple français. Pourtant beaucoup de choses ont changé entre ces deux dates.

[593]

293. LES RECENTRAGES DU LIEN SOCIAL. - J.P. Worms résume bien les mutations en cours ²⁹⁰. D'une part, il y a perte d'efficacité administrative : à bien des niveaux, les Français ont le sentiment que l'action de l'État ne réussit plus à satisfaire leurs demandes (emploi, protection sociale, système éducatif, etc.). D'autre part, il paraît impuissant à préserver le principe d'égalité, dont le caractère apparaît de plus en plus fictif par rapport à la réalité sociale : les inégalités socio-économiques augmentent, les privilèges statutaires sont plus visibles et moins bien tolérés qu'auparavant. De plus, l'État lui-même transgresse de plus en plus fréquemment la distinction entre public et privé : prise en compte des communautés religieuses (on connaît les efforts déployés en vue de l'institutionnalisation d'une « communauté » musulmane française, plutôt difficile à repérer), politiques contractuelles avec des organisations représentatives de secteurs professionnels ou sociaux, etc. Cette attitude n'est d'ailleurs pas forcément critiquable, dans la mesu-

²⁸⁹ A.T., t.10, p.675.

²⁹⁰ Cf. Worms J.P., L'intégration à la française, *Sciences Humaines*, 13, mai-juin 1996, 28-30.

re où elle procède d'un effort en vue d'une plus grande efficacité. Mais elle remet en cause un des fondements de l'ordre républicain sans proposer de façon nette un autre clivage.

Les enquêtes sociologiques confirment le recentrage du lien social dans des cercles de dimensions plus restreintes ²⁹¹. Le sentiment d'appartenance à des cadres locaux (commune, région) progresse par rapport au lien à l'ensemble national ; les relations de parenté se renforcent ; les associations se multiplient (50,000 ont été créées en 1987, soit quatre fois plus que dans les années soixante ; 45 pour cent des Français participent à une association). Parallèlement, on note un recours croissant à la négociation pour résoudre les conflits, la diversification des codes de conduite (tolérance envers le concubinage, le divorce, les relations homosexuelles), compensée par la valorisation de l'authenticité et de la fidélité.

L'élévation *globale* du niveau de vie et l'affaiblissement du sentiment d'appartenance à des classes sociales distinctes avec les attitudes qui leur sont liées entraînent une diversification des modes de vie. Autrement dit, il devient de plus en plus difficile aux individus de se reconnaître comme les éléments indistincts d'une entité globale, soumise à une loi uniforme. En fait, c'est la notion même d'individu qui [594] évolue, et avec elle la conception de l'égalité. Auparavant, l'individu était indifférencié, et donc égal aux autres parce que semblable à eux. Aujourd'hui les termes de l'équation ont changé. L'individu est distinct, mais pour autant reste attaché à l'égalité. Celle-ci devient plus complexe : elle ne peut plus résulter mécaniquement de l'identité, mais doit se construire dans la différence. Mais comment doser la différence et les appartenances plurielles sans faire disparaître l'égalité ?

294. LE MULTICULTURALISME. - Pour le sociologue A. Touraine, la solution est celle du multiculturalisme, refus de l'alternative entre l'universalisme et le différentialisme. Il faut en effet se garder d'un universalisme uniformisant qui ne laisserait plus subsister que la logique du marché, ainsi que du communautarisme qui, en aboutissant au repli identitaire, abolirait à la fois la liberté et l'égalité du sujet. Au contraire, le multiculturalisme peut à la fois tenir compte des particularismes et les ouvrir aux échanges entre cultures sans doute originellement diffé-

²⁹¹ Cf. Dirn L., *La société française en tendances*, Paris, PUF, 1990, 58-89, 167-190, 293-294.

rentes, mais soumises dans la modernité à la recomposition des réinterprétations. En ce sens, « rien n'est plus éloigné du multiculturalisme que la fragmentation du monde en espaces culturels, nationaux ou régionaux étrangers les uns aux autres, obsédés par un idéal d'homogénéité et de pureté qui les étouffe et qui surtout substitue à l'unité d'une culture celle d'un pouvoir communautaire » ²⁹². Alors qu'au contraire, dans un paradoxe rarement souligné, le rêve rationaliste -sur lequel s'appuie le modèle universaliste- et le communautarisme partagent l'idée selon laquelle la société doit être culturellement homogène, que la barrière soit celle de la raison d'un côté, ou de l'identité close sur elle-même de l'autre.

Certains juristes ne sont pas insensibles à cette argumentation. Pour le sociologue du droit A.J. Arnaud ²⁹³, nous sommes aujourd'hui sortis de la modernité. Il établit un parallèle entre notre époque et celle de l'ère pré-moderne : d'une part le multiculturalisme ; d'autre part, la polycentricité, qui juxtapose aux droits étatiques des ordres juridiques non nationaux. D. Gutman distingue lui aussi de façon positive ce qu'il [595] appelle la philosophie communautarienne du repli identitaire ²⁹⁴. Pour H. Moutouh, qui a mis en lumière l'émergence d'un droit des groupes dans notre droit positif ²⁹⁵, l'originalité de la position française actuelle consiste dans l'équilibre qu'elle assure entre les revendications collectives et leur encadrement, qui empêche une dérive vers la constitution de ghettos identitaires. Ainsi la mutation des paradigmes républicains a-t-elle toute chance d'aboutir au renouvellement du débat démocratique. Cette conviction est aussi la nôtre.

Cependant, la majeure partie des juristes n'envisage qu'avec une extrême réticence la traduction en termes juridiques des phénomènes sociologiques que nous avons évoqués ²⁹⁶.

²⁹² Touraine A., *Pourrons-nous vivre ensemble ?- Égaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, 203. Dans le même sens, on se référera également aux travaux de M. Wiewiorka, *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris, La Découverte, 1996.

²⁹³ Cf. Arnaud A.J., *Entre modernité et mondialisation*, Paris, L. G. D. J., 1998.

²⁹⁴ Cf. Gutman D., *Le sentiment d'identité*, Thèse de droit, Paris II, 1996, 535-536.

²⁹⁵ Cf. Moutouh H., *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, Thèse de droit, Bordeaux IV, 1997, 34, 594.

²⁹⁶ « La mondialisation d'abord, aurait, dit-on, créé des peurs, des paniques même, face à l'immensément grand, incontrôlable et immaîtrisable, de telle sorte que chacun se réfugierait dans la sécurité de ses racines, de son terroir, de sa tradition. Face à l'inconnu et l'incertain, chacun creuserait son trou : *small is beautiful* ! (...) l'homme post-moderne (...) répondrait par le retour à la fontaine du village, voire au liquide amniotique de l'utéro-centrisme » (Pourhiet A.-M., *Rapport introductif au colloque international de droit constitutionnel lo-*

Certaines réactions sont dues aux difficultés psychologiques liées à la mutation d'un modèle séculaire : le droit doit résister au fait. Ce qui revient à invoquer l'esprit de tradition, auquel n'est pas insensible le juriste, même rationaliste. Telle attitude n'est pas incompréhensible : aucune société n'aime remettre en question ses mythes fondateurs. D'autre part, les droits de groupe peuvent présenter des dangers, comme le reconnaît H. Moutouh, un de leurs meilleurs spécialistes : dans une démocratie, les droits de groupe niant ceux des individus ne sont pas admissibles. Ainsi du droit nazi, pour lequel la notion de communauté nationale est supérieure à celle d'individus. Le *Volk* est une communauté culturelle, unie par la race, l'histoire, la langue et le sentiment de l'appartenance. Il comprend non seulement les citoyens de l'État allemand, mais tous ses ressortissants, dans quelque pays qu'ils se trouvent. La suprématie juridique du *Volk* sur l'individu est confirmée par l'abandon de la notion de droit public subjectif. L'État lui-même n'est plus qu'un instrument de la communauté ; il ne doit plus être considéré comme une personne morale, de même qu'il n'est plus nécessaire de reconnaître la personnalité juridique à l'individu. Évidemment, il s'agit d'un lien communautaire qu'on ne peut que condamner. Pour [596] autant, il serait malhonnête d'y réduire tout effort d'adaptation du lien social républicain, de même que le droit traditionnel ne peut se résumer à l'excision.

La critique d'A-M. Le Pourhiet est d'un autre ordre. Pour cet auteur, il est incohérent de revendiquer à la fois l'égalité de fait et le droit à la différence ²⁹⁷, qui conditionne en effet l'option multiculturaliste. Car l'égalité réelle tend à l'uniformisation des conditions de vie, alors que l'égalité juridique laisse à chacun la liberté de se servir de ses droits comme il l'entend. Or cette uniformisation aboutit à gommer les différences, et donc rend inutile d'institutionnaliser un droit s'y rapportant. Cependant, à y regarder de plus près, l'argument est friable. D'une part, l'égalité de fait revendiquée peut être de moyens : tous les candidats doivent avoir des chances équivalentes pour préparer un concours, ce qui peut justifier des politiques de soutien à l'égard des plus défavorisés, la question du critère permettant de les distinguer restant ouverte (conditions de ressources, appartenance ethnique, âge, sexe, situation de famille, etc.). Dans ce cas, les aptitudes individuelles sont

cal, « Égalité et liberté locale dans la Constitution », Fort-de-France, 18-20 décembre 1997, à paraître dans les *Actes* du Colloque.

²⁹⁷ Cf. Le Pourhiet Anne-Marie, *op.cit.*

d'autant plus valorisées que grâce à ces mesures elles échappent au moins en partie à la détermination purement sociale ou économique. Mais l'égalité de fait peut être aussi de résultat : la loi pourrait aller plus loin en imposant qu'il y ait parité entre ces différents groupes au niveau des résultats du concours. Dans ce dernier cas, qui n'est guère envisageable, l'égalité de fait semble aboutir à une uniformisation. Mais elle n'est pas nécessairement globale : le fait d'avoir un même niveau de diplôme n'empêche pas d'éprouver légitimement des convictions religieuses différentes. De plus, les partisans des discriminations positives ont toujours affirmé qu'elles étaient temporaires. L'égalité de droit ne doit être rompue que le temps nécessaire au rétablissement de l'égalité de fait. D'autre part et surtout, le droit à la différence ne poursuit pas le même but que l'égalité de fait : il vise en général des appartenances culturelles (langue, religion, traditions diverses) alors qu'elle poursuit des objectifs plus concrets (emploi, études). Dans ces conditions, l'uniformisation culturelle ne suit pas nécessairement. Enfin, si c'était malgré tout le cas, les partisans de l'uniformité devraient en conclure à l'innocuité de ces politiques... Pourtant, ils sont délibérément hostiles à la notion de « droit des groupes ».

[597]

295. L'ÉMERGENCE D'UN DROIT DES GROUPES. - Cette notion encore très controversée a été récemment dégagée par H. Moutouh. Pour cet auteur, les groupes en question sont des « groupes minoritaires revendiquant des compensations pour les discriminations subies. Cette définition ciblera alors autant des minorités traditionnelles, se définissant ethniquement ou culturellement, que des groupes plus catégoriels, comme les femmes, les personnes handicapées, ou encore les homosexuels, du moment où ils sont tous dans leur ensemble en situation minoritaire, c'est-à-dire revendicateurs de compensations pour des discriminations dont ils seraient objets » ²⁹⁸. Cette notion correspond aux modifications du lien social que nous avons précisées, dans la mesure où les membres de ces groupes sont juridiquement appréhendés moins comme des individus abstraits reliés à une entité supérieure, qu'en tant qu'éléments d'un ou plusieurs groupes davantage circonscrits. En revanche, elle peut heurter la tradition républicaine classique dans

²⁹⁸ Moutouh H., *op.cit.*, 72-73.

la mesure où elle les catégorise, ce qui rompt la fiction unitaire. De plus, certains critères de cette catégorisation peuvent paraître suspects (race, origine, sexe). Comme nous le verrons dans le chapitre suivant, les valeurs mises en jeu par ces opérations de qualification sont d'une grande importance. L'attitude classique a jusqu'ici consisté à rejeter toute démarche visant à les expliciter. Dans notre pays, il n'est pas encore très bien vu de se spécialiser dans l'étude des minorités, quelles soient les critères de définition adoptés, car on se heurte à des résistances qui tiennent aux croyances et aux affects. Cependant, il faut justement être ici plus rationnel que jamais. Ce qui implique à notre sens d'une part de constater, *volens nolens*, ces phénomènes de différenciation juridique quand ils apparaissent non seulement dans la doctrine, mais en droit positif ; d'autre part, se gardant à la fois d'un refus de principe comme d'une acceptation sans condition, d'étudier soigneusement dans quelle mesure ces phénomènes sont ou non conciliables avec les valeurs républicaines telles que nous pouvons les concevoir aujourd'hui.

Le même type de démarche impose aussi de se questionner sur l'évolution du lien supposé entre la raison et la loi.

[598]

Section II

La crise de la raison juridique

[Retour au sommaire](#)

Au cours des siècles, de nombreux liens se sont tissés entre le droit et la raison, celle-ci lui servant de légitimation dans une perspective moderniste. Mais aujourd'hui, cette association se défait.

296. RAISON ET MODERNITÉ JURIDIQUE ²⁹⁹. - Tout juriste qui s'interroge sur l'évolution actuelle des normes du droit positif est nécessairement conduit à réfléchir à l'inscription du droit dans l'histoire de la modernité. Pour A. Touraine, ce dernier terme signifie la « séparation croissante du monde *objectif*, créé par la raison en accord avec les lois de la nature, et du monde de la *subjectivité*, qui est d'abord celui de l'individualisme (...) Elle a remplacé l'unité d'un monde créé par la volonté divine, la Raison ou l'Histoire, par la dualité de la *rationalisation* et de la *subjectivation* » ³⁰⁰. La modernité est d'abord douce à l'homme. Jusqu'à la fin du XVIIIe siècle, le sujet et la raison cohabitent, le droit naturel met l'homme et le monde en harmonie. L'universalisme si bien exprimé par la pensée française naît de cette conjonction entre nature, raison et sujet : l'homme a partout des droits identiques, simplement parce qu'il est homme.

Mais cet âge d'or décline à partir du XIXe siècle. La référence à la raison se durcit, tandis que se différencient de façon croissante les divers secteurs de la vie sociale. Le recours à la raison, associé au progrès de la science et de la technologie, exclut tout finalisme, toute vision holiste de la société. Bientôt, Max Weber

²⁹⁹ Cf. Rouland N., Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités, *Revue trimestrielle de droit civil*, (2), avril-juin 1994, 287-320.

³⁰⁰ Touraine A., *Critique de la modernité*, Paris, Fayard, 1992, 14-15.

(1864-1920) écrira ses phrases célèbres sur le « désenchantement du monde ». Parallèlement, le thème de la rareté s'affirme dans la science économique. La rupture des solidarités traditionnelles, l'isolement de l'homme moderne l'éloignent de la nature, désormais conçue comme extérieure à l'économie. Elle l'est d'autant plus que la révolution industrielle interpose entre elle et [599] l'homme des artefacts en nombre infiniment croissant. Au XIX^{ème} également s'impose l'idée, largement reçue en France, selon laquelle les sociétés modernes doivent s'appuyer sur une culture nationale, qui transcende, et au besoin détruit, les cultures traditionnelles et locales. Ce mouvement participe au nationalisme, profondément contraire à l'universalisme. Pour P. Fitzpatrick ³⁰¹, la modernité juridique repose sur une mythologie de la loi. Elle est associée à l'idée d'un changement positif : le progrès, qui entraîne l'homme vers la définition et la réalisation d'idéaux universels. En tant que fondement mythologique, elle s'associe ou succède à Dieu ou à l'Etat. En Grande-Bretagne, la fin du XVII^e voit les progrès d'une conception rationaliste de la loi. Pour E. Coke (*Reports and institutes*), la Common Law est l'expression de la raison, perfectionnée par l'expérience des juristes, ce que répètera Blackstone au siècle suivant. J. Locke affirme que la loi parlementaire doit édicter des normes générales et impersonnelles afin de réaliser un ordre social juste, car fondé sur la raison. A la fin du XVII^e, Domat écrit en France que le législateur est inspiré simultanément par la raison et par la foi. Dans l'*Esprit des lois* (1748), Montesquieu combine foi et raison. Pour lui, les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses. La norme juridique est donc associée aux lois naturelles dégagées par les sciences de l'observation, et par là étroitement liée à la raison. Cependant, cet ordre rationnel a aussi un fondement divin parce qu'il est voulu par Dieu. Rousseau part d'un point de vue différent. La « nature des choses » n'est nullement raisonnable en elle-même. Au contraire, c'est à l'homme de la modeler en usant de la raison. Il y parvient par la loi, expression de la volonté générale. Voulue par le corps social, l'égalité est absente de l'ordre naturel : le législateur doit donc constamment veiller à l'assurer. La Révolution partira du principe que le législateur possède une compétence universelle. Une vision somme toute optimiste, puisqu'elle repose sur l'idée que la société humaine peut se connaître suffisamment elle-même pour se réformer par la loi.

Deux siècles plus tard, cet optimisme n'est plus de mise.

³⁰¹ Cf. Fitzpatrick P., *The mythology of modern law*, London, Routledge, 1992.

[600]

297. LA DISSOCIATION CONTEMPORAINE ENTRE LE DROIT ET LA RAISON : MARX, HAYEK ET LES FÉMINISTES. - P. Issalys a bien montré ³⁰² le rôle joué en ce sens par trois courants : le marxisme, le néo-libéralisme, le féminisme.

Pour Marx, la loi est l'instrument de la classe dominante, à son époque la bourgeoisie. Mais elle masque son rôle oppressif en se présentant comme l'expression de rapports régissant une société constituée de sujets de droit purement individuels, libres et égaux. La loi n'établit qu'une rationalité fictive ; l'égalité juridique est le paravent de l'inégalité sociale et économique, critiques que l'on retrouve aujourd'hui chez les partisans des discrimination positives. À différents degrés, la critique marxiste inspirera dans le monde anglo-saxon le courant des *Critical legal studies* et, en Allemagne, les théories de J. Habermas, qui l'actualise dans le contexte de l'Etat de droit contemporain.

Les néo-libéraux adoptent un point de vue inverse de celui de Rousseau. Pour Friedrich Hayek ³⁰³, la loi est un procédé d'organisation sociale mis en oeuvre par l'État, qui ne possède aucun lien intrinsèque avec la raison. Tout simplement parce qu'elle ne se confond nullement avec le droit. Celui-ci est antérieur à la loi et plus large qu'elle. Il faut le déduire de règles de conduite humaines de formation coutumière et spontanée, qui seules sont véritablement l'expression de la rationalité et de la justice. D'autres auteurs comme G. Sorman ³⁰⁴ et L. Cohen-Tanuggi ³⁰⁵ préconisent dans le même esprit la réduction de l'État et de son droit législatif à un niveau minimal.

Les mouvements féministes nord-américains participent aussi à la dénonciation de la raison législative. L'idée de départ repose sur une distinction (*Sex and gender studies*) entre les hommes et les femmes non seulement sexuelle (d'ordre biologique) mais également de genre (il y a une culture féminine et une culture

³⁰² Cf. Issalys P., La loi dans le droit : tradition, critique et transformation, dans : Belley J.-G.-Issalys P.(dir.), *Aux frontières du juridique*, Université Laval, Québec, 1993, 185- 219.

³⁰³ Cf. Hayek F.A., *Law, legislation and liberty*, vol.2, Chicago, Univ. of Chicago Press, ch. 4 et 6.

³⁰⁴ Cf. Sorman G., *L'État minimum*, Paris, Albin Michel, 1985.

³⁰⁵ Cf. Cohen-Tanuggi, *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, 1985.

masculine). Existe donc une vision féminine du monde, systématiquement disqualifiée jusqu'à nos jours. Celle-ci se fonderait sur un sentiment d'unité entre l'homme et la nature, [601] la recherche de l'harmonie, l'empirisme, la valorisation de la négociation et de la transaction par rapport à la formulation de catégories abstraites et impersonnelles appuyées par le principe d'autorité, au contraire symbolique de la vision masculine du monde. Bien entendu, il s'agit d'un présupposé qu'on est libre d'accepter ou non. D'autre part, les féministes françaises -bien représentées par E. Badinter, auteur de *L'un est l'autre*- sont au contraire en majorité attachées à une identité culturelle entre les sexes. Quoi qu'il en soit, les féministes nord-américaines reprochent au droit légiféré de procéder d'une perspective essentiellement virile ; il est l'expression de la raison masculine, sous couvert de la raison universelle. La preuve en est que le langage du droit, des institutions et du pouvoir est largement sexué, au bénéfice du genre masculin. D'où des efforts entrepris pour donner une version féminine des titres, tendance introduite récemment (en 1998, par l'Education nationale ³⁰⁶) en France.

On ajoutera que les régimes totalitaires du XXe siècle ont également disqualifié le lien entre la raison et la loi, en faisant la preuve que des idéologies irrationnelles pouvaient fort bien s'accommoder des procédures législatives : on retrouve notamment ici le débat évoqué au début de ce livre sur le droit nazi. C'est d'ailleurs ce constat qui explique le développement du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la seconde partie du siècle.

Au total, on peut donc penser que la vision moderne d'un monde rationnel, organisable par des catégories générales et même universelles est aujourd'hui susceptible de sérieux correctifs. Malgré les progrès scientifiques, et peut-être justement à cause d'eux, le monde et l'homme se sont révélés d'une opacité insoupçonnée. L'homme de cette fin du XXe siècle apparaît tragiquement nu. De plus en plus étranger au monde dont il est issu, ignorant du sens de son existence, il a conquis une indéniable liberté individuelle au prix du dénouement de liens communautaires qui certes le contraignaient, mais aussi le protégeaient. L'ampleur de ces modifications tient à leur caractère cumulatif. Elle [602] explique également le déploiement des revendications identitaires, et le succès de l'écologie, qui, par

³⁰⁶ Cf. *infra*, p.654.

d'autres voies, rétablit l'harmonie entre l'homme et l'univers. Par ailleurs, elle provoque aussi dans le domaine juridique une prise en compte de la diversité, à vrai dire assez étrangère au modèle républicain classique.

[603]

Introduction historique au droit

Troisième partie :
Les mutations de la République

Titre II.
La République transfigurée : le droit positif

Chapitre II

L'émergence de la diversité en droit français

La tolérance n'a jamais excité de guerre civile; l'intolérance a couvert la terre de carnage. Qu'on juge maintenant entre ces deux rivales.

Voltaire.

[Retour au sommaire](#)

298. UNITÉ ET DIVERSITÉ. - Comme nous l'avons vu, le pluralisme juridique a longtemps régné en France, même si l'effort des monarques l'a progressivement réduit. Les différences se traduisaient clairement dans le droit. Ce constat ne vaut pas nécessairement approbation : certaines étaient contraires à ce qu'est devenue notre conception de la justice sous l'effet conjugué des valeurs républicaines et démocratiques. Aujourd'hui, la prise en compte des différences par le droit positif peut justement viser à rendre plus réelle la notion de justice, et à réaliser une égalité différentielle : nous en traiterons dans le prochain chapitre. Mais l'institutionnalisation de la diversité peut aussi procéder du respect manifesté envers le pluralisme des cultures. Celui-ci n'est pas seulement une attitude morale. Il

provient aussi du constat auquel nous avons procédé dans le chapitre précédent : si la perspective d'une explication globale et incontestable de notre présence au monde est ajournée ou même inatteignable, il faut bien accepter le pluralisme des explications et des croyances. La difficulté tient au nécessaire tempérament de ce relativisme : toutes les valeurs ne sont pas complémentaires, toutes les traditions ne sont pas également admissibles. La difficulté était moindre dans le monde du passé, beaucoup plus cloisonné en raison des médiocres conditions de circulation des idées et du transport des marchandises. Aujourd'hui où migrent sur de grandes distances et en peu de temps hommes et biens, les possibilités de conflits culturels s'accroissent en proportion. Il revient notamment au droit de faire la part entre le commun et le pluriel.

Dans le cadre nécessairement limité de ce chapitre, nous avons choisi deux thèmes qui nous paraissent particulièrement intéressants : les [604] droits de l'homme d'une part, les religions de l'autre. Non seulement ils constituent légitimement des préoccupations majeures de nos contemporains, mais aussi ils révèlent l'évolution de nos conceptions par rapport au modèle républicain originel.

Section I

Droits de l'homme et diversité des cultures

[Retour au sommaire](#)

299. POSITION DU PROBLÈME. - Adoptée le 26 août 1789, la Déclaration des droits de l'homme est le premier grand texte révolutionnaire. Elle fait aujourd'hui partie de notre droit positif. Dans l'esprit de ses rédacteurs, elle ne concernait pas seulement les citoyens français, mais s'adressait à tous les hommes, dans leur diversité. Du moins celle dont on avait connaissance en 1789. Or l'universalisme est d'autant plus facile à penser que l'ampleur des divergences culturelles envisagées est faible. Il en va tout autrement aujourd'hui, ce qui explique l'intensification de la réflexion sur l'association entre l'universalisme de ces droits et la variété des sociétés humaines. Il se trouve que l'Occident les a le premier découverts. Ce qui n'autorise en soi aucune conclusion. Ce constat peut aussi

bien signifier qu'ils lui sont culturellement limités, ou que par une série complexe de processus évolutifs, l'Occident a simplement trouvé avant les autres sociétés des universaux communs à tous les hommes. Reste aussi une dernière hypothèse : les garanties assurées par ce que nous appelons les droits de l'homme peuvent également avoir été réalisées sous d'autres formes, ailleurs qu'en Occident. Pour y voir plus clair, il convient de faire un inventaire : quelles sont les spécificités de la conception occidentale des droits de l'homme ; quelles sont les critiques qu'on lui adresse ?

[605]

A. Les spécificités de la conception occidentale des droits de l'homme

On peut les résumer en quelques propositions, toutes fournissant matière à discussion : la nature, la raison, la spécificité de l'homme, le caractère individuel de ces droits.

300. LE FONDEMENT NATUREL DES DROITS DE L'HOMME. - La Déclaration de 1789 les qualifie dans son Préambule de « naturels, inaliénables et sacrés ». La référence à la nature réapparaît dans l'article 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme », ainsi que l'article 4 : «... l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ». C'est donc la nature qui permet à l'article 1 d'affirmer que « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ». Mais que peut signifier aujourd'hui la nature, qui donne leur dimension universaliste aux droits de l'homme ? Les réponses ne manquent pas... ce qui témoigne pour le moins de notre incertitude à ce sujet.

D'abord Dieu, créateur de l'homme. Mais son existence étant indémontrable, cette solution ne peut convaincre les agnostiques et les athées. La nature peut aussi dériver de l'état des choses. Il suffirait alors de constater les effets d'une nature humaine -tout homme peut prétendre exprimer des revendications fondamentales-

sans chercher à poser l'insondable question des origines, ce qui est commode, mais guère satisfaisant sur le plan intellectuel. Pour S. Abou ³⁰⁷, on peut aussi invoquer d'autres critères de l'universalisme. L'un tient aux caractères rationnel et moral de l'homme, par lesquels il transcenderait ses déterminations socio-culturelles. L'autre est de type formaliste, et comporte plusieurs versions. La première est fonctionnaliste : l'homme est avant tout déterminé par ses besoins physiologiques, qui sont partout les mêmes. La deuxième est comparatiste : dans toute société, il y aurait des institutions non pas identiques, mais analogues, qui répondraient aux [606] besoins fondamentaux de l'homme, en revanche identiques en tout lieu et en tout temps. Enfin, la voie structuraliste : les mécanismes de l'esprit humain sont partout les mêmes, la diversité vient des contenus que l'histoire et d'environnement fournissent à ces structures universelles.

À notre sens, il faut y ajouter une autre hypothèse, qui a nos préférences : la nature humaine peut aussi résulter d'une définition volontariste. Elle est moins donnée que construite et dépend de la découverte que fait l'homme de sa propre humanité par un cheminement historique. Car les données ethnographiques et historiques ne laissent aucun doute : s'il existe une universalité première, ce n'est certainement pas celle de l'égalité, voire de la liberté. La plupart des sociétés connues, occidentales ou non, sont au contraire hiérarchisées, qu'elle prônent ou non l'« harmonie ». Les droits de l'homme à la liberté et l'égalité ne peuvent donc résulter que d'un long mûrissement, profondément dépendant des circonstances historiques et des luttes politiques et sociales.

301. LA RAISON. - C'est la deuxième idée maîtresse, empruntée aux philosophes européens des XVIIe et XVIIIe siècles. Les droits de l'homme sont fondés sur la mise en oeuvre de la nature humaine par l'activité de la raison. Ce qui permettait à Voltaire de penser que même un régime despotique pouvait être source de progrès à condition qu'il fût « éclairé » par les lumières de la dite raison. À quoi l'on peut opposer que celle-ci n'est pas le seul guide des comportements humains. Les croyances religieuses, les affects et les traditions les modèlent aussi puissamment. Il est indémontrable que ces autres principes soient toujours contraires au progrès de la civilisation et de la condition humaine. Par ailleurs, la

³⁰⁷ Cf. Abou S., *Cultures et droits de l'homme*, Paris, Hachette, 1992, 45 sq.

raison elle-même est faillible. Les progrès opérés dans les sciences à partir de la fin du XVIIIe n'ont pas empêché les catastrophes des utopies totalitaires de notre siècle, parfaitement irrationnelles, même si elle se prétendaient « scientifiques ».

302. LA SPÉCIFICITÉ HUMAINE. - La troisième proposition consiste dans la distinction opérée entre l'homme et le reste de la réalité. Les grands philosophes occidentaux sont nombreux à l'avoir établie, notamment Descartes, autre prestigieux partisan de la raison. Mais d'autres choix existent, d'ailleurs réalisés sous d'autres cieux. L'homme peut être conçu comme le co-créditeur du monde (comme dans beaucoup [607] de cultures amérindiennes), ou même n'être qu'un élément de l'ensemble de l'univers, dont les autres parts pourraient aussi avoir des « droits » (conceptions hindouistes).

303. LE CARACTÈRE INDIVIDUEL DES DROITS DE L'HOMME. - Les droits de l'homme sont surtout ceux des individus. Mais l'individu lui-même à une histoire. Il n'a pas toujours existé chez nous (il émerge à la fin du Moyen-Age), et son degré d'autonomie varie suivant les cultures, comme nous l'avons vu en Chine et au Japon ³⁰⁸. La conception française suivant laquelle la société n'est que la somme d'individus libres et égaux en droit est évidemment fort différente. Elle constitue certes un progrès, dans la mesure où elle permet à l'homme de se libérer de contraintes devenues inacceptables ou obsolètes. Mais elle peut aussi laisser prospérer les inégalités réelles sous le parapluie de l'égalité en droit. Le vieil adage « Malheur à l'homme seul » vaut, à des degrés divers, dans toute société. Partout l'individu appartient à des réseaux multiples, à des groupes, et son degré de liberté réelle dépend moins souvent des déclarations abstraites que de ses capacités de choix successifs entre ses groupes d'appartenance, et de sa position dans ces différents réseaux. En ce sens, il est également erroné de dire que les droits de l'homme ne dépendent nullement de sa position dans les stratifications sociales, ou qu'ils sont entièrement déterminés par celles-ci.

³⁰⁸ Cf. *supra*, pp. 41-53.

B) Les critiques de la conception occidentale des droits de l'homme

Elles peuvent être internes à ces sociétés, ou provenir de cultures non occidentales. Les monothéismes peuvent aussi poser des difficultés non négligeables.

1) Les critiques internes

Nous prendrons deux exemples : les doctrines contre-révolutionnaires et le nazisme.

[608]

304. LES DOCTRINES CONTRE-RÉVOLUTIONNAIRES. - Toutes dénoncent le caractère abstrait de la doctrine française ³⁰⁹. On peut d'abord signaler des auteurs anglais comme Burke et Bentham. Le premier ironise en disant que la Déclaration de 1789 met en scène un « individu nu et tremblant ». L'état de nature n'est qu'une chimère des « savants professeurs des droits de l'homme », avant tout acharnés à détruire l'ordre ancien. Dans la réalité, les droits de l'individu varient suivant les circonstances et les convenances. Bentham souligne les contradictions internes de la Déclaration : la liberté est incompatible avec ses limitations légales ; l'égalité avec la classification de la propriété dans les droits naturels.

D'autres auteurs insistent sur le fait que les sociétés humaines sont insérées dans le mouvement de l'histoire, où domine la diversité.

Maistre et Bonald développent une conception providentialiste : la Révolution a été voulue par Dieu comme expiation pour la France. Le thème de la diversité est également agité par Maistre dans ses *Considérations sur la France* : « Il n'y a

³⁰⁹ Cf. Poumarède J., Critiques de l'abstraction : l'hostilité aux droits de l'homme dans la pensée politique du XIX^e siècle, *Communication à la table-ronde : « L'universalisme des droits de l'homme en question »*, organisée par le Centre des droits de l'homme de l'Université de Toulouse I et le Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris I, Toulouse, 1996.

pas d'homme dans le monde. J'ai vu dans ma vie des Français, des Italiens, des Russes, etc. ; mais quant à l'homme, je déclare ne l'avoir rencontré de ma vie ; s'il existe, c'est bien à mon insu ». Rivarol n'est pas plus tendre, pour qui la Déclaration de 1789 n'est rien d'autre que « la préface criminelle d'un livre impossible ». Ses idées se retrouveront plus tard chez C. Maurras et l'Action Française. Le régime de Vichy les réemploiera : l'individu y est subordonné aux communautés auxquelles il appartient (famille, profession, nation), et doit être soumis à l'État. Notons, car c'est important, que le thème de la diversité est évidemment employé aujourd'hui de façon toute différente par les anthropologues : il ne s'agit pas de dire qu'elle s'oppose à tout discours général sur l'homme, mais qu'un discours de ce type doit partir de la diversité (et non pas y demeurer) au lieu de la nier.

D'autres auteurs insistent sur l'histoire. C'est notamment le cas des Allemands de l'Ecole historique du droit, créée par Savigny. Herder attaque le concept abstrait d'humanité. Savigny fait du droit le révélateur de la nation. L'universalisme ne peut jaillir que de nations en déclin, en [609] train de perdre leur identité, comme la France. Marx critiquera ces idées, qui pour lui justifiaient « le knout d'aujourd'hui par le knout d'hier ».

