



Comité technique



RÉGARDS SUR LE FONCIER n°8

Pourquoi et comment la juridicité des communs s'est-elle imposée dans nos travaux fonciers ?

Récit d'une initiation

Étienne Le Roy



La collection « Regards sur le foncier » du Comité technique « Foncier & développement » accueille des textes offrant un point de vue critique et original sur les questions foncières dans les pays du Sud. Elle permet de valoriser les contributions des membres du Comité et de son réseau et de les mettre à la disposition du public sur le portail www.foncier-developpement.fr. Cette collection bénéficie d'un appui financier du projet multi-pays d'Appui à l'élaboration des politiques foncières, de l'AFD.

Pour plus d'information sur cette collection, contacter le Gret qui assure le secrétariat scientifique du Comité : secretariatCTF@gret.org

Les publications de cette collection n'engagent que leurs auteurs et leur contenu ne représente pas nécessairement la vision et la position du Comité technique « Foncier & développement ».

RÉFÉRENCE POUR CITATION :

LE ROY Étienne, *Pourquoi et comment la juridicité des communs s'est-elle imposée dans nos travaux fonciers ? Récit d'une initiation*, Regards sur le foncier n° 8, Comité technique « Foncier & développement », AFD, MEAE, Paris, décembre 2019.

PHOTO DE COUVERTURE :

Transhumance de troupeaux dans le delta intérieur du Niger au Mali – décembre 2008. © Amel Benkahla

Pourquoi et comment la juridicité des communs s'est-elle imposée dans nos travaux fonciers ?

Récit d'une initiation

Étienne Le Roy

Laboratoire d'Anthropologie juridique de Paris
Université Panthéon-Sorbonne, Paris 1

Membre fondateur du Comité technique « Foncier & développement »

Décembre 2019

PRÉFACE

Cet ouvrage s'adresse à tous ceux qui considèrent, dans leur parcours personnel ou professionnel, que creuser le sillon de la question foncière et de ce que les hommes et les sociétés y sèment et en récoltent, permet de mieux saisir le sens de l'ordonnement comme des soubresauts du monde.

Faisant la genèse de son intuition initiale de l'importance du foncier, dans les années 1960, Étienne Le Roy nous invite, collègues, amis et jeunes générations croisés tout au long de ses recherches et voyages, à suivre le cheminement de sa pensée. Celle-ci est marquée par une quête de sens dans un labyrinthe de concepts et de réalités entrelacés, depuis la fin de la nuit coloniale et jusqu'aux grands bouleversements récents et enjeux planétaires actuels.

Le fil conducteur de l'ouvrage nous entraîne dans les traces de six décennies de travail de chercheur, penseur, pédagogue et homme d'action consacrées au fil du temps à accompagner des processus d'élaboration de premiers textes de Loi des jeunes États africains nés après les indépendances. Ces cheminements ont reposé sur deux paradigmes majeurs : insister sur la caractérisation des situations de dualité juridique et des maîtrises foncières s'appliquant au foncier rural en Afrique de l'Ouest, et plaider pour des lois foncières métissées susceptibles d'être acceptées par les États et les sociétés rurales. Les connaissances ainsi acquises ont ouvert la voie de l'élaboration théorique et de l'enseignement universitaire. Le questionnement incessant, l'analyse réflexive et la mise en débats animés avec ses pairs au sein de forums divers, sont devenus un sacerdoce. Ces débats nous ont fait toucher des sujets toujours actuels comme l'origine de la propriété, la méconnaissance des droits d'usage de la terre – notamment pastoraux – par les législateurs, la mise en évidence des appropriations massives de terres, l'accélération de la marchandisation de la terre ou les limites des systèmes de représentation géographique des droits de propriété privée. Ce voyage épistémique a débouché *in fine* sur l'évidence fondamentale de devoir se concentrer, voire se consacrer, à la juridicité des communs.

Ce long cheminement intellectuel a conduit Étienne Le Roy à croiser ses analyses académiques et son expérience avec celles de ses pairs africanistes des sciences humaines, à participer ou initier des réseaux internationaux de chercheurs et universitaires sur le foncier, à contribuer à l'animation de débats transdisciplinaires, à mener parallèlement les tâches nobles d'enseignement et de transmission et, découvrant l'importance du lien avec le politique, à militer avec conviction auprès des acteurs institutionnels, sociaux et des décideurs nationaux pour traduire les connaissances acquises sur le foncier en action.

Les années 1990 ont marqué un tournant politique et un moment fort de l'histoire politique des États sahéliens mais aussi de l'histoire du développement. Dans le prolongement du discours de La Baule de François Mitterrand, les pays africains engagés dans les processus de démocratisation de la vie publique et les dynamiques de décentralisation devaient

nécessairement reconsidérer le rôle de l'État, repenser les relations entre États et sociétés, entreprendre des réformes institutionnelles, revisiter les textes de Loi et mettre en œuvre des politiques nouvelles. C'est pendant une mission d'observation des évolutions politiques dans la zone cotonnière malienne, dans les années qui ont suivi la chute de la dictature du général Moussa Traoré, que le chemin académique et scientifique d'Étienne Le Roy a croisé celui d'opérationnels d'une agence de développement comme l'AFD. Une longue, fructueuse et amicale collaboration s'est alors forgée, alliage autour du foncier entre connaissance et action de développement.

Le souci partagé d'intégrer le traitement du foncier rural dans les textes de Loi en préparation pour accompagner la politique de décentralisation fortement voulue par Alpha Oumar Konaré s'est traduit en 1994 par la mise en place du premier Observatoire du foncier appuyé par la France, mis à disposition du Mali et confié à des chercheurs maliens et français, membres d'un réseau associatif international de chercheurs et d'expertise sur le foncier – l'Aprefa – qu'animait alors Étienne Le Roy.

Cette première expérience a certainement inspiré et accéléré, quelques années plus tard, la création sous l'égide du ministère de la Coopération d'un Comité Foncier spécifique, comprenant essentiellement des chercheurs et des acteurs institutionnels, dédié explicitement au foncier rural en Afrique de l'Ouest et à Madagascar. Étienne Le Roy a été sans conteste un des pères initiateurs de cette plateforme de débat d'idées, devenu avec le temps le CTFD, lieu privilégié de ralliement de ce qu'il qualifie comme une communauté épistémique du foncier.

En plus de vingt ans, le CTFD a évolué. Il s'est ouvert au regard d'autres acteurs du foncier (société civile, professionnels, opérationnels du développement) et de nouvelles disciplines. Suivant de près l'actualité foncière en Afrique et dans le monde, le CTFD s'est mobilisé sur les enjeux fonciers dans de nouvelles géographies et domaines d'intérêt (problématiques foncières urbaines, dynamiques des marchés fonciers), s'est engagé à comprendre et caractériser les phénomènes d'appropriation massive des terres, a engagé des chantiers collectifs de réflexion sur la sécurisation des terres, la gouvernance des droits fonciers, l'accès des jeunes à la terre et les communs. Sur tous ces sujets, le CTFD a produit de la connaissance, ébauché des principes et des lignes d'action et contribué à éclairer des décisions et positionnements plus politiques et internationaux de la France. Enfin, dans la phase actuelle, le CTFD envisage d'élargir son réseau, notamment en Afrique, et de continuer à agir comme poil à gratter en introduisant des idées, confrontant des analyses et ouvrant des perspectives dans la façon de traiter les enjeux.

Étienne Le Roy n'a manqué aucune des grandes étapes ni aucun des chantiers ou rendez-vous importants du CTFD. On peut même superposer son cheminement intellectuel narré dans l'ouvrage avec le chemin parcouru par le CTFD. Avec sa capacité d'anticipation et la profondeur de ses analyses, il fait partie des anges gardiens du CTFD. Par son écoute et sa pédagogie, il a permis au débat de dépasser des controverses, d'éviter de sombrer dans les méandres de l'autosatisfaction ou de l'enfermement sur des certitudes scientifiques ou idéologiques. En poussant plus loin sa réflexion, il a introduit la nécessité et l'urgence de se pencher sur le sujet des communs, pendant que l'attention de tous était captivée par des batailles d'idées à propos des accaparements de terres ou de processus d'immatriculation de terres. Encouragé, le CTFD a engagé en 2016 un chantier collectif sur les communs – confié à l'UR Green du Cirad et à l'IIED – et corollairement a ébauché une solide connivence avec l'équipe de recherche de l'AFD autour des communs, comme constituant de sens de toute action de développement concernant autant des ressources foncières et naturelles (eau, forêts, pâturages, pêche), que les services en milieu urbain.

Aujourd'hui, alors qu'un tiers des ressources mondiales échappent encore à la règle se voulant universelle de « propriété, individualité, marché », cet ouvrage vient à point nommé pour fournir des repères de compréhension et des arguments forts d'action. La suggestion d'Étienne Le Roy, au terme de sa balade de six décennies, de repenser l'organisation du monde sous l'angle des communs est un formidable défi pour les travaux du Comité, mais également une lueur d'espoir pour tout membre de la communauté épistémique du foncier, et en particulier pour les jeunes générations, de trouver un sens à leur action.

Merci Étienne de nous avoir fait l'amitié de nous confier cette part d'héritage commun et d'avoir accepté de diffuser ce texte à travers le comité. ●

Vatché Papazian, agronome et ancien chargé de projets
du secteur rural, coordinateur jusqu'en 2018 pour l'AFD des questions
foncières auprès du Comité technique « Foncier & développement »

SOMMAIRE

- 9 Dédicace et remerciements
- 11 **Avant-propos : de la juridicité des communs**
- 15 **INTRODUCTION GÉNÉRALE.** De la pluralité des droits au pluralisme normatif des juridicités : les aléas d'une lecture comparative et interculturelle des pratiques juridiques
- 19 **PREMIÈRE PARTIE.** Trois décennies (1960, 1970, 1980) de découvertes d'un foncier sans propriété privée, d'un droit sans règles générales et impersonnelles, des rapports au politique et de l'expérience du pluralisme juridique et normatif
- 20 Introduction
- 21 **CHAPITRE 1.** La décennie 1960-1969 : premières découvertes d'un foncier sans propriété privée et d'un droit sans règles générales et impersonnelles
- 29 **CHAPITRE 2.** Les années 1970 : droit et politique, le droit est politique, heurs et malheurs d'une anthropologie naissante
- 35 **CHAPITRE 3.** La décennie 1980-1990, l'expérience du pluralisme juridique et normatif
- 41 **DEUXIÈME PARTIE.** Trois décennies (1990, 2000, 2010) d'élaborations théoriques et paradigmatiques : la théorie des maîtrises foncières, des approches emblématiques du paradigme de la juridicité et de pédagogies pour en rendre compte
- 42 Introduction
- 43 **CHAPITRE 4.** Les années 1990 : la théorie des maîtrises foncières, approche emblématique du paradigme de la juridicité
- 51 **CHAPITRE 5.** La décennie 2000-2010 : l'extension du champ des luttes en contextes incertains, juridicités et complexités
- 63 **CHAPITRE 6.** Depuis 2010, non seulement multiplier les observations mais proposer des pédagogies pour assurer la réception de l'idée de juridicité

73	TROISIÈME PARTIE. Apports des héritages conceptuels de quelques juristes hétérodoxes aux recherches sur les communs
	(Michel Alliot, Jacques Vanderlinden, Pierre Legendre, Jean Carbonnier, François Ost, Gérard Timsit, Mireille Delmas Marty, Daniel Mockle, Trutz von Trotha, Andrée Lajoie, Rodolfo Sacco)
74	Introduction
77	CHAPITRE 7. « Dis-moi comment tu penses le monde, je te dirai comment tu penses le droit » : Michel Alliot et la spécificité des expériences du juridique
81	CHAPITRE 8. Jacques Vanderlinden et la radicalité des expériences du pluralisme juridique
85	CHAPITRE 9. L'âge des mondialisations et la complexité des montages normatifs
97	Conclusions de la troisième partie
101	CONCLUSION GÉNÉRALE. Faire communs par des gestes posés et des conduites réglées
105	Bibliographie
113	Liste des tableaux

DÉDICACE ET REMERCIEMENTS

Cet ouvrage n'aurait pu être mené à son terme sans la tendre complicité de mon épouse Jacqueline. Qu'elle en soit ici à nouveau remercié.

J'associe en particulier à la poursuite de ces travaux les chercheurs du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris (Université Paris 1), les membres de l'Association pour la promotion des recherches et études foncières en Afrique (Aprefa), mes amis de l'UR GREEN du Cirad et tous les collègues du Comité technique « Foncier & développement » qui ont stimulé ces travaux depuis 1996. ●

AVANT-PROPOS : DE LA JURIDICITÉ DES COMMUNS

Pourquoi les communs et leur régime de juridicité?

Depuis le milieu des années 1960, une part centrale de notre recherche porte sur le partage de ressources matérielles ou intellectuelles qualifiées de rapports fonciers. Comme toute démarche scientifique, nous avons été confronté à des aléas qui étaient également associés à la fondation d'une nouvelle discipline, l'anthropologie du droit, devenue au fil du temps, anthropologie de la juridicité.

Le cadre en fut le Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris de l'université Paris 1 où se formèrent trois générations de jeunes chercheurs, principalement africanistes. Certains d'entre eux ont estimé qu'il serait utile de faire connaître les difficultés de l'exercice, à l'attention de la nouvelle génération qui, durant la décennie 2020, va affronter les questions redoutables des mondialisations, de la crise du capitalisme, des enjeux climatiques ou de la prévalence de l'économie numérique.

Le titre et l'objet de l'ouvrage que l'on va découvrir ont évolué au cours de la rédaction. Initialement conçu pour prolonger des recherches sur la juridicité publiées, il y a maintenant vingt ans, dans *Le Jeu des lois* (Le Roy, 1999), le présent texte a choisi le dossier des communs comme sujet majeur et illustratif des potentialités d'une démarche qui se réclame explicitement d'une anthropologie politique de la juridicité, une démarche peu pratiquée et donc peu connue du lecteur mais qui a trouvé ses marques puis ses bases scientifiques en travaillant, en France, les conditions de la décolonisation juridique des territoires africains à partir du début des années 1960. Parallèlement, aux États-Unis et dans d'autres pays anglophones comme le Canada, l'Australie ou la Nouvelle-Zélande, accessoirement la Grande Bretagne, d'autres travaux, sous la bannière du pluralisme juridique, appréciaient de manière plus ou moins critique les nouvelles politiques de développement supposant une modernisation par le droit. Or la conception de ce droit sera si mimétiquement reprise de celle des colonisateurs qu'elle entraînera plus souvent l'entropie qu'une mobilisation au rythme voulu par les hommes des Suds et selon leurs idées propres, natives et endogènes, faute de chercher à les comprendre et à les connaître.

L'aventure du développement économique et social de ces soixante dernières années à l'échelle mondiale repose donc sur la croyance que les populations de notre planète ne peuvent accéder au bien-être et aux bénéfices de la modernité qu'à la condition d'adopter toutes les recettes qui ont été à la base de l'accumulation des richesses par ces sociétés anciennement colonisatrices et qui seront dites développées. On suppose donc qu'il n'existe qu'une seule modernité, celle qu'invente après 1945 un « Ouest » capitaliste en concurrence avec un « Est » socialiste, au nom du progrès. S'il y aura des voix (et des voies), au Sud comme au Nord,

qui détonneront dans ce concert mondial, dénonçant les apprentis-sorciers ou ces démiurges qui se soucient peu ou pas des blocages et des violences induites par leurs politiques, on ne pouvait contester ce développementalisme puisque mené au nom du progrès (Rist, 1994). Et si critique il y a, ce sont les modèles économiques et les choix politiques qui sont discutés ou contestés et non l'outillage conceptuel juridique endogène qui a été stérilisé par des générations de juristes, retirant au droit la charge idéologique d'innovateur radical, d'accoucheur d'une nouvelle société pour promouvoir la liquidation des héritages normatifs endogènes. La pensée juridique occidentale est en effet, nous l'avons analysée dès la fin des années 1970 avec François Ost et Jacques Lenoble dans une recherche pour l'Unesco, marquée par une philosophie idéaliste qui suppose (Ribes, 1980) que le droit est abstrait dans ses énoncés, neutre d'effets sociaux et qu'il serait an-historique, c'est-à-dire susceptible de s'appliquer à toutes les cultures et à toutes les séquences de développement dès lors, par inversion des facteurs, que les mêmes effets recherchés doivent produire les mêmes causes. Comme nous l'écrivions à l'époque si, selon un slogan bien connu à Washington, « ce qui est bon pour Ford est bon pour les États-Unis », de même le droit qui est bon pour les pays développés le sera aussi pour ceux de ces pays qui seront successivement dénommés, sous-développés, en développement ou en voie de décollage, le qualificatif chatouillant quelques orgueils nationaux mais cachant mal un décalage et des processus d'exploitation et d'inégalités multiples bénéficiant à la frange des élites occidentalisées.

Dans les pages suivantes, on pose que le droit dit positif, celui proposé ou reconnu par l'État, ne répond pas à l'exigence d'universalité que ses zéloteurs juristes lui ont attribué. On postule donc que les membres de nos sociétés, comme de toutes les sociétés à des degrés divers, peuvent vivre sous des régimes de juridicités originaux, combinant les régulations étatiques et celles que ces peuples ont héritées d'un passé plus ou moins lointain et glorieux ou qui sont le produit de leurs adaptations, bricolages ou « bidouillages » les plus contemporains. Les « communs », comme domaine original de la vie juridique, permettent d'en vérifier les opportunités.

On exploite un des héritages de Pierre Bourdieu (1980) selon lequel les actes de nos concitoyens, indépendamment de toute construction intellectualisée ou théorisée, s'inscrivent dans un sens pratique à la fois en proposant de nouvelles directions et en imposant de nouvelles significations. Or ce sens pratique est non seulement difficile à comprendre mais aussi périlleux à défendre comme avocat de la cause des exploités car la concurrence sur le marché juridique dont parlent aussi Pierre Bourdieu et ses successeurs est telle qu'aucun des praticiens du droit positif ne saurait prendre le risque de tuer la poule aux œufs d'or et de remettre en question tant la légitimité que l'efficacité du modèle de droit qu'ils ont imposé au reste du monde.

Rompre l'omerta peut être dangereux tant qu'on a une carrière à faire à l'université, dans la fonction publique ou dans les cabinets d'affaires. Par ailleurs, les réactions provoquées depuis des décennies par nos analyses n'ont provoqué qu'un silence assourdissant, parfois quelques commentaires gênés à propos de ces chercheurs idéalistes qui manquent de « sens commun », en détournant même la notion de sens pratique pour justifier que ce sont eux et eux seuls, les juristes des grands cabinets d'affaires, qui maîtrisent et contrôlent la vérité du droit par leurs pratiques, synonyme ici de clients donc du sens des affaires. Mais à des considérations carriéristes s'ajoutent aussi la très réelle difficulté à avancer sur des questions aussi délicates sans verser dans les facilités des bons sentiments qui font finalement les mauvaises recherches. Le chercheur avance ici comme un marathonien, avec la beauté posée de l'effort du coureur à pied mais aussi l'extrême solitude face au risque de se tromper et de « prendre

des vessies pour des lanternes », des facilités langagières pour ses exercices scientifiquement éprouvés par leur répliquabilité, et vérifiés.

Toute démarche de ce type suppose nécessairement d'expérimenter un processus qui fait passer le chercheur du doute initial toujours justifiable parce qu'il est la condition même de l'avancement scientifique, en faisant et disant mieux que le prédécesseur, à des résultats dont il faudra diffuser les implications avec des risques qui peuvent (et ont effectivement été) non seulement personnels et familiaux mais professionnels et politiques. Et selon les personnalités plus ou moins communicantes, voire provocatrices, l'art de l'écriture et la réceptivité des milieux intellectuels et institutionnels, l'impact de ces travaux peut être réduit, voire si ténu qu'on a l'impression d'avoir glosé sur le sexe des anges.

