
Bricolages anthropologiques pour promouvoir, en Afrique et ailleurs, un dialogue entre univers juridiques

Étienne Le Roy*

Anthropologue et juriste, l'auteur confronte et conjugue différentes logiques, non seulement les traditions différentes comme le droit civil et la common law dans l'espace juridique canadien, mais aussi des univers juridiques réputés chacun comme formant un tout, clos et autosuffisant, prenant l'exemple plus particulier de l'Afrique.

Ayant recours dans un premier temps à l'exigence d'homéomorphisme, l'auteur explique dans une démarche de comparaison et de traduction la difficulté à passer d'un univers qui repose sur une représentation plurale du monde à l'univers occidental d'origine judéo-chrétienne qui repose sur le monisme. Ensuite, il adopte une approche qui conçoit le pluriel des expériences africaines dans le singulier du droit occidental, perspective qui pose l'hypothèse d'ouvrir la théorie en usant de catégories interculturelles, chaque culture s'ouvrant aux autres pour dialoguer, donc partager son expérience de la juridicité. Ces objectifs de dialogue juridique s'inscrivent dans le contexte de la mondialisation du droit, qui ne doit désormais plus reposer sur l'imposition d'un ordre juridique. L'auteur insiste sur le fait que pour qu'il existe un «droit commun» mondial, il faut que ses fondements soient partagés hors des traditions qui lui ont donné naissance.

As both anthropologist and jurist, the author confronts and combines different disciplines. In so doing, not only does the author address the civil law and common law traditions within Canada but also legal worlds reputed to be forming a whole, closed and self-sufficient, taking Africa as an example.

By first addressing the constraints of homeomorphism, the author appeals to the approach of comparison and translation to explain the difficulty of leaving a pluralistic world for a Judeo-Christian Western world that relies on monism. He then adopts another approach, one that views the plurality of African experiences within the singularity of Western law—a perspective that requires opening the theory by using intercultural categories, each culture opening up to the other in a dialogue about juridicity. The objective of legal dialogue falls within the ambit of legal globalization, which must no longer rely on the imposition of a single legal order. The author insists that for a worldwide “common law” to exist, its formulations must be shared yet outside of the traditions from which it arose.

* Professeur d'anthropologie du droit, directeur du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, directeur du DEA d'études africaines, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

© Étienne Le Roy 2005

Mode de référence : (2005) 50 R.D. McGill 951

To be cited as: (2005) 50 McGill L.J. 951

Prolégomènes	953
I. L'anthropologue et les aléas de l'homéomorphisme	957
II. La question de l'État «traditionnel»	958
III. Le juriste et le recours à l'analogie : ouvrir le droit occidental à l'altérité	962
Que retenir en conclusion de ces analyses ?	965

Prolégomènes

Pour contribuer à ce numéro sur «les approches pluralistes et multi-systémiques du droit», j'ai été amené à revisiter mon parcours scientifique sur une quarantaine d'années et à faire, à partir d'un titre déjà trop long, des choix cruciaux¹.

Le premier, et le plus déterminant ici, est de proposer des exemples africains pour illustrer, et c'est un deuxième choix, ce que je dénomme des «bricolages», entendant par là, selon le *Robert*, «un travail dont la technique est improvisée, adaptée aux matériaux, aux circonstances»². Ces bricolages sont dits anthropologiques non point parce qu'ils contiennent quelque exotisme, mais en raison de leur prétention à la généralité et donc de leur applicabilité hors des circonstances de temps et d'espaces où ils nous ont été suggérés. Enfin, le dernier choix, celui qui nécessitera le plus d'attention, est de recourir à la notion de «dialogie», d'origine grecque. Le terme est construit à partir du préfixe *dia*, qui signifie «ce qui traverse» ou «ce qui fait se rencontrer», et *logos*, qui n'est pas seulement la «parole» ou le «discours» mais aussi la logique, la rationalisation.

Mon propos est ainsi de faire se rencontrer des logiques différentes et d'apprendre à les conjuguer. Pour ce faire, j'ai mobilisé particulièrement deux termes, homéomorphisme et analogie, qui seront précisés plus loin et qui ont été, durant ces années, la part de l'outillage conceptuel que j'ai mobilisée, en anthropologue du droit, pour tenter de répondre à l'impossible défi, traduire sans trahir. Il s'agit en effet de confronter non seulement des traditions différentes, comme le droit civil et la common law dans l'espace juridique canadien, mais des univers juridiques réputés chacun comme formant un tout³, clos et auto-suffisant.

Ces choix sont cruciaux parce que les difficultés à résoudre ne le sont pas moins. Parler de l'Afrique est aussi malaisé dans les milieux académiques canadiens que français. Quelle est, chez le lecteur de ce numéro spécial qui tente d'explorer des voies peu fréquentées, la part de connaissances, de présupposés, de stéréotypes, de préjugés, donc d'ethnocentrisme ? À quel niveau situer la barre pour n'être ni trop simple ni abscons ?

Parler ensuite d'univers (au pluriel) pour traiter des expériences juridiques des Africains est, au moins, aborder quatre nouvelles difficultés. C'est d'abord supposer que les différences sont plus importantes que les ressemblances, que la communication entre ces univers peut être fragile ou rompue et, pour oser une métaphore cinématographique, que nous risquons quelque «odyssée dans l'espace»

¹ Bien qu'il paraisse prétentieux de s'auto-référencer, la nature de l'exercice et les contraintes de place m'obligeront à renvoyer le lecteur à certains de mes travaux plus détaillés.

² *Le nouveau petit Robert*, 1993, s.v. «bricolage» [*Petit Robert*].