305. LE NAZISME. - Plus que jamais l'individu est soumis à l'État. Il a pour mission de perpétuer l'ordre voulu par la nature, l'inégalité des races. Hitler écrit : « l'homme n'a qu'un droit sacré et ce droit est en même temps le plus saint des devoirs : c'est de veiller à ce que son sang reste pur pour que la conservation de ce qu'il y a de meilleur dans l'humanité rende possible un développement plus parfait de ces êtres privilégiés [les Aryens] » ³¹⁰. Les Allemands étant au sommet de la hiérarchie des races, il en découle logiquement que : « Pour les nationaux-socialistes, le droit, c'est ce qui sert le peuple allemand ; la justice, c'est ce qui lui porte dommage » ³¹¹. On sait ce qu'il en resulta...

Les juristes fascistes italiens affirment aussi le caractère secondaire de l'individu. Ainsi de Rocco : « L'individu ne peut, selon la conception fasciste, être considéré comme fin de la société : il en est seulement le moyen. Toute la vie de

³¹⁰ Hitler A., *Mon combat*, Nouvelles éditions latines, 1934, 401.

³¹¹ Propos tenus en 1934 par le ministre de l'intérieur Frick.

la société consiste à faire de l'individu l'instrument de ses fins sociales » ³¹². Le franquisme espagnol repose sur des principes similaires.

Subordination de l'individu, supériorité des devoirs sur les droits, autorité de l'État : telle est l'antienne des régimes autoritaires, pour lesquels les droits de l'homme ne sont que chimères. Mais ceci peuvent aussi être critiqué par d'autres voies.

2) Les critiques des cultures non occidentales

Nous prendrons trois exemples : l'Afrique noire traditionnelle, l'hindouisme, le bouddhisme.

306. L'AFRIQUE NOIRE TRADITIONNELLE. - Les sociétés traditionnelles d'Afrique noire sont fondées sur le pluralisme. L'individu appartient à des communautés diverses, organisées selon des critères variables : sexe, âge, résidence, associations volontaires, castes, [610] affiliations parentales, etc.. Il se situe à l'intersection de ces différents groupes, dont les fonctions sont représentées comme complémentaires. Ils lui doivent la protection, tandis qu'il se soumet à leurs règles de fonctionnement. Le monde invisible des ancêtres, qui reproduit les hiérarchies de celui des vivants, côtoie le monde terrestre en une série d'interactions. On comprend que dans de tels systèmes, l'idée de déclaration de droits individuels opposables à une organisation politique différenciée puisse paraître exotique. En revanche, de cette organisation pluraliste peut résulter une protection pour l'individu, et non sa négation, comme on l'affirme trop souvent. De plus, la séparation des pouvoirs existe : des pouvoirs différents (pouvoirs politiques, pouvoirs religieux, pouvoirs sur la terre) sont attribués à des personnages divers.

³¹² Rocco, La crise de l'État : la solution fasciste, cit. par Colliard C.A., *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 1989, 33.

307. L'HINDOUISME. - La pensée hindouiste s'organise autour du *dharma*, le principe qui confère la cohésion à tout ce qui existe. L'individu n'est pas premier, mais constitue l'un des éléments de la chaîne complexe de la réalité. Chaque organisme vivant a sa place dans une hiérarchie ascendante : végétaux, insectes, animaux ovipares, vivipares, êtres humains. Le principe classificatoire joue au maximum pour ces derniers, sous la forme du système des castes. L'humanité ne possède pas une nature qui la rendrait spécifiquement différente des autres formes de vie. Elle est simplement plus évoluée. Mais la distinction entre les degrés d'évolution transcende la séparation primordiale instituée par la pensée occidentale entre l'humanité et le reste du monde. Il y a plus de distance entre hautes et basses castes qu'entre les plus basses castes et les animaux. La naissance assigne à chaque être sa place dans cette hiérarchie.

Une telle vision peut nous paraître insupportable. Elle devient plus compréhensible si on la situe dans sa dimension essentielle, qui est évolutive. D'une part, pour un hindouiste, le système des castes est rien moins qu'arbitraire. Dans la mesure où il est associé à la croyance en la réincarnation, chaque individu (re)naît au niveau où ses vies passées, ses progrès vers le bien où ses rechutes vers le mal l'ont eux-mêmes assigné. Car chaque organisme n'est que l'enveloppe physique temporaire d'une âme qui se trouve à un certain degré d'évolution vers l'unique et absolue réalité, Brahma. Dans ce système, les idées d'égalité juridique, de droits individuels et universels sont évidemment absentes. [611] La complémentarité entre les castes joue le même rôle que chez nous l'égalité seulement juridique. Ces deux fictions occultent la réalité, qui est dans un cas l'oppression des castes supérieures, et dans l'autre le voile de l'inégalité de fait.

308. LE BOUDDHISME. - Opposé au système des castes, il échoue en Inde, son pays d'origine. Il réussira mieux en Extrême-Orient. À la fraternité de tous les hommes proclamée par Confucius fait écho le principal concept moral du Bouddha, la compassion (*karuna*). Elle vise tout les êtres dotés de perception, et même ceux qui en sont dépourvus, car ils peuvent évoluer (l'idée de réincarnation est commune au bouddhisme et à l'hindouisme). Le bouddhisme partage aussi avec l'hindouisme le sentiment d'une dimension cosmique de l'être l'humain, à laquelle il peut parvenir par l'appréhension d'une réalité plus vaste que celle révélée par sa seule expérience isolée. Là se situent ses divergences avec nos conceptions classi-

ques des droits de l'homme. Car notre tradition, à un moment donné de son évolution, a séparé le corps et l'esprit, et conçu les êtres humains comme des entités distinctes et indépendantes. Leur forme extérieure compte davantage que leur nature profonde, et la manière dont ils s'intègrent à un ensemble plus vaste. Cette conception atomisée de l'être humain correspond bien aux représentations des rédacteurs de la Déclaration de 1789, condamnée par le pape. Car les monothéismes posent des problèmes d'un autre genre.

3) Les monothéismes et les droits de l'homme

Le problème des rapports entre les monothéismes et les droits de l'homme est très complexe, et nécessiterait bien davantage que ces quelques lignes. Observons cependant qu'ils contiennent à un certain degré l'idée d'une communauté humaine par rapport au message de la Révélation. L'islam s'adresse à tous les hommes, même s'il est né dans des sociétés arabes. Son itinéraire le montre bien, qui en fait une religion pluri-ethnique. Très vite, le christianisme dépasse ses origines judaïques. On se souvient de la fameuse parole de Saint-Paul : « Il n'y a ni Juif ni Grec, il n'y a ni esclave ni homme libre, il n'y a ni homme ni femme ; [612] car tous vous ne faites qu'un dans le Christ Jésus » ³¹³. Nous prendrons surtout l'exemple de l'islam.

309. L'ISLAM. - Les Musulmans ont élaboré une tripartition entre les croyants (*Umma*) ; les deux autres monothéismes, dont les membres ont le statut de « protégés » (*dhimni*) ; les païens idolâtres. Dans le Statut de Médine, Mahomet avait essayé de regrouper les membres des trois monothéismes sur un pied d'égalité des droits et des devoirs. Un passage du Coran affirme d'ailleurs : « le Dieu des uns et des autres est le même » ³¹⁴. Mais les Juifs refusèrent de reconnaître l'autorité du Prophète, et la rupture fut consommée.

L'*Umma* est la seule communauté légitime. Sa supériorité (*ismat al umma*) divise le monde en deux parties irréductibles : la « maison de la soumission à

³¹³ Paul, *Épître aux Galates*, III, 28.

³¹⁴ Coran, XXIX, 46.

Dieu » (*dar al islam*), dont les membres sont frères et égaux « comme les dents du peigne » ³¹⁵ ; le monde impur des infidèles que les musulmans doivent combattre, d'où son nom de « territoire de la guerre » (*dar el harb*). Les différentes communautés de ces deux mondes sont régies par des statuts inégalitaires. Les païens n'ont pas d'autre choix que la conversion ou l'extermination. Les « protégés », dans l'attente de leur adhésion à la vraie foi, bénéficient d'un meilleur traitement. Mais ils demeurent dans une condition inférieure aux musulmans. Des *hadith* du Prophète (propos attribués à Mahomet) prescrivent qu'ils portent des marques distinctives sur leurs vêtements et habitent des quartiers séparés. Ces distinctions statutaires furent appliquées avec plus ou moins de vigueur suivant les époques et les lieux. Il reste qu'elles sont étrangères à l'idée de tolérance, si présente dans la philosophie des Lumières.

Or, comme le fait remarquer M. Arkoun ³¹⁶, les pays musulmans au XIX^{ème} siècle n'ont eu que de faibles échos de cette philosophie. En France, on sait qu'elle fut essentiellement promue par la bourgeoisie, qui constituait une classe montante. Ce support n'existait pas dans les pays d'islam. Les droits de l'homme ne sont connus que d'un petit nombre d'intellectuels libéraux familiers de l'Europe. Au XX^e siècle, ils sont bien [613] invoqués dans la lutte pour l'indépendance : c'est le cas de Ferhat Abbas en Algérie, Bourguiba en Tunisie, Nasser en Égypte. Mais ils ne bénéficient pas d'un véritable enracinement culturel et social.

310. LE CATHOLICISME. - En réponse aux réformes abruptes des révolutionnaires de 1789, la papauté condamna pour longtemps les principes des droits de l'homme. En 1791, Pie VI qualifie la liberté religieuse de « droit monstrueux », condamnation réitérée par Pie IX en 1864. L'existence de droits de l'homme séparés de ceux de Dieu est vivement critiquée. Un tournant important intervient en 1891. Dans l'encyclique *Rerum novarum*, le pape Léon XIII inaugure le catholicisme social et prend en compte les droits sociaux. Par la suite, ses successeurs formuleront l'ensemble des droits fondamentaux. Dans *Pacem in terris* (1963), Jean XXIII adhère à la Déclaration universelle des droits de l'homme. Réuni sur

³¹⁵ *Coran*, XLIX, 10.

³¹⁶ Cf. Arkoun M., Origines islamiques des droits de l'homme, *Revue des sciences morales et politiques*, 1989, n° 1, 30.

sa décision, le concile de Vatican II (1962) reconnaît dans *Dignitatis humanae* que : « la personne humaine a droit à la liberté religieuse (...) de telle sorte qu'en matière religieuse, nul ne soit forcé d'agir contre sa conscience ni empêché d'agir ». Sur ce point essentiel de la liberté religieuse, l'Eglise a donc rejoint la Déclaration de 1789 (art. 10 : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi »). Le changement d'attitude était d'autant plus significatif qu'en 1953 encore, Pie XII condamnait cette liberté comme contraire à la vérité et à la loi morale.

Depuis un demi-siècle, l'Eglise a donc beaucoup évolué. À partir du même concile, elle abandonne son enseignement traditionnel suivant lequel le salut ne pouvait se trouver qu'en son sein. Aujourd'hui, dans les pays pauvres, ses prêtres sont souvent aux côtés des plus démunis. La laïcité est acceptée et Jean-Paul II a plusieurs fois déclaré son attachement aux droits de l'homme.

311. LE DANGER DE L'INTÉGRISME. - Les religions sont donc capables d'évolution. Le danger vient surtout de leurs intégristes, dont les attitudes sont inconciliables avec les droits de l'homme. Pour les catholiques de ce type, Dieu doit inspirer le droit positif. Les intégristes juifs ne sont pas en reste, qui souhaitent une société fondée sur la Bible et l'étude de la Thora. Ils ont en commun avec les fondamentalistes musulmans la critique de l'idée de droits de l'homme qui ne seraient pas [614] subordonnés à ceux de Dieu. La déclaration faite par le représentant du gouvernement iranien le 7 décembre 1984 aux Nations Unies est à cet égard un modèle du genre :

« Pour la République islamique d'Iran, la notion de droits de l'homme n'est pas limitée à la Déclaration universelle des droits de l'homme. L'homme est d'origine divine et la dignité de l'homme ne peut se réduire à une série de normes fixées par le profane (...) Il [le nouvel ordre politique iranien] ne reconnaît d'autres autorités ou pouvoir que ceux du Dieu Tout-Puissant et aucune tradition juridique que celle de la loi islamique. Dans ces conditions, la délégation iranienne réaffirme ce qu'elle a déjà précisé lors de la trente-sixième session de l'Assemblée générale, à savoir que les conventions, déclarations et résolutions ou décisions d'organisations internationales qui sont contraires à l'islam n'ont aucune validité en République islamique d'Iran (...). La Déclaration universelle des droits de l'homme, qui illustre une conception laïque de la tradition judéo-chrétienne, ne peut-être appliquée par des musulmans et ne correspond nullement au système de

valeurs reconnu par la République islamique d'Iran ; cette dernière ne peut hésiter à en violer les dispositions puisqu'il lui faut choisir entre violer la loi divine du pays ou les conventions laïques » ³¹⁷.

L'ensemble de ces données montre que l'universalisme des droits de l'homme cher à la tradition française ne va pas de soi, et confirme qu'il ne peut résulter que d'une démarche volontariste. En ce sens, il nous paraît fort utile que naissent des déclarations des droits de l'homme relatives à certaines aires culturelles. Il en est d'ailleurs allé ainsi pour les États musulmans depuis une vingtaine d'années. En général, ces déclarations suscitent l'hostilité des juristes français, qui ne manquent pas d'y dénoncer ce qui leur paraît contraire aux droits de l'homme, notamment quant à la liberté religieuse et aux droits de la femme. De telles divergences existent bel et bien. Cependant, un dialogue ne peut [615] s'amorcer que par ce processus. L'observation est d'autant plus valable dans des zones où les divergences culturelles sont moins importantes. R. Badinter, fervent défenseur de droits de l'homme, écrit à ce propos : « Il faut privilégier les pactes régionaux et les garanties régionales des droits de l'homme (...) on peut réussir, dans une même région à civilisations ou cultures sensiblement identiques ou partageant les mêmes valeurs, à instaurer un système de normes et un système de garanties plus aisément qu'en soumettant l'ensemble du monde (...) à une sorte de juridiction internationale unique » ³¹⁸.

D'autre part, un tel dialogue peut provoquer ou accélérer des phénomènes de mutation culturelle. Car on ne doit jamais oublier que, comme les identités, les cultures ne sont pas figées : elles évoluent en fonction des nécessités, et des contacts qu'elles nouent avec d'autres systèmes de valeurs.

³¹⁷ Ces passages correspondent à des déclarations faites lors de la 39^{ème} séance de l'Assemblée générale de l'ONU le 7 décembre 1984, troisième Commission : Compte-rendu analytique de la 65^{ème} séance, point 12 de l'ordre du jour, A/C. 3/39/SR.65, 12 décembre 1984, paragraphe 91 ; Compte-rendu analytique de la 66^{ème} séance de l'Assemblée générale de l'ONU, troisième Commission, point 99 de l'ordre du jour, A/C.3/39/SR.66, 12 décembre 1984, paragraphe 95. Par ailleurs, la Constitution iranienne du 4 décembre 1980 (Ch.I, art.14) prévoit que : « Le gouvernement de la République de l'Iran et les musulmans doivent agir à l'égard des non musulmans dans l'esprit de saine morale, de justice et d'équité islamique et respecter leurs droits humains. Ce principe est valable au droit de ceux qui n'agissent pas et ne complotent pas contre l'islam et la République islamique de l'Iran ».

³¹⁸ Cf. Badinter R., L'universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste, *Revue universelle des droits de l'homme*, 1989, 4.

Dans les derniers exemples que nous avons pris, la religion était un facteur déterminant. Nous allons la retrouver dans la section suivante, consacrée aux mutations de la laïcité à la française.

Section II

Les mutations de la conception française de la laïcité

[Retour au sommaire](#)

Au début du siècle, la séparation des Eglises et de l'État est proclamée en France, dans une ambiance de combat contre l'Eglise catholique. Ce qui explique que la laïcité à la française soit différente de celle pratiquée par les principaux pays européens. Mais aujourd'hui, la France n'est plus celle du petit père Combes. La majorité des Français partage une conception plus ouverte de la laïcité, dont on retrouve des signes dans l'évolution du droit positif.

[616]

A) La formation de la laïcité à la française

On voit souvent dans la période révolutionnaire le berceau de la conception française de la laïcité. Il est exact que l'article 10 de la Déclaration de 1789 consacre la liberté religieuse, grande nouveauté à cette époque. Mais d'une part la séparation entre le spirituel et le temporel (superposée à la soumission de l'Eglise française à l'Etat) appartient à une longue tradition monarchique, d'autre part la Révolution a d'abord cherché non pas à séparer l'Eglise catholique de l'État, mais au contraire à l'y intégrer. D'où un conflit majeur avec la papauté, qui s'apaisera pendant la plus grande partie du XIX^{ème} siècle, pour se réveiller avec l'instauration de la III^e République.

312. LA TRADITION MONARCHIQUE. - Le terme laïcité vient du latin *laicus*, ce qui est commun, ordinaire. L'adjectif est antérieur au substantif. Il possède une signification négative : apparaît comme laïque ce qui n'est pas ecclésiastique. On l'entend ainsi à partir du XIII^e siècle, en distinguant les clercs (membres de l'Eglise) du reste de la population. Le substantif n'apparaît qu'à la fin du XIX^e siècle, au sujet de l'enseignement, dont on se demande s'il sera confessionnel ou dépourvu d'instruction religieuse. La laïcité s'identifie alors surtout à une attitude de retrait rapport à la religion, qui justifiera bientôt la séparation *des* Eglises (il y a aussi les protestants) et de l'État. Mais dans le passé monarchique, l'affirmation de la distinction entre le spirituel et le temporel n'implique pas ce type de séparation.

Les légistes de Philippe le Bel distinguent nettement dans la personne du monarque l'homme privé qui, dans le secret de sa conscience, juge des avertissements que lui adresse l'Eglise, de l'homme public, qui gouverne l'État en toute indépendance. Indépendance vis-à-vis du pape : nous avons vu que ce roi est à l'origine du grand conflit avec la papauté. Mais dépendance de l'Eglise de France vis-à-vis de l'État. Loin d'en séparer l'Eglise, le gallicanisme l'y soumet. Par ailleurs, le conflit entre le pape et le roi n'a rien à voir avec ce que nous nommons aujourd'hui la liberté religieuse. Le monarque reste « très chrétien », ses sujets doivent l'être, et le catholicisme demeure religion d'État. La monarchie absolue reprendra les thèses gallicanes. En 1682, [617] Bossuet écrit que : « les rois et souverains ne sont soumis dans les choses temporelles à aucune puissance ecclésiastique par l'ordre de Dieu ».

À la veille de la Révolution, les choses ont commencé à changer. L'incroyance progresse, ainsi que l'idée selon laquelle le pouvoir n'a pas à se mêler de religion. On prête au grand ministre réformateur Turgot, gagné aux Lumières (et surnommé « la dernière chance de la monarchie »), les propos suivants, adressés à Louis XVI en 1775 : « Vous n'avez nul pouvoir comme roi (...) pour décider sur ce qui regarde le salut éternel d'un de vos sujets. Quel droit vous a donné le Ciel pour juger où il a placé sa volonté ? (...) Vous n'avez pas plus le droit que le dernier citoyen du royaume pour forcer un autre homme à le croire comme vous (...) Vous ne verrez dans aucune loi écrite ou naturelle que les souverains sont établis pour décider la religion par la force. Si vous condamnez avec raison Mahomet qui

employait le fer pour acquérir des fidèles, vous êtes aussi condamnable que lui si vous usez du même moyen » ³¹⁹.

313. LES TURBULENCES DU XIX^{ème} SIÈCLE. - L'adoption de la Constitution civile du clergé provoque la déchirure entre la Révolution et la majeure partie des catholiques français. Au début de la République, sous la Terreur, on passe de l'anticléricalisme à la lutte contre le christianisme. Robespierre croit davantage dans le Dieu des philosophes, le Grand Horloger. Mais il fustige les athées, ces « apôtres du néant », et fait d'ailleurs brûler solennellement en effigie « le monstre de l'athéisme » en instituant le culte de l'Être suprême. Les rédacteurs de la Déclaration de 1789 lui avaient d'ailleurs dédié leur texte, qui le reconnaît dans son Préambule. Mais on veut maintenant des religions « nationales » : Fouché institue le culte de la République, Hébert celui de la Raison. Après ces excès, le calme revient, mais la méfiance de l'État vis-à-vis de l'Eglise demeure. S'ouvre alors pour la première fois une période séparatiste. Le 18 septembre 1794, la Convention décrète que « la République française ne paye plus les frais ni les salaires d'aucun culte », disposition reprise par la Constitution de 1795 (inaugurant le Directoire), qui réaffirme par ailleurs la liberté de culte. Mais [618] celle-ci doit s'exercer dans des cadres bien définis, préservant la neutralité des espaces publics. Ainsi le décret du 21 février 1795 prohibe-t-il les signes religieux ostentatoire dans les lieux publics : «... nul ne peut paraître en public avec les habits, ornements ou costumes affectés à des cérémonies religieuses (...) Aucun signe particulier à un culte ne peut être placé dans un lieu public, ni extérieurement, ni de quelque manière que ce soit ».

Mais Bonaparte veut rétablir la paix religieuse, et revenir à un compromis. Cependant, il n'entend nullement risquer qu'en étant séparée de l'État, l'Eglise n'acquière par rapport à lui trop d'autonomie. Le retour à une solution de type gallican s'impose. Ce sera l'esprit du Concordat du 16 juillet 1801, passé avec le pape Pie VII. Les religions catholique et protestante sont reconnues par l'État. Le consul nomme les évêques, investis par le pape suivant le droit canonique. Bonaparte gagnera son pari. Ce traité inaugure une longue période de calme : le

³¹⁹ Abbé de Veri, *Journal*, éd. J. de White, Paris, s.d., 382 sq. Sur l'histoire de la tolérance, de l'édit de Nantes à nos jours, cf. Saupin G.(dir.), *Tolérance et intolérance*, éd. Apogée, (diff. PUF), 1998.

Concordat restera en vigueur sous les différents régimes qui se succèdent tout au long du siècle. Cette période d'apaisement se clôt avec l'instauration de la III^e République. L'anticléricalisme est devenu le ciment du « bloc des gauches », qui ne pardonne pas à l'Eglise française de s'être alliée aux monarchistes lors de la restauration de la République. Curieusement, la Loi Constitutionnelle du 16 juillet 1875 (art. 1) édicte que : « Le dimanche qui suivra la rentrée, des prières publiques seront adressées à Dieu dans les églises et dans les temples pour appeler son secours sur les travaux des assemblées ». Les troubles de la Commune ne sont pas loin, la religion est une force d'ordre. Cependant, cette obligation constitutionnelle de piété sera supprimée le 30 octobre 1886 par une révision. Car depuis, les relations entre l'Eglise et l'État se sont dégradées.

Le passé révolutionnaire et la condamnation de la République par le pape resurgissent. En principe, le régime concordataire subsiste. Mais plusieurs initiatives législatives creusent le fossé entre l'État, l'Eglise et la religion. Plus de repos obligatoires les dimanches et jours de fêtes religieuses (loi du 12 juillet 1880), suppression des distinctions selon les cultes dans les cimetières (loi du 14 novembre 1881) ; réduction du budget des cultes, etc. Mais surtout l'État accentue la pression sur l'enseignement et les congrégations. La loi du 28 mars 1882 laïcise l'enseignement primaire vingt ans *avant* la séparation des Eglises et de l'État : l'instruction religieuse est supprimée. La loi du 30 octobre 1886 [619] écarte les religieux du personnel enseignant. L'attitude de l'État vis-à-vis des congrégations témoigne d'un engagement militant : certaines sont dissoutes (les Jésuites en 1880) ; la loi du premier juillet 1901 instituant le droit d'association le restreint considérablement en ce qui concerne les congrégations religieuses, qui ne peuvent se former sans autorisation légale et peuvent être dissoutes par décret. En pratique, la plupart des congrégations d'hommes disparaîtront. En 1904, la France et la papauté rompent leurs relations diplomatiques. La loi du 9 décembre 1905 fonde peu de temps après ce que nous nommons aujourd'hui la laïcité. On y trouve en effet *simultanément* la réaffirmation des libertés de conscience et de culte, héritage de la période révolutionnaire, et l'abolition de la reconnaissance et de la subvention des cultes par l'État. Le pape Pie X réagit vivement. Dans son encyclique *Vehementer nos* (11 février 1906), il dénonce dans la séparation «... la négation très claire de l'ordre surnaturel ». En 1925, l'Assemblée des cardinaux et archevêque de France condamne « les lois de laïcité » qualifiée d'« injustes » car contrai-

res aux « droits formels de Dieu ». L'atmosphère est tendue : l'année précédente, le Cartel des Gauches l'a emporté, élu sur un programme très anticlérical. Mais le pape désavouera cette déclaration peu de temps après.

314. LE RETOUR AU CALME. - Après le second conflit mondial, la laïcité perd son agressivité initiale. L'État accepte plus facilement la diversité et le pluralisme. L'Eglise se rend compte que la laïcité peut favoriser la liberté religieuse si elle consiste vraiment dans une attitude de neutralité de la part de l'État. Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 rejette toute discrimination fondée sur la religion, affirme la laïcité de l'enseignement public ; la France est définie comme une « République (...) laïque » (art. 1er). La Constitution de 1958 reprendra cette définition à son compte, ajoutant dans son art. 2 (devenu aujourd'hui art.1) : « Elle [la France] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ». Cependant, les textes constitutionnels ne définissent pas le contenu de la laïcité. Ce qui laisse au moins la possibilité de réinterpréter ses éléments, à partir du cheminement historique que nous venons de retracer.

Le premier réside dans la séparation des Eglises et de l'État. Sur ce point, nous avons vu que sauf pendant une brève période, la Révolution [620] n'est nullement fondatrice de la laïcité, puisqu'elle choisit des solutions de type gallican. Le second est celui de la neutralité de l'État vis-à-vis des religions et des Eglises. L'État ne doit professer ni soutenir (notamment sur le plan financier) aucune religion. *Mais il ne doit pas non plus les gêner*, car il garantit le droit de tout citoyen à la liberté religieuse. Comme le Conseil d'État l'a rappelé en 1989 : « Comme l'indique ce dernier texte [art. 2 de la Constitution], le principe de laïcité implique nécessairement le respect de toutes les croyances » ³²⁰. Il affirme ainsi la dette de la laïcité moderne à la Révolution, qui a la première institué des libertés de conscience et de culte.

Mais suivant les périodes de l'histoire, ces deux éléments n'entretiennent pas les mêmes rapports. La Révolution tente de conjuguer liberté religieuse et gallicanisme. La première République connaîtra la persécution anti-chrétienne et essaiera d'instaurer le culte officiel de l'Être suprême. La IIIe République instituera la

³²⁰ Avis du Conseil d'État du 27 novembre 1989 sur le port de signes religieux à l'école.

séparation sans assurer la neutralité de l'État, souvent hostile à l'Eglise. Après le second conflit mondial, séparation et neutralité semblent enfin se conjuguer. Mais aujourd'hui, l'histoire de la laïcité connaît une nouvelle étape, dans laquelle il n'est pas sûr que se reconnaîtraient les hommes de 1789 et ceux de 1905.

B) La conception actuelle de la laïcité

315. LA MODIFICATION DU CONTEXTE. - En effet, aujourd'hui le contexte a profondément changé, comme l'indiquent plusieurs sondages récents ³²¹. Les croyances religieuses ont évolué. L'athéisme reste minoritaire. En 1994, pour 61 pour cent des Français, l'existence de Dieu est certaine ou probable. 56 pour cent croient dans les mêmes termes à une « âme immortelle ». Cependant, l'obéissance à l'Eglise n'est plus aussi systématique qu'auparavant de la part des fidèles, notamment en ce qui concerne ses enseignements sur la conduite de la vie privée (en 1996, 57 pour cent de la population générale estiment que l'Eglise intervient trop dans les questions de morale sexuelle, ce qui est aussi l'avis de 35 pour cent des catholiques pratiquants réguliers). Cette distance prise par rapport au magistère explique que le rapport à la foi soit moins identifié [621] qu'auparavant à la relation à l'institution ecclésiastique, d'autant plus que la plupart des chrétiens ont accepté la laïcité. De plus, la proportion des « indifférents » atteint près d'un quart, ce qui ouvre un espace non négligeable au pluralisme des convictions. Effectué en 1996, un autre sondage montre la progression dans la population générale d'une conception ouverte de la laïcité. Elle n'est plus strictement séparatiste, dans la mesure où seulement 20 pour cent des Français estiment que le rôle de l'État est de « ne pas s'occuper du tout de religion » (même chez les « sans-religion », le taux n'est que de 28 pour cent). Pour 51 pour cent, l'État doit garantir la liberté de culte et l'égalité entre toutes les religions (seulement 8 pour cent estiment qu'il doit entretenir des relations privilégiées avec la religion catholique ; 16 pour cent considèrent les religions comme un patrimoine que l'école doit faire connaître aux jeunes).

³²¹ Cf. *Le Monde* des 12 mai 1994, 13, et du 19 septembre 1996, p.V 3

De plus, les relations entre les Eglises et l'État se sont détendues (seule la querelle scolaire les a enflammées ponctuellement) par rapport à la première moitié du siècle. Il faut enfin mentionner l'augmentation au cours de ces trente dernières années de l'immigration en provenance de pays de tradition religieuse musulmane. Il ne s'agit plus seulement de gérer les rapports de l'État avec les Eglises chrétiennes, mais avec une religion certes monothéiste, mais différente et importée. Ou réinventée, dans la mesure où, surtout chez les jeunes, il y a « réislamisation » : la croyance en l'islam n'est pas originelle, mais provient d'une réaction identitaire face aux lacunes de l'intégration.

Au total, la laïcité connaît donc son *aggiornamento*, trente ans après celui de l'Eglise catholique. Dans le domaine juridique, il se traduit par deux mouvements : la reconnaissance par la jurisprudence d'effets de normes religieuses sur l'ordre juridique étatique ; une tolérance accrue envers les demandes de reconnaissance communautaire.

1) Le renvoi formel par la jurisprudence à des ordres juridiques religieux

Comme l'indique H. Moutouh ³²², la jurisprudence a aujourd'hui tendance à se référer à des ordres juridiques religieux pour appliquer le droit étatique : c'est la technique du « renvoi formel ». On la trouve [622] appliquée dans des cas de tromperie sur la marchandise et de licenciement.

316. LA VIANDE CASHER. - Il s'agit de l'arrêt Habib, rendu en 1971 ³²³. Un commerçant (S. Habib) avait vendu sous la dénomination de viande *casher* une viande qui, en réalité, n'avait pas du tout fait l'objet d'un abattage rituel. Pour la Cour de cassation, la qualité *casher* d'une viande doit être considérée en droit positif comme une qualité substantielle de la marchandise en ce qui concerne les acheteurs de confession israélite. Autrement dit, se trouve sanctionnée par la juridiction suprême de l'État en matière civile une conduite qui viole des règles reli-

³²² Cf. Moutouh H., op.cit., 502-510.

³²³ Crim., 4 mai 1971, HABIB, *JCP*, 1971, II, 168, 14. Fus

gieuses. Cette technique du renvoi ne valide évidemment pas un ordre juridique distinct dans son ensemble. Mais elle incorpore au droit étatique certaines de ses normes en y renvoyant. Plus près de nous, la jurisprudence va aller plus loin, dans des affaires de droit du travail.

317. LICENCIEMENTS ET RELIGIONS.- L'attitude de la jurisprudence (de l'ordre judiciaire, car les juridictions administratives sont plus réservées) est en effet plus audacieuse, car elle avalise certaines normes religieuses qui ne sont pas conformes aux principes classiques et laïques du droit français.

Dans le premier cas ³²⁴, la Cour de cassation a décidé que certaines circonstances de la vie privée d'un employé pouvaient justifier son licenciement. Un établissement catholique avait en l'espèce licencié une enseignante dont le comportement à cet égard avait déplu, car elle s'était remariée après avoir divorcé. Or, suivant un principe juridique traditionnel, l'employeur ne peut tenir compte des convictions religieuses ou de la vie privée de son employé, comme le prononcé d'un divorce ou la décision d'un remariage.

Dans le second cas (jugé en 1990), l'aide-sacristain de la paroisse Saint Nicolas du Chardonnet, fief des catholiques conservateurs proches de Mgr Lefebvre, avait été licencié en raison de son homosexualité, connue des fidèles. Or l'Eglise a toujours condamné cette pratique sexuelle. Cependant, le Code du travail (art. L.122 35 et L. 122-45) interdit le licenciement d'un employeur en raison de ses mœurs. En [623] renvoyant formellement à la doctrine de l'Eglise catholique, la Cour d'appel de Paris a néanmoins estimé que l'aide-sacristain n'était pas le simple salarié d'une association, mais le servant d'une Eglise. À ce titre, son comportement pouvait choquer les paroissiens, d'où la légitimité de son licenciement.

Dernier exemple, celui de l'affaire Bami ³²⁵, également jugée en 1990. En l'espèce, le sieur Bami était employé dans un restaurant *casher* qui posait à l'embauche des conditions tenant au respect des rites des pratiques de la religion israélienne. Celui-ci s'était absenté à la suite d'un deuil familial durant une période de vingt-cinq jours, durée conforme à la loi mosaïque, alors que le droit positif n'en

³²⁴ Cass., Ass.Plé., 19 mai 1978, *Dame Roy c. Association pour l'éducation populaire Sainte Marthe*, ccl° R.Schmelck, Dalloz, 1978, 541.

³²⁵ C.A., 25 mai 1990, *Bami c. Arbib*, Dalloz, 1990, J, p. 596 *sq.* et *ibid.*, p. 745.

prévoit que trois. Par ailleurs, toujours conformément aux prescriptions religieuses, Bami avait pris soin de pourvoir à son remplacement pendant cette période par l'intermédiaire du *Beth Din*, le tribunal rabbinique. La Cour a estimé qu'en agissant ainsi il avait assuré ce qui correspondrait dans la fonction publique à « l'intérêt du service », et que son licenciement était fautif, dans la mesure où l'employeur faisait justement du respect de la loi religieuse israélite la condition de l'embauche. Ici encore, il y a donc renvoi formel à une loi religieuse.