« Et pourtant elle tourne ». Cette formule apocryphe, prêtée à Galileo Galilei en sortant du tribunal du Saint-Office qui venait de le condamner, illustre l'obstination du chercheur convaincu du bien-fondé de ses explications malgré les obstacles qui lui sont opposés. En rédigeant *Le Jeu des lois, une anthropologie dynamique du droit* (Le Roy, 1999), je m'étais rendu compte qu'il devenait vain de conserver les dispositifs antérieurs de présentation stylistique pour justifier d'une pluralité de conceptions du juridique. J'usais alors de la majuscule ou de la minuscule parfois même en les combinant (D/droit) comme Jean Carbonnier (1995) parlait de grand et de petit droit. Parfois le qualificatif corrigeait voire modifiait les implicites de la terminologie, ainsi lorsqu'on traitait d'un « droit de la pratique » à partir des années 1990, à la manière de Michel Alliot (2003) critiquant le droit des manuels à la lumière de ce que les acteurs font des catégories normatives. Mais il fallait aller plus loin, opérer un *coming out* comme on dit dans d'autres contextes.

Un coming out pluraliste

Depuis *La Terre de l'autre* (Le Roy, 2011), on a accumulé les matériaux d'une déclaration sinon de guerre, au moins de libération de ces présupposés stylistiques. Réunis en 2016 dans un opuscule au titre évocateur (*Une juridicité plurielle pour le XXI^e siècle*, Le Roy, 2017), ces matériaux abordés comme une propédeutique juridique sont le point de départ et les sources d'inspiration de la présentation actuelle dont on ne cache pas l'ambition. Elle est en effet ambitieuse parce que répondant à la vocation anthropologique d'un discours visant « l'ensemble du développement humain », selon la belle définition, souvent citée dans une version plus détaillée, de Claude Lévi-Strauss (1958). Ce passage de la particularité des travaux de terrain à une certaine généralité n'est pas sans risque, même si elle préfère la pluriversalité (Eberhard, 2008) à l'universalité et que cette présentation rompt avec la prétention d'un discours de vérité au profit d'une démarche d'artisan qui considère fièrement l'œuvre accomplie sans ignorer tout ce qui reste à faire. Si on espère avoir rendu l'approche et les explications les plus scientifiques possibles selon les contraintes des sciences humaines, on n'est pas troublé par les écarts qu'on pourra nous reprocher avec un idéal de discours de la méthode, car cinquante années de confrontations aux grandeurs et servitudes de la recherche scientifique ont tanné la peau dès lors qu'il ne peut y avoir de renouvellement des savoirs sans adaptations de problématiques, voire de protocoles de recherches.

Dans ce mouvement de pensée et de pratiques, on situe notre action contestatrice puis refondatrice non dans les marges du droit mais au cœur du mystère juridique. On rompt donc avec les associations d'idées et les préjugements qui font de l'anthropologie juridique la

servante des disciplines nobles, droit privé, droit public ou histoire des institutions. Plutôt que de nous situer « *Aux confins du droit* » (Rouland, 1991), pour synthétiser nos travaux, cette recherche s'inscrit au centre de la machinerie, au cœur du réacteur, donc de tous les dangers.

L'expérience anthropologique a ceci de particulier qu'en impliquant non seulement de penser l'autre mais de le penser autrement (N'Diaye, Le Roy, 2000) en reprenant les analyses de Michel Alliot (2003), elle nous introduit dans une compréhension du mystère juridique complètement dépendante des conditions d'observation, de saisie et d'interprétation. **Un des traits diacritiques de la juridicité est qu'on pose des actes** avant des paroles et ces paroles, qu'elles soient routinières, sacrées ou techniquement consacrées par des procédures, s'insèrent dans des protocoles ou procédés qui accèdent symboliquement à la fonction juridique de la sanctionnabilité, donc de l'obligation, par les gestes qui sont pratiqués et qui peuvent être insignifiants pour l'étranger ou le non-initié. Il faut « en être pour en parler » et partager plus qu'échanger, accepter que plusieurs logiques se confrontent et que la rationalité cartésienne ne soit pas la seule à proposer sens et cohérence. Nous retrouverons cette contrainte tout au long de l'ouvrage car rompre avec la pensée monologique sera une exigence typique de la transmodernité qui s'annonce depuis le début de ce millénaire.

Il y a quelque parenté, dans cette démarche avec ce qu'Erik Olin Wright dénomme des utopies réelles et les attentes d'un courant de la gauche américaine qui valorise la créativité de la société civile. Si, pour cet auteur, « l'idée centrale consiste à éroder le capitalisme en construisant dans ses espaces et ses fissures des alternatives émancipatrices »¹, mon propos est plus modeste et vise moins le capitalisme en tant que tel que le mode de penser le monde actuel et son organisation sociale, donc l'univers juridique en particulier, moins pour le révolutionner que pour le transformer de l'intérieur, par métastases dans les interstices de la transmodernité qui vont s'offrir opportunément à nous. Comme nous le découvrirons dans l'Introduction avec François Ost, cet univers juridique est en cours de reconstruction et il nous appartient d'en accompagner les avatars. ●

1. Ces remarques sont inspirées de Anne Chemin, « Un autre monde se fabrique », *Le Monde*, IDÉES, l'utopie, 2 décembre 2017, page 2.

Introduction générale

De la pluralité des droits au pluralisme normatif des juridicités

Les aléas d'une lecture comparative et interculturelle des pratiques juridiques

La découverte de la place et du rôle des juridicités dans les sociétés contemporaines peut être associée à un défi plus large, la fondation d'une discipline scientifique neuve dans le cadre du Laboratoire d'anthropologie juridique, créé en 1964 par Michel Alliot, de retour de l'université de Dakar où il avait été nommé suite à son agrégation d'histoire du droit.

Après une scolarité chez les Jésuites qui nous avait obligé à maîtriser une rébellion naturelle et ouvert à l'anthropologie en classe de philosophie sous l'impulsion de Paul Egger, on cherchait à associer les deux formations quand, après deux années à Caen et à Strasbourg, on arrive à Paris en 1962. Alors, on passera chaque jour d'un côté à l'autre de la rue Saint-Jacques, de la Faculté des lettres et sciences humaines à la Faculté de droit et des sciences économiques. Ni d'un côté ni de l'autre de cette ancienne voie romaine, les professeurs ne semblaient concevoir qu'on puisse légitimement marier l'anthropologie et le droit. Le patron de la sociologie à la Sorbonne, Georges Gurvitch, avant Claude Lévi-Strauss pour le Laboratoire d'anthropologie sociale, me l'avait déconseillé alors qu'il avait lui-même pratiqué le pluralisme juridique dans les années 1930. À la Faculté de droit, c'était « la morne plaine » que décrivait le poète pour Waterloo après la bataille. En quatrième année de licence, il y avait bien un cours d'ethnologie juridique que conservait, contre vents et marées, le vénérable Henri Lévy-Bruhl, le fils de Lucien, un des fondateurs de l'ethnologie française avec Marcel Mauss. Lucien Lévy-Bruhl avait une mauvaise réputation parmi les apprentis ethnologues pour avoir pratiqué une approche ethnocentrique des logiques propres aux sociétés dites alors primitives. Son fils par contre se révéla un grand romaniste et ses recherches sur le très ancien droit faisaient autorité. Il va m'éblouir et m'entraîner vers des recherches ultérieures sur les très anciens droits grec et romain. Mais durant l'année universitaire 1963-1964, sa santé va se détériorer et à sa disparition il sera remplacé par Michel Alliot, qui dès l'année suivante va reprendre son enseignement sous le titre d'Anthropologie juridique.

Une dernière notation biographique. Rien dans des origines familiales ne prédispose à cette passion anthropologique qui émerge à dix-huit ans en pleine guerre d'Algérie. Cette famille bourgeoise de province d'où on vient, composée de juristes, de tradition plutôt conservatrice et peu portée sur les défis et les paris, a aussi les qualités de ses défauts. On y est aimé et on s'y sent sinon reconnu au moins apprécié. Pourquoi, même dans des situations de contestation, couper totalement avec un tel milieu ? On va donc devenir un rebelle

discipliné et accepter de faire du droit dès lors qu'on a ensuite la possibilité de pratiquer notre passion, l'anthropologie, ce qui conduira à ce va-et-vient quotidien évoqué ci-dessus, à partir de 1962, d'un côté à l'autre de la rue Saint-Jacques et à passer les examens de droit en première session et les certificats de la licence de sociologie conduisant à l'ethnologie en seconde session. À terme, un doctorat d'État en droit en 1970 et une thèse de doctorat en ethnologie à l'université Paris 7 en 1972 pour la formation de base et quelques diplômes supplémentaires qui conduiront, entre autres, à une agrégation d'histoire des institutions où, en 1977, on fera comprendre qu'il me faut renoncer à l'anthropologie et à l'Afrique pour être agrégé. Non négociable ! Il faudra donc attendre dix ans et 1988 pour, en devenant professeur, mais en anthropologie cette fois, accéder à la liberté intellectuelle, scientifique et programmatique.

On comprend ainsi que si l'anthropologie est une discipline sportive, la pratique de l'anthropologie du droit relève d'un sport de combat où il faut savoir souffrir et se relever après les coups. Pour rendre compte des conditions ayant présidé à une aventure intellectuelle, amicale et politique, on a choisi en introduction générale l'énoncé « de la pluralité des droits au pluralisme des juridicités ». S'étirant sur plus de six décennies, cette aventure compte heureusement, tant pour le lecteur que pour nous, une part notable d'avancées ou d'inventions. Mais on est rétroactivement frappé et ce fut souvent indiqué à l'attention des jeunes chercheurs, combien ces inventions sont encombrées de blocages, d'inerties, de doutes ou d'interrogations. On avait observé et recueilli lors d'un premier terrain de 1969 chez les Wolof du Sénégal des données auxquelles on n'apportera des réponses globalement satisfaisantes que trente, ou quarante ans après, voire dans la présente conclusion générale.

Sans doute personne ne semble avoir fait mieux, mais ce n'est qu'un maigre réconfort car les résultats actuels auraient pu être mobilisables antérieurement en évitant des difficultés contemporaines. « Regrets sur quoi l'enfer se fonde » écrivait le poète Guillaume Apollinaire. Ne cédon pas à des conjectures mais remontons les traces comme un pisteur africain pour identifier les difficultés de conceptualisation de cet objet de recherche « le droit » en situation interculturelle qu'induisent les communs et qui va devenir « les juridicités ».

Avant d'entrer dans le détail de ces aventures, n'oublions pas que rien, en matière de recherche, ne peut se faire sans un solide encadrement amical, intellectuel et familial. On paie d'abord notre dette aux pères jésuites qui, en nous formant, ont voulu nous déformer et qui, avec l'excellence de leurs apprentissages, ont aussi appris le bon usage de la rébellion. Puis, il y a la voie lactée du monde universitaire. On ne saurait ici en faire la liste souvent intégrée dans mes ouvrages précédents (Le Roy, 1999, 2011) mais on reste redevable à la petite communauté universitaire d'étudiants et d'enseignants chercheurs du « Labo » (pour le Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris) dont on fut un des fondateurs et le directeur de 1988 à 2007) au temps où, en Sorbonne, il était en haut de l'escalier L, salle 500. Que d'amitiés euro-africaines s'y sont cristallisées ! De même pour ces belles aventures que furent *Politique africaine*, le Gemdev, l'Aprefa et maintenant le Comité technique « Foncier & développement » depuis 1996. On découvrira les institutions derrière les sigles et leurs apports au fil des pages.

On propose ici de suivre ces avancées et stagnations à travers quelques événements, décennie par décennie, des années 1960 à la décennie 2010, en les divisant en deux parties, auxquelles on ajoutera une troisième partie qui fera le bilan des confrontations avec les juristes et des héritages à gérer.

Trois décennies de découvertes (1960, 1970, 1980) d'un foncier sans propriété privée, d'un droit sans règles générales et impersonnelles, des rapports au politique, et de l'expérience du pluralisme juridique et normatif.

- >> La décennie 1960 n'est pas seulement celle de ma formation mais de mon premier terrain d'anthropologue où je découvre un système foncier sans droit de propriété privée et un droit sans normes générales et impersonnelles : décoiffant !
- >> La décennie 1970 est celle des doctorats mais aussi des coups les plus rudes, interdictions du Sénégal en 1970 et du Togo en 1978, fermeture définitive de la voie rapide de l'agrégation en 1977, replis et accueil au CNRS en 1979.
- >> La décennie 1980 commence à voir tant d'efforts récompensés avec des publications internationales sur les politiques foncières et un poste de professeur en anthropologie du droit à l'université Paris 1 en 1987.

Trois décennies (1990, 2000, 2010) d'élaborations théoriques et paradigmatiques, la théorie des maîtrises foncières, quelques approches emblématiques du paradigme de la juridicité et des pédagogies pour en rendre compte.

- >> La décennie 1990 est celle de la maturité scientifique avec ses découvertes emblématiques, telles la théorie des maîtrises foncières de 1991 à 1996, les représentations d'espaces, l'intermédiation culturelle en milieu judiciaire qui aboutissent à ma première synthèse *Le Jeu des lois*, en 1999. C'est alors que je déclare ma préférence pour la juridicité, comme englobant du droit.
- >> La décennie 2000 commence par un retrait de la communauté scientifique suite à une méningite africaine mais la reconstruction du cerveau est plus rapide que prévu par le corps médical et les matériaux d'une théorie des juridicités commencent à se multiplier à cheval avec la décennie suivante. Les matériaux d'un modèle des communs commencent également à se structurer.
- >> La décennie 2010 n'est pas achevée mais le tableau de chasse est plus que satisfaisant. De nouvelles monographies sur la juridicité ont été réunies dans une plaquette « pour mémoire » (*Une juridicité plurielle pour le XXI^e siècle*) et ont approfondi le chantier des communs. Après plusieurs années de tâtonnements, on affronte ce *coming out* de la juridicité avec un sentiment d'urgence mais aussi de confiance dans les attentes des lecteurs.

La troisième partie **sera consacrée à une confrontation aux héritages conceptuels de quelques juristes hétérodoxes, afin d'identifier leurs visions du monde, leurs visées du droit et leurs constructions de régimes de normativité transposables dans les communs.** On examinera en particulier les apports de Michel Alliot, Jacques Vanderlinden, Pierre Legendre, Jean Carbonnier, François Ost, Gérard Timsit, Mireille Delmas Marty, Daniel Mockle, Trutz von Trotha, Andrée Lajoie, Rodolfo Sacco. Leurs implications dans les recherches théoriques sur les communs sont abordées en conclusion de troisième partie puis en conclusion générale. ●

PREMIÈRE PARTIE

**Trois décennies (1960, 1970, 1980)
de découvertes d'un foncier
sans propriété privée,
d'un droit sans règles générales et
impersonnelles, des rapports
au politique et de l'expérience du
pluralisme juridique et normatif**

INTRODUCTION

De grands bonheurs et petits malheurs, tel est le bilan rétrospectif que je peux faire de ces trois premières décennies qui sont celles de ma formation puis d'approfondissements de choix scientifiques, éthiques et politiques. La plus grande de mes chances est d'avoir été associé en 1964 à la fondation d'une discipline nouvelle, l'anthropologie juridique, une autre est d'avoir choisi comme terrains de recherches les Wolof du Sénégal et la question foncière². Mais je n'écris pas ma biographie, je tente de faire partager au lecteur comment avance une recherche scientifique en sciences humaines et sociales, beaucoup de questions et de réponses qui vont s'étager sur des années pour autoriser, c'est l'objet de la deuxième partie à faire avancer l'armature théorique et les constructions paradigmatiques. ●

2. Je ne saurais taire ici la dette que je dois à mon beau-père Jean Deguise, exploitant agricole mais aussi « laboureur du Vermandois » et sénateur de l'Aisne, qui m'a donné le sens du rapport à la terre et aiguisé mon intérêt pour l'histoire des institutions locales.

CHAPITRE 1

La décennie 1960-1969 : premières découvertes d'un foncier sans propriété privée et d'un droit sans règles générales et impersonnelles

A vant d'en arriver à ce premier terrain, en fin de décennie, il faut dire quelques mots de deux événements qui ont influencé mes vies personnelle et intellectuelle ; la fin de la guerre d'Algérie et Mai 1968.

La fin de la guerre d'Algérie

Avoir dix-neuf ans en 1960 c'était avoir l'épée de Damoclès suspendue au-dessus de la tête, c'est-à-dire le risque d'un départ en Algérie, dès qu'un incident de parcours dans les études justifiait pour l'Armée la suspension du report de recrutement pour faits d'études supérieures. On aurait pu partir fin 1962. On fut donc sauvé par les accords d'Évian qui évitèrent d'avoir à concrétiser l'option de départ en Suisse et l'insoumission. Le milieu des étudiants de l'UNEF fréquentés à Strasbourg puis à Paris était informé des tortures, disparitions et autres corvées de bois. Un frère aîné, après vingt-quatre mois là-bas, les revivait la nuit dans ses cauchemars et l'idée d'autodétermination de l'Algérie apparaissait d'une totale évidence, au nom des idéaux de la patrie des droits de l'homme alors bien menacés par les putschs et dérives militaro-policières. La guerre en Algérie ne m'avait pas rendu pacifiste ni vraiment progressiste car je me méfiais déjà des idéologies, de droite comme de gauche, au moins de la gauche institutionnelle car je me sentais profondément fraternel à l'égard de toutes les populations qui allaient accéder à l'indépendance entre 1960 et 1962. J'avais compris qu'elles sortaient de la colonisation avec le passif considérable d'avoir perdu non seulement leurs connaissances et compétences propres mais aussi leurs cohérence et dignité. Notre supposée mission civilisatrice avait bien fait œuvre de pacification mais son revers était un déni de l'altérité au nom du progrès. Il me semblait donc que nous vivions un moment historique exceptionnel où ces populations pourraient retrouver cette dignité perdue. Sans doute ai-je été très rapidement déçu de ces espoirs mais sans renoncer à apporter, par un renouvellement des connaissances, une capacité pour ces sociétés des Suds à reprendre l'initiative de construire leur propre modernité et de choisir librement leur futur. Malgré les déceptions récurrentes, j'y crois toujours, je dirais même plus que jamais car les conditions d'urgence écologique poussent à la manœuvre. J'ai souvent cité cette devise de Guillaume le Taciturne : « Il n'est pas nécessaire d'espérer pour entreprendre ni de réussir pour persévérer ».

Les problématiques de développement économique et social m'interrogeaient mais sans illusions ni déraisons. Je ne souhaitais pas travailler dans nos anciennes colonies, ne me sentant pas comptable des erreurs ou atrocités qui y avaient été commises au nom de la France, cette part de la France dans laquelle je ne me reconnaissais pas, pas plus que dans celle de Vichy que je découvrais alors. La rencontre avec Michel Alliot, un grand résistant et un autre rebelle discipliné, va, en 1963, changer la donne et, pour pratiquer l'anthropologie juridique alors naissante, j'accepte de travailler sur « la parenté » dans la société Wolof du Sénégal puis je préfère aborder la réforme foncière qui, en 1964, renouvelle le mode de gestion colonial. Je commence, en 1965, une thèse de doctorat en droit avec Michel Alliot et j'en esquisse une autre, en anthropologie, avec Paul Mercier. Tout cela sera ralenti par seize mois de service militaire dont je suis libéré fin février 1968 : tout juste à temps pour le grand cirque de mai.

Mai 1968

J'ai vécu ce « grand cirque » dans l'œil du cyclone. Jeune père, j'avais accepté de réduire mon intervention qui fut plus une observation qu'une participation au mouvement étudiant dans la Sorbonne que je redécouvrais depuis deux mois, libéré de l'armée fin février, une Sorbonne bruissant de toutes les incertitudes depuis un certain 22 mars. S'il y eut un peu de sublime, il y eut aussi beaucoup de gamineries chez les adultes et plein de n'importe quoi qui a justement attiré mon attention puis a influencé mon questionnement scientifique.