³ Anthropologiquement, la référence qui s'impose ici est Louis Dumont, *Essais sur l'individualisme : une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 1983, où l'auteur différencie l'*universitas* comme tout organique de la *societas* comme groupement d'individus.

de l'argumentation. C'est aussi, deuxièmement, mettre au pluriel ce que notre tradition juridique, qu'elle soit de common law ou civiliste, conjugue au singulier. C'est affirmer le multijuridisme⁴ là où le monisme juridique va prévaloir «naturellement», donc culturellement et sans recul critique nécessaire. C'est ensuite, troisièmement, présupposer qu'on peut inscrire ces expériences dans une même catégorie, «les droits» africains, ce que nous appelons «droit» s'appliquant aux autres civilisations et ces autres civilisations se retrouvant dans ce que nous appelons «le droit», ce qui, malheureusement pour la clarté du propos, n'est pas le cas. Enfin et quatrièmement, les expériences de plusieurs milliers de sociétés, dans la diversité des écologies et des histoires, l'ancienneté des phénomènes d'«anthropisation», l'impact divers des traites négrières et les effets délétères des colonisations peuvent-elles avoir pour dénominateur commun un critère géographique : leur appartenance commune au continent africain ? Ici, au moins deux mots d'ordre, que j'emprunte au titre de l'ouvrage que les disciples de Georges Balandier ont dédié à leur maître, conduiront mon analyse : «Afrique plurielle, Afrique actuelle»⁵. Foin des archaïsmes, c'est l'ici et le maintenant que nous devons considérer comme résultant d'une très longue histoire.

En outre, de quel type d'expériences des Africains doit-on parler ? De l'expérience de nos homologues universitaires que nous avons formés — donc déformés — pour qu'ils soient les missionnaires du «bon droit» (comme jadis on parlait de la «vraie religion») ? La science du droit qu'ils produisent est la nôtre. Au mieux, c'est une sorte de pidgin juridique qu'on découvre dans les très rares publications qui s'intéressent encore à «la vie du droit en Afrique»⁶. Sur une base fondamentalement occidentale, dans la langue de l'ancien colonisateur, on y introduit quelques annotations sur les applications locales de la science pure du droit, comme autant de variations musicales sur un thème imposé. Le jugement est sévère, mais c'est la quasi-totalité du droit au quotidien qui est ainsi ignorée, méprisée et abandonnée, renforçant la dépendance de l'Afrique à l'égard de l'extérieur. Préférer le droit-qui-se-fait au droit des manuels⁷, le droit pratiqué à l'herméneutique juridique, peut paraître peu crédible en dérogeant aux démarches du «vrai» juriste. Adopter aussi une posture qui, en critiquant l'occidentalisation de la vie juridique, dévoile les limites et les contradictions du «droit civil à la française» peut être

⁴ Voir Étienne Le Roy, «L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité» dans Andrée Lajoie et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998 à la p. 29.

⁵ Pierre Bonnafé et al., *Afrique plurielle, Afrique actuelle : hommage à Georges Balandier*, Paris, Karthala, 1986.

⁶ Cette expression avait été retenue comme le titre de la collection que dirigeait Gérard Conac aux éditions Economica. Comme bien d'autres vestiges de ce qui fut une grande tradition africaniste en France, cette collection pourtant peu suspecte d'hétérodoxie a disparu avec le départ à la retraite de son directeur.

⁷ Voir Michel Alliot, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, 2003.

considéré comme une trahison de la part d'un universitaire parisien, au moment où on fête avec majesté le bicentenaire du Code Napoléon⁸.

Enfin, adopter le langage et les points de vue anthropologiques pourrait paraître relever de l'imposture. Quelle légitimité un anthropologue peut-il avoir pour, selon les termes de l'appel à contribution de ce numéro, non seulement comparer les traditions juridiques mais identifier et évaluer «les normes, principes et points communs qui les sous-tendent»? «Comparaison n'est pas raison», ai-je pu écrire, citant ce vieux proverbe en commentant l'œuvre d'un des plus grands comparatistes africanistes, Rodolfo Sacco⁹. On ne peut comparer qu'avec prudence et selon des protocoles précis des expériences qui se situent selon des présupposés fondamentalement divergents. Notre conception du droit est fondée sur une philosophie idéaliste alors que celle des «traditionnistes africains» (comme on dit parfois pour lever le préjugé associé au traditionalisme) est réaliste¹⁰. Les trois attributs de cette philosophie idéaliste, soit l'abstraction de la norme, l'ahistoricisme du référent et la supposée neutralité des effets sociaux du corpus ainsi constitué, ont autorisé le développement d'une science du droit, du moins aux yeux de ceux qui la pratiquent. Rien de tel n'est possible dans une perspective réaliste, non en raison de quelque infirmité intellectuelle, mais parce que la constitution d'une science du droit suppose de penser ce droit comme une instance spécifique et originale, à la manière de l'économie ou de la religion¹¹. C'est reproduire une lecture qui privilégie cosmologiquement et depuis le livre de la Genèse que le monde (notre monde) a été créé par une instance extérieure, omnipotente et omnisciente, dénommée Yahvé ou Dieu. Et dès lors que l'État, la justice ou le droit ont été perçus comme ses avatars, ce sont bien les mêmes représentations qui associent le droit à un ordre imposé de l'extérieur et ne trouvant sa légitimité que dans son exogénèse. Cette lecture de la légitimité est difficilement concevable dans une interprétation «animiste» de la création du monde qui privilégie l'endogénèse, où tout vient de l'intérieur et obéit au principe de la différenciation progressive des instances multiples, spécialisées et interdépendantes, selon l'exigence de la complémentarité des différences. Dans cette endogénèse, chaque groupe fait son droit au quotidien, et laisser à autrui la possibilité de s'immiscer dans «sa» coutume est au moins une preuve de faiblesse, voire une marque de défiance à l'égard du monde invisible, celui des ancêtres en particulier, où «les morts ne sont pas morts». Ajoutons également, entre autres, que cette conception

⁸ Étienne Le Roy, «Le code civil au Sénégal ou le vertige d'Icare» dans Michel Doucet et Jacques Vanderlinden, dir., *La réception des systèmes juridiques : implantation et destins*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 291.