2. La tolérance accrue envers les demandes de reconnaissance communautaire musulmane

318. LE DROIT FRANÇAIS ET LA « COMMUNAUTÉ » MUSULMANE. - Le droit public n'a jamais totalement ignoré les particularismes religieux au nom de la laïcité, et l'administration comme les juridictions ont souvent montré des signes de tolérance. De même, depuis un siècle, la législation sur les associations permet aux fidèles d'une religion de défendre leurs intérêts. Mais une distinction essentielle s'impose : les associations permettent la prise en charge d'intérêts collectifs, mais ne valent pas création de communautés. Ces intérêts collectifs dépassent les droits purement individuels, mais ne se situent pas dans la sphère publique, où s'inscrirait la reconnaissance de communautés. La doctrine officielle des autorités françaises consiste dans le maintien de la distinction entre sphères publique et privée. Mais d'une part, elle se [624] heurte à la volonté de certains groupes d'acquiescer aussi une spécificité dans la première ; d'autre part, cette distinction justement se brouille. On le voit bien dans le langage non seulement médiatique, mais officiel, où il est de plus en plus souvent question d'une « communauté » musulmane, d'ailleurs dotée par l'État d'institutions qu'il souhaiterait représentatives d'un « islam français ». C'est donc bien la preuve que l'intégration des musulmans n'est pas nécessairement contradictoire avec le dépassement d'une perspective strictement individualiste.

La Grande Mosquée de Paris (inaugurée en 1926) a toujours souhaité être considérée comme institution représentative de l'islam en France. On lui a cependant souvent reproché des liens privilégiés avec l'Algérie. En mars 1990, l'État français crée le Conseil de réflexion sur l'avenir de l'islam en France (CORIF),

instance consultative composée d'une quinzaine de personnalités, dont le recteur de la Grande Mosquée. Il contribuera à l'adoption de mesures facilitant l'aménagement de carrés musulmans dans les cimetières et permettant la distribution de viandes *halal* aux militaires musulmans. En 1993, le CORIF est remplacé par diverses institutions ; en 1995 est créé le Conseil représentatif des musulmans de France, présidé par le recteur de la Grande Mosquée.

Par ailleurs, la prise en compte des croyances religieuses de la population musulmane a été opérée par la jurisprudence dans deux domaines : la construction de mosquées et le port du « foulard islamique ».

319. LA CONSTRUCTION DE MOSQUÉES. - L'édification de mosquées ne recueille certes pas que des avis positifs au sein de la population française, mais elle engendre cependant moins de conflits que le port du foulard islamique. Contrairement aux églises chrétiennes (au moins à l'époque moderne, car au Moyen-Age les églises n'abritaient pas que des activités cultuelles), la mosquée n'est pas exclusivement un édifice religieux : les croyants peuvent aussi y venir pour discuter des affaires publiques ou privées. Cependant, pour les autorités françaises et la majeure partie de la population, leur fonction demeure essentiellement cultuelle. Or, dans la tradition française, le principe de laïcité place le cultuel dans le domaine de l'espace privé. Donc, ce qui concerne l'édification de mosquée n'appartient pas à la sphère publique, même si sur le plan concret il est évident que l'érection d'une mosquée s'inscrit de manière bien visible dans l'espace urbain, d'où d'ailleurs les difficultés [625] qu'elle peut engendrer. À strictement parler, une mosquée ne pourrait donc pas se voir reconnaître le caractère d'un établissement public, puisque ce dernier est réservé aux ouvrages utilisés dans l'intérêt général des habitants d'une commune, et, à ce titre, peut bénéficier d'un certain nombre d'aides. Or en 1988, le conseil d'État a validé un montage juridique facilitant l'édification de « centres culturels islamiques » ³²⁶. En effet, il a d'abord admis, contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement, qu'un « centre islamique » destiné à la communauté musulmane de la ville de Rennes (environ 3,000 personnes) n'avait pas seulement une vocation cultuelle, mais aussi

³²⁶ *Association des résidents des quartiers Portugal Italie, AJDA*, 1988, 293, *JCP* 89, éd.G, II, 21527.

culturelle, visant à favoriser des contacts entre la population rennaise et les membres de sa communauté musulmane. D'autre part, il lui a aussi reconnu le caractère d'un équipement public, valorisant ainsi cet établissement sur le plan juridique.

320. LE FOULARD ET LA RÉPUBLIQUE. - Constatons d'abord que l'islam est communément perçu comme réfractaire à la laïcité dans son refus de séparer la religion et le monde. D'ailleurs, beaucoup d'exemples historiques valident cette opinion. Cependant, ce refus n'est peut-être pas intrinsèque à la révélation faite à Mahomet. Dans plusieurs sourates du Coran, celui-ci ne se présente que comme un « annonciateur de la bonne nouvelle, et non pas un « protecteur » : il n'est pas chargé de gouverner les hommes, ni de les surveiller ³²⁷. D'autre part, certains *hadith* du Prophète distinguent clairement les domaines du spirituel et du temporel : « Je ne suis qu'un homme, si je vous ordonne quelque chose de votre religion, suivez-le. Si je vous ordonne quelque chose relevant de l'opinion, je ne suis qu'un homme ». Ou encore : « Pour ce qui est des affaires de votre religion, cela me revient ; pour ce qui est des affaires de votre monde ici-bas, vous êtes mieux à même de le savoir ». Mais comme pour toute religion, l'accomplissement des possibilités virtuelles de tout texte -si sacré fût-il- dépend principalement des interprétations qu'on en fait, en fonction de contingences historiques éminemment variables. Les paroles du Christ : « Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu » ; « Mon royaume n'est pas de [626] ce monde », n'ont pas empêché l'Eglise catholique de juger longtemps inacceptable la laïcité...

On peut donc se demander si le port du foulard islamique dans l'école publique menace les valeurs de la République. Car comme le note bien H. Moutouh, si l'édification des mosquées peut encore rentrer dans le cadre de la laïcité classique dans la mesure où elle participe juridiquement à la sphère privée, il n'en va pas de même pour le foulard. En effet celui-ci inscrit des normes islamiques dans la vie quotidienne publique et contribue à la représentation d'une organisation communautaire des musulmans. Les intellectuels sont divisés dans leurs appréciations. Pour certains (E. Badinter R. Debray, A. Finkielkraut), l'école publique étant le lieu de l'universel, elle n'a pas à reproduire les divisions sociales et confessionnelles. Pour d'autres (A. Touraine, R. Dumont, M. Wieviorka), la laïcité doit être

³²⁷ Textes cit. par Barbier M., *La laïcité*, Paris, L'Harmattan, 1995, 204, n.3.

ouverte. L'école doit certes se situer au-dessus des particularismes, mais aussi les respecter. On voit par là que le débat ne consiste pas à affronter des partisans ou adversaires de la laïcité, mais plutôt les tenants de la laïcité-séparation (les premiers), et ceux de la laïcité-neutralité (les seconds).

Qu'en pensent les juristes ? Comme les intellectuels, ils sont divisés, mais la majorité d'entre penche sans doute pour la première de ces deux interprétations. Les autres, dont nous sommes, sont plus favorables à une conception moderne de la laïcité. En sa faveur, le Conseil d'État a développé une jurisprudence qu'il nous faut maintenant analyser.

321. LE FOULARD ET LE CONSEIL D'ÉTAT ³²⁸. - Le 27 novembre 1989, le Conseil d'État rend un avis suivant lequel la liberté est la règle générale : mis à part les cas de prosélytisme, le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse n'est pas en soit incompatible avec les principes de la laïcité. Le 2 décembre 1992, agissant cette fois en tant que juridiction, il confirme dans l'affaire Kherouaa ³²⁹ qu'un règlement intérieur édictant une interdiction générale et absolue de porter dans l'enceinte de l'établissement un voile islamique est par la même illégale. Mais le 20 septembre 1994, le ministère de l'Education nationale (F. Bayrou était alors ministre) recommande aux chefs d'établissement d'interdire les « signes si ostentatoires que leur signification est [627] précisément de séparer certains élèves des règles de vie commune de l'école ». Une annexe du texte précise que « les signes ostentatoires qui constituent en eux-mêmes des éléments de prosélytisme ou de discrimination sont interdits ». Ces textes ne définissent pas ce que sont les signes ostentatoires et ne citent pas expressément le voile islamique... dont on peut raisonnablement penser qu'il est davantage visé que le crucifix chrétien ou le moulin à prière bouddhiste. Il appartiendra donc aux tribunaux de tracer au cas par cas la limite entre le discret et l'ostentatoire. Il faudra donc nécessairement prendre en compte les intentions de celles et ceux qui arborent ses signes. Les premières enquêtes dont nous disposons à ce sujet ³³⁰ incitent à la prudence

³²⁸ Cf. H.Moutouh, *op.cit.*, 235-245.

³²⁹ C.E. 2 novembre 1992, *Kherouaa et autres*.

³³⁰ Cf. Gaspard F.- Khosrokhavar F., *Le foulard et la République*, Paris, La Découverte, 1995, 34-69. Pour une vision générale du port du voile dans l'islam, cf. C.Chafiq-F.Khosrokhavar, *Femmes sous le voile-Face à la loi islamique*, Paris, Ed. du Félin, 1995.

dans les généralisations parfois hâtivement opérées. *Le voile islamique n'est pas nécessairement islamiste*. Certaines jeunes filles subissent certes la pression de leur entourage. Mais pour beaucoup, le foulard n'est pas exclusif d'une volonté d'intégration, où, à la différence de l'assimilation, se manifesterait la revendication d'une double identité, française et musulmane. Cette attitude procéderait alors moins d'inclinations intégristes que du mouvement général concernant le lien social que nous avons signalé plus haut : chaque groupe a tendance à se construire sa propre identité.

D'autre part, sur un plan purement juridique, que vaut la circulaire Bayrou ? Selon M.Long, l'ancien vice-président du Conseil d'État, une circulaire n'a pas de valeur juridique si elle pose une règle ferme, et le juge administratif se doit alors de l'annuler au motif d'incompétence. Or la circulaire semble bien poser une interdiction de principe des signes religieux ostentatoires, et donc une règle de droit. En revanche, si on la considère comme une simple note explicative laissant aux chefs d'établissement l'appréciation de ce qui est ostentatoire, elle demeure valide. Or dans un arrêt (*Association « un Sysiphe »*) du 10 juillet 1995, le Conseil d'État a validé cette interprétation restrictive en décidant que la circulaire devait être considérée comme une simple instruction demandant aux chefs d'établissement de proposer au conseil d'administration des établissements d'enseignement une modification de leur règlement intérieur.

Quoi qu'il en soit, dans toute sa jurisprudence postérieure à l'arrêt Kherouaa, le Conseil d'État s'en est tenu aux principes qu'il avait [628] dégagés dans cette affaire. Cependant, celle des juridictions inférieures n'est pas unanime. Le 6 avril 1995, le tribunal de Clermont-Ferrand a bien précisé que le port du foulard était *en lui-même* un acte de prosélytisme, contrairement à la position du Conseil d'État, qui exige la preuve de comportements spécifiques manifestant le prosélytisme par la personne portant un foulard. Le 12 septembre de la même année, le tribunal de Nancy a statué en sens inverse.

Il reste que l'avis et la jurisprudence du Conseil d'État, qui datent maintenant de presque dix ans, n'ont pas provoqué dans notre pays la formation d'une déferlante de foulards dans l'école publique. Au niveau judiciaire, depuis la circulaire Bayrou de septembre 1994, 44 décisions juridictionnelles ont prononcé l'annulation de l'exclusion de jeunes filles portant un voile, 30 ont été déclarées légales. Ce n'est pas un contentieux énorme. Contrairement aux appréhensions d'une bon-

ne partie de l'opinion, il semble donc que la solution du conseil d'État consistant dans un traitement des différends au cas par cas soit une réussite, ce qui plaide en faveur de la mutation de la notion de laïcité ainsi réalisée.

Signalons enfin que les fidèles du judaïsme ont également posé problème à la laïcité traditionnelle. Ici aussi, ces derniers demandent que leurs particularismes religieux puissent acquérir une dimension publique. Mais pour le moment au moins, les cas concrets dont les tribunaux ont eu à connaître concernent non le port d'un signe religieux, mais l'aménagement des horaires scolaires. Dans l'arrêt *Koen* du 14 avril 1995, le Conseil d'État devait décider si l'obligation d'assistance au cours le samedi devait être écartée pour les élèves de condition israélite, dans la mesure où c'est le jour du Sabbat, où l'on ne doit pas travailler. Il a jugé qu'il était impossible d'ériger en règle générale l'autorisation d'absence, mais a laissé aux chefs d'établissement la latitude d'accorder des dérogations s'ils le jugeaient nécessaire.

L'ensemble de ces données conduit à penser que la position française, que nous retrouverons dans le chapitre suivant traitant de l'égalité, témoigne à la fois d'une fidélité aux principes républicains, mais d'une souplesse nouvelle dans leur interprétation. La laïcité n'est plus un instrument de combat contre la religion et les Eglises. D'ailleurs en ce sens, ne revient-on pas en réalité aux principes libéraux de 1789 contenus dans la Déclaration de droit de l'homme, avant que ne commence à tourner en 1790 l'engrenage fatal mis en mouvement par [629] la Constitution civile du clergé ? L'histoire française de la laïcité a été fortement marquée par le contexte révolutionnaire dans laquelle elle se situe. C'est une des raisons qui expliquent que dans notre pays elle se soit manifestée sous une forme rigide qu'on ne retrouve pas chez nos voisins européens, comme nous allons le voir.

C) Les laïcités en Europe

Un constat initial s'impose : la liberté religieuse (qui implique éventuellement la liberté de ne pas avoir de religion) règne partout, même quand il existe une religion d'État ou une Eglise nationale. En ce sens, il y a bien réception de la Déclaration française des droits de l'homme de 1789. Cependant, domine aussi l'absence d'uniformité en ce qui concerne le régime de la laïcité, qui n'existe d'ailleurs pas partout. Avec M. Barbier ³³¹, on peut en effet distinguer trois grandes attitudes : la quasi-laïcité, la plus proche de la position française ; la semi-laïcité ; enfin, l'absence de laïcité.

322. LA QUASI-LAÏCITÉ. - Ce modèle concerne les pays latins du sud de l'Europe : Portugal, Espagne et Italie. L'État est neutre et séparé de la religion, mais pour des raisons historiques, le catholicisme conserve certains avantages.

Au Portugal, le catholicisme a longtemps été la religion officielle. Mais la République est proclamée en 1910 et un an plus tard l'Eglise est séparée de l'État. La Constitution de 1976 rappelle les principes essentiels de liberté religieuse ; l'enseignement public n'est pas confessionnel ; l'État doit demeurer neutre en matière d'éducation et de culture, mais il doit créer les conditions permettant à chacun de jouir de sa liberté religieuse et de pratiquer sa religion. L'Eglise catholique possède la personnalité juridique ; l'État reconnaît des effets civils au mariage religieux ; un enseignement religieux peut exister dans l'école publique, sans être imposé ; l'Université catholique est reconnue ; le Code pénal de 1982 continue à punir les délits contre la religion (outrage à la religion, injures ou offenses aux ministres des cultes, etc.).

[630]

En Espagne, les rapports entre l'Eglise et l'État sont fixés dans la Constitution de 1978 et la loi organique du 5 juillet 1980 sur la liberté religieuse. Les individus comme les communautés religieuses bénéficient de la liberté idéologique, religieuse et de culte. Il n'y a pas de religion d'État, mais la Constitution prévoit que les pouvoirs publics doivent avoir des relations de coopération avec l'Eglise ca-

³³¹ Cf. Barbier M., *op.cit.*, 171-199, dont nous résumons ici les données.

tholique et les autres confessions, en principe placées sur le même pied. Cependant, la première bénéficie d'avantages importants : subvention annuelle pour le clergé ; exemptions fiscales pour les Eglises ; rémunération de l'enseignement religieux dans le primaire et de secondaire ; présence d'aumôniers dans l'armée, les hôpitaux et les prisons. En octobre 1998, les parlementaires ont rejeté la libéralisation des conditions de l'avortement, après une vigoureuse campagne de l'Eglise.

En Italie, la liberté religieuse est affirmée par la Constitution de 1947. Des accords conclus en 1984 remplacent les pactes du Latran qui dataient de 1929. L'État et l'Eglise catholique sont chacun dans son ordre respectif indépendants et souverains, mais unis par des liens de collaboration. Les mariages religieux ont des effets civils ; l'État assure l'enseignement de la religion catholique à titre facultatif dans les écoles publiques ; depuis 1990, l'Eglise catholique ne reçoit plus de subventions publiques, mais ses fidèles peuvent lui faire des dons déductibles de leur revenu imposable, ou lui affecter volontairement 0,8 pour cent de leur impôt sur le revenu. Cependant, le divorce a été autorisé (en 1970), ainsi que l'avortement (en 1978).

323. LA SEMI-LAÏCITÉ. - Ce régime concerne le plus grand nombre de pays : l'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas, le Luxembourg et l'Irlande. L'État est neutre, mais garde des liens avec les religions et leur apporte une aide directe ou indirecte, en les traitant d'une manière semblable. Ce système se distingue du précédent, car l'État n'y est pas séparé des religions, à la différence des pays évoqués dans le paragraphe précédent.

En *Allemagne*, il n'y a pas de religion d'État ni d'Eglise nationale. Mais l'Etat entretient des liens avec les Eglises, précisés dans la Constitution de Weimar de 1919, dont la Loi fondamentale de 1949 a repris certains éléments. Les Eglises peuvent se former librement et s'administrer sans intervention de l'État ou des communes. Elles ont la capacité juridique, peuvent exercer librement leurs activités dans les [631] établissements publics. La Loi fondamentale proclame la liberté religieuse et la liberté du culte. L'enseignement public n'est pas laïc, car l'instruction religieuse y est obligatoire et assurée par des représentants des différentes confessions. Les Eglises de droit public peuvent lever des impôts sur la base des

rôles des contributions (contrairement à ce qu'on dit souvent, les ministres du culte ne sont donc pas rémunérés par l'État lui-même, mais par les fidèles de chaque confession).

En *Belgique*, la Constitution de 1831 établit un régime de séparation partielle entre l'État et les religions. Elle affirme la liberté des cultes et la liberté d'opinion. L'État rémunère les ministres de tous les cultes reconnus (catholicisme, protestantisme, anglicanisme, judaïsme, islam, chrétiens orthodoxes). Dans l'école publique, les élèves ont le choix entre l'enseignement d'une de ces religions et celui de la « morale non confessionnelle ».

Au *Pays-Bas*, le calvinisme était religion d'État jusqu'à la fin du XVIII^e siècle. Mais en 1798, l'envahisseur français a aboli l'Eglise officielle et instauré la séparation entre l'État et la religion. Actuellement, la Constitution affirme la liberté religieuse. La séparation entre l'État et les Eglises est partielle : les Eglises sont financièrement indépendantes de l'État, mais celui-ci continue à leur accorder des subventions suivant diverses voies. Par ailleurs, les Eglises ont leurs partis politiques, syndicats, hôpitaux, associations, leurs médias et universités.

Pendant sa période de rattachement à la France (1795-1814), le *Luxembourg* a été soumis au concordat négocié par Bonaparte. Il continue en partie à s'y appliquer.

L'État et l'Eglise catholique ont des liens assez importants. L'État intervient dans la nomination des chefs des cultes et de leurs ministres, auxquels il verse un traitement. Une instruction religieuse est donnée dans l'enseignement public, mais les élèves peuvent choisir à sa place un cours de morale laïque, ou bien être dispensés des deux. Les écoles privées peuvent depuis 1982 passer un contrat avec l'État et bénéficier d'une aide financière importante.

En *Irlande*, la Constitution républicaine de 1937 s'affirme adoptée « au nom de la Très Sainte Trinité » et reconnaît dans son préambule les obligations du peuple irlandais envers son « divin Seigneur Jésus-Christ ». Elle affirme que « L'État reconnaît que l'adoration publique est due au Dieu Tout-Puissant. Il révèrera Son nom ; il respectera et honorera la religion ». Ces mentions ne furent supprimées qu'en 1971. [632] Malgré une forte influence du christianisme, l'État irlandais n'est pas aujourd'hui confessionnel : il ne peut subventionner aucune religion, ni discriminer pour des motifs religieux ; les confessions ont le droit de gé-

rer leurs propres affaires. Il y a donc à ce niveau séparation. Cependant, comme il n'existe presque pas d'écoles publiques, l'enseignement primaire et secondaire est contrôlé par les Eglises ; les enseignants assurent l'instruction religieuse, qui n'est que théoriquement facultative. L'Eglise catholique gère certains services publics comme les hôpitaux, et célèbre les mariages. À ce niveau, la séparation n'est donc pas totale.

324. L'ABSENCE DE LAÏCITÉ. - Ce régime est évidemment le moins proche du système français. Il concerne l'Angleterre, le Danemark et la Grèce.

L'État anglais est étroitement uni à l'Eglise anglicane. Le chef de l'État (le roi où la reine) est en même temps le chef de cette Eglise, si bien qu'un catholique ne peut pas monter sur le trône. Il nomme les évêques anglicans sur proposition du premier ministre. Le Parlement est compétent pour l'organisation de l'Eglise et exerce un contrôle sur la doctrine et le culte. Les membres du clergé doivent prêter un serment de fidélité au monarque. L'Eglise anglicane reçoit une subvention de l'État. La liberté religieuse est reconnue à tous. L'instruction religieuse est obligatoire dans toutes les écoles, mais elle est pluraliste : cet enseignement n'est pas confessionnel et entend donner un aperçu sur toutes les religions, y compris les non chrétiennes. Cependant, dans certains cas non négligeables, il y a séparation entre les Eglises et l'État. Les Eglise non anglicanes et notamment l'Eglise catholique jouissent d'une liberté totale : il y a donc séparation. D'autre part, l'Eglise anglicane est indépendante de l'État au pays de Galles et en Irlande du Nord, de même qu'en Écosse l'Eglise presbytérienne.

Au Danemark, en vertu de la Constitution de 1953, l'Eglise évangélique luthérienne est l'Eglise nationale. Le roi doit lui appartenir. Un ministre des affaires ecclésiastiques la dirige en son nom ; le Parlement légifère pour elle. Les ministres du culte sont des fonctionnaires rémunérés par l'État, qui perçoit les impôts d'Eglise. L'Eglise détient l'état-civil, ainsi que le service des pompes funèbres. Un enseignement religieux est assuré à tous les niveaux de l'instruction publique. Comme [633] en Angleterre, l'existence d'une Eglise d'État ne s'oppose pas à la liberté religieuse, reconnue par la Constitution.

En Grèce, la Constitution de 1975 est dite adoptée « au nom de la Trinité sainte, consubstantielle et indivisible ». Elle précise que la religion orthodoxe est une

« religion dominante ». Elle n'est pas une église d'État, mais une Eglise nationale possédant des liens étroits avec l'État. Les deux entités doivent collaborer, notamment en ce qui concerne l'éducation chrétienne de la jeunesse, le service religieux dans l'armée, la valorisation du mariage et de la famille, la protection des faibles ; l'État protège la religion quand elle est offensée : telles sont les principales dispositions de la loi des 27 et 31 mai 1977, relative à la « Charte constitutionnelle de l'Eglise de Grèce ». Cependant, comme dans les cas précédents, ce régime ne s'oppose pas à la liberté religieuse, proclamée dans la Constitution de 1975. Cependant, la mention de la religion figure sur la carte d'identité.

L'ensemble de ces données permet de conclure que la laïcité française, même assouplie comme à l'heure actuelle, occupe une place exceptionnelle en Europe. Comme on peut le constater, le système français diffère des exemples précédents, y compris dans le premier régime, pourtant le moins éloigné du nôtre. D'autre part, ce tour d'horizon nous permet de voir que contrairement à nos habitudes mentales, la liberté religieuse peut coexister avec l'absence de laïcité. Car tous ces pays ont en commun l'acceptation des principes essentiels de la démocratie, dont la vertu majeure consiste dans la possibilité du débat.

Pour aller plus loin

325. INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES. - Pour les raisons habituelles, nous ne pourrions indiquer ici que des points de départ. Sur les conséquences juridiques de la modification du lien social en France, cf., H. Moutouh, *Recherche sur un « Droit des groupes » en droit public français*, Thèse de droit, Université de Bordeaux IV, 1997. Pour une bonne synthèse sur la laïcité, cf. M. Barbier, *La laïcité*, Paris, L'Harmattan, 1995.

Au sujet des droits de l'homme, on lira avec profit pour une approche générale : S. Abou, *Cultures et droits de l'homme*, Paris, Hachette, 1992 ; A. Lapeyre, F. de Tingay, K. Vasak (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990. Pour un point de vue comparatif, il est indispensable

de lire R. Panikkar, La notion des droits de [634] l'homme est-elle un concept occidental ?, *Diogène*, 120, 1982, 87-115 ; O. Höffe, Déterminer les droits de l'homme à travers une dimension interculturelle,

Revue de la métaphysique et de la morale, oct.-déc.1997,4, pp.461-495. Pour un point de vue plus juridique, mais qui accorde leur importance aux données historiques et sociologiques, cf. G. Vedel, Les droits de l'homme : quels droits ? Quel homme ?, *Mélanges R. Dupuy*, 1991, 349-362 ; Y. Madiot, *Droits de l'homme*, Paris, Masson, 1991 ; du même auteur : *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

Enfin, nous avons pour notre part rédigé un certain nombre de travaux sur la question des rapports entre particularismes et universalisme dans les droits de l'homme : La tradition juridique africaine et la réception des déclarations occidentales des droits de l'homme, *Droit et cultures*, 26, 1993, 197-217 ; La France dans l'archipel des droits de l'homme, *Libération*, 22 mars 1993, 6 ; La France s'interroge sur la meilleure manière d'intégrer des étrangers, *Le Monde diplomatique*, octobre 1993, 17 ; L'archipel des droits de l'homme, *Revue québécoise de droit international*, vol. 8, no.1, 1993-1994, 14-28 ; Les fondements anthropologiques des droits de l'homme, *Revue générale de droit* (Faculté de droit d'Ottawa), 25, 1994, 5-47 ; L'inscription juridique des identités, *Revue trimestrielle de droit civil*, avril-juin 1994, 287-320 ; La tradition juridique française et la diversité culturelle, *Droit et société*, 27, 1994, 381-419 ; Trois ancrages culturels de l'identité française, *Libération*, 3 avril 1995, 6 ; La république multiculturelle, *Libération*, 21 octobre 1996, 5 ; Citoyenneté en France : la pluralité des appartenances, *Le Monde diplomatique*, octobre 1997 ; Une voie chinoise vers les droits de l'homme, *Le Figaro*, 14 mai 1997, 2 ; Le droit des minorités et des peuples autochtones : un droit en formation, *L'Observateur des Nations unies*, 3, 1997, 1-11 ; La doctrine juridique chinoise et les droits de l'homme, *Revue universelle des droits de l'homme*, vol.10, numéros 1-2, 30 avril 1998, 1-26 ; Commentaire sur l'article de Xiaoping Li : Les droits de l'homme en Chine-Réalité et polémique, *Droit et cultures*, 1998-1, 127-130 ; Anthropological foundations of human rights, dans : *Manual for human rights*, Unesco, à paraître.

326. LE DROIT MUSULMAN, UN NOUVEAU DROIT EUROPÉEN ? -

La question mérite d'être posée. Pour tenter d'y répondre, nous avons d'abord projeté d'y consacrer un chapitre de cet ouvrage. Malheureusement, faute de place, nous ne pouvons lui accorder que quelques lignes, absolument insuffisantes. Procédons malgré tout très sommairement à quelques observations d'ordre général.

D'une part, ce phénomène est récent et lié à la sédentarisation en Europe de populations immigrées de confession musulmane, qu'il s'agisse d'un islam importé du pays d'origine, ou, pour les générations nées en France, du produit de la réislamisation liée à une quête identitaire, qui peut parfois façonner un islam imaginaire.

D'autre part, en France tout au moins, la formation d'un droit musulman européen ne se manifeste que de façon indirecte. La *Sharî'a* est la loi enseignée par le Coran et l'exemple du Prophète. Elle impose au croyant l'ensemble de ses obligations dans sa vie religieuse, politique et sociale, lui dicte son statut personnel, réglemente le droit pénal et public, le droit international et le droit conventionnel. Or, elle n'est jamais reçue dans son intégralité. Certains éléments seulement parviennent jusqu'à nous, soit par l'effet des règles du droit international privé assurant la migration du statut personnel sous réserve du principe d'ordre public atténué (expliquant que certains mariages polygamique puissent avoir des effets en France) ; soit par la technique du renvoi formel, exposée plus haut (cf. *supra*, pp. 621-623).

De plus, la réception du droit musulman n'est pas uniforme en Europe. Elle varie avec la manière dont est conçu l'accueil des immigrés, elle-même dépendante des conditions historiques et culturelles propres à chaque pays européen. À cet égard, on peut renvoyer au très bon article de R. Bistolfi (*Le Monde diplomatique*, décembre 1994, 22-23). Tout d'abord, les musulmans d'Europe (entre 8 et 15 millions dans les pays de l'Union européenne) constituent un ensemble hétérogène : les nationalités sont différentes, ainsi que les statuts (nationaux et [635] étrangers), les situations (étrangers et immigrés), les références doctrinales (sunnites, chiites ; appartenances à des rites différents) ; ajoutons que dans plusieurs pays arabo-musulmans, les codes de droit personnel ont évolué en s'éloignant de la *Sharî'a*. De plus, nous manquons en France d'outils de connaissances statistiques en raisons de l'absence de recensement des appartenances ethniques ou confes-

sionnelles, expliquée par le souci d'éviter les discriminations. Ensuite, les modèles diffèrent suivant les pays européens et de surcroît évoluent avec le temps. On peut en recenser trois. *L'assimilation*, où l'autre doit abandonner ses particularismes et adhérer aux valeurs de la société d'accueil : en ce sens, on peut dire que si l'autre est reçu, il n'est pas accepté, puisqu'on lui demande de s'identifier à une autre culture. *L'intégration*, solution de compromis, qui prône le métissage des cultures plutôt que l'absorption par la culture dominante : l'autre doit se dépouiller de ses particularismes quand ils contreviennent fondamentalement aux grandes valeurs de la société d'accueil, mais il peut conserver ses spécificités. À notre sens, il y a cependant une part d'illusion dans cette politique, *a priori* la plus harmonieuse. En effet, toutes les cultures ne sont pas placées sur un pied d'égalité, des rapports de force s'exercent entre elles, conditionnés par des données démographiques et les aménagements juridiques. On peut donc penser que dans bien des cas, l'intégration n'est qu'une assimilation différée. Enfin, *l'insertion*, solution la plus différentialiste, qui tolère l'autre avec ses particularités, mais présente l'inconvénient de favoriser un éventuel repliement communautaire.

L'Angleterre a mis en oeuvre une politique d'insertion depuis une trentaine d'années. Les Pays-Bas également : on connaît leur conception pluraliste de la vie sociale et politique (théorie des « piliers »), transposée aux immigrés. Le multiculturalisme est ici flagrant. Afin de parer au danger du communautarisme, ces deux pays ont parallèlement mis en place des conditions libérales d'accès à la nationalité et reconnu certains droits civiques à ces minorités. En Allemagne et en Grèce fonctionne aussi l'insertion, mais sur un mode très différent, car le droit de la nationalité y est beaucoup plus fermé et le traitement des différences religieuses souvent discriminatoire, dans la mesure où les Eglises chrétiennes sont en droit ou en fait privilégiées. En France et en Belgique, le modèle est assimilateur, même si en France l'intégration a remplacé l'assimilation en tant que mode d'ordre officiel. Le nouveau venu doit adopter les modes de vie et de pensée des nationaux de souche : la République accueille les citoyens, pas les communautés. Celui qui choisit de demeurer étranger n'est pas sans droits, mais n'exerce pas de droits civiques. Un sondage effectué en 1994 chez les musulmans de France semble d'ailleurs montrer leur adhésion à ce système (cf. *Le Monde*, 13 octobre 1994, VI). 72 pour cent estiment que la laïcité à la française « permet aux croyants de toutes les religions d'exprimer leur foi », 11 pour cent seulement pensant que l'islam est

« défavorisé » par rapport aux autres confessions. Sur le plan juridique, à la question « Selon vous, les musulmans devraient-ils bénéficier d'un statut propre à leur religion pour le mariage, le divorce et la garde des enfants ou bien les lois doivent-elles être les mêmes pour tous ? », 78 pour cent sont en faveur de l'homogénéité juridique (contre 66 pour cent en 1989).

Ces différents modèles européens ont eu tendance à se rapprocher au cours de ces dernières années. En Angleterre, les revendications de certains groupes extrémistes minoritaires ont conduit les autorités à infléchir le multiculturalisme. Au Pays-Bas, priorité est donnée à la réduction des inégalités économiques et sociales. En Allemagne, on dénonce les dangers d'un trop grand séparatisme. En France, l'évolution est sur bien des points inverse : ouverture du droit d'association aux étrangers en 1981 ; à la même époque, essor des « radios libres » qui ont permis l'établissement de médias communautaires ; développement de l'enseignement des langues de l'immigration en liaison avec l'apprentissage du français (rapport Berque de 1985) ; discours médiatique favorable au respect des différences, substitution officielle de l'intégration à l'assimilation. Plus récemment, l'exaltation exprimée par les médias à l'occasion de la victoire de la France dans la Coupe du monde du football (juillet 1998) a célébré les vertus de l'assimilation, en insistant sur l'homogénéité d'une équipe composée d'éléments ethniques différents. On a peine à croire à des effets à long terme de ce phénomène, car il se [636] situe davantage dans un univers onirique que dans la réalité quotidienne ; d'autre part, il procède d'une cristallisation antagoniste : l'unité est uni-directionnelle, *contre* les autres équipes nationales. Enfin, M. Dessailly (un des membres de l'équipe de France, né au Ghana) rappelle avec lucidité : « Je ne subis pas le racisme au quotidien. Mon statut social fait que les gens ne se comportent pas de la même manière avec moi qu'avec mon frère » (cit. dans *Le Nouvel Observateur*, 16-22 juillet 1998, 44).