J'avais été formé à la faculté de droit de Paris à l'école du service public, une construction intellectuelle et politique dans laquelle on retrouve ce génie français de l'abstraction normative prétendant accéder à l'universalité. Elle était de tous les temps (en fait de ce vingtième siècle) et de tous les lieux (au moins influencés par notre jacobinisme), donc une quintessence du positivisme dont Hans Kelsen avait fait la théorie au milieu des années 1930 et dont on commençait à parler dans nos amphithéâtres.

Mon diplôme d'études supérieures associait droit public et droit international et mettait en scène un culte de l'État et du texte. J'interprétais alors l'État comme l'avatar du Dieu juéo-chrétien et le texte comme parole d'évangile. Je n'étais pas là en terrain inconnu après douze années chez les Jésuites mais j'y appliquais ce doute méthodique et épistémique que j'avais retiré de ces années de formation, un doute qui aurait fait de moi un avocat grognon ou un magistrat facétieux. Après ces quelques semaines de grand bazar, l'après-mai s'annonçait plus calme et plus favorable à l'avancement de mes recherches quand on me proposa, en septembre 1968, un poste d'assistant de chaire qui venait de se libérer auprès de Michel Alliot. Je n'imaginais pas cependant que j'allais être attiré dans un maelstrom et devenir l'observateur de ma première réforme juridique, celle des universités françaises, avant de me consacrer aux réformes foncières.

Je n'avais en effet pas encore vraiment pris mon poste que Michel Alliot était nommé directeur de cabinet d'Edgar Faure, ministre de l'Éducation nationale et devenait, de fait, le vrai concepteur et négociateur de la sortie de l'université du modèle napoléonien en préconisant un avenir, l'autonomie, qui reste toujours incertain. Les trois mois qui suivirent furent dantesques, mon nouveau patron me déléguant toutes ses responsabilités administratives et pédagogiques à la faculté de droit, à charge de m'en débrouiller au mieux, et réglant avec moi les dossiers les plus délicats entre minuit et trois heures du matin, dans son bureau du ministère où il avait fait installer un lit de camp. Chemin faisant, il m'a fait partager une

observation qui est devenue une maxime toujours bonne à penser : le droit n'est pas tant ce qu'en disent les textes que ce qu'en font les acteurs et les citoyens. Là aussi on est à la genèse d'une compréhension de ce qu'est et peut être la juridicité : d'abord des actes et des pratiques et ce « sens pratique » dont j'ai déjà parlé à propos de Pierre Bourdieu³.

Le premier terrain au Sénégal, janvier-juin 1969 : six mois qui m'ont changé de vie

J'avais d'abord écrit « six mois qui ont changé ma vie » mais en fait sans qu'on puisse y associer une influence humaine particulière, j'ai conforté ma manière de penser « autrement ». Là où j'étais formé pour chercher des typologies, des oppositions binaires, des systèmes achevés, tout ce que je dénommerai progressivement le monologisme, cède la place à une pensée dans laquelle le geste fait « droit » et où toute explication ouvre à la multiplicité, à la spécialisation et à l'interdépendance. Je travaille au Sénégal dans le Cayor central, une zone du Sahel déjà très chaude en ce mois de février et nous parlons de la propriété des terres sous un arbre. L'ancien chef de terre (*laman*), qui est en train de perdre sa fonction symbolique mais reste une autorité respectée, prend une poignée de sable et le fait lentement couler entre ses doigts en souriant paisiblement. J'essaie de lui faire énoncer une explication ou une proposition et il me fait comprendre que le droit sur la terre c'est ce qui coule là entre ses doigts avec aussi peu de consistance et surtout pas l'expression d'un « droit sur la terre » (*ius in re*), plutôt un rapport symbiotique.

Non seulement il n'y a pas matière à propriété privée mais il n'y a pas non plus matière au droit comme nous l'entendons en Occident.

● **Absence de référence à la notion de propriété privée**

Un texte de Pierre Daresté, un grand juriconsulte des années 1900, m'avait déjà préparé à douter que ces sociétés aient eu besoin d'un droit de propriété des terres (Daresté, 1908). Là, soixante ans après, je multiplie les expériences avec des paysans qui n'ont que faire de notre système d'immatriculation foncière introduit en 1906, réformé en 1932, car ils sont en réalité, comme l'observait Pierre Daresté, déjà sécurisés par les procédures endogènes. Ce sont ces procédures endogènes que reconnaît et organise, en théorie mais « du bout des lèvres », la loi sur le domaine national de 1964 qui est en cours d'expérimentation sur le terroir test de Méouane (département de Tivaouane) où je travaille. Ce texte a confié les terres des zones de terroirs (environ 60 % du territoire sénégalais) à des Communautés rurales gérées par des conseils ruraux contenant en leur sein des commissions foncières chargées d'affecter et de désaffecter les terres du terroir (regroupant un nombre variable de villages, entre dix et quinze mille habitants). La philosophie de la loi n'est pas de rompre avec la politique coloniale, donc ne vise pas à interdire la propriété privée mais à en contrôler la diffusion et à en réduire l'impact en réservant au seul État la possibilité, avant rétrocession aux particuliers, de requérir l'immatriculation au livre foncier au nom de l'intérêt général et selon une procédure de déclaration d'utilité publique en lien avec des programmes de développement ruraux ou urbains. Mais comment faire prévaloir cet « intérêt général » qui suppose une procédure originale de nationalisation face aux demandes des particuliers et

3. J'avais déjà croisé Pierre Bourdieu quand il était jeune assistant en Sorbonne mais nous (étudiants) retenions surtout les échanges homériques avec Raymond Boudon.

l'émergence d'une nouvelle bourgeoisie sénégalaise ? En effet, la transformation des droits d'usages caractéristiques des terres de terroirs en droits de propriété ne peut reposer sur une expropriation pour cause d'utilité publique puisqu'il n'y a pas encore matière à propriété, donc qu'on ne peut retirer (ex) une propriété qui n'est pas encore constituée. Un flou existe ici sur le plan des procédures ambiguës qui n'ont jamais été finalisées et qui contribuent à l'affaiblissement de la réforme, phénomène déjà crucial en 1984 quand je fête les vingt ans de la réforme (Le Roy, 1985) et qui a contribué ensuite à des blocages initiés par les tenants de politiques propriétaires. Ceux-ci ont failli gagner dans les années 2010 sous la présidence d'Abdoulaye Wade. Mais les ruraux semblent avoir retrouvé des arguments à leur opposer au moment où, fin 2017, nous rédigeons cette partie, selon une histoire qui nous est contée par Patrick d'Aquino (2018). En animant des jeux de rôles « Terristories » dans les campagnes sénégalaises, une ONG Enda-Pronat, assistée de chercheurs du Cirad, a pu faire émerger les véritables attentes non propriétaires des paysans et éleveurs sénégalais puis d'en convaincre les structures représentatives du monde paysan, le nouveau *Cadre de réflexion et d'action sur le foncier au Sénégal* (Crafs), pour influencer la Commission nationale de réforme foncière.

Le premier choc hérité de cette expérience de 1969, et qui reste toujours d'actualité, est cette influence pérenne d'une position non propriétaire dominante dans le monde rural alors que l'environnement national est maintenant saturé par le capitalisme et la propriété privée.

● Absence de normes générales et impersonnelles pour formaliser les rapports juridiques

Lorsque j'arrive sur le terrain, j'avais consulté les *Coutumiers juridiques de l'Afrique occidentale française* (publiés en 1939) et en particulier le coutumier du Baol rédigé dans les années 1930 par l'administrateur Campistron qui décrivait des règles foncières si proches de l'article 544 CC (« la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue... ») qu'il fallait aller sur place pour constater les dégâts. Le Baol est un autre ancien royaume wolof situé dans la partie méridionale de ma zone principale d'enquête (le bassin arachidier) et maintenant solidement occupé par la confrérie musulmane des Mourides réputés pour leurs investissements dans le travail de la terre et une solidarité par ce travail (le *mbok ligey*, en wolof). J'y passais quelques jours, interrogeant administrateurs, agro-économistes et chefs locaux, pour constater que l'administrateur avait pris « des vessies pour des lanternes » et une particularisation des droits communautaires pour l'exercice d'un droit individuel de propriété. Après une approche critique en 1981 (Le Roy, 1982), j'ai détaillé cette enquête en racontant en 1984 comment j'avais approfondi (Le Roy, 1990) mon interprétation du droit coutumier comme un plagiat des conceptions juridiques endogènes. Et, en 1986, dans son article « Habitus, code et codification » (précité), Pierre Bourdieu confirme mon analyse d'une falsification des idées juridiques autochtones pour les besoins de la colonisation. Avec la notion d'habitus, ou système de dispositions durables, il propose une notion commode (que j'exploiterai lentement et précautionneusement jusqu'en 1999) pour interpréter le matériel juridique que j'ai identifié et collecté, puis que je compléterai à partir de 1976 en recoupant la littérature disponible.

>> Ce matériel est constitué d'abord de titulatures, des titres que reçoivent des acteurs dans l'exercice d'activités ou de fonctions qui ne sont pas décrites de manière spécifique mais sont observables chacune dans leur originalité et dans leurs complémentarités. Chacun de mes interlocuteurs, même le plus humble, disposait ainsi d'une brochette de titres. Je parlerai aussi d'un portefeuille car c'est une richesse patrimoniale en partie héritée, en

partie acquise, l'équivalent de notre personnalité juridique mais propre à une juridicité communautaire. La pensée juridique wolof est dominée par la notion de *borom* que je traduis par « celui qui porte » (sous-entendu la responsabilité de gérer) telle fonction ou tel groupe. *Borom keur* peut ainsi être entendu comme celui qui porte la responsabilité de gérer la grande famille et qu'on traduit, un peu rapidement, par « chef de famille ». Certains de ces titres mettent les acteurs en situation de décision et d'autres d'exécution ou d'obéissance car on est toujours selon les situations considérées, d'âge, d'origine, de pratiques, sous la dépendance d'un autre. Ainsi, plutôt qu'être le chef, du *caput* latin « la tête », on est un *primus inter pares*, un premier entre des égaux obéissant au principe de réciprocité des droits et des obligations.

Pour ce qui concerne les relations foncières, je vais recueillir, de manière disparate au départ puis, avec la prise de conscience d'une logique d'occupation de l'espace et d'organisation subséquente des relations de dépendance à l'égard du principe de première occupation, un certain nombre de statuts. Puis je vais devoir comprendre que ces statuts sont organisés selon une clef que la littérature ne m'avait pas permis de prévoir et qu'aucune théorie pratique dans la littérature orale des Wolof n'identifiait *a priori* sauf, peut-être, dans la légende de fondation de l'empire du Djolof (sans doute au début du XIV^e siècle). Cette clef « structurale » est un dédoublement fonctionnel des rapports juridiques en deux ensembles, en jouant sur « l'entre soi » et « nous et les autres ». Je distinguais ainsi l'exploitation des sols dans les rapports fondés sur un principe d'internalité à la communauté de référence (qui peut s'élargir à l'ensemble de la société) et la répartition des terres privilégiant les rapports externes aux différentes entités et communautés. Ces rapports deviendront dominants chez les Wolof avec les organisations monarchiques qui naissent suite à la bataille de Danki vers 1560, pour se développer ensuite durant trois siècles en quatre royaumes jusqu'à leurs conquêtes et leurs dissolutions au cours du XIX^e siècle par le colonisateur français. C'est à ce « Système de répartition des terres en zone arachidière nord » que je consacrerai la part essentielle de ma thèse d'État en 1970.

- >> Ce matériel est constitué ensuite par un nombre disparate et toujours susceptible d'être démultiplié de lieux-dits renvoyant tantôt à des descriptions particulières de l'espace, à la taille des unités d'exploitation ou à des événements particuliers qui s'y sont déroulés. Nous sommes ici en terrains connus car les topologies des finages français connaissent les mêmes régularités. Il y a certes des particularités. Ici on parle des *ngadje*, terres interdites, là d'un *day* qui veut dire le feu courant, *ngadyo*, la hache légère d'ébranchage distingué du *rock*, la hache lourde d'essartage. Bien étrange peut apparaître le *léw u we* ou sabot du cheval. Ces termes sont importants puisqu'on est *borom day*, *borom ngadyo* ou *laman rock* (maître par le feu courant, par la hache lourde ou légère, etc.) mais je n'en comprendrai toute l'importance que lorsque j'admetts qu'à ces terminologies sont associées les descriptions de droits fonciers puis, beaucoup plus tard, lorsque je les traiterai selon le principe de l'iconologie juridique dont je ne traite pas ici (Le Roy, 2013).
- >> Enfin, un troisième ensemble, plus restreint mais tout aussi essentiel, est constitué par des zonages permettant de distinguer entre activités et degré de protection puis de sécurisation foncière. Des géographes avaient déjà relevé ces distinctions et dès que je vais monter vers la vallée du fleuve Sénégal, vers Saint-Louis, une distinction s'impose immédiatement entre le *Walo*, les zones rizicoles inondables annuellement par les crues

du fleuve, avec leurs bassins ou lacs de retenue, et le *Dieri*, les zones exondées où se pratique l'élevage extensif et les cultures sous pluie. Plus au sud, au Cayor, l'activité agricole dépend entièrement des précipitations selon une période d'hivernage dit *nawet* de trois mois. Les zones exondées sont dominantes, sauf en bordure de l'Océan Atlantique dans les *Niaye* (jardinages) et la notion de *dieri* ne s'applique qu'aux terres souvent boisées et effectivement ni exploitées ni exploitables pour l'agriculture. Les terres agricoles relèvent d'un zonage dit *alh'* (ou *ala'*). Leurs régimes fonciers s'organiseront différemment selon que le pouvoir d'attribuer l'espace reste d'essence animiste et de logique wolof-serer ou musulmane et commandée par les stratégies des marabouts (*serigny*) de la confrérie *Quadria* qui tenteront d'imposer une théocratie entre les XVIII^e et XIX^e siècles (Le Roy, 1981). Je découvre donc que trois zonages déterminent les modes d'affectation des terres puis leurs utilisations : les terres *alh'* pour l'agriculture pluviale, les terres *dieri* pour les autres activités, dont la foresterie et l'élevage et enfin les terres *deuk*, villageoises, auxquelles sont associés l'organisation des droits résidentiels, les jardins potagers des femmes, les réserves d'argile des potiers et tous les puits, les espaces de commandement, de cultes, d'initiations...

Au bout de six mois, je rentre à Paris finir l'année universitaire avec une belle récolte mais peu d'idées sur ce qu'on peut en faire.

Suppléer à l'informalité apparente par un modèle matriciel

Une observation de la littérature foncière me traînait dans la tête durant l'été 1969. On y disait que les chefs de terre (*laman*) avec qui j'avais travaillé étaient des cadastres vivants. Ce qui m'importait dans la métaphore, c'est moins qu'ils étaient des gardiens d'une connaissance ou d'une vérité avec un certain degré de sûreté (ce que j'avais vérifié) que la référence à des supports formels utilisables dans les cadastres et où la corrélation de diverses variables permet d'associer dans des tableaux toutes les informations nécessaires à la sécurisation juridique. J'ai donc supposé puis posé décisoirement que les *Laman* combinaient *in intellectu*, dans leurs têtes et selon des didactiques propres, des informations analogues à celles que les agents du cadastre introduisaient dans les livres fonciers, à cette réserve près qu'il ne s'agissait pas d'y inscrire un droit de propriété ou son démembrement mais un habitus, un dispositif de sécurisation appartenant à un système local complexe. Mais trop complexe pourtant pour que je puisse prétendre le restituer directement de manière satisfaisante. Je devais donc trouver un support analogique formel et je me suis souvenu des matrices comptables que j'apprenais à utiliser dans les cours d'économie politique de Raymond Barre à l'université de Caen en 1960.

Le phénomène juridique que je devais expliquer était constitué de trois variables originales mais interdépendantes (statuts d'acteurs, topologies et zonages des activités), aucune ne prédéterminant les autres car on pouvait, selon les situations, lire les rapports fonciers par les acteurs, par les lieux-dits ou par les utilités privilégiées. Le support de la matrice offre trois dimensions, l'axe vertical, l'axe horizontal et la case qui apparaît à la jointure de ces deux axes. Je décidais d'introduire les titulatures sur l'axe horizontal, les zonages d'utilisation sur l'axe vertical puis enfin d'inscrire chaque lieu-dit en coordonnée d'un statut et d'un mode d'utilisation. Ce choix m'était en fait guidé par un article exceptionnel de Paul Bohannan (1968) ayant travaillé chez les Tiv du Nigeria et qui avait mis en valeur l'incidence des rapports

homme/homme (statuts) et hommes/chose (utilités privilégiées). Je complétais donc son modèle par la troisième série des lieux-dits pour me heurter à une difficulté inattendue. Toute matrice est graduée du + au – à partir du point zéro où se rencontrent les deux axes vertical et horizontal. Si je voulais que la matrice utilisée comme modèle ait une fonction comparative, donc une application plus générale que la description d'un cas singulier, je devais ordonner logiquement les données selon un ordre décroissant pour ensuite introduire dans les cases ainsi identifiées les catégories ethnologiques pertinentes.

L'été 1969 sera donc occupé par l'élaboration d'un modèle anthropologique, puis son application à une dizaine de sociétés selon un corpus des données disponible au Laboratoire d'anthropologie juridique (Le Roy, 1970a). Pour l'axe vertical des utilités privilégiées, je choisis de traduire mes catégories « sénégalaises » selon l'ordre décroissant : terres de cultures, terres de résidence et terres de réserves. Par contre, il faut distinguer entre les statuts pour restituer la segmentation de l'intériorité et de l'extériorité à la base de la stratification entre exploitation des sols (qu'on retrouve dans toutes les sociétés africaines que je connais) et répartition des terres qui n'émerge que dans ces sociétés que j'avais qualifiées de semi-complexes et donc où les structures de parenté sont clairement différenciées des relations de pouvoir politique (ce qui est le cas chez les Wolof mais pas dans les sociétés casamançaises où j'ai travaillé en 1979).

Chacun des deux domaines d'analyse, les statuts d'exploitants et de répartiteurs, fait l'objet de développements originaux. Pour ce qui concerne l'exploitation des sols, je m'inspire des travaux d'anthropologie économique en utilisant le vocabulaire juridique le moins connoté possible. La matrice des titulaires dans l'exploitation comprend sur l'axe horizontal des modes de jouissance les distinctions entre quatre positions : possession/détention/délégation/affectation. Sur l'axe vertical des modes de production, on distingue à nouveau quatre positions : contribution/solidarité /convention/coopération. Les statuts observés sur le terrain sont introduits dans les $4 \times 4 =$ seize cases ainsi identifiables et dans leurs subdivisions internes si nécessaire.

La titulaires dans la répartition des terres mobilise une matrice où l'axe horizontal est associé aux modes d'implantation selon la distinction découverte/conquête/attribution. L'axe vertical est celui des modes de contrôle, jouant sur le distinguo pouvoir sur les hommes/pouvoir sur les terres et leurs combinaisons selon des modes par suprématie, par administration ou par maîtrise foncière.

Toutes ces catégories font l'objet de justifications axiomatiques et de définitions⁴ puis sont validées à partir de données ethnographiques dans *Théorie, applications et exploitations d'une analyse matricielle des systèmes fonciers négro-africains* (Paris, LAJ) où je limite les illustrations aux seules titulaires, emblématiques de l'ensemble de la démarche. Les développements ultérieurs du modèle général des rapports de l'homme à la terre se présentant sous la forme de matrices de régimes juridiques d'exploitation des sols ou de répartition des terres puis d'un tableau synthétique reprenant les modalités d'ajustements entre droits fonciers par voie conventionnelle ou judiciaire, vont d'abord faire l'objet de ma thèse d'État dont je reparle maintenant. Puis j'affinerai avec mes étudiants les modèles matriciels de base dans des documents qui constitueront l'épine dorsale de ma thèse d'ethnologie, en 1972. L'ensemble de la démarche est illustré dans la deuxième partie de *La Terre de l'autre* (Le Roy 2011). ●

4. Les principes méthodiques et épistémiques sont empruntés à André Régner (Régner, 1970).

CHAPITRE 2

Les années 1970 : droit et politique, le droit est politique, heurs et malheurs d'une anthropologie naissante

Ces années s'étirant de 1970 à 1980 stabilisent les bases scientifiques d'une anthropologie du droit et contribuent, surtout en fin de période, avec la participation à un programme de l'Unesco sur les transferts de droit, à l'idée que la conception occidentale de ce droit ne résume pas toute l'expérience humaine. Mais ces travaux vont connaître des épisodes agités liés à la confrontation au politique dans son sens le plus large. En effet, je vais me heurter tant à la politique politicienne au Sénégal qu'aux enjeux de la confrontation Est-Ouest au Congo, qu'à ceux de la décolonisation au Togo ou à la frilosité des éditeurs parisiens qui refusent mes deux premiers manuscrits... qui font peur. Ils n'avaient pas tort mais cette période fut rude, même si elle s'ouvrit sur un pari gagné avec la soutenance de ma thèse d'État en droit en juin 1970.

