

ANTHROPOLOGIE DU DROIT 5 – LE SENS DU JEU DES LOIS

cours offert à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal : DRT 3012 - Anthropologie du droit
AUTOMNE 2001 – JEUDI 27 SEPTEMBRE - 16 H. À 19 H.

Alain Bissonnette

alain.bissonnette4@sympatico.ca

Introduction

- Questions relativement à l'ouvrage d'Étienne Le Roy;
- Tableau représentant les divers paramètres du Jeu des Lois;
- Informations et données tirées du texte de Patrick Glenn.

Questions relativement à l'ouvrage d'Étienne Le Roy

En préparation de votre examen à la maison, qui devra m'être remis au plus tard le lundi 1^{er} octobre, et non pas, tel que prévu au départ, au plus tard le jeudi 27 septembre, voici une série de questions et de réponses qui devraient vous être utiles.

Questions formulées par Dahyonn Min au sujet de l'ouvrage d'Étienne Le Roy

- 1. Anthropologie processuelle et approche juridique... Comment est-ce même possible de les comparer, de les opposer ?
L'une n'est-elle pas une manière d'aborder la deuxième ?**

Dans l'introduction générale à son ouvrage, Étienne Le Roy explique que son anthropologie dynamique du Droit s'inscrit dans deux traditions qui l'ont inspiré : d'une part, l'anthropologie processuelle et, d'autre part, l'approche juridique telle que pratiquée par des juristes civilistes non dogmatiques. En d'autres termes, il ne s'agit pas ici de comparer, ni d'opposer ces deux traditions, mais simplement de comprendre que Le Roy a puisé à l'une et à l'autre de ces traditions pour "construire" **son modèle à lui**, modèle qui a

pour ambition d'expliquer en quoi, jusqu'où et comment le Droit contribue au jeu social en tenant compte des variations historiques, des spécificités culturelles et des implications conscientes et inconscientes de la part variable du Droit dans la vie en société. Il convient de souligner ici que **l'héritage de ces juristes civilistes** qui a été utilisé par Le Roy **est bien non dogmatique et va au-delà d'une approche de droit strictement positif**. Le Roy mentionne spécifiquement quatre auteurs et identifie ce qu'il a puisé chez eux : chez Henri Lévy-Bruhl, sa juristique, soit la recherche des lois scientifiques qui gouvernent les lois juridiques; chez Jean Carbonnier, surtout son étude des phénomènes d'internormativité; chez François Terré, sa méfiance à l'égard du discours des juristes et le souci de considérer comment l'on fait et ce que l'on fait du droit; chez Michel Alliot, son précepte voulant que le Droit soit mise en forme des luttes et consensus sur le résultat des luttes dans les domaines que la société tient pour vitaux.

2. “ Le structuralisme, une méthode pour interpréter le rébus des faits sociaux : Il est donc tentant d'appliquer à des domaines autres que ceux de la parenté et des mythes une démarche permettant de découvrir des principes aussi interpellants que celui relatif à l'universalité de la prohibition de l'inceste. Le droit peut être de ceux-là. ”

a) De quelle façon le structuralisme permet-il de découvrir le principe relatif à l'universalité de la prohibition de l'inceste ? Il a été mentionné en classe que le principe ne s'appliquait pas aux Égyptiens du temps des Pharaons.

Je doute d'avoir l'expertise nécessaire pour répondre adéquatement à cette question, mais je vais quand même essayer de vous donner quelques repères vous permettant ensuite de poursuivre vous-même une recherche qui soit plus exhaustive.

Voici donc en quelques pages les principaux arguments développés par Claude Lévi-Strauss pour démontrer l'universalité de cette règle :

“Posons donc que tout ce qui est universel, chez l'homme, relève de l'ordre de la nature et se caractérise par la spontanéité, que tout ce qui est astreint à une norme appartient à la culture et présente les attributs du relatif et du particulier. Nous nous trouvons alors confrontés avec un fait, ou plutôt un ensemble de faits, qui n'est pas loin, à la lumière des définitions précédentes, d'apparaître comme un scandale : nous voulons dire cet ensemble complexe de croyances, de coutumes, de stipulations et d'institutions que l'on désigne sommairement sous le nom de prohibition de l'inceste. Car la prohibition de l'inceste présente, sans la moindre équivoque, et indissolublement réunis, les deux caractères où nous avons reconnu les attributs contradictoires de deux ordres exclusifs : **elle constitue une règle, mais une règle qui, seule entre toutes les règles sociales, possède en même temps un caractère d'universalité**.¹ Que la prohibition de l'inceste constitue une règle n'a guère besoin d'être démontré; il suffira de rappeler que **l'interdiction du mariage entre proches parents peut avoir un champ**

¹ “Si l'on demandait à dix ethnologues contemporains d'indiquer une institution humaine universelle, il est probable que neuf choisiraient la prohibition de l'inceste; plusieurs l'ont déjà formellement désignée comme la seule institution universelle.” Cf. A.L. KROEBER, Totem and Taboo in Retrospect. *American Journal of Sociology*, vol. 45, No. 3, 1939, p. 448.

d'application variable selon la façon dont chaque groupe définit ce qu'il entend par proche parent; mais que cette interdiction, sanctionnée par des pénalités sans doute variables, et pouvant aller de l'exécution immédiate des coupables à la réprobation diffuse, parfois seulement à la moquerie, est toujours présente dans n'importe quel groupe social .

On ne saurait, en effet, invoquer ici les fameuses exceptions dont la sociologie traditionnelle se contente souvent de souligner le petit nombre. Car toute société fait exception à la prohibition de l'inceste, quand on l'envisage du point de vue d'une autre société dont le règle est plus stricte que la sienne. On frémit en pensant au nombre d'exceptions qu'un Indien Paviotso devrait, à ce compte, enregistrer. Quand on se réfère aux trois exceptions classiques : Égypte, Pérou, Hawaï, auxquelles il faut d'ailleurs ajouter quelques autres (Azandé, Madagascar, Birmanie, etc.), on ne doit pas perdre de vue que **ces systèmes sont des exceptions par rapport au nôtre propre, dans la mesure où la prohibition y recouvre un domaine plus restreint que ce n'est le cas parmi nous** . Mais la notion d'exception est toute relative, et son extension serait fort différente pour un Australien, un Thonga, ou un Eskimo.

La question n'est donc pas de savoir s'il existe des groupes permettant des mariages que d'autres excluent, mais plutôt s'il y a des groupes chez lesquels aucun type de mariage n'est prohibé. La réponse doit être, alors, absolument négative, et à un double titre : d'abord, parce que le mariage n'est jamais autorisé entre tous les proches parents, mais seulement entre certaines catégories (demi-sœur à l'exclusion de sœur, sœur à l'exclusion de mère, etc.); ensuite, parce que ces unions consanguines ont, soit un caractère temporaire et rituel, soit un caractère officiel et permanent, mais restent, dans ce dernier cas, le privilège d'une catégorie sociale très restreinte. C'est ainsi qu'à Madagascar, la mère, la sœur, parfois aussi la cousine, sont des conjoints prohibés pour les gens du commun, tandis que, pour les grands chefs et les rois, seule la mère – mais la mère tout de même – est *fady*, “ défendue ”. Mais il y a si peu “ exception ” à la prohibition de l'inceste que celle-ci fait l'objet d'une extrême susceptibilité de la part de la conscience indigène : quand un ménage est stérile, on postule une relation incestueuse, bien qu'ignorée; et les cérémonies expiatoires prescrites sont automatiquement célébrées. [citation omise]