Ces évolutions contrastées inclinent à penser que, suivant une observation déjà faite, autant que les modèles compte la manière de les appliquer : les normes deviennent ce qu'en font les hommes.

De façon plus générale, cette dialectique entre l'islam et les droits des pays européens nous renvoie aux transferts de droit, qui ont été dans l'histoire de l'Europe la règle, et non pas l'exception.

Sur le plan bibliographique, l'étudiant devra acquérir une connaissance minimale de la civilisation musulmane et de son droit, en lisant : M. Arkoun, *Ouvertures sur l'islam*, éd. J. Grancher, Paris, 1989 ; J.P Blanc, *Le droit musulman*, Dalloz, Paris, 1995. Il prendra la mesure de la diversité des modèles européens en se référant à : D. Schnapper, *L'Europe des immigrés*, éd. F. Bourin, Paris, 1992 ; C. Wihtol de Wenden-A. de Tinguy (dir.), *L'Europe et toutes ses migrations*, Complexe, Paris, 1995 ; R. Bistolfi, F. Zabbal, *Islams d'Europe - Intégration ou insertion communautaire ?* ; M-C. Foblets, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique - Anthropologie juridique et immigration*, Karthala, Paris, 1994.

En ce qui concerne la France, le lecteur aura intérêt à prendre connaissance d'ouvrages qui ne reflètent pas nécessairement les mêmes points de vue. Parmi les partisans de l'intégration, on citera notamment D. Schnapper, *La France de l'intégration*, Gallimard, Paris, 1991. On suivra également avec attention la publication des rapports du Haut Conseil à l'intégration (créé en 1990), organisme consultatif, mais qui reflète la plupart du temps la doctrine officielle de la France, et dont les avis sont souvent suivis de prolongement législatifs (cf. notamment *L'intégration à la française*, Union générale d'éditions, Paris, 1993). Parmi les auteurs plus favorables à une prise en compte des différences, cf. : E. Rude-Antoine (dir.), *L'immigration face aux lois de la République*, Karthala, Paris, 1992 ; du même auteur : *Des vies et des familles - Les immigrés, la loi et la coutume*, Odile Jacob, Paris, 1997 ; S. Duchesne, *Citoyenneté à la française*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1997 ; V. Geisser, *Ethnicité républicaine - Les élités d'origine maghrébine dans le système politique français*, chez le même éditeur, 1997. Sur le point particulier des effets en France des mariages polygamiques, cf. : E. Rude-Antoine, *Le mariage maghrébin en France*, Karthala, Paris, 1990 ; F. Monéger, Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ?, *J.D.I.*, 2, 1992, 347-355 ; B. Bourdelois, *Le mariage polygamique en droit international privé français*, GLM-Joly, Paris, 1993.

[637]

Introduction historique au droit

Troisième partie :
Les mutations de la République

Titre II.
La République transfigurée : le droit positif

Chapitre III

La différence dans l'égalité

L'égalité ne fut autre chose qu'une belle et stérile fiction de la loi. Aujourd'hui qu'elle est réclamée d'une voix forte, on nous répond : « Taisez-vous, misérable ! L'égalité de fait n'est qu'une chimère, contentez-vous de l'égalité conditionnelle : vous êtes tous égaux devant la loi. Canaille, que te faut-il de plus ?

Sylvain Maréchal (1750-1803), *Le Manifeste des égaux*.

[Retour au sommaire](#)

327. LA MULTIPLICATION CONTEMPORAINE DES STATUTS. - En 1965, le grand publiciste français J. Rivero constate : « C'est la voie de la multiplication des catégories, de la spécialisation de la loi ; le pouvoir ne se reconnaît plus le droit de demeurer indifférent aux incidences concrètes de la règle qu'il pose ; c'est à partir du calcul de ces incidences qu'il légifère ou qu'il administre ; l'Homme abstrait a disparu de son horizon, les hommes avec l'infinie diversité de leurs situations l'occupent tout entier ». On ne peut guère incriminer ici l'influence du multiculturalisme, alors peu répandu. D'autant plus que d'autres juristes avaient

enregistré des signes de ces mutations dès la première moitié de notre siècle ³³². En 1937, L. Josserand avertit qu'on assiste à la reconstitution d'un droit de classe (entendue au sens de catégorie professionnelle), régression par rapport aux idéaux révolutionnaires. L'année suivante, J. Dabin élargit les perspectives en écrivant que par classe, il faut comprendre « toute catégorie quelconque résultant d'une différenciation entre les hommes, dès lors que cette différenciation affecte un caractère social et non strictement individuel ». Les juristes procèdent en effet à l'élaboration d'un certain nombre de catégories : le fait d'être classé dans l'une ou l'autre entraîne pour l'individu des conséquences juridiques différentes. Ainsi de celle des bénéficiaires du RMI (institué en 1992), qui trace les contours du groupe des exclus et marginaux. On peut aussi soutenir avec D. Lochak que la race constitue bien une catégorie [638] juridique, puisque le droit positif la considère, même si c'est pour prohiber toute distinction qui y serait attachée. Le même raisonnement vaut aussi pour l'ethnie, d'ailleurs souvent confondue en France (mais pas dans les pays anglo-saxons) avec la race.

Ce phénomène séculaire, accentué au cours de ces dernières années, entraîne la prise en compte des différences dans l'égalité. Mais n'en résulte-t-il pas la corruption du principe républicain ? La réponse dépend ici largement des convictions personnelles de chacun, c'est-à-dire de facteurs qui ne sont pas seulement intellectuels. La majeure partie des juristes français, attachés à la tradition républicaine classique, voient en effet ce phénomène avec suspicion, et craignent que la multiplication des différences ne finisse par gangréner la matrice révolutionnaire. L'histoire et l'ethnologie d'ailleurs ne leur donnent-elles pas raison ? Dans la majeure partie des sociétés que nous connaissons, la différence a toujours été le masque ou le vecteur de l'inégalité, notamment entre les sexes. Ce qui est incontestable. D'autres cependant, dont nous sommes, ont un point de vue plus mesuré. D'une part, il n'est pas interdit d'espérer que le futur ne reflète pas toujours systématiquement le passé. D'autre part, prendre en compte les différences ne signifie pas nécessairement accepter toutes leurs conséquences, ni toutes les recevoir en droit positif. Enfin, on sait bien que si le droit n'est pas le simple reflet de la réalité (la norme juridique exprime un *devoir être*), il ne peut trop s'en écarter sous peine d'être inefficace.

³³² Cf. Moutouh H., *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, Thèse de droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1997, 362-377.

Or, à tort ou à raison, l'image que se forme d'elle-même notre société n'est plus unanime, ce qui ne signifie pas qu'elle soit davantage conflictuelle. Une rude tâche s'ouvre donc pour les juristes français : *penser l'égalité dans la différence, et la différence dans l'égalité*.

Le législateur, le juge et la doctrine ont commencé à le faire. Ce chapitre se propose d'explorer leurs efforts. Nous commencerons par envisager sur un plan historique les sources françaises du principe d'égalité. Puis nous étudierons une des inventions majeures de ces dernières années : la conception française des discriminations positives. Après quoi, au-delà du traditionnel refus des minorités, nous constaterons que le droit français prend en compte les situations minoritaires et, dans une certaine mesure, les droits culturels. Enfin, nous assisterons à la naissance de la démocratie territoriale.

[639]

Section I

Les sources du principe d'égalité

[Retour au sommaire](#)

328. L'ÉGALITÉ RÉVOLUTIONNAIRE. - L'Ancien Régime était inégalitaire : il faut attendre la Révolution pour que soit supprimée la distinction en ordres, basée idéalement sur la complémentarité des fonctions. La Déclaration des droits de l'homme de 1789 affirme au contraire que la loi doit être la même pour tous, et que tous les hommes sont égaux en droit. *Mais en droit seulement*. Les débats des constituants sont très clairs sur ce point, et Mirabeau reflète bien leur point de vue quand il affirme : « L'égalité civile n'est pas l'égalité des propriétés ou des distinctions ; elle consiste en ce que tous les citoyens sont également obligés de se soumettre à la loi et ont un droit égal à sa protection ». Rousseau lui-même qualifiait l'égalité de fait d'« illusion cruelle ». Mais la conception de l'égalité de droit dépend elle-même des idées du temps... et surtout de celles des dirigeants. Ainsi les hommes de 1789 estiment-ils que les pauvres, les domestiques et les femmes ne sauraient y être admis en matière de droits politiques (d'où l'ins-

tution du suffrage censitaire). Évidemment, nous n'en sommes plus là. Ce qui signifie que l'égalité républicaine telle que nous la concevons est différente de l'égalité des premières années de la Révolution. On peut se demander comment s'est développée cette évolution et en quoi elle a consisté.

329. L'ÉGALITÉ RÉPUBLICAINE ³³³. - Il faut ici distinguer sur le plan historique la voie constitutionnelle de celle de la jurisprudence. La Déclaration de 1789, fondatrice de l'égalité, n'est pour la première fois consacrée par le droit positif de la République que dans la Constitution de 1946, mais cette dernière ne lui accorde pas la protection du contrôle de constitutionnalité. En 1958 la Déclaration est visée dans le Préambule de la Constitution. Dans le corps du texte, l'égalité inspire [640] l'art. 1, affirmant que la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », et l'art. 3, qui précise que le suffrage est « universel, égal et secret ». Plus tard, la Déclaration sera placée au centre du bloc de constitutionnalité par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. C'est dire la part du juge, plus ample que celle du constituant.

Entendons par là non seulement le juge constitutionnel, mais aussi le juge administratif. Dès la fin du XIX^{ème} siècle, le Conseil d'État met en oeuvre en dehors de toute base textuelle les principes révolutionnaires, dont celui d'égalité des citoyens devant la loi. Entre les deux conflits mondiaux, il décline l'égalité en matière fiscale, quant à l'utilisation du service public, aux rapports entre les sexes et à la situation devant les charges publiques. À partir de la fin de la deuxième guerre mondiale, l'égalité prend place au niveau des principes généraux du droit. En 1973, le Conseil constitutionnel censure une discrimination entre les citoyens au motif qu'elle porte « atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ». Le principe prend donc valeur constitutionnelle. Il sera jusqu'à nos jours très fréquemment sollicité, puisque depuis cette décision du 27 décembre 1973 jusqu'à la fin de l'année 1995, 39 pour cent des décisions du Conseil ont été rendues en statuant sur le principe d'égalité.

³³³ Jusqu'à une date récente, le problème de l'égalité avait surtout été abordé par la doctrine en droit privé. Cf. : Garaud M., *Histoire général du droit privé français (1789-1804), Tome I : La Révolution et l'égalité civile*, Sirey, Paris, 1954 ; Micou E., *L'égalité des sexes en droit privé*, Presses universitaires de Perpignan, Perpignan, 1997, qui comporte une introduction historique(11-30).

On notera enfin qu'il est renforcé par la convergence à son sujet des jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État.

C'est donc ainsi que s'est transmis le principe d'égalité jusqu'à notre République ³³⁴. Mais son contenu s'est modifié. Car depuis une trentaine d'années, les jurisprudences parallèles de ces deux institutions ont progressivement validé une adaptation du principe d'égalité à la prise en compte des différences ³³⁵.

[641]

330. DIFFÉRENCES ET EGALITE DANS LES JURISPRUDENCES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DU CONSEIL D'ÉTAT.

- En effet, comme l'écrit D. Lochak, le principe d'égalité change de sens. Ce qu'il proscriit «... n'est plus la différence de traitement en elle-même, qui peut au contraire être une condition pour établir l'égalité de fait, mais la différence de traitement illégitime ; ce qu'il exige, ce n'est plus de traiter tout le monde de la même façon, d'appliquer les mêmes règles à tous, mais uniquement de traiter de façon identique ceux qui se trouvent dans des situations semblables, de ne pas opérer des distinctions arbitraires » ³³⁶. Comment en est-on arrivé là ? L'examen des jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel va nous le dire ³³⁷.

Le principe d'égalité apparaît dans un avis rendu par le Conseil d'État le 26 décembre 1800. Mais il faut attendre l'arrêt *Denoyer* du 10 mai 1974 pour que soit véritablement explicitée l'évolution qui nous intéresse. Le Conseil d'État affirme alors que : «... la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public impli-

³³⁴ Sur un plan général, cf. Conseil d'État, *Rapport public 1996 sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1997.

³³⁵ « Le principe d'égalité n'implique donc pas une interdiction de différenciations légales, il établit plutôt une relation entre les différenciations par la loi et les différenciations de la réalité sociale, et exige un certain degré de concordance entre ces deux domaines. La dimension des différenciations légales doit à peu près correspondre aux différenciations existant dans la réalité sociale, mais pas parfaitement puisque le législateur peut aussi avoir l'intention légitime de changer la réalité sociale d'une certaine façon », (L.Favoreu (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, Paris, 372).

³³⁶ Lochak D., Les minorités et le droit public français, dans : *Le droit en procès*, 1983, Paris, CURAPP-PUF, 1983, 117.

³³⁷ Cf. Braibant G., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, PUF, 1989.

que, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure ». L'intérêt général ou une différence de situation appréciable entre des usagers légitime donc une discrimination qui rompt avec l'égalité formelle. Plus récemment, le Conseil d'État a affirmé la possibilité pour l'administration « d'instaurer des discriminations positives en faveur des femmes, ceci dans deux directions significatives : l'une très large en vue de la protection de la femme, l'autre particulièrement attendue en vue de la promotion de l'égalité des chances entre les deux sexes » ³³⁸. Cependant, la haute juridiction a simultanément condamné la mise en place de quotas personnels en vue de favoriser une catégorie de personnes particulières (en l'occurrence étaient avancés des critères tenant à la situation familiale et à la formation professionnelle).

[642]

Fondée sur des critères similaires, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est particulièrement importante dans la mesure où cette juridiction est placée dans une situation éminente qui lui permet de contrôler le législateur, à condition toutefois qu'elle soit saisie (ce qui pose le problème de l'appréciation d'un acte pris en vertu d'une loi contraire à l'égalité, mais sur laquelle il n'aurait pas eu à statuer), ou que la réforme projetée ne passe par la voie d'une révision constitutionnelle, dont la maîtrise lui échappe. Le Conseil reconnaît pour la première fois le principe d'égalité en 1973, mais il faut attendre la décision *Conseil des prud'hommes* du 17 janvier 1979 pour disposer d'une définition claire : «... si le principe d'égalité devant la loi ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, il n'en est ainsi que lorsque cette non identité est justifiée par la différence des situations et n'est pas incompatible avec la finalité de cette loi ».

Tels sont les principes fondamentaux qui vont être à la base de l'introduction en droit positif de la notion de « discrimination positive ».

³³⁸ Baldous A.- Negrin J.P., Fonction publique : solutions jurisprudentielles, *RFDA*, 7 (1), janvier-février 1991, 123.

Section II

Les discriminations positives en droit français

[Retour au sommaire](#)

Jusqu'à peu, les juristes français n'y croyaient pas : ce concept d'origine nord-américaine ne pouvait être reçu en droit français. Comme l'écrivait le doyen

L. Favoreu : « Le problème se pose de savoir si le législateur français pourrait avoir recours, comme aux États-Unis, à la pratique des « inégalités positives » ou si le Conseil constitutionnel considérerait de telles mesures de discrimination à rebours comme contraires à la Constitution. Ceci semble exclu par la décision *Quotas par sexe* du 18 novembre 1982 qui a invalidé une disposition destinée à favoriser l'élection des femmes dans les Conseils municipaux » ³³⁹. Or, comme le prouvent des travaux récents ³⁴⁰, ces discriminations existent bel et bien. [643] Mais évidemment, elles ne sont pas identiques à la version nord-américaine, ce qui est parfaitement légitime, puisque c'est la tradition française qu'il s'agit de faire évoluer.

Nous étudierons d'abord les conditions générales posées à l'existence de ces distinctions ; nous envisagerons ensuite certaines d'entre elles plus problématiques, comme celles touchant les rapports entre les hommes et des femmes ainsi que la notion d'origine. Enfin, nous dirons quelques mots des récentes modifications des jurisprudences européenne et américaine.

³³⁹ Favoreu L.- Philip L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1993, 286, 17 al.2.

³⁴⁰ Cf. Moutouh H., *op.cit.* ; Melin F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse de droit, Université Aix-Marseille III, 1997, 243-296(cette thèse a été publiée en 1998 chez Economica).

A) Les conditions posées à l'établissement de discriminations positives

331. LA NOTION FRANÇAISE DE DISCRIMINATION POSITIVE. -

Les discriminations positives ont une géographie. Elles sont nées aux États-Unis sous la présidence de L. Johnson (1963-1969) afin d'améliorer la situation des Noirs et d'autres minorités, afin de les mettre à égalité de chance avec les autres membres de la société, dont eux-mêmes ou leurs ancêtres n'ont pas subi un traitement discriminatoire. Ces différenciations doivent être transitoires, et cesser une fois l'égalité de fait atteinte (ce qui pose un problème, car l'expérience a montré que souvent ces dispositions transitoires avaient tendance à se transformer en droits acquis). L'État fédéral et certains États fédérés ont alors mis en oeuvre des programmes d'*Affirmative Action*. Déjà dans la décennie précédente étaient apparues des politiques de quotas concernant l'entrée à l'université, l'accès aux emplois publics et privés dans les entreprises d'une certaine importance, les appels d'offre sur les marchés publics et l'octroi d'autorisations dans les médias. En 1974, la Cour suprême admet la constitutionnalité de mesures compensatoires au profit des femmes. En 1978, elle fait de même en ce qui concerne le critère racial dans l'arrêt *Regent of University of California vs. Bakke*. En Espagne, le Tribunal constitutionnel a validé depuis 1989 des mesures favorisant les femmes. Il en va de même de la Cour constitutionnelle italienne. La Loi fondamentale de 1949 de la RFA précisait que «... ce qui est égal doit être traité également, et ce qui est inégal conformément à sa singularité ». La Cour constitutionnelle de Karlsruhe (RFA) [644] a admis la constitutionnalité de mesures favorisant les femmes à la fin des années quatre-vingt.

Les discriminations positives sont donc une notion non seulement nord-américaine, mais européenne. Mais évidemment, le juge constitutionnel exerce dans tous les cas un contrôle sur leur ampleur et leur nature. Là jouent les différences historiques et culturelles. Ainsi, dans le cas français, certains critères comme la race ne peuvent être pris en compte. De même, il faudra réviser la Constitution en 1998 pour insister sur l'égalité entre les femmes et les hommes dans l'accès aux mandats et aux fonctions politiques, ce qui permettra d'éviter une

éventuelle censure du Conseil constitutionnel. Quant aux distinctions tenant à l'origine ou à l'ethnie, elles sont *en principe* ³⁴¹ prohibées par l'art.1 de la Constitution.

Comment définir les discriminations positives dans le contexte français ? La recherche sur ce concept ne fait que commencer. On peut cependant retenir la définition proposée en 1997 par F. Melin-Soucramanien : « une différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles » ³⁴².

Mais il faut distinguer en droit français entre les discriminations positives admises et celles qui demeurent interdites.

332 LES DISCRIMINATIONS POSITIVES ADMISES. - Certaines concernent les *services publics*. Des textes législatifs (notamment la loi du 10 juillet 1987) imposent des quotas (6 pour cent) d'emplois réservés aux handicapés, victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles, titulaires d'une pension d'invalidité, anciens militaires et assimilés, veuves de guerre non remariées et orphelins de guerre, femmes d'invalides internés pour aliénation mentale imputable à un service de guerre. Ces différents bénéficiaires peuvent donc être intégrés dans la fonction publique sans passer par la voie du concours. Des mesures concernant les femmes ont également été adoptées. Des discriminations peuvent intervenir non seulement dans l'accès, mais aussi le [645] déroulement de la carrière des agents publics, en particulier au profit des fonctionnaires en poste dans les « quartiers difficiles », notamment les enseignants, dans le cadre des Zones d'éducation prioritaire (ZEP). Elles sont aussi le cadre de discriminations au profit des usagers des services de l'éducation nationale (accueil prioritaire des enfants âgés de deux ans, crédits pédagogiques 2,7 fois plus élevés que pour le reste du territoire national).

³⁴¹ En fait, la question est moins claire qu'on ne pourrait le croire : cf. *infra*, pp.655-661.

³⁴² Melin F., Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires, *RFDA*, 13 (5), septembre-octobre 1997, 911.

D'autres discriminations positives sont d'ordre *économique et social*. Dans des décisions de 1989 ³⁴³ et 1995 ³⁴⁴, le Conseil constitutionnel a admis la validité de mesures protectrices dans l'entreprise des droits des « salariés âgés » ou « présentant des caractéristiques sociales particulières », et accepté que des associations intermédiaires puissent intervenir spécialement en faveur de personnes sans-emploi rencontrant des difficultés particulières d'insertion.

De plus, le législateur peut intervenir en matière électorale pour assurer l'égalité entre hommes et femmes dans la vie politique, ainsi que pour compenser des handicaps territoriaux, sujets spécifiques que nous étudierons plus loin ³⁴⁵.

333. LES DISCRIMINATIONS POSITIVES PROHIBÉES. - Si le législateur peut rompre l'égalité de droit, il reste strictement contrôlé par le juge constitutionnel... pour autant que celui-ci soit saisi. De manière générale, le Conseil constitutionnel censure les discriminations arbitraires, soit celles ne se fondant pas sur une justification suffisante. Cette dernière peut avoir deux motifs : une différence de situation, ou la mise en évidence d'une raison d'intérêt général. Mais encore faut-il que, dans ces deux cas, les dérogations à l'égalité aboutissent à une différence de traitement qui « soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » ³⁴⁶. Autrement dit, le juge doit apprécier si la différenciation de traitement entretient un rapport de proportionnalité suffisant avec le but de la loi ³⁴⁷. Dans le cas contraire, on se trouverait en présence d'une discrimination à rebours.

[646]

Par ailleurs, il y a des domaines normaux des discriminations positives : la fonction publique ou le domaine économique et social, ce qui couvre un très large champ d'activités. D'autre part, certains critères comme la race ou origine ne peuvent être employés. De plus, à la différence de nombreux autres pays européens, la France n'admet pas l'existence de minorités ou de peuples autochtones sur son

³⁴³ Décision n° 89-257 DC, *R.J.C.*, I, 358.

³⁴⁴ Décision n° 94-357 D.C., *R.J.C.*, I, 622.

³⁴⁵ Cf. *infra*, pp. 670-674.

³⁴⁶ Décision n° 96-375 DC, cons. 8.

³⁴⁷ Cf. Melin F., Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires, *RFDA*, 13 (5), septembre-octobre 1997, 924.

territoire, ce qui supprime un objet virtuel important de ces discriminations. Notons aussi que les discriminations positives ne doivent pas dégénérer en « discriminations à rebours » c'est-à-dire produire des résultats autres que ceux recherchés qui aboutiraient à une violation flagrante du principe d'égalité. On peut ainsi penser que des discriminations favorables à un sexe pourraient devenir des différenciations défavorables à l'autre. Le Conseil constitutionnel n'a pas eu jusqu'ici à se prononcer en la matière. Il faut aussi préciser que si des discriminations sont possibles pour certaines différences de situations, l'égalité s'impose pour des situations non seulement identiques, mais aussi semblables.

On peut d'autre part se demander si en face de situations correspondant aux critères dégagés autorisant l'établissement d'une discrimination, le législateur a la faculté ou l'obligation de la créer. En Allemagne, il y est obligé. En France, en 1997, le Conseil d'État a jugé dans l'arrêt *Baxter* (rendu en assemblée) que : «... le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumise à des régimes différents » ³⁴⁸, optant ainsi pour la solution inverse. Or il se pourrait qu'en 1994, dans sa décision *Révision de la loi Falloux* ³⁴⁹, le Conseil constitutionnel ait décidé que, confronté à une différence de situations, le législateur *devait* établir une différence de traitement, ce qui changerait considérablement l'ampleur de la réinterprétation du principe d'égalité. Deux ans plus tard, le Conseil a laissé entendre de manière implicite que le principe d'égalité doit être appliqué de la manière suivante : il comporte le devoir pour les autorités compétentes de traiter différemment les cas différents et d'user de leur pouvoir normatif pour corriger les inégalités de fait ³⁵⁰. Cependant, en décembre 1997, le Conseil a clairement et explicitement décidé que : «... le principe d'égalité (...) n'interdit nullement qu'à des [647] situations différentes soient appliquées des règles différentes » ³⁵¹. Ce qui ne crée pas une obligation pour les services publics de tenir compte de ces différences.

³⁴⁸ CE ass. 28 mars 1977, *Sté Baxter et autres*, conclusions J.-C. Bonichot, *RFDA*, 1977, p. 450 *sq.*

³⁴⁹ Décision n° 93-329 D.C. du 13 janvier 1994, (voir considérant n° 30).

³⁵⁰ Décision n° 96-385 D.C. du 30 décembre 1996. Voir chronique Jacques Petit, *JCP*, 1997, I, n° 4050.

³⁵¹ Décision n° 97-395 D.C. du 30 décembre 1997.

Enfin, si certains critères d'établissement des discriminations sont clairs, certains en principe prohibés peuvent malgré tout être utilisés, de manière plus ou moins explicite, comme nous allons le voir.

B) Les discriminations positives problématiques : le sexe et l'origine.

Comme on l'a vu, les jurisprudences constitutionnelles américaine et de nombreux pays européens admettent les mesures favorables aux femmes. Le droit français les connaît aussi, mais leur introduction dans le domaine de la vie politique a causé des difficultés majeures. En revanche, la prohibition du critère de l'origine, fondée par la Constitution, paraît évidente... mais nécessite quand même quelques observations. D'autant plus qu'on a du mal à la relier à l'ethnie.

1) L'égalité des sexes dans la vie politique

L'égalité des sexes n'est pas seulement un débat juridique. Il s'agit en fait d'une interrogation anthropologique majeure posée à notre époque, notre société et son législateur. Autre difficulté : si notre droit a progressivement reçu des mesures favorables aux femmes dans différents secteurs de la vie sociale, il n'en va pas de même en ce qui concerne la vie politique, dans la mesure où on touche ici un domaine où se trouve impliquée l'égalité dans l'expression du suffrage, qui en principe ne souffre pas de discriminations positives. Reprenons ces différentes questions.

334. SEXE ET GENRE. - Si le sexe désigne principalement les composantes biologiques de la division sexuée de l'espèce humaine, le genre porte sur les éléments culturels de cette distinction. Toute la difficulté consiste à associer ces deux classifications. D'une part parce qu'elles ne correspondent pas forcément. Un individu d'un sexe [648] déterminé peut se comporter plus ou moins différemment des rôles culturellement assignés par les valeurs dominantes d'une société au gen-

re auquel il appartient. En ce sens, homme ou femme, chacun d'entre nous évolue entre des pôles différents de virilité ou de féminité. D'autre part, on s'interroge toujours sur les liens existant entre les données naturelles et culturelles : y a-t-il des « fondements » naturels à une division entre genres, ou peut-on expliquer cette dernière uniquement par des facteurs sociaux, politiques et historiques ? Enfin, naturelle, culturelle, ou les deux, cette distinction n'est pas purement académique : elle s'inscrit au coeur d'une des évolutions majeures des sociétés contemporaines, et provoque des conflits culturels avec certaines populations immigrées en Europe. En effet, il existe semble-t-il dans nos sociétés occidentales un consensus visant à la diminution, et si possible la dissolution, des inégalités sociales et économiques entre les hommes et les femmes.

Mais comment y parvenir ? Pour certains, le fait que jusqu'ici dans la plupart des sociétés les femmes aient été victimes de discriminations négatives ³⁵² ne condamne pas un modèle du futur qui serait différencialiste, mais cette fois fondé initialement sur des *préférences* reconnues aux femmes, s'exprimant notamment par des discriminations *positives*. Ce modèle est plutôt celui des cultures anglo-saxonnes, historiquement différencialistes. Pour d'autres, ce qui unit hommes et femmes est de loin supérieur à ce qui peut les distinguer : la différence sexuelle ne signifie pas la différence de genre ; hommes et femmes communient dans une commune humanité. Ce modèle est celui de la culture [649] française, dans la

³⁵² Un avis de juriste, parmi bien d'autres : « La droite raison ne consentira pas volontiers à supposer que le sexe de la femme eût été capable d'une aussi grande perfection que celui de l'homme. Il faut avouer que chacun d'eux, ayant la perfection qui lui convenait, celle de l'homme eût été plus grande à proportion de la plus grande noblesse et excellence de son sexe... » (Amyraut M., *Considérations sur les droits par lesquels la nature a réglé les mariages*, dans : *Morale*, Tome I, Saumur, 1648, 363). En la matière, les philosophes du XVIIIe ne sont guère progressistes. Voltaire tire une leçon de l'histoire : « Il n'est pas étonnant qu'en tous pays l'homme se soit rendu maître de la femme (...) il a d'ordinaire beaucoup de supériorité par celle du corps et même celle de l'esprit. On a vu des femmes très savantes comme il en fut des guerrières, mais il n'y en eut jamais d'inventrices (...) Il semble généralement parlant qu'elles soient faites pour adoucir les moeurs des hommes » (Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, éd. Lequien, t.39, 341). Dans *L'Emile*, Rousseau enseigne : « Toute l'éducation des femmes doit être relative aux hommes (...) leur plaire, leur être utile, se faire aimer et honorer d'eux, les soigner grands, les conseiller, les consoler, leur rendre la vie agréable et douce : voilà les devoirs des femmes de tous les temps et ce qu'on doit leur apprendre dès leur enfance ». Tout un programme... À la fin du XIXème siècle, le grand criminologue Lombroso explique ainsi la sévérité de la répression de l'adultère de la femme : « La femme étant naturellement et organiquement monogame et frigide, on s'explique les lois contre l'adultère qui frappent seulement la femme et non l'homme (...) Ce qui, en effet, ne constitue même pas une contravention chez l'homme est pour la femme un crime très grave » (G.Lombroso-G.Ferrero, *La femme criminelle et la prostituée*, 1896).

tradition d'assimilation républicaine (encore qu'elle ait mis un siècle et demi à accorder le droit de vote aux femmes et que la plupart des révolutionnaires tenaient fermement pour l'infériorité naturelle de la femme ³⁵³). Dès lors, toute mesure visant à favoriser la participation des femmes à la vie politique, fût elle généreuse et pleinement justifiée par l'écrasante supériorité masculine dans ce domaine (5,7 pour cent de femmes au Parlement en 1994), ne peut prendre la forme d'une discrimination positive, qui vise à catégoriser la moitié de l'espèce humaine. Cette réintroduction de la notion de différence entre les genres aboutirait à restaurer subrepticement la vieille inégalité, au lieu de la combattre : partant de l'idée de la différence des femmes, de bons apôtres en concluraient vite à leur infériorité ³⁵⁴. Comme l'écrivait Simone de Beauvoir en terminant *Le Deuxième Sexe*, l'égalité dans la différence a toutes les chances d'être un leurre : « Ceux qui parlent tant « d'égalité dans la différence » auraient mauvaise grâce à ne pas m'accorder qu'il puisse exister des différences dans l'égalité ». D'autre part, une telle mesure pourrait être contagieuse, et accentuer la pression exercée par différents groupes minoritaires à l'affût de leur reconnaissance institutionnelle, ce qui déliterait encore un peu plus la République. Les deux thèses ont leur logique, et chacune est soutenable.

En ce qui concerne la question qui nous préoccupe, l'institution de mesures permettant un accès plus facile des femmes à la vie politique, quelle que soit leur forme juridique, n'a pas la même signification suivant le choix effectué. Si hommes et femmes sont fondamentalement identiques au-delà de leurs caractéristiques biologiques, il est clair que la participation accrue des femmes à la vie politique, comme d'ailleurs à tout autre activité sociale, n'aura aucune conséquence quant à son résultat global : une femme ministre ou députée n'agira pas différemment de son homologue masculin. Cependant il y aura un avantage considérable par rapport à la situation actuelle : si les femmes profitent de ces mesures pour

³⁵³ Cf. Godineau D., « Qu'y a -t-il de commun entre vous et nous ? », Enjeux et discours opposés de la différence des sexes pendant la Révolution française (1789-1793), dans : Théry I.- Biet C. (dir.), *La famille, la loi, l'État de la Révolution au Code civil*, Imprimerie nationale, Paris, 1989, 72-81.

³⁵⁴ Cf. les craintes exprimées par E.Badinter dans *Libération*, 18 juin 1998, 3. Pour un point de vue juridique, cf. Favoreu L., Parité hommes-femmes-L'obstacle de la Constitution, *Le Figaro*, 29 septembre 1996 ; Demichel F., À parts égales : contribution au débat sur la parité, *Recueil Dalloz-Sirey*, 1990, cahier n° 12, Chronique, 95-97 ; Halimi G., Égalité = Parité, *Le Monde*, 22 avril 1994, 2.

investir la vie politique, l'égalité de fait sera rétablie entre elles et les hommes. En revanche, si les femmes et les [650] hommes constituent non seulement des sexes, mais des genres différents, la participation accrue des premières à la vie politique ou sociale devrait en changer le contenu, en même temps qu'assurer, comme dans le premier cas, leur plus grande égalité par rapport aux hommes dans la représentation globale. Comme on le voit, ce débat ne porte pas en réalité sur les seules femmes et une éventuelle définition de la féminité, mais il est beaucoup plus vaste, dans la mesure où il touche globalement la définition du masculin et du féminin : les hommes sont autant concernés que les femmes. C'est donc une question anthropologique. Justement, qu'en disent les anthropologues ³⁵⁵ ?