À qui gagne ses paris mais perd la donne : une thèse à hauts risques

Il faut rappeler ici que mon patron de thèse est toujours rue de Grenelle et qu'il trouvera tout juste le temps de survoler le manuscrit final avant la soutenance. J'ai donc appris à me débrouiller seul. Ce sera une bonne école mais quand je deviendrai moi-même directeur de thèses, je m'obligerai à être un patron présent, disponible et attentif aux risques pris par les candidats.

- >> **Mon premier pari** tient à une thèse relativement courte (292 pages), avec de nombreux tableaux et matrices, organisée en trois parties au lieu du sacro-saint deux parties et deux sous-parties des thèses de droit, avec trois chapitres, trois sections, trois paragraphes etc., parce que j'ai appris sur le terrain que le pluralisme commence à trois et que je veux coller à la pensée africaine.
- >> **Deuxième pari**, la structuration du plan est basée sur les trois grands temps du modèle anthropologique que je viens de tester : les titulaires des droits sur la terre, le régime juridique de la répartition des terres et les modalités d'ajustements entre les droits, conventionnels ou judiciaires. Les liens avec les catégories canoniques de la science juridique sont donc métaphoriques et quelque peu critiques.

- >> **Troisième pari**, partir non seulement d'un modèle anthropologique mais des données endogènes, donc des pratiques des Wolof auxquelles sont confrontées les institutions du Sénégal contemporain. En inversant un ordre restituant la supposée supériorité de notre civilisation juridique et en remettant au centre de l'analyse la cohérence des pratiques locales, je commets pour certains un crime de lèse-majesté qui reviendra en boucle lors de mon concours d'agrégation de 1977. Toute la recherche est résumée dans le tableau n° 13, p. 113-114, un double page qui avait été dessinée à la main pour tenir compte de la complexité de toutes les données qui devaient être mobilisées et dont le titre est « Régime juridique des terres, tableau comparatif dans le système traditionnel (modèle cayorien du début du XIX^e siècle) et dans les législations contemporaines ».
- >> **Quatrième pari**, demander la participation des deux plus grands civilistes de la faculté de droit de Paris, Jean Carbonnier et François Terré. Ce dernier, alors jeune agrégé, avait été mon professeur de droit des biens à l'université de Strasbourg en 1961 et j'avais suivi, ébloui, les séminaires de sociologie juridique de Jean Carbonnier qui préside avec bienveillance mais exigeance mon jury. Ça passe ou ça casse. C'est la réussite, *cum magna laude*. Je me crois compris par les juristes, mais c'est une illusion.
- >> **Cinquième pari**, partir de cette reconnaissance des idées juridiques endogènes comme base d'une stratégie politique pour afficher en conclusion générale la thèse suivante, p. 246 : « Si nous pouvons admettre que les catégories du droit traditionnel ne sauraient répondre aux données techniques du développement, on ne peut présupposer que le recours intégral aux concepts civilistes français puisse mieux les résoudre. C'est donc un droit authentiquement nouveau qui doit se créer pour répondre à la fois aux réalités africaines et à la technicité moderne. » Cette proposition, toujours d'actualité, avait été formalisée après discussions avec Cissé Ben Mahdi, ministre sénégalais du Développement rural et en charge de l'application de la réforme foncière au moment de mes enquêtes de terrain. Nous avions prévu de donner corps à cette proposition au plus vite mais une crise politique au sommet de l'État à Dakar en août 1970 va bloquer le processus : Cissé Ben Mahdi doit se réfugier en Suisse et je suis « définitivement » interdit de séjour au Sénégal par le ministre d'État, ministre de l'Intérieur, le très jacobin Jean Colin, ancien administrateur colonial et néo-sénégalais par mariage. Échec au (Le) Roy.

Un sixième pari : malgré tout, prolonger et approfondir l'approche méthodologique de l'analyse matricielle des rapports de l'homme à la terre (1971-1977)

L'interdiction définitive du Sénégal sera en fait contournée six ans plus tard quand, après transfert en 1972 de la responsabilité de l'application de la loi sur le domaine national au ministère de l'Intérieur, la politique de développement à la base semble définitivement compromise. Je ne suis alors plus dangereux. Mais, en 1970, cette interdiction pouvait être reçue comme l'uppercut par le boxeur sur le ring car, pour un jeune anthropologue qui commence à maîtriser la langue et une acculturation positive, le coup est rude. Restent cependant le matériel collecté en 1969, mes étudiants principalement africains et cette passion pour la discipline nouvelle de l'anthropologie juridique. La création de l'université Paris 1 s'accompagne, Michel Alliot étant devenu président de l'université Paris 7, de ma mutation durant toute la décennie à l'UER d'Art et d'Archéologie pour y remplacer André Leroi-Gourhan et enseigner

l'ethnologie aux archéologues. Une expérience de « placardisation » pourtant enrichissante, avec le sentiment d'être le dompteur au milieu de la cage des fauves quand j'enseigne au Centre Tolbiac dans un amphithéâtre de six cents places aux chahuts mémorables et dans une ambiance post-soixante-huitarde.

● Un séminaire anthropologique en droit du développement

Je garde cependant mon séminaire africaniste et mes responsabilités au Laboratoire d'anthropologie juridique dont je suis devenu le directeur adjoint. La recherche sur le foncier et sur l'analyse matricielle peut donc se poursuivre en concrétisant le programme dessiné dans *Théorie, applications et exploitations d'une analyse matricielle des systèmes fonciers négro-africains* (1970, précité).

Avec un petit groupe de quatre à cinq thésards de Michel Alliot et d'autres étudiants en année préparatoire au doctorat de 3^e cycle, nous attaquons le dossier des systèmes d'exploitation des sols. Il est doublement stratégique parce que je n'en ai pas traité dans ma thèse d'État consacrée à la répartition des terres et que j'ai posé axiomatiquement, qu'on trouve ce régime juridique dans toutes les sociétés africaines sous des formules plus ou moins développées alors que la répartition des terres ne se retrouve que dans des sociétés semi-complexes, en relation avec la spécialisation de l'appareil juridique.

Nous allons avancer en deux temps. Dans un premier temps, en 1971, nous établissons le modèle de l'exploitation des sols dans les « Documents complémentaires » (Le Roy, ed., 1971). Ce texte sera repris, complété avec des contributions de Fagla Ahouangan, Mamadou Balla Traoré et Mamadou Wane, et amendé de 1974 à 1977 pour en décrire les transformations contemporaines dans les politiques de réformes agraires (Le Roy, ed., 1977). Il sera refusé par tous les éditeurs du quartier latin auquel il fut présenté : trop long ai-je déjà écrit (515 pages), trop compliqué, trop dérangeant surtout.

Mais il nous arrive une autre surprise du côté du Gabon d'où rentre un autre doctorant, Marcel-Roch Nguema-Mba. Parti sur le terrain avec mon modèle théorique (Le Roy, 1970), il a effectivement trouvé tout le matériel d'un système d'exploitation des sols et pas celui d'une répartition des terres puisque la société ne répond pas aux critères de la semi-complexité structurale. Mais il rapporte autre chose et affirme que ces matériaux appartiennent bien à notre problème donc à sa solution. Approfondissant les mécanismes de dons et contre-dons mis en évidence par Georges Balandier dans ses travaux des années cinquante (Balandier, 1960, 350), Marcel Roch prétend et démontre que nous sommes face à un système de circulation des produits de la terre, systématiquement complémentaire de l'exploitation des sols. Il nous oblige donc à rendre encore plus complexe notre modèle des rapports de l'homme à la terre en introduisant le système de la circulation/distribution des produits de la terre en position intermédiaire entre l'exploitation des sols et la répartition des terres. Ce nouveau système répond à la fonction centrale des partages et des échanges et de leur organisation dès que les sociétés communautaires sont amenées à distinguer fonctions parentales et fonctions politiques sans cependant autonomiser encore ces dernières. Ce modèle imprévu et révélé par ce terrain gabonais va faire l'objet de vérifications collectives immédiatement puisque nous y consacrerons le séminaire de recherches annuel et sa publication (Le Roy, ed., 1972). J'ajoute qu'avec ce nouveau questionnement, je peux éclairer des données collectées sur mon terrain wolof mais que je n'avais pas retenues comme appartenant au modèle des rapports de l'homme à la terre qui devient « à la terre et à ses produits ». J'expérimente ainsi la problématique de validation d'un paradigme qui ne se conçoit qu'à partir d'un champ de

questions et qui va constituer l'enjeu central de la soutenance de ma thèse de doctorat en ethnologie soutenue à l'université Paris 7 en 1972.

● Une thèse en ethnologie avec Robert Jaulin à l'université Paris 7

Mon premier patron s'étant suicidé, je rencontre Robert Jaulin qui a créé une Unité d'enseignement et de recherche (UER) en ethnologie pour le moins atypique mais en phase avec une université qui se voulait expérimentale. Robert devient à l'époque l'avocat des recherches sur l'ethnocide aux Amériques mais ses travaux sur l'initiation dans *La mort Sara* (Tchad) sont réputés et il est passionné de mathématiques et plus largement de formalismes. Il m'introduit auprès d'André Régnier, un logicien enseignant à Paris 7 qui met entre mes mains un court texte d'une vingtaine de pages « Mathématiser les sciences de l'Homme ? » où le point d'interrogation est central. Ce texte éclaire et justifie tous les choix que j'avais faits en préparant ma *Théorie, applications et exploitations d'une analyse matricielle...* de 1969-70. Il va me servir de base à une thèse sur documents, une introduction générale de méthode d'une trentaine de pages qui continue à constituer une partie de mon matériel théorique fondamental. Dans cette thèse, je reprends après cette introduction, à la suite *Théorie, applications et exploitations d'une analyse matricielle*, *Le système d'exploitation des sols en Afrique noire de 1971*, *Le système de distribution des produits de la terre en Afrique noire*, de 1972 et des éléments d'analyse du *système de répartition des terres en Afrique noire* qui sera globalement diffusé en 1973. Pour la première fois, une présentation complète du modèle anthropologique est soumise à la communauté scientifique, avec ses choix théoriques et méthodiques fondamentaux. Là aussi je sais que je reste marginal, donc je ne tente plus l'épreuve de la publication que j'ai esquissée avec ma thèse de doctorat en droit. Ce nouveau titre de docteur est pour moi une récompense symbolique en confortant ma vocation anthropologique mais de nouvelles urgences m'attendent.

L'africanisation de l'histoire des institutions à l'Université de Brazzaville

Le contexte est celui d'un « deal » politique entre des autorités du Parti congolais du Travail et l'ambassadeur de France à Brazzaville, Pierre Hunt, qui s'inscrit dans une compétition est-ouest puisque ce sont les Soviétiques et les Allemands de l'Est qui sont derrière ce remue-ménage. Mis au défi de changer des enseignements encore très franco-français dans un contexte de révolution marxiste et de socialisme, Pierre Hunt fait appel à son compagnon de la France libre, l'africaniste Michel Alliot, qui délègue à son premier assistant. Et me voilà, orphelin de mon terrain sénégalais, impliqué dans une aventure qui n'est pas sans dangers physiques à Brazzaville. La découverte des populations du Congo est un souvenir inoubliable, avec les grandes forêts du Mayombe en arrière-fond au sud du pays. L'un des apports de cette expérience est d'avoir élaboré durant deux années d'enseignement à Brazzaville une théorie des institutions africaines qui repose sur trois types d'organisations de pouvoirs, ce qui a été central pour le cours d'histoire des institutions en licence en droit 1^{re} année et qui aura ensuite en 1972-1973 ses correspondants pour les cours historiques de 2^e, 3^e et 4^e années de licence. Je viens d'en refaire le récit (Le Roy, 2013-2017), donc je ne m'attarde pas, pour retenir seulement ce qui est à la genèse de ma lecture de la juridicité. Dans mon cours d'Histoire des institutions d'Afrique noire, j'avais consacré de longs développements aux modes

endogènes de règlement des différends qu'on dénomme génériquement des palabres, en particulier au tribunal coutumier du chef Nkewa dans le quartier Bacongo de Brazzaville où m'avaient conduit certains de mes étudiants.

Dans un contexte politiquement difficile où ma vie était menacée ainsi que la sécurité de mes enfants, je quitte le Congo en juillet 1973. Après mon retour en France, je suis invité au Canada au colloque de l'Association canadienne des études africaines à Halifax où je présente en février 1974 ma relecture de la justice africaine dite traditionnelle (Le Roy, 1974 et 1975) sur la base de ces deux années d'observation participante et d'enseignements. Pour couper avec les ethnocentrismes qui justifient la supériorité de la conception moderne-occidentale de la justice par la place et le rôle de la norme écrite et de l'écriture juridique, je systématise l'oralité comme fonction première et rectrice des expériences africaines en soulignant, au-delà des problèmes procéduraux, la valorisation de la négociation et de ce que je commence à appeler un ordre/ordonnement négocié. Manifestement, il y avait là des données qui avaient échappé tant à mes devanciers qu'à l'approche théorique sous-jacente à la conception moderne du droit. Les juristes canadiens, en particulier *common-lawyers*, y sont à Halifax plus sensibles que leurs homologues français. Ces questions seront reprises dix ans plus tard pour préciser la place de la parole par rapport au geste dans la coutume (Le Roy, 1990 [1984]) puis pour lancer un programme de recherche sur la justice des mineurs en France comme privilégiant, dans un contexte de primat de la fonction éducative, et par des actes posés, un mode négocié d'accès à l'âge adulte. Entre les deux, il y a un échec à l'agrégation et une reconduite à la frontière au Togo qui vont me mener au CNRS en 1979.

● Coups de grisou 1977 et 1978 et qui perd gagne en 1979-1980

De l'échec à l'agrégation d'Histoire des institutions il n'y a que peu à dire car le message transmis à la fin de l'épreuve où j'étais monté jusqu'à l'admissibilité était limpide : rentrez dans le rang. Si vous renoncez à l'Afrique et à l'anthropologie vous pouvez trouver une place honorable chez nous. Ce n'était pas négociable et si j'évoque cet épisode c'est bien parce que la préparation de ce concours m'avait permis de vérifier la possibilité de rendre compte de conceptions de la juridicité étrangères aux solutions du droit moderne. L'affaire a déjà été contée dans *Le Jeu des lois* (1999). Sur la base de mes travaux de terrain j'avais, fin 1969, élaboré avec mes étudiants africains de Paris un modèle anthropologique de la parentalisation communautaire que je tenais pour caractéristique des sociétés africaines. C'était la notion wolof de *mbok* parenté/partage, qui, déjà, avait attiré mon attention et j'avais voulu comprendre sur quoi reposaient les différences entre divers termes ou expressions collectées sur le terrain. J'avais alors proposé un petit modèle formel matriciel faisant varier les biens communs partagés (ancêtres, résidence et interdits) et les modes de rattachement (par incorporation, alliance et assimilation). Cette représentation matricielle proposait donc neuf solutions qui avaient toutes été explorées et exploitées par les Wolof, avec des variations intéressantes dans le temps, la parenté par la circonscription commune pour les hommes (*mbok lel*) ayant tendance à être remplacée par la parenté par le travail (*mbok ligey*) sur les champs du marabout dans la confrérie des Mourides. Dans le portefeuille des titulatures que j'ai évoqué, la pluralité des modes de parentalisation et leurs complémentarités pesaient lourd. La confrontation par mes étudiants avec les données d'autres sociétés africaines permettait de vérifier la généralité d'une analyse qui n'avait que le défaut de contredire les fameuses *Structures élémentaires de la parenté* de Claude Lévi-Strauss, alors au zénith. La publication attendra mais pas le souci d'en examiner la généralité hors d'Afrique. Deux travaux d'agrégation vont me permettre de le faire : *Recherches sur la parenté dans la Grèce ancienne* (Le Roy, 1973b), sur la base d'un

corpus fourni par l'Illiade d'Homère, et *Parenté et communautés dans le Vermandois*, de 1570 à l'époque contemporaine (1973c). L'ensemble de la démarche a été présenté et commenté dans *Le Jeu des lois* (1999, p. 226-235), où je souligne le rôle des modèles de conduites et de comportements comme contribution à une juridicité originale. L'ensemble repose en effet sur une socialisation juridique principalement fondée sur l'éducation au sens traditionnel de la transmission de codes gestuels et comportementaux et de savoirs pratiques adaptés à chaque type de relation. Ainsi, chez les Wolof, le rapport avec le père social (pas toujours géniteur) est compassé et hiérarchique alors qu'avec les grands-parents le rapport est beaucoup plus libre, fondé sur une liberté de ton et de plaisanteries qui se rapproche d'une parenté à plaisanterie qui est, cependant, cantonnée aux relations entre noms d'honneurs (*sant*) qualifiés de clans.

Durant cette période, un autre événement aurait pu avoir des conséquences désagréables. J'avais été invité par la coopération néerlandaise à participer au lancement de la réforme agrofoncière du Togo et nous étions attendus à Lama-Kara au nord du pays, dans des conditions de travail exceptionnelles puisque nous avions un hôtel à notre disposition et que les déplacements par la route permettaient de découvrir ce pays en remontant du sud prééquatorial au nord des savanes. Ce qui fut moins réjouissant était le menu réformateur qui nous était proposé, d'essence néolibéral sous quelques apparences de solidarité africaine. Le texte avait été rédigé par un expert de la FAO, une institution que je vais fréquenter par la suite mais qui cependant, ici, ne s'associait que prudemment à la démarche. Le texte est surtout porté par l'Africa Studiecentrum de Leiden et la coopération française avait le sentiment, en ces temps de France-Afrique (*Francàfric*), que les collègues néerlandais venaient lui tailler des croupières dans son « pré carré ». Mais j'ignorais une grande part de ces enjeux quand, lors de la séance inaugurale et invité à dire tout le bien que je pensais de cette réforme à la gloire du président Eyadéma qui se prenait déjà pour un autre Mobutu, j'en dis ce qu'honnêtement je pensais qu'il fallait en dire : trop dangereuse pour fonder la paix sociale dans les campagnes, juridiquement arbitraire et économiquement peu pertinente en négligeant la petite agriculture familiale. Mon voisin, Émile Le Bris de l'Orstom, que je découvrais alors, ajouta un certain nombre de commentaires sur la base de considérations togolaises que je ne maîtrisais pas et... la messe était dite ! Car l'expert décida de retirer son texte et de se retirer, et, avec lui, le colloque perdait sa raison d'être : plus de discussions sur la réforme mais quelques communications « scientifiques » qui feront l'objet d'une petite publication⁵. Je n'ai su que plus tard la nature des négociations entre l'ambassade de France et la présidence de la République du Togo pour savoir que faire des impertinents. Nous profitons de la piscine. Puis on me reconduisit à l'aéroport à destination de Paris en me faisant comprendre que je n'avais pas intérêt à revenir au Togo. Trois semaines après mon retour, je fus convoqué Rue Monsieur, au siège du ministère de la Coopération. Je m'attendais à un « savon », je fus accueilli avec un grand sourire et une proposition inattendue : organiser les premières rencontres internationales sur les politiques foncières en Afrique, avec un budget qu'on ne retrouvera plus. Quelques acteurs du ministère, dont Michel Gaud, avaient compris que la question foncière allait devenir centrale dans les politiques de développement et qu'ils n'en savaient rien ! Je demandai un an de préparation car nous partions du néant et je m'associiai avec Émile Le Bris et l'Orstom pour monter un « rapport introductif » qui sera au centre de débats que j'organiserai à l'université Paris 1 en septembre 1980. Au même moment, fin 1978, je fus détaché pour quatre ans au CNRS avec une liberté de recherche totale qui associa l'approfondissement de la théorie anthropologique et la connaissance des politiques foncières. ●

5. « La réforme agrofoncière dans les Pays du Conseil de l'Entente en Afrique de l'Ouest », *African Perspectives*, 1979-1.