Le cas de l'Égypte ancienne est plus troublant, parce que des découvertes récentes [citation omise] suggèrent que les mariages consanguins – particulièrement entre frère et sœur – ont peut-être représenté une coutume répandue chez les petits fonctionnaires et artisans, et non limitée, comme on l'a jadis cru [citation omise], à la caste régnante et aux plus tardives dynasties. Mais en matière d'inceste, il ne saurait y avoir d'exception absolue. Notre éminent collègue M. Ralph Linton nous faisait remarquer un jour que dans la généalogie d'une famille noble de Samoa, étudiée par lui, sur huit mariages consécutifs entre frère et sœur, un seul mettait en cause une sœur cadette, et que l'opinion indigène l'avait condamné comme immoral. **Le mariage entre un frère et sa sœur aînée apparaît donc comme une concession au droit d'aînesse; et il n'exclut pas la prohibition de l'inceste puisque, en plus de la mère et de la fille, la sœur cadette reste un conjoint interdit, ou tout au moins désapprouvé. Or, un des rares textes que nous possédions sur l'organisation sociale de l'ancienne Égypte suggère une interprétation analogue**; il s'agit du Papyrus de Boulaq No. 5, qui relate l'histoire d'une fille de roi qui veut épouser son frère aîné. Et sa mère remarque : “ Si je n'ai pas d'enfants après ces deux enfants-là, n'est-ce pas la loi de les marier l'un à l'autre ? ” [citation omise] **Ici aussi, il semble s'agir d'une formule de prohibition autorisant le mariage avec la sœur aînée, mais le réprouvant avec la cadette**. On verra plus loin que les anciens textes japonais décrivent l'inceste comme l'union avec la sœur cadette, à l'exclusion de l'aînée, élargissant ainsi le champ de notre interprétation. **Même dans ces cas, qu'on pourrait être tenté de considérer comme des limites, la règle d'universalité n'est pas moins apparente que le caractère normatif de l'institution.**”²

² Claude Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton et Maison des Sciences de l'Homme, 1967, 591 p. : 10-12.

“Le problème de la prohibition de l’inceste n’est pas tellement de rechercher quelles configurations historiques, différentes selon les groupes, expliquent les modalités de l’institution dans telle ou telle société particulière. **Le problème consiste à se demander quelles cause profondes et omniprésentes font que, dans toutes les sociétés et à toutes les époques, il existe une réglementation des relations entre les sexes.**”³

“La prohibition de l’inceste n’est, ni purement d’origine culturelle, ni purement d’origine naturelle; et elle n’est pas, non plus, un dosage d’éléments composites empruntés partiellement à la nature et partiellement à la culture. **Elle constitue la démarche fondamentale grâce à laquelle, par laquelle, mais surtout en laquelle, s’accomplit le passage de la nature à la culture.**”⁴

“[A]vant elle, la culture n’est pas encore donnée; avec elle, la nature cesse d’exister, chez l’homme, comme un règne souverain. La prohibition de l’inceste est le processus par lequel la nature se dépasse elle-même; elle allume l’étincelle sous l’action de laquelle une structure d’un nouveau type, et plus complexe, se forme, et se superpose, en les intégrant, aux structures plus simples de la vie psychique, comme ces dernières se superposent, en les intégrant, aux structures plus simples qu’elles-mêmes, de la vie animale. **Elle opère, et par elle-même constitue, l’avènement d’un ordre nouveau.**”⁵

“La prohibition de l’inceste ne s’exprime donc pas toujours en fonction des degrés de parenté réelle; mais elle vise toujours les individus qui s’adressent les uns aux autres par certains termes. (...) **C’est le rapport social, au delà du lien biologique, impliqué par les termes de “ père ”, de “ mère ”, de “ fils ”, de “ fille ”, de “ frère ” et de “ sœur ”, qui joue le rôle déterminant.** Pour cette raison surtout, les théories qui tentent de justifier la prohibition de l’inceste par les conséquences nocives des unions consanguines (y compris de nombreux mythes primitifs qui suggèrent cette interprétation) ne peuvent être considérées que comme des rationalisations.”⁶

“Envisagée du point de vue le plus général, la prohibition de l’inceste exprime le passage du fait naturel de la consanguinité au fait culturel de l’alliance. (...) **Il y a donc dans la nature – mutations mises à part – un principe d’indétermination, et un seul; et c’est dans le caractère arbitraire de l’alliance qu’il se manifeste.** (...) [L]a nature impose l’alliance sans la déterminer; et la culture ne la reçoit que pour en définir aussitôt les modalités. Ainsi se résout l’apparente contradiction entre le caractère de règle de la prohibition et son universalité. **L’universalité exprime seulement le fait que la culture a, toujours et partout, empli cette forme vide, comme une source jaillissante comble d’abord les dépressions qui entourent son origine.** Contentons-nous pour l’instant de cette constatation qu’elle l’a empli de ce contenu qu’est la Règle (...). **Le fait de la règle, envisagé de façon entièrement indépendante de ses modalités, constitue, en effet, l’essence même de la prohibition de l’inceste.** Car si la nature abandonne l’alliance au hasard et à l’arbitraire, il est impossible à la culture de ne pas introduire un ordre, de quelque nature qu’il soit, là où il n’en existe pas. **Le rôle primordial de la culture est d’assurer l’existence du groupe comme groupe; et donc de substituer, dans ce domaine comme dans tous les autres, l’organisation au hasard** [citation omise].”⁷

“[L]e mariage, dans la plupart des sociétés primitives (comme aussi – mais à un moindre degré – dans les classes rurales de notre société), présente une toute autre importance, non pas érotique, mais économique. La différence entre le statut économique du célibataire et celui de l’homme marié, dans notre

³ *Ibid.* : 27.

⁴ *Ibid.* : 29.

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibid.* : 35.

⁷ *Ibid.* : 35-37.

société, se réduit presque exclusivement au fait que le premier doit, plus fréquemment, renouveler sa garde-robe. La situation est tout autre dans des groupes où la satisfaction des besoins économiques repose entièrement sur la société conjugale et sur la division du travail entre les sexes. **Non seulement l'homme et la femme n'ont pas la même spécialisation technique, et dépendent donc l'un de l'autre pour la fabrication des objets nécessaires aux tâches quotidiennes, mais ils se consacrent à la production de types différents de nourriture. Une alimentation complète, et surtout régulière, dépend donc de cette véritable "coopération de production" que constitue un ménage.**"⁸

"Mais que ce soit sous une forme directe ou indirecte, globale ou spéciale, immédiate ou différée, explicite ou implicite, fermée ou ouverte, concrète ou symbolique, **c'est l'échange, toujours l'échange, qui ressort comme la base fondamentale et commune de toutes les modalités de l'institution matrimoniale.** Si ces modalités peuvent être subsumées sous le terme général d'exogamie (car, ainsi qu'on l'a vu dans la première partie de ce travail, l'endogamie ne s'oppose pas à l'exogamie, mais la suppose), c'est à la condition d'**apercevoir**, derrière l'expression superficiellement négative de la règle d'exogamie, **la finalité qui tend à assurer, par l'interdiction du mariage dans les degrés prohibés, la circulation, totale et continue, de ces biens du groupe par excellence que sont ses femmes et ses filles.**"⁹

"[L]'échange (...) a, par lui-même, une valeur sociale : **il fournit le moyen de lier les hommes entre eux, et de superposer, aux liens naturels de la parenté, les liens** désormais artificiels, puisque soustraits au hasard des rencontres ou à la promiscuité de l'existence familiale, **de l'alliance régie par la règle.**"¹⁰

"**La loi d'exogamie (...) est omniprésente, elle agit de façon permanente et continue, bien plus, elle porte sur des valeurs – les femmes – qui sont les valeurs par excellence, à la fois du point de vue biologique et du point de vue social, et sans lesquelles la vie n'est pas possible, ou tout au moins est réduite aux pires formes de l'abjection.** (...) [E]lle est l'archétype de toutes les autres manifestations à base de réciprocité, (...) elle fournit la règle fondamentale et immuable qui assure l'existence du groupe comme groupe."¹¹

"**La prohibition de l'inceste est moins une règle qui interdit d'épouser mère, sœur ou fille, qu'une règle qui oblige à donner mère, sœur ou fille à autrui. C'est la règle du don par excellence.** Et c'est bien cet aspect, trop souvent méconnu, qui permet de comprendre son caractère."¹²

"Il n'y a rien dans la sœur, ni dans la mère, ni dans la fille, qui les disqualifie en tant que telles. **L'inceste est socialement absurde** avant d'être moralement coupable. L'exclamation incrédule arrachée à l'informateur : *Tu ne veux donc pas avoir de beau-frère ?* fournit sa règle d'or à l'état de société.