335. LA DIFFÉRENCE DES SEXES ET DES GENRES : UNE QUESTION ANTHROPOLOGIQUE. - Dans un récent essai ³⁵⁶, F. Héritier démonte à travers différents témoignages ethnologiques et historiques les mécanismes de la pensée symbolique qui ont pour but de différencier et hiérarchiser l'homme et la femme. Son interrogation fondamentale porte par ailleurs sur la raison profonde de la quasi-universalité de l'institution de la supériorité de l'homme sur la femme (dont elle doute d'ailleurs qu'elle puisse s'effacer dans un avenir prévisible). Pour cet auteur, elle tient essentiellement à la volonté des hommes de contrôler le processus de reproduction de l'espèce à travers la maîtrise des femmes, qui en sont la clé. L'explication paraît pertinente dans le cas des sociétés traditionnelles du présent et du passé, y compris en Occident. Cependant, elle s'applique à notre sens plus difficilement dans nos sociétés occidentales modernes, où la reproduction n'a plus que des conséquences sociales et politiques mineures par rapport aux exemples visés. La persistance de cette hiérarchie demeure donc largement mystérieuse. D'autres explications ont cependant été proposées dans la littérature plus ancienne ³⁵⁷. Elles sont loin d'être univoques et dépendent largement non seulement des données recueillies dans les sociétés observées, mais des idées propres de

³⁵⁵ Il faudrait aussi évoquer le point de vue des psychologues. Pour A.Braconnier (*Le sexe des émotions*, Paris, Odile Jacob, 1996), il y a bien un fondement physiologique aux différences affectives entre les sexes.

³⁵⁶ Cf. Héritier F., *Masculin / Féminin-La pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996 ; en dernier lieu : P.Bourdieu, *La domination masculine*, Paris Le Seuil, 1998.

³⁵⁷ Cf. le résumé qu'en donnent A.Ducros et M.Panoff, *La frontière des sexes*, Paris, PUF, 1995, 13-27.

l'observateur et de son environnement intellectuel. A la fin du XIX^{ème} siècle et au début du nôtre, les explications de type économique prédominent : pour Engels (1884) et Durkheim (1893), la supériorité [651] masculine provient de la division du travail (qui n'est pas originelle pour Durkheim), dont l'homme se sert pour valoriser ses propres activités (guerre, chasse). La racine de la distinction réside donc dans d'inégales capacités physiques, « naturelles ». Dans la première partie de notre siècle, l'anthropologue américaine Margaret Mead prend un chemin opposé. Elle soutient d'abord des positions radicales, dans lesquels compte son hostilité au racisme : la différenciation entre les femmes est purement culturelle, sans fondement biologique. À la fin de sa vie (en 1949), elle admet cependant qu'elle s'explique par une dialectique entre le social et le biologique. Dans les années soixante, marquées aux États-Unis par l'hostilité d'une partie de la population aux réformes en faveur des Noirs, la thèse des caractères innés de la différenciation réapparaît, reflet de celle attribuant aux Noirs des capacités intellectuelles inférieures à celles des Blancs. À partir des années soixante et dix, les pistes se brouillent, encore que les critères physiologiques semblent l'emporter. Certains auteurs remettent à l'honneur la division du travail, d'autres pensent que l'infériorité féminine a commencé quand se sont accrues la fécondité et la sédentarité des femmes, les rendant plus dépendantes des hommes.

On objectera que cette quête des origines ne nous renseigne pas directement sur les raisons de la persistance contemporaine de la domination masculine, même fortement diminuée dans nos sociétés. Cependant, ces interrogations n'ont pas qu'une portée historique. De leur éventuelle solution dépendrait en partie la problématique des rapports entre les sexes, *hic et nunc*. En effet, si les hommes ont toujours dominé les femmes et si cette inégalité trouve ses racines dans la nature, l'établissement de l'égalité ne serait pas impossible, mais demeurerait d'une grande difficulté et nécessiterait que l'on reconnaisse aux femmes d'importants avantages. Si en revanche cette hiérarchie était purement culturelle, on pourrait espérer la voir se dissoudre plus rapidement, et au prix de moins d'efforts, surtout à notre époque, où le monde et nos représentations semblent engagés dans des processus de changement infiniment plus rapides que dans le passé. À notre sens, il convient de tempérer cette distinction. D'une part, depuis son origine, tout l'effort de l'homme a consisté à maîtriser une nature qui n'est pas toujours douce et généreuse afin de l'adapter à ses besoins : il est symptomatique que nous ne pensions à

davantage la ménager qu'au moment où nous ne l'avons jamais tant dominée. Une éventuelle différence naturelle entre [652] les hommes et des femmes ne serait donc pas insurmontable. D'autre part, il n'est pas dit que des différences seulement culturelles soient moins aisées à vaincre que celles d'ordre biologique, surtout lorsqu'elles sont lestées d'un tel poids historique.

Le droit nous offre-t-il plus de certitudes ?

336. LA DIFFÉRENCE DES SEXES ET DES GENRES : UNE QUESTION JURIDIQUE.- Avant la révision constitutionnelle décidée en 1998, les femmes ont fait l'objet de mesures positives, qu'on peut repérer dans le mouvement de féminisation de la fonction publique ³⁵⁸. Elles ont en partie des sources supra-nationales, dont les dispositions s'imposent à la France. Au niveau communautaire, la Directive 76/207 de 1976 (art. 2, par.4), admet les «... mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités qui affectent les chances des femmes ». L'art. 4 de la Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes discriminations à l'égard des femmes de 1979, ratifiée par la France en 1983, valide les «... mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes », pourvu qu'elle n'aient qu'un caractère transitoire. La plupart des textes favorisant l'accès à la fonction publique des femmes ou instituant des mesures ponctuelles afin d'améliorer la situation des femmes fonctionnaires (horaires flexibles, diverses mesures concernant le congé post-natal, etc.) sont adoptés à partir de 1975. Cependant, une décision de 1982 du Conseil constitutionnel relative à l'élection des conseillers municipaux (*Quotas par sexes* ³⁵⁹) semble fermer la voie des quotas comme technique favorisant la participation des femmes à la vie politique. Afin d'éviter de mentionner explicitement qu'ils entendaient avantager la catégorie féminine de la population, les rédacteurs du projet de loi l'avaient prudemment libellé, sous le conseil du doyen Vedel : « Les listes de candidats ne peuvent comporter plus de 75 pour cent de personnes du même sexe ». Vingt-cinq pour cent au plus de femmes auraient donc pu figurer sur les listes des candidats aux élections municipales, ce qui aurait considérablement changé la proportion

³⁵⁸ Cf. Moutouh H., *op.cit.*, 425-435.

³⁵⁹ Décision n° 82-146 D.C., *R.J. C.*, I, 134.

d'alors. Mais le Conseil constitutionnel a censuré le texte en se fondant sur l'art. 3 de la Constitution de 1958 relatif à l'égalité du [653] suffrage, et sur l'art.6 de la Déclaration de 1789 (visant l'égalité des citoyens et leur égale admissibilité aux « dignités, places et emplois publics sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leur talents »). Il a considéré que s'agissant d'un « suffrage politique », le principe d'égalité s'oppose « à toute division par catégorie des électeurs ou des éligibles ».

En mai 1997, la gauche revient au pouvoir. Dans son programme figure la promesse d'inscrire dans la Constitution un « objectif de parité entre les femmes et les hommes ». On peut définir avec F. Demichel la parité comme « l'égalité quantitative garantie pour l'accès à certaines fonctions publiques. Elle concerne notamment l'accès aux fonctions électives dans l'hypothèse d'un scrutin de liste ». On doit ajouter que la parité n'a pas le même impact suivant qu'elle consiste en une obligation de moyens, ou de résultats. Dans le premier cas, il s'agit de faire figurer à part égale hommes et femmes sur des listes de candidatures (comme en Scandinavie, en Italie ou en Belgique pour les élections municipales). Dans le second, cette identité de proportion concerne l'attribution des mandats politiques : chaque sexe devrait obtenir 50 pour cent des sièges dans toutes les assemblées élues au suffrage universel, ce qui n'existe dans aucun pays à l'heure actuelle. Cette hypothèse a provoqué la réprobation de la plupart des juristes ³⁶⁰. De plus, comme le fait remarquer le doyen Favoreu, on ne se situe plus dans le champ des discriminations positives, en principe temporaires, alors que ces mesures seraient *a priori* définitives. Cet auteur dit préférer la solution scandinave, qui consiste dans l'institution de quotas à l'intérieur des partis politiques, décidant *eux-mêmes* leur introduction dans la composition des listes de candidature lors des élections.

Quoi qu'il en soit, compte tenu de la décision de 1982, il fallait se prémunir contre la censure éventuelle du Conseil constitutionnel. La voie choisie a été celle

³⁶⁰ Cf. Favoreu L., *op.cit.* (La parité hommes-femmes...), et, du même auteur : Principe d'égalité et représentation politique des femmes : la France et les exemples étrangers, dans : Conseil d'État, *Rapport public 1996 sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, 1997, 395-407. Pour le doyen Favoreu, plutôt que d'opérer une révision constitutionnelle, il aurait mieux valu suivre la solution scandinave, qui consiste dans l'auto-limitation interne, assurée par les partis politiques eux-mêmes. Pour notre part, nous ne sommes guère convaincu de sa viabilité. Qui connaît les sociétés scandinaves et la configuration des rapports entre hommes et femmes qui y règne, sait bien qu'elle ne correspond pas à l'état des mœurs et des idées le plus répandu en France.

de la révision de la Constitution. Mais d'une manière très modérée. Car la modification qui sera proposée aux députés [654] et sénateurs réunis en Congrès, ou soumise au référendum (probablement en décembre 1998) énonce seulement que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats et aux fonctions ». Même si la formule donne sur le plan stylistique la préséance aux femmes, elle ne consacre qu'une solution très édulcorée par rapport à l'objectif de parité figurant dans le programme du candidat L. Jospin. Le terme de parité a d'ailleurs disparu, ce qui peut laisser penser que des quotas ne retenant qu'une proportion minoritaire au profit des femmes sont possibles : tout résidera dans l'ampleur d'une marge éventuelle par rapport aux 50 pour cent. Il faut donc attendre la mise en oeuvre de cette révision par les lois, auxquelles d'ailleurs elle renvoie.

Dans ces conditions, on peut se demander si elle marque une évolution notable par rapport à des textes déjà vieux d'un demi-siècle. On peut en effet observer que le troisième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui fait partie de notre droit positif dans la mesure où il est un élément du « bloc de constitutionnalité », précise : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Par ailleurs deux lois (11 avril et 19 octobre 1946) venaient peu avant cette date de proclamer l'égalité des sexes en matière d'emplois publics. En effet, si l'on s'en tient à la lettre des textes, la révision de 1998 n'a rien de révolutionnaire. Cependant, la réitération de ces principes est significative de l'inefficacité des textes de l'immédiat après-guerre, tout au moins dans le domaine politique, puisque les femmes ne sont pas plus nombreuses aujourd'hui au Parlement qu'en 1945 (5,7 pour cent du total). Ce qui place la France au dernier rang européen, à quasi-égalité avec la Grèce (5,66 pour cent). Cette insistance répétée n'est donc pas inutile, d'autant plus qu'en 1996, un sondage montrait que 71 pour cent des personnes interrogées étaient favorables à la parité ³⁶¹. Enfin, certains signes paraissent montrer que cette mesure peut encourager d'autres initiatives visant la promotion des femmes. Ainsi a-t-on annoncé en juin 1998 qu'une circulaire de l'Education nationale serait très bientôt publiée, demandant aux personnels enseignant et administratif d'utiliser l'appellation profession-

³⁶¹ Cf. *Libération*, 18 juin 1998, 3.

nelle féminine pour désigner les fonctions et les titres chaque fois qu'il s'agit de termes dont le féminin est d'usage courant ³⁶².

[655]

2) Le mystère de l'origine

337. L'ORIGINE ET LA NATION. - Le nouvel art.1 de la Constitution de 1958 proclame que la France «... assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. ». Le Préambule de la Constitution de 1946, toujours en vigueur, disait déjà : « Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

Ces dispositions constitutionnelles paraissent de surcroît en parfaite harmonie avec la conception française de la nation, reposant sur une volonté de vivre ensemble, « un plébiscite de tous les jours », qui transcende les particularismes. On cite beaucoup à cet égard un texte de Renan de 1882 ³⁶³, qu'on oppose à la conception allemande, basée sur l'histoire, où la notion d'origine est déterminante. Cependant, si on y regarde de plus près ³⁶⁴, il s'agit moins de Renan que de son interprétation contemporaine. Car pour lui l'appartenance nationale repose sur un « principe spirituel », fondé sur deux caractéristiques, qui, à vrai dire, n'en font qu'une :

«... L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs ; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis (...) la nation comme l'individu est l'aboutissement d'un long passé d'efforts, de sacrifices et de dévouements. Le culte des ancêtres est le plus légitime ; les ancêtres nous ont fait ce que nous sommes ». Dans ces conditions, on peut estimer que «... le plébiscite de tous les jours ne concerne que ceux qui ont un passé commun, c'est-à-dire ceux qui ont les mêmes 'racines' ». Ce qui tempère singulièrement l'universalisme dont on crédite aujourd'hui Renan. Cette citation ne le transforme pas en chantre du *Volksgeist*. Mais elle montre les

³⁶² Cf. *Le Figaro*, 30 juin 1998.

³⁶³ *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Presses Pocket, coll. Agora, rééd. 1992, 54.

³⁶⁴ Cf. Noiriel G., L'« identité nationale » dans l'historiographie française, Paris, CURAPP-PUF, 1994, 294-305.

nuances de sa pensée, trop facilement gauchie afin de parvenir à la radicalisation des contraires : *universalisme* vs. *différencialisme*. On ajoutera qu'en latin *natio* signifie principalement naissance (de *nascor*, naître). Jusqu'au XIII^e siècle, elle [656] désigne un groupe humain qui a, ou auquel on attribue, une commune origine. La nation a donc pour le moins quelque chose à voir avec l'origine. Pourtant, notre constitution base la République française sur le refoulement de l'origine, qui ne peut fonder des discriminations, positives ou négatives. Car le droit positif éprouve beaucoup de difficultés à appréhender l'origine.

338. HYPOTHÈSES SUR L'ORIGINE. - À l'heure actuelle l'origine est une notion suspecte : on l'assimile volontiers à des critères biologiques. Historiquement, elle semble résulter d'une conjugaison entre le mythe, la notion de race et certaines qualités morales, mélange dont usait la noblesse pour se définir. Depuis la Renaissance, le thème aujourd'hui oublié de la « guerre des deux races » traverse une grande partie de l'historiographie française ³⁶⁵, des monarchistes aux républicains en passant par les partisans de l'aristocratie (Dubos, Boulainvilliers, Mably, A. Thierry, Guizot ; Marx affirme sa dette envers ces deux derniers auteurs dans l'élaboration de sa théorie de la lutte des classes ³⁶⁶). Il repose sur un mythe : les nobles sont les descendants de la noblesse franque conquérante, les roturiers ceux des Gallo-romains. Leurs spécificités leur sont transmises par la filiation, c'est-à-dire de façon biologique. D'ailleurs, les nobles n'ont-ils pas un sang bleu ? La noblesse se définit cependant *avant tout par l'honneur* ³⁶⁷ : non seulement des spécificités biologiques, mais aussi le résultat de l'action du temps (c'est à dire de l'apprentissage) et de l'exemplarité des comportements. La noblesse est elle-même graduée : plus un noble peut se prévaloir d'une ascendance lointaine (noblesse d'extraction, dont le degré le plus élevé est celui de la noblesse immémoriale), plus il est noble. Cette typologie distingue les nobles de la roture, mais joue aussi comme mode de sélection interne. Les familles d'ancienne noblesse méprisent les anoblis récents. L'aspect biologique revient dans certaines expressions appliquées à ces derniers : on dit qu'en devenant nobles ils se « décrassent » ; certains modes d'anoblissement sont qualifiés de « savonnette à vilains ». De plus, la

³⁶⁵ Cf. Amselle J.-L., *Vers un multiculturalisme français*, Paris, Aubier, 1996, 11-19.

³⁶⁶ Cf. Marx K., *Lettres à Weydemeyer*, 5 mars 1882.

³⁶⁷ Cf. Chaussinand- Nogaret G., *La noblesse au XVIII^e siècle*, Paris, Complexe, 1984, 53-54.

biologie nobiliaire est sexuée. Seul l'homme transmet la noblesse, la femme n'est qu'un vase. Si elle est roturière, il suffit que son mari soit noble pour que ses enfants le soient [657] aussi. La mésalliance consiste dans le mariage entre une fille noble et un garçon roturier, et non pas l'inverse. Faisant allusion au mariage conclu pour redorer les blasons, Mme de Sévigné (1626-1696) dit qu'il permettent « la fumure des terres » : les riches héritières de la bourgeoisie sont le fumier, absorbé par la terre noble... Toute ces métaphores sont significatives, et il faudra attendre bien tard, la seconde moitié du XVIIIe siècle, pour que les nobles les plus progressistes y substituent le mérite. D'ailleurs Siéyès ne manque pas de retourner contre la noblesse ces mélanges de mythe et de biologie. Il lance : « Pourquoi ne renverrait-il[le tiers-état] pas dans les forêts de la Franconie toutes ces familles qui conservent la folle prétention d'être issues de la race des conquérants ? ». Il fulmine contre ce «... peuple à part, faux peuple qui, ne pouvant à défaut d'organes utiles exister par lui-même, s'attache à une nation réelle comme ces tumeurs végétales qui ne peuvent vivre que de la sève des plantes qu'elles fatiguent et dessèchent » ³⁶⁸.

Même fantasmée, la biologie a donc historiquement une créance sur la notion d'origine, sous la forme de la filiation. *Mais elle ne la résume pas toute entière*, comme le montre encore l'exemple de la noblesse. D'abord, un non noble peut devenir noble, par sa fortune, ses compétences, ou la faveur royale, en dépit de son sang : achat d'office anoblissant, anoblissement concédé par le roi à titre de récompense par lettres de mérite (environ un millier au XVIIIe siècle). De plus, le noble peut déroger et perdre sa noblesse en se livrant à certaines activités ³⁶⁹. D'autre part, la noblesse ne se transmet pas toujours de façon automatique : certains offices n'anoblissaient que leurs titulaires, non leurs descendants. Enfin, l'origine ne prend socialement sens qu'en raison des privilèges qui lui sont attachés : distinctions honorifiques, emplois réservés, etc. Dans la société d'Ancien Régime, le noble est davantage perçu par le non noble comme un privilégié, que comme le membre d'une race particulière, au sens actuel du terme.

³⁶⁸ *Ibid.*, 10.

³⁶⁹ La dérogeance sanctionne l'exercice d'un métier lucratif (mais sont admis la verrerie, l'exploitation des mines, la médecine), ou d'une activité commerciale (mais sont autorisés le commerce maritime et le commerce de gros). Par ailleurs, un noble peut cultiver ses terres, mais il ne peut être le fermier d'autrui. La dérogeance cesse quand l'activité illicite prend fin.

L'exemple de la noblesse, pour laquelle la notion d'origine compte tant, nous permet donc de comprendre que celle-ci associe historiquement les références biologiques, sociales, historiques et certaines [658] qualités individuelles (ici, le sens de l'honneur). On retrouve ce caractère polysémique dans la définition qu'en donne J. Borella. Il associe dans l'origine privilèges et naissance, en la distinguant à juste titre de la notion actuelle de race :

« L'origine, c'est la naissance au sens de l'Ancien Régime, et donc la condamnation de la classification en ordres ou états et des privilèges qui s'y rattachaient. La race, c'est l'appartenance à un groupe ethnique et donc la condamnation des théories classificatoires hiérarchisantes. La croyance, c'est l'appartenance à une Église et les privilèges et les protections spéciales qui en découlaient, donc la condamnation des Églises établies, bref la laïcité de l'État. Il ne faut toucher à ces phrases que d'une main tremblante » ³⁷⁰. Aujourd'hui, F. Melin écrit : «... l'origine constitue l'exemple même d'une notion vague, aux contours mal définis, qui, selon l'interprétation qu'on adopte, peut couvrir un nombre indéterminé de discriminations (...) L'expression renvoie donc à une idée d'identification des individus, ou groupes d'individus, par le milieu humain, social, dont ils sont issus » ³⁷¹. Tentons d'y voir plus clair.

Remarquons d'abord que sur le plan juridique (à la différence du langage commun, qui amalgame souvent les deux notions), l'origine n'est pas la race, sans quoi l'art. 1 ne viserait pas simultanément les deux termes. De plus, l'art. 75 permet aux « citoyens de la République » qui n'ont pas le statut civil de droit commun de conserver leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. Or ce statut personnel est basé sur la coutume et la religion (essentiellement musulmane) : on admettra que l'origine, entendue sur le plan culturel et social, participe à cette définition. Observons ensuite que sous la Ve République, l'origine peut parfois apparaître comme critère autorisé de différenciation... y compris dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Elle fut déjà utilisée lors des indépendances, qui posaient le problème du statut de certains ressortissants des nouveaux États dans leur rapport à la nationalité française. La loi du 23 juillet 1960 utilise le critère du domicile, mais aussi celui de l'origine (elle vise les personnes « originaires, conjoints, veufs ou veuves d'originaires du territoire de la [659] République fran-

³⁷⁰ Borella J., L'évolution politique et juridique de l'Union française depuis 1946, Thèse de droit, Nancy, 1957, 316.

³⁷¹ Melin F., Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *RFDC*, 18, 1994., 83-84.

çaise (...) ainsi que leurs descendants »). En effet ce dernier possède l'avantage sur le domicile de dispenser ceux qui peuvent en exciper de toutes formalités : il y a hiérarchisation. D'autre part, l'origine recoupe l'autochtonie, qualité des premiers occupants d'un territoire autrefois colonisé, et intégré à la France. L'Algérie avait été départementalisée. Face à la montée de l'insurrection à la fin des années cinquante, le gouvernement avait fait adopter une série de mesures prévoyant que certains citoyens français, distingués par leur religion (musulmane) ou leur origine géographique (départements algériens) pouvaient être recrutés par quotas et avec des diplômes inférieurs à la norme commune ³⁷². Le Conseil n'a pas censuré ces dispositions.

Mais l'origine apparaît dans des textes plus récents. Dans sa décision du 30 août 1984 (*Statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie* ³⁷³), le Conseil a statué dans le même esprit que la décision précédente. Ici encore, il s'agissait de faire face à une situation troublée dans ce territoire d'outre-mer. Le projet de loi visait à instaurer un mode d'accès privilégié (avec des exigences de diplômes moins élevées) à la fonction publique territoriale par une discrimination positive au profit des Canaques : donc, l'origine ethnique en était la base. Naturellement, le statut ne la citait pas explicitement afin d'éviter la prohibition de l'art. 1. Il prévoyait seulement que les agents devraient provenir pour les deux tiers du personnel formé par un « Centre de formation du personnel administratif de la Nouvelle-Calédonie », et pour le tiers restant de la fonction publique du territoire. Comme l'écrit F.Melin : «... il paraît incontestable que le but avéré des autorités françaises était de compenser la sous-représentation dans les emplois publics des populations originaires du territoire » ³⁷⁴. Cette finalité n'avait certainement pas échappé au juge constitutionnel... qui n'a pas déclaré contraires à la Constitution ces mesures législatives. Autre exemple, celui de la loi du 9 novembre 1988 sur la Nouvelle-Calédonie, qui fixe les conditions de l'exercice du droit de vote au scrutin d'auto-détermination prévu en 1998 (nous savons aujourd'hui qu'il n'a pas eu lieu), ouvert seulement aux inscrits sur les listes électorales en 1998, ayant leur domicile en Nouvelle-Calédonie depuis 1988. F. Luchaire, un des meilleurs spécialistes du

³⁷² Cf. Melin F., *op.cit.* (*Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*), 276-277.

³⁷³ Décision 84-178 DC du 30 août 1984.

³⁷⁴ Melin F., *ibid.*, 277.

droit de l'outre-mer, affirme que si la race n'est pas concernée, [660] l'origine peut se trouver en fait visée ³⁷⁵, le débat restant ouvert. Il l'est d'autant plus que cette loi a été adoptée par référendum et échappe donc au contrôle du juge constitutionnel. Cependant, ce dernier s'est exprimé sur l'origine en d'autres occasions. La décision du 9 mai 1991 sur la Corse vise explicitement la condamnation de l'origine par l'art. 1 de la Constitution. Pourtant, dans une décision de peu d'années antérieure (8 août 1985 ³⁷⁶), le Conseil avait admis, au moins passivement, la validité de l'origine et de l'ethnie. Il avait été saisi par des membres de l'opposition au motif que le remodelage des circonscriptions électorales en Nouvelle-Calédonie avait pour objet de sur-représenter une partie de la population identifiée en fonction d'un critère ethnique, et tombait donc sous le coup des prohibitions de l'art.1. Le législateur voulait en effet avantager la population mélanésienne. Le juge constitutionnel a donc censuré le projet. Mais il a admis que le législateur pouvait prendre en compte la répartition géographique *des populations* [c'est nous qui soulignons], et ajouté que le Congrès devait être « élu sur des bases essentiellement démographiques »... ce qui laisse à penser que d'autres critères peuvent être utilisés à titre accessoire. F. Melin remarque d'ailleurs à juste titre que «... selon l'interprétation du juge constitutionnel, le concept d'origine ne diffère guère de celui d'appartenance géographique ou ethnique ³⁷⁷ ». Évidemment, la doctrine n'est pas unanime. L. Favoreu, se fondant sur la décision finale d'annulation, conclut *a contrario* que le Conseil a refusé de prendre en compte le critère ethnique. Mais D. Lochak fait remarquer qu'il emploie le mode pluriel pour désigner les populations, et qu'en s'abstenant de reprendre à son compte le qualificatif « ethnique » plusieurs fois cité par les auteurs de la saisine, évite en tout cas de le condamner. On notera par ailleurs que la qualification plurielle des populations se retrouve dans l'art. 53 de la Constitution.

Remarquons enfin que dans les textes précités, l'origine paraît souvent voisine de l'ethnie. Comme l'écrit F. Melin : «... dans tous les cas où des considérations ethniques ont été prises en compte dans les choix effectués par le législateur, le

³⁷⁵ Cf. Luchaire F., *Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer*, Paris, Economica, 58.

³⁷⁶ Décision n° 85-196 DC, *R.J.C.*, I, 234.

³⁷⁷ Melin F., *op.cit.* (*Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel...*), 90.

le juge constitutionnel français a [661] préféré se fonder sur le concept d'origine parce qu'il est plus englobant et surtout plus neutre que celui de race ».

Mais qu'est-ce que l'ethnie ?

3) Les embarras de l'ethnie

L'ethnie est un concept polysémique ³⁷⁸, et donc source de beaucoup d'ambiguïtés qui ont des conséquences dans sa qualification juridique.

339. DECLINAISON DE L'ETHNIE. - Comme dans le cas précédent, partons des dictionnaires. Ethnie vient du grec *ethnos*, qui signifie peuple. En latin, le terme *ethnicus* est d'un emploi rare. On le trouve surtout dans les textes chrétiens, où il signifie païen, ce qui en fait un vocable plutôt péjoratif. À l'heure actuelle, les dictionnaires définissent très nettement ses principaux caractères : l'ethnie est un groupe humain, qui apparaît homogène sur le plan familial économique et social ; il tire son unité d'une communauté culturelle dont le trait premier est la langue ³⁷⁹. Non seulement on remarquera l'absence de référence aux critères biologiques, mais il est même expressément exclu, dans la mesure où ces dictionnaires précisent qu'il faut distinguer l'ethnie de la race, qui « dépend de caractères anatomiques » (*Petit Robert*), ou de « caractères physiques héréditaires » (*Encyclopédie Encarta*, 1997).

Le langage commun et médiatique actuel ne l'entend pas ainsi. À supposer qu'il y ait des guerres nobles, le conflit ethnique est toujours calamiteux : il vaut pour les guerres du tiers-monde, ou encore l'incompréhensible affrontement yougoslave. *L'ethnie, c'est les autres*. De plus, elle est bien souvent le cache-misère de la race. Or cette assimilation larvée est non seulement contraire aux dictionnaires, mais à la place occupée par le concept dans les sciences sociales, notamment

³⁷⁸ D'une manière générale, cf. : Martiniello M., *L'ethnicité dans les sciences sociales contemporaines*, PUF, Paris, 1995 ; Nguyen The Kim, *L'ethnie, catégorie juridique du droit français ?*, Mémoire DEA Théorie juridique, faculté de droit d'Aix-en-Provence, 1996.

³⁷⁹ Comme le fait remarquer S. Pierré-Caps (*L'ordre juridique français et les situations minoritaires locales, à paraître*), en définissant en 1992 la langue de la République, le constituant a ethnicisé la conception française de la Nation.

en Amérique du Nord. On lui préfère plus souvent le terme *ethnicité*, qui exprime avant tout des appartenances culturelles, en premier la langue. D'autre part, les approches situationnistes, comme celle de Mary [662] Waters, s'inscrivent contre le lieu-commun de « l'enfermement ethnique » de l'individu. Au contraire, cet auteur souligne la liberté qu'il peut exercer dans le choix où le rejet de ses appartenances ethniques, moins que jamais figées. Le taux de mariages mixtes, la mobilité géographique (chaque année, 10 pour cent de la population française change de domicile...) et sociale font que chaque individu peut faire varier son ethnicité symbolique au cours du temps.

Quel choix le droit opère-t-il parmi ces significations flottantes ?

340. L'ETHNIE SAISIE PAR LE DROIT. - Un titre peut-être trompeur, car à supposer que le droit saisisse l'ethnie, il la laisse vite s'échapper... Observons d'abord que le droit international fait un large usage du terme, dans un sens positif. Les instruments protecteurs des minorités les qualifient la plupart du temps de nationales, religieuses, ethniques et linguistiques ³⁸⁰.

Le droit français a une position ambiguë. On ne trouve nulle part de définition de l'ethnie. Comme pour l'origine, il faut donc procéder par tâtonnements.

D'une part, loin de l'assimiler aux notions prohibées par l'art. 1 de la Constitution, il l'envisage de façon positive en s'en servant comme critère. En ce qui concerne l'outre-mer, les travaux parlementaires concernant le droit de sécession des territoires ont en général défini la notion de « populations intéressées » par les critères de la résidence et de l'ethnie. L'ethnie apparaît en filigrane dans la reconnaissance de structures particulières à des populations autochtones par le législateur. En Nouvelle-Calédonie, la loi référendaire de 1988 met en place des Conseils consultatifs coutumiers. Ils regroupent « suivant les usages reconnus par la coutume » les représentants des huit aires coutumières de la Nouvelle-Calédonie. Ils donnent leur avis principalement en ce qui concerne les questions relatives au statut de droit civils particulier et au droit foncier, qui concentrent

³⁸⁰ En dernier lieu, le 17 juillet 1998, la France a voté le traité créant une Cour pénale internationale, qui doit notamment sanctionner les crimes de génocide. Ils y sont définis comme les actes « commis dans l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux. (Cf. *Le Monde*, 19-20 juillet 1998, 2)

l'identité canaque. La tribu est reconnue par divers textes depuis 1867. À cette date, elle devient un être moral collectif, administrativement et civilement responsable. Un arrêt de la [663] Cour d'appel de Nouméa du 9 avril 1987 ³⁸¹ a reconnu au clan mélanésien la personnalité morale. Bien entendu, comme nous l'avons vu, les notions de « clan » et de « tribu » ne recouvrent pas nécessairement l'organisation sociale des populations mélanésiennes et procèdent en partie de l'imaginaire du colonisateur. Mais nous savons que les autochtones savent s'en servir pour défendre leurs intérêts *hic et nunc* ³⁸².

Par ailleurs, divers textes font référence à l'ethnie ³⁸³. Plusieurs décrets et arrêtés disposent que l'origine ou l'appartenance ethniques sont comprises dans les informations collectées lors des recensements dans les TOM. En Polynésie notamment, les questions posées par l'administration et le tableau de la répartition de la population faisaient (elles ont été supprimées en 1996 ; ne subsistent plus que la mention du lieu de naissance) très clairement usage de catégories ethniques, distinguant Polynésiens, Européens, Asiatiques et leurs différents degrés de métissage. Mais l'inscription dans une de ces catégories était purement déclarative : pouvait se dire polynésien un individu d'origine européenne. Il reste que comme le note D. Lochak : «... les ethnies ont été consacrées par le législateur comme catégories administratives-et donc juridiques-spécifiques, déterminant la mise en place de structures particulières (tels les Conseils consultatifs coutumiers institués par la loi du 9 novembre 1988 portant statut de la Nouvelle-Calédonie) » ³⁸⁴. Mais l'ethnie est aussi repérable en métropole. Une loi des 17 janvier 1982 ³⁸⁵ dispose que l'État, dans sa politique de conservation du patrimoine et d'aide à la création sous toutes ses formes, entend préserver les diversités ethniques. Par ailleurs, plusieurs textes relatifs aux fichages effectuées par les Renseignements Généraux concernant l'administration pénitentiaire, les réfugiés et les immigrés prennent en considération l'origine ethnique. Le juge constitutionnel lui-même admet dans une certaine mesure la référence à l'ethnie. À propos de l'extension à

³⁸¹ CA Nouméa, 9 avril 1987, *JCP*, 1987-II-20. 880, note J.L.Vivier.

³⁸² Cf. *supra*, p.456.

³⁸³ Nguyen The Kim, *op.cit.*, 55, en donne les références.

³⁸⁴ Lochak D., *La race, une catégorie juridique*, dans : « *Sans distinction de race* », Université Paris XII-Presses de la Fondation nationale des Sciences politiques, *Mots*, 33, décembre 1992, 296.

³⁸⁵ Loi n° 83-6 du 7 janvier 1982, *J. O.* 8 janvier 1982, 302.

la Nouvelle-Calédonie d'un régime de représentation proportionnelle pour les élections municipales, il a affirmé en 1983 qu'on peut tenir compte [664] «... de la situation géographique et de la diversité ethnique de ce territoire » ³⁸⁶.