⁹ Étienne Le Roy, «Comparaison n'est pas raison : anthropologie juridique et droit comparé face aux traditions non européennes», *Scritti in onore de Rodolfo Sacco*, Milano, Giuffrè, 1994, 675.

¹⁰ Sur la distinction entre les philosophies spontanées du droit idéaliste et réaliste, voir Bruno Ribes et al., *Domination ou partage ? Développement endogène et transfert des connaissances*, Paris, UNESCO, 1980.

¹¹ Sur les limites de ces lectures modernes, voir Étienne Le Roy, *Le jeu des lois : une anthropologie «dynamique» du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999 aux pp. 32-34 [Le Roy, *Le jeu des lois*].

de la coutume n'est que partiellement juridique, que ses modes d'expression ne sont pas des normes générales et impersonnelles mais des modèles, de conduites et de comportements, et des habitus, et que le vocabulaire n'est pas spécialisé (ou ne l'est qu'exceptionnellement devant les juridictions). On a ainsi une mesure de la difficulté à concilier les «normes, principes et points communs» qui pourraient sous-tendre les expériences occidentales et africaines de ce que je préfère, dès lors, appeler la «juridicité» plutôt que «le droit».

Je pourrais être plus prolixe, mais la place est comptée et ces choix ont été assez détaillés dans d'autres publications pour que je puisse passer à l'illustration de mon expérience¹². Je vais la restituer en deux temps qui ne sont pas exactement chronologiques mais, si possible, pédagogiques.

Dans un premier temps, et en recourant à l'exigence d'homéomorphisme, j'expliquerai, dans une démarche de comparaison et de traduction, la difficulté à passer d'un univers qui repose sur une représentation plurale du monde à l'univers occidental d'origine judéo-chrétienne qui repose sur le monisme¹³. Dans un ouvrage récent¹⁴, j'ai illustré cette difficulté en recourant à des modèles formels auxquels je renverrai le lecteur, pour me contenter de la métaphore biblique qui rythme mon argumentaire : comment faire passer un chameau dans le chas d'une aiguille ?

Ensuite, et en usant de la figure de l'analogie que j'ai pratiquée dans mes enseignements de l'histoire des droits africains à l'université de Brazzaville en 1972 et en 1973, j'expliquerai comment j'ai tenté de penser le pluriel des expériences africaines dans le singulier du droit occidental, cette conception se trouvant ensuite systématisée durant les années 1980 dans ma relecture du pluralisme juridique¹⁵. Cette approche fait l'hypothèse d'ouvrir notre théorie, somme toute appauvrie au fil des siècles, de diverses potentialités selon l'exigence anthropologique qui est non de réintroduire la coutume de Paris dans le droit civil français mais d'user de catégories interculturelles. Il s'agissait donc, durant la décennie 1990, de l'enrichir, par une tentative de conceptualisation du multijuridisme, et dans une perspective qui rencontre les attentes du présent appel à contribution de la Revue pour ce numéro spécial, en vue de renouveler notre perception de la mondialisation du droit. À une approche diffusionniste implicite, je préfère une acculturation contrôlée où chaque culture s'ouvre aux autres pour dialoguer, donc partager son expérience de la juridicité dans ce qu'elle a de plus irréductible.

¹² Voir notamment Le Roy, *Le jeu des lois*, *ibid.*

¹³ Voir Gérard Timsit, *Archipel de la norme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

¹⁴ Voir Étienne Le Roy, *Les Africains et l'institution de la justice : entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz, 2004 [Le Roy, *Les Africains*].

¹⁵ Voir Étienne Le Roy, «Concepts recteurs et pratiques juridiques dans le droit local en zone arachidière nord (Sénégal)» dans *Recueil de textes du groupe de travail sur l'analogie*, vol. 5, Paris, CNRS-Conseil d'État, 1982 aux pp. 1-40.

I. L'anthropologue et les aléas de l'homéomorphisme

Tel monsieur Jourdain chez Molière qui faisait de la prose sans le savoir, j'ai pratiqué l'homéomorphisme durant une quinzaine d'années. C'est en 1982, lors d'une rencontre organisée à Namur en Belgique par la revue québécoise *Interculture* sur la thématique des droits de l'homme, que j'ai rencontré le philosophe Raimundo Panikkar. Dans une manière proche d'un gourou indien, il nous invitait à réfléchir à l'universalité des droits de l'homme à partir d'un texte publié par la revue *Diogène* et repris par *Interculture*¹⁶. Pour Panikkar, et je partage totalement ce point de vue, cette universalité était un requis et non un acquis. Pour répondre à cette requête d'universalité, il convenait selon lui d'interroger les autres traditions, ou «univers» au sens ci-dessus, pour découvrir les «équivalents homéomorphes» qui, dans chacun de ces traditions ou univers, proposent de contrôler l'absolutisme du pouvoir, solutions qui ont été ignorées ou sous-estimées. Conjugués avec ce que les Occidentaux appellent les «droits de l'homme», les équivalents homéomorphes pourraient fonder une culture de la paix, par le biais du dialogue interculturel. Or il m'est apparu lors de ce colloque que la difficulté tenait moins à la découverte de ces équivalents — souvent connus, parfois reconnus — qu'à la capacité de la société occidentale à accepter de dialoguer, et que la question la plus urgente à traiter tenait à l'homéomorphisme plutôt qu'aux équivalences¹⁷.