Il n'y a donc pas de solution possible au problème de l'inceste à l'intérieur de la famille biologique (...). Le contexte culturel (...) résulte d'un fait très simple, et qui l'exprime tout entier, à savoir **quela famille biologique n'est plus seule, et qu'elle doit faire appel à l'alliance d'autres familles pour se perpétuer.**"¹³

⁸ *Ibid.* : 45.

⁹ *Ibid.* : 548-549.

¹⁰ *Ibid.* : 550.

¹¹ *Ibid.* : 551.

¹² *Ibid.* : 552.

¹³ *Ibid.* : 556.

Lire également : Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, Collection Droit fondamental, 1988, 496 p. : 236-241.

b) Le droit serait un des principes susceptibles de découverte via le structuralisme ou une démarche permettant la découverte ?

Si je comprends bien la question, il me suffit d'indiquer ici que Le Roy estime que la démarche structuraliste est susceptible d'être appliquée au Droit comme elle l'a été dans le passé, par exemple, aux structures de la parenté. Mais il indique également qu'il faut approfondir cette démarche en l'englobant dans une analyse dynamique des processus. Il faut, selon lui, conjuguer les deux approches.

3. Pourquoi le modèle mécanique (dont les éléments constitutifs sont à l'échelle des phénomènes) serait utilisable dans les sociétés primitives et le modèle statistique, dans les sociétés occidentales ?

Cette distinction a été établie par Claude Lévi-Strauss dans son ouvrage *Anthropologie structurale*. Étienne Le Roy retient cette distinction entre modèle mécanique et modèle statistique simplement parce qu'ils se situent, l'un et l'autre, à des échelles différentes, mais il récuse l'affirmation de Lévi-Strauss selon laquelle le modèle mécanique est utilisable à l'égard des sociétés " primitives " et le modèle statistique aux sociétés " complexes ". En fait, ces deux modèles peuvent servir envers toute société, leur intérêt résidant dans la possibilité qu'ils offrent d'appréhender des éléments se situant à des échelles différentes, et ce au sein de toute société.

4. " La philosophie spontanée du juriste " serait le réflexe dont font preuve les juristes en général de soustraire le droit (plus particulièrement la loi) de tout contexte social, son histoire, etc.?

Cette expression – " philosophie spontanée des juristes " - fait référence à un article publié par Le Roy et des collègues en 1980. Le peu qui en est dit dans son ouvrage laisse entendre que cette philosophie spontanée amène les juristes à repérer la cohérence interne du Droit, compris comme système de normes, à travers ses grands concepts, ceux qui lui donnent son orientation générale¹⁴. Le Roy estime qu'il faut utiliser cette philosophie spontanée du juriste, qu'elle est utile, puisqu'il y a lieu en effet de comprendre l'orientation générale du Droit, compris comme système de normes. Mais il indique qu'il faut aller plus loin également et qu'il convient de repérer la vision du monde qui se cache derrière le visible et le quotidien des pratiques associées au Droit. Dans les deux cas, l'analyse structurale peut permettre de faire de belles découvertes.

¹⁴ Étienne Le Roy, *Le jeu des lois. Une anthropologie " dynamique " du Droit*, Paris, L.G.D.J., 1999 : 29.

- 5. L'anthropologie dynamique du droit est “l'étude des mouvements, séismes mentaux, influences réciproques des traditions et archétypes” (p.29 du volume). Or, c'est également la prise en compte de divers facteurs, tels les rapports sociaux, intérêts en jeu, etc. Ce sont, respectivement, les aspects direction et signification? (En passant, en référence au tableau dessiné en classe aux fins de l'explication de l'anthropologie dynamique, qu'est-ce qui détermine le choix des paramètres verticaux et horizontaux?)**

À la page 29 de son ouvrage, Étienne Le Roy indique simplement qu'il fait l'hypothèse que les trois archétypes élaborés par Michel Alliot : l'identification, la différenciation et la soumission, ainsi que les traditions auxquelles ces archétypes sont généralement associés, à savoir la tradition asiatique, la tradition animiste et la tradition du Livre, sont aujourd'hui en voie de restructuration. Une telle restructuration de ces archétypes et des traditions qui les expriment entraîne une acculturation des projets de société, acculturation qu'il dit observer aussi bien en Europe qu'en Afrique. Par son analyse, Le Roy cherche à déchiffrer le sens de ce mouvement, de cette dynamique. Dans les pages de son introduction générale, Le Roy explique simplement ce qu'il cherche à réaliser par sa démarche propre. Dans la première partie de son ouvrage, il explique comment il procède pour atteindre les résultats annoncés en introduction. Je reviendrai plus loin sur ce comment procéder.

Quant au tableau dessiné en classe, il a été fait spontanément et n'avait d'autre but que de vous permettre de mieux comprendre le sens de la démarche générale de Le Roy.

- 6. Le Roy semble désapprouver la méthode comparatiste, qui consisterait à partir de “chez soi” pour ensuite comparer les autres cultures selon “ses” variables. Il fait mention des modèles diatopiques (divers sites culturels) et dialogaux. Or, ne faut-il pas partir d'un point, nécessairement, comme Le Roy paraît lui-même le reconnaître ?**

Oui, l'anthropologue se situe toujours lui-même dans un site, un lieu culturel et historique donné, mais il a pour ambition de se déplacer dans d'autres lieux ou sites culturels et historiques et d'y découvrir les logiques multiples qui les traversent et les animent. Ce que Le Roy reproche à certains comparatistes, c'est de ne pas tenir compte dans leurs analyses du fait que dans des sites culturels et historiques différents, des logiques multiples différentes peuvent être à l'œuvre. Autrement dit, il reproche à ces comparatistes d'analyser les sociétés étrangères en présumant qu'on y retrouve les mêmes logiques qui caractérisent leur propre société.

- 7. Pourquoi Le Roy est-il aussi catégorique à l'effet que le comparatisme “revient à refuser jusqu'au bout la compartimentation que notre société et elle seule propose”? N'est-il pas possible de comparer dans un domaine précis? Son idée est-elle tout simplement qu'on ne peut comparer un domaine (ex, le droit) sans faire état de la “totalité sociale”?**

En effet, pour Le Roy, s'appuyant ici sur Karl Polanyi et Louis Dumont, il ne peut y avoir de comparatisme entre les divers éléments caractérisant des sociétés différentes, sans que ces éléments ne soient d'abord rattachés à la totalité sociale dont ils font partie. Pour aller plus loin, lire l'ouvrage de Jacques Vanderlinden, *Comparer les droits*, Diegem, Kluwer Éditions Juridiques Belgique et E. Story-Scientia, 1995, 467 p.

8. Le Roy propose d'abord une démarche anthropologique reposant sur un modèle qui est à la fois structural et dynamique autorisant, grâce à une déconstruction de l'architecture des processus à l'œuvre (dimension synchronique), l'élucidation corrélative du sens du mouvement ainsi provoqué (aspect diachronique).

Ce passage m'apparaît fort important (synthèse), mais j'ai de la misère à faire le lien entre tous ces concepts.