Mais d'autre part, le droit français prohibe aussi les distinctions fondées sur l'ethnie. La loi du premier juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme réprime la provocation à la discrimination, la diffamation et l'injure fondées sur l'ethnie. L'art. 225-1 du Nouveau Code pénal sanctionne aussi la prise en compte de l'appartenance ou de la non appartenance à une ethnie. On trouve également des textes prohibant la référence à l'appartenance ethnique dans le statut des fonctionnaires et d'autres relatifs aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. La loi du 2 août 1989 sur les conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France la réprime elle aussi. Mais on chercherait en vain la définition de la notion... Observons seulement que la plupart de ces textes accolent les termes de race et d'ethnie, semblant sinon les identifier, au moins les rapprocher. On peut penser que ce flou terminologique provient de la réticence du législateur à donner une existence juridique à la race en l'identifiant clairement, fût-ce pour la prohiber. Le subterfuge consiste alors à employer l'ethnie comme quasi-synonyme. Une solution empirique, mais intellectuellement boiteuse. Comme l'écrit D. Lochak : «... ou bien l'*ethnie* est seulement un substitut euphémisé de la *race*, auquel cas le problème reste intact, ou bien, à l'inverse, on donne à ce mot un contenu positif - puisqu'aussi bien l'existence des ethnies est moins controversée que celle des races-, mais avec le risque, précisément, de paraître redonner un fondement objectif, et donc une crédibilité, à des distinctions dont l'illégitimité ne fait en revanche aucun doute aux yeux du plus grand nombre lorsqu'elles prétendent se fonder sur la *race* » ³⁸⁷.

Constatons en tout cas que le rapprochement entre l'ethnie et la race ne correspond ni au langage des dictionnaires, ni aux concepts des sciences sociales. Il serait donc dangereux que notre droit avance davantage sur cette voie.

Ses embarras à définir l'origine, l'ethnie et la race, ainsi qu'à moduler clairement par rapport à ces notions les discriminations autorisées ou interdites témoignent d'une incapacité de nos juristes à les penser, qu'on espère momentanée.

³⁸⁶ Décision n° 82-151 DC du 12 janvier 1983, AC 29.

³⁸⁷ Lochak D., *ibid*, 303.

[665]

Ces difficultés ne sont d'ailleurs pas surprenantes dans le cadre d'un système juridique comme le nôtre, traditionnellement plus centré sur l'assimilation que le pluralisme. L'évolution de la jurisprudence aux États-Unis et dans le système européen peut elle donner à la France matière à réflexion ?

C) L'évolution des discriminations positives aux Etats-Unis et dans la jurisprudence européenne

Depuis une dizaine d'années, une réaction jurisprudentielle est intervenue contre certaines formes prises par l'*Affirmative Action*. En Europe, cette politique des discriminations positives étant allée jusqu'ici moins loin, l'infléchissement a été moins sensible.

341. LE REVIREMENT DE LA JURISPRUDENCE AUX ETATS-UNIS ³⁸⁸. - En 1981, R. Reagan est élu Président des États-Unis. Démocrate au début de sa carrière, il a rejoint les rangs du parti républicain, et entend mettre en oeuvre « la révolution conservatrice ». En 1985, il nomme *Attorney general* (magistrat suprême exerçant les fonctions de ministère public) E. Meese, qui décide le contrôle systématique de la constitutionnalité des programmes d'*Affirmative Action*. Il les considère comme contraires au principe d'égalité des chances, fondamental dans la doctrine libérale. L'année suivante, dans l'arrêt *Wygant vs. Jackson Board of Education*, la Cour suprême annule un accord conclu entre les syndicats enseignants et les autorités scolaires avantageant les enseignants noirs en cas de licenciement. Mais l'étape essentielle est franchie en 1989 avec l'affaire *Richmond vs. J.A. Croson Co.* où elle annule la décision de la ville de Richmond d'accorder un tiers de ses parts de marchés publics aux entreprises appartenant à des minorités. Le principe dégagé en l'espèce affirme en effet que les discriminations raciales, mêmes positives, doivent être *a priori* considérées comme suspectes, et se voir appliquer un contrôle strict. En 1995, cette tendance est confirmée dans trois

³⁸⁸ Sur un plan général, cf. Rosenfeld M., *Affirmative Action and Justice*, Yale University Press, New-Haven- London, 1991 ; Lacorne D., *La crise de l'identité américaine*, Paris, Fayard, 1997.

arrêts, dont le premier est le plus important : *Adarand Constructors vs. Peña*, *Missouri vs. Jenkins* ; *Miller vs. [666] Johnson*. La théorie de la justice compensatrice tombent sous le coup de « présomption d'inconstitutionnalité ». Les distinctions fondées sur la race, le sexe ou l'ethnie deviennent des classifications suspectes. La Cour réaffirme que les programmes d'*Affirmative Action* doivent être contrôlés de manière stricte ; or, en pratique, le système du contrôle strict conduit dans la quasi-totalité des cas à des déclarations d'inconstitutionnalité. Dans *Miller vs. Johnson*, le *Justice Kennedy* écrit que « la Constitution impose que le gouvernement traite les citoyens en individus et non en tant que simples composants de catégories raciale, religieuse, sexuelle ou nationale ». En août 1995, le Conseil des neuf Universités de l'Etat de Californie supprime tous les systèmes de préférence raciale dans les procédures de sélection et d'admission des étudiants. Dans le même État, un référendum tenu en novembre 1996 entraîne l'abrogation de ce type de mesures dans l'éducation publique et l'administration, ainsi que dans l'ensemble des institutions contractant avec l'État.

Le renouveau des idées conservatrices compte certainement dans ces revirements (*Kennedy* et *Johnson*, inventeurs de l'*Affirmative Action*, étaient démocrates). Mais indéniablement, il correspond aussi à une hostilité de l'opinion publique à ces mesures. En 1995, un sondage ³⁸⁹ montre que 75 pour cent des personnes de race blanche... et 52 pour cent de celles de race noire les rejettent. Les Asiatiques aussi, qui ayant brillamment démontré leur capacité de promotion sociale, craignent qu'elle ne soit uniquement attribuée à ces dispositions. D'autre part, on leur reproche de contribuer à attiser les réactions racistes entre les communautés non blanches, qui sont bien réelles. Enfin, on fait valoir que depuis la fin des années soixante-dix, la place des Noirs et des autres minorités dans la société américaine ne s'est pas améliorée, mais a au contraire empiré ³⁹⁰. Sur ce dernier point, on peut se demander si l'accentuation des inégalités socio-économiques ne dépend pas aussi de la politique systématique de réduction des budgets sociaux au nom du désengagement de l'État... D'autre part, l'*Affirmative Action* ici rejetée est-elle bien celle de ses inventeurs ?

³⁸⁹ Cf. Horner C., What should we do after Affirmative Action ?, *The Brookings Review*, summer 1995, 8.

³⁹⁰ Cf. les chiffres cités par F.Melin, *op.cit.* (*Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*), 252, n. 459.

[667]

342. LA PERVERSION DE L’AFFIRMATIVE ACTION. - Pour H. Moutouh, la réponse est clairement négative ³⁹¹. Cet auteur fait valoir que pour Kennedy et Johnson, elle signifiait tout autre chose. Les institutions contractant avec les autorités fédérales devaient seulement recruter des travailleurs sans procéder à des discriminations négatives, et le faire savoir à ceux qui auraient pu ne pas se présenter par peur de celles-ci. Mais on ne demandait pas à une entreprise de mettre en oeuvre un programme de traitement préférentiel au profit d'une catégorie définie par la race ou le sexe, ce qui présente le danger d'instituer non pas tant des discriminations positives que des discriminations « à rebours » (*reverse discriminations*), qui désavantagent ceux qui ne font pas partie de ces catégories (selon un dicton populaire, les « Blancs, chrétiens et mâles »).

Les choses ont évolué autrement en raison des politiques normatives fédérales et des décisions jurisprudentielles. En réaction, une partie de la doctrine avait critiqué dès les années quatre-vingt l'utilisation du critère racial dans l'attribution des traitements préférentiels. Aujourd'hui, l'*Affirmative Action* pourrait reposer non plus sur les critères racial, ethnique ou sexuel, mais simplement socio-économiques. Si c'était le cas, elle opérerait le passage d'une justice corrective à une justice distributive. La première suppose la réparation d'un préjudice subi par une victime ; mais dans le cas des discriminations positives, la victime et l'auteur du préjudice ne sont pas clairement identifiables. La victime ne doit démontrer que son appartenance au groupe qui a subi la discrimination négative ; l'institution qui met en oeuvre les mesures de rattrapage n'est pas nécessairement celles qui a infligé le dommage. La justice distributive ne part pas des mêmes prémices : elle ne repose pas sur l'idée de dommage et de préjudice, mais considère qu'une société juste ne doit pas tolérer l'existence de catégories de personnes en situation de nette infériorité, quelle que soit l'origine de cet état.

Le raisonnement paraît valide si à l'origine l'*Affirmative Action* était vraiment différente de ce qu'elle est devenue. Cependant, il faut quand même constater que les concepts deviennent ce que la réalité en fait. Une politique différencialiste

³⁹¹ Cf. Moutouh H., *op.cit.*, 442-455.

peut tout aussi bien cautionner l'*apartheid* que fonder la démocratie pluraliste : on reconnaît l'arbre à ses fruits.

[668]

343. LE CARACTÈRE NUANCÉ DE LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE. - Le système de la Convention européenne des droits de l'homme comme celui de l'Union européenne reconnaissent la nécessité de créer des inégalités de droit afin de compenser des inégalités de fait. La Cour de Strasbourg a jugé en 1979 dans l'affaire *Marckx* que pour rendre effectif l'art. 14 de la Convention consacrant le principe de non-discrimination, les États devaient mettre en oeuvre une action positive. Sur un plan plus général, elle a affirmé en 1981 dans l'arrêt *Young, James et Webster* : «... la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante ». Autrement dit, la démocratie n'est pas une arithmétique : elle se mesure plutôt au degré de diversité qu'elle est disposée à reconnaître, et capable de gérer. Le fait que les régimes autoritaires se définissent par la règle et les pratiques inverses le prouve bien.

Sous la forme d'une directive du Conseil en date du 9 février 1976 ³⁹², le droit de l'Union européenne prescrit au nom du principe d'égalité de traitement « l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement ». Mais le même texte précise que cette prohibition de la discrimination sexuelle « ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et les femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes... ». On avait récemment pu croire à un certain raidissement de la Cour de Luxembourg avec l'arrêt *Kalanke* du 17 octobre 1995 ³⁹³, décidant qu'«... une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou d'une promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances ». Mais dans l'arrêt *Marschall*

³⁹² Cf. la directive du Conseil du 9 février 1976 : directive n° 76-206, *J.O.C.E.*, n° L. 39 du 14 février 1976, 10. Dans le même sens : résolution du 12 juillet 1982, *J.O.C.E.*, 3 ; recommandation du Conseil du 13 décembre 1984, *J.O.C.E.*, n° L. 331 du 19 décembre 1984, 34.

³⁹³ C.J.C.E., Aff. 450/93, dact. ; D.1996, J., p.221 note J.-L. Clergerie ; *Dr.Soc.*, 1996, p.494, note M.-T. Lanquetin.

(concernant une contestation survenue en Allemagne) rendu en novembre 1997, la Cour a confirmé la validité des discriminations positives établies en faveur des femmes en matière professionnelle. Elle a en effet décidé (contre l'avis du gouvernement français) que le principe d'égalité de traitement « ne s'oppose pas à une règle nationale qui oblige, à qualifications égales des candidats [669] de sexe différent quant à leur aptitude, à leur compétence et à leurs prestations professionnelles, à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs d'activité du service public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur... » ³⁹⁴.

On peut donc penser que la notion française de discrimination positive appartient bien davantage à la famille européenne qu'à l'*Affirmative Action* nord-américaine, au moins dans la version qui en a prévalu jusqu'ici. Elle se refuse notamment à faire de la race un critère de discrimination. Non pas pour signifier que les infériorités attachées aux appartenances raciales supposées n'existent pas dans la réalité, et qu'elle ne mériteraient pas d'être combattues, mais parce que la seule catégorisation juridique de la race lui paraît un danger potentiel trop grave pour qu'un risque soit pris, fût-ce dans de bonnes intentions. À l'inverse, dans l'affaire *Bakke* soumise à la Cour suprême des États-Unis, le *Justice* Harry A. Blackmun avait estimé : « Si l'on veut aller au-delà du racisme, on doit d'abord tenir compte de la race ». Deux philosophies différentes. Cependant, la position française n'est pas totalement tenable, dans la mesure où la législation condamnant les discriminations négatives fondées sur la race a malgré tout institutionnalisé la notion de race. D'autre part, nous avons vu les confusions regrettables de cette notion avec des concepts plus légitimes, tels que l'origine ou l'ethnie, qu'elle opère ou entérine. En revanche, en ce qui concerne les femmes, le modèle français aurait plutôt tendance à se rapprocher très progressivement de l'exemple nord-américain.

Quoi qu'il en soit de la diversité de ces expériences et de l'inégale fortune des résultats obtenus, on voit que toutes ces politiques ont pour but de conjuguer la différence avec l'égalité. Une idée neuve en France, qui se propage depuis peu aux territoires.

³⁹⁴ C.J.C.E., Aff. C-409/95, 17 novembre 1997, *Recueil de jurisprudence* 1997, page 1-6363.

[670]

Section III

Le principe d'égalité et la diversité des territoires

[Retour au sommaire](#)

344. HOMMES ET TERRITOIRES. - La Révolution rêvait d'une société nouvelle, juridiquement indifférenciée. L'organisation du territoire devait refléter ce peuple idéal, somme d'individus libres et égaux en droit. Deux siècles plus tard, les choses ont bien changé ³⁹⁵. En 1995, le Conseil constitutionnel a admis qu'une même loi pouvait s'appliquer différemment dans certaines parties du territoire. Le législateur a aussi introduit récemment une notion nouvelle dans notre organisation territoriale, le « pays ». Le droit français connaît donc un processus de territorialisation. Ne nous laissons pas cependant abuser par les mots : cette législation ne vise pas des terres vacantes ou désertiques. Mais des hommes. Comme le note A.-M. Le Pourhiet : «... il s'agit exclusivement d'introduire des discriminations entre des personnes ayant un lien avec un territoire (...) Ce ne sont pas les territoires qui paient des impôts ou des charges sociales, ou qui présentent des déséquilibres, ce ne sont pas les quartiers ou les banlieues qui sont difficiles, ce sont leurs populations, et c'est donc l'analyse de ces différences humaines et sociales et de leur traitement qu'il convient de mener objectivement, sans feindre d'imputer à la simple géo(ou topo)graphie, des différences ou discriminations de nature essentiellement sociologiques. Là encore, le recours à une terminologie « neutre » évacuant l'aspect humain pour mettre l'accent sur des différences naturelles, est révélatrice d'une certaine fuite devant la vérité objective » ³⁹⁶. D'ailleurs, la loi pour l'aménagement et le développement du territoire à la base de la

³⁹⁵ Sur un plan général, cf. Chevallier J., *Centre, périphérie et territoire*, Paris, PUF, 1978 ; Marx J.-L., *Les territoires de l'État*, Paris, PUF, 1997.

³⁹⁶ Le Pourhiet A.-M., Discriminations « positives » ou injustice ?, à paraître. Au cours de la Table Ronde du GERJC consacrée aux discriminations positives (Aix-en-Provence, 12-13 septembre 1997), le doyen L.Favoreu, dans le même sens, a fait remarquer que *concrètement* les zones territoriales devant bénéficier d'un traitement particulier aux termes de la loi d'aménagement du territoire de 1995 ne sont pas caractérisées par des critères de géographie physique, mais par les particularismes des populations qui y résident.

jurisprudence du Conseil (art.1) précise bien qu'elle : «... a pour but d'assurer, à chaque citoyen, l'égalité des chances sur l'ensemble du [671] territoire ». C'est pourquoi le doyen Y. Madiot voit dans ces mutations l'émergence d'une « démocratie territoriale ».

345. LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL SUR L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE (1995).

- En 1958, le constituant avait prévu au bénéfice de la France d'outre-mer un certain nombre de possibilités d'adaptation de la législation en fonction de la qualification juridique des zones considérées. Les départements ne disposaient que d'une marge limitée, à la différence des territoires, distinction fermement maintenue jusqu'à nos jours. Naturellement, cette politique juridique tient non seulement à l'éloignement physique, mais surtout aux particularismes des populations concernées, formant notamment des milieux humains aux caractéristiques très pluri-ethniques. Pour autant, cette spécificité ne concerne pas que la France exotique. On avait déjà procédé à l'adaptation des services publics aux besoins spécifiques de certains territoires : l'exode des populations rurales avait entraîné la suppression d'implantation locale de services publics, qui au contraire augmentait dans les zones urbaines en progression. De plus, au cours de ces dernières années, est apparue en droit administratif la notion de « collectivité périphérique ». J.F. Auby la définit ainsi : «... un territoire appartenant à la nation, mais dont les caractéristiques historiques, géographiques, économiques et politiques justifient qu'il soit doté d'une organisation institutionnelle particulière, dérogatoire à l'organisation des collectivités locales. Cette définition inclut aujourd'hui l'outre-mer, mais elle inclut aussi la Corse. Rien ne dit que, demain, elle ne vise pas également d'autres zones du territoire métropolitain » ³⁹⁷. Cette évolution s'inscrit dans le cadre déjà évoqué d'un recentrage sur le local de la population française : la recherche d'identité passe par un lien avec le territoire quotidiennement vécu, c'est-à-dire de dimensions plus restreintes que l'ensemble national : commune, région, etc. Notons bien que ce sentiment ne provient pas d'un ancrage territorial des Français plus fort qu'auparavant. Au contraire. En raison de la mobilité professionnelle et géographique (répétons que 10 pour cent de la population change de domicile chaque année), l'individu sent au

³⁹⁷ Auby J.-F., *Droit des collectivités périphériques françaises*, Paris, PUF, 1992, 10.

contraire s'effacer ses liens avec son territoire. La généralisation de l'habitat sous forme collective compte aussi beaucoup dans ce processus de dilution (une [672] maison de famille n'est pas un appartement). Il recherche donc un contrepoint à ce moderne nomadisme.

Saisi en 1995 d'une loi sur l'aménagement du territoire (dite « loi Pasqua »), le Conseil constitutionnel a expressément reconnu que le principe d'égalité pouvait s'adapter à la diversité des territoires. Auteurs de la saisine, les députés socialistes faisaient valoir qu'en prévoyant pour certaines zones des dispositions dérogoires au droit commun, le texte opérait une rupture d'égalité par rapport au reste du territoire national.

En effet, la loi prévoit en s'inspirant du modèle allemand différents mécanismes de compensation ou de péréquation fiscale au profit de certaines zones considérées comme défavorisées par rapport à la moyenne nationale, caractérisées par des handicaps géographiques, économiques et sociaux. Des avantages financiers et fiscaux doivent permettre l'installation d'entreprises, et faire diminuer le chômage. Ces zones comprennent des « zones d'aménagement du territoire », des « territoires ruraux de développement prioritaire » et des « zones urbaines sensibles » (des « zones de redynamisation urbaine » doivent être créées au sein de ces dernières). Le Conseil constitutionnel a décidé que : «... le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement et à l'aménagement de certaines parties du territoire dans un but d'intérêt général ». On est ici au coeur de la logique des discriminations positives, puisque la recherche d'une égalité de fait conduit à la création d'inégalités de droit. Le Conseil précise bien que le régime de l'agrément dans la région Île de France, «... loin de méconnaître le principe d'égalité, constitue un moyen d'en assurer la mise en oeuvre » ³⁹⁸.

Dans un récent article ³⁹⁹, le doyen Madiot a proposé de voir dans cette territorialisation du droit l'émergence de la démocratie territoriale. Pour lui, il faut entendre par territoire : «... le lieu d'exercice, par la population qui l'occupe, de libertés individuelles et collectives, civiles et politiques, économiques, sociales et

³⁹⁸ Décision no. 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Aménagement du territoire*.

³⁹⁹ Cf. Madiot Y., Vers une « territorialisation » du droit, *RFDA*, 11 (5), septembre-octobre 1995, 946-960.

culturelles ». Le territoire est donc relié à l'exercice des libertés, fondamental en démocratie. Mais ces libertés ne sont pas seulement des principes abstraits : mises [673] en rapport avec un territoire, elles deviennent plus concrètes. Le doyen Madiot ajoute : « La démocratie territoriale, c'est l'émergence du territoire, dans sa diversité, comme élément de la dignité de la personne humaine ». Elle débouche non pas sur l'État fédéral (on peut concevoir la diversité juridique à l'intérieur du caractère unitaire de l'État), mais sur un dépassement de la notion actuelle de décentralisation : non seulement une redistribution des compétences entre l'État et les collectivités locales, mais la pluralité d'un droit territorialement adapté.

On peut évidemment se demander comment concilier l'organisation différenciée du territoire avec l'indivisibilité de la République. Il est clair que les hommes de 1789 auraient jugé strictement impossible un tel accommodement. Mais quand des adaptations des grands principes sont jugées inéluctables, il faut bien formuler de nouvelles explications de règles anciennes : c'est le mécanisme de l'acculturation juridique. En occurrence, on dira que l'indivisibilité est un attribut de la souveraineté, et non du territoire. D'ailleurs, la même loi d'aménagement du territoire validée par le Conseil constitutionnel va plus loin dans la prise en compte des identités locales en introduisant en droit positif la notion de « pays », peut-être symptomatique de la naissance de l'« État local ».

346. LES « PAYS » ET L'« ÉTAT LOCAL ». - Comme l'observe S. Pierré-Caps ⁴⁰⁰, l'État national devient une unité composée. L'art. 2 de la loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire propose : « une organisation du territoire fondée sur les notions de bassins de vie organisés en pays et en réseaux de villes ». L'État local serait constitué par ces réseaux, largement autonomes par rapport à l'administration des collectivités locales décentralisées, qu'ils engloberaient sans s'y confondre. Dans cet ensemble, le pays n'est pas une structure administrative définie, mais un espace procédant avant tout de la volonté locale et d'un « réseau de solidarités ». Relativement flou, ce concept n'en a pas moins rapidement connu un grand succès : en octobre 1997, 250 pays étaient déjà recensés sur l'ensemble du territoire. En vérité, ce terme pluriel de pays était bien connu au Moyen âge : la France était constituée d'une pluralité de

⁴⁰⁰ Pierré-Caps S., L'ordre juridique français et les situations minoritaires locales, à paraître.

pays. D'ailleurs, on remarquera que la forme moderne du pays correspond [674] souvent à des réalités historiques anciennes. En 1997, le Pays basque est devenu un pays, dont le territoire recouvre les trois « provinces » basques situés en territoire français (le Labour, la Basse-Navarre et la Soule). Le ministère de l'Aménagement du Territoire et de la Ville prévoit d'articuler la France du siècle suivant autour d'une centaine de métropoles et de 400 à 500 pays. On est loin de l'État jacobin.

Si les minorités n'ont en principe pas droit de cité en France, le droit positif prend donc incontestablement en compte les *situations* minoritaires et particulières, quelque soit la prudence des formulations employées. Une interprétation pluraliste de l'État unitaire français est aujourd'hui non seulement possible, mais nécessaire.

Section IV

L'interprétation pluraliste de l'État unitaire français

[Retour au sommaire](#)

Comme les données qui précèdent nous le font clairement pressentir, l'État français a adapté certains de ses principes fondateurs : nous nous en apercevrons encore davantage en étudiant les limites des principes d'unité du pouvoir normatif et d'indivisibilité de la République. D'autre part, sous la pression des circonstances, les peuples autochtones apparaissent en filigrane dans l'État français. Enfin, on peut se demander si à côté du traditionnel droit à la différence ne naît pas un droit *de* la différence.

A) L'adaptation des principes fondateurs

Nous examinerons successivement l'unité du pouvoir normatif et l'indivisibilité de la République.

1) L'évolution de l'unité du pouvoir normatif

347. L'UNITÉ TRADITIONNELLE DU POUVOIR NORMATIF. - Si la Constitution de 1958 ne proclame plus le caractère unitaire de l'État français, celui-ci correspond à la tradition révolutionnaire, et aux avis de [675] la doctrine, considérant que l'indivisibilité de la République implique le caractère unitaire de l'État. Le pouvoir politique doit s'exercer de manière identique sur l'ensemble du territoire, ce qui correspond à la volonté de l'Etat-Nation d'unifier sa population. Le droit doit émaner des organes qui exercent le pouvoir au nom du peuple souverain : le Parlement pour l'adoption des lois, l'exécutif pour l'élaboration des actes de nature réglementaire. Écartons tout de suite un possible malentendu. L'unité du droit ne signifie pas nécessairement son identité : l'autorité normative reste libre de déterminer le champ d'application territorial des règles qu'elle engendre. Dans ses articles 73 et 74, la Constitution prévoit la possibilité d'un régime législatif et d'une organisation particulière des départements et territoires d'outre-mer. D'autre part, en métropole même, il existe des droits locaux : en Alsace-Moselle et en Corse (pour cette dernière, essentiellement des dispositions fiscales remontant à des mesures prises sous le Consulat et l'Empire). En revanche, même si certains particularismes peuvent donc être pris en compte, est exclu le pouvoir normatif autonome local, sauf dans le cas des TOM, pour lesquels le Conseil constitutionnel a admis en 1965 que le législateur pouvait confier à l'autorité locale un pouvoir réglementaire dans les matières placées par l'art. 34 de la Constitution dans le domaine législatif. Mis à part cette exception, on pourrait objecter que l'art. 72 de la Constitution garantit la libre administration des collectivités territoriales. Cependant, cette liberté ne comprend pas l'exercice d'un pouvoir normatif autonome ; de plus, le Conseil constitutionnel a jugé en 1994 (*Révision de la loi Falloux*) que la libre administration «... ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire ». Ainsi, la liberté d'enseignement et les libertés publiques qui ont même valeur doivent être exercées uniformément sur l'ensemble du territoire national. Il reste qu'à l'intérieur de ces limites, l'État unitaire français est incontestablement pluri-législatif.

Serait-il même pluri-administratif ? F. Weber le soutient ⁴⁰¹. L'art. 21 de la Constitution fait du premier ministre l'autorité qui [676] assure l'exécution des lois et exerce le pouvoir réglementaire : le principe est donc l'unité de source de pouvoir réglementaire dans l'État. Cependant, là aussi, il faut l'entendre dans un sens nuancé. Car pour l'auteur, à condition que la source du pouvoir réglementaire demeure bien nationale et centralisée, il peut exister un pouvoir réglementaire local. L'art. 21 fait obstacle à la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire initial au profit des collectivités locales, mais la loi peut leur attribuer des compétences réglementaires, qui sont alors dérivées.

348. LA RUPTURE DE L'UNITÉ NORMATIVE. - Ces principes étaient jusqu'ici relativement clairs. Mais l'accord sur la Nouvelle-Calédonie du 21 avril 1998 ⁴⁰² introduit une innovation majeure dans notre histoire constitutionnelle, même si elle ne concerne qu'une partie du territoire français. En effet, l'accord prévoit que : « Certaines délibérations du Congrès auront le caractère de loi du pays et de ce fait ne pourront être contestées que devant le Conseil constitutionnel avant leur publication... ». De plus, il se pourrait qu'à brève échéance, le système de la « loi du pays » ne concerne plus seulement la Nouvelle-Calédonie, mais aussi la Polynésie : un texte devrait être prêt au début de l'automne 1998 ⁴⁰³.

Dans l'hypothèse où le principe d'unité normative comprend la Constitution, celui-ci sortira indemne de la révision constitutionnelle à venir impliquée par l'accord, dans la mesure où la Constitution française demeurera unique, à la différence des États fédéraux qui en comptent plusieurs. Cependant, dans une seconde hypothèse qui paraît beaucoup plus probable, s'il faut entendre par unité normative l'unité législative, alors se produira une innovation majeure dans l'histoire de notre pays : pour la première fois, «... des normes de valeur législative n'émaneront pas des représentants de la volonté générale, mais d'une Assemblée infranationale » ⁴⁰⁴. Si la source législative n'est plus unique, la France restera cepen-

⁴⁰¹ Cf. Weber F., *Unité de l'État et diversité régionale en droit constitutionnel français*, Thèse de droit, Université de Nancy II, 1997, 208-234.

⁴⁰² Signé en Nouvelle-Calédonie le 5 mai 1998 par le premier ministre L. Jospin.

⁴⁰³ Cf. *Le Monde*, 23 juillet 1998, 6.

⁴⁰⁴ Faberon J.-Y., L'accord de Nouméa du 21 avril 1998 : la Nouvelle-Calédonie, pays à souveraineté partagée, *Regards sur l'actualité*, mai 1998, 25.

dant un État unitaire, et ne deviendra pas un État composé (solution fédérale). D'ailleurs, les Régions en Italie et les Communautés autonomes en Espagne disposent d'une capacité législative, mais ces deux pays demeurent des États unitaires. Cependant, alors que la [677] France était le modèle de l'État unitaire, elle aura évolué vers une forme beaucoup moins classique, dans la mesure où pour une partie de son territoire, elle sera devenue un État autonome, en fait à mi-chemin entre l'État unitaire et d'État fédéral.

2) L'évolution de l'indivisibilité de la République

349. LE FONDEMENT RÉPUBLICAIN. - Le principe d'indivisibilité apparaît sous la monarchie constitutionnelle. La Constitution de 1791 affirme que : « Le Royaume est un et indivisible » (Titre II, art. 1). Quelques jours après l'abolition de la monarchie, la Convention déclare le 25 septembre 1792 que «... la République française est une et indivisible ». Pour les révolutionnaires, cela implique l'uniformité des structures territoriales et du droit applicable sur l'ensemble du territoire.

Le député Gossin écrit : « La France doit cesser d'être un assemblage de pièces posées les unes à côté des autres sans adhérence mutuelle (...) On ne sera plus patriote pour sa province et mauvais citoyen pour l'État ». Rabaut-Saint-Étienne, membre du Comité de Constitution, déclare : « La grande unité ne peut être simple qu'autant qu'elle sera composée d'unités pareilles » ⁴⁰⁵. L'instruction du 8 janvier 1790, prise en application de la loi du 22 décembre 1789 réorganisant les circonscriptions territoriales est parfaitement claire : « L'État est un, les départements ne sont que des sections d'un même tout ; une administration uniforme doit donc les embrasser tous dans un régime commun ». Cependant, le principe d'indivisibilité disparaît avec l'Empire, ressuscite brièvement en 1848, s'assoupit de nouveau jusqu'en 1946, est réaffirmé dans l'art. premier de la Constitution de 1958. Par ailleurs, l'art. 3 de la Déclaration de 1789 assigne essentiellement à la nation le principe de toute souveraineté, et l'art. 3 de la Constitution de 1958 l'at-

⁴⁰⁵ Sur le thème de l'indivisibilité, notamment sous l'angle historique, cf. Debbasch R., *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Economica-Presses de l'Université d'Aix-Marseille III, 1988.

tribue au peuple, précisant : « Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ». Il constitue donc un des fondements de la République.

Comme nous l'avons vu, il implique l'unité du pouvoir normatif. De plus, en 1976, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'il s'appliquait à la [678] représentation du peuple français ⁴⁰⁶. En 1982, au sujet de l'éventuelle institution de quotas au bénéfice des femmes dans la composition des listes des candidats aux élections municipales, il interdit « toute division par catégorie des électeurs et des éligibles ». En 1984, il condamne les divisions du corps électoral instituées en fonction des attaches de certains citoyens avec une partie déterminée du territoire français. Mais ici encore, des nuances s'imposent.

350 LES ATTÉNUATIONS DU PRINCIPE.- Comme le fait remarquer T. Michalon ⁴⁰⁷, de nombreuses fractions du territoire ont fait sécession de la République : la Cochinchine devenue le Vietnam en 1949 ; les Établissements français de l'Inde entre 1951 et 1956 ; diverses anciennes colonies d'Afrique noire devenues États autonomes en 1958 ; l'Algérie en 1962 ; l'archipel des Comores (Mayotte exceptée) en 1975 ; le Territoire des Afars et des Issas, devenu République de Djibouti en 1977. A l'heure actuelle, il n'existe pas à proprement parler pour les peuples d'outre-mer de droit à l'autodétermination, en ce sens qu'il ne leur suffit pas de la demander pour l'obtenir, mais plutôt une procédure touchant cette possibilité. Celle-ci ne peut être mise en oeuvre que par le gouvernement de la République, qui doit prendre un décret organisant la consultation locale par référendum des populations intéressées, et achevée par le législateur : le Parlement doit voter une loi autorisant la sécession, qui détermine souverainement les conditions de son exercice. De plus, le processus doit s'inscrire dans le cadre de la Constitution ⁴⁰⁸, ce qui tend à exclure l'application des règles du droit international. En France, l'autodétermination est davantage une éventualité qu'une prérogative. De plus, la grande majorité de la population française en est exclue, puisque cette possibilité est refusée aux collectivités métropolitaines. Cependant, le droit de sécession a probablement connu récemment outre-mer une extension notable.

⁴⁰⁶ Décision no. 76-71 DC du 30 décembre 1976.

⁴⁰⁷ Cf. Michalon T., *La République française, une fédération qui s'ignore ?*, *RDP*, 3, 1982, 649-662.

⁴⁰⁸ Cf. Roux A., *Droit constitutionnel local*, Paris, Economica, 1995, 85.

Dans sa décision sur le statut de la Corse du 9 mai 1991, le Conseil constitutionnel a affirmé que «... la Constitution de 1958 distingue le peuple français des peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination ». Il n'a donc pas distingué entre les peuples d'outre-mer des territoires et des [679] départements, ce qui tendrait à signifier que la procédure d'autodétermination pourrait aussi s'appliquer aux DOM.

