

Aux côtés de Michel Alliot

sur la pente savonneuse de la définition des droits¹

(texte paru dans Étienne & Jacqueline Le Roy (éds.), *Un passeur entre deux mondes*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2000, 87-97)

Jacques Vanderlinden

(vanderj@UMoncton.CA)

Agrégé des facultés de droit, Michel Alliot est, au premier regard, un juriste. Mais il est issu d'une filière qui a donné à la science juridique nombre de ses fleurons hétérodoxes. Sont-ce d'ailleurs vraiment des juristes – un vrai de vrai ne peut être, en parfaite orthodoxie, que civiliste ou publiciste -- ces hommes qui s'égarent dans un passé plus ou moins lointain où il est permis de se demander si **LE** droit est encore ou plutôt était déjà en lui-même tel que l'éternité le change ? Aussi comprend-t-on que, dès 1953-1954, le jeune agrégé publie dans l'*Année sociologique* plutôt que dans l'une quelconque des revues générale ou trimestrielle. Sous le drapeau de la coutume et du mythe², Michel Alliot s'était engagé sur la pente savonneuse d'une autre définition du droit que celle de Capitant dans son *Vocabulaire juridique*. Trente-cinq ans plus tard, cette proposition, "Dis-moi comment tu penses le monde : je te dirai comment tu penses le Droit"³, ferme la boucle. Bien qu'ayant horreur du raisonnement circulaire, c'est au long de cette boucle que je voudrais voyager aux côtés d'un ami de longue date, de ce passeur entre les mondes du droit, qui n'a cependant rien du "nocher infernal"⁴.

¹ Je dois à l'amitié indéfectible d'Étienne Le Roy d'avoir pu prendre connaissance de textes de Michel Alliot dont j'ignorais l'existence ou que je ne pouvais me procurer à Moncton. Qu'il en soit, comme de tant d'autres choses, ici remercié.

² "Coutume et mythe", *Année sociologique*, IIIe série, 1953-1954, pp. 369-383. Cité, ci-après, "Coutume".

³ "La Méditerranée et le droit", *Bulletin de liaison du LAJP*, no 15, 1989, pp. 32-36, dans le titre.

⁴ Ainsi le *Petit Robert 2* définit-il un autre passeur qu'a dû rencontrer Michel -- sans pour autant vouloir le suivre -- lorsqu'il se plongeait, au début de sa carrière, dans les mystères de la Grèce antique.

Je viens d'évoquer les mondes **du** droit et Michel Alliot n'a pas peur d'invoquer **le** Droit (*mit einem grossen D*, comme diraient nos collègues germanophones). Or s'il est bien, entre nous, un point commun, c'est celui d'être conscients que jamais nous ne satisferons notre appétit pour **les** droits, si nous ne commençons pas par nous faire une certaine idée **du** droit. Disciple d'Henri Lévy-Bruhl, ce n'est en effet pas tant **le** droit qui intéresse Michel, que **les** droits. Il ne s'est donc jamais fort soucié, pas plus que moi d'ailleurs, de consacrer de volumineux écrits à ce qu'il entend par l'objet même de sa quête. Et sans doute, servi par une remarquable intuition, a-t-il toujours réussi à nous fasciner par sa pénétration au plus profond de mondes multiples; d'autres hésiteraient à s'y aventurer se demandant s'ils relèvent bien de leur propos ou, pire encore, refuseraient de le faire au nom d'un relativisme qui aboutit à la négation même de l'appréhension de l'Autre dans son éventuelle dimension juridique.

Arrivé à ce point, un mot de clarification est indispensable. Je suis : historien du droit par nécessité afin de réaliser un compromis entre un amour de l'histoire et la volonté d'un père qui, faute de me voir ingénieur ou médecin, acceptait, à la rigueur, que je sois juriste; comparatiste dans l'âme depuis que René Dekkers m'ouvrit, il y aura bientôt un demi-siècle, les portes de la comparaison des droits; anthropologue du droit par accident dès lors qu'Arthur Doucy, directeur de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles, crut que mon intérêt pour l'histoire et la comparaison faisait de moi un parfait chercheur en vue d'explorer le monde de la coutume africaine. J'ai, comme Michel sans doute, davantage côtoyé les droits que la juristique, même s'il m'est arrivé de m'y égarer, le plus souvent pour de tristes raisons matérielles. Comme lui, pendant longtemps, je ne me suis pas posé de questions sur la nature du droit. Au cours de ces dernières années toutefois, en raison d'un intérêt croissant pour le pluralisme juridique, je me suis trouvé confronté au défi que me lançaient d'une part les positivistes, défenseurs ardents du seul droit étatique et d'autre part quelques anthropologues culpabilisés par leur appartenance à l'espèce "colonialiste" et, apparemment, incapables d'assumer leur passé. Je me suis donc résolu à m'engager sur la pente savonneuse⁵ d'une définition du droit.