CHAPITRE 3

La décennie 1980-1990, l'expérience du pluralisme juridique et normatif

Dans la recherche, il y a au moins deux attitudes, donc deux démarches. Il y a ceux qui s'inscrivent dans un cadre théorique déjà connu et qui ont vocation à l'appliquer tel quel ou avec des modifications ou adaptations possibles ou nécessaires. Ils disposent donc d'un cadre paradigmatique *a priori* qui détermine le champ de questions pertinentes à explorer. C'est le schéma processuel classique qu'on peut retrouver tant dans les sciences dites dures, de la matière, que celles qui sont dites « molles », de l'homme et de la société. À côté, mais pas en opposé, il y a ceux qui prennent le risque de l'observation tous azimuts, mais qui n'est pas « sauvage » car les contraintes de la répliquabilité sont toujours présentes. Ces chercheurs acceptent comme pertinents des objets et des questions qui ne le sont pas, pas encore, pas toujours, pas maintenant... au risque de l'échec comme pour tout chercheur mais aussi à celui de la disqualification professionnelle. Dès qu'on se coupe trop explicitement des savoirs constitués, il faut retrouver les conditions pratiques ou métaphoriques d'une continuité dans les explications de ce qui fait sens dans la communauté scientifique qui, sinon, devient alors sourde, critique et destructrice. On ne peut pas se permettre d'être « hors jeu » scientifiquement. Mais, cette contrainte maîtrisée, leur cadre théorique ne peut émerger qu'*a posteriori* d'une suite d'approches des objets et de démarches techniques, approches qui relèvent souvent de l'essai-erreur.

Entre cadres théoriques *a priori* et *a posteriori* les liens sont constants, ce que Robert Cresswell appelle les « méthodes mixtes », au moins pour les aventuriers de la recherche car les questionnements nouveaux s'appuient sur les savoirs déjà acquis. Nous sommes les éternels débiteurs de ceux qui nous ont formés et de ceux qui nous ont précédés sur la question (infra, III^e partie). Reste pourtant une difficulté que l'anthropologie du droit comme nouvelle manière de questionner l'objet juridique ne cesse de connaître et de reconnaître : la difficulté à objectiver et à nommer ce que nous sommes en train de faire émerger de la galaxie des questions sans réponses assurées. Une métaphore est d'usage courant entre nous. Nous nous rendons compte rétrospectivement que, comme le monsieur Jourdain de Molière dans *Le Bourgeois gentilhomme* qui pratiquait la prose sans le savoir, nous avons adopté des positionnements scientifiques qui ne sont pas encore labellisés, ou pas sous cette dénomination, ou pas avec les conséquences que nous en tirons mais qui sont cohérents en axiomatisant nos prémisses méthodiques et les conséquences que nous en tirons. Tout en restant innommé théoriquement, le cadre scientifique se révèle fertile et doit être poursuivi.

Ma première expérience de 1970 me fut apportée par Jean Carbonnier me faisant remarquer lors de ma soutenance de thèse que j'étais un structuraliste peu canonique en introduisant la diachronie dans la synchronie lévi-straussienne. Cette réflexion, bonne à

penser, m'accompagnera jusqu'à la rédaction du *Jeu des lois* en 1999 et son introduction à une anthropologie « dynamique ».

La deuxième expérience est associée à la décennie des années 1980 avec le pluralisme juridique, en particulier durant les années 1980 et 1981.

La confrontation au pluralisme

En 1980 je suis un des organisateurs de deux rencontres internationales, le colloque *Sacralité, Pouvoir, Droit en Afrique*, en janvier au centre d'études juridiques comparatives de l'université Paris 1 et *Les Journées d'études sur les problèmes fonciers en Afrique noire* en septembre, organisées à l'initiative de ministère de la Coopération et publiée sous le titre *Enjeux fonciers en Afrique noire* (Le Bris, Le Roy, Leimdorfer, 1982).

En 1981, je suis invité au symposium « State Institutions and their Use of Folk Law: Theoretical and Practical Issues ». Il est organisé par la *Commission on Contemporary Folk Law* de l'Union Internationale des sciences anthropologiques et ethnologiques, à Bellagio, Italie, du 21 au 25 septembre 1981. Je suis le seul Français à présenter une communication (Le Roy, 1984).

Quels sont les apports de ces trois manifestations à la théorie de la juridicité en cours de constitution ?

>> Le colloque *Sacralité, Pouvoir, Droit en Afrique* n'a jamais été publié par son organisateur Michel Alliot pour une raison qu'on n'a toujours pas pu expliciter. Une quarantaine de participants venaient de toutes les régions d'Afrique et y présentaient des illustrations exceptionnelles des trois thématiques entrelacées. Le manuscrit maintenant en dépôt entre mes mains n'en est que plus passionnant à exploiter. Il illustre que c'est bien là qu'a émergé la proposition qui sera ensuite au centre de la théorie des archétypes de Michel Alliot (2002) : « Dis-moi comment tu penses l'origine et la création du monde, je te dirai comment tu penses ton droit » donc « ta juridicité » dans ma perspective actuelle. Au vrai, initialement, Michel avait une formule plus concise et quelque peu provocante : « Penser Dieu c'est penser le droit ». Mais toutes les traditions ne mettent pas « Dieu » ou « les dieux » à l'origine du monde. D'où une formule plus policée et qui devrait être méditée par les tenants d'un monologisme juridique. Notre conception du droit positif n'est pas universelle parce qu'elle est la transposition, via notre culte de l'État, d'une représentation d'un Dieu créateur du monde à partir du néant et pensé dans ses rapports à ses créatures comme extérieur, supérieur, omnipotent et omniscient. Cette représentation est partagée par les trois religions du Livre. Elle n'est pas concevable dans la pensée confucéenne car la preuve de l'origine du monde y manque et dans les pensées animistes des Africains (dont les anciens Égyptiens), des Océaniens et des Proto-Américains, où le monde tel que nous le vivons repose sur une collaboration des hommes et des déités et un inachèvement de la création. À chaque conception des origines du monde correspond donc une vision de la juridicité, le droit hérité de la tradition monothéiste hébraïque puis chrétienne n'en étant qu'une application particulière. Nous reviendrons à la fin des années 2000, avec Christoph Eberhard, sur ces développements théoriques pour les confirmer et les élargir (Eberhard, Le Roy, 2009). J'y reviens dans la deuxième partie.

- >> « Les journées d'études sur les problèmes fonciers en Afrique noire » cachent sous cette appellation universitaire la première rencontre, décisive, d'une pratique interdisciplinaire de la recherche qui va avoir immédiatement ses équivalents en science politique avec la fondation de la revue *Politique africaine*, ou en géographie avec le réseau *Pratiques urbaines*. Une année de préparation en comité scientifique à composante internationale a permis de construire une problématique qui tient en une formulation : le référent pré-colonial. Deux sources d'analyses y contribuent. C'est tout d'abord la lecture des politiques de mise en valeur de l'Afrique coloniale que réalisent Jean-Pierre Dozon et Jean-Pierre Chauveau et c'est par ailleurs leur mise en forme normative avec l'élaboration de ce droit coutumier sur lequel je travaille à l'époque (Le Roy, 1982). En confrontant nos explications à la lumière d'une critique de *L'Atlas des terroirs africains* par le géographe Émile Le Bris, nous proposons une explication roborative : la colonisation a développé une politique de généralisation de la propriété privée qui se devait, pour s'imposer, de disqualifier les conceptions précoloniales et précapitalistes des Africains. Pour ce faire, à partir des années 1920, un nouveau paradigme du foncier africain s'est imposé selon un principe de présentation en deux ensembles modernité v/s tradition et où la tradition était montrée, trait pour trait, comme le contraire et le contradictoire de la modernité, supposée naturellement supérieure, donc bonne à généraliser.

Tout n'est pas faux dans le référent précolonial mais dès lors que l'expérience est uniquement pensée à partir du droit civiliste et de manière au mieux caricaturale, on fait sortir le lecteur du champ des pratiques des Africains pour enfermer leurs solutions dans l'enfer de la tradition, donc bonnes à abattre. Mais la portée générale de cette innovation « juridique » va émerger peu après lorsqu'en 1983 l'indianiste Louis Dumont, l'un de nos meilleurs anthropologues, publie au Seuil ses *Essais sur l'individualisme* où il montre que le principe du contraire sur lequel repose le référent précolonial est un marqueur central de l'idéologie moderne qui prétend annuler la référence à la hiérarchie au nom de l'individualisme égalitariste mais réintroduit cette hiérarchie en secret par le biais du principe du contraire adopté pour sa présentation. Grâce à Louis Dumont, nous comprenons alors mieux comment « le droit » a réussi à disqualifier ses autres concurrents normatifs, en particulier « la coutume ». On retrouvera ces analyses dans les deuxième et troisième parties.

- >> Bellagio, nichée dans les Alpes italiennes, est en ce mois de septembre 1981 un lieu idyllique et nous sommes invités par la fondation Rockefeller pour la première rencontre fondatrice d'un nouveau réseau international qui est initié par les Néerlandais mais qui est en fait dominé par les Nord-Américains, donc par un néolibéralisme qui commence à rendre difficile un questionnement sur le rôle du capitalisme dans la diffusion de la propriété privée en Afrique. Avec mon ami américain Francis G. Snyder, nous défendons une lecture critique des incidences foncières de la soumission graduelle depuis le début du XX^e siècle des Africains au capitalisme et c'est une approche moyennement appréciée car réputée marxiste (Le Roy, 1984) bien que pluraliste. La révélation de ce symposium, c'est le pluralisme juridique comme un cadre théorique à part entière dans le contexte de la *Common Law*. Je suis dès lors et pour une trentaine d'années, associé aux structures de ce nouveau réseau et aux confrontations scientifiques et idéologiques autour de deux versions du pluralisme, l'un doux et centré sur la reconnaissance par l'État d'une pluralité de solutions normatives à un même problème, l'autre radicale et faisant du seul individu (l'acteur pour moi) l'arbitre de choix entre les multiples possibi-

lités (appliquer, contourner, détourner le droit de l'État, innover, inventer, contester au risque de contrevenir au droit positif) qui s'offrent à lui.

J'évoluerai progressivement d'un pluralisme prudent (adoptant le concept de juristique de Henri Lévy-Bruhl en 1983 (Le Roy, 1989)) à des options de plus en plus nettes pour aboutir à *L'hypothèse du multijuridisme* à Montréal en 1995, en lien avec les travaux de Jacques Vanderlinden (III^e partie).

La connaissance du phénomène juridique dans sa diversité

Les années suivantes sont les plus riches, au moins en matière de travaux scientifiques (des dizaines d'articles, les premiers ouvrages). Derrière l'apparence d'une dispersion, il y a le souci de prolonger les premiers résultats pour apprécier l'originalité des pratiques juridiques. Que cache le juridique au-delà de l'homogénéisation du droit positif ?

- >> À l'occasion de l'élection de François Mitterrand à la Présidence de la République, il y eut des remous en mai-juin 1981 sur les marchés fonciers ruraux et les terres perdirent pendant quelques jours une partie de leur valeur. Ce mini-crack fut analysé dans le Vermandois (Le Roy, 1984b) à partir d'une question simple « être ou ne pas être propriétaire foncier ? ». Le régime du fermage des débuts de la quatrième République que les propriétaires fonciers tenaient pour une abomination devenait soudain plus aimable pour les « laboureurs » et le dédoublement d'un régime juridique en deux ensemble l'un en faire-valoir direct, l'autre en faire-valoir indirect, devenait un facteur de sécurisation foncière. À l'époque, la cession des « pas-de-porte » pour la transmission des droits de fermage du sortant à l'entrant sans passer par le propriétaire n'était encore qu'officieuse bien que tenue pour obligatoire. Cet exemple de dualisme juridique pouvait aussi déboucher sur un vrai pluralisme comme j'ai cherché à le comprendre récemment au Parc naturel du Morvan.
- >> En 1985 et au sortir de la deuxième sécheresse au Sahel après celle des années 1970-1973, la Caisse centrale de coopération économique (devenue AFD) décide une intervention significative sur l'hydraulique pastorale au Mali, un élément stratégique de la sécurisation des troupeaux. L'approche de la « Caisse » a intégré l'incidence des implications foncières de la réalisation d'ouvrages parfois sophistiqués quand les ressources en eau sont à des profondeurs telles que l'exhaure manuelle est impossible. En outre, ces ouvrages ont un effet d'attraction et de concentration des troupeaux créant des surpâturages et des destructions de réserves fourragères voire de stérilisation des sols comme on l'observait déjà au Niger. Du delta intérieur du Niger à la boucle du fleuve en face de Tombouctou puis le long des bourgoutières vers Gao à l'est, nous rencontrons pasteurs peuls et éleveurs tamatchek ou agriculteurs songhaï pour identifier avec eux les conditions les plus optimales tant techniquement que sur le plan foncier. C'est mon premier contact avec le Mali et le foncier pastoral. J'y réunis les observations de ce qui va devenir une théorie des représentations d'espaces à enjeux fonciers différenciés publiés dans *La Terre de l'autre* (2011), avec l'incidence d'une science des cheminements (odologie), l'importance du puits et du terroir d'attache (topocentrisme) et les enjeux d'une sanctuarisation de certains zonages surpâturés (hiéronomie). Si la publication de ces résultats ne deviendra effective qu'en 1997 (Le Roy, 1999 [1997]), après le long travail

réalisé, entre 1992 et 1996, avec l'Observatoire foncier du Mali et l'Aprefa, dont je vais reparler, nous avons collectivement deux convictions. Nous savons déjà que ni le droit de propriété privée ni son support, la représentation géométrique de l'espace, ne suffisent à rendre compte tant de la complexité des droits fonciers dans le contexte pastoral que de la complémentarité de représentations d'espaces que l'histoire moderne a occultées mais qui restent présentes tant dans les comportements des pasteurs africains que dans nos pratiques urbaines au quotidien.

- >> Les Comores ont connu depuis 1975 une histoire mouvementée avec l'accès de trois des quatre îles à l'indépendance pour constituer la République fédérale islamique des Comores (devenue depuis Union des Comores). Un coup d'État a chassé de 1975 à 1978 le président élu, remplacé par un ingénieur agronome, Ali Sohili, qui instaura une sorte de démocratie prolétarienne anticoloniale et anticapitaliste, abolissant la chefferie et les autorités musulmanes ainsi que la propriété foncière et les titres fonciers détruits lors de grands autodafés. Pour sortir de la double violence coloniale et post-coloniale, la FAO avait, en 1986, convaincu le président Ahmed Abdallah, de mettre en œuvre une politique foncière formelle pour favoriser la relance économique d'îles connues pour être principalement exportatrices de plantes à parfum, d'huiles essentielles et de vanille extraites de grands domaines coloniaux constitués au début du XX^e siècle et occupés depuis 1975 par leurs ouvriers comoriens. Avec un de mes anciens doctorants, malien, Cheibane Coulibaly, à la tête de notre petite équipe, nous avons opéré une radiographie profonde des maux dont souffraient les Comores pour proposer aux dirigeants six options de politique foncière, allant du « on ne fait rien et chacun y retrouvera les siens » à une politique volontariste de généralisation de la propriété privée par voie d'immatriculation obligatoire et, en cas de refus, astreinte d'une inscription dans le domaine privé de la Fédération. Nous penchions pour une des solutions intermédiaires (qui sera officiellement adoptée par les autorités avec l'aval des bailleurs de fonds), solution qui reconnaissait l'existence de la propriété (protégée par la Constitution) donc la possibilité de requérir l'immatriculation mais à prix coûtants (très onéreux) pour décourager la spéculation foncière et le choix d'une option patrimoniale. Cette option reposait sur l'idée que les terres étaient le patrimoine commun de tous les Comoriens qui avaient chacun vocation à participer à leur gestion en introduisant un principe délibératif, de la base des conseils villageois à une structure d'appel à l'échelle fédérale, chaque île disposant d'une large autonomie de gestion. On proposait de reconnaître la place et le rôle du notariat et du droit musulmans pour répondre aux demandes de sécurisation des producteurs. J'avais également justifié puis rédigé en 1987 des textes de lois qui protégeaient les métayers et les écosystèmes forestiers qui étaient déjà des enjeux environnementaux stratégiques. Le processus réformateur sera interrompu par l'assassinat d'Ahmed Abdallah par Bob Denard en novembre 1989 et il n'a jamais pu être relancé depuis. Mais un mouvement de réformation officieux d'inspiration patrimoniale se maintiendra et continue à organiser et à sécuriser les producteurs dans un contexte de reconnaissance progressive des régimes de communs et des stratégies propriétaires à géométrie variable (Le Roy, 2017 [2016]), donc impliquant *de facto* un pluralisme juridique et une juridicité originale.
- >> On ne peut quitter les années 1980 sans évoquer la place et le rôle de trois structures ayant chacune apporté à l'idée de juridicité une contribution notable. La revue *Politique africaine*, que nous avons été une dizaine de chercheurs à cofonder en 1980, avait conçu son approche du fait politique selon le mot d'ordre du « politique par le bas » que portait en particulier Jean-François Bayart. Je le relaierai avec son équivalent

« le juridique par le bas » lorsque j'en assumais la présidence de 1985 à 1988 pour prendre alors la direction du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris (université Paris 1) et un poste de professeur d'anthropologie supposant des charges de direction de recherches doctorales considérables. Mais c'est bien la démarche base/sommet dite *bottom/up* en français qui sera la règle d'or d'une observation de faits juridiques sur le terrain des pratiques et avec un mot d'ordre particulier qu'on partageait avec Michel Alliot, et que j'ai déjà évoqué à propos des habitus : le droit n'est pas ce qu'en disent les textes mais ce qu'en font les acteurs. Ce qu'ils appliquent tout en étant sanctionné peut ne pas être du droit ou que du droit, d'où la juridicité comme un mystère à éclairer ou un puzzle à résoudre. La troisième expérience décisive pour faire entrer dans l'au-delà du droit est la transformation d'un réseau de chercheurs issu des journées d'études sur les problèmes fonciers de septembre 1980 en une association de la loi 1901. Fondée en 1986, l'Association pour la promotion des recherches et études foncières en Afrique (Aprefa) dont je suis président jusqu'en 1997, internationalisée, composée d'un noyau dur d'une vingtaine de membres, intervient en expertises foncières sur des programmes de développement ou des politiques de réformes à l'échelle nationale. À la suite de colloques ou de séminaires internationaux, l'Aprefa a publié l'essentiel de la recherche collective francophone constituant les soubassements des nouvelles approches des années 1990, avec les Conférences nationales, un regain démocratique et une remise en question de l'autoritarisme étatique, en particulier au Mali de 1991 à 1997. L'ouvrage collectif *Espaces disputés en Afrique noire, pratiques foncières locales* (Paris, Karthala, 1986) illustre par son sous-titre cet intérêt nouveau pour la recherche au bas du bas et la diversité des pratiques qui s'y observent ainsi en matière de démocratisation de la corruption, selon une formule de Jean-Luc Piermay, lors de l'accès aux parcelles loties en milieux urbains au Zaïre. ●

DEUXIÈME PARTIE

Trois décennies (1990, 2000, 2010) d'élaborations théoriques et paradigmatiques

**La théorie des maîtrises foncières,
des approches emblématiques du
paradigme de la juridicité et
de pédagogies pour en rendre compte**

INTRODUCTION

Cette période pourra apparaître plus austère au lecteur car ces élaborations théoriques et paradigmatiques supposent des choix de méthodes originales et d'un lexique qu'on s'efforcera de définir et de simplifier mais qui peut représenter une contrainte pour ceux qui sont si familiers d'un vocabulaire disciplinaire (celui du droit) qu'ils ne songent pas à en exploiter un autre, s'il est mieux adapté aux problèmes traités. On aurait pu être plus disert mais certains développements relatifs tant à la théorie naissante de la juridicité que de la question des communs seront reprises et précisées dans d'autres publications. Et derrière l'apparente rationalité qui guide l'avancement de ces travaux il y a un effet de sérendipité, ce hasard heureux sur lequel j'ai eu l'occasion de travailler à Cérisy (Le Roy, 2011) et les réseaux d'amitiés et de complicités intellectuelles partagées à travers le monde. ●

CHAPITRE 4

Les années 1990 : la théorie des maîtrises foncières, approche emblématique du paradigme de la juridicité

L'année 1990 débute par des articles privilégiant les dimensions pratiques (Le Roy, 1990) et populaires (Le Roy, 1991) du droit en Afrique et la thématique pluraliste prend un accent politique (Le Roy, 1993). La crise de l'État en Afrique et de son droit, les difficultés à y concrétiser État de droit et droits de l'homme parce que ne correspondant pas à des « êtres-au-monde » communautaires deviennent des thèmes majeurs de mes publications du milieu de la décennie. Ces analyses critiques sont justifiées mais elles peuvent donner l'impression que l'Afrique est condamnée à l'échec si on reste attaché à cette vue néocoloniale qui n'apprécie les choix africains qu'au regard du modèle occidental.