D'autre part, le cas de la Nouvelle-Calédonie est encore une fois singulier par rapport aux conséquences de l'indivisibilité sur la représentation du corps électoral. En 1988, il a été prévu que dix ans plus tard serait organisé un scrutin d'autodétermination limité aux « personnes intéressées », inscrites sur les listes électorales ainsi que leurs descendants. Ce qui était en désaccord avec l'indivisibilité. Dans la mesure où cette disposition fut incluse dans la loi référendaire du 9 novembre 1988, elle échappa au contrôle de constitutionnalité. Le projet d'accord du 21 avril 1998 va plus loin encore en prévoyant certaines modalités de scrutins d'autodétermination devant intervenir dans une vingtaine d'années. D'une part, le corps électoral reste circonscrit aux limites fixées en 1988, mais il est en même temps étendu (plusieurs milliers de justiciables, la plupart du temps canaques, condamnés à la privation de l'exercice de leurs droits civiques accessoire à des condamnations pénales seront réintégrés), et amputé (les Français de métropole ou de territoires de Polynésie et Wallis et Futuna qui ne satisferont pas aux conditions de durée d'inscription sur les listes électorales ne pourront pas voter, même s'ils habitent la Nouvelle-Calédonie depuis plusieurs années). Selon le mot d'un des négociateurs, il s'agit là d'« horreurs constitutionnelles » ⁴⁰⁹. La République décroîtrait-elle avec la distance ? En tout cas, personne ne doute qu'une révision de la Constitution soit indispensable pour faire adopter ces mesures.

Elles font partie des indices qui font apparaître en filigrane les peuples autochtones derrière le visage de Marianne.

⁴⁰⁹ *Le Monde*, 12 avril 1998.

B. Les peuples autochtones en filigrane

En principe, les peuples autochtones ne peuvent exister en droit français en tant que collectivités infra-nationales. Cependant ce refus de principe laisse possibles beaucoup d'aménagements qui ne sont pas seulement de fait, mais de droit.

[680]

1) La négation de principe des peuples autochtones par la République ⁴¹⁰

351. LE REFUS DE PRINCIPE. - Fidèle à sa ligne de conduite, la France ne peut reconnaître sur son sol l'existence de peuples autochtones. Pas plus que de minorités : si en droit international comme en doctrine minorités et autochtones constituent aujourd'hui deux concepts différents, l'attitude officielle de la France conclut à leur commune inexistence. Pour autant, on ne peut raisonnablement en faire un État oppressif à leur égard, mais constater qu'elle appréhende les particularismes de ces groupes humains en termes individuels. En 1992, le ministère des Affaires étrangères résumait fort bien ce point de vue :

« Conformément à son ordre constitutionnel, la France a été amenée à préciser, chaque fois que de besoin, qu'il n'existait pas de minorités juridiquement reconnues sur son territoire (...) *seuls les individus sont détenteurs de droits et d'obligations et non les groupes de personnes* (...) D'une manière générale, il conviendrait d'écarter toute référence aux droits collectifs des minorités » ⁴¹¹. La France se refuse donc à signer les conventions internationales prévoyant la protection des droits des autochtones, ou fait part de ses réserves sur les points qui concernent spécifiquement les autochtones dans des instruments plus généraux, se dispensant ainsi d'y obéir. Ainsi a-t-elle agi en ratifiant la Convention de l'ONU relative aux

⁴¹⁰ Pour plus de détails, cf. Rouland N(dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, 507-530.

⁴¹¹ Rapport du ministère des Affaires étrangères françaises, dans : Commission nationale consultative des droits de l'homme, 1991, *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Paris, La Documentation française, 1992, 208-209, 346.

droits de l'enfant (1989), dont l'article 30 prévoyait une protection spécifique des droits des enfants appartenant à des minorités ethniques ou d'origine autochtone. En tant qu'individus, les autochtones ont droit au respect de leurs particularismes dans les limites posées par le droit français, mais ils ne peuvent constituer des sous-ensembles au sein de la nation. Pas plus que les Corses ne sont un peuple composante du peuple français, même s'ils jouissent d'une [681] organisation administrative particulière, censée rendre compte de leurs spécificités géographiques et culturelles ⁴¹².

352. DROIT INTERNATIONAL : LE PARTICULARISME FRANÇAIS.

- La France est en dissonance par rapport au droit international qui, depuis une vingtaine d'années, connaît une ouverture remarquable au droit des peuples autochtones. Elle peut donc encourir de temps à autre ses sanctions. En 1997, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a décidé qu'elle avait violé le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (prolongement conventionnel de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ratifié par la France), notamment en ne tenant pas suffisamment compte des traditions culturelles polynésiennes dans la définition de la notion de famille ⁴¹³. *Stricto sensu*, il n'existe pas encore de définition des peuples autochtones. Cependant, celle donnée par le rapport Cobo (commandé par l'ONU) a acquis une valeur coutumière (la coutume joue un rôle fondamental en droit international, d'autant plus que le principe de hiérarchie des normes n'y existe pas). Ses critères principaux sont : l'occupation des terres ancestrales ou au moins d'une partie de ces terres, l'ascendance commune avec les premiers occupants de ces terres, la langue, l'appartenance à une communauté. Si on applique ces critères à l'outre-mer français (de manière purement expérimenta-

⁴¹² On remarquera cependant que dernièrement, la France a donné quelques signes positifs nouveaux en faveur des autochtones sur le plan international. Elle a signé la feuille de coparrainages additionnels du projet de résolution E/CN.4/1998/1.22 concernant les populations autochtones, répétant ainsi une démarche déjà accomplie en 1977 (A/C.3/52/L.40/Rev.1) Par ailleurs, en 1998, D. Bernard, son représentant permanent auprès de l'ONU à Genève reconnaissait qu'elle défendait une approche très restrictive des droits collectifs en particulier au sujet des minorités et des populations autochtones, mais envisageait la possibilité d'une évolution, puisque «... c'est peut-être dans ces domaines qu'un réel effort conceptuel mériterait d'être fait pour prendre en compte certaines réalités et ne pas être tenus à l'écart de l'évolution qu'ils représentent. Car la protection des droits de l'individu passe parfois par celle de certaines collectivités, notamment quand il s'agit de groupes minoritaires » (cit. par Costes J.-Y., Échos de la 54ème session de la Commission des droits de l'homme de Genève, *ICRA Info-Action*, 28, avril-juin 1998, 16.

⁴¹³ Cf. le texte du Comité des droits de l'homme, dans : *Revue universelle des droits de l'homme*, 30, avril 1998, 27-33.

le, puisque juridiquement ils n'y ont pas droit de cité), on peut à notre sens compter comme autochtones : les Canaques de Nouvelle-Calédonie, les Amérindiens de Guyane, les Polynésiens, les Wallisiens et Futuniens, les Mahorais. Du fait de la colonisation et des mouvements de migrations internes, dans la plupart des cas, ces autochtones ne sont plus en majorité sur leurs territoires ancestraux (en [682] Guyane française, les Amérindiens sont environ 4,000 ⁴¹⁴). L'outre-mer est devenu très pluri-ethnique. Prenons l'exemple de la Nouvelle-Calédonie. Sa population totale est de 200,000 habitants. Elle se décompose en : 44 pour cent de Canaques, 34 d'Européens, auxquels il faut ajouter des Wallisiens et Futuniens, Polynésiens et des originaires du Vanuatu, d'Indonésie et du Vietnam.

Même sur le plan seulement juridique, ces populations diverses sont-elles des Français de droit commun ?

2) La prise en compte des autochtones par la République

Les peuples d'outre-mer ont une existence constitutionnelle. Par ailleurs, la République est allée assez loin dans la reconnaissance d'un certain nombre de particularismes, notamment en ce qui concerne les droits à la terre et le rôle laissé aux autorités traditionnelles. Enfin, l'accord de 1998 sur la Nouvelle-Calédonie représente à l'heure actuelle l'adaptation la plus poussée des principes républicains aux conditions particulières de ce territoire d'outre-mer.

353. LA CONSTITUTION ET LES PEUPLES D'OUTRE-MER. - Élément du bloc de constitutionnalité, le Préambule de la Constitution de 1946 reconnaît les peuples d'outre-mer dans une Union « fondée sur l'égalité des droits de des devoirs, sans distinction de race ni de religion. Les membres de cette Union doivent « développer leur civilisations respectives ». Cependant, l'égalité n'exclut pas la tutelle, puisque le texte ajoute : « Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ». À

⁴¹⁴ Cf. Rouland N., Être Amérindien en Guyane française : de quel droit ?, *RFDC*, 27,1996, 493-522.

l'époque, l'Union française déroge au principe traditionnel, puisqu'elle manifeste une tendance fédérative ⁴¹⁵. Elle représente une tentative pour concilier l'unité et la prise en compte des revendications autonomistes afin d'éviter une sécession brutale. L'Union comportait trois catégories de membres : la République française (dont la France métropolitaine, les départements et territoires d'outre-mer), les [683] territoires et États associés. Elle aurait pu constituer un moyen d'épanouissement de l'identité des peuples d'outre-mer, à l'intérieur d'un ensemble français. Mais ses institutions n'ont pas bien fonctionné, étant interprétées de manière contradictoire : la France entendait garder un maximum de pouvoirs, alors que les anciens colonisés y voyaient les conditions d'une promotion.

En 1958, l'art.1 de la Constitution institue une Communauté, dont sont membres la République et les peuples d'outre-mer acceptant la Constitution ; la Communauté « est fondée sur l'égalité et la solidarité des peuples qui la composent ». Le Préambule invoque notamment le principe de « libre détermination des peuples ». En 1991, dans sa décision sur la Corse, le Conseil constitutionnel reprendra à son compte la distinction entre le peuple français, et les peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination. On en déduit que les peuples d'outre-mer ne participent pas à l'indivisibilité du peuple français, et que leur droit à l'auto-détermination ne peut être identifié à un droit de sécession. Il y a donc dans l'État unitaire français la possibilité constitutionnelle d'une coexistence entre des peuples particuliers à côté du peuple français. Mais la loi constitutionnelle du 4 août 1995 a modifié cette situation, affaiblissant la position de ces peuples dans la Constitution. En effet, elle a abrogé l'art.1 et supprimé la Communauté. Cependant, ils ne disparaissent pas pour autant : le Préambule de 1958, comme celui de la Constitution de 1946, restent en vigueur, ainsi que l'art. 75. Quelques commentaires sur ce dernier sont nécessaires.

Depuis 1946, la quasi-totalité (certains Amérindiens de Guyane ont davantage tardé) de ces populations bénéficie de la citoyenneté française, à la différence du passé colonial. Cependant, l'art. 75 de la Constitution ⁴¹⁶ leur permet dans certains territoires (Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna, Mayotte) de conserver

⁴¹⁵ Sur l'Union française et la Communauté, cf. Weber F., *op.cit.*, 393-412 ; Borella J., *L'évolution politique et juridique de l'Union française depuis 1946*, Thèse de droit, Nancy, 1957.

⁴¹⁶ Cf. Rouland N., Les statuts personnels et coutumiers en droit constitutionnel français, à paraître.

leurs statuts personnels, d'origine coutumière ou religieuse, dans les matières civiles. Peut-on pour autant identifier cette reconnaissance des statuts personnels avec celle de populations autochtones ? Pour F. Garde ⁴¹⁷, la réponse est négative, dans la mesure où « Si tous les citoyens relevant d'un statut personnel sont des autochtones, tous les autochtones ne relèvent pas d'un statut personnel ». Ce qui est exact, dans la mesure où certains [684] d'entre eux ont choisi le statut de droit commun en renonçant au bénéfice de l'art.75. Cependant, l'argument n'a qu'une portée fort relative, dans la mesure où seule une minorité très réduite a fait ce choix. En Nouvelle-Calédonie par exemple, en 1989, 74,845 des 78,000 Canaques étaient encore sous le régime du statut personnel. D'autre part, tous les autres groupes humains habitant la Nouvelle-Calédonie sont français à 98,5 pour cent, et ne bénéficient pas d'un statut personnel (à l'exception des immigrés de Wallis et Futuna), ce qui prouve bien que la reconnaissance des statuts personnels repose de façon déterminante sur le caractère autochtone de la population à laquelle il bénéficie. Enfin, au terme de l'accord d'avril 1998 sur la Nouvelle-Calédonie, la renonciation au bénéfice de l'art. 75 ne sera plus comme jusqu'ici définitive : il sera possible de retourner au statut personnel après avoir opté pour le droit commun (mais cette modification ne vaut que pour la Nouvelle-Calédonie, où le statut personnel devient un « statut coutumier »).

Enfin, on se souviendra des décisions du Conseil constitutionnel évoquées plus haut concernant l'origine et l'ethnie ⁴¹⁸, critères qui ont évidemment à voir avec l'identité autochtone.

354. LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DES PARTICULARISMES AUTOCHTONES. - Depuis 1958, plusieurs textes épars ⁴¹⁹ visent les populations autochtones de l'outre-mer français en employant des qualificatifs qui ne trompent pas : populations tribales, groupes ethniques, communautés tirant traditionnellement leurs moyens de subsister de la forêt, etc.. Mais il y a plus que des mots. On sait tout d'abord l'importance que revêt pour un autochtone le rapport à la terre. À Wallis et Futuna, et dans les îles Loyauté de Nouvelle-Calédonie, les

⁴¹⁷ Cf. Garde F., Les autochtones et la République, *à paraître*.

⁴¹⁸ Cf. *suprapp.* 655-665.

⁴¹⁹ Ils sont énumérés dans notre : Les statuts personnels en droit constitutionnel français, *à paraître*.

terres sont demeurées inaliénables, leur dévolution étant réglée par la coutume. Dans la majeure partie de la Nouvelle-Calédonie (Grande Terre), la réforme foncière tient compte des intérêts des Canaques... au besoin en rompant dans les faits le principe d'égalité. Comme le fait remarquer F. Garde, le décret de 1989 instituant l'ADRAF (Agence de développement rural et d'aménagement foncier, établissement public de l'État chargé de la réforme foncière) prévoit que : « Les biens acquis par [685] l'ADRAF peuvent, après aménagements éventuels, soit être cédés à titre onéreux ou à titre gratuit ». Or la pratique constante consiste à faire payer les rares acheteurs européens, la gratuité étant de mise pour les Canaques. Parallèlement, on a créé la formule du Groupement de droit particulier local, afin de permettre aux tribus canaques de devenir propriétaires dans les conditions de droit commun de terres hors des réserves. Ce groupement se veut organisé suivant des règles proches des structures traditionnelles de la famille mélanésienne. En Guyane, différents textes adoptés entre 1987 et 1992 reconnaissent l'existence de droit d'usages et d'un droit traditionnel de propriété au profit des « communautés d'habitants tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt ». Par ailleurs, dans certaines parties de l'outre-mer, les autorités politiques traditionnelles ont été reconnues par la République. Elle peut ainsi coexister avec des monarchies. Wallis est un royaume, Futuna en compte deux. Les trois monarques sont membres du Conseil Territorial, qui assiste le préfet ; ils sont rémunérés par l'État. En Guyane, les chefs coutumiers des villages perçoivent des indemnités sur le budget du département. En Nouvelle-Calédonie, la loi référendaire de 1988 a créé un Conseil consultatif coutumier ; les accords de 1998 prévoient la création d'un Sénat coutumier, qui participera à la fonction normative en matière de foncier et d'état-civil coutumiers, et délibérera après le Congrès. Cet accord contient par ailleurs des dispositions si audacieuses qu'elles nécessitent des développements spécifiques.

355. L'ACCORD DE NOUMÉA DU 21 AVRIL 1998. - Nous avons déjà vu que cet accord rompt le principe d'unité normative en ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, et pose des problèmes constitutionnels quant à la composition du corps électoral qu'il définit. Il présente d'autres points d'intérêt majeur, dont certains dépassent son cadre purement territorial.

Tout d'abord, même si l'accord ne constitue pas une reconnaissance de principe des peuples autochtones (canaques ou autres), il faut constater qu'il reprend les éléments de définition qu'en donne le droit international positif. Le Préambule reconnaît l'antériorité de la présence du peuple kanak en Nouvelle-Calédonie ; le « Document d'orientation » (en fait, le texte de l'accord) institue en priorité le lien au territoire : « L'identité de chaque Kanak se définit d'abord en référence à une terre » (1. 4). Le Préambule définit les traités d'annexion non pas [686] comme « des accords équilibrés mais, de fait, des actes unilatéraux ». Par ailleurs, le Préambule cite plusieurs fois expressément « le peuple kanak », le qualifiant de « peuple fier », « population d'origine ». Le peuple français admettrait-il donc en son sein l'existence d'un peuple distinct, ce qui serait contradictoire avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la Corse ? Cela semble exclu. On remarquera en effet que la mention d'un peuple kanak ne concerne que le passé colonial, évoqué dans le Préambule. Elle n'est plus utilisée par l'Accord, qui vise les nouvelles structures. De plus, le Préambule lui-même parle des « communautés » vivant aujourd'hui sur le Territoire, et affirme que la participation des communautés autres que les kanak est essentielle à la vie de la Nouvelle-Calédonie. L'accord d'ailleurs confirme que le nouveau statut va consacrer non la seule population kanak, mais l'ensemble des communautés, dont elle fait partie.

Autre innovation majeure dans notre histoire constitutionnelle, il crée en effet « une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie », voisinant avec la citoyenneté française. Mais il s'agit bien d'une citoyenneté *calédonienne*, accessible à tous ceux qui remplissent certaines conditions de naissance de résidence, et non pas d'une citoyenneté *kanak*. L'accord ajoute que cette citoyenneté « traduit la communauté de destin choisie », et entraîne une politique préférentielle en matière d'emploi. Comme l'écrit F. Garde, elle «... ne repose pas sur une définition biologique, mais sur une vision politique, qui va très au-delà des seuls autochtones. Seront calédoniens les kanaks et tous ceux qui pourront justifier d'un lien personnel fort avec la Nouvelle-Calédonie » ⁴²⁰. Ce qui est exact. Cependant, il faut nuancer ce point de vue en ce qui concerne l'autochtonie, en rompant avec le lieu-commun qui consiste à trop y voir un aspect biologique. Non seulement les éléments culturels sont déterminants, mais au regard des conditions définies aujourd'hui par la doctrine en

⁴²⁰ Garde F., *op.cit.*

droit international, la qualité d'autochtone dépend aussi d'un critère subjectif ⁴²¹ : est autochtone la personne qui prétend l'être et est acceptée comme telle par le groupe d'appartenance auquel elle se réfère. En ce sens, un Européen pourrait être un autochtone au même titre qu'un kanak : on ne naît pas autochtone, on le devient... Mais il demeure vrai qu'on peut être attaché à construire en commun la Nouvelle-Calédonie [687] à venir sans pour autant se prétendre autochtone. Par ailleurs, l'accord prévoit un transfert progressif à la Nouvelle-Calédonie d'un certain nombre de compétences détenues par l'État. Ce qui pose un problème constitutionnel, dans la mesure où la souveraineté est en principe indivisible.

Enfin, si toutes ces dispositions ne concernent pour le moment que la Nouvelle-Calédonie, une évolution analogue est prévue pour la Polynésie française, qui devrait entraîner une révision constitutionnelle.

La situation des diverses populations de l'outre-mer français constitue donc un versant de plus en plus important de l'évolution du modèle républicain, dans la mesure où les dispositions évoquées ne concernent pas seulement ces terres lointaines, en général peu connues des métropolitains, mais, comme on l'a vu, des concepts juridiques fondamentaux de la République.

Ce phénomène s'inscrit dans le contexte général des rapports entretenus par le droit français avec le statut des différences

C) La dialectique droit/différence

En principe, un État unitaire ne peut accorder dans son droit qu'une place minimale à l'expression des différences. Idéalement ne devrait exister qu'un droit individuel à exprimer sa différence, dans la sphère privée et dans les limites légales. C'est le droit à la différence, qui concerne les minoritaires. Cependant, on ne peut plus aujourd'hui caractériser seulement ainsi le modèle français : à partir des années 1980, les demandes de reconnaissance des spécificités ont évolué du privé au public, ainsi que du singulier au collectif, et le droit les a partiellement prises

⁴²¹ Cf. Rouland N. (dir.), *op.cit.* (Droit des minorités et des peuples autochtones), 437-440.

en compte. C'est le droit *de* la différence, qui concerne les minorités ⁴²². Il entretient des rapport dialectiques avec celui *à* la différence, les partisans du premier s'opposant souvent à ceux du second.

[688]

356. LE DROIT À LA DIFFÉRENCE. - Chacun a le droit de demander le respect de ce qu'il estime être sa différence, qu'elle soit ethnique, nationale, raciale ou religieuse. En revanche, toute discrimination négative fondée sur ces différences est prohibée. Elles possèdent non seulement un aspect individuel, mais subjectif, dans la mesure où elles peuvent être réelles, supposées, revendiquées ou attribuées. Plus précisément, comme le révèle la distinction opérée par G. Koubi, il faut considérer les libertés individuelles des minoritaires, et leurs libertés collectives. Parmi les premières, on range le droit au respect de la vie privée (art.8 de la Convention européenne des droits de l'homme), le droit au respect des opinions religieuses, le droit au respect de la liberté de déplacement. Le caractère individuel du droit à la différence n'est pas une obligation stricte à l'isolement. En effet, les grandes libertés comme celles d'association, de réunion, de manifestation et de culte sont aussi ouvertes aux minoritaires : on ne saurait songer à les en priver, alors qu'elles sont reconnues à tous les individus, fondamentalement égaux en droit, et même aux étrangers comme aux nationaux depuis une loi du 9 octobre 1981. Mais ce sont des libertés *collectives*, accordées à des additions d'individus, et non pas *communautaires*, qui représenteraient organiquement des entités situées à l'intérieur ou à côté de la nation. Juridiquement, il n'y a pas en France de minorités nationales (appartenant à une autre nation que la France) ou étrangères (les travailleurs immigrés non nationaux ne sont pas considérés comme une minorité).

⁴²² Pour plus de détails, cf. Koubi G., Droit et minorités dans la République française, dans : Fenet A. et alii, *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 203-249 ; Pierré-Caps S., La protection des minorités et l'ordre juridique français, dans : Institut du droit local alsacien-mosellan, *État, régions et droits locaux*, IDL-Economica, 1997, 103-111.

357. LE DROIT DE LA DIFFÉRENCE. - Comme nous l'avons vu, on peut en déceler plusieurs aspects dans le droit de l'outre-mer : emploi des catégories ethniques, distinction entre le statut de droit particulier et le droit commun, par exemple. De même, nous avons noté une tendance à l'institutionnalisation des communautés religieuses ⁴²³. Leurs dirigeants deviennent des médiateurs entre leur communauté et l'État, des interlocuteurs officiels de l'administration. L'État ne cherche pas ici à promouvoir la liberté religieuse, mais plutôt à s'assurer que son expression ne dépasse pas certaines limites : l'objectif est plus le contrôle que la reconnaissance. En ce sens, il paraît difficile de parler de droit de la différence. Pourtant, quel que soit le but recherché, on en arrive fatalement à insérer une communauté dans l'ordre juridique [689] français, qui en principe les exclut. Car en leur reconnaissant des interlocuteurs, l'État valide dans une certaine mesure des normes particulières unissant les croyants de certaines religions.

Reste le cas des langues régionales et minoritaires ⁴²⁴ : on se souvient que la langue est considérée comme le premier trait de l'ethnie. *A priori*, leur statut constitutionnel est dirimant, puisque la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 a ajouté à l'art. 2 de la Constitution la mention suivant laquelle « La langue de la République est le français ». Des amendements tenant à préciser que pour autant elle n'excluait pas les langues régionales ont été refusés. Cependant, depuis une trentaine d'années, ces langues sont réapparues dans les programmes scolaires après une longue interdiction sous la III^e République ⁴²⁵ (depuis dix ans, le nombre d'élèves qui suivent un enseignement de langues régionales a doublé). D'autre part, le Conseil constitutionnel les a sorties de l'ornière en affirmant que « la langue française évolue comme toute langue vivante, en intégrant dans le vocabulaire usuel des termes de diverses sources, qu'il s'agisse d'expressions issues de langues régionales, de vocables dits populaires ou de mots étrangers ». Enfin, en 1996, le Président de la République a souhaité que la France signe prochainement la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (adoptée en 1992 et entrée

⁴²³ Cf. *supra*, pp. 623-624.

⁴²⁴ Sur un plan général, cf. Pontier J.-M., *Droit de la langue française*, Paris, Dalloz, 1997.

⁴²⁵ Un ouvrage récent tend à démontrer que concrètement l'attitude du corps enseignant fut moins répressive qu'on ne l'imagine : Cf. Chanet J.-F., *L'École républicaine et les petites patries*, Paris, Aubier, 1996.

en vigueur en 1998), ces langues ne constituant plus un danger pour la République, mais un élément du patrimoine culturel national. La même année, le Conseil d'État a rendu un avis défavorable, jugeant certaines dispositions de la Charte contraires à l'art. 2 de la Constitution. Mais en juillet 1998, B. Poignant a remis au premier ministre un rapport favorable à la signature de cet instrument par la France. L'obstacle constitutionnel pourrait être tourné de diverses manières : soit par une révision de la Constitution ; soit par l'exclusion par la France d'un certain nombre d'articles de la Charte, chaque État signataire pouvant n'en ratifier que 35 sur un total de 94.

Dans son rapport, B. Poignant ajoute que la région devrait être le cadre privilégié de la défense et promotion de ces langues. Ce qui conduit à s'interroger sur le cadre territorial des droits culturels en France. Contrairement à l'évolution du droit international et aux droits internes de plusieurs pays européens, la France ne leur reconnaît qu'une [690] existence minimale, comme l'a bien montré R. Leonetti dans une récente thèse ⁴²⁶. Cette attitude n'est évidemment pas le fruit du hasard : la culture étant au centre des revendications minoritaires et autochtones, elle est jugée potentiellement dangereuse, ainsi que les droits qu'on peut lui attacher. Cependant, elle fait partie du bloc de constitutionnalité. Le Préambule de la Constitution de 1946 dispose en effet que : « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture ». Mais la formule est elliptique : ni la nature des droits garantis, ni les instruments de leur mise en oeuvre ne sont précisés. On repère par ailleurs la tendance universaliste dans la qualification des destinataires, l'emploi redoublé du singulier et les catégories d'âge visées, qui ont une signification totalisante. D'ailleurs, la France a fait une réserve à l'art. 27 du Pacte de 1966 de l'ONU sur les droits civils et politiques, prévoyant le droit pour les minorités d'avoir leur propre vie culturelle. Cependant, on peut remarquer que le Préambule emploie le terme de Nation, et non celui d'État. Ce qui, pour une partie de la doctrine, signifierait que : « L'État ne dispose pas de l'exclusivité. Les collectivités locales, en particulier, sont légi-

⁴²⁶ Sur les droits culturels et leur reconnaissance dans diverses constitutions européennes, cf. Leonetti R., *Les autonomies administratives culturelles en Espagne, au Royaume-Uni et en France*, Thèse de droit, Université Paris I, décembre 1997, 176-182. Cf. également : Les droits culturels : une catégorie sous développée des droits de l'Homme, *Cahiers du Centre interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'Homme de l'Université de Fribourg*, no. 7-1, 2 décembre 1991 ; voir aussi les développements que consacre S. Pierré-Caps à ces notions dans : N. Rouland (dir.), *op.cit.* (*Droit des minorités et des peuples autochtones*), 461-463.

timées également à intervenir (...) la formule n'exclut pas l'intervention de ceux qui forment la nation. Cela légitime les actions de toutes les personnes privées en matière culturelle » ⁴²⁷. Dans cette mesure, il y aurait donc possibilité d'une reconnaissance de cultures particulières, définies sur un plan territorial, au sein de la culture française.

Pour conclure, sortons du cadre juridique pour dire quelques mots de l'emploi du droit à la différence comme thème du discours politique. Pendant longtemps la défense des identités régionales a surtout été un thème des milieux conservateurs (par exemple le mouvement du Félibrige, créé en Provence en 1854 par F. Mistral). Il faut attendre les événements de mai 1968 pour que la gauche commence à prendre en charge les aspirations identitaires. Dans les premières années qui suivent [691] l'élection de F. Mitterrand à la présidence de la République, beaucoup d'initiatives sont lancées en ce sens. Elles seront de courte durée, car l'opinion publique assimile surtout le thème du respect des différences à celui de la place faite aux immigrés. En 1986 commence la première cohabitation, qui clôt ces expériences. Réélu en 1988, F. Mitterrand ne les reprendra pas. En 1993, le programme électoral de la droite est sans ambiguïté : «... nous sommes attachés à une conception de l'école qui favorise non pas le *multiculturalisme* [souligné dans le texte] mais la transmission d'une morale, de valeurs et d'une culture communes » ⁴²⁸. Depuis, aussi bien les milieux conservateurs que la gauche jacobine jugent électoralement plus prudent de se rallier à l'égalité républicaine plutôt qu'au droit à la différence. L'extrême-droite quant à elle refuse aussi une société pluri-culturelle, mais interprète à sa manière le droit à la différence, en y fondant son refus d'y intégrer les cultures considérées comme inassimilables, visant essentiellement les musulmans.

⁴²⁷ Pontier J.-M., Ricci J.-C., Bourdon J., Paris, *Droit de la culture*, Dalloz, 1990, 66.

⁴²⁸ *Libération*, 10 février 1993, 7.

[693]

Introduction historique au droit

CONCLUSION GÉNÉRALE

POUR SORTIR DU DUALISME

[Retour au sommaire](#)

De l'Extrême-Orient aux Amériques, nous avons beaucoup voyagé, en même temps que nous nous déplaçons dans le temps. Nous sommes entrés dans ces labyrinthes par les sociétés du lointain, nous en sortons en revenant chez nous. Retrouvons-nous la France telle que nous l'avions quittée ? Probablement pas. *Car les grands voyages ne finissent jamais*. L'ethnologue sait que tous les dangers ne sont pas seulement sur le terrain. Le retour réserve des périls : avoir vécu ailleurs fait envisager ici autrement. Mais le contact avec l'altérité n'est pas toujours caressant. C. Lévi-Strauss écrit ainsi : « L'humanité cesse aux frontières de la tribu, du groupe linguistique, parfois même du village ; à tel point qu'un grand nombre de populations dites primitives se désignent d'un nom qui signifie « les hommes » (...), impliquant ainsi que les autres tribus, groupes ou villages, ne participent pas des vertus -ou même de la nature- humaines » ⁴²⁹. Cette tendance centripète est universellement présente. Une autre l'équilibre plus ou moins, qu'incarnent les mécanismes de l'alliance : l'échange des dieux, des conjoints et des biens est le prix de la longévité. Les cultures se perpétuent par métissage. Mais il ne va

⁴²⁹ Lévi-Strauss C., *Race et histoire*, Unesco, 1952, Paris, Denoël, rééd.1987, 21.

pas de soi. Car nous sommes habités par des sentiments ambivalents : le connu rassure et peut ennuyer ; le différent attire, mais risque d'inquiéter ⁴³⁰.

La France semble avoir fait son choix, en situant l'unité dans la monodie plus que la polyphonie. Universaliste, elle accepte l'étranger... [694] à condition qu'il perde son étrangeté : il doit s'assimiler. Attitude clairement reflétée par la conception française de la nation, ancrée dans sa théorie de la souveraineté. Carré de Malberg affirme : «... la souveraineté ne peut être à la fois un attribut étatique et national, et la nation ne peut-être souveraine en même temps que l'État, qu'à la condition qu'elle et lui ne forment qu'une seule et même personne » ⁴³¹. L'Etat est consubstantiel à la nation : un trait bien français. Le multiculturalisme hollandais associe au sein d'une même société des groupes et communautés culturellement distincts, sans pour autant imposer des quotas, comme aux États-Unis jusqu'ici. En Grande-Bretagne, le multiculturalisme est défini comme l'équilibre entre le respect des différences culturelles et la prise en compte de valeurs communes ⁴³². Il y a donc plusieurs demeures dans la maison commune de la démocratie. Ce qui n'est pas évident pour le rationalisme français. Comment admettre que des systèmes différents conduisent à des résultats sensiblement identiques ? Tout simplement en renonçant au fétichisme de la norme. Suivant les déterminants historiques et culturels, une règle identique peut conduire à des résultats différents (le pluralisme peut fonder la démocratie associative ⁴³³ comme être perverti en *apartheid*), ou des règles différentes peuvent produire des résultats semblables (la Hollande, la France et la Grande-Bretagne sont des pays démocratiques). Il y a une autonomie relative entre les modèles et les pratiques.

Par ailleurs, n'avons-nous pas tendance à exagérer la spécificité de la vision française ? Notre culture n'est pas aussi sûre d'elle-même et dominatrice qu'on le croit souvent à l'étranger. La vision de Carré de Malberg est très datée (il écrit en 1920). Il se pourrait bien que le « modèle » français n'occupe qu'une place chro-

⁴³⁰ Nos langues européennes en portent la trace, en appariant les termes désignant l'étranger (*stranger*, *stranièro*, *Fremde*), et l'étrange (*strange*, *strano*, *fremd*).

⁴³¹ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome I, 1920, p. 13, cit. par Moutouh H., *op.cit.*, 176.

⁴³² Cf. Moutouh H., *op.cit.*, 297-300.

⁴³³ Cf. Lijphart A., *Democracy in plural societies- A comparative exploration*, New Haven and London, Yale University Press, 1977.

nologiquement très limitée. La diversité et peut-être même le pluralisme dominant dans notre histoire. Au soir de sa vie, le grand historien F. Braudel, passionnément attaché à la France, affirmait : « Oui, la France est diverse. Et sa diversité est patente, durable, *structurale* » ⁴³⁴. Il n'est pas nécessaire de remonter aux temps mérovingiens pour s'en convaincre. Si nous pouvions voyager quelques semaines dans la France des débuts de la [695] IIIe République, nous serions médusés par l'ampleur des diversités, au point de nous sentir dans un pays étranger. Cette République devait y mettre bon ordre. Mais pour combien de temps ? Comme le fait remarquer H. Moutouh ⁴³⁵, le mot d'ordre assimilateur des premières Républiques repose sur le principe d'égalité. Or nous avons vu ⁴³⁶ combien il a évolué depuis une vingtaine d'années, pour ménager leur part aux différences. Pour autant, cet étalonnage chronologique du modèle français n'invalide pas le choix républicain. Dès le début de cet ouvrage, nous avons souligné que chaque société découpe dans son passé les séquences dont elle use pour son présent.

