

ANTHROPOLOGIE ET JURISTIQUE. SUR LES CONDITIONS DE L'ÉLABORATION D'UNE SCIENCE DU DROIT

Michel ALLIOT

(paru dans Bulletin de liaison du LAJP, n° 6, 1983, pp. 83-117)

Le droit est à la fois lutte et consensus sur les résultats de la lutte dans les domaines qu'une société tient pour vitaux - il y en a souvent plusieurs dans la même société - se définissent par rapport à la vision de l'univers et d'elle-même de chaque société et par rapport à la logique selon laquelle ils sont organisés. Elles permettent de rendre compte non seulement de la structure des institutions concernées, mais également de leur place, apparente ou occultée, et de leur signification.

Il n'est pas facile de définir les conditions de l'élaboration d'une science du droit. Ne considérer que l'expérience française ne peut aboutir qu'à une approche ethnocentrique, considérer l'ensemble des sociétés humaines est à l'évidence impossible et un effort trop poussé en ce sens risque de diluer la pensée dans l'infinie variété des cas. Il faut donc sortir de France, mais se borner à quelques exemples.

J'essaierai de le faire en proposant une définition de l'objet d'une science du droit, une exploration des archétypes à l'œuvre dans les systèmes juridiques, une analyse des logiques qui les caractérisent et une étude des rapports entre archétypes et logiques à partir desquels devraient être élaborés les modèles nécessaires à la constitution d'une science du droit.

1 - LA JURISTIQUE

Je reprends ici le mot qu'Henri Lévy-Bruhl proposait pour dénommer la science qui nous intéresse. Il offre l'avantage d'éviter le mot droit, devenu ambigu depuis qu'il a subi en Occident une mutation véritablement mythique. Il n'est plus en Occident le résultat du phénomène juridique, mais un ensemble de règles, cohérent ou voulu tel, systématique, objectivant un être existant en soi. Le mythe de l'existence du droit cache celle du phénomène juridique qui, lui, se retrouve dans toutes les sociétés.

Sa généralité vient de ce qu'il est dans la nature de l'homme et de la société. Être, c'est lutter, individuellement ou collectivement. Mais nul ne peut lutter sur une marche de son domaine que s'il est assuré de la paix sur toutes ses autres frontières. Et la lutte de ses membres n'est pas sans danger pour le groupe. Dans les domaines qu'une société considère comme vitaux - chacun ayant sur ce point sa propre conception -, son existence n'est possible que si ses membres contrôlent, quand ils le peuvent, ces luttes ou du moins les pratiques qui en résultent. Vivre en société, ce n'est donc pas seulement lutter, c'est aussi s'entendre sur la légitimité ou l'illégitimité de ces pratiques et sur la suite qu'il convient de leur donner. La socialité exige le consensus. Le phénomène est général parce qu'il tient à la nature de l'individu (la lutte) et aux exigences de la vie en société (le consensus).

Cette analyse conduit à une définition extensive du phénomène juridique, à la fois pratiques et consensus dans les domaines qu'une société tient pour vitaux, formé non de l'addition des pratiques et du consensus mais du couple indissociable qu'ils constituent : quand on vit en société, les sphères d'action individuelles ou collectives ne peuvent être durablement défendues ou accrues que dans la mesure où elles sont reconnues, c'est-à-dire dans la mesure

ou il y a un consensus pour justifier ou pour occulter les pratiques antagonistes dont elles résultent.

Le droit d'une société s'ordonne ainsi autour des limites des sphères d'action de chacun dans les domaines qu'elle tient pour vitaux : il est à la fois consensus sur ces limites et pratiques, visant ou aboutissant à les confirmer ou à les déplacer.

Ainsi défini, le droit n'est lié par nature ni à l'existence d'un État, ni à la formulation de règles, ni à la reconnaissance de sa rationalité.

Les sociétés étatiques ne sont que des cas particuliers parmi bien d'autres et, contrairement à une idée couramment reçue, la constitution d'un État n'entraîne pas automatiquement la réorganisation du droit. La césure, s'il doit y en avoir une, sépare les sociétés dont les membres se prennent totalement en charge et résolvent les problèmes de leur existence et de leur coexistence sans recours à une autorité supérieure et celles dont les membres recourent à une telle autorité. Dans les premières, les limites des sphères d'action individuelles résultent de l'accord implicite ou explicite de tous, les membres des secondes en abandonnent au contraire le soin à un pouvoir supérieur dont ils acceptent l'autorité. Or, ce pouvoir n'est pas nécessairement celui d'un État : le Dieu hébraïque, chrétien ou islamique a pu jouer ce rôle. Inversement, de nombreux États n'exercent qu'un pouvoir limité parce que médiatisé ou parce que borné aux domaines militaire et fiscal : les sociétés sur lesquelles s'exerce leur autorité continuent à résoudre elles-mêmes la plupart de leurs problèmes conformément à leurs coutumes, à ce qu'elles pensent être l'équité, la nature des choses ou, comme disaient déjà les glossateurs, la raison (coutumes ou raison sont même souvent un moyen de défense contre le développement de la puissance de l'Etat). Il faut donc expliquer le cas des sociétés d'Etat à

partir du phénomène juridique pris dans son ensemble et sa diversité et non, comme on le fait trop souvent, les droits non étatiques à partir de notre propre droit.

Le droit n'est pas plus lié à l'existence de règles qu'il n'est lié à l'État. Explicites dans un ensemble coutumier ou législatif, ou explicitées après coup par la jurisprudence, les règles sont toujours importantes dans la création et le maintien du consensus. Mais l'observation de nombreuses sociétés montre que des actes sont souvent déclarés justes ou injustes indépendamment de toute règle les autorisant, les interdisant ou les qualifiant. Même dans nos sociétés où les magistrats qui rendent la justice ont l'obligation de fonder leurs décisions sur les lois, ces décisions sont souvent psychologiquement acquises indépendamment de toute règle et ensuite formulées de façon à paraître découler des lois.

Enfin, le droit ne peut être cantonné dans les limites de la rationalité. La rationalité d'un acte ou d'une norme est un puissant moyen d'obtenir le consensus d'autrui. Mais il y a d'autres voies également très puissantes. Il y a d'abord d'autres arguments : on peut obtenir le consensus en invoquant l'autorité de la tradition ou celle d'une personne ou d'un collègue, la moralité (argument fréquent en pays d'Islam) ou la légitimité. D'autre part, la conviction trouve souvent son origine dans l'idéologie imprimée en chacun de nous par l'éducation et la formation permanentes (qui résultent moins du raisonnement que de l'exemple, de la coercition et des récits oraux, écrits ou audio-visuels, y compris les récits historiques, toujours remaniés en vue de cette formation et dont la portée symbolique est considérable), par l'autorité et par la crainte. Enfin, la conviction se détermine fréquemment moins par l'effet rationnel d'arguments avancés que par l'effet symbolique des images et des mythes qu'ils utilisent, des gestes et des rituels qui les accompagnent, de l'organisation de l'environnement là où ils s'expriment. La dimension symbolique des pratiques et des discours par lesquels le consensus est obtenu dépasse de beaucoup la portée rationnelle de ces derniers qui, dans bien

des cas, ne sont pas nécessaires. L'activité symbolique suffit souvent à la vie juridique comme elle suffit souvent à la vie psychique.

Du point de vue de l'anthropologie, ni le lien à un État ni la formulation de règles ni la rationalité ne sont donc des caractéristiques du droit, mais bien plutôt la lutte et le consensus sur ses effets. Leur résultat dans les domaines qu'une société tient pour vitaux, voilà le droit. La Juristique n'a pas d'autre objet.

Elle ne vise donc pas seulement le droit des cours et manuels de droit français. Elle ne l'ignore pas non plus. Le droit comme un édifice cohérent, complet et achevé (même s'il est susceptible de quelques améliorations par aménagements internes) constitue l'une des manifestations occidentales du phénomène juridique. Elle a des parallèles ailleurs, en Islam par exemple.