Afin de vous éclairer, je ne vois pas de meilleur moyen que de vous donner un exemple où justement Le Roy, d'une part, déconstruit des processus à l'œuvre et, d'autre part, identifie le mouvement ainsi provoqué. Le texte en question est reproduit dans votre recueil de textes portant sur la Côte-d'Ivoire : Étienne Le Roy, "L'appropriation et les systèmes de production", in E. Le Bris, E. Le Roy, P. Matthieu (éd.), *L'appropriation de la terre en Afrique noire. Manuel d'analyse, de décision et de gestion foncières*, Paris, Karthala, 1991, 359 p. : 27-35..

"3. De l'appropriation traditionnelle à la propriété moderne : l'impact de la théorie coloniale de la domanialité

Au tournant du XXe siècle, la politique française butait sur un obstacle fondamental : comment généraliser une propriété privée avec les moyens qu'offrait le code civil, lequel organisait les rapports juridiques mais n'avait pas eu à créer la propriété foncière qui avait été définitivement constitué lors de la Révolution française ?

Pour contourner cette difficulté, A. Ley rappelle, dans *Enjeux fonciers en Afrique noire* (op. cit., p. 135), comment est né le "système Torrens" à partir de l'ouvrage de l'avocat français Courdemanche. Torrens est l'inventeur d'un mode d'enregistrement des terres de la couronne en Australie. Connue en France à l'occasion des travaux d'une commission sénatoriale en 1894-1895, ce mode d'enregistrement va être transféré en Afrique et donnera naissance au décret foncier de 1906 et au régime de la propriété foncière en Afrique occidentale. Ce régime, accessoirement amendé ensuite, avait trouvé son équilibre avec le décret foncier de 1932.

Mais, ce régime de la propriété foncière ne pouvait, à lui seul, servir de charpente à la politique foncière : que faire des terres qui ne relevaient pas de ce régime ? Là encore, les dispositions du code civil étaient vagues, l'article 538 se clôturant par l'indication que

“généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d’une propriété privée sont considérées comme des dépendances du domaine public ”.

Avec pour seule référence la “domanialité”, un nouveau régime va voir le jour entre 1899 au Congo français et 1901 en Côte-d’Ivoire, dans un contexte marqué par une vive concurrence entre les objectifs techniques des nouveaux services des domaines et les nécessités du maintien de l’ordre public que doivent assumer les administrateurs. Après avoir tenté de provoquer la transformation volontaire des droits coutumiers en droits de propriété, puis avoir prétendu que la colonie était propriétaire des terres par application de la théorie de la succession d’États, on redécouvre derrière la référence au domaine les notions du droit féodal.

Ce droit féodal distinguait deux domaines. Le premier domaine est le *dominium directum* ou domaine éminent appartenant au seigneur et auquel sont rattachées toutes les prérogatives de la seigneurie. Ces prérogatives correspondent à des compétences politiques, militaires, judiciaires et économiques qui ont été, à l’âge moderne, transférées à l’État et qui, sans aucun doute, étaient assurées par l’État colonial. Le second est le *dominium utile* reconnu à un vassal dans le cadre d’un rapport de dépendance personnel en principe librement conclu et contre le versement d’un cens. Ces deux domaines “éminent” et “utile” sont complémentaires l’un de l’autre et doivent être distingués de “l’alleu”, terre libre de toute relation féodale et où peut s’exercer le *plenum dominium* (pleine propriété).

Cette brève présentation du droit féodal a pour objectif d’illustrer trois points.

1. La situation des tenures foncières des Africains était étrangère à la théorie du double domaine féodal.
2. L’État colonial avait tout intérêt à introduire une telle distinction pour asseoir des droits fonciers fondés sur la conquête même si cette classification bouleversait la nature des droits fonciers coutumiers.
3. Dans la distinction entre domaines “direct” et “utile”, on ignorait la référence au droit de propriété. L’État colonial ne se prétendait pas – en principe – propriétaire des terres non appropriées selon le régime de l’immatriculation ou du code civil; il était plutôt le détenteur ou le gardien du territoire afin d’y imprimer sa marque “civilisatrice”. Pour généraliser la propriété, l’État était ainsi amené à redécouvrir la notion d’appropriation. Il affectait l’espace à un usage par la procédure de la concession domaniale. Cette affectation repose non sur le principe de la découverte suivie d’une mise en culture (comme dans le modèle endogène précolonial), mais sur la capacité à mettre en valeur. Or, la notion de mise en valeur est principalement économique et prend essentiellement en considération la possibilité d’investir, de faire fructifier et de dégager une plus-value.

L'opposition centrale des politiques foncières repose sur deux conceptions de l'appropriation. Dans la conception endogène et traditionnelle, l'affectation de l'espace vise principalement à assurer la reproduction du groupe dans ses dimensions matérielles, sociales et idéologiques. La conception européenne vise essentiellement à traiter l'espace comme un capital à exploiter et à rentabiliser.

Deux conclusions peuvent ainsi être dégagées.

Premièrement, c'est en fonction de la notion d'appropriation qu'il convient d'analyser les rapports fonciers contemporains.

Deuxièmement, les deux conceptions de l'appropriation que nous venons de dégager ne sont pas toujours et nécessairement contradictoires. Ne renvoyant ni aux mêmes opportunités ni aux mêmes enjeux, elles pourront parfois être utilisées et mises en œuvre par le même acteur si les contextes l'autorisent : on peut même être capitaliste au village et socialiste au ministère, ou inversement. Il n'y a pas ainsi de tendance unilinéaire au passage de formes communautaires à des modes capitalistes d'affectation de l'espace. Si l'individualisation fait partout des progrès, elle se réalise principalement sous la forme d'une maîtrise sur la terre. Cette maîtrise peut, suivant les cas, être temporaire, prioritaire, exclusive ou absolue. Seule une maîtrise à la fois exclusive et absolue correspond à la propriété civiliste.

C'est pourquoi nous considérerons l'hypothèse que l'analyse des rapports fonciers reste déterminée par les besoins de sécurisation propres à chaque système de production en milieu rural, ou en milieu urbain, par les contraintes du site et de l'insertion dans l'espace résidentiel. ”

9. De quelle façon y aurait-il un avantage à constituer la théorie au moyen d'un modèle, qui permet de séparer la théorie de ce qui est le jugement de sa valeur ?

Selon André Régnier, que cite Le Roy, il importe de séparer les propositions qui appartiennent à la théorie des propositions qui jugent du rapport entre la théorie et les faits. Les propositions qui appartiennent à la théorie liée au modèle en lui-même doivent assurer la

seule rigueur logique, alors que les propositions qui jugent du rapport entre la théorie et les faits doivent utiliser des méthodes ou des règles permettant d'identifier ce rapport entre théorie et faits, et ce au-delà de la seule rigueur logique.¹⁵

10. **“ Ce qui compte en juxtaposant ces paramètres, c'est moins les caractéristiques inhérentes à chacun d'entre eux que la pondération que prennent sur l'échiquier, à l'une ou l'autre des échelles, les filières d'acteurs ou les réseaux d'opérateurs sociaux . ”**

- a) **Comment comprendre les relations entre les 10 paramètres? Tout simplement comme des provocateurs de réflexion tout à fait indépendants (à part pour le fait que l'altération a un effet sur tous les autres)? Ou encore, comme des aidants à réfléchir sur ce qui n'aurait pas été possible de faire en l'absence de ces paramètres, qui constituent si je comprends bien un modèle ?**
- b) **Qu'est-ce qui détermine le choix de ces paramètres? N'est-ce pas plutôt arbitraire comme choix, et subjectif ?**

Le Roy indique avoir sélectionné les paramètres à partir de l'observation de la vie quotidienne et après avoir expérimenté l'ordre de leur agencement dans deux publications qui ont précédé la composition de son ouvrage *Le jeu des lois*. Pourquoi placer ces paramètres en relation les uns par rapport aux autres ? Parce que, selon Le Roy, ils permettent ainsi d'aborder en même temps différentes questions, qui appartiennent à l'un ou l'autre des paramètres, et ce d'une manière totalisante et itérative. Cette façon de procéder a, entre autres, pour avantage d'éviter d'aborder ces questions de manière hiérarchique ou dualiste. En outre, comme les questions inscrites dans chacun des paramètres sont en interrelations avec toutes les autres, un changement apporté à l'une a un effet sur toutes les autres. De cette façon, l'ensemble forme un système, chaque élément étant lié à tous les autres éléments qui composent le modèle. C'est bien là une démarche structuraliste.