De plus, l'universalisme auquel la France proclame son attachement repose sur un socle d'argile plus que de granit. Les Français le décrètent d'autant plus facilement qu'ils ignorent volontiers le monde extérieur. Comme le démontrent malheureusement des enquêtes récentes ⁴³⁷, une partie importante d'entre eux lui demeure très fermée, au moins quand il se manifeste sous la forme de l'immigration. En 1997, 18 pour cent se déclarent « racistes », 40 pour cent « tentés par le racisme ». Ce qui classe la France largement en tête des principaux pays européens en matière d'attitudes racistes. D'après un sondage antérieur de quelques mois ⁴³⁸, un Français sur deux serait ethnocentriste, en privilégiant ses valeurs par rapport à celles des autres.

On ne s'étendra pas sur les dangers du racisme, tant ils sont connus. Ceux de l'ethnocentrisme, attitude beaucoup plus universelle, ne sont pas moindres. Ils reposent sur une vision erronée de l'histoire, dans la mesure où l'ethnocentrisme se greffe souvent sur l'invocation d'une identité que léguerait le passé. Loin de nous l'idée qu'il soit sans influence sur le présent : tout ce livre est un plaidoyer en sens

⁴³⁴ Braudel F., *L'identité de la France*, vol.II, Paris, Arthaud-Flammarion, 1986, 423.

⁴³⁵ Cf Moutouh H., *op.cit.*, 301.

⁴³⁶ Cf. *supra*, pp. 639-674.

⁴³⁷ Cf. *Le Monde*, 2 juillet 1998, 14-15.

⁴³⁸ *Ibid.*, 14.

contraire. Mais il faut bien s'entendre sur ce déterminisme. Le passé par lui-même ne peut rien pour nous, ni contre nous : il est révolu. Nous ne le portons pas à notre ceinture comme un trousseau de clefs. Seules comptent ses interprétations. Notre position personnelle n'est donc pas celle de l'historicisme allemand, et nous répétons volontiers les paroles de Rabaut Saint Étienne (1743-1793) : « Notre histoire n'est pas notre code ». Mais l'attitude des leaders de la I^{ère} République n'est pas sans [696] défauts. Car l'homme nouveau ne se fait pas avec des codes, illusoires rocs de certitudes, mais avec le temps : la politique de la table rase est en général un échec. L'histoire ne trace pas la voie, elle se borne à fournir les matériaux indispensables à sa construction. Comme l'écrit fort bien A. Memmi, un chercheur et écrivain tunisien d'expression française : «... le passé dit commun n'est que la mise en commun d'un certain passé (...) Prenons l'exemple d'un peuple apparemment unifié et reconnaissable, les Français : leur identité serait fondée sur des ancêtres présumés, les Gaulois, dont ils ne savent à peu près rien ; sur une langue et une juridiction empruntées à leurs vainqueurs, les Romains ; sur une philosophie et une méthodologie scientifiques issues du grec ; sur des ingrédients juifs par l'intermédiaire du christianisme ; sur l'imitation de la renaissance italienne, laquelle copiait l'Antiquité » ⁴³⁹.

Volens nolens, la France est donc métisse. Que doit faire le droit de ce constat ? *Stricto sensu*, ce dernier ne le lie pas : le droit est un *devoir être*. On peut donc continuer à chanter les vertus de l'assimilation. Sur des airs d'ailleurs divers. Si aujourd'hui une grande partie de la doctrine voit avec suspicion et inquiétude l'incorporation des différences dans l'égalité, le juge et le législateur sont souvent plus audacieux. Pour notre part, nous pensons qu'il faut sortir du dualisme. Entre l'universalisme uniformisant et le communautarisme ségrégatif s'ouvre une troisième voie, que forment progressivement les recompositions actuelles du modèle républicain, présentées dans la dernière partie de cet ouvrage. Pour autant, nous ne croyons pas naïvement que la diversité et le pluralisme sont des passe-partouts. Bien au contraire, l'historien et l'anthropologue doivent procéder à de sévères mises en garde.

Ce voyage accompli dans l'histoire des droits montre en effet que dans bien des cas, l'institutionnalisation des différences a servi à conforter l'inégalité, dans

⁴³⁹ Memmi A., Les fluctuations de l'identité culturelle, *Esprit*, janvier 1997, 101.

l'histoire du droit colonial, celle des rapports entre hommes et femmes, ou des relations entre la masse paysanne et les privilégiés. Circonstance aggravante, ce trait n'est en rien exclusivement européen. Or nous associons maintenant égalité et justice, même si au contraire beaucoup de sociétés voient cette dernière dans la hiérarchisation des hommes et des fonctions (l'art. 1 de la Déclaration de 1789 est conceptuellement intraduisible dans les catégories hindouistes traditionnelles). Puisque tel est notre choix, l'indifférenciation constitue [697] largement un progrès. Mais un progrès dépassable. Car il porte en germe un autre danger, celui de l'uniformité, frein de la liberté et de la tolérance. Une tâche primordiale attend donc les juristes : conjuguer les différences et l'égalité, le particulier et le général, sans tomber dans les ornières du passé. Quête périlleuse, car il n'est pas si facile de s'enrichir de ses différences, comme le prescrivait un slogan des années quatre-vingt, d'ailleurs assez vite rangé dans le placard républicain. La prise en compte du particulier accroît en effet le degré de la complexité, les oppositions binaires étant toujours plus faciles à penser... et faire entendre. Par ailleurs, le pluralisme augmente les incertitudes ⁴⁴⁰, dans une époque qui en comporte déjà beaucoup. Car il introduit un certain relativisme, auquel répugne une grande partie des juristes, peu désireux de desserrer les amarres entre le droit et la vérité. Pourtant, il se pourrait bien que la véritable spécificité française, en tout cas celle d'aujourd'hui, réside justement dans cet effort de transfiguration de la République, remodelant les rapports de l'égalité et de la liberté, ce couple querelleur. Un rêve ? Peut-être. Mais c'est aux jeunes que s'adressent d'abord ces lignes.

Adoptant *in fine* la forme singulière, je voudrais leur dire que cet ouvrage entend moins solliciter leur mémoire que leur réflexion. Lui aussi doit être interprété, et pas forcément dans le sens souhaité par son auteur. D'ailleurs, une mise en garde s'impose. Le lecteur novice doit savoir que bien des opinions exprimées ici ne correspondent pas à celles d'une grande partie de la doctrine. Elles appartiennent à ces idées périlleuses qui peuvent empêcher ou flétrir des carrières universitaires. On les manipulera donc avec prudence.

⁴⁴⁰ On connaît le mot cruel de Léon Daudet (1868-1942) : « Un libéral est celui qui pense que son adversaire a raison ».

J'espère cependant qu'elles peuvent contribuer à mieux faire connaître non seulement le passé, mais notre présent. Celui-ci n'est pas si noir qu'on le répète trop souvent aux jeunes. Même s'il n'a pas disparu et renaîtra certainement, le danger d'une guerre nucléaire s'est aujourd'hui amenuisé. Les inégalités économiques se creusent et le chômage atteint des sommets inconnus ? Oui, mais les pays occidentaux ont parallèlement connu au cours de ces dernières années une élévation globale de leur niveau de vie, ainsi qu'un développement inouï [698] des techniques de communication. L'« âge d'or » des années soixante paraîtrait bien archaïque aux jeunes d'aujourd'hui. Ses mœurs également. Leurs parents ont été éduqués dans une ambiance qu'ils ne peuvent guère s'imaginer. L'évocation de législations pas si anciennes sur l'adultère, le régime dotal, la relation de la femme à l'autorité maritale fait parfois naître dans les amphithéâtres un étonnement incrédule... En une génération, les relations familiales se sont profondément transformées. Dans le sens de la liberté, et d'une plus grande valorisation de l'authenticité des sentiments. Et du même coup celui aussi de l'éphémère : la multiplication des divorces en témoigne. La doctrine peut bien parler d'un « droit au divorce ». Mais ce droit n'est-il pas d'abord la signature d'un échec, la sépulture d'un amour ? Cette qualification banalise la séparation. Elle n'en gomme pas les souffrances, dont les enfants subissent les labours. Quant à l'avortement, on le qualifie aussi de droit. Peut-on vraiment l'y réduire ? Je ne le pense pas, et les doutes ne sont pas réservés aux seuls catholiques intégristes⁴⁴¹. Soumis à ces tensions de la liberté, le juriste fait de son mieux. Il doit admettre qu'ici aussi la vérité peut ne pas être absolue.

Dans nos pays, la liberté ne doit plus aujourd'hui être conquise contre des pouvoirs autoritaires ou dictatoriaux. Qui s'en plaindrait ? Mais elle reste à construire.

Puisse cet ouvrage y aider les jeunes.

⁴⁴¹ L'auteur de ces lignes est à ce jour agnostique (du grec *agnostikos*, inconnaisable : doctrine selon laquelle l'existence de Dieu et d'autres êtres spirituels n'est ni certaine, ni impossible).

[705]

Introduction historique au droit

TABLE DES MATIÈRES

Introduction : Naissance d'une matière

[1.](#) Une histoire *des* droits. [2.](#) Les limites de cette histoire des droits.

PREMIÈRE PARTIE **À LA RECHERCHE DU DROIT ET DE L'ÉTAT**

[3.](#) La diversité des hypothèses.

Chapitre I /Le binôme droit/État

Section I : Bref inventaire du concept de droit

[4.](#) Le droit ne va pas de soi. [5.](#) Le droit et l'État, un couple instable.

Section II : La transition étatique

[6.](#) L'État et la violence.

A) L'État et les modes de règlement des conflits

[7.](#) Ordres négocié et imposé.

B) L'État et l'arsenal des peines

[8.](#) La peine décrochée de l'État. [9.](#) L'État, vecteur de la peine ? [10.](#) Les empreintes de l'État dans la répression pénale.

Pour aller plus loin

[11.](#) L'évolution de l'histoire du droit en France. [12.](#) Indications bibliographiques.

Chapitre II. La diversité des systèmes juridiques

Section I : Les cultures juridiques non-occidentales : des visions alternatives du droit

[13.](#) L'Inde et la relativisation du droit. [14.](#) La Chine et la dévalorisation du droit. [15.](#) Caractère répressif de l'ancien droit chinois. [16.](#) L'École des lois : des intermédiaires. [17.](#) Le Japon et la résistance au droit. [18.](#) La culture japonaise et le droit. [19.](#) Les *giri*. [20.](#) Les sociétés animistes et la

pluralité du droit. [21](#). Derrière les modèles : les sociétés réelles.

Section II : Les droits occidentaux

[22](#). L'émergence du droit.

A) L'apparition du droit

1) Le monde méditerranéen ancien

[23](#). Des dieux aux hommes. [24](#). Le droit des dirigeants.

[25](#). La coutume et le peuple.

2) Le cas romain

[26](#). Les dieux, toujours. [27](#). La découverte de la loi. [28](#). La loi impériale. [29](#). Les codifications : des efforts tardifs. [30](#). La jurisprudence romaine. [31](#). La coutume, centrifuge. [32](#). Le droit romain, multi-ethnique ? [33](#). L'édit du préteur et l'acculturation du droit romain.

B) L'inhumanité du droit

1) L'esclavagisme romain

[34](#). L'humanité de l'esclave en question. [35](#). Jouir des esclaves.

2) La controverse autour du droit nazi

[36](#). Position du problème. [37](#). Brève histoire du droit nazi. [38](#). Les nazis et le droit.

3) La controverse autour du droit de Vichy

[39](#). Du droit, des lois ? [40](#). Les Juifs, une question technique.

Pour aller plus loin

[41](#). Indications bibliographiques.

Chapitre III. La diversité des systèmes étatiques

[42](#). Position du problème.

Section I. Les naissances de l'État

A) Les théories des naissances de l'État

[43](#). Dieu, le contrat et l'anthropologue. [44](#). Le débat interne/externe. [45](#). P. Clastres : l'État, ou l'amour de la servitude. [46](#). J.W. Lapierre : l'État nécessaire. [47](#). Le pluralisme juridique : la relativisation de l'État.

B) L'observation des naissances de l'État

[48](#). L'État initial. [49](#). État traditionnel et État moderne. [50](#). L'État et les contestataires.

Section II. La Cité-État

A) La Cité-État en Occident

[51.](#) Les Cités-États méditerranéennes. [52.](#) La Cité républicaine romaine.

B) La Cité-État dans les mondes non-occidentaux

[53.](#) Les Cités-États américaines. [54.](#) Les Cités-États africaines.

Section III. Les États modernes

[55.](#) Diversité de l'État dans l'Europe moderne. [56.](#) Diversité de l'État unitaire.

A) Les États complexes européens

1) Les Corps et confédérations d'États

[57.](#) Le Corps germanique. [58.](#) La Confédération helvétique. [59.](#) Les Provinces-Unies.

2) Les Unions d'États

[60.](#) Les Unions françaises. [61.](#) Les Unions étrangères.

B) L'État-Nation : une invention française

1) De la Nation à l'État-Nation

[62.](#) L'invention de la nation française. [63.](#) L'invention du territoire français. [64.](#) L'invention de l'État-Nation.

2) L'État et les collectivités locales : la singularité de l'État-Nation

a) Le système français

[65.](#) L'indivisibilité de la République. [66.](#) Une autonomie seulement administrative.

b) Les États européens à régime d'autonomie politique des collectivités infra-étatiques

[67.](#) L'État autonome. [68.](#) L'État fédéral en Europe.

C) L'État multinational en Europe

1) Les faits historiques

[69.](#) Les nations nobiliaires en Europe centrale. [70.](#) Les Habsbourgs et le problème national. [71.](#) Le naufrage yougoslave. [72.](#) L'État multinational, une impasse ?

2) La théorisation juridique de l'État multinational

[73.](#) Le fédéralisme personnel de K. Renner. [74.](#) La pensée de K. Renner aujourd'hui.

D) L'historicité de l'État immigré

- [75](#). Le débat sur la nature de l'État dans le Tiers-Monde.
[76](#). L'expansion de l'État musulman en Inde. [77](#). Conclusion : le sens, les logiques et le chaos.

Pour aller plus loin

- [78](#). Indications bibliographiques.

Chapitre IV. La diversité des systèmes explicatifs

- [79](#). L'Histoire en question.

Section I. L'évolutionnisme

- [80](#). La rupture de la conception cyclique du temps. [81](#). L'évolutionnisme juridique.

Section II. Les critiques de l'évolutionnisme

- [82](#). Le fonctionnalisme. [83](#). Le structuralisme. [84](#). La pensée synchronique.

Section III. Les théories globales

- [85](#). Le règlement des conflits. [86](#). Les systèmes de parenté. [87](#). La famille, une infrastructure. [88](#). Le parallélisme entre les pensées juridique et religieuse.

Chapitre V. Au-delà des normes

Section I. Les représentations du droit

A) Qu'est-ce qu'une représentation ?

- [89](#). Définition du concept de représentation.

B) Quelques exemples de représentations

- [90](#). Les représentations du droit et de la famille chez les jeunes. [91](#). Les représentations du droit à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence. [92](#). Les représentations du droit dans les presses féminine et catholique. [93](#). La logique de l'honneur.

Section II. Les pratiques

- [94](#). Les sondages législatifs.

A) Les actes de la pratique

- [95](#). La pratique, mesure du droit.

1) Définitions

- [96](#). Définition des actes de la pratique. [97](#). Qui sont les praticiens ?

2) Actes de la pratique et droit officiel

[98](#). La conformité avec le droit officiel. [99](#). L'isolement. [100](#). Les conflits entre la pratique et le droit officiel. [101](#). Les réactions du législateur.

B) La courbure des modèles : l'acculturation du droit musulman

[102](#). La souplesse du droit musulman. [103](#). L'acculturation du droit musulman immigré.

Pour aller plus loin

[104](#). Indications bibliographiques.

DEUXIÈME PARTIE **NAISSANCES ET MIGRATIONS DES DROITS EUROPÉENS**

Titre I : La trame juridique de l'Europe : un système pluriel

Chapitre I. Les droits communs

[Section I](#). La spécificité de l'Europe

[105](#). Les échecs de l'unité européenne. [106](#). La réalité historique de l'Europe.

[Section II](#). Les droits communs européens

A) L'idée de droit commun et son enseignement

[107](#). Les fluctuations de l'idée de droit commun. [108](#). Le principe de l'équilibre.

B) Le droit romain et l'Europe

1) L'expansion en Europe du droit romain

[109](#). La « redécouverte » du droit romain. [110](#). Les chemins européens du droit romain. [111](#) Les dirigeants et le droit romain.

2) Les apports du droit romain à la construction des États

[112](#). Modèles et concepts. [113](#) Les techniques.

C) Le droit canonique

1) Le caractère universel du droit chrétien

[114](#). Pouvoir central et droits locaux. [115](#). La montée des tendances unitaires.

2) L'utilisation des modèles ecclésiologiques par les monarques européens

[116](#). La diffusion des modèles. [117](#). Les résultats.

3) Le droit chrétien et la sexualité

[118](#). Le droit chrétien du mariage. [119](#). La loi de Dieu et les lois des rois. [120](#). L'homosexualité : les lois de Dieu et du roi. [121](#). Le destin des droits savants.

Section III. Les codifications européennes

A) L'esprit des codes

[122](#). Codifier ou diviser ? [123](#). Les idées de codification.

B) Les principales codifications

[124](#). Les codifications étrangères. [125](#). La réaction allemande contre la codification. [126](#). Le Code civil français.

Section IV. Les Déclarations européennes des droits de l'homme

[127](#). Les origines anglaises des droits de l'homme. [128](#). Le XVIIIème siècle et la fraternité des droits de l'homme. [129](#). L'avenir des Déclarations des droits de l'homme. [130](#). L'invention de l'Europe aujourd'hui. [131](#). Indications bibliographiques.

Chapitre II. Les droits de Common Law

Section I. Les caractères des droits de Common Law

A) L'esprit du droit anglais

[132](#). Empirisme et Raison. [133](#). L'importance de l'efficacité du droit. [134](#). Catégories et concepts du droit anglais.

B) Les traits distinctifs du droit des États-Unis

[135](#). La notion de Common Law aux États-Unis. [136](#). Les « codes » américains. [137](#). Les différences dans les branches du droit.

Section II. La formation historique de la Common Law en Angleterre

A) Un problème colonial (1066-1154)

[138](#). Un contexte pluri-ethnique. [139](#). La construction d'une hiérarchie des ordres juridiques. [140](#). La naissance de la Common Law.

B) La Common Law et les forces contraires (1189-1307)

[141](#). Les difficultés de la Couronne. [142](#). Les oscillations de la justice royale. [143](#). Naissance de l'Equity.

C) Les menaces contre la Common Law et les transformations de l'Equity (1485-1688)

[144](#). Les menaces écartées. [145](#). La concurrence juridictionnelle. [146](#). Les transformations de l'Equity.

D) Les mutations des XIX^e et XX^e siècles

[147](#). L'élan législatif. [148](#). La tentation des Codes. [149](#). Le *stare decisis*. [150](#). La coordination de la Common Law et de l'Equity. [151](#). Le pouvoir judiciaire en Angleterre et en France. [152](#). Unité et pluralité des ordres juridictionnels en Europe.

Pour aller plus loin

[153](#). Indications bibliographiques.

Chapitre III. L'Etat de justice en France et en Europe

Section I. Les concepts : de l'État de justice à l'État de droit

A) L'État de justice

[154](#). Aux origines de l'État de justice. [155](#). L'État de justice : un Janus. [156](#). Naissance de l'État de finance.

B) L'Etat de police

[157](#). Définition de l'État de police. [158](#). L'État de police et la monarchie française. [159](#). La disparition précoce de l'absolutisme. [160](#). L'« oppression » fiscale ?

C) État légal et État de droit

[161](#). L'État légal. [162](#). État de droit et démocratie. [163](#). L'État de droit sous la monarchie française. [164](#). Le contrôle des actes de l'administration et les garanties des administrés. [165](#). Brève histoire du contrôle de la constitutionnalité des lois en France.

D) Les modèles historiques de l'État de droit en Europe

[166](#). La conception anglaise de l'État de droit. [167](#). La conception française de l'État de droit. [168](#). La conception allemande de l'État de droit. [169](#). Les particularismes des conceptions de l'État de droit aujourd'hui.

Section II. L'État de justice en France

A) La justice royale

[170](#). La justice retenue. [171](#). La justice déléguée.

B) Les justices parallèles

[172](#). La lutte contre les justices seigneuriales. [173](#). La lutte contre les justices ecclésiastiques. [174](#). L'Inquisition : fiction et réalités. [175](#). L'emprise croissante des finances de l'État.

Section III. L'histoire des systèmes judiciaires et la construction européenne

A) Les particularismes nationaux

[176](#). Les origines : de la majesté à la divinité du jugement. [177](#). L'Angleterre : la parole du juge. [178](#). La France : le mystère du jugement. [179](#). L'Allemagne : le juge enseignant.

B) La persistance de la diversité à l'époque actuelle

[180](#). Traditions nationales et jurisprudence européenne. [181](#). Conceptions nationales de la justice. [182](#). Conceptions nationales du ministère public. [183](#). Conceptions nationales de l'opportunité des poursuites.

Section IV. La croissance du pouvoir législatif des souverains européens

A) Le roi de France

[184](#). La croissance du pouvoir législatif royal dans un cadre pluraliste. [185](#). Les limites du pouvoir législatif royal et l'établissement d'une hiérarchie des normes. [186](#). La monarchie absolue et les limites du pouvoir législatif royal.

B) Les autres États européens

[187](#). L'avancée anglaise. [188](#). Les progrès du pouvoir législatif royal en Espagne. [189](#) L'incertitude allemande. [190](#). La puissance de l'aristocratie en Europe centrale. [191](#). Conclusion : l'Europe, une entité plurielle.

Pour aller plus loin

[192](#). Indications bibliographiques. [193](#). La diversité des conceptions de la représentation politique en Europe. [194](#). La diversité des conceptions de la souveraineté en Europe.

Titre II : Les migrations des droits européens

[195](#). Migrations de peuples et voyages du droit.

Chapitre I /Les transferts de droit

Section I. Les agents des transferts

A) Les voyageurs du droit

[196](#). Le voyageur sans bagage. [197](#). Le voyageur professionnel non juriste. [198](#). Le voyageur juriste.

B) L'introduction de l'écriture

[199](#). L'apparition et les fonctions de l'écriture. [200](#). L'oralité juridique.

Section II. Les types de transferts

A) L'objet du transfert

[201](#). L'emprunt. [202](#). L'acculturation juridique : de l'absolu du mythe à celui de la loi. [203](#). Les formes de l'acculturation juridique.

B) Les styles de transfert : de la contrainte à la réception

1) Les transferts par contrainte

[204](#). Les transferts résultant d'annexions. [205](#). Les transferts résultant de la colonisation. [206](#). Les illusions coloniales espagnoles : les doctrines. [207](#). Les illusions coloniales espagnoles : les normes et les pratiques.

2) Les transferts par réception

a) La résurrection et la transplantation

[208](#). La résurrection d'un droit ancien. [209](#). La transplantation.

b) L'importation

[210](#). Les facteurs psychologiques. [211](#). L'importation des codes européens en Turquie. [212](#). L'importation des codes européens en Chine. [213](#). L'importation des codes européens au Japon.

Section III. Les effets des transferts

A) L'acceptation et la résistance

[214](#). L'acceptation du droit transféré. [215](#). La résistance des droits locaux.

B) L'adaptation

[216](#). Les droits transférés et les élites. [217](#). La réinterprétation des droits autochtones. [218](#). La rédaction des coutumes et la naissance du droit coutumier. [219](#). La réinterprétation des droits transférés. [220](#). Complexité des transferts de droits.

Pour aller plus loin

[221](#). Indications bibliographiques. [222](#). La germanisation juridique de l'Alsace-Moselle.

Chapitre II. Les migrations du droit français

Section I. Les conquêtes révolutionnaires et impériales

[223](#). Les républiques soeurs. [224](#). L'influence juridique française en Suisse et en Italie. [225](#). Le destin en Europe du droit français

Section II. L'expansion du droit français hors d'Europe

A) La France et les Amérindiens

1) L'expansion française dans le Nouveau Monde

[226](#). Le Sauvage apprivoisé. [227](#). Les ambitions françaises dans le Nouveau Monde. [228](#). La gestion des territoires coloniaux par les grandes compagnies de navigation.

2) La captation juridique des Amérindiens

[229](#). Des comptoirs commerciaux à la colonisation de peuplement.

a) La spécificité juridique des Nations indiennes

[230](#). Les Nations autochtones et les internationalistes.

[231](#). L'existence de systèmes juridiques autochtones.

b) La confrontation entre les visions amérindiennes et européennes du droit

1/La terre

[232](#). La vision autochtone du droit européen : la terre.

[233](#). L'application du droit français aux Amérindiens.

2/Les traités

[234](#). Les puissances européennes et les traités. [235](#). Les traités conclus par la France avec les peuples amérindiens. [236](#). Les interprétations amérindiennes des traités passés avec la France. [237](#). Les traités aujourd'hui. [238](#). L'intertemporalité des traités.

B) La France et l'Afrique noire

[239](#). La constitution de l'Empire colonial français.

1) Les principales transformations

[240](#). L'introduction du droit écrit. [241](#). Le pluralisme judiciaire. [242](#). La collaboration des Africains à l'ordre nouveau.

2) L'interaction entre le droit français et les droits locaux

[243](#). La loi coloniale et l'appropriation du sol. [244](#). La loi coloniale et les conventions indigènes. [245](#). Est-il est légitime d'altérer les coutumes ?

Pour aller plus loin

[246](#). Indications bibliographiques. [247](#). Les transferts de droit dans l'Antiquité : le rêve alexandrin. [248](#). L'Égypte gréco-romaine.

Chapitre III. Les migrations du droit anglais

Section I. Les principes généraux du droit colonial anglais

A) L'expansion en Europe

[249](#). La normalisation dans les pays proches. [250](#). L'affaire Calvin.

B) Les principes du *Calvin's case* en Europe

[251](#). Les prolongements coloniaux de l'affaire Calvin.

Section II. L'anéantissement du droit autochtone : les Aborigènes d'Australie

[252](#). L'ethnocide. [253](#). Les droits fonciers des Aborigènes : de la *terra nullius* à l'arrêt Mabo. [254](#). Le statut individuel des Aborigènes : de la mort civile à la prise en compte des droits traditionnels.

Section III. La prise en compte des droits autochtones

A) La Nouvelle-Zélande

[255](#). La colonisation. [256](#). La reconnaissance des droits autochtones à l'époque actuelle.

B) L'Inde

[257](#). La colonisation. [258](#). Le maintien des droits religieux. [259](#). Territorialité et codification du droit indien. [260](#). L'esprit du droit indien.

C) La marginalité du droit anglais en Afrique noire

1) L'introduction du droit anglais

[261](#). La reconnaissance du droit romano-hollandais en Afrique du Sud. [262](#). La réception du droit anglais en Afrique tropicale

2) L'influence du droit anglais sur les droits locaux

[263](#). La faculté d'option en faveur du droit anglais. [264](#). La faculté d'option en faveur des juridictions de droit moderne. [265](#). Le droit moderne et les indépendances.

Section IV. Les fluctuations du droit colonial anglais en Amérique du Nord

[266](#) De la négation initiale des droits autochtones à leur prise en compte (1606-1763). [267](#). La Proclamation royale de 1763. [268](#). Le tournant du XIX^{ème} siècle : de l'assimilation au *red power*.

Pour aller plus loin

[269](#). Indications bibliographiques. [270](#). De l'Afrique allemande à l'Afrique nazie.

TROISIÈME PARTIE **LES MUTATIONS DE LA RÉPUBLIQUE**

Titre I : Le destin du pluralisme juridique

Chapitre I. La monarchie française et le pluralisme juridique

[Section I](#). Du droit ethnique au droit pluri-territorial

[271](#). La fin du Haut Moyen-Âge : de la diversification au pluralisme. [272](#). La féodalité : l'épanouissement du pluralisme.

[Section II](#). La réduction du pluralisme juridique

[273](#). La rédaction officielle des coutumes. [274](#). Les conséquences de la rédaction officielle : la réduction du pluralisme juridique. [275](#). Les codifications monarchiques.

Chapitre II. La Ière République et la passion de l'Un

[Section I](#). Unité et diversité en Europe à la veille de la Révolution française

[276](#). Les aspirations des dirigeants à l'unité. [277](#). Les résistances.

[Section II](#). La Déclaration des droits de l'homme de 1789

[278](#). La Déclaration et la République. [279](#). La Déclaration et la démocratie.

[Section III](#). Le sacre de l'individu

[280](#). La suppression des droits féodaux. [281](#). Le droit des personnes.

[Section IV](#). Le divorce entre la Révolution et l'Eglise

[282](#). La Constitution civile du clergé. [283](#). Le culte de l'Être suprême.

Section V. L'uniformisation

A) L'égalité

[284](#). L'égalité *en* droit (1789-10 août 1792). [285](#). L'égalité *par* le droit (10 août 1792-9 Thermidor An II). [286](#). La prééminence de l'égalité *en* droit.

B) L'indivisibilité de la République

[287](#). La dominante historique : indivisibilité et uniformisation. [288](#). Les innovations de la Ve République.

C) La tentative d'uniformisation linguistique

[289](#). L'échec du volontarisme révolutionnaire. [290](#). Les ambiguïtés actuelles.

Titre II. La République transfigurée : le droit positif

[291](#). Position du problème.

Chapitre I / Les mutations du lien social

Section I. L'individu et la société

[292](#). Le visage de Janus du modèle français. [293](#). Les recentrages du lien social. [294](#). Le multiculturalisme. [295](#). L'émergence d'un droit des groupes.

Section II. La crise de la raison juridique

[296](#). Raison et modernité juridique. [297](#). La dissociation contemporaine entre le droit et la raison : Marx, Hayek et les féministes.

Chapitre II. L'émergence de la diversité en droit français

[298](#). Unité et diversité.

Section I. Droits de l'homme et diversité des cultures

[299](#). Position du problème.

A) Les spécificités de la conception occidentale des droits de l'homme

[300](#). Le fondement naturel des droits de l'homme. [301](#). La raison. [302](#). La spécificité humaine. [303](#). Le caractère individuel des droits de l'homme.

B) Les critiques de la conception occidentale des droits de l'homme

1) Les critiques internes

[304](#). Les doctrines contre-révolutionnaires. [305](#). Le nazisme.

- 2) les critiques des cultures non occidentales
[306](#). L'Afrique noire traditionnelle. [307](#). L'hindouisme.
[308](#). Le bouddhisme.
- 3) Les monothéismes et les droits de l'homme
[309](#). L'islam. [310](#). Le catholicisme. [311](#). Le danger de
l'intégrisme.

Section II. Les mutations de la conception française de la laïcité

- A) La formation de la laïcité à la française
[312](#). La tradition monarchique. [313](#). Les turbulences du
XIXe siècle. [314](#). Le retour au calme.
- B) La conception actuelle de la laïcité
[315](#). La modification du contexte.
 - 1) Le renvoi formel par la jurisprudence à des ordres juridiques
religieux
[316](#). La viande *casher*. [317](#). Licenciements et religions.
 - 2) La tolérance accrue envers les demandes de reconnaissance
communautaire musulmane
[318](#). Le droit français et la « communauté » musulmane.
[319](#). La construction de mosquées. [320](#). Le foulard et la
République. [321](#). Le foulard et le Conseil d'État.
- C) Les laïcités en Europe
[322](#). La quasi-laïcité. [323](#). La semi-laïcité. [324](#). L'absence
de laïcité.

Pour aller plus loin

[325](#). Indications bibliographiques. [326](#). Le droit musul-
man, un nouveau droit européen ?

Chapitre III. La différence dans l'égalité

[327](#). La multiplication contemporaine des statuts.

Section I. Les sources du principe d'égalité

[328](#). L'égalité révolutionnaire. [329](#). L'égalité républicaine.
[330](#). Différences et égalité dans les jurisprudences du
Conseil constitutionnel et du Conseil d'État.

Section II. Les discriminations positives en droit français

- A) Les conditions posées à l'établissement de discriminations positives
[331](#). La notion française de discrimination positive. [332](#).
Les discriminations positives admises. [333](#). Les discrimi-
nations positives prohibées.

B) Les discriminations positives problématiques : le sexe et l'origine

1) L'égalité des sexes dans la vie politique.

[334](#). Sexe et genre. [335](#). La différence des sexes et des genres : une question anthropologique. [336](#). La différence des sexes et des genres : une question juridique.

2) Le mystère de l'origine

[337](#). L'origine et la nation. [338](#). Hypothèses sur l'origine.

3) Les embarras de l'ethnie

[339](#). Déclinaison de l'ethnie. [340](#). L'ethnie saisie par le droit.

C) L'évolution des discriminations positives aux États-Unis et dans la jurisprudence européenne

[341](#). Le revirement de la jurisprudence aux États-Unis.

[342](#). La perversion de l'*Affirmative Action*. [343](#). Le caractère nuancé de la jurisprudence européenne.

Section III. Le principe d'égalité et la diversité des territoires

[344](#). Hommes et territoires. [345](#). La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'aménagement du territoire (1995). [346](#). Les « Pays » et l'« État local ».

Section IV. L'interprétation pluraliste de l'État unitaire français

A) L'adaptation des principes fondateurs

1) L'évolution de l'unité du pouvoir normatif

[347](#). L'unité traditionnelle du pouvoir normatif. [348](#). La rupture de l'unité normative.

2) L'évolution de l'indivisibilité de la République

[349](#). Le fondement républicain. [350](#). Les atténuations du principe.

B) Les peuples autochtones en filigrane

1) La négation de principe des peuples autochtones par la République

[351](#). Le refus de principe. [352](#). Droit international : le particularisme français.

2) La prise en compte des autochtones par la République

[353](#). La Constitution et les peuples d'outre-mer. [354](#). La reconnaissance juridique des particularismes autochtones. [355](#). L'accord de Nouméa du 21 avril 1998.

C) la dialectique droit/différence

[356](#). Le droit à la différence. [357](#). Le droit *de* la différence.

Conclusion générale : pour sortir du dualisme

Table des matières

Fin du texte