Or l'Afrique invente, mais pas là où nos préjugés individualistes ou ethnocentriques l'attendent. J'avais déjà illustré l'émergence de cultures communes à partir de mon expérience sénégalaise (Le Roy, 1994 [1990]). La théorie des maîtrises foncières va en illustrer toute la fécondité.

La théorie des maîtrises foncières et fruitières

On va d'abord présenter les supports formels qui ont été adoptés, puis en commenter les implications dans une perspective de juridicité.

● Approche formelle de la théorie des maîtrises foncières et fruitières

Cette théorie combine tout d'abord des solutions qui apparaissaient étrangères, voire contradictoires, puis offre des perspectives de gestion patrimoniale.

Nous sommes face à une combinaison de modèles, le premier, communautaire africain, et inspiré des analyses présentées à propos de la décennie 1960, le deuxième, individualiste, extrait du Code civil des Français de 1804. Le troisième modèle repose sur leur association matricielle dans un modèle commun alors que le quatrième modèle est un tableau de corrélations établies à propos de diverses avancées de la recherche foncière et illustrant la référence à la juridicité.

1. Un exemple de réponse africaine : quelques communs chez les Wolof du Sénégal.

Par souci d'économie de l'argumentation, on ne fait que reproduire ici un modèle intégrant des réponses très simplifiées sans en justifier les données.

TABLEAU 1 : **Communs wolof, Sénégal, début XX^e siècle**

Statut/objet du support et relation juridique	AVOIR <i>Am</i> Prélèvement	POSSESSION <i>Mom</i> Gestion	APPROPRIATION EXCLUSIVE <i>Lew</i> Exclusion
Externe	<i>gor</i>	<i>momel u bur</i>	<i>ngadje</i>
Alliance	<i>samukay</i>	<i>deuk</i>	<i>ngadyo</i>
Interne	<i>dock</i>	<i>tol keur</i>	<i>daye</i>

Légende :

- *gor* : essart ;
- *momel u bur* : terres de chefferie ;
- *ngadje* : terre qui porte malheur, appropriée aux risques et périls du candidat ;
- *samukay* : pâturage ici sur champ après récolte ;
- *deuk* : espace villageois ;
- *ngadyo* : hache légère de défrichage ;
- *dock* : parcelle ;
- *tol keur* : jardin de carré ;
- *daye* : feu courant utilisé pour une première occupation de la forêt primaire.

Ces catégories n'épuisent pas la richesse des données (consultables dans Le Roy, 2011).

2. La proposition individualiste du Code civil des Français de 1804.

On est aussi concis à propos de ce modèle conçu en 1989 pour fêter les deux cents ans de l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. L'intérêt de ce modèle est qu'il peut servir de support au métissage du droit et des communs en permettant de combler des « vides » entre la chose et le bien et entre rapports de droit public et de droit privé.

TABLEAU 2 : **Les quatre régimes du Code civil de 1804**

Statut/objet du support et relation juridique	Chose Droit d'accès	Bien Droit d'aliéner
Publique	Domaine public art. 538	Domaine privé affecté art. 540/41, Biens vacants art. 539
Privée	Communaux art. 542	Propriété privée des particuliers art. 537-544

3. La fusion des deux modèles (en grisé le modèle communautaire) dans un cadre matriciel commun, combinant la propriété absolue avec différentes solutions de communs et d'autres formes d'appropriations et de propriété publique ou collective.

TABEAU 3 : Matrice des maîtrises foncières et fruitières

Statut/objet du support et relation juridique	Chose Accès a	AVOIR Prélèvement b	POSSESSION Gestion c	APPROPRIATION Exclusion d	Bien Aliénation e
Publique 1	Domaine public				
Externe 2					Communaux
Alliance 3					
Interne 4					Domaine privé
Privée 5					Propriété absolue

Chaque société, pour chacune des périodes de son histoire, apporte des réponses particulières qui peuvent fluctuer selon les besoins et les opportunités. Ce modèle se présente ainsi comme un échiquier à partir duquel chaque acteur peut optimiser ses stratégies foncières. Ainsi, les communaux de l'article 542 CC qu'on avait initialement situés dans la case d/1 ont vu leur régime juridique passer en a/2 puis en e/2 quand on a repéré leur inscription contemporaine dans le régime du domaine privé de la commune. La position de la propriété privée en e/5 reste stable en raison de la définition juridique à prétention universaliste qui en est donnée par le Code civil.

4. L'inscription de ces régimes juridiques dans un mode de gestion patrimoniale à visée générale.

Il s'agit donc de gérer une transition à grande échelle de l'ancien modèle propriétaire dans un nouveau dispositif où les choix de l'ensemble des intéressés puissent être pris en compte et raisonnablement assumés dans une perspective d'intérêt général et de développement durable. Pour des raisons théoriques et pratiques qu'il est à nouveau impossible de résumer ici (Le Roy, 2011), c'est la notion de patrimoine qui a été proposée comme permettant d'intégrer la gestion propriétaire et de la dépasser à chaque fois que l'intérêt commun le nécessitait. La notion de patrimoine peut proposer cinq lectures qui, chacune, recoupent des dimensions critiques des analyses que nous avons développées en termes de représentations d'espaces, des maîtrises foncières et de droits reconnus et superposables. Le tableau ci-dessous, organisé en colonne, en présente l'économie selon des corrélations horizontales qui donnent une idée des opportunités nouvelles qu'offre ce type de lecture.

TABLEAU 4 : **Principales corrélations entre paramètres de gestion patrimoniale**
(lecture en colonne de gauche à droite, du plus simple au plus complexe)

Représentation d'espace	Statut de la ressource	MAÎTRISE et droit sur le fonds / sur les fruits	Objet des gestions patrimoniales
Territoire	Chose	MINIMALE accès / <i>abord</i>	Conservation en l'état
Odologie	Avoir	PRIORITAIRE extraction / <i>prélèvement</i>	Protection de gisements de ressources matérielles / intellectuelles
Topocentrisme	Possession	SPÉCIALISÉE gestion / <i>exploitation</i>	Héritage des générations passées
Hiéromanie	Appropriation	EXCLUSIVE interdiction / <i>marchandisation</i>	Communs pour les générations futures
Géométrie	Bien	ABSOLUE aliénation / <i>disposition</i>	Patrimoine comme l'équivalent monétaire des actif et passif d'une personne juridique

● **Approche substantielle : les maîtrises foncières comme illustrant la théorie de la juridicité**

La théorie des maîtrises foncières et fruitières est le résultat de recherches combinées durant plusieurs années et selon plusieurs disciplines au sein du Réseau international sur la question foncière (Riqfan) au début des années 1980 qui deviendra Aprefa en 1986. À la suite de la mise en évidence du « référent précolonial » comme une caricature des pratiques foncières africaines, il convenait de sortir de ce principe de présentation par « le contraire » du « bon » droit de propriété et de rendre compte des continuités tant conceptuelles que pragmatiques des acteurs africains. Ce qu'une doctrine coloniale et néocoloniale tenait pour contradictoire voire impossible, à savoir conjuguer le rapport à la propriété privée **et** l'exercice de droits encore dénommés « coutumiers », s'avérait d'usage courant par et pour les Africains, parfois la seule manière utile de composer un capital foncier ou d'en valoriser les éléments patrimoniaux. Et puisque les Africains le pratiquaient logiquement et continûment, la recherche devait pouvoir l'expliquer tout aussi rationnellement, la première difficulté étant d'oser poser le problème ainsi, donc de le reformuler. La deuxième difficulté fut de passer d'une approche critique du référent précolonial à une lecture positive des rapports fonciers endogènes. La méthode d'analyse matricielle ne fut pas adoptée dans les années 1980 et 1990 par la majorité des chercheurs qui la prétendaient trop compliquée et donc en restaient, dans la description du foncier dit par eux traditionnel, à la mobilisation de catégories néo-civilistes (usus et fructus, droits d'usage, etc.). La double distinction du tableau 2 entre d'une part le statut juridique de la ressource (avoir, possession, propriété exclusive) et d'autre part la nature de la relation (interne, interne-externe, externe) n'est donc pertinente, à ce moment là, que

pour une poignée de chercheurs. La troisième difficulté tient à la lecture anthropologique du Code civil qui a été réalisée pour célébrer les deux cents ans de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Comment l'idée que « les propriétés sont un droit inaliénable et sacré... », selon la formulation originale de 1789, a-t-elle été transcrite dans le livre II du Code civil des Français ? À la demande de l'Association pour le développement des études foncières (Adef) (Le Roy, 1991b), on privilégie une lecture structurale du Code civil qui s'appuie sur deux choix. D'une part, l'absence de définition du bien au début du livre II du Code civil et l'explication doctrinale du bien comme « une chose qui entre dans la vie juridique », d'autre part la *summa divisio* entre public et privé, justifient les cadres d'un deuxième modèle. Celui-ci est intéressant non seulement par les régularités qu'il détecte, les adaptations ultérieures mais aussi par les solutions pratiques inventées depuis 1804 (les régimes de copropriétés) et non introduites dans le Code, comme si leur juridicité pouvait légitimement s'exprimer ailleurs et sous des formes moins canoniques que la codification, voire *extra legem*, mais toujours sous le signe du droit.

Une dernière explication est utile à ce niveau. Les historiens des institutions françaises savent que la période allant de la fin du XVII^e à la fin du XVIII^e siècle a vu, sous l'influence de Domat et Pothier en particulier, une réinterprétation de notre droit dit coutumier et en particulier l'invention du droit de propriété sous l'influence du droit romain (Madjarian, 1991). Sous l'effet d'un syncrétisme qu'on peut aussi interpréter comme une purge des traits médiévaux des droits sur le sol, on a réduit au couple chose/bien une pratique plus complexe bien difficile à systématiser⁶ puisque l'idée d'une supériorité indiscutable du nouvel argumentaire semblait s'imposer. Ce que la doctrine du XVIII^e siècle a simplifié, la recherche de la fin du XX^e peut le réintroduire pour rendre compte, sous l'effet de la mondialisation, de nouveaux rapports juridiques sans doute innommés théoriquement mais effectivement pratiqués.

L'idée d'ouvrir le modèle du Code civil pour introduire entre la chose et le bien d'une part, le rapport public et privé de l'autre, les catégories du modèle communautaire africain relève d'une démarche essais/erreurs partagée par tous les modélistes. Cela marche ou pas et si oui on se pose la question « pourquoi ça marche ? ».

Pour expliquer pourquoi, on se heurte ici à une dernière difficulté : justifier l'usage du vocabulaire et rendre les catégories compatibles entre elles pour passer d'un patchwork à un ensemble cohérent et mobilisable dans toutes les situations imaginables. Sans entrer dans les détails d'une explication qu'on retrouve dans *La Terre de l'autre* (2011), l'obstacle semblait surtout tenir à des notions juridiques peu compatibles ou incompatibles (lecture du tableau 4 sur la ligne supérieure). La justification de la pertinence de ces cinq catégories associées dans une même description repose sur des travaux d'Elinor Ostrom et d'Edella Schlager publiés en 1992 et complétés par un chercheur norvégien en 1993, Audun Sandberg (Le Roy, 2011, p. 245-249). Leur présentation des « régimes en propriétés communes » mettent ainsi en évidence la décomposition du droit de propriété privé (*ownership*) en quatre constituants plus élémentaires et la possible complexification croissante des droits exercés sur les ressources en allant de la chose au bien, de l'accès à l'aliénation en passant par des statuts intermédiaires qui sont d'usage privilégié dans les sociétés communautaires (zone en grisé dans la matrice 3) et des régularités possibles dans nos propres sociétés.

6. Seule Anne-Marie Patault a, dans l'entrée « Propriété, droit de » du *Dictionnaire de la culture juridique* (PUF, 2003), travaillé « l'affrontement droit romain-droit coutumier » dans une perspective qui reste celle de la prévalence d'un droit de propriété. Là où elle parle de droits de propriété superposés, nous parlerions de maîtrises complémentaires.

Une dernière notation quant à la notion de « maîtrise » qui semble empruntée au vieux français mais qui a une signification plus large que le « droit de », comme une « puissance sur ». La notion de maîtrise n'exprime pas seulement la capacité juridique à faire ou ne pas faire mais aussi le pouvoir de décider (ou de ne pas décider), pouvoir qui est pour moi et à la différence des propositions d'Elinor Ostrom, inhérent à chacune des 25 régulations juridiques et non seulement à certaines d'entre elles. Une première version du modèle est publiée en 1996 (Le Roy, Karsenty, Bertrand, 2016 [1996]). Je pousserai la distinction jusqu'à dégager deux modes d'application de ce modèle selon qu'il s'applique aux fonds de terre (matrices foncières) ou aux ressources qui en sont tirées, les fruits au sens juridique, d'où les maîtrises fruitières importantes dans le domaine des communs.

À qui ça sert, à quoi ça sert? La juridicité comme un champ de possibles, entre guerres picrocholines et paix négociée

Initialement, le cadre théorique des maîtrises foncières et fruitières ne devait s'appliquer qu'aux contextes africains pour lesquels il avait été conçu. On le suppose applicable tant au monde anglophone qu'au monde francophone car le modèle n° 3 est d'inspiration mixte. On aura relevé une double influence intellectuelle du droit civil pour le modèle n° 2 et la lecture structurale du Code civil et, pour le modèle n° 3, du *Common law* pour la mobilisation des catégories des propriétés communes en *property rights* et faisceaux de droits pouvant ou non se cristalliser en un droit de propriété privée (*ownership*). La lecture que j'ai faite de la récente réforme kenyane par exemple va dans ce sens mais il faut laisser aux chercheurs le temps de s'approprier la démarche. C'est surtout dans le cadre d'une théorie généraliste des communs que l'approche par les maîtrises devrait être valorisée.

La lecture des types de relations juridiques (données en colonne gauche dans le tableau 4) est déterminée pour ce qui est de leur cohérence réciproque par leur redéfinition selon le critère du partage : est public ce qui est partagé par tous, est externe ce qui est partagé par « n » groupes, est interne-externe ce qui est partagé par deux groupes, est interne ce qui est partagé au sein d'un groupe et enfin est privé ce qui est partagé (son propre) par une personne juridique physique ou morale. Ce mode de lecture conduit à influencer sur le paradigme des études foncières en abandonnant le propriétaireisme comme lecture unique dont les communs ne seraient qu'une application particulière et déroutante pour faire des communs le mode premier de lecture et de la propriété privée une des 25 formes de gestion juridique, sans doute prévalant dans les rapports économiques, mais non exclusivement.

Il s'agit là d'une évolution (que certains tiendront pour une révolution) mais qui a pour incidence qu'elle peut concerner chacun de nous et pas seulement les héritiers d'anciennes cultures communautaires, dès lors que la définition contemporaine du commun est applicable : un collectif même restreint, une ou des ressources à valoriser et des règles de gestion à élaborer et à appliquer (Bollier, 2014). Nous reviendrons en détail sur ces importants développements théoriques dans d'autres publications. Soulignons seulement pour terminer cette introduction à la théorie des maîtrises foncières et fruitières combien elle illustre notre approche de la juridicité.

Il est incontestable que quatre des cases (a/1, e/2, e/4 et e/5) du tableau 4 impliquent des règles du droit positif (articles du code civil indiqués dans le tableau 3) et adaptées ici, et il est aussi évident que les neuf cases en grisé inspirées des pratiques communautaires africaines sont étrangères, au droit positif tout en relevant d'une juridicité que j'ai qualifiée d'iconologie juridique de nature implicite et inférentielle selon la typologie de Rod. Macdonald présentée en introduction. Les douze autres cases peuvent soit incorporer d'autres normes du droit positif que le chapitre du Code civil que j'ai mobilisé en 1989 (les copropriétés par exemple) soit d'autres pratiques relevant d'habitus ou systèmes de dispositions durables tenus pour obligatoires sans relever ni de la coutume ni du droit positif, les non-dits de la juridicité, ou le droit muet de Rodolfo Sacco (2015).

On a déjà utilisé l'image d'un échiquier pour parler du modèle matriciel (tableau 4) mais c'est aussi celle d'une carte de champ de bataille qu'on pourrait exploiter, ou plus romantiquement, une carte du tendre car elle décrit des possibles qui peuvent ou non se concrétiser en mobilisant des ressources d'intelligence, de savoir faire, parfois de séduction ou de violence physique ou symbolique. ●

CHAPITRE 5

La décennie 2000-2010 : l'extension du champ des luttes en contextes incertains, juridicités et complexités

La décennie s'ouvre en fait sur l'année 1999 qui concentre deux événements, d'une part la publication du *Jeu des lois, une anthropologie dynamique du droit* chez LGDJ, un ouvrage rédigé en 1998 et, d'autre part, une méningite africaine dont je sors par miracle mais qui m'interdit pendant de longs mois de faire la promotion intellectuelle de l'ouvrage et à terme la pratique des terrains en Afrique. *Le Jeu des lois* reste mon maître-ouvrage, la synthèse théorique des trente premières années de recherches centrées sur la fondation d'une anthropologie qui fut dite « juridique » dans les années 1960 puis « du droit », et qui maintenant se présente comme une anthropologie de la juridicité en devenir, dès l'introduction p. 14 de cet ouvrage. Je vais revenir dans les pages suivantes sur ce qu'implique la notion de jeu à la fois comme « activité exercée selon un système de règles » et comme « espace ménagé dans la course d'un organe, le mouvement aisé d'un objet », donc l'ajustement entre différentes pièces ou éléments en mouvement. Au sens premier, l'idée de jeu suppose des règles effectivement originales, systématiquement organisées selon un principe qui sera pour la juridicité hétéronome là où le droit se présente comme autonome. Deux rencontres internationales, à Turin et à Rome (Le Roy, 2007, 2009) proposent des matériaux d'une théorie intégrant les traits structuraux du droit dans un dispositif dynamique de la juridicité. Quant au sens second, il suggère qu'il existe dans nos propres systèmes normatifs des interstices, selon des dispositifs ayant pour fonction d'ajuster des contraintes différentes et, éventuellement, de laisser une place à des formes de juridicités étrangères au droit. C'est la piste la plus immédiatement féconde qui est explorée en 1999 à travers cinq « chantiers », « l'urbain », « la gestion patrimoniale », déjà abordée ci-dessus, « les droits de l'homme et l'État de droit » au regard des enjeux interculturels, « la justice et la médiation » et, enfin mais pas « à la fin » car c'est le chantier le moins avancé, le plus critique au vu du monopole exercé sur le droit, « la refondation de l'État, en Afrique et ailleurs ». Depuis 1999, mon état de santé m'a obligé à abandonner les terrains africains pour pratiquer une anthropologie plus domestique en Europe mais ouverte aux grands enjeux du développement durable en Amérique du nord.