11. Le Roy parle de pluridisciplinarité, qu'il manque un élément pour parler d'interdisciplinarité. Quel serait cet élément ?

L'exigence supplémentaire qui permet de parler d'interdisciplinarité consiste à utiliser l'ensemble des disciplines inscrites dans les neuf premiers paramètres du modèle dans le but, cette fois, “ d'éclairer le mystère du Droit comme facteur totalisant ou englobant (selon l'exigence anthropologique) de régulation de la vie en société et selon des modalités que chaque société particularise selon le sens qu'elle donne aux valeurs associées aux divers paramètres ”¹⁶, ce qui est l'objet de la case 10 dans le modèle.

¹⁵ Le Roy 1999 : 42.

¹⁶ Le Roy 1999 : 47-48.

12. Post-modernité? Transmodernité? Diacritique? Diachronique? (la recherche dans le dictionnaire n'aidant pas...)

Noter qu'à la page 409 de l'ouvrage de Le Roy, on retrouve un index des principaux concepts.

Pour ce qui est de la post-modernité, bien qu'on ne retrouve aucune définition en tant que telle dans l'ouvrage de Le Roy, on peut induire de ses propos qu'il s'agit des caractéristiques des sociétés contemporaines qui ont remis en question l'identité construite au moment des Lumières et qui a débouché sur une approche positiviste du Droit. À la page 176 de son ouvrage, il écrit que, dans la pensée moderne, "le mouvement est conduit par un principe quasi métaphysique du progrès social, moral et juridique", notion qui lui apparaît être "la transposition eschatologique des conceptions chrétiennes du salut et de la grâce." La pensée post-moderne ne croit plus à ces conceptions. Norbert Rouland a indiqué notamment que "[l]es grandes théories anthropologiques du XXe siècle – le fonctionnalisme, et surtout le structuralisme – insistent toujours plus sur le fait que les principes organisateurs de la réalité sociale se dérobent à l'expérience directe."¹⁷ Il ajoute qu'on a également pris conscience du fait que les sociétés traditionnelles possèdent elles aussi une sagesse et, enfin, que les représentations fluctuantes de ce que nous nommons le Réel s'appuient sur le fait que nous reconnaissons désormais l'existence et la pertinence de la variabilité culturelle et juridique.¹⁸

Quant à la trans-modernité, elle me semble être constituée, dans la pensée de Le Roy, par le principe de la complémentarité des différences, permettant, par exemple, la rencontre et l'utilisation dans des situations pratiques et concrètes aujourd'hui de visions du monde ou de modes de pensée très contemporains et très anciens.

Quant à la signification du mot "diacritique", le Petit Robert en donne la définition suivante : "qui sert à distinguer, à caractériser". Dans les mots diachronique, diatopique et dialogique, *dia* réfère à une variété, à une pluralité. Ainsi dia-chronique : une variété de temps, dia-topique : une variété de lieux, dia-logique : une variété de logiques. L'ambition de Le Roy, comme nous l'avons bien vu pendant le cours, est précisément de tenir compte de toutes ces variétés.

13. Le Roy, surtout pour les premiers paramètres, propose l'analyse d'un nombre incroyable de données variées. Ces termes et concepts peuvent être très intéressants, mais je ne comprends pas le lien entre eux. En fait, je ne suis pas très bien le raisonnement de Le Roy au chapitre des ressources, par exemple, où il divise tout d'abord en matérielles, humaines, mentales pour invoquer le capitalisme, les trois principes de réciprocité, redistribution, de marché généralisé, champ juridique (qu'est-ce que champ juridique en passant ?), filières (?), etc. Mais surtout, je ne vois pas en quoi tous ces éléments aident dans la compréhension du jeu... Pour les fins du jeu, les ressources sont ce dont l'acteur dispose. Quel serait la pertinence des effets de tension des ressources au sein du champ juridique dans le jeu ?

¹⁷ Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, Collection Droit fondamental, 1988 : 29.

¹⁸ *Ibid.* : 30.

Relire la réponse à la question 10. Sans aller dans les détails, disons simplement pour ce qui est des ressources, d'une part, qu'elles sont diversement identifiées ou valorisées au sein des différentes sociétés, et en outre que les acteurs n'ont pas un accès identique à chacune de ces ressources. Le Roy propose d'identifier à quelles ressources les acteurs impliqués dans une situation concrète particulière ont accès, selon quelles modalités, et quelles conclusions il est permis de tirer de leurs interactions. Ce paramètre devant également être mis en relation avec les autres comme nous l'avons vu en répondant à la question 10.

Quant à la définition du champ juridique, il suffit de rappeler que les acteurs se retrouvent liés les uns aux autres, chacun avec ses propres ressources, mais que ces ressources et la force de ces acteurs sont elles-mêmes différemment prises en compte selon le champ où elles sont mises en œuvre. Par exemple, si vous amorcez une négociation entre des acteurs provenant de sociétés différentes, le lieu même où prendra place la négociation ne sera pas neutre (différences, par exemple, entre l'arbre à palabres et le palais de justice), ce lieu reconnaissant et du coup multipliant les effets de certaines ressources et pas d'autres, ainsi que certaines forces et pas d'autres.

14. Pour la dissertation que faut-il entendre par “ perspectives ” ?

Quels sont les nouveaux lieux d'observation, les nouveaux domaines de réflexion ou les nouvelles façons de voir (approches) qui viennent à votre esprit après avoir lu et analysé la théorie du jeu des lois d'Étienne Le Roy ?

Question formulée par Kimon Kling :

En classe, lorsque je parlais d'un droit englobant qui serait seul responsable de la reproduction de la société (avec une participation minimale des autres facteurs), vous avez dit que le droit n'avait pas d'existence seul. Par contre, si on regarde l'Afghanistan ; Allah a transmis la Loi au prophète, qui l'a transmise au peuple. Ainsi le "grand patron" (je crois que c'est le "mollah") ne fait qu'appliquer la Loi d'Allah, sans pouvoir la discuter et encore moins la changer. La Loi s'applique, peu importe si elle conduit le pays au bord du gouffre et menace la reproduction de la société. Dans ce sens, ne peut-on pas dire que la Loi a une existence propre et que les autres acteurs ne jouent qu'un rôle moindre dans le "jeu" ?

Sans des acteurs s'inscrivant eux-mêmes dans l'ensemble des paramètres élaborés par Étienne Le Roy, je ne vois vraiment pas comment la Loi peut avoir une existence propre et autonome. Ceci dit, oui, il existe bien entendu des sociétés (ou des sites culturels et historiques) où des acteurs cherchent à présenter la Loi comme étant directement mise en œuvre, et ce sans intermédiaires, sans interprétation, sans lieux particuliers pour en assurer la transmission et la sanction. S'il peut arriver que des personnes socialisées à ce type de droit estiment en conséquence que c'est la Loi seule qui s'applique à elles, est-ce que l'anthropologue, lui, partagera la même opinion ? Ceci étant dit, ce même anthropologue devra cependant rendre compte des conceptions des acteurs qu'il étudie notamment à l'égard de la Loi comme devant s'appliquer d'elle-même, mais il soulignera également comment cette conception est transmise et perpétuée au sein des groupes ou de la société concernée, comment les divergences d'interprétation de cette Loi sont habilement cachées ou dévalorisées, comment des lieux et des gestes précis servent à transmettre et incarner la Loi en question, etc.