Confronté à une position extrême qui confère au seul État, au sens moderne du mot, la capacité

⁵ En anglais, langue qui est celle de mes collègues qui ont engagé ce débat, "*the slippery slope*", allitération que je n'ai pu traduire mieux en français.

de produire, à travers ses organes (ou à travers d'autres qu'il reconnaît), ce qu'il est convenu d'appeler le droit, je me trouve d'emblée, en tant qu'anthropologue, historien ou sociologue, mais aussi en tant que juriste, confronté à des phénomènes de la vie sociale-- qu'elle soit celle dans laquelle je me meus, celle des peuples du passé ou enfin celle des peuples autres -- dont, intuitivement, j'ai le sentiment qu'ils s'inscrivent dans ce que je pourrais, sans inconvénient majeur, appeler un concept de droit. Faute d'ailleurs de l'admettre, je me trouverais réduit d'une part, au niveau de la sociologie de mon propre système, à parler de non-droit pour qualifier ces phénomènes, d'autre part, au niveau du passé et de l'Autre, à conclure souvent à l'inexistence du droit.

Admettant, dès le départ, que toute science est le fruit d'une culture en un lieu et un temps, le fruit d'"univers mentaux"⁶ spécifiques, propres autant au chercheur qu'à la société dont il est issu, tout concept est éminemment relatif. Il constitue une hypothèse qui ne tire son intérêt que de son instrumentalisme dans l'approche de ce que nous nous plaçons à appeler le réel⁷. Pour le comparatiste, comme pour l'historien, il est utile en ce qu'il l'aide à baliser le champ de son investigation et aussi, par un processus dialectique, à infléchir éventuellement son hypothèse de départ. Il n'en demeure pas moins **son** construit personnel, qui peut parfaitement être différent de celui d'autres chercheurs du même monde et, a fortiori, de celui de ceux qu'il observe, qu'ils appartiennent aux mondes du passé ou de l'Autre. C'est donc à un construit, le mien, que je m'attacherai tout en le confrontant à celui de Michel Alliot⁸.

D'emblée, nous sommes, lui et moi, fort différents. Formé à une école pour laquelle le mythe constitue un élément essentiel des cultures, mon ami donne le ton dès son premier article. Il y pose en point de départ que la coutume, équipollente au droit (les sociétés africaines "ne connaissent que la coutume"⁹), "ne se survit pas sans un mythe qui la supporte, qui la justifie et

⁶ *Ibidem*.

⁷ La place n'est pas ici de discuter le caractère réel du réel; que le lecteur sache seulement que je ne me fais pas davantage d'illusions à ce sujet.

⁸ Cet article est le fruit d'un long cheminement de très exactement cinquante ans. Il contredira certainement certaines des réflexions publiées qui le jalonnent; il leur empruntera également beaucoup et particulièrement à deux ouvrages récents, *Comparer les droits*, Bruxelles, Kluwer, 1995 et *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996.

⁹ "Coutume et mythe", p. 370.

qui l'explique"¹⁰. Bien qu'ayant eu le privilège de rencontrer et d'avoir quelques entretiens particulièrement féconds avec Henri Lévy-Bruhl, je n'ai pas eu le privilège d'être son élève. Mon approche de l'Autre s'est donc effectuée de manière totalement empirique sous l'égide de l'école anthropologique anglo-saxonne telle qu'elle s'incarnait, il y a cinquante ans, dans les *Notes and Queries in Anthropology*¹¹ et aussi dans le *Law of Primitive Man* d'E.A. Hoebel¹². Mon approche du paysan zande¹³ a, dès lors, été essentiellement pragmatique. Je m'intéressais à des mécanismes juridiques de sa vie privée et publique et peu m'importait le mythe fondateur de sa pratique quotidienne.

J'observe donc le phénomène juridique et particulièrement la coutume à travers le comportement quotidien de l'individu en tant que membre d'une collectivité qui l'imité et est imitée. J'ai, en outre, tendance à croire qu'entre le niveau du droit en action et celui du droit comme l'homme le pense ("Dis-moi ..."¹⁴) ou encore ses fondements profonds au niveau du mythe, se situent un nombre variable de paliers dans la démarche anthropologique qui suffisent à mon bonheur et, surtout, satisfont le sens aigu que j'ai de mon incompetence¹⁵; je ne suis pas Michel Alliot et n'apparaîtrai sans doute jamais que comme un dilettante face à un maître. À supposer d'ailleurs que me vienne l'idée folle de me comparer à lui, j'aurais, au moins, la consolation de le rejoindre dans le rejet des universaux explicatifs¹⁶. Je souscris sans réserve à son jugement selon lequel "on ne peut nier l'ampleur des vues que le marxisme, le structuralisme ou le jusnaturalisme [et, me permettrais-je d'ajouter, bien d'autres "jeux de l'esprit"¹⁷ dont la dénomination se termine,

¹⁰ *Idem*, p. 382.

¹¹ London, Routledge & Kegan Paul, 1951.

¹² Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1967.

¹³ Très vite je me suis aperçu, grâce à lui et comme Michel, de la vanité de penser le droit, comme on me l'avait appris pendant cinq ans, exclusivement en termes de "règles"; d'où cette référence à des "mécanismes", terme dont l'utilisation est, pour moi et a posteriori, révélateur de ma démarche; j'y reviendrai.

¹⁴ "La Méditerranée", à la p. 31.

¹⁵ Ce que j'ai appelé "appréhender, transmettre et comparer" dans mon *Anthropologie juridique*, précitée.

¹⁶ Encore que je préfère parler de "clefs" et que, sans doute, je devrais dire de "passe-partout", puisque leur ambition est de nous permettre de **tout** expliquer dans le comportement des hommes quels qu'ils soient et quels que soient le temps et le lieu dans lequel ils vivent.

¹⁷ Pour reprendre la description du structuralisme selon Luc de Heusch dans un entretien avec P. Demaret publié

elle aussi, en -isme] présentent de la société en général et du droit en particulier”¹⁸. Mais je ne suis pas prêt, pour autant, à les remplacer par le “mythisme”.

dans *Current Anthropology*, 34, 1993, pp. 289-298.

¹⁸ “Anthropologie et juridique”, p. 30.

En outre, si j'inscris les droits auxquels nous nous intéressons l'un et l'autre dans les systèmes "coutumiers", c'est toujours dans une perspective comparative fondée sur les modes de production du droit et attribuant à l'une ou l'autre source une place prépondérante dans un système qui contient également d'autres sources. Je ne pense pas qu'il existe de systèmes juridiques caractérisés par le monopole d'une source; Hoebel l'a parfaitement montré dans le chapitre de son ouvrage qu'il a consacré aux Indiens des Plaines. Sans doute vivent-ils dans une société que lui, comme moi, appelons volontiers coutumière; mais ils n'ignorent pas pour autant¹ la jurisprudence ou la loi, sans oublier la doctrine. Sans doute ne distinguent-ils pas entre les producteurs ou entre les sources du droit. Mais qu'importe. Si, comme je l'ai proposé, l'anthropologie juridique est la science de la coutume, elle n'exclut pas pour autant l'existence d'autres sources du droit et donc leur appréhension, leur transfert et leur comparaison, sans oublier leur compréhension.

Pour Michel Alliot, le droit semble être une évidence, voire l'un de ces universaux qu'il rejette si clairement par ailleurs : "aucune société n'ignore les régulations de type juridique"². De ce droit, il a certes une vision claire et tout à fait classique en ce qui concerne "nos" sociétés, celles dites occidentales contemporaines³. Cette personnalisation implique que le droit est différent dans d'autres qu'il qualifie de manière tout aussi classique dans le langage de son temps: elles sont "coutumières", "traditionnelles" ou encore "primitives", ce qui, je l'avoue, me chagrine un peu⁴. Je me console en constatant que dès 1984, en ce qui concerne l'Afrique, il se rallie à la terminologie que j'avais proposée et fait adopter un an plus tôt⁵ en acceptant de traiter des droits

¹ Avec, bien entendu toutes les nuances de rigueur et un élargissement considérable par rapport à ces notions telles qu'elles existent en droit français.

² "L'évolution de la notion de droit en Afrique", *Dynamiques et finalités des droits africains*, pp. 1-48, Paris, Economica, 1980, à la p. 2. Cité, ci-après, "L'évolution".

³ "Nos sociétés qualifient de juridiques les actes et les rapports qu'elles régulent lorsque cette régulation s'exprime dans des prescriptions qui en fixent au moins les limites, qu'elle est susceptible de faire appel à la décision d'un tiers et que cette décision peut être exercée par la coercition physique". *Ibidem*, note 2. Il admet que l'ensemble de ces conditions n'est pas toujours réuni, mais se résout à utiliser le mot Droit même en ce cas.

⁴ J'avoue n'être pas convaincu par la justification qu'il donne de l'usage de ce dernier terme dans "L'évolution", p. 5.

⁵ Voir mes *Systèmes juridiques africains*, Paris, Dalloz, 1983.

originellement africains⁶.

Dans “Anthropologie et juridique”⁷, il écrit que son analyse du phénomène juridique dans son universalité “conduit à une définition [le mot est lâché] extensive du phénomène juridique”⁸ en qui il voit l’origine du droit. La distinction, à supposer qu’on l’admette, nous renvoie donc à la définition du juridique, c’est-à-dire, si j’en crois Paul Robert, “ce qui a rapport au droit”; la boucle tautologique est ainsi bouclée, mais qu’importe. Notre ami va progresser en deux temps, à sept ans d’intervalle. D’abord dans “Genèse et permanence” : “J’identifie le droit avec le contrôle social d’actes ressentis comme susceptibles de mettre en péril la vie du groupe”. Ensuite dans “Anthropologie et juridique”. Le droit serait alors “le couple indissociable constitué par les pratiques et consensus d’une société dans les domaines qu’elle considère comme vitaux”⁹. Et Michel poursuit, très justement : “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”. Nous y voilà. D’autant plus qu’il établit, à l’occasion de son deuxième essai, un concept¹⁰ qui, sans viser uniquement “le droit des cours et manuels de droit français ... ne l’ignore pas non plus.”¹¹ Telle est bien mon ambition, même si j’ai manifesté, précédemment, le souci de très prudemment qualifier l’exercice auquel je me livre, puisqu’aussi bien je ne me sens pas investi de l’assurance qui est celle de notre ami.

La définition -- puisqu’il faut l’appeler par son nom malgré toutes les réserves que l’on peut formuler à son égard¹² -- de Michel Alliot tient donc dans cinq éléments : une volonté de contrôle, une intervention de la société en tant que telle, des pratiques, un consensus au sujet de ces

⁶ “La coutume dans les droits originellement africains”, *La coutume*, vol. 51 des Recueils de la Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions, Bruxelles, De Boeck Université, 1990, pp. 99-116.

⁷ Précité.

⁸ *Idem*, p. 85.

⁹ Cette définition est recomposée par moi au départ des éléments apparaissant à la p. 85, précitée.

¹⁰ “Représentation mentale générale et abstraite d’un objet”, toujours au sens de Paul Robert.

¹¹ “Anthropologie et juridique”, p. 88.

¹² Je n’insisterai jamais assez sur les limites que je mets à l’usage du terme.

pratiques et un domaine particulier dans lequel les unes comme l'autre se manifestent : les intérêts vitaux de la société en cause. Au sujet de deux d'entre eux, notre accord est presque complet. En ce qui concerne les trois autres nos chemins se séparent. Commençons par le plus aisé : nos points de convergence.

Le premier concerne le rôle de la société en tant que telle dans le phénomène juridique¹³. Sans qu'il soit besoin d'une institutionnalisation particulière des acteurs participant au processus juridique, celui-ci revêt une importance telle que la société en tant qu'entité distincte de la somme de ses membres, éprouve le besoin de s'en soucier. Comme Michel, j'ai commencé par rencontrer Rome et la maxime "*De minimis non curat praetor*". Je l'ai retrouvée chez les Zande, au tout début de ma carrière, dans un jugement déjà maintes fois raconté ou cité. L'épouse d'un mariage polygyne était venue se plaindre devant le chef de village de ce qu'après avoir sacrifié au devoir conjugal, son mari la renvoyait immédiatement dans sa case sans prolonger leurs ébats de manière particulièrement tendre. Le chef, mais aussi tous les habitants présents à ce déballage de secrets d'alcôve, lui répondit, fort du consensus de l'auditoire, que certes son mari n'était pas le meilleur des hommes et que son comportement n'était pas à encourager au plan de l'harmonie conjugale. Mais que d'autre part, s'il y avait peut-être là de quoi fouetter un chat, il n'y avait en tout cas pas matière à porter le litige devant lui. "*De minimis ...*"

Le droit occupe ainsi une place privilégiée dans l'organisation de l'exercice du pouvoir; je dirais qu'il est le pouvoir social par excellence. Sans doute ne le cède-t-il qu'au sacré avec lequel il tend parfois, erronément selon moi, à être confondu¹⁴, même si le sacré le sous-tend parfois. Le droit se reconnaîtrait donc au fait que des structures de pouvoir, quel que soit le niveau auquel elles opèrent -- État, ethnie, clan, lignage, association, corporation, groupement plus ou moins organisé -- et quels qu'en soient la nature, l'étendue ou le degré d'institutionnalisation,

¹³ Je pourrais dire la société "organisée", mais je crains que certains y voient une référence à une institutionnalisation trop poussée trahissant l'eurocentrisme "déguisé" de mon propos. .

¹⁴ Donnons, comme Giraudoux, la parole au poète grec, retournant ainsi aux origines des travaux scientifiques de notre ami : "Oui, car ce n'est pas Zeus qui a promulgué pour moi cette défense, et Dikè, celle qui habite avec les dieux souterrains, n'a pas établi de telles lois parmi les hommes; je ne croyais pas non plus que ton édit eût assez de force pour donner à un être mortel le pouvoir d'enfreindre les décrets divins, qui n'ont jamais été écrits et qui sont immuables". (Sophocle, *Antigone*, lignes 450-456, trad. P. Masqueray, Collection des Universités de France, Paris, Les belles lettres, 1946, vol. I, p. 93-94.

interviennent, d'une manière infiniment variable, au stade ultime de la mise en oeuvre d'un processus. Le droit met en jeu la société en tant que corps constitué en tant que détentrice d'un pouvoir. Est-ce à dire, pour autant, qu'elle n'exerce celui-ci que lorsque ses intérêts vitaux sont menacés ? Intuitivement, je ne le pense pas. Mais peut-être faudrait-il procéder à un examen systématique de tous les cas d'intervention (et de refus d'intervention) d'une société particulière pour déterminer s'ils se rattachent ou non à un besoin vital. Le critère proposé par Michel me paraît, à tout le moins, rendre le départage plus difficile à opérer que celui que je propose et qui relève de l'observation directe des mécanismes sociaux.

À ce propos, afin d'être parfaitement clair, un double caveat est indispensable.

Le premier tient à la notion même de société, "état particulier à certains êtres, qui vivent en groupes plus ou moins nombreux et organisés"¹⁵. Nous considérons fréquemment, en tant que juristes la société qu'au seul niveau de l'État¹⁶, celui que nous appelons parfois, depuis que nous avons conscience qu'il peut en exister d'autres, de la société "globale". Or, un apport majeur de l'anthropologie du dernier demi-siècle a été la mise en lumière des sociétés acéphaliques¹⁷. Parmi celles-ci figurent les Tiv du Nigeria et les Nuer du Soudan, qui n'ont sans doute en commun que leur acéphalisme. En effet, dans l'une comme dans l'autre de ces sociétés globales, il n'existe aucune autorité disposant d'un pouvoir de contrainte à ce niveau global. E.E. Evans-Pritchard, spécialiste des Nuer, a cru pouvoir en déduire qu'à strictement parler ceux-ci n'avaient pas de droit¹⁸. Il a, à la fois, raison et tort. Si, en effet, chez les Nuer comme chez les Tiv, il n'existe pas d'organisation de la contrainte au niveau global, celle-ci existe bien à un nouveau plus réduit, celui du lignage ou du segment de lignage. Quant aux processus opérant à ces niveaux, ils se caractérisent par l'exercice d'un pouvoir qui s'applique au niveau de chacune des multiples sociétés particulières constituant la société globale. L'essentiel en la cause est de le chercher là où il est et non pas là où nous imaginons, au départ de l'idée que nous nous en faisons, qu'il doit

¹⁵ Toujours selon Paul Robert.

¹⁶ Encore que, récemment, se soit introduite, sans doute suite au phénomène de rejet de l'État oppresseur, la notion, inconnue de notre jeunesse, de "société civile".

¹⁷ Voir, notamment, Middleton J. et Tait D. (dir.), *Tribes without Rulers*, London, Routledge & Kegan Paul, 1958.

¹⁸ *Les Nuer*, Paris, Gallimard, 1968.

se trouver.

Le second caveat tient au constat de la multiplicité des processus d'exercice du pouvoir existant dans chaque société. Certains sont fort proches du droit sans pour autant se confondre avec lui. Nombreux sont ceux qui sont d'ailleurs plus efficace que lui et qui, éventuellement, en limitent singulièrement le besoin. On en trouve un excellent exemple, cité par Michel Alliot¹⁹, dans la théorie chinoise de la primauté à donner à l'éducation. Comme me l'apprenait déjà René Dekkers, il y aura bientôt cinquante ans : "Quand les marches de l'école sont usées et quand l'herbe pousse au tribunal, le pays est en bonne santé". A contrario, le jour où les multiples champs sociétaux, dont l'individu est membre, perdent de leur pouvoir de contrainte à son égard, il ne reste plus qu'à l'État à essayer d'intervenir, le plus souvent de manière bureaucratique, surabondante, anarchique, peu innovante et, tous comptes faits, peu efficace. L'exemple de l'empire romain tardif et de la production juridique qui le caractérise est là pour le montrer. Je ne m'aventurerai pas en des temps plus récents.

Le droit n'en demeure pas moins un fait social, à moins d'invoquer un ordre supérieur ou inférieur à celui de la société. C'est sans doute -- que le lecteur me pardonne d'ainsi m'égarer dans un jardin secret²⁰ -- ce qui réunit et distingue à la fois l'Antigone de Sophocle de celle d'Anouilh. Dans le dialogue avec Créon - coeur de la pièce - alors que la première, nous l'avons vu, en appelle aux lois et décrets des dieux par dessus le droit des hommes, la seconde, sommée de désigner ceux pour lesquels elle accomplit son geste, répond : "Pour personne. Pour moi.". Si elle revendique ainsi bien haut, le pouvoir de l'individu, en tant qu'être humain, dégagé de toute sujétion par rapport aux dieux et aux hommes, de revendiquer la responsabilité de ses actes, elle ne s'en situe pas moins, comme sa soeur grecque, en dehors de la cité, incarnation de la société. Autres temps, autres hommes, autres lieux, autres poètes.

Notre second point de convergence concerne la nature du droit : davantage que règles, il est processus. Personnellement, j'utilise le terme, adopté dès 1971, de mécanismes²¹. Sans doute, le

¹⁹ Qui en souligne très justement le niveau d'exigence dans "Anthropologie et juridique", pp. 93-94.

²⁰ Mais ne suis-je pas occupé à parler à un ami, comme au temps, insouciant, du Quai Alphonse Le Gallo ?

²¹ Michel utilise occasionnellement le terme, notamment dans "Genèse et permanence des traditions juridiques", Pré-

terme processus, qui a trouvé sa consécration dans les travaux de l'une des nombreuses écoles d'anthropologie juridique américaines²² convient-il mieux. Toutefois, si je me réfère, comme d'habitude, à Paul Robert, le processus serait un "ensemble de phénomènes conçu comme actif et organisé dans le temps" et le mécanisme une "combinaison, agencement de pièces, d'organes, montés en vue d'un fonctionnement d'ensemble". L'une formulation relève sans doute davantage d'une lecture "sociale" du droit que l'autre, mais, pour moi, elles sont équivalentes; la mienne est sans doute le fruit d'une lourde hérédité : je l'ai dit, mon père était ingénieur civil²³.

Ayant ainsi emboîté le pas à mon ami au départ du chemin, je vais maintenant devoir m'en séparer, puisqu'aussi bien j'ai écarté trois des caractères constitutifs à ses yeux de la juridicité : d'abord l'impératif des besoins vitaux, ensuite le consensus et enfin -- et c'est sans doute le point le plus sérieux -- le contrôle social.. Que puis-je y substituer dans notre quête commune d'un terrain d'exploration permettant éventuellement à la comparaison de s'effectuer ? Sans doute rien de bien neuf après que tant d'autres, plus qualifiés que moi, se soient penchés sur le problème. Mais qu'importe l'absence d'originalité. Ceci n'est pas une thèse ("contribution originale au développement de la connaissance"), mais bien un hommage à un fécondateur de cerveaux, même si l'hommage est modeste et le fruit de la fécondation bien sec et indigne du semeur. C'est aussi le reflet de contradictions et de perplexités rencontrées au cours d'un long cheminement et que je risque d'emporter un jour avec moi sans les avoir résolues ou élucidées. Mais qu'importe.

Commençons par l'exigence que les besoins vitaux de la société soient en jeu pour qu'existe le droit.

Pareille exigence introduit une hiérarchie parmi tous les besoins qui peuvent être ceux d'une société : certains seraient considérés comme vitaux et d'autres n'auraient pas la même importance. À cette distinction, j'ai pu paraître prêt, en un premier temps, à adhérer. Ne l'ai-je pas fait, implicitement, dans le dernier chapitre de mon *Anthropologie juridique*, au niveau de

colloque tenu à Munich (28-29 mai 1976) par l'Institut für Anthropologie, non publié, p. 10. Cité, ci-après, "Genèse et permanence".

²² L'un des témoignages les plus marquants en est l'ouvrage de S.F. Moore, *Law as Process : an Anthropological Approach*, London, Routledge & Kegan Paul, 1978.

²³ Il avait coutume de dire lorsque je lui en faisais reproche : "on n'est jamais trop prudent dans le choix de ses parents".

l'explication, lorsque j'ai mis en lumière, en ce qui concerne certaines sociétés, ce que j'ai appelé l'impératif de la survie, qui entraîne l'impératif du maintien de l'intégrité du tissu social, qui entraîne la primauté du consensus sur les solutions données aux éventuels conflits sociaux ? Cet élément d'une définition ne me satisfait cependant pas entièrement. S'il s'applique en effet parfaitement à diverses sociétés, en apparence très différentes, comme les Inuit de l'Arctique et les San du Kalahari, nombre de sociétés auxquelles s'intéressent les anthropologues possèdent, même si leur économie est demeurée au niveau de la subsistance, un droit sans que puisse nécessairement s'établir un lien entre l'existence de celui-ci et leurs intérêts vitaux. En outre, on pourrait raisonnablement s'interroger sur la pertinence de pareil élément en tant que constitutif d'une définition du droit dans les sociétés dites occidentales, c'est-à-dire européennes contemporaines, le droit des manuels, comme l'appelle fort justement Michel Alliot.

Même si nous le suivons lorsqu'il développe son propos en précisant que c'est "la vision qu'elle [la société] a du monde et d'elle-même qui définit pour elle les limites de la juridicité"²⁴, je ne suis pas convaincu. En quoi un mythe fondateur de l'Occident, comme la faute originelle, définit-il ces limites dans les sociétés occidentales contemporaines. Si on le retrouve, aussi bien dans le domaine civil que dans le domaine pénal, lorsque l'un comme l'autre mettent l'accent sur la faute en tant qu'élément constitutif de la responsabilité ou de l'imputabilité, le droit ne se ramène pas à ces matières. En outre, l'individu ne s'expose-t-il à la contrainte juridique, en tant que distincte des autres contraintes sociales qui pèsent sur son comportement, qu'en cas de faute. Et inversement, le mythe ne sous-tend-t-il pas une contrainte dans nombre de situations qui, à l'évidence, échappent au droit ? Tout en étant parfaitement convaincu de l'importance fondamentale des mythes développés par chaque société dans la construction de son ordre interne et tout en ayant pu constater, soit directement sur le terrain, soit indirectement à travers la littérature, son inexistence dans nombre de sociétés africaines, amérindiennes ou asiatiques²⁵, je n'en considère pas pour autant que le mythe définisse "les limites de la juridicité". Cela me paraît céder au "mythisme", nouveau passe-partout se substituant aux autres -ismes pour nous permettre d'ouvrir la porte de la compréhension de l'Autre. En conclusion, je considérerais qu'il suffit que

²⁴ "L'anthropologie juridique et le droit des manuels", *Bulletin de liaison du LAJP*, no 6, 1983, pp. 181-198.

²⁵ De même, Michel Alliot, dans "Hâtives réflexions sur l'avant-projet de symposium "Le droit de punir", *Bulletin de liaison du LAJP*, no 2, 1980, pp. 69-73., à la p. 72.

la société estime devoir intervenir pour que ce critère soit satisfait; c'est elle, et elle seule, qui définit ce qui est juridique.

Vient ensuite, en poursuivant ce retour sur nos pas dans la pensée de Michel Alliot, le consensus. Ici, comme dans le cas précédent, je me sens à la fois très proche et très loin de lui. Très proche, en ce sens que le consensus est de l'essence même de la coutume et que je n'ai pas craint d'écrire que l'anthropologie juridique était la science de la coutume. Mais j'ai également précisé, il y a un instant, que les sociétés qui avaient, pour mode dominant de production du droit, la coutume n'en connaissaient pas moins d'autres sources de droit que ce soit le commandement du chef, la décision des juges ou le savoir du sachant²⁶. Privilégier de manière absolue le consensus a en outre l'inconvénient de dénier tout caractère juridique aux régimes de domination subsistant essentiellement par la seule force du fusil. C'est nier également l'existence de groupes (je ne dis pas de classes, résistant à la tentation dans laquelle a succombé un autre -isme) dominants (par exemple, les vieux, les riches, les croyants ou ... les hommes) et de groupes dominés (par exemple, les jeunes, les pauvres, les athées ou ... les femmes); que signifie en effet le consensus des dominés (je n'écris pas les damnés, pour ne pas ...) de la terre ? Ceci dit, vive les sociétés dans lesquelles le droit se développe sur le plus large consensus possible des populations qu'il régit; ce sont sans doute les seules dans lesquelles il se confond tellement bien avec les processus juridiques qu'ils en deviennent ... coutumiers !

Reste enfin le contrôle social. Que le droit vise, dans certains cas à contrôler (j'ai parfois utilisé canaliser, qui me paraît moins direct et contraignant, mais qui, tous comptes faits, revient sans doute au même) le comportement des individus vivant en société, est difficile à nier. Il n'est pas seul à le faire et le nombre des contrôles de notre comportement avec lesquels nous "faisons" sans nous en rendre compte est considérable. Pour se limiter à nos sociétés, qu'il s'agisse de la contrainte que nous imposent la division du temps, les règles de la grammaire et de l'orthographe, les "propositions" de la mode, les pressions du "politiquement correct", voire les "consignes" (le mot est de lui) d'Étienne Le Roy (30 000 signes; times 14, 12 ou 10 selon la nature du texte; pas

²⁶ Je ne puis que renvoyer ceux que ces termes intrigueraient à l'ébauche d'une théorie des sources du droit évoquée dans ma "Contribution en forme de mas caret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, 69-84.

de tabulation, etc.), en bref, d'innombrables choses de la vie, tout simplement, "se font ou ne se font pas". Le droit n'est dans cet écheveau qui nous enserre que la pointe de l'iceberg et, finalement, un accessoire plus ou moins fréquenté ou utilisé selon les temps et les lieux²⁷.

²⁷ De même, Michel Alliot, notamment dans "Genèse et permanence", pp. 2-3. Quoi qu'il en soit, heureusement que le droit existe, car, autrement, à quoi serions-nous bon ?

Cependant, la lecture récente d'un article de B.Z. Tamanaha¹ m'a convaincu de l'inapplicabilité de ce critère à de nombreux aspects du droit tel qu'il se manifeste, particulièrement dans nos sociétés, bien que je me sépare nettement de l'essentiel de ses conclusions. Il m'a remis en mémoire mes vingt-cinq ans d'enseignement en première année à l'Université libre de Bruxelles et plus particulièrement celles pendant lesquelles j'avais fait du pouvoir le fondement même de mes enseignements d'histoire du droit et des institutions. Bien davantage que le contrôle social, le droit n'est-il pas en effet le pouvoir socialement² organisé, en ce compris celui de pouvoir contrôler l'autre. À ce moment, les intérêts vitaux s'effacent et le mythe lui-même -- dont nous devons admettre qu'il n'est qu'une création de l'homme expliquant ou justifiant des faits qu'il perçoit d'une certaine façon -- cède le pas à la volonté de puissance, autre mythe auquel je ne souscrirai pas davantage qu'aux autres.

Qui dit pouvoir, dit aussi contrainte. Mais pas nécessairement, comme l'écrivait Hoebel, "des dents qui savent mordre"³, ce qui semblerait limiter la contrainte à une menace à l'intégrité physique de l'individu⁴. Depuis la publication du *Law of Primitive Man*, nous avons pleinement réalisé, grâce aux travaux de nombre d'anthropologues⁵ s'étant intéressés au droit, que la contrainte ne s'exerçait pas exclusivement sur le corps. L'essentiel n'est pas la sanction, mais l'intervention de la société en tant que telle dans la mise en oeuvre de la contrainte, avec, entre autres, ce résultat que si cette mise en oeuvre a pour effet un dommage pour celui auquel elle s'applique, celui-ci ne sera pas fondé à en réclamer réparation. L'intervention du corps social constitué "légitimise" la contrainte, la fait entrer dans le champ du droit.

Nous voilà, à travers la conviction de la multiplicité des droits, revenus au droit dans sa singularité. Celui-ci serait identifiable dès que nous rencontrons des mécanismes de contrainte

¹ "An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law", Oxford Journal of Legal Studies, vol. 15, 1995, pp. 501-535.

² Au sens où j'ai défini précédemment le rôle fondamental de la société dans la caractérisation du droit.

³ "Teeth that can bite". Cité, p. ???.

⁴ Limitation que Michel Alliot qualifie, fort pertinemment d'"illusion occidentale" ("Genèse et permanence", p. 1).

⁵ Sans vouloir en froisser aucun, je serais tenté de conférer un rôle de pionnier en la matière à Paul Bohannon dans son *Justice and Judgment among the Tiv*, London, Oxford University Press, 1969.

mis en oeuvre par la société elle-même afin d'exercer sur ses membres un pouvoir qu'elle s'attribue. Dans cette perspective, comme le dit si bien Michel Alliot : "Il n'y a pas d'opposition de nature entre les droits européens et les droits traditionnels d'autres continents. Ceux qui ont opposé mentalité logique et mentalité pré-logique, droit et pré-droit, ou plus récemment sociétés chaudes et sociétés froides, ont été victimes d'une illusion d'optique"⁶. Et me voilà ainsi parvenu, au terme de ce cheminement très bref et peu nuancé dans sa brièveté, au bas de la pente savonneuse de ma définition -- pour ce que le mot veut dire -- du droit. Est-elle opérationnelle ? Seule la confrontation aux faits de la vie en société permettra de le dire. Car, en définitive, ce sont eux qui sont à l'origine des définitions et non le contraire. Une chose est à mes yeux certaines : grâce soit rendue à Michel Alliot de m'avoir fourni cette occasion de le suivre; s'il était à refaire ce chemin, à ses côtés je le referais volontiers.

Cap de Shediak, le 15 février 1998

⁶"Les transferts de droit ou la double illusion", *Bulletin de liaison du LAJP*, no 5, 1983, pp. 122-131, p. 125.