Je n'approfondis pas le commentaire des deux premières parties du *Jeu des lois*. Dans la première partie je construisais le modèle dit « en escargot » où neuf variables principales, sélectionnées lors de mes travaux de terrain, permettent d'aboutir à l'identification de règles du jeu originales pour chaque situation observée, combinant droit et juridicité. Dans la deuxième partie, je traitais de la relation entre droit et juridicité abordée sous l'angle du cosmopolitisme. C'est la décennie actuelle des années 2010 qui l'approfondit.

Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité

La production théorique est ici principale et je vais en suivre les linéaments dans *Le Jeu des lois* avant d'en approcher ses systématisations lors des colloques italiens.

● Premières reconnaissances dans *Le Jeu des lois*

>> Pour dégager les premières contraintes de l'identification du paradigme de la juridicité j'indique (1999, 28) que dans le droit comme dans la juridicité, « ce qui fait autorité ou ce qui fait l'autorité tient au fait que ces productions normatives ou institutionnelles sont emboîtées dans un dispositif beaucoup plus complexe fait de mythes, de représentations et d'images mentales, dispositif ou modèle largement inconscient et qui relève pleinement d'une lecture structurale ». Je les tiens maintenant pour des croyances aux vertus proprement magiques et j'ai parlé de magie blanche des Occidentaux à propos de leur confiance dans un droit monopolisé par une instance extérieure.

>> J'en viens ensuite, p. 162, à définir la « *juridicité comme propriété de signifier à l'intention de ses destinataires un droit, une obligation, une habilitation, une permission, etc.* » en reprenant mon collègue Gérard Timsit. Puis je vais préciser ce questionnement, p. 187, en revenant au point de départ de toute démarche : une bonne définition :

Le Dictionnaire de théorie et de sociologie du Droit (Arnaud, 1993) au verbo « juridicité » ne permet pas d'éclairer substantiellement une notion « de facture récente et, en tant que concept spécifique, d'origine proprement française » (1993-322). Ma compréhension de la notion s'inspire largement de celle de Jean Carbonnier pour qui la juridicité est la « ligne de partage entre le droit et le social juridique [...] le caractère hypothétique par lequel les règles de droit peuvent être mises à part de l'ensemble des règles de conduite sociale » (*ibidem*). Mais je fais partie de « ceux qui voient dans le concept de juridicité un outil de spécification du "champ juridique" distinct à la fois du droit et du social non juridique » (1993-323) dont, en paraphrasant la suite de la définition du dictionnaire, je cherche les critères *a posteriori*.

Cet « outil de spécification » est-il un attribut (ce qui appartient particulièrement au droit au sein d'un ensemble de phénomènes de régulation), un critère (ce qui permet de distinguer le droit du social) ou une propriété (signifier la qualité propre de tout ce qui appartient au Droit ou en relève) ? Plus que des nuances, il s'agit là de trois types de programmes de recherche. Gérard Timsit, par exemple, dans sa perspective systémale retient cette dernière acception et considère qu'on « peut analyser la juridicité comme la propriété d'une norme qui fait que cette norme a la qualité de norme juridique. Cette propriété – et cette propriété seule, et non pas la norme qui la revêt – constitue l'objet de la science juridique » (Timsit, 1997, 4). Les juristes positivistes adoptent assez naturellement un point de vue qui privilégie la recherche des attributs du Droit. Enfin, la sociologie juridique, du moins le doyen Carbonnier, paraît se rallier à une approche de la juridicité en termes de critère. « Personnellement, je ne tenterai pas de m'enfermer dans l'une ou l'autre des trois déterminations », déclarais-je en 1999, tout en adoptant implicitement le point de vue de G. Timsit et en reconnaissant rapidement que ces premiers linéaments sont insuffisants.

>> Un troisième apport au paradigme de la juridicité est (p. 184), l'emprunt de la notion d'hétéronomie à *L'Économie et société* de Max Weber quand il évoque les communautés non étatiques, hétéronomes et « hétérocéphales » (1995, II, 15) dans une opposition au monopole que l'État exerce sur le droit qui est dit autonome. Sans que le concept de « droit pur » de Hans Kelsen soit déjà identifié, le sociologue allemand exprime le besoin de séparer deux pratiques originales, l'une dominée par la pluralité des têtes, donc des autorités, l'autre par le monopole de l'État sur le droit. Le couple autonomie du droit/hétéronomie de la juridicité deviendra ainsi pour moi cardinal en fin de décennie mais il est déjà présent dans mes analyses de la juridicité de la coutume, p. 195 où je relève que « (l)a pratique coutumière n'est pas par essence "du droit" puisque "le droit" n'est pas autonome dans ce type de sociétés mais enchâssé dans les rapports sociaux. Ainsi, la coutume cesse d'être "juridique" si elle ne connote que de simples usages ». Mais elle relève d'une juridicité originale : « la coutume n'est "juridique" que parce qu'elle contribue à la reproduction de la société [dans la mesure] où le critère de juridicité est lié à la formalisation/formulation de l'interdit » avec un exemple relevé sur le terrain chez les Diola de Casamance sénégalaise. Elle ne constitue une source du droit que dans la mesure où cette juridicité première est reconnue par l'État comme obligatoire et sanctionnée dans ce registre particulier des pratiques sociales.

La suite de l'ouvrage, à propos de la parentalisation communautaire ou des politiques patrimoniales, identifie des champs d'application de la juridicité que nous avons déjà évoqués et dont nous retrouverons l'actualité.

Il reste cependant un dernier point à restituer par honnêteté scientifique, à savoir mon hésitation à « sauter le pas » et à abandonner la référence au droit pour d'autres marqueurs de la juridicité. En conclusion à la deuxième partie, p. 270, j'écris :

« La notion même de Droit est polysémique et apparaît au plus simple comme une notion à double usage, une sorte de Janus bifrons. Il y a d'une part le Droit tel qu'il est connu et invoqué au quotidien (soit un corps de principes de base assez sommaire, assez peu éloigné des recettes de cuisine, ce que le doyen Carbonnier compare à l'horizon d'une forêt) et d'autre part la juridicité, le Droit pour le spécialiste, ce corps de normes et de pratiques tel qu'il doit être envisagé si on veut comprendre comment il répond ou ne répond pas aux problèmes de reproduction de la vie en société. Il y a deux visions du Droit, l'une minimaliste et une autre dont j'ai élargi les sources pour introduire d'autres fondements et qui peut être considérée par les tenants de l'orthodoxie positiviste comme maximaliste mais qui permet d'expliquer ce qui doit être transmis dans la socialisation, les normes et valeurs qui doivent être gérées, quels facteurs assurent la sécurité juridique, etc. Ceci pose deux problèmes : d'une part celui de la méconnaissance possible de ce "maxi-Droit" en situation minimaliste ; d'autre part la nature du rapport existant entre eux, de concurrence ou de complémentarité ? »

Dans la conclusion générale, p. 334-401, cette idée de la juridicité comme un englobant est désormais acquise mais il convient d'en construire le cadre théorique pour assurer son originalité normative.

● Les deux congrès italiens de 2007 et de 2009

Ces deux rencontres ont été organisées par le fondateur de l'école italienne de droit comparé, par ailleurs africaniste distingué, Rodolfo Sacco, professeur à l'université de Turin. La première se tient à l'Accademia delle Scienze di Torino en 2007. Puis Rodolfo Sacco nous fait ouvrir en 2009 à Rome les portes de la prestigieuse Accademia Nazionale dei Lincei. Dans les deux cas, sont associés des spécialistes de la linguistique et de la traductologie juridiques et d'autre part des anthropologues du droit majoritairement africanistes et européens, sous les auspices du cosmopolitisme.

Le premier acte, Turin, 2007

Ma première contribution, au sous-titre particulièrement explicite (« Comparer les différences dans leurs complémentarités pour repenser les droits dans une perspective globale de régulation des sociétés contemporaines ») pose d'entrée de jeu les questions de définition : « Puisqu'il faut s'entendre sur le sens du vocabulaire, en première approximation, on définira d'abord la juridicité comme le critère selon lequel chaque tradition tient des faits sociaux pour sanctionnables, c'est-à-dire obligatoires selon des modalités qu'elle apprécie "discrétionnairement" et parfois (dans les coutumes de groupes dont l'identité est menacée) secrètement. À la suite de Michel Alliot (2003), certains anthropologues inscrivent ce critère de la sanction dans un processus dynamique de "mise en forme des luttes et de consensus sur le résultat des luttes" (Le Roy, 1999). Ensuite, la juridicité est le domaine dans lequel peuvent être réunis, associés, confrontés, etc. les diverses modalités selon lesquelles chaque tradition régule la reproduction des dispositifs qu'elle tient comme sanctionnables. Enfin, on doit envisager la juridicité comme la somme de toutes les expériences humaines passées, présentes et à venir, contribuant à la définition précédente. Il est évident qu'une telle éventualité n'est envisageable que comme la ligne d'horizon sans cesse repoussée. Mais elle n'est pas le mirage du caravanier dans le désert. Il s'agit d'une application nécessaire de la constitution d'une science de l'homme ou anthropologie qui, selon la définition de Claude Lévi-Strauss, propose et se propose une "connaissance globale de l'homme" dans sa diversité historique et géographique (Lévi-Strauss, 1958, p. 388). »

Pour y parvenir, on doit recourir au comparatisme. Or, l'expérience des juristes est ici peu convaincante : « Mais si, par cette généralité de la fonction de traduction, tout est, à l'échelle considérée, comparaison dans le Droit, pourquoi cette réalité de la diversité, de la différence ou de la divergence est-elle si substantiellement ignorée au profit d'une uniformisation et au risque d'un dévoiement des pratiques juridiques enfermées dans les cadres du droit positif, et donc dans une conception trop étroite de la juridicité ? »

Du côté des anthropologues les difficultés ne sont pas moindres : « Ce sont en effet des visions du monde qui sont en cause et pas seulement des terminologies ou des procédures, des textes ou des explications de textes ou [...] « la double opération de qualification du fait et d'application-interprétation de la loi ».

Les problèmes que rencontre l'anthropologue sont de « **transposition d'une vision du monde** dans un autre monde (le nôtre) qui n'est pas préparé à le recevoir, voire qui s'en défend plus ou moins farouchement ».

Malgré leurs apports évidents, ces deux démarches, droit et anthropologie, n'ont pu accéder à la scientificité qu'en mobilisant « un référent unitaire abstrait commun, respectivement "le droit" ou "l'homme" dont on déclinera les attributs originaux. Dans les deux cas, la

solution la plus simple paraissait de recourir à des dualismes pour faire prévaloir la “bonne” polarité de l’analyse. Mais, dans chaque cas, le chercheur sensible à la pratique plus qu’au récit qui en est fait, à l’observation de terrain (avec les mots et gestes des acteurs) plus qu’à l’écrit, a fait l’expérience que l’explication est inaccomplie si on en reste à ce qui apparaît bien vite comme des stéréotypes. » Pour cela, il fallait déconstruire le cadre explicatif et en particulier la théorie du contraire à laquelle nous avons déjà consacré des explications introductives pour la décennie 1980 ci-dessus, des explications sur lesquelles nous ne revenons pas ici, faute de place, pour indiquer que la critique du principe du contraire ouvre à une anthropologie appliquée, impliquée et engagée. Celle-ci doit reposer sur un principe général de complémentarité des différences et sur deux applications particulières, la maîtrise des frontières entre notions, contextes et traditions et l’étalonnage des critères d’appartenance dans une visée de pluralité des mondes, une notion qui permet d’introduire le concept de transmodernité caractéristique de l’organisation sociale dans laquelle nous entrons. Et finalement, ce sont trois enseignements qui se dégagent de ce premier acte de la recherche sur une théorie de la juridicité :

1. « Les frontières ne sont pas toujours là où on les croit situées et, dans le contexte contemporain, l’effet de brouillage engendré par la redéfinition des rapports entre le dedans et le dehors, entre l’interne et l’externe ou le privé et le public compliquent l’interprétation et doivent nous rendre attentifs à l’appartenance de chacun d’entre nous à une pluralité de mondes.
2. Les frontières du droit ne sont ni dans le droit ni dans la juridicité mais dans la tête de ses acteurs et dans la société dont le dispositif institutionnel et le projet propre commandent les formules de pluralisme (doux ou radical) ou de multijuridisme mises en place et évoluant selon des rapports de force à démêler, au cas par cas.
3. La frontière ultime, celle qui commande tous les autres choix, c’est notre humanité entendue au sens singulier et au sens collectif, le moi et le nous tous. Le totalitarisme est toujours menaçant puisqu’il est le produit de cette association structurale unitaire qui fonde la société moderne : un État, un parti, un Führer.

Dès lors que les exigences de la reproduction de la vie en société viendraient à être à nouveau bafouées, tout ce qui s’en réclamerait serait non seulement hors la loi mais hors la vie qui, selon les termes de Pierre Legendre (Legendre, 1999) ne serait plus instituée car instituer la vie (*vitam instituere*) est bien le vrai projet de la juridicité ».

Le second acte, Rome, 2009

Je rappelais d’abord que ce que Pierre Legendre (Legendre, 1999) dénommait **l’institution de la vie** en société reposait sur deux voies, celle du droit propre aux sociétés modernes occidentales et celle de la juridicité, connue de toutes mais rarement reconnue comme telle par les actuels professionnels du droit, en ce sens qu’elle fut plus ou moins complètement exploitée par la pré-modernité, pratiquée marginalement et honteusement par la modernité occidentale classique des XIX^e et XX^e siècles et redécouverte avec difficultés et réticences à l’époque contemporaine post-moderne.

On avait également signalé que les relations entre le droit et la juridicité étaient dominées par deux cas de figure : la juridicité assimilée au droit dans une lecture positiviste, la juridicité distinguée d’une manière plus ou moins radicale dans une interprétation de multijuridisme proche du pluraliste juridique radical (Lajoie *et alii*, 1998 ; Vanderlinden, 2002). J’y avais

reproduit le théorème 3 précité : « Théorème 3. La juridicité est plus grande que la conception du droit développée par les sociétés occidentales modernes **tout en la comprenant.** » Puis je l'avais complété, en discutant la notion d'obligation associée à celle de sanction, par « un quatrième théorème (qui serait plutôt un axiome ici⁷) précisant le fameux *ubi societas, ibi ius* : « là où il y a sanction, il y a juridicité » donc bien évidemment il y a du droit, le cas échéant. La sanction serait donc le signe diacritique commun à l'ensemble droit/juridicité ». Dans le contexte d'un pluralisme juridique, surtout s'il est radical, l'acteur social peut donc affronter quotidiennement tant une pluralité de mondes que de formes de sanctionnabilités si chacun de ces mondes génère sa propre conception de ce qui est obligatoire et donc sanctionné dans son registre propre.

Pour échapper au principe du contraire privilégiant la supériorité de l'expérience de l'Occident ou en l'inversant de manière provocante, il convient de « mieux saisir la spécificité des phénomènes de juridicité et leur lien complémentaire avec ceux qui sont saisis par le droit ».

Je réserve pour la deuxième partie la reprise des différents arguments fondant l'autonomie du droit ou l'hétéronomie de la juridicité pour centrer ces présentations sur quatre traits structuraux d'un modèle de la juridicité inclusive du droit.

- >> **Droit et juridicité s'inscrivent dans des mondes propres dont ils expriment les visions particulières.**
- >> **Ces visions du monde supposent un montage, propre à chaque tradition, des modes de régulations des sociétés dits ordonnancements⁸ juridiques.**
- >> **Droit et juridicité partagent les mêmes fondements** (normes générales et impersonnelles, modèles de conduites et de comportements, systèmes de dispositions durables) **selon des montages que spécifient les traditions, puis les usages professionnels.**
- >> **Droit et juridicité ont en commun de recourir à la convention pour mettre en forme leurs rapports juridiques et, éventuellement, mettre des formes à leurs relations sociales.**

Après avoir illustré ces principes à partir de quatre exemples (les usages sur internet, la parenté de l'épaulette dans l'armée malienne, les habits des jeunes mineurs de justice et les représentations de la juridicité à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris) et quelques commentaires sur les implications de ces quatre principes, je concluais de la manière suivante :

« Toutes ces notations suggèrent d'accepter l'idée d'une rupture avec une vision "classique et moderne" du droit. Nous avons évoqué en début de ce texte un "au-delà du droit" qui est rendu invisible par notre seule myopie. Mais, s'il faut bien changer de focale, c'est à chacun d'entre nous d'apprécier s'il s'agit de choisir un microscope ou un télescope, la juridicité pouvant relever de l'infiniment petit pour les uns, d'objets trop éloignés pour être saisissables à l'œil nu pour les autres.

La mise en application de la théorie de la juridicité peut conduire à relire des travaux passés, à observer les comportements présents ou à spéculer sur les formes nouvelles de juridicité d'une société transmoderne qui s'ouvre devant nous » (2009, 129).

7. L'incidence de cette proposition est difficile à maîtriser et la prudence conduit le chercheur à la considérer comme « bonne ou mauvaise » pour l'avancement de la recherche plutôt que comme « vraie » comme l'est un théorème.

8. On employait initialement ici la notion d'ordre juridique puis on a couplé les deux notions (ordre/ordonnement) pour ne plus retenir qu'ordonnement. Je cantonne actuellement la notion d'ordre juridique à l'ordonnement imposé dominant dans la tradition occidentale où il signe l'autonomie du droit.

La juridicité : ses jeux et enjeux autour du règlement des différends et de l'interculturel dans la justice

La démarche de clinique juridique que je pratique durant les années 2000, une période de reconstruction du cerveau et d'adieu aux terrains africains pour y substituer les terrains canadiens et européens, moins difficiles pour ma santé, a pour point commun l'élaboration progressive de ce nouveau paradigme de la juridicité que je viens de présenter et une concentration de la recherche autour de la gestion des différends dans une grande diversité, tant géographique que thématique, de situations.

Je vais retenir de cette décennie trois projets pilotes illustrant la montée en puissance du paradigme de la juridicité : la place problématique de l'Institution de la justice en Afrique, à la demande des éditions Dalloz, les revendications territoriales des Premières nations du Canada devant la justice fédérale et l'expérimentation d'un programme d'intermédiation culturelle dans la justice des mineurs en France. Je garde pour la décennie suivante mes analyses sur la place et le rôle de la médiation dans la société contemporaine.

● La place problématique de l'Institution de la justice en Afrique

Je n'ai cessé, depuis les années 1970, d'écrire sur la justice en Afrique en privilégiant l'organisation dite coutumière ou traditionnelle, sa partie non seulement ignorée mais caricaturée comme je l'ai déjà indiqué (Le Roy, 1974, 1982). Mes amitiés anglophones, en particulier par l'entremise de mes amis juristes Francis G. Snyder et Marc Gumbert, m'ont sensibilisé à approcher « le droit/*the Law* » par les décisions de justice plus que par les normes et par leur codification, en préférant les pratiques aux textes puisque, pour moi, le « droit » reste toujours moins ce qu'en disent les textes que ce qu'en font les acteurs.

En 2001-2002 je suis associé au comité scientifique du *Dictionnaire de la Justice* (PUF, 2004) à la demande de Loïc Cadiet et je rédige deux entrées « Afrique, La justice en » et « Anthropologie de la justice ». La forme du dictionnaire et le volume imparti aux notices ne permettent que de faire passer des messages pour éviter les pièges de l'ethnocentrisme spontané et informer sur l'importance et l'incidence des travaux anglophones préférant pendant longtemps l'étude des différends à celle de « la justice ».

C'est dans ce contexte que je suis approché par les Éditions Dalloz pour contribuer dans la collection « Regards sur la justice/états de droits », dirigée par L. Cadiet, à un ouvrage qui s'intitulera finalement *Les Africains et l'Institution de la Justice, entre mimétismes et métissages*. Dans cet ouvrage de 285 pages qui a la forme et le style de l'essai, j'illustre trois facettes complémentaires de la juridicité.

Tout d'abord, je tente de rendre compte de ce que je sais des rationalités à l'œuvre dans les pratiques endogènes de règlements de conflits, donc non seulement sans mobilisation de normes générales et impersonnelles mais sans formes institutionnelles et procédurales caractéristiques de ce que nous appelons dans l'Occident moderne « la justice ». Revenant sur ce que la littérature coloniale dénomme les « palabres », je mets en évidence la logique formaliste de pacification liée à une endogenèse privilégiée, basée à la fois sur une oralité et une gestualité originales et sur un modèle dynamique de prise en charge en trois temps : *theoria*, *crisis*, *catharsis*. On observe ici que si la structure de la prise en charge est tenue pour juridique par les acteurs tout en étant initialement étrangère au droit colonial puis margina-

lisée au Congo en phase de décolonisation, c'est le même modèle dynamique à trois temps et relevant d'une juridicité « hors la loi », hors procédures pré-requises, que je vais observer dans les cabinets de juges des enfants de la région parisienne à partir de 1984 et qui serait propre à un mode négocié de règlement des différends.

La deuxième facette de cet ouvrage concerne la réception inachevée et peut-être inachevable du modèle dit moderne d'organisation judiciaire, introduit par les colonisations en Afrique et maintenu de manière déraisonnable au nom du progrès et de la civilisation mais en fait selon des justifications plus mesquines et intéressées, de part et d'autre de la Méditerranée. Je n'hésite pas à écrire, en quatrième de couverture, « L'Afrique est malade de ses institutions. La justice toujours engluée dans le modèle colonial, s'avère incapable de répondre aux exigences d'un État de droit conforme aux aspirations de la très grande majorité des Africaines et des Africains ». Ce jugement s'appuie sur un long travail d'observation à l'occasion de mes multiples séjours en Afrique et dans l'océan Indien, du Sénégal des années 1960 à la Guinée où je pilote avec Camille Kuyu en 1996 une longue enquête pour la Banque mondiale sur les dysfonctionnements de la justice et dont nous rendons compte en 2002 (Kuyu & Le Roy, 2002). Mon argumentation est basée sur l'absence d'une véritable acculturation judiciaire, apte à associer de façon métisse les nouveaux modes de prise en charge des différends qui naissent au sein d'une société « civile », avec parfois une violence déconcertante, faute de reconnaissances. J'y commente ainsi des expériences sous les titres de droit populaire, droit local, justice parallèle et surtout droit de la pratique, un droit commun en cours de stabilisation.

Enfin, je consacre un dernier chapitre aux rapports à la justice des diasporas africaines en France, à un moment (2003) où les migrations, les relations polices-jeunes de banlieues et les djihadismes n'ont pas encore l'acuité que nous leur connaissons maintenant, faute d'avoir accepté d'aborder et de traiter les conditions d'une acculturation positive des nouveaux arrivants. J'y souligne la grande créativité de ces populations tant dans le détournement délictuel ou criminel du droit positif que dans la réappropriation des normes et de l'État de droit, sur la base des travaux de plusieurs de mes doctorants. Cyrille Ka, par exemple, en illustrera les potentialités dans sa thèse de 2013 : *Expériences du droit de femmes immigrées en France en situation de précarité, entre subjectivations, résistances et acculturations*.

Pour illustrer comment envisager une réelle acculturation judiciaire en Afrique, selon un pluralisme judiciaire, je reproduis le tableau 12 de la conclusion générale (2004, p. 268).

TABLEAU 5 : **Droit et modes de règlements des différends mobilisables simultanément par l'acteur-citoyen selon le statut mobilisé**

Représentation d'espace	Intérêt public	Intérêt commun	Intérêt privé
Ouvert ou appliqué à tous	Tribunaux de droit civil et pénal Parties en litige	Droit local Justice de proximité de collectivités territoriales	Conciliation Parties en conflit
Restreint à un <i>for</i> limité	Droit coutumier selon le statut personnel revendiqué	Droit de la pratique Forums spécialisés de clients	Droit populaire Membres du voisinage
Propre à un type d'acteur	Tribunaux administratifs droit administratif Rapport État/usager	Palabre Reproduction de la communauté selon ses habitus	Médiation Gestion du lien social

Le lecteur aura remarqué que c'est la même logique qui oriente l'organisation de ce modèle de règlement des différends et la matrice des maîtrises foncières et fruitières présentée dans le cadre de la décennie 1990-2000. La réception de cet ouvrage fut sympathique en France mais quasiment nulle en Afrique, confirmant le rejet de toute démarche réformatrice de rénovation de la justice par les élites africaines, comme l'avait déjà illustré mon exclusion, comme expert, de la Conférence des ministres francophones de la Justice, organisée au Caire par l'Agence de coopération culturelle et technique en 1995.

● Les revendications territoriales des Premières nations devant les juridictions fédérales du Canada

Mes collègues et amis canadiens, en particulier ceux du Centre de recherche en droit public de l'université de Montréal, sur la base initiale des textes publiés avec Mamadou Wane en 1982 dans *l'Encyclopédie juridique de l'Afrique* (Le Roy & Wane, 1982) m'ont associé depuis le début des années 1980 à leurs travaux portant sur la très difficile décolonisation juridique des populations autochtones. En 2004 et après plusieurs collaborations fructueuses, je suis sollicité par Andrée Lajoie puis par Pierre Noreau pour prendre en charge un des grands chantiers du Programme Peuples autochtones et gouvernance (PAG) financé à l'échelle fédérale et réunissant plus d'une quinzaine d'universités anglophones et francophones. Pour les revendications territoriales, les animateurs estiment ne pas disposer de spécialistes susceptibles de mobiliser les connaissances disciplinaires dans une perspective de décolonisation juridique et je suis chargé de constituer et d'animer une équipe à laquelle seront associés Alain Bissonnette, Sylvie Vincent, Caroline Plançon et Jacques Leroux dont les travaux initiaux sont publiés en 2010 et finaux en 2016 (Le Roy *et al.*, 2010; Le Roy, 2016).

J'avais relevé, sur la base d'analyses de la loi sur les Indiens de 1867, puis des traités et conventions impliquant les Premières nations, que toutes les références normatives étaient empruntées au *Common law*, donc liées à la généralisation de la propriété privée elle-même reposant sur une représentation géométrique de l'espace, les droits sur l'étendue d'un territoire n'étant appréciés que pour leur valeur d'usage puis d'échange. Ces représentations avaient été à la base de la constitution des réserves indiennes où étaient consignées les bandes, le reste des territoires étant ouvert aux nouveaux occupants sous condition du respect du droit de propriété. Les textes juridiques canadiens reconnaissant la légitimité d'une première occupation si elle est paisible et continue, je me suis demandé si, en changeant de représentations d'espaces pour adopter celles des populations indiennes, on ne pourrait pas proposer des bases conceptuelles différentes pour identifier les territoires et justifier les droits des Autochtones sur des étendues dont on sait maintenant qu'elles recèlent des richesses minérales particulièrement recherchées par les industries transnationales. Parmi les cinq représentations d'espaces sur lesquelles je travaillais au milieu de la décennie, l'odologie ou science des cheminements est apparue particulièrement pertinente car elle est toujours privilégiée par les chasseurs-collecteurs à tous les âges et sur tous les continents où ils sont observés. En outre, elle a fait l'objet de descriptions au XVII^e siècle rapportées dans les relations des Jésuites au Québec et on peut ainsi prouver tant leur ancienneté que la continuité des usages. Enfin, une des caractéristiques de l'odologie est que les droits associés portent sur les ressources et ainsi mobilisent des maîtrises fruitières pouvant se superposer sans se substituer aux maîtrises foncières⁹, donc à l'exercice d'un droit de propriété public ou privé sur le fonds.

9. Par application de la théorie du faisceau de droits largement reconnu en *Common Law*.

Notre recherche collective a eu pour objet de vérifier la pertinence du nouveau paradigme dans le contexte canadien et ses implications pratiques quant aux conditions d'enquête, aux preuves des occupations, etc. L'étape suivante, si elle intéresse les Premières nations et en particulier la jeune génération d'avocats autochtones acculturés, est de monter les dossiers de revendications devant les instances judiciaires canadiennes et selon des contraintes procédurales complexes, donc coûteuses. Comme collectif de chercheurs nous avons montré qu'il était possible de sortir du paradigme propriétaire eurocanadien et d'ouvrir de nouvelles opportunités de revendications conformes aux usages et aux traditions des Premières nations. Comment, ensuite, cette juridicité endogène est-elle susceptible d'être saisie par des juristes autochtones dont les clés de réussite professionnelle sont liées à leur maîtrise du droit positif de la *Common law* ? Puis comment, enfin, des magistrats des hautes juridictions canadiennes peuvent-ils recevoir ces innovations et les intégrer dans leur *jurisprudence* au sens de science du droit ? Un mélange politiquement instable, voire économiquement détonnant mais scientifiquement illuminant !

● L'intermédiation culturelle dans la justice des mineurs en France

Je continue à penser que ce programme, maintenant abandonné dans des conditions regrettables, fut humainement et éthiquement le plus beau projet auquel ma carrière de chercheur m'a permis d'être associé. J'en avais fait une première présentation dans *La démarche d'intermédiation culturelle, une expérience au Tribunal pour enfants de Paris, 1996-2002* (Le Roy, 2003) puis deux autres publications en ont approfondi les enseignements (Le Roy, 2014, & à paraître).

Le point de départ peut être trouvé dans les programmes de recherche animés par le Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris au milieu des années 1980 (supra) sur la justice des mineurs en région parisienne et dans l'approfondissement d'une observation d'un de nos rapports concernant la part de racisme au quotidien dans le fonctionnement de cette justice, plus souvent par méconnaissance de la différence culturelle que de propos délibérés. Parmi les solutions avancées par Antoine Garapon, alors juge des enfants au TGI de Créteil, figurait la mobilisation de « sachants », d'experts en interculturel, susceptibles d'être appelés par les magistrats pour approfondir avec les familles et les mineurs en danger des aspects de leurs cultures ou de leurs pratiques qui n'ont ni correspondances immédiates ni reconnaissance directe dans la société française. Des conduites font mutuellement problème mais plus par ignorance et incompréhensions réciproques. Les intermédiaires culturels vont ainsi faire un pont, parfois délicat et fragile, toujours difficile à négocier, entre le juge des enfants qui se heurte à des difficultés de compréhension ou d'interprétation et les familles issues de migrations, originellement de travail durant les années 1970 et 1980, puis de plus en plus diversifiées et qui avaient besoin de comprendre ce que la justice et plus largement la société attendaient d'elles.

Le président du tribunal pour enfants de Paris, Alain Bruel, nous a alors sollicités pour former et animer une équipe d'intermédiaires que j'ai recrutés et formés parmi mes doctorantes et doctorants africains parce qu'ils maîtrisaient l'organisation judiciaire française et manifestaient une compétence anthropologique à même de répondre aux questionnements tant des magistrats que des travailleurs sociaux auxquels ils étaient associés.

Pour ce qui concerne la place de la juridicité, j'avais, dans *Le Jeu des lois*, rapproché l'analyse des actes de civilité et d'incivilité qui sont la matière première des interventions des juges d'une notion qui m'avait été proposée par un éducateur de la Protection judiciaire de

la jeunesse (PJJ), l'absence chez de nombreux jeunes d'un « droit des repères ». Marie-Pierre Jouan avait déjà, dans sa thèse sur *Les mauvais traitements à enfants en milieux immigrés d'Afrique noire en France* de 1998, montré que, sur la seule base de l'article 375 et suivants du Code civil, le magistrat ne disposait que d'un registre normatif réduit à des principes d'orientation ou d'organisation de sa démarche. L'essentiel de ses motivations et propositions éducatives reposait sur « des normes en creux », des creux que le juge remplissait non point selon des critères discrétionnaires mais après une négociation parfois longue et délicate, au nom de « l'intérêt de l'enfant ». Pour mieux apprécier la portée et les incidences de ces mesures éducatives judiciairement formulées, Botimela Loteteka a consacré une nouvelle thèse à ce droit des repères (*La socialisation juridique des mineurs de justice par un droit des repères*. Thèse Paris 1, 2012). Elle a entendu comme un droit de repères une auscultation de ce qui est bon pour le devenir du mineur plutôt que comme un livre de recettes pédagogiques à vertus interculturelles.

Pour comprendre la juridicité de ces pratiques, il faut tout d'abord reconnaître que le droit positif nous dit peu de choses. Ses principes peuvent se révéler en confrontation ou en contradiction, ainsi, en assistance éducative (et pour ne pas parler de l'éducation surveillée), l'intérêt de l'enfant, la primauté de l'éducatif, la saisine d'un magistrat pour ce faire et l'association des parents aux décisions concernant le mineur. Il y a là du flou donc du jeu au sens d'un ajustement toujours possible entre différentes pièces d'un appareil. Ce flou est absolument indispensable à toute pédagogie mais la solution va émerger *in intellectu* dans la tête du magistrat et de ses « comparses » et non de « la double opération de qualification du fait et d'application-interprétation de la loi » que François Ost considère comme la démarche typique du magistrat. J'estime quant à moi que cette démarche relève de la juridicité, dans les marges du droit.

Pour aller plus loin, il faut reconnaître que la société contemporaine a perdu le sens des enjeux symboliques et qu'ainsi la place et la fonction du juge des mineurs ont été réinterprétées à l'aune de la vision utilitariste classique du magistrat qui « attribue à chacun ce qui lui revient par application de la loi » alors que la loi est ici bien discrète et que le juge n'attribue pas mais négocie beaucoup, au moins en assistance éducative. Nicolas Humphriss (thèse Paris 1, 2008) a consacré une autre recherche à l'identification puis à l'analyse de cette fonction symbolique telle qu'elle émergea en 1945 puis en 1958 dans les deux ordonnances fondatrices de ce régime juridique original. Il explique ainsi qu'à partir de la figure du *christomimétès* byzantin réutilisée dans la symbolique religieuse du christianisme médiéval puis dans les thaumaturgies et liturgies des rois de France, elle a finalement été incarnée par Charles de Gaulle en 1940 puis inscrite symboliquement (à son image) dans l'ordonnance de 1945 pour consacrer chez le juge des enfants la place du passeur. Le juge des enfants est en effet un passeur représentant moins un modèle de société à accepter qu'une figure d'une liberté à conquérir. Si on est ici hors du droit strict, on est bien dans une conception de l'autorité qui, en reliant le visible et l'invisible, le passé et le futur, l'ici et le maintenant, conditionne le grand enjeu consistant à introduire le mineur dans la société démocratique des adultes au moindre coût humain et psychologique possible.

En conclusion à cette décennie, on peut admettre que le juriste positiviste se trouve sinon démuni au moins surpris par tant d'innovations puisqu'en étant confronté à la juridicité il perd ses repères normatifs pour accéder à une autre lecture de la vie en société. En effet, ce ne sont pas la reproduction des manières de faire puis de dire le faire qui est principalement en cause mais un sentiment d'obligation de faire et de faire ainsi : on est tenu de le faire en mobilisant des explications banales (c'est la coutume, la tradition, la pratique professionnelle,

les habitus, etc.) par économie de moyens ou parce que dans les sociétés qui ignoraient notre conception positiviste du droit, il n'y avait pas matière à se poser autrement la justification de cette obligation. Quand j'essayais de pousser mes interlocuteurs sénégalais dans leurs retranchements conceptuels, leur ligne de défense était simple comme Job sur son tas de fumier : ce sont les manières de dire, les manières de faire héritées de nos ancêtres, que nous adaptons à chaque cas particulier pour que la paix revienne dans le ventre du village ou du lignage. Cela marchait et cela continue à marcher beaucoup plus souvent que notre dogmatique de juristes le suppose.

La vraie difficulté tient à accepter de sortir de croyances rarement interpellées à propos du droit assimilé à la loi, de la légitimité du monopole de l'État sur la production juridique, de l'exhaustivité du texte juridique comme signifiant et signifié, de l'interprétation monologique enracinée dans la tradition judéo-chrétienne, entre autres impensés et impensables. ●

CHAPITRE 6

Depuis 2010, non seulement multiplier les observations mais proposer des pédagogies pour assurer la réception de l'idée de juridicité

Sans qu'on puisse prétendre que la construction notionnelle et théorique est achevée car les constructeurs de modèles sont souvent dépassés par les « effets-retour » des questions qu'ils ont initiées, nous n'avons pas observé ni d'effets retour de la part des chercheurs ni de nouvelles problématiques impliquant un renouvellement du paradigme. La synthèse de mes travaux sur les politiques foncières à l'échelle mondiale (*La Terre de l'autre, une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, Paris, LGDJ, 2011) a déjà été abordée avec la théorie des maîtrises foncières et fruitières. Si elle illustre totalement le paradigme de la juridicité, ses enjeux concernent les politiques et le foncier et je me propose donc d'en faire l'économie ici pour reprendre la question des rapports entre propriété foncière et communs dans la troisième partie. On va donc faire le bilan de cette dernière décennie autour de trois thèmes :

- >> un début de réception du paradigme de la juridicité autour de l'interactionnisme ;
- >> un déploiement de la démarche avec les travaux sur les communs ; et
- >> une revalorisation de la place et le rôle de la médiation dans la société contemporaine.

Un début de réception du paradigme de la juridicité autour de l'interactionnisme

En 2016, l'École de droit de la Sorbonne publie dans la collection de la Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc un ouvrage sous la double direction scientifique d'Emmanuel Jeuland et d'Emmanuel Picavet, réunissant diverses approches disciplinaires sous le titre *Interactionnisme et norme, approche transdisciplinaire*. J'y illustre une approche anthropologique aux côtés d'auteurs traitant des dimensions juridique, philosophique, sociologique, psychanalytique et technologique. Sous le titre *La révolution de la juridicité, une réponse à la mondialisation* (p. 143-170), je reprends une communication non publiée ouvrant la 2^e Encontro Nacional de Antropologia do direito à Sao Paulo le 31 août 2011, une rencontre fédérant en fait tous nos collègues latino-américanistes donc réunissant plusieurs centaines de participants. Ma communication recoupe les propos des éditeurs parisiens sur

deux points principalement. Tout d'abord, elle a pour vocation de « saisir la dimension de l'interaction sociale en tant que facteur structurant de la manière de mettre en œuvre les normes. [...] Appliquer les normes c'est toujours aussi s'engager dans le dialogue ou dans l'exercice d'un pouvoir et la contrainte n'est qu'un cas limite, si important soit-il » (2016, 2). D'autre part, et c'est la thèse de cet ouvrage, « les normes effectivement appliquées sont issues des interactions et sont interprétées au sein de ces interactions, même si la complexité de ces interactions tient aussi à l'intervention des institutions et des États. Il s'agit de partir du micro-juridique et plus largement du micro-normatif pour aller vers le macro-juridique, et non l'inverse [...] » (2016, 4).

Même si elle n'est pas posée ainsi par les éditeurs scientifiques, la relation avec le pluralisme juridique et normatif est évidente et si la notion de juridicité n'est pas mobilisée par les autres auteurs, les temps principaux de mon argumentation confortent le cadre théorique des éditeurs scientifiques.

Après avoir averti le lecteur que l'objet que nous poursuivons est « le juridique » plutôt que « le droit » et précisé la référence à la transmodernité comme l'expérience simultanée ou successive d'inscription dans les trois temporalités de la pré-modernité, de la modernité et de la post-modernité avec leurs normativités propres, je définis mon cadre analytique : « je dénomme "juridicité" ce mode de régulation plus général des sociétés qui répond à l'ancien adage latin « *ubi societas, ibi ius* », qu'on peut transcrire ainsi : là où il y a des groupes sociaux organisés il y a une régulation tenue pour obligatoire et à ce titre sanctionnée, le *ius* latin étant pour moi un équivalent possible de la juridicité » (2016, 144). Et le rapport entre droit et juridicité reprend ce que j'ai expliqué dans l'avant-propos : « j'envisage le droit comme une sorte de sous-produit de la juridicité, ou plus