TABLEAU (page suivante) :
REPRÉSENTATION DES DIVERS PARAMÈTRES DU JEU DES LOIS (version préliminaire et provisoire)
À DISCUTER ENSEMBLE

I. Statuts	Cité domestique	Cité civile	Cité marchande
Status ou statut			
Rôle			
Position			
II. Ressources	Réciprocité	Redistribution	Marché
Matérielles			
Humaines			
Mentales			
III. Conduites	Négociation (implicite ou explicite)	Convention	Contractualisation
Objectifs			
Stratégies			
Tactiques			
IV. Logiques	Institutionnelle	Fonctionnelle	Métisse
Rationalisations			
Représentations			
Vision du monde sous-jacente			
V. Échelles	Locale	Nationale	Internationale
Rapport à l'espace			
Rapport au temps			
Rapport au pouvoir			
VI. Processus	Microprocessus	Mésoprocessus	Macroprocessus
Enchaînements			
Contradictions			
Transformation ou Stagnation			
VII. Forums	Confrontation	Négociation	Règlement des conflits
Autorités			
Lieu			
Procédures			
VIII. Ordres sociaux	Imposé	Négocié	Accepté ou contesté
Quel ordre recherché ?			
Selon quel projet ?			
Avec quels procédés ?			
IX. Enjeux	Matériels	Symboliques	Différés
Ce qui peut être gagné (compromis acceptables)			
Ce qui peut être perdu (compromis acceptables)			
X. Règles du jeu	Normes générales et impersonnelles	Modèles de conduites et comportements	Systèmes de dispositions durables
Critères de juridicité			
Apprentissage de la juridicité			
Gestion de la juridicité			
Processus de sécurisation			
Devenir de la juridicité			

Informations ou données pouvant être tirées du texte de H. Patrick Glenn en utilisant comme “ filet ” l’ensemble des paramètres de la théorie de Le Roy
(1^{ère} version à améliorer)

H. PATRICK GLENN, “ AN ASIAN LEGAL TRADITION: MAKE IT NEW (WITH MARX ?)”, in *LEGAL TRADITIONS OF THE WORLD*, OXFORD, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2000 : 279-317.

I. Statuts des acteurs :

“ The confucians were weak, however, on the controls which could be exercised over a despotic ruler ” (Glenn 2000 : 285).

“ [C]onfucianism placed responsibility entirely on single, noble ruler, while judaism places responsibility on entire people); and on the (highly exceptional) duty of opposition to tyranny ” (Glenn 2000 : 285, note 26).

“ (absence of judicial impartiality in China has contributed to distrust of formal judicial system, practice of seeking justice from intelligent, individual officials). ” (Glenn 2000 : 286, note 32)

II. Ressources des acteurs :

III. Conduites des acteurs :

“ Guanxi or relations are thus the key intermediaries between the individual and larger harmonious groupings, and remain so throughout Asia today. Grounded in natural human affections, the entire society is meant to have a dynamic of its own, requiring little external intervention or threat of force to make it coherent. ” (Glenn 2000 : 297).

IV. Logiques auxquelles réfèrent les acteurs :

“ There is, however, a long tradition of formal law and formal sanctions, or fa, in China, though it has played a subordinate role to the li, or persuasion, of the confucians. ” (Glenn 2000 : 283)

“ Fa is thus concerned with criminal conduct and administrative regulation; it is primarily directed not to the people, but to administrative officials; it was closely associated with militarism (“enrich the state; reinforce the army ”); and in practice exhibited a measure of doctrinal intolerance which matched that known in the west, including burning of the books of confucianism. For many of these reasons, and also for brutal repression above and beyond the rule by law, the Ch’in empire was of short duration, collapsing after fourteen years. Since that time (peoples have long memories) fa has been labouring under a heavy load, and has essentially never recovered the credibility it might then have had. ” (Glenn 2000 : 284)

“With the new regime, that of the Han, confucianism became the official doctrine of the new empire, so it became a question of how confucianism could be used in a new political order, which was rapidly losing its feudal characteristics.” (Glenn 2000 : 284)

“The tradition of criminal/administrative codes thus continued, and through to the last of the dynasties, that of the Ch’ing, which terminated in 1911. The codes became sophisticated documents, often treated as near-sacred in character, and eventually became greatly admired in eighteenth and nineteenth century Europe, where their ultimate versions were translated into French, Russian and English. From the legalist perspective this can be seen as a kind of vindication; their programme was (only) one of criminal and administrative law, supportive of governmental order, and it was preserved within the broader context of confucian teaching. Yet the cause of fa was irreparably damaged by the failure of the Ch’in dynasty. It could never expand beyond its criminal and administrative beginnings. Much of the field of private law was closed to it, now the privileged field of confucian li. ” (Glenn 2000 : 284-285)

“The normative world of China, and Asia, is as a pluralist form of legal order, in which different forms of normativity co-exist and even constantly rub against one another, each being recognized by the other as necessary yet each busily pushing at the boundary which separates them ” (Glenn 2000 : 288).

- Rationalisations :

“The rationality inherent in this entire confucian process, which disdains the “mysticism” of religions, particularly Asian ones, is mistrustful of universals. That there *is* a rationality, both in terms of worked-out objectives and detailed methods, seems clear enough, though it is a rationality of social conduct and not a rationality of enquiry. So China, in its confucian mode and until very recently, had no concept of philosophy, in the wide, western, sweeping sense.¹⁹ It had only *a* philosophy, which concentrated on the concrete, the particular, the dynamic, the practical, and this for a single objective, the harmonious survival of social relations, necessarily lasting over millennia. ” (Glenn 2000 : 295)

Représentations :

“The debate about human rights in China and Asia is therefore a very deeply rooted one, and it is multi-faceted. If you are a westerner arguing the human rights case, you will be met by opposition which is either confucian, or communist, or both subtly

¹⁹ Kaltenmark, *Philosophie chinoise* (1980), above, at 6; Noda, “Far Eastern Conception of Law” (1975) at 123 (“Confucianists are rationalists”).

combined. You may also find a surprising amount of agreement on what you are arguing for.

Since confucianism is based on the idea of the innate goodness of human nature, it cannot be said to be opposed to the value of human life. Its basic premises have been said to be “somewhat akin” to those of the “inherent dignity of man” and the “intrinsic worth of the individual”. In 1948 Chinese (non-communist) representatives to the United Nations could argue, along with those of India, that the principle of respect for human life and innate human virtues was accepted in their countries. More recently, sinologists have pleaded for the underlying compatibility of China’s tradition with that of human rights. Recent confucian criticism of rights doctrine, however, echoes that of talmudic tradition in denying that rights can provide what they promise. They would dehumanize and compromise our ability to define appropriate conduct and ultimately prove incompatible with the goal of protection of human dignity. Communist rights critique has been directed only towards the individualistic or subjective definition of rights. If rights are seen as collective (they can be seen many ways), then rights of development, self-determination, peace and racial equality are to be strongly supported. Even individually defined rights can be accepted, as in the General Principles of Civil Law, if they are seen as societally derived and in no way as pre-existing.” (Glenn 2000 : 312-313)

- Vision du monde sous-jacente :

“Asian tradition thus did not generate a notion of individual rights or “droits subjectifs” and it has even been said that the notion of individual autonomy, unresponsiveness to others, is suggestive of “idiocy or immorality”. It is too radical a proposition for human ordering to be successful over an extended period of time, implicitly denied by the non-transcendental character of Asian moral philosophy and by the refusal to conceptualize individuals in any way other than relational – as children, parents, friends, lovers, youngsters, oldsters, employees, employers and on and on. Yet confucianism denies that it is at the collective end of a spectrum between collectivity and individualism and has, particularly in its modern variants, sought to ensure individual values within the relational cadre it proposes. Inequality is recognized as necessarily existing in society, but is either justified or to be corrected. It is justified where it is simply forbearance, to allow people and things to be themselves, a kind of co-ordinated diversity. Justification may also exist where privileges and duties even up, equitably, over time, as where the duties of the child become the rights or privileges of the parent. It may be not justified when the virtues of saving and competition are pushed to the extreme, such that the accumulation of wealth generates social inequities and ill will. Inequality may also be corrected by specific means, such as the democratization of teaching or the use of competitive examinations for changes of employment. And within the disparate roles which society will inevitably contain, the individual person is to be praised in all contributions which are made. The entire confucian structure rests on a notion of underlying human good, which the relational structure is meant to facilitate and serve. It is self-cultivation which is the key to governance, collapsing the means-end distinction so that each person is both an end in themselves and a means for everyone else. Li is a means of registering one’s importance, leaving a mark on the tradition” (Glenn 2000 : 297-298).