La démarche de l'anthropologue a au moins deux particularités interférant avec ce propos. Tout d'abord, il se donne pour mission de se projeter à l'intérieur du groupe, d'en partager les manières de dire, faire et penser et d'en parler à partir de ce «*topos*». Naturellement, en contrepoint, il sait et doit reconnaître les contraintes de la langue de communication scientifique, les pesanteurs de sa formation, son idéologie de classe ou de race, ses limites intellectuelles et psychologiques, voire affectives, bref tout ce qui conduit à l'ethnocentrisme. Ensuite, et c'est l'anthropologue Sally Falk Moore qui le rappelait¹⁸, trois matériaux sont privilégiés dans les observations sur le terrain : les représentations, les ressources et les relations, et surtout les relations entre les acteurs.

Deux conséquences en découlent. Premièrement, la démarche anthropologique inverse la position et la démarche classiques du juriste comparatiste, qui part de sa culture juridique pour interroger les autres traditions, tandis que l'anthropologue du droit doit (ou tente de) partir de la culture de l'autre pour interroger, entre autres par un effet de miroir par exemple¹⁹, sa propre culture juridique ou celle des traditions qui lui sont proches. Deuxièmement, privilégier les relations suppose une seconde

¹⁶ Raimundo Panikkar, «Les droits de l'homme sont-ils d'origine occidentale ?» (1982) 120 *Diogène* 87.

¹⁷ Voir mon commentaire sur le texte de Panikkar : Étienne Le Roy, «Le diable et les droits de l'homme» (1984) 17 *Interculture* 67.

¹⁸ Sally Falk Moore, *Law as Process : An Anthropological Approach*, London, Routledge & Kegan Paul, 1978.

¹⁹ Voir Alliot, *supra* note 7.

inversion de la démarche du juriste occidental, qui construit son raisonnement sur l'existence de normes et d'institutions comme objets scientifiques ou pratiques. Or cela n'est guère possible dans une perspective réaliste fondée sur l'endogénèse où au contraire les acteurs — je dirai plutôt les actants —, avec leurs statuts, leurs gestes et leurs actes, sont la matière première de ce qu'ils tiennent pour «du droit»²⁰, qui est dans tous les cas leur droit.

C'est ici que l'homéomorphisme a éclairé ma pratique anthropologique. Définissons puis illustrons.

L'homéomorphisme est «une bijection qui, à deux éléments voisins d'un ensemble, fait correspondre deux éléments également voisins d'un autre»²¹. Quant à la bijection, c'est «une application qui, à tout élément de l'ensemble de départ, associe un et un seul élément de l'ensemble d'arrivée»²². L'homéomorphisme est donc une bijection d'un type particulier, impliquant une plus grande complexité et donc une plus grande richesse d'analyses, mais aussi une contrainte : on ne peut réduire le raisonnement à un monisme au sens ci-dessus. La définition nous invite, et dans le cas des droits africains nous oblige, à penser en termes de pluralité. Ce pluralisme de l'ensemble «droits africains», confronté au monisme de l'ensemble «droits occidentaux», induit une «perte en ligne» si c'est ce dernier qui impose sa structure, ce qui est quasiment toujours le cas. Ce postulat interdit la synthèse que représente par exemple le syncrétisme de la figure chrétienne du symbole de Nicée, revisité lors de la contre-réforme catholique où Dieu est père, fils et esprit, trois en un. C'est un laminage où l'on ne peut retenir du modèle pluraliste que ce qui correspond aux choix du droit occidental. Ce laminage, qui est au moins une amputation des expériences africaines, voire une véritable aporie, révèle l'extrême difficulté de la pensée juridique occidentale à respecter la logique inhérente aux autres univers juridiques. Comment, ai-je déjà rappelé, faire passer un chameau dans le chas d'une aiguille ?

Prenons quelques exemples de ces difficultés, puis réservons la dernière partie aux solutions «bricolées» que j'ai dégagées au fil de mes travaux.

II. La question de l'État «traditionnel»

L'ensemble «autorité, pouvoirs, légitimité» que, dans le contexte africain, le Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris avait dès 1980 étendu à la sacralité et au droit²³, se décline, à partir des données collectées et qui ont été à la base de mon

²⁰ «Droit» est ici employé par simple commodité et sous réserve de ce que j'ai dit de la coutume et de la juridicité.

²¹ *Petit Robert*, *supra* note 2, s.v. «homéomorphisme».

²² *Ibid.*, s.v. «bijection».