Mais le phénomène juridique ne se manifeste pas seulement de la sorte. Dans d'autres civilisations, il ne donne pas lieu à cette création : le droit n'est pas un être en soi. Et en Occident ou en Islam, on ne peut refuser de prendre en compte pour une science du droit les luttes et les consensus qui aboutissent à d'autres résultats que le droit officiel, par exemple les luttes et les consensus qui lient ceux qui sont à la tête de l'Etat, hauts fonctionnaires et politiques, et les corps, les partis ou les syndicats auxquels ils appartiennent, ou bien les luttes et les consensus qui, entre gens d'un même village, aboutissent à traiter les problèmes et régler les conflits hors de toute intervention étatique. Occultés par le droit officiel, absents de nos manuels, ces phénomènes ne peuvent être évacués d'une science du droit.

Une science du droit ne peut, guère plus, évacuer ni les luttes et les consensus qui conduisent au droit officiel, celles qui se mènent durement, pour imposer d'autres règles et d'autres

pratiques juridiques, ni les multiples mouvements de professionnels du droit et de non professionnels nés autour de ces luttes. La Ligue des droits de l'homme, le syndicat de la magistrature, l'union syndicale des magistrats, Amnesty international, les associations de consommateurs, les groupes de locataires, de femmes, de travailleurs immigrés, de soldats, d'objecteurs de conscience, d'insoumis, de détenus, d'internés psychiatriques, d'écologistes, d'homosexuels, de prostituées, de cibistes, les radios libres, les manifestations anti-nucléaires, anti-amiante, la pression des inspecteurs du travail et des ménages non mariés, etc., qui dénoncent en permanence les modèles sociaux qu'on peut entrevoir derrière le droit ou son application, sont à l'origine de bouleversements considérables de notre vie sociale : lois relatives à l'autorité parentale, à la filiation, au divorce, à l'informatique et aux fichiers, à l'accession aux documents administratifs, à l'hygiène et à la sécurité, aux rapports des travailleurs et des entreprises, des locataires et des propriétaires, droit de la consommation, réformes du statut des travailleurs immigrés, des appelés au service national, des détenus, lois sur la contraception et l'interruption volontaire de grossesse, abrogation du monopole de la radiodiffusion et de la télévision, recours de plus en plus fréquents aux droits de l'homme, etc. Le droit, s'il est objet de science et non pas dogme, doit être saisi, même en Occident et en Islam, à sa naissance et non à sa consécration.

L'objet de la juristique envisagé ici est donc beaucoup plus vaste que le droit des manuels qui ne sera considéré que comme un cas particulier d'un phénomène général.

Ayant ainsi délimité notre objet, nous pouvons bâtir nos modèles en sachant que le consensus obtenu sur le résultat des luttes menées dans une société dépend tout autant de la vision du monde qui lui est propre que de nécessités logiques qui se retrouvent de l'une à l'autre.

II - LES ARCHÉTYPES

Nulle institution n'a de sens que par rapport à l'univers dans lequel on l'observe. Mireille Delmas-Marty et Gérard Timsit notent, à juste titre, l'effet sur le droit de toute représentation du monde social et plus généralement de tout imaginaire.

Il n'y a pas d'universaux qui, appliqués aux phénomènes juridiques, en permettraient la connaissance complète. Anthropologues et juristes ont souvent succombé à la tentation de l'explication absolue, par les relations de pouvoir, par les relations d'échange ou par les relations de partage et l'on ne peut nier l'ampleur des vues que le marxisme, le structuralisme ou le jusnaturalisme présentent de la société en général et du droit en particulier.

Mais elles-mêmes ces notions de pouvoir, d'échange ou de partage réfèrent trop à l'Occident étatique et marchand pour qu'on puisse s'empêcher de penser qu'elles jouent un rôle très différent de celui du droit officiel occidental : tout rapporter partout au pouvoir, à l'échange ou au partage, c'est s'assurer qu'on passera à côté de ce qui fait l'originalité d'une société.

S'il y a un trait commun entre toutes les sociétés, c'est bien que chacune construit son propre univers mental, porteur de modèles fondamentaux et dispensateur de sens, que révèlent à la fois la vision du monde visible et invisible de chacun de ses membres, sa vision des peuples, de sa société, des groupes auxquels il appartient ou avec lesquels il est en rapport et sa vision de lui-même. Chaque vision partielle renvoie aux autres et les éclaire. Mais celle qu'une société a du monde et d'elle-même explique plus particulièrement les comportements juridiques particuliers et fondamentalement les limites de la juridicité.

Si les luttes et les consensus dont les effets constituent l'objet de la science du droit sont ceux qui interviennent dans les domaines qu'une société considère comme vitaux pour elle, c'est bien la vision qu'elle a du monde et d'elle-même qui définit pour elle les limites de la juridicité.

Mais cette vision n'est pas moins importante pour expliquer l'expression et le sens de chaque phénomène juridique, statut, décision, règle, acte ou fait. Non qu'ils en soient la conséquence comme le voudrait un certain culturalisme, mais parce qu'aucune société ne se résignant à l'incohérence, l'univers de chacune, sa conception du monde et d'elle-même et toutes ses institutions jaillissent d'une même source qui leur donne forme et sens.

Qui veut comprendre la forme et le sens des institutions juridiques d'une société a donc intérêt à les rapporter non aux institutions de sa propre société - le rapprochement serait superficiel - mais à l'univers de celle dans laquelle il les observe. La loi n'a ni la même expression ni la même signification en Chine, en Afrique noire, en pays d'Islam ou en France; on pourrait dire la même chose du rapport de l'homme à la terre ou aux richesses, de la parenté et de tous les actes qui, tels le vol, l'adultère ou le meurtre, sont ici des délits et là des devoirs. L'anthropologie aide à faire apparaître cette diversité, du moins lorsqu'elle postule que chaque société construit son propre univers.

Quelques exemples montrant combien ces univers sont irréductibles l'un à l'autre permettront de prendre la mesure du caractère original, propre à chaque société, d'institutions que les juristes seraient tentés de réunir. Puisqu'il faut bien choisir, ce sont la Chine, l'Égypte ancienne et l'Afrique noire contemporaine, enfin l'Islam et l'Occident chrétien qui serviront à la démonstration. On remarque qu'il y a là, avec beaucoup de variantes, trois univers fondamentalement opposés dès qu'on considère la part invisible de chacun.

Pour toute société, le monde invisible explique le monde visible : il lui donne cohérence et sens. D'où l'importance de la parole par laquelle l'invisible se manifeste dans le visible et celle des rites qui permettent au visible d'agir sur l'invisible. D'où l'importance aussi de se référer à l'invisible pour comprendre le monde visible non seulement dans son ensemble mais aussi dans chacune de ses manifestations. Or, l'invisible des trois univers en question apporte trois explications différentes du monde visible : monde incréé dans la tradition chinoise, monde créé dans la tradition égyptienne et africaine mais par une divinité qui ne s'est que progressivement distinguée de lui, monde de la tradition du livre soumis à un Dieu radicalement distinct auquel il doit sa création à l'origine et à chaque instant de façon continue. Une telle divergence dans l'explication du monde ne saurait être écartée par quiconque cherche à comprendre les phénomènes juridiques.

a) L'univers chinois

Dès leurs premiers contacts avec l'Occident, les lettrés chinois, aussi fascinés qu'ils fussent par certains aspects des sciences occidentales, n'en tenaient pas moins pour débile la mythologie occidentale de l'époque : la croyance en un « Seigneur du Ciel », qui aurait fabriqué une fois pour toutes notre monde et dont les lois continueraient à le gouverner. La distinction radicale entre un monde fini et un Dieu infini leur paraissait parfaitement irrationnelle. Le monde est infini : monde infini dans le nombre (les Occidentaux découvraient la pensée chinoise de la pluralité des mondes) et monde infini dans le temps (il se fait et se défait sans cesse au cours de périodes cosmiques que les hommes n'arrivent pas à appréhender), monde infini dans son unité qui combine les contraires sans les laisser s'exclure l'un l'autre (penser la matière sans l'esprit, le bien sans le mal, le rationnel sans le sensible, le

yin sans le yang, un corps sans tous les autres qui relèvent avec lui de la même énergie universelle, est comme penser un créateur sans création ou l'inverse, c'est appauvrir une réalité qui ne saurait s'accommoder de ces finitudes), enfin, monde infini dans son dynamisme que ne vient limiter aucune loi imposée de l'extérieur. Sans maître, sans lois venues du dehors, le monde infini se gouverne spontanément comme l'individu quand il agit non pour exécuter un ordre, mais pour suivre son inclination. Ce ne sont là que quelques traits grossiers d'une conception difficile à traduire en termes occidentaux.

Cet individu, à son tour, doit se gouverner à l'image du monde, spontanément. Aux Ve et IVe siècles avant J.-C., Confucius place clairement l'éducation, les exercices de tenue rituelle, à la base d'un perfectionnement individuel qui doit rendre les contraintes inutiles. Il connaîtra une gloire particulière à l'époque Song qui affirmera avec force l'identité de l'ordre cosmique et de l'ordre humain et, puisque le cosmos se gouverne spontanément, enseignera à gouverner par l'éducation plutôt que par la loi de façon que la cohésion sociale ne soit pas obtenue par force mais spontanée (école de Zhu Xi, qualifiée par les Occidentaux de néo-confucianiste, XIIIe siècle).

Ce n'est pas que la pensée chinoise n'ait connue un courant contraire, celui des fajia (légistes) qui, aux IVe et IIIe siècles avant J.-C. se préoccupaient de soustraire la politique à la morale et d'assurer le fonctionnement de l'État au moyen de lois attribuant objectivement les compétences, les honneurs et les peines. Mais ces lois ne correspondaient pas à la notion occidentale de loi, moyen de commandement du prince: c'était plutôt un ensemble de critères d'où la hiérarchie sociale découlait automatiquement des actes de chacun, sans intervention du prince. Et de toute façon, les légistes n'ont jamais réussi à faire considérer la loi comme autre chose qu'un pis aller auquel il faut bien recourir quand l'éducation est en défaut, mais seulement dans ce cas. Les codes du XXe siècle, influencés par l'Occident et l'URSS, n'ont

pas véritablement altéré cette conception fondamentale et la Chine marxiste qui éprouva le besoin, il n'y a pas dix ans, de partir en guerre contre le confucianisme et d'exalter la loi comme instrument révolutionnaire affirmait en même temps que le gouvernement des lois n'est qu'une étape provisoire avant l'avènement de la société parfaite, la société sans lois.

La dévalorisation de la loi, la défaveur des procès (qu'on doit éviter autant qu'on peut en recherchant une conciliation ou l'arbitrage du chef de famille, du chef de quartier, d'un membre du parti ou du responsable de la commune populaire et dont parfois le gagnant hésite à faire exécuter la sentence), le rôle de l'éducation et celui de la rééducation prennent ainsi leur véritable sens lorsqu'on les rapporte à un univers qui ne se plie à aucune loi extérieure à lui, parce qu'il n'y a ni créateur ni quoi que ce soit en dehors de lui.

Mais cette conception est plus exigeante que ne le croient généralement les Occidentaux toujours séduits quand on préfère l'éducation à la contrainte. Le modèle auquel la société doit se conformer n'est pas seulement celui d'univers se gouvernant spontanément, c'est aussi celui d'univers parfaitement ordonnés. Est-ce pour cela que si souvent la société chinoise ne laisse place à aucun désordre ? Même dans les esprits. On poursuivait, du temps de Mao Zedong, les auteurs de délits de pensée pour les rééduquer ou les punir, on incrimine encore l'expression d'opinions contrevenant à la loi (art. 2 du code pénal de 1979) ou aux quatre principes fondamentaux de la voie de l'État.

Enfin, la conception d'univers qu'aucun dieu n'a tirés du néant se retrouve dans 'le droit chinois, où toute innovation doit trouver sa compensation. Malgré l'interdiction officielle, les mariages s'accompagnent toujours du versement d'une dot, équivalant à plusieurs années de salaire, au père de la jeune fille en « témoignage de gratitude pour l'avoir élevée » et pour une petite part à sa mère « pour l'avoir allaitée ». Et quand la nouvelle constitution accorda la

liberté d'expression, ce fut compris, on vient de le voir, comme sous la réserve que les opinions exprimées ne contreviennent ni à la loi ni aux principes fondamentaux de la voie de l'État : bénéficier de droits suppose de remplir des devoirs. Ce souci permanent de l'équilibre se retrouve dans les droits d'Afrique : pas plus que la tradition chinoise, les traditions africaines ne connaissent la création ex nihilo. Mais elles considèrent le monde comme créé et l'homme y trouve de ce fait, semble-t-il, une plus grande liberté et une plus grande responsabilité.

b) L'univers égyptien et africain

Les cosmologies des peuples d'Afrique noire se présentent généralement comme des cosmogonies. Mais, comme peut-être toute cosmogonie, aussi bien celles des sémites ou des indo-européens que celles de la science moderne, il s'agit moins de rapporter l'histoire des origines que d'expliquer la dynamique de notre monde. Là encore l'invisible, même renvoyé au temps initial, doit expliquer le visible.

Ces cosmogonies sont très proches de celles des anciens égyptiens. La comparaison de la mythologie bien connue des dogons avec celles des temples de la vallée du Nil est saisissante. Dans l'un et l'autre cas le monde est le résultat transitoire d'une création. Avant la création, il y avait le chaos. Après la fin du monde, il y aura peut-être la stabilité indéfinie. Le chaos n'était pas néant : bien au contraire, il contenait, indistinct, tout l'avenir en puissance, aussi bien la création que le créateur lui-même. En son sein, se sont distingués progressivement le dieu primordial puis les dieux primordiaux, qu'il ne faut pas concevoir comme des personnes indépendantes mais plutôt comme l'inéluctable développement du chaos ou de la divinité dont les puissances apparaissent en se différenciant le plus souvent en couples complémentaires. À

leur tour, elles vont tirer du chaos le monde visible puis l'homme, souvent après des essais mal réussis. Et même, il y faudra le sacrifice et la résurrection de Nommo chez les dogons ou d'Osiris en Égypte. Après quoi les projets et les conflits des puissances divines rendront compte de la présence, dans le monde et en chaque homme, de l'ordre et du désordre, du bien et du mal, du juste et de l'injuste. Mais pas seulement historiquement. Ces cosmogonies qui retracent l'histoire du chaos des origines aux temps que nous vivons, on peut les lire comme des cosmologies enseignant que l'inorganisé est au fondement de l'être et que l'apparence n'est stable que dans la mesure fragile où les forces d'ordre l'emportent sur les puissances de désordre. Quelle que soit la lecture retenue, l'univers est toujours en péril.

Dans cette incertitude, l'homme tient une place exceptionnelle. Par la parole il rend la réalité cohérente, faisant passer sa représentation du monde invisible de la pensée au monde visible du réel. Par les rites qu'il accomplit il permet aux puissances divines de faire triompher l'ordre. Par la divination, il oriente son action malgré les apparences muettes ou trompeuses du monde dans lequel il vit. Par la magie, il fait servir l'universel à ses desseins et concourt lui-même au plus vaste dessein de la création.

Pour l'initié qui médite sur l'origine de l'univers et le rôle de l'homme, l'être ne peut être réduit à ses limites d'un instant. Ce serait le mutiler car il est en même temps un autre être en puissance. À l'image du chaos qui est déjà tout ce qui sera, l'arbre est à la fois l'arbre d'aujourd'hui, le feu, le tambour de commandement ou la statuette de divination de demain et par là même le foyer familial, le royaume qui obéira au tambour ou les dieux qui parleront par la statuette. Aussi ne peut-on concevoir un individu à la façon des Occidentaux : ses ancêtres sont en lui et déjà il est sa descendance. Le rapport de l'homme à la terre ou au troupeau, l'alliance matrimoniale en sont complètement changés : ce sont des relations de lignages. L'exercice professionnel lui-même est souvent héréditaire. Et ce n'est pas seulement la

communauté d'ancêtres qui crée l'identité, mais aussi bien la communauté de village, de nom, de confrérie religieuse, etc. Le partage réunit. Les législations d'inspiration occidentale qui tentent de faire éclater ces groupes sont souvent ressenties comme introductrices du désordre social.

La création par différenciation progressive des éléments du monde actuel doit être distinguée de la création tirant les êtres du néant. Dans le second cas, s'ils sont unis, ce n'est pas par leurs différences, c'est par leur soumission au même Dieu créateur et à sa loi. Mais dans le premier, ce sont les différences qui rendent complémentaires et solidaires. Les sociétés africaines obéissent ainsi à une logique plurale à l'opposé, semble-t-il, de la plupart des sociétés européennes. Que des hommes, dans une création sociale progressive, se différencient en paysans, forgerons, chasseurs, guerriers ou griots, les oblige à vivre les uns avec les autres, les uns par les autres. Que dans un mouvement de différenciation analogue à celui des cosmogonies, se soient peu à peu distingués le maître de la terre, le chef politique, le maître des travaux agricoles collectifs, le maître de la pluie, le maître des récoltes et le maître de l'invisible et nul ne peut exercer son pouvoir sans l'assentiment des autres. Tous les mythes de fondation relatent avec soin l'origine de ces différences créatrices de la solidarité qui assure la cohésion sociale.

Dans de telles sociétés, les législations uniformisantes sont ressenties comme destructrices de l'unité et l'État, quand il a existé en puissance dans la mémoire et l'attente ou même de fait, n'a jamais tenté d'imposer de telles législations avant de se concevoir selon le modèle européen. Il se préoccupait de la grandeur du peuple, mais l'unité du peuple était la responsabilité de tous.

Outre la solidarité qui résulte de la différenciation, un système social hiérarchique et gérontocratique, reflet lui aussi d'une cosmologie filiatique, un état d'esprit unanimiste invitant à multiplier les conseils, une préférence pour la conciliation qui rend inutile un trop grand développement normatif (les règles a priori sont moins nécessaires quand elles doivent céder devant l'impératif de la conciliation), enfin l'établissement incessant d'alliances, notamment matrimoniales entre les éléments concurrents d'une société sont considérés comme les meilleurs garants de la cohésion sociale. Et de cela, tous les hommes sont responsables.

La vie juridique en Afrique, c'est-à-dire l'existence de la société est en effet la plus part du temps de la responsabilité des hommes. Le dieu primordial est lointain. Laissés à eux-mêmes, les hommes se savent responsables et responsables de tout. Non seulement d'eux-mêmes, mais plus encore du groupe ou des groupes auxquels ils appartiennent, non seulement du temps présent mais surtout de l'avenir. Non seulement du monde visible immédiat, mais du monde lointain et du monde invisible car l'univers issu d'une même origine est éco-système dont tous les éléments sont en résonance : l'invisible pèse constamment sur le visible et réciproquement, les morts protègent ou attaquent les vivants mais en dépendent, chaque groupe est soumis aux influences de tous les autres et le bien lui-même sort souvent du mal. Le droit est fortement marqué par cette interdépendance qui pèse sur les hommes et par le sentiment de très grande responsabilité qui en découle et dont ne les décharge vraiment aucun système de règles préétablies.

Il en va tout différemment en Islam et dans l'Occident chrétien, c'est à-dire dans des univers dont l'image est dominée par la transcendance d'un Dieu créateur radicalement et de toute éternité distinct de sa création.

c) L'Islam et l'Occident chrétien

L'univers des enfants d'Abraham se fonde sur une autre vision de la création. Le Créateur ne s'est ni progressivement distingué du monde avec lequel il n'ajamais été confondu au sein d'un chaos primordial, ni progressivement manifesté en puissances multiples antagonistes, complémentaires et solidaires. Il est unique, il est éternel, et n'a d'autre histoire que celle de sa création et de ses rapports avec cette création à laquelle il s'est révélé par étapes et qu'il ramène peu à peu en son sein. Avant cette création, il est. Avant cette création était son verbe, c'est-à-dire sa puissance créatrice.

Il est ainsi radicalement distinct d'un monde doublement créé : créé à l'origine des temps et depuis lors créé à chaque instant de façon continue. L'univers islamique ou chrétien est ici à l'opposé de l'univers traditionnel chinois. Il est dans la totale dépendance du dieu qui le crée et impose ses lois. Loin de se gouverner spontanément comme par son désir, il est régi de l'extérieur. Cette vision atteint jusqu'à la pensée scientifique occidentale qui, même indifférente à l'idée de Dieu, vise à découvrir les lois de la nature, comprise comme un corpus de lois s'imposant à la nature et la constituant.

Nous voici aux bords du Droit; corpus de règles extérieures à l'homme, venues d'ailleurs, mais qui s'imposent à lui et en définitive le constituent comme sujet de droit. Lien de commandement entre le créateur et sa création, la loi est indispensable au gouvernement des hommes : le Droit, n'est pas ce sur quoi les hommes s'entendent dans chaque cas particulier, il est avant tout respect de la règle extérieure, cette loi a priori dont l'exposé occupe l'essentiel des manuels de Droit musulman ou de Droit occidental.

Mais une différence d'importance sépare les uns des autres. Elle découle de la source de cette loi. Dans l'univers islamique, elle est la pensée de Dieu, éternelle, coexistante à Dieu et révélée aux hommes soit dans le Coran ou par l'exemple du Prophète et de ses compagnons, soit, dans les cas sur lesquels ils sont silencieux, par l'accord unanime des docteurs. Elle s'impose à tous, à commencer par les détenteurs du pouvoir, y compris le Calife vicair de Dieu sur terre. Par elle, le monde entier est en quelque sorte sacralisé.

Le monde chrétien est à l'inverse un monde essentiellement profane. Aucune religion n'a plus que le christianisme refoulé Dieu dans son ciel et dans son rôle de créateur originel. Si ses lois gouvernent encore la nature, c'est sans référence à leur auteur qu'elles sont découvertes et étudiées. Si les sociétés s'en remettent aux lois pour les animer et les conduire, ces lois ne sont pas celles de Dieu, mais celles d'États, conçus il est vrai à l'image de Dieu : États-Providence auxquels la société en général et les hommes en particulier doivent leur existence et dont la volonté règle ou peut régler l'ensemble de leur activité.

Entre le Droit occidental et le Droit musulman existe ainsi une opposition radicale généralement incomprise des juristes occidentaux mais dont leurs collègues musulmans ont une conscience aiguë : le pouvoir en Islam n'est pas source de Droit (l'innovation juridique appartient à la communauté ou aux docteurs qui en la matière la représentent), la loi coranique, la charia, s'impose aux pouvoirs, c'est elle qui les légitime ou les condamne ; la loi occidentale trouve au contraire sa source dans les pouvoirs publics, ce sont eux qui la font ou l'abrogent. De part et d'autre de la Méditerranée la négociation d'accords de coopération judiciaire et parfois d'ententes économiques ne cesse d'achopper sur l'impossibilité pour les représentants des États islamiques de modifier en rien la lettre de la charia.

Cette opposition est d'autant plus difficile à saisir par des Occidentaux que pour eux la loi humaine peut être cernée dans son ensemble : si l'édifice est susceptible de modifications, il n'en est pas moins à chaque instant achevé. En Islam, la loi dépasse les hommes : elle est un idéal toujours à mieux découvrir et ne peut être découverte que par un « effort » constant générateur d'inévitables divergences ; de plus, rarement en vigueur dans les pays arabes ou musulmans régis par des législations au moins pour un temps largement inspirées des techniques occidentales, elle est surtout une référence pour tous et pour certains courants de pensée la source à laquelle il faut purement et simplement revenir.

De cette inversion de la perspective, il résulte que l'État islamique n'a ni les moyens ni la mission de transformer la société : il doit au contraire assurer le respect de la loi divine et permettre à chacun d'acquérir la dignité provenant précisément de ce respect. C'est la raison pour laquelle, aux yeux des occidentaux, l'État islamique est caractérisé par son acceptation de la pluralité et le Droit islamique par son sens de la mesure, de l'interdépendance et de la solidarité.

L'État occidental applique au contraire, en lui, le modèle du Dieu créateur unique et tout-puissant, gouvernant le monde par ses décrets. Il lui revient, à lui seul, de créer un monde meilleur et à cette fin de transformer la société par la loi. Le système des règles édictées a priori prend une importance considérable, renforcé par l'utilisation de l'écrit qui assure l'inflation bureaucratique d'une réglementation à la fois contraignante et mythique puisque inconnue du plus grand nombre. L'application des lois de l'Etat est confiée en grande partie à son administration et à ses tribunaux. La jurisprudence doit en théorie se borner à l'application de la loi et la doctrine n'est en fait qu'une analyse du système législatif et jurisprudentiel et semble avoir oublié son rôle de *lege ferenda*. La conciliation et l'équité n'ont, dès lors, qu'un rôle subsidiaire : il est facile de s'en convaincre à la lecture des manuels de Droit.

La société humaine n'est pas centrée sur elle-même comme en Afrique noire : son centre est ailleurs, mais pas en Dieu comme en Islam ; c'est l'État qui en est le centre. Toute une mythologie fait apparaître aux hommes que la responsabilité de leur présent et de leur avenir n'est pas entre leurs mains, mais qu'elle appartient à l'État, qui, par la loi et les règles qui en sont issues, assure le bien commun et l'intérêt général. Il ne le fait pas de façon arbitraire, mais, tel Dieu qui ne peut vouloir que le bien, conformément à la raison, à la volonté de la Nation ou aux lois de l'Histoire. L'essentiel de ce discours mythique se retrouve dans les manuels de Droit.

La société n'ayant pas à assurer son unité par elle-même, aucun mythe n'a à justifier la diversité cohérente ni l'idéal d'unanimité qui paraissent indispensables aux sociétés d'Afrique noire. Tout au contraire, les mythes de fondation - de Hobbes, de Locke ou de Rousseau - ou le mythe eschatologique de la société sans classe imposent l'idéal de la similitude des membres du corps social et des droits de la majorité.

Le Droit exerce ainsi une double action : il atténue les différences qui font l'originalité des groupes et la personnalité des individus, il les habitue à l'idée que les responsabilités essentielles reviennent à l'État. Qu'un changement soit désiré, c'est à lui qu'on le demande, qu'un changement soit refusé, c'est à lui qu'on demande de le condamner. La déresponsabilisation des hommes qui ne sont pas aux commandes de l'État est d'autant plus nette que le domaine d'action des hommes est réduit : si les sociétés d'Afrique noire se pensent responsables de l'univers entier parce que celui-ci n'échappe jamais complètement à leur action, les Occidentaux, à l'inverse, considèrent que la plupart des phénomènes obéissent à ces lois de la nature dont nous avons vu qu'elles sont comme la volonté que Dieu continue à imposer au monde qu'il a créé, ou qu'elles sont dues au hasard : nature et hasard sont deux

concepts qui, comme l'État, délimitent des champs soustraits à l'action des hommes et donc à leur responsabilité.

Contrairement à ce qu'enseignent ceux qui n'ont pas quitté l'hexagone ou regardé hors de l'hexagone, l'irresponsabilité y est à la base de tous les modèles de vie sociétale. Les dispositions du code civil ont été adoptées pour aider les individus contre leurs faiblesses et leur perversité naturelles, étant admis que l'intérêt personnel serait le meilleur ciment de la famille. Le modèle scolaire n'est pas, tel l'initiation en Afrique noire, effort personnel et transformation personnelle de l'individu, mais passive réception de la science du maître. L'enfant est d'ailleurs écarté de toute décision relative à son éducation, sauf, depuis 1958, le droit de s'adresser à un adulte représentant de l'Etat, le juge des enfants ; sa famille elle-même se sent de moins en moins responsable de cette éducation : assurer le droit de tous à l'éducation est un devoir de l'État. Il en va de même du modèle carcéral qui exprime la responsabilité de l'État et l'irresponsabilité des citoyens dans le sort du délinquant. Les citoyens sont avant tout des sujets.

Émanant de Dieu en Islam ou de l'État, son avatar, en Occident, le droit des sociétés abrahamiques est donc caractérisé par une sorte d'objectivisation de la loi qui existe indépendamment des hommes et leur est imposée de l'extérieur. Ils ne sont pas comme en Afrique noire entièrement responsables de la création continue de la société ; ils ne sont pas comme en Chine appelés à se gouverner de l'intérieur pour être dignes de leur place dans l'univers.

Trois archétypes différents proposent aux hommes trois attitudes différentes dont l'effet sur le consensus fondateur du droit est considérable : l'identification, la manipulation, la soumission.

Le rapprochement esquissé ici avec les relations que chaque peuple livre de l'origine de l'univers, c'est-à-dire avec l'explication fondamentale qu'il s'en donne, aide à découvrir ces différences que la seule observation des institutions ne permet pas de deviner.

Mais ces différences n'expliquent pas tout. Une analyse des systèmes juridiques doit porter également sur les logiques qui, elles, ne sont pas propres à chaque peuple.

III - LES LOGIQUES

Trois observations liminaires s'imposent. On parle souvent de rationalités différentes, celle de l'européen et celle de l'indien, celle du chrétien et celle du bouddhiste, celle de l'ingénieur et celle du paysan, qui sont des modes de pensée différents liés à des pratiques différentes. Mais l'expérience convainc facilement qu'il n'y a qu'une seule raison. Il existe, en revanche, une multiplicité de logiques construites sur des nécessités, des choix ou des postulats différents. Nous distinguerons ainsi une logique des sociétés qui assument elles-mêmes leur destin et une logique de celles qui s'en remettent à une autorité supérieure.

Deuxième observation : des logiques semblables sont à l'œuvre dans des sociétés dont les archétypes sont contraires.

Troisième observation : dans une même société des logiques différentes ne s'excluent pas, elles correspondent à des situations différentes et contribuent toutes à la constitution du modèle de cette société.

Il en va ainsi de la Chine actuelle importatrice, tout en le transformant, du modèle soviétique, ou de l'Afrique officielle accrochée aux modèles du colonisateur occidental.

Il en va de même de la France. Toutes les institutions officielles y disent la supériorité de l'État sur la société et la puissance des lois par lesquelles il lui impose sa volonté et du même coup la décharge de ses responsabilités. A y regarder de près, c'est le discours des manuels, la réalité officielle, c'est-à-dire une partie de la réalité. Et cette partie cache une réalité autrement proche des sociétés qui n'attendent pas d'une autorité supérieure la solution de leurs problèmes mais les règlent elles-mêmes : il suffit d'observer ce qui se passe à l'intérieur d'un village ou à l'intérieur des ministères.

Les conflits entre originaires d'un village et étrangers à ce village sont fréquemment portés devant les tribunaux de l'État. Entre originaires du village, les conflits sont encore souvent réglés autrement. Citer l'adversaire devant un tribunal crée un traumatisme et souvent une désapprobation qu'on ne souhaite pas. Mais il y a d'autres moyens de régler un conflit : l'opinion publique se charge volontiers de désigner le gagnant et le perdant et d'imposer à celui-ci, sinon aux deux, des comportements réglant le litige ou en tout cas limitant ses effets, comme dans un village africain ou une communauté chinoise.

L'observateur de la classe politico-administrative française ne peut s'empêcher de constater combien 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, celui du parlement et du gouvernement, mais plutôt de celui des grands corps et des états-majors de partis et de syndicats : ce sont les détenteurs du pouvoir réel. 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. Ces accords sont souvent des accords de compensation tacite.

Dans les sociétés qui n'ont pas constitué de pouvoir au-dessus d'elles, cette même tendance à la diversification affecte les pouvoirs : il n'est pas rare de trouver un maître de la terre, un chef politique, un maître des travaux agricoles collectifs, un maître de la pluie, un maître des récoltes, etc. Ainsi, chaque pouvoir a besoin de tous les autres : que peut le chef politique sans le maître de la terre ou celui-ci sans le chef politique et sans le maître de la pluie ? La nature différente des pouvoirs renforce leur cohésion.

Ainsi, l'observateur de la classe politique administrative française ne peut s'empêcher de constater combien l'exercice du pouvoir s'y conforme à une autre logique que celle de l'État. La logique unitaire domine la structure de l'État et les comportements requis de ses sujets. Mais les rapports des maîtres de l'État que ne peut régler aucun pouvoir puisqu'il n'y en a pas au-dessus d'eux, relèvent de la logique des sociétés plurales, qui assument elles-mêmes leur destin au lieu de la remettre à un pouvoir supérieur.

a) Les sociétés responsables d'elles-mêmes

La cohésion d'une société tient soit à l'autorité d'un pouvoir qui l'impose, soit à la structure de cette société qui peut rendre chaque élément indispensable aux autres, soit à l'idéologie qui intériorise en chacun le sentiment de cette cohésion et de sa nécessité, et plus souvent à une combinaison des trois.

Mais il y a une dominance. Et elle est logique. La cohésion des groupes qui, tels les sociétés africaines, le village ou bien la classe politico-administrative française que l'on vient d'évoquer, ignorent l'existence d'un pouvoir qui les décentrerait, tient le plus souvent à leur structure plurale. Quand on ne la rencontre pas, par exemple chez les indiens, le groupe ne se développe jamais beaucoup.

Un mythe de fondation d'un village bambara raconte que le village date du jour où deux frères décidèrent de devenir l'un forgeron, l'autre paysan : l'unité exigeait une mutuelle dépendance, l'un ne pouvant produire lui-même sa nourriture, l'autre ses instruments. L'enseignement est clair : il faut se différencier pour être unis, l'unité résulte de la différence.

C'est ce qui se passe dans les sociétés africaines. On y observe une tendance à se diviser en groupes d'agriculteurs, de chasseurs, de pêcheurs, d'éleveurs, de travailleurs du métal, de soldats, de traditionalistes, de gens de pouvoir, etc., liés par la complémentarité de leurs activités professionnelles. Il en va de même des groupes parentaux généralement moins importants et des villages qui ont fréquemment, chacun, une spécialité le rendant indispensable aux autres, ou de classes d'âge qui assument chacune des tâches collectives différentes et à plus forte raison des sociétés secrètes dont la nature varie à l'infini. La tendance à la spécialité et à la complémentarité ne s'arrête pas là : on la retrouve également à l'intérieur de chaque groupe, diversifiant ses membres et les rendant ainsi indispensables les uns aux autres.

Ne voit-on pas la même logique à l'œuvre dans la classe politico-administrative française ? La tendance à la diversification et à la complémentarité y est très forte : elle affecte les directions et les bureaux de ministère, les grands corps, les partis, les syndicats, chacun argue de sa

compétence particulière ou du courant de pensée qu'il représente pour s'assurer une position particulière et faire apparaître et sentir que les autres ont besoin de lui. Cette diversification constitue le vrai fondement des règles non écrites ou écrites de répartition des emplois et des fonctions, de partage des compétences et de contrôles mutuels. Toute modification de ces règles suppose compensation. Quand un corps perd une direction de ministère ou une présence dans un cabinet ministériel, il se considère comme créancier d'une nomination nouvelle. Et quand le gouvernement laisse le Conseil d'État avancer son contrôle au plus près de l'opportunité (c'est le contrôle du bilan coût-avantage), le Conseil d'État reconnaît le caractère particulier des actes de gouvernement et du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Se différencier, c'est se rendre indispensable et obliger les autres à négocier. Telle est la logique de l'appareil décisionnel de l'État, telle est la logique des sociétés plurales.

Il ne suffit pas de se rendre nécessaire. La même logique veut qu'on atténue les compétitions lorsqu'il n'y a pas de pouvoir supérieur pour les régler.

Beaucoup de sociétés se contrôlent suffisamment pour limiter leurs besoins, ajuster leur production à leur consommation et limiter l'accumulation des richesses, notamment en instituant des générosités que nous appelons ostentatoires : sacrifices destructeurs des plus grandes richesses, mariages où les plus riches se ruinent et les plus pauvres s'endettent au profit de l'ensemble de la communauté, voire potlatch où qui perd sa fortune gagne l'autorité.

Mais c'est surtout dans le domaine du pouvoir qu'il importe d'atténuer ou de ritualiser la compétition. La structure hiérarchique et le système gérontocratique illustrent le premier cas. Quand une société est entièrement hiérarchisée, qu'un frère est un aîné ou un cadet mais jamais un égal, que les groupes se considèrent comme des parents donc inégaux, que les hiérarchies sont d'ailleurs multiples et qu'on peut être l'aîné d'un individu dans l'une et le cadet

dans l'autre, que les droits et les devoirs de chacun découlent de sa place dans les hiérarchies auxquelles il appartient, les tensions sont souvent évitées. Elles le sont d'autant plus que la compétition pour s'élever dans la hiérarchie est atténuée par le système gérontocratique. Le pouvoir ne peut être exercé que par quelques-uns. Le réserver à un groupe, c'est risquer une cassure qui oblige ce groupe à nouer avec les autres des liens notamment parentaux pour l'éviter. Ouvrir à tous l'accès au pouvoir provoque des luttes dangereuses pour l'unité sociale et la rancœur de ceux, la majorité, qui se savent définitivement éliminés. Appeler chacun à l'exercer à tour de rôle, s'il vit assez longtemps, constitue une forme de démocratie poussée (puisque les chances d'exercer le pouvoir sont identiques pour tous - ce qui n'est pas le cas dans nos démocraties qui sont en fait élitistes -, qu'un très grand nombre d'entre eux l'exerceront et que leur existence après la mort dépendra de ceux qui, après avoir été sous leur autorité, les auront remplacés) évitant les compétitions et leurs traumatismes.

Il est frappant de constater que les statuts des grands corps français relèvent de la même logique hiérarchique et gérontocratique que de nombreuses sociétés tout à fait étrangères à la France. Ainsi l'exige le besoin d'atténuer la compétition.

La ressemblance se confirme quand on constate l'importance attachée par les uns et les autres à l'unanimité. Quand il n'y a pas de pouvoir de coercition, c'est le seul moyen de prendre une décision effective. On peut rarement exercer un pouvoir sans l'accord au moins tacite des autres pouvoirs et des représentants des exécutants. Il faut donc consulter, réunir le conseil de village ou la commission interministérielle, négocier, échanger au moins tacitement. Faire l'unanimité est le seul moyen d'assurer l'effectivité des décisions.

L'objectif n'est pas de dégager une majorité et une minorité mais de trouver une position acceptable par tous, dût-on pour se convaincre mutuellement retarder indéfiniment la

décision. Dès lors, la référence à la règle a priori ou au précédent connu cède devant l'impératif de la conciliation.

Les sociétés qui assument elles-mêmes leur destin sont peu normatives. Avec logique, on y fait passer la conciliation avant l'application correcte d'une loi. En cas de conflit, on évite de se fâcher ouvertement avec l'adversaire et de lui faire perdre la face. On procède par intermédiaires. Si l'on recourt à un juge, celui-ci cherche la solution qui recueillera l'accord des parties plutôt que celle qu'il faudrait imposer de force, puisqu'il n'y a pas de force pour l'imposer.

Le mai lui-même n'est d'ailleurs pas conçu comme la transgression individuelle de normes antérieurement formulées. On ne se donne pas la facilité de croire que son origine est dans l'individu qui le cause : le délit ou la déviance (dont il ne se distingue que parce qu'il intervient dans un domaine considéré par la société comme vital pour elle), ou encore la maladie sont des symptômes du mal qui atteint le corps social, le signe qu'il faut traiter la société elle-même. Le diagnostic et le traitement sont d'autant plus efficaces qu'ils ne réservent pas un sort à part à celui qui a permis de prendre conscience de la situation.

Diversification et complémentarité, compétitions atténuées notamment par la hiérarchie et la gérontocratie, exercice du pouvoir tendant à l'unanimité négociée et procédure de règlements des conflits tendant à éviter les déchirures, telles sont les exigences logiques de ces sociétés, quelles qu'elles soient, y compris en Occident. Leur système de régulation rappelle d'ailleurs tout à fait les analyses de Michel Crozier sur les pouvoirs locaux en France. Il résulte la plupart du temps des contrôles croisés limitant l'amplitude des initiatives possibles,

Pleinement responsables d'elles-mêmes, ne recourant ni à un Dieu ni à un État pour assurer leur unité et leur avenir, elles élaborent ainsi chacune un droit qui reste pour une bonne part secret (qui écrira le code de la haute administration française ?) et vise à l'équité recherchée cas par cas plutôt qu'à des normes générales et permanentes, encore moins à un système de normes. Logiquement, la recherche d'un système de normes générales et permanentes est réservée aux sociétés qui remettent leur destin à une providence, Dieu ou État, supérieure à elles.

b) Les sociétés qui remettent leur destin à un pouvoir supérieur

Le modèle de ces sociétés est le recours au père : elles s'en remettent à un Dieu ou à un État du soin de les guider. Il ne suffit donc pas de croire en Dieu ou d'avoir établi un État pour répondre au modèle : il faut que ce soit un Dieu totalitaire ou un État-Providence dont l'action règle ou peut régler l'ensemble de l'activité des hommes.

La société est alors décentrée : elle projette son centre en dehors d'elle-même. Les rapports entre ses membres changent totalement. Il ne s'agit plus de rechercher à chaque instant entre soi l'attitude juste. L'attitude juste, c'est de se conformer au système de règles établi par le pouvoir ou, si elles ne sont pas satisfaisantes, de réclamer une nouvelle loi, une nouvelle réglementation.

L'existence d'un pouvoir coercitif appelé à dominer l'activité des membres de la société bouleverse le modèle. Le système des règles prend une importance considérable, renforcée par l'utilisation de l'écrit qui assure l'inflation bureaucratique d'une réglementation à la fois contraignante et mythique, puisque inconnue du plus grand nombre. Parmi ces règles la loi,

identifiée à la volonté même de Dieu, de la Nation ou de l'État selon le cas, l'emporte sur toutes les autres. La coutume n'intervient que lorsqu'elle est elle-même une règle formulée et que dans les rares domaines où la loi ne l'a pas abrogée, mais elle ne peut à son tour abroger la loi. La jurisprudence doit en théorie se borner à l'application et la doctrine le lui rappelle. L'équité, dès lors n'a qu'un rôle subsidiaire. Il est facile de s'en convaincre à la lecture des manuels de droit.

Le droit finit par s'identifier aux règles posées par Dieu ou par l'État pour commander les hommes et par acquérir cette existence en soi à laquelle il a été fait allusion.

L'existence d'un Dieu ou d'un État rend inutile la tendance à atténuer la compétition et ses risques de conflits. Les mythes de fondation légitiment l'égalité dans une soumission uniforme au pouvoir : que la France soit née de la conversion de Clovis ou de la bataille de Bouvines réunissant enfin l'ensemble de la Nation dans un même combat, ou qu'elle soit née, comme toute société dite rationnelle, du dépouillement volontaire des individus renonçant à une partie de leur souveraineté pour passer de l'état de nature à celui de société, puis de société soumise à un État, le mythe justifie la similitude des membres du corps social.

Les groupes sont comme gommés dans le système juridique qui les ignore ou les considère comme des personnes, utilisant pour eux un concept élaboré pour décrire la situation juridique des individus.

Comme tout l'ensemble, les réseaux d'action et de solidarité sont décentrés. Les plus importants passent par l'État. La solidarité n'est plus affaire directe des intéressés, mais redistribution des ressources par l'État et les organismes qu'il crée à cet effet.

La société ne tire sa définition et sa cohésion ni du besoin que des groupes entiers peuvent avoir des autres et des alliances sans cesse renouvelées, ni des réseaux d'action et de solidarité, mais de la soumission à un même pouvoir par l'intermédiaire d'un même système juridique. Ces sociétés ne limitent pas l'accumulation des richesses et accroissent ainsi les risques de conflits dans la compétition pour les acquérir. Enfin et surtout, elles généralisent la compétition pour le pouvoir dans la mesure où, s'écartant du système hiérarchique et gérontocratique, elles l'offrent à tous en ne le donnant qu'à quelques-uns.

L'exercice de ce pouvoir est dominé par la loi de la majorité à laquelle nous sommes tant habitués que nous ne voyons plus combien il est étrange de prétendre provoquer une obéissance unanime en recourant à une règle qui loin de viser à convaincre ne cherche qu'à mesurer l'importance respective des avis divergents. Sauf exceptions remarquables, nous oublions combien il est traumatisant de se soumettre sans être convaincu.

La notion de culpabilité revêt une signification tout à fait particulière. Le coupable est celui qui enfreint la loi. Le délit n'est pas le symptôme d'une maladie de la société, même s'il trouve parfois son origine dans les déficiences de cette dernière : et si les juges se plaisent aujourd'hui à attribuer à la société la responsabilité qu'ils imputaient hier à ses coupables, ils ne se préoccupent pas pour autant de traiter la société. L'objectif est soit de punir celui qui a enfreint la loi, soit de le contraindre désormais à la respecter, soit les deux.

La culpabilité et la responsabilité s'apprécient par rapport à la loi, la logique exclut la conciliation. Les conflits doivent être publics, portés au tribunal de l'État et tranchés par un juge d'État chargé d'appliquer la loi de l'État. L'exécution des sentences relève de l'État.

Tout, en définitive rappelle que la société n'est pas responsable d'elle-même et qu'elle vit par le pouvoir et le système de commandement que constitue le droit qu'il édicte.

Le développement de ce droit ne saurait être freiné par des contrôles quels qu'ils soient dans une société qui justement abandonne à une instance hors d'elle-même à la fois le pouvoir et son contrôle. Mais ce développement n'est pas pour autant sans limite. La limite n'est pas imposée par des contrôles croisés comme dans les sociétés plurales, mais par le droit lui-même, la multiplication des règles, l'impossibilité de les faire connaître, la complexité des procédures et la difficulté de les mettre en œuvre. La logique veut que le système se régule lui-même par asphyxie.

Ainsi s'opposent les logiques sociétales selon que les sociétés assument ou n'assument pas elles-mêmes leur destin. Ce ne sont que deux exemples mais significatifs parce que situés dans des registres voisins de ceux des archétypes que nous avons entrevus. Déterminer les rapports entre ces archétypes et ces logiques, c'est en définitive commencer à élaborer les modèles nécessaires à la constitution d'une science du droit.

IV - LES MODÈLES

L'existence de plusieurs logiques dans une société en dehors de toute crise exclut, me semble-t-il, qu'on puisse forcer toute société à répondre à un modèle unique. À plus forte raison en va-t-il ainsi dans les sociétés en crise qui hésitent entre deux visions du monde ou, si l'on préfère, entre deux archétypes.

C'est donc avec prudence qu'il convient de commencer à élaborer quelques modèles sociétaux à partir des rapports entre archétypes et logiques. Les archétypes engendrent certains modèles, ils donnent à tous leur valeur et leur sens.

a) Genèse

Il est très clair que les archétypes engendrent certains modèles sociétaux. Il y a parfaite continuité entre l'univers mental et le modèle sociétal africain traditionnel : la logique plurale s'inscrit directement dans la vision de la création incessante par division de ce qui existe.

Il y a de même parfaite continuité entre l'univers mental chrétien et le modèle sociétal occidental : la logique unitaire de l'État-Providence (extérieur à la société), des citoyens sujets et de la loi par laquelle l'État les guide, s'inscrit directement dans la vision d'un Dieu unique et radicalement distinct de ses créatures, d'une création qui n'existe à chaque instant que par ce Dieu, et de lois par lesquelles il gouverne cette création. Mais il n'y a pas toujours coïncidence entre archétypes et logiques.

b) Valeur

L'absence de coïncidence entre archétypes et logiques est forcément le cas des sociétés qui, ayant une vision relativement unifiée de leur univers, répondent à plusieurs modèles sociétaux à la fois.

C'est bien le cas de la France. Le modèle du droit officiel, celui des cours et des manuels, est en tous points conforme au modèle d'univers communément admis. Mais qu'en est-il des modèles de droit non officiels, par exemple de ceux qui rendent compte des luttes sociales qui font le droit ou du code de la classe politico-administrative déjà plusieurs fois évoqué ? Parce que les phénomènes dont ils doivent rendre compte se situent en dehors ou au-dessus de l'État, ces modèles se placent hors de la logique des sociétés qui remettent leur responsabilité à une autorité supérieure : ils font appel au contraire à la logique plurale des sociétés qui assument elles-mêmes leur destin. Entre l'archétype et le modèle, la contradiction est flagrante.

Il en résulte un phénomène important : la valorisation par l'archétype du modèle sociétal dont la logique rejoint la sienne, la dévalorisation des autres. La valorisation équivaut à une sacralisation, la dévalorisation se traduit par le silence et la honte.

Quels cours, quel manuel de droit français osent parler du droit autre que le droit officiel ? La qualification de Droit lui est souvent réservée. Jamais ne sont exposés les mécanismes réels de sa création, les luttes couronnées ou non de succès pour sa transformation, les compétitions des corps et des organes notamment juridictionnels. Le droit des manuels appartient à la sphère des entités éternelles et pures.

Il n'en va pas de même du droit réel, souvent source de honte. Pourquoi avoir honte du système réel de la décision politique, administrative ou juridictionnelle ? Les compétitions dont elle est issue ont souvent des objectifs sans rapport avec elle, mais l'appareil décisionnel introduit tant de personnes, de groupes, d'intérêts divers et divergents dans le processus qu'il le démocratise d'une certaine façon.

Pourquoi refuser de le dire ? Cette honte, les décideurs eux-mêmes la partagent. Peu de hauts fonctionnaires reconnaissent sans hésitation que la machine politique ne fonctionne pas conformément au droit institutionnel. Peu de magistrats avouent que leur jurisprudence est prétorienne et qu'ils négocient tacitement l'élargissement de leur compétence, ou qu'ils le préparent d'arrêt en arrêt par des considérations apparemment inutiles mais qui, d'avance, indiquent le sens des décisions à venir. La honte empoisonne une part importante de la réalité juridique française.

C'est une honte d'ailleurs souvent exportée. La France n'a pas seulement créé des États dans ses anciennes colonies. Elle a introduit sa vision du monde et ceux qui la partagent ou feignent de la partager ont aujourd'hui honte du fonctionnement juridique traditionnel de leurs sociétés. Ils font silence sur ce fonctionnement, en arrivent à le nier au point de légiférer en l'oubliant totalement. Ce n'est pas une thèse mais une série de thèses qu'il faudrait écrire sur le droit honteux, quand l'archétype social ne coïncide pas avec la logique juridique.

c) Sens

C'est encore par rapport à la vision de l'univers que se détermine le sens des institutions. Nous nous illusionnons facilement sur le sens de celles que nous vivons. Nous en parlons comme d'institutions perfectionnées, évoluées, difficiles à comparer aux autres moins développées. À nous entendre, nos sociétés seraient adultes quand les autres seraient infantiles.

Mais l'analyse des archétypes invite à plus de modestie. Les sociétés qui placent le centre de leurs décisions hors d'elles-mêmes se déchargent par là même de leurs responsabilités. Et l'on voit bien, en y réfléchissant, que l'Occident en inventant la nature, le hasard et l'État, a fui tant

qu'il pouvait les responsabilités qui pèsent durement sur les Africains, convaincus, eux, que l'homme peut modifier toute situation et par conséquent le droit. L'archétype occidental fait ainsi apparaître que les institutions étatiques et démocratiques ne sont pas signes d'une société plus responsable, mais bien d'une société moins responsable. Les vrais adultes sont ailleurs. Il n'est pas sûr d'ailleurs qu'il soit facile ni agréable d'être adulte.

De nos institutions, nous parlons également comme si elles étaient faites pour des individus parfaitement capables d'être autonomes. Le code civil marquerait le triomphe de l'individu. Rien n'est moins sûr. À considérer l'archétype qui commande notre droit officiel, celui de la créature qui n'est rien que par la loi de Dieu, on se doute que les institutions du code civil ont plutôt été élaborées pour des individus faibles et pervers, incapables de se diriger eux-mêmes avec clairvoyance et constance, ce que de récentes études ont parfaitement corroboré. Le sens vrai des institutions est bien conforme à ce qu'indiquait l'archétype.

Plus généralement, on peut dire que l'archétype occidental donne du sens aux institutions qui traitent l'homme comme un sujet et privent de sens celles qui tentent de lui donner l'initiative de son propre avenir, constatation amère, mais d'autant plus utile pour ceux qui croient à la décentralisation des institutions et à la responsabilisation des individus.

Consolons-nous en pensant que les archétypes d'autres civilisations condamnent l'État d'importation occidentale, l'État-Providence, comme fauteur de troubles et destructeur des solidarités qui faisaient vivre et des idéaux pour lesquels on vivait.

Ainsi, dans chaque société, des modèles juridiques se définissent par rapport à l'archétype, parfois aux archétypes, qui fondent sa vision de l'univers et d'elle-même et par rapport aux logiques juridiques. La coïncidence d'un archétype et d'une logique favorise le modèle, leur

contradiction le dévalorise : il entre dans le monde de la honte. Mais, quoi qu'il en soit, l'archétype donne signification au modèle.

U anthropologie, dont on voit ici comment elle peut élaborer des modèles juridiques rendant compte de la structure d'un droit, de la valeur qui lui est attribuée et de sa signification, peut-elle aider à constituer une science du droit ?

Il est pour toute science, un moment-clé où l'apparition d'une théorie puis son acceptation par ce qu'on appelle la communauté scientifique, la transforment ainsi que d'autres sciences dont on prend alors conscience qu'elles étaient voisines : chacune est entièrement réécrite et n'est plus qu'un chapitre d'une œuvre qui les englobe toutes. La théorie atomique puis la mécanique quantique ont ainsi révolutionné toutes les sciences de la matière, la théorie évolutionniste puis l'approche moléculaire celles de la vie, la tectonique des plaques celles de la Terre et des planètes. C'est le moment où le spécialiste attaché à son canton scientifique dont il se croit d'autant plus maître qu'il est plus étroit, le voit disparaître et prend conscience qu'il s'est trompé d'échelle . la théorie globale remet tout en question. Ainsi, celui qui s'est attaché à décrire le droit français ou tel droit étranger, voire à les comparer en pensant mieux les comprendre, s'apercevra un jour qu'il s'est trompé d'échelle. Quand une explication générale du phénomène juridique aux dimensions de l'homme, une explication véritablement anthropologique, sera admise par la communauté scientifique, l'acharnement autonomiste à expliquer le droit par le droit ; le droit français par le droit français, le droit pénal ou le droit constitutionnel ou le droit fiscal français par le droit pénal, constitutionnel ou fiscal français, apparaîtra alors comme une erreur d'échelle. On n'explique pas le résultat par le résultat.

Aucun anthropologue, à ma connaissance, ne se pense aujourd'hui en mesure de fonder la juridique. Du moins les anthropologues pensent-ils, en raison de leur spécialité, courir moins de risques que d'autres de commettre une erreur d'échelle.