V. Échelles :

VI. Processus :

- Enchaînements :

“ There is something of the chthonic in it [confucianism], yet Asia has greatly refined the chthonic. ” (Glenn 2000 : 280)

“ [an] ongoing relationship between chthonic tradition and confucianism. ” (Glenn 2000 : 281)

“ Another form of chthonic law could be found in Chinese feudalism, which may be seen as the original source of the normativity developed by, and derived from, the man known in the west as Confucius. ” (Glenn 2000 : 282).

- Contradictions :

“ (...) the old traditions in Asia are challenged by perhaps the most aggressive of the new, in the forms of Chinese and Vietnamese communism, and we see once again, as with hindu law and common law, one of the oldest legal traditions of the world subject to immediate and powerful challenge. ” (Glenn 2000 : 280).

“ China followed Japan’s lead in following western legal models, in some measure, as a means of obtaining relief from western, treaty-guaranteed presence. The turn to western law began in the last years of the Ch’ing empire, which even established a minister for law reform from 1900-10. There was of course opposition, itself also swept away with the fall of the empire in 1911 and the installation of the nationalist, Guomintang regime, which proceeded to codify large areas of law (the Six Codes), using mainly Japanese and German models. The Six Codes remained essentially paper law. To the inherent resistance of Chinese society to formal normativity was now added the resistance of Chinese communism, itself politically successful in 1949. ” (Glenn 2000 : 305)

- Transformations :

“ Soviet communism, however, was formal communism, heavily influenced by western ideas and western concepts of law. Socialist law in Asia is different, necessarily a kinder, gentler form of communism, though of course equally savage when necessary. Asian communism is different because Asia is different, and there is less place for formal law in it, whether of socialist or capitalist tendency. The Chinese communists originally followed Soviet models, for about a decade from 1949, until they realized how different things were and how they just couldn’t make Soviet institutions function in Chinese society. The break with formal communism occurred in 1957, coinciding with a ferocious campaign against “ rightists ” (legalists) and landlords, and great efforts were made, at great cost, towards bringing about an egalitarian, communist society by informal, educational means. Confucianism was in no way seen as an ally in this process, being historically linked with hierarchical relationships, not all of which were familial or affectionate. The disaster of this effort to somehow steer an informal type of communism came to an end with that of the political careers of its main proponents, and since the late 1970s there has been re-emergence of traditional Chinese teaching, still within a cadre of communist government. Confucianism, if not explicitly, has become an ally in the effort to generate loyalty and preserve structures.

With the revival of confucianism has come a (limited) rebirth of its old nemesis and necessary ally, fa, now expanded under western and Guomintang influence to many aspects of private law, at least with respect to legal relations with the west. The new socialist

legislation looks in many instances just like western legislation. It doesn't, however, do the same work, nesting as it does in deeper forms of normativity and subject to the pushing and shoving of the communist party. Just as communism had to bend to deep-rooted Asian thought, however, so too is western-style law clearly the object of confucianization, as filtered through communist authority.” (Glenn 2000 : 307-308)

- Stagnation :

VII. Forums :

- Autorités :

“The confucians were weak, however, on the controls which could be exercised over a despotic ruler, and tended to talk about their own disapproval, or refusal to visit and counsel the despot. Despots weren't much impressed, and there seems to have a lot of them. In the absence of any clear notion of separation of powers, the despot's orders were to be applied by magistrates who exercised both of what we call today administrative and judicial functions. The magistrates were clearly not independent officials. They were held strictly to the text of the codes; questions of interpretation were to be referred to the government. To ensure correctness of decision, a carefully defined system of appeals existed, and erring magistrates could be subjected to administrative or even criminal punishment.” (Glenn 2000 : 285-286)

“[C]onfucianism placed responsibility entirely on single, noble ruler, while judaism places responsibility on entire people); and on the (highly exceptional) duty of opposition to tyranny” (Glenn 2000 : 285, note 26).

“(absence of judicial impartiality in China has contributed to distrust of formal judicial system, practice of seeking justice from intelligent, individual officials).” (Glenn 2000 : 286, note 32)

- Règlement des conflits :

“The formal process of adjudication thus shades into the informal process of dispute resolution, since in both it is the particularity of the specific events and specific relations which are considered primary, rather than any notion of normativity above and beyond the human relations examined. Models are preferred to rules; teaching to sanctions; symbols to concepts; and even fa is expected to change its nature, to increase its efficiency and contribute to the greater aspirational objective.” (Glenn 2000 : 294-295)

“Judicial decisions, of allegedly independent judges, are subject to party control and revision.” (Glenn 2000 : 307)

“And as in more explicitly confucian times, litigation has been a last, derided resort. There are some signs of change, at the legislative level, but mediation remains where it’s at; courts exist, but are notoriously unwelcoming (the story goes that an agricultural creditor recently tied ten (live) bulls to a courthouse in an effort to file a claim); judges are subject to the “ telephone law” (telephonoe pravo, as it was known in the Soviet Union) of the party; lawyers have been state workers of low status, even after their revival; case reporting is deliberately bad, much worse (even) than in civil law countries; precedents are nowhere to be found.” (Glenn 2000 : 309-310)

VIII. Ordres sociaux :

- Quel ordre recherché ?

“Underlying the confucian position is a fundamentally positive view of human nature, the basic virtues of which can be refined and heightened by persuasion and example, or li. Li is profoundly relational, and the fulfilment of personal life is seen as fulfilment of role, whether familial, professional or political. Since li is not sovereign command (though may be written down, even in book form) it may be flexibly interpreted, in a consensual manner, such that harmony in society is preserved through mutual reinforcement of norms rather than dispute over their content. This is how li is an enterprise of *creating* a society, in which all must share, so that even formal ritual becomes an expression and affirmation of underlying objectives, and of the importance of each of the participants in it, at whatever level of society. And since li is flexible it allows personal variation, such that it may be poetical and beautiful in expression, never being rendered uniform and monotonous in its precise detail. Li, in short, is an instrument of aspiration. Business relations are therefore best not reduced of mutual advantage. If one of the parties insists on formal documentatioin of the terms of an initial agreement, the writing should not impede adjustments necessary for ongoing harmonious relationships. All claims are thus personalized, contextualized, and placed within their ongoing, supportive, human frame of reference. A kind of “ fireside equity ” smothers any sharp, textually driven differences. All parties should be driven by the long term; the exemplary person seeks harmony rather than agreement on immediate detail, the small person does the opposite. ”

“In seeking social harmony, buddhism and taoism teach the egoless self or the virtue of doing nothing as means of understanding the interdependent character of the world. In its attention to detail, particularity and relations, confucianism comes close to the same result.” (Glenn 2000 : 295)

- Selon quel projet ?