²³ Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, *Sacralité, pouvoir et droit en Afrique*, Paris, CNRS, 1979.

cours d'histoire des institutions africaines à l'université de Brazzaville²⁴, selon trois registres institutionnels que j'appelle des «appareils juridiques»²⁵. Ces registres sont complémentaires et fonctionnent par le principe de l'empilement et de la subsidiarité, du plus simple au mieux organisé. Ils sont caractéristiques de sociétés communautaires où les rapports juridiques sont internes, d'alliance ou externes, selon les groupes de référence. Ils privilégient l'endogénèse et le critère de distinction entre ces types de rapports tient à la différenciation progressive du politique à partir de la parenté dans le cadre d'une théorie constamment rappelée de pouvoirs multiples, spécialisés et interdépendants. Même dans les formes les plus sophistiquées de concentration et de division des pouvoirs, comme chez le peuple Wolof où j'ai travaillé²⁶, il n'y a de place pour une théorie de l'État analogue à celle que Hobbes puis la philosophie politique moderne ont formulée. On ne parle pas en Afrique d'«État» mais de «commandement», ce que nous avons traduit par «chefferie» ou, comme chez nous avant le seizième siècle, de «royaume» ou d'«empire». Ce n'est qu'avec une certaine paresse intellectuelle, pour ne pas dire un réel ethnocentrisme, que certains ont donc parlé d'État traditionnel ou ont opposé en Afrique les sociétés à État aux sociétés sans État. Jusqu'à la réforme et à la contre-réforme, on n'avait pas besoin en Europe de la théorie de l'État et il faut attendre 1648 et les traités de Westphalie pour que ce modèle soit concrétisé territorialement.

Il en va de même pour les rapports d'appropriation des espaces et des ressources, c'est-à-dire la propriété foncière. De véritables monstruosité juridiques ont été produites en élaborant des théories qui, quel qu'en soit le correctif d'une propriété par lignage, populaire, villageoise, communautaire etc., ignorent que le problème de la propriété foncière est lié à l'invention du capitalisme, dont il est une condition substantielle à la concrétisation puis à la généralisation. Bien qu'on soit en train d'en vérifier la véracité, et que cela reste par ailleurs inimaginable pour un «expert» de la Banque mondiale, tant que le marché capitaliste n'est pas généralisé, la propriété privée de la terre n'est pas justifiée et se révèle au moins contre-productive, voire contraire aux objectifs de développement durable qui sont actuellement proclamés ! La common law parle traditionnellement de *tenures* et de *property rights*, alors que seul l'*ownership* correspond à une propriété foncière, un concept qui émergea en Angleterre à partir de ce qu'on appelle globalement la «révolution des enclosures». De même, jusqu'à la fin du dix-huitième siècle, le droit français parle de «domaines» et de «droits d'usage». C'est l'article 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*²⁷ qui proclame la propriété comme «un droit inviolable et sacré», et il faut attendre 1804 pour disposer de la célèbre définition de l'article 544 C.c.F. : «le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue».

²⁴ Ronéo, Brazzaville, École de droit, centre d'enseignement par correspondance, 1973.

²⁵ Voir la présentation la plus récente dans Le Roy, *Les Africains*, *supra* note 14 à la p. 74.

²⁶ Voir Étienne Le Roy, «Mythes, violences et pouvoirs, le Sénégal dans la traite négrière» (1981) 7 *Politique africaine* 52.

²⁷ Déclaration de l'homme et du citoyen, 26 août 1789, en ligne : Legifrance <www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/consta.htm>.

Pour traiter des rapports de l'homme à la terre et aux ressources, les Africains disposaient de trois systèmes référentiels, à savoir l'exploitation des sols pour les rapports internes à la communauté, la circulation des produits et ressources pour les rapports d'alliance entre communautés, et la répartition des terres dans l'organisation des rapports entre communautés distinctes²⁸. Chacun de ces systèmes, répondant aux principes dégagés ci-dessus, proposait des rapports juridiques originaux dont l'analyse suppose trois niveaux d'appréhension : les statuts des acteurs, le régime juridique des actes posés et des pratiques et les modalités d'ajustement dans le temps (successions) et dans l'espace (règlement des conflits). Tout cela était et reste souvent cohérent, pertinent et rationnel. Pourquoi fut-il si systématiquement ignoré en Afrique comme en Amérique pour ce qui concerne les premières nations ? Pour les besoins du capitalisme et de l'État ? Au nom d'intérêts corporatistes encore plus mesquins ?

Je prends enfin un troisième exemple, la parenté, «vache sacrée» de l'ethnologie pour reprendre l'expression d'un dictionnaire spécialisé²⁹. Depuis Lewis Morgan, un des pères de l'anthropologie, l'analyse de la parenté a été concentrée sur la terminologie des appellations et des références selon que les «parents» sont présents ou absents. Ainsi, il a distingué des systèmes (1) de consanguinité fondés sur la filiation des systèmes et (2) d'affinité basés sur le mariage qui en est le moyen. Cette dimension des échanges liés au mariage a ensuite été approfondie par les fonctionnalistes anglais, qui ont traité leurs riches matériaux comme des systèmes familiaux et matrimoniaux³⁰. La conception de la parenté chez Radcliffe-Brown³¹ reste toutefois associée à la filiation. Par la suite, Claude Lévi-Strauss a adapté ces distinctions pour déterminer les règles de la parenté à partir des types de mariage, par respect pour la prohibition de l'inceste³². Pourtant, la parenté c'est aussi la filiation, et inversement.

Tout cela est très savant et l'apprentissage de ces connaissances fait partie de la formation ou bizutage du jeune chercheur. La perpétuation de telles pratiques de recherche pourrait n'être qu'une manie innocente de savants enfermés dans leur tour d'ivoire si ce n'est que ces pratiques concentrent l'essentiel des moyens scientifiques et financiers. Dans les contextes africains, les rapports de parenté et de mariage sont infiniment plus riches que ce qu'en dit, par exemple, la «bible» de tels travaux, les *Structures élémentaires de la parenté*³³.

²⁸ Pour une présentation sommaire, voir Étienne Le Roy «Actualité des droits dits "coutumiers" dans les pratiques et les politiques foncières en Afrique et dans l'Océan indien à l'orée du XXIème siècle», *Cahiers d'anthropologie du droit 2002*, Paris, Karthala, 2003, 237.

²⁹ Michel Panoff et Michel Perin, dir., *Dictionnaire de l'ethnologie*, Paris, Petite bibliothèque Payot, 1973, s.v. «parenté».

³⁰ Alfred Reginald Radcliffe-Brown et Daryll Forde, dir., *Systèmes familiaux et matrimoniaux en Afrique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1953.

³¹ Alfred Reginald Radcliffe-Brown, «Introduction» dans Radcliffe-Brown et Forde, *ibid.* à la p. 1.

³² Claude Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton & Co, 1967.

³³ *Ibid.* J'illustre ma lecture de la parenté dans les sociétés communautaires dans Le Roy, *Le jeu des lois*, *supra* note 11 aux pp. 227-35.

Comment est-on arrivé à ignorer ce qui fait qu'on est «parents» pour la majorité des Africains, et ce au nom d'une conception qui nous est propre de la «parenté» et qui peut exclure, au moins sur le plan théorique, une part du corpus de cas où les individus se disent frères ou sœurs, pères ou fils, et ainsi de suite ? L'explication que je propose, en remontant du structuralisme de Lévi-Strauss au fonctionnalisme de Radcliffe-Brown puis à l'évolutionnisme de Morgan, est qu'au départ on a cherché à privilégier ce qui, dans les théories pratiques indigènes, correspondait à notre conception de la parenté fondée sur la filiation. Comme, selon les tropismes de l'époque, cette conception de la parenté-filiation était tenue pour l'aboutissement naturel et nécessaire de l'évolution, elle devenait donc universalisable puis universelle.

Pour les jeunes chercheurs africains avec qui j'ai réalisé ces travaux au début des années 1970 à partir de mes propres recherches de terrain³⁴, la parenté est d'abord un sentiment, celui de se reconnaître dans des valeurs, voire même une sensation de plénitude et de chaleur, puis un état, le fait de partager au-delà de ces valeurs des «biens communs». Enfin, c'est un ensemble de relations juridiques s'appuyant toujours sur la filiation comme incorporation dans une lignée masculine ou féminine mais la dépassant de deux manières complémentaires. La première est de considérer que les ancêtres masculins ou féminins à l'origine des lignées, donc de la filiation, ne sont qu'un des trois aspects communs que peuvent partager les apparentés. Outre ces ancêtres, la résidence commune et le partage d'interdits peuvent parentaliser. Deuxièmement, la construction de la relation de parenté repose aussi sur l'alliance (matrimoniale, résidentielle, totémique) et l'assimilation comme fiction juridique sont deux autres modalités qui permettent de concevoir un modèle matriciel où trois aspects communs en axe horizontal et trois modes d'insertion en axe vertical permettent d'identifier dans les neuf cases ainsi construites autant de relations typiques de parenté. Certes, seules certaines sociétés, pour exemple les Wolof dont nous avons parlé ci-dessus, usent de l'ensemble des ressources de ce modèle et exploitent les neuf types d'apparentement. Toutefois, peu de sociétés africaines, les plus simples au sens lévi-straussien, et minoritaires quantitativement, réduisent leurs rapports de parenté à la filiation. Pour les autres, nous avons des réponses qui peuvent évoluer dans le temps et dans l'espace avec une caractéristique qui rend ce type de démarche anthropologiquement intéressant : des applications de ce modèle à la Grèce archaïque en exploitant l'Iliade et aux Picards du Vermandois à partir du seizième siècle sur la base de mes propres travaux ont permis de vérifier la généralité du modèle à travers la particularité des réponses apportées³⁵.

Ainsi, même dans des situations européennes récentes, la parenté telle qu'elle est vécue ne peut être réduite à la filiation, sauf à introduire une frontière dogmatique entre ce qu'on appelle dès lors une «vraie» et une «fausse» parenté.

³⁴ Pour une synthèse, voir Camille Kuyu Mwissa, *Parenté et famille dans les cultures africaines*, Paris, Karthala, 2005.

³⁵ Voir Le Roy, *Le jeu des lois*, supra note 11.

Comme on le constate, l'homéomorphisme a révélé les difficultés de l'exercice de comparaison et suggère les conséquences désastreuses que peuvent induire la méconnaissance ou la récusation d'expériences en fonction desquelles les individus pensent leur sûreté et la sécurité de leurs patrimoines.

III. Le juriste et le recours à l'analogie : ouvrir le droit occidental à l'altérité

Pour être à titre principal anthropologue, je n'en suis pas moins juriste et particulièrement historien du droit et des institutions. Dans ma pratique d'enseignement, j'ai eu à jouer le passeur entre cultures juridiques à des âges différents au sein d'une même tradition, entre traditions au sein de l'univers occidental ou entre ces univers qui nous préoccupent ici. J'ai déjà évoqué l'expérience de l'école de droit de l'université de Brazzaville où j'ai enseigné deux ans avant que les troubles politiques me conduisent à y renoncer. L'enjeu fondamental était d'africaniser les enseignements d'histoire du droit. Outre l'histoire générale des institutions d'Afrique noire en première année, j'ai eu entre autres à concevoir pour les autres années une histoire du droit des biens et une histoire du droit des contrats. Sur la base du constat précédent, mon objectif était moins de réduire abstraitement la contradiction que de permettre à mes étudiants de penser ces différences entre leurs droits et le droit moderne, français dans ce cas-ci, dans leurs complémentarités et dans leurs fonctionnalités. Il convenait ainsi d'illustrer le sens des passages d'un univers à l'autre dans la mobilisation des expériences endogènes, en sachant que ce seraient plus des situations vécues que des modèles interprétatifs qui devraient mobiliser leur intelligence et leur créativité.

Mon premier choix a donc été, à chaque fois que le programme m'imposait de privilégier l'histoire du droit français, de faire un long détour par ses origines romaines ou grecques parfois les plus archaïques. Par ce biais, je souhaitais que mes étudiants puissent découvrir, sur la base de la reconnaissance de formules communautaires d'organisation juridique du très ancien droit, des analogies suffisamment explicites et parlantes pour que les passages du communautarisme à l'individualisme en droit grec comme en droit romain permettent de contextualiser la prétention à l'universalité du droit exogène, droit qui devait par ailleurs leur être enseigné dans ses exigences propres. Les analogies sont ainsi le moyen de passer d'un univers juridique à l'autre. «*Analogos*» désigne en grec «ce qui est en rapport». Est dit analogue ce qui remplit les mêmes fonctions même si leur nature est différente³⁶. Le terme doit être différencié d'«équivalence», ce qui a la même valeur ou fonction et de «correspondance» comme rapport logique entre un terme donné et un ou plusieurs termes³⁷.

³⁶ *Petit Robert*, *supra* note 2, s.v. «analogue».

³⁷ *Ibid.*, s.v. «équivalence» et «correspondance».

Mon enseignement s'efforçait naturellement de provoquer ces transpositions en proposant des catégories susceptibles de s'appliquer à la fois aux droits endogènes dits traditionnels, et au droit français dit moderne. Par exemple, je ne traitais pas de la «parenté» mais des «systèmes de parentalisation» en ajoutant «communautaire» pour traiter des expériences traditionnelles africaines, ce qui permettait, tout en gardant la filiation comme solution de base, d'induire par le suffixe le mouvement et la créativité dans la prise en compte des rapports de parenté. Dans une lecture du droit tel qu'il est vécu au quotidien par chacun d'entre nous, il importe plus de savoir comment nous mobilisons ou ignorons tel ou tel rapport de parenté que de commenter des principes de filiation par ailleurs assez simples. De même, j'abordais les accords juridiquement validés comme une catégorie englobant à la fois la théorie des contrats civilistes et aussi les mécanismes de don et de dation caractéristiques des droits traditionnels selon le développement différentiel de l'appareil juridique. Je travaillais également avec les étudiants à analyser ce que les réformes agraires prenaient en considération dans les systèmes d'exploitation des sols et les réformes foncières dans la répartition des terres, donc comment aborder les transitions institutionnelles et en corriger le mimétisme.

On le constate, la réintroduction du pluriel dans l'enseignement des expériences actuelles de l'Afrique permettait de considérer l'évolution en cours ni comme définitive ni comme inéluctable, mais comme un moment, sans doute essentiel mais certainement pas ultime, de la transformation de la vie juridique ; bref, une perspective d'acculturation concernant tant les droits endogènes qu'exogènes. Mais j'ai pu aller plus loin : je cite en dernier exemple celui de la théorie des maîtrises foncières.

Dans les travaux sur les politiques et les pratiques foncières, deux problèmes revenaient régulièrement et de manière irritante à la fin des années 1980. Les Africains dans leurs pratiques ignoraient (ou tenaient pour complémentaires) des distinctions que la théorie juridique supposait contraires et qu'à ce titre elle avait tendance à opposer. Ainsi, les droits d'usage coutumiers et les droits de propriété, dans la pratique, n'appartiennent pas à deux systèmes juridiques mais à un seul dont nous n'avions pas les clés. D'autre part, si les politiques juridiques doivent s'exprimer, selon les contraintes des bailleurs de fonds, dans des formes exogènes (la common law, le droit civil), les pratiques continuent à relever de considérations endogènes. Aux premières est associée la légalité, aux secondes la légitimité. Comment concilier ou en fait réconcilier légalité et légitimité ?

Après bien des hésitations, j'ai choisi une approche juridique plutôt qu'anthropologique. Je suis donc parti de la théorie civiliste de la propriété, tout en me préoccupant dès ce moment des analogies entre les distinctions de la common law (*property rights, ownership*) et celles du droit civil (la propriété et ses démembrements). Le raisonnement privilégiait donc une forme moderne et moniste à partir du langage du code civil mais en le rendant traductible dans des catégories communes à ces deux traditions. C'est cet ensemble que je devais «ouvrir» pour y introduire un pluralisme suffisamment pertinent pour qu'à la fois le sens des pratiques

et la légitimité soient réinscrits dans le nouveau dispositif normatif. Il me fallait donc construire un modèle.

Ce modèle a été élaboré à partir du chapitre III du livre deuxième du Code civil français, «Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent» (articles 537-543) et de l'article 544 précité.

Il est également de type matriciel et repose sur une double distinction entre d'une part l'objet, chose ou bien selon le critère de l'aliénabilité, et de l'autre la nature de la relation, publique ou privée. Ces variables croisées permettent de distinguer quatre régimes juridiques particuliers, le domaine public (articles 538-541), les communaux (article 542), la propriété privée (articles 537 et 544) et, absent du code mais produit par la jurisprudence des années suivantes, à partir de l'article 539, le domaine privé.

L'hypothèse a donc été de ré-enrichir un dispositif que l'élaboration doctrinale du dix-huitième siècle avait prétendu épurer, et ce sur la base des principes constitutifs des droits africains. Je passe sous silence tout le travail préparatoire qui a permis tant de réunir les données africaines, d'en vérifier leur généralité puis leur opérationnalité. Disons simplement que j'ai donc «ouvert» le modèle civiliste en introduisant entre la chose et le bien, entre le public et le privé, des catégories issues des droits africains et reformulées en sorte que les critères de distinction entre les facteurs soient effectivement compatibles et logiquement ordonnés. Ainsi, entre public et privé, j'ai introduit les distinctions propres aux droits communautaires africains et j'ai redéfini tous ces critères de la manière suivante :

- ce qui est commun à tous (public) ;
- ce qui est commun à un groupe (externe) ;
- ce qui est commun à deux groupes (interne-externe ou rapport d'alliance) ;
- ce qui est commun à un groupe (interne) ;
- ce qui est propre à une personne physique ou morale (privé).

Le second axe posait des questions plus substantielles quant à la nature de l'objet juridique et quant à son contenu. Entre la chose et le bien j'ai introduit trois données — l'avoir, la possession et la propriété relative, non absolue — en identifiant une complexité progressive dans l'exercice des droits ainsi reconnus par le principe, déjà relevé, de l'empilement, et avec une référence essentielle aux travaux d'Elinor Ostrom sur la gestion des communs³⁸ selon les catégories de la common law :

- la *chose* autorise un droit d'accès ;
- l'*avoir*, l'accès et l'extraction ;
- la *possession*, l'accès, l'extraction et la gestion ;

³⁸ Voir Étienne Le Roy, Alain Karsenty et Alain Bertrand, dir., *La sécurisation foncière en Afrique : pour une gestion viable des ressources renouvelables*, Paris, Karthala, 1996.

- la *propriété relative*, l'accès, l'extraction, la gestion et l'exclusion ;
- enfin, le *bien* est le support d'un droit absolu supposant la capacité d'aliénation discrétionnaire et l'exercice de tous les autres attributs.

Avec un tel modèle dit des «maîtrises foncières»³⁹, on passe de quatre à vingt-cinq régimes juridiques (au moins potentiellement, car quelques-uns n'offrent pas d'utilité apparente). Cette restructuration offre la possibilité d'appliquer des solutions mieux adaptées que celles du code civil, par exemple, qui reposent sur un tout ou rien, la propriété ou l'insécurité. Des applications se dessinent déjà en matière de biodiversité⁴⁰. Elle permet par la même occasion une meilleure prise en compte des conceptions endogènes dans un système qui doit être mixte (endogène/exogène) et, d'autre part, du statut des ressources autant que celui de la terre.

Enfin, pour favoriser l'homéomorphisme dans ses applications, nous avons proposé de parler non de droits sur la terre ou sur les fruits, mais de maîtrise. Le maître de terre est un des principaux acteurs des rapports fonciers endogènes et la propriété privée est analysée comme une maîtrise exclusive et absolue. À propos du foncier pastoral, j'indiquais que «[l]a notion de maîtrise suggère l'exercice d'un pouvoir et d'une puissance, donnant une responsabilité particulière à celui qui, par un acte d'affectation de l'espace, a réservé plus ou moins exclusivement cet espace»⁴¹. Ainsi, du plus simple au plus absolu, du plus collectif au plus individualisé, la maîtrise exprime non seulement une relation juridique différenciée et fonctionnelle, mais un rapport de pouvoir sur la terre, ses ressources et finalement sur les hommes qui en dépendent pour satisfaire leurs besoins.

Que retenir en conclusion de ces analyses ?

L'objectif de ces démarches a été et demeure de promouvoir un dialogue entre les cultures juridiques vécues par les Africains comme des univers clos et qu'il convient d'ouvrir à l'échange pour assurer la nécessaire acculturation du droit. Mais comme je l'ai dit, acculturer veut dire aller vers la culture de l'autre, ce qui n'est pas le cas présentement, au nom de la supériorité d'un modèle, supériorité plus proclamée et imposée que justifiée.

Mon propos a été de faire se rencontrer des logiques différentes et d'apprendre à les conjuguer. Est-ce important ? Sans doute non si on s'en tient à l'intérêt quasi nul que suscitent de tels travaux dans les universités africaines et dans les cercles de la coopération internationale ; mais dans les relations au quotidien, la mondialisation du droit ne peut indéfiniment reposer sur l'imposition d'un ordre juridique. Toute

³⁹ J'ai par la suite construit un modèle des maîtrises fruitières selon le même principe, ce qui conduit donc à disposer d'un registre de cinquante régimes !

⁴⁰ Voir notamment Franck-Dominique Vivien, *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question*, Paris, Elsevier, 2002.

⁴¹ Étienne Le Roy, «Le pastoralisme africain face aux problèmes fonciers» dans Philippe Daget et Michel Godron, dir., *Pastoralisme : troupeaux, espaces et sociétés*, Paris, Hatier, 1995, 487 à la p. 489.

dictature finit par s'user. Pour qu'il existe un «droit commun» mondial, il faut que ses fondements soient partagés hors des traditions qui lui ont donné naissance.

Nous, anthropologues du droit, avons coutume de dire que le droit n'est pas tant ce qu'en disent les textes que ce qu'en font les acteurs. Il ne suffit pas de connaître la norme ou la procédure mais aussi le sens de ce qui est en jeu et enjeu, non seulement la règle, *the game* mais aussi la manière de jouer, *the play*.

À supposer que la mondialisation soit, comme pour l'universalité des droits de l'homme, un requis, elle n'est encore nullement un acquis et ses thuriféraires vont être acculés aux contraintes et contradictions déjà évoquées ci-dessus. Peut-être vaudrait-il mieux, alors, se poser les problèmes d'homéomorphisme et d'analogies avant que la réalité ne sanctionne durement le rêve prométhéen à nouveau reproduit.