“Early Chinese tradition, to which Confucius was sensible, appears clearly chthonic in character, in simply integrating human beings into a larger, cyclical cosmos, which both required support and wreaked vengeance when it did not receive it. Confucianism developed, however, by articulating a specific and detailed social philosophy which departed from chthonic tradition, constituting a larger and identifiable body of teaching as Chinese society grew in complexity. Since maintaining harmony in the universe was becoming overshadowed in importance by the task of maintaining harmony in the warring kingdoms, it was necessary to concentrate more specifically on the human means for doing so. These were found in recognized forms of human relations – and this theme has not lost its currency - below the level of formal state or national structures. There are many such relationships : family, guild, employment, age, village, friendship – all of which contain implicit or even explicit information as to their own maintenance and survival. So the confucians essentially say that social harmony has to come from the society itself, without being laid upon it, and that there is no way of creating social harmony which does not to a considerable degree already exist. The work of the confucians, and the lawyers that might be necessary, is to facilitate and recognize the means of social harmony which presently prevail. This includes the recognition and fostering of individual human aspiration, since all institutions and relations which exist are necessarily composed of individuals. There is proclamation of the primacy of communities and relations within which individuals can easily recognize themselves, while individual worth and aspiration are recognized and praised in the maintenance and prospering of these communities and relations. The individual is not meant to be left out of this reasoning, but rather swept in it. It is all part of the inseparable, interdependent world. You can no more separate individuals from the relations in which they exist than you can separate day from night, yet this in no way denigrates day or night, or individual people.” (Glenn 2000 : 296-297)

- Avec quels procédés ?

“Probably the greatest traditional source of normativity in Asia is confucianism, which is not a religion, while Asian religions, such as buddhism, taoism or shintoism, have concerns which are largely other than legal. At the same time, Asian legal tradition differs from western legal tradition, at least formal structures and sanctions. You are left with pure tradition – not present positivism and not revealed truth – and tradition which seeks primarily to persuade and not oblige. It is a tradition of great and friendly persuasion, just based on all of us.” (Glenn 2000 : 280)

“[confucianism] : a social and moral philosophy which sought to induce and persuade, rather than command and punish.” (Glenn

2000 : 282).

“The confucians preferred conciliation; if legal complaint was possible it was to be deterred by all possible means. Don’t even think about a legal profession, though over time informal advisers inevitably developed, for those unfortunately caught in legal machinery. Absent a profession, the magistrate did everything – investigating, prosecuting, interrogating, judging. The expression “inquisitorial” may here be justifiable.” (Glenn 2000 : 286)

“You can guess at traditional criminal procedure, under the influence of militarily conditioned fa and notions of communist legality. Confessions and re-education are important (this is confucian); if they are not forthcoming, watch out. Defence counsel have been expected to produce proof of guilt; judgments in cases of serious crime have been given without citing the accused, without announcing the trial and without communication of the act of accusation. Major legislative changes which came into effect in 1997, however, may be of major benefit to accused persons (who would no longer be referred to as “offenders”). Criminal law has also extended, beyond treason, to counter-revolutionary acts and violation of the socialist economic order. Confucianism is meant to provide justice without laws; communist fa gives rise to discussion of laws without justice. You also can’t forget about corruption. Communism in China has always tended to the dogmatic, without leading theoreticians. And the communist bureaucracy is even larger than the ancient ones, multiplying the potential effect of gratifying relationships.” (Glenn 2000 : 310-311)

IX. Enjeux :

“Confucianism has long struggled with the problem of simplifying and revivifying its teaching, struggling against the tendency toward vulgar, popular custom. The bureaucracy of the world of fa, accepted by the confucians, is also one which offers all the temptations of large organizations, and confucians themselves, it is said, have long tolerated corruption of the judiciary and judicial system. Most importantly, a society of relations, of guanxi, may easily slide towards cronyism, the ongoing cultivation of reciprocal, unjustified advantage, to the exclusion of considerations of the outside world. Confucianism is necessarily weak on this; its control of crime is harsh, but is not itself free of corruption, and loyalty is a thing which in principle is to be nurtured and promoted, not prosecuted. It becomes difficult to distinguish the loyalties which are rooted and justifiable, even though less responsive to outside need, from those which are transient or parasitic, designed simply to leach away the resources of the outside world.” (Glenn 2000 : 301)

X. Règles du jeu :

- Critères de juridicité :

- Apprentissage de la juridicité :

“ We have to think of law as li, a learned, even written, but informal tradition of normativity, whose persuasiveness was so great that it could effectively control all those areas of life which were not given over to the formal world of fa-edicted sanction. ” (Glenn 2000 : 288)

“ Confucianism is, however, a learned tradition, in which learning is said to occupy a place almost equal to that of li and its underlying (Asian) humanism. So confucianism is to be learned, as are the essentials of various human relations, and all else which will contribute to the objectives of social harmony. ” (Glenn 2000 : 300)

- Gestion de la juridicité :

“ [T]he humanism [confucianism] which develops a rational view of social harmony is also one which develops necessary and rational limits on human change. You don't presume to change the world and its relations very much; it follows that you don't change the li and the law very much either. And historically the great codes of fa lasted for centuries without change, coming to be seen themselves as perpetual and near-sacred in character. ” (Glenn 2000 : 300)

- Processus de sécurisation :

- Devenir de la juridicité :

- Normes générales et impersonnelles :

“ There is, however, a long tradition of formal law and formal sanctions, or fa, in China, though it has played a subordinate role to the li, or persuasion, of the confucians. In western discussion those who argued the case for fa in China are known as legalists (and sometimes realists) and they have been making the case since before Confucius, at least since the eighth century BC, which was about two centuries before the Twelve Tables and around the time of the early dharmasutras. Myth has it that fa was invented by a “barbarian people” (the confucians have had something to do with the myth), the Miao, who flourished around 2300 BC, even before Hammurabi. At some point the word fa, originally model, pattern or standard, was taken over to mean an imposed standard, closely associated with criminal conduct and conduct repugnant to established order. ” (Glenn 2000 : 283)

“ The Ch'in empire was to be one of fa, and the notion of fa was a key idea in its creation. Law was seen here not as a means of regulation of private, economic activity, nor as a means of upholding religious values, but rather as an instrument of politics and public order. It is known as rule *by* law, and much flows from these simple phrases. Fa is thus concerned with criminal conduct and administrative regulation; it is primarily directed not to the people, but to administrative officials; it was closely associated with

militarism (“enrich the state; reinforce the army”)(Glenn 2000 : 283-284)

“In short, there is denial everywhere of a primary role for what is usually known as law.” (Glenn 2000 : 287)

- Modèles de conduites et comportements :

“Confessions and re-education are important (this is confucian); if they are not forthcoming, watch out.” (Glenn 2000 : 310)

- Systèmes de dispositions durables :

“[Confucius] is the philosopher of the li, which means many things but most of all means denial of the lasting and effective normativity of formal law and formal sanctions. There is therefore little place for describing the detail of confucian regulation of society. You are supposed to understand its *general* teaching (which we will get to) and once you understand that you will no longer be concerned with the detail of formal law.” (Glenn 2000 : 282-283)

“The domain of li is thus greater than the domain of law, at least as it is understood in the west. It is also normal that li is difficult to define, just as no one has been able to successfully and conclusively define law. The narrowest definition of li is unfortunately one you will see most often, defining it in terms of rites or ceremonial practices. Li certainly includes rites, but it has been said that li “does not carry the pejorative connotations such as superficiality, formalism and irrationality often associated with the Western understanding of ritual. Li is not passive deference to external patterns. It is a *making* of society that requires the investment of oneself and one’s own sense of importance.” Broader, more accurate statements of the nature of li can thus be found and, as with chthonic law, you can get an understanding of informal normativity once you are over the initial limits of western teaching. Li has been variously defined, in its totality, as “moral law”, as “customary, uncodified law, internalized by individuals”, as “the concrete institutions and the accepted modes of behaviour in a civilized state”, as the “moral and social rules of conduct”, as “propriety”, and as the “courtesy, customs and traditions we come to share... following the human Way”. In Japan li becomes giri, often translated as an omnipresent obligation of thanks or loyalty. Confucianism thus stands somewhere between religious norm and positive law, necessarily defending itself in both directions.” (Glenn 2000 : 288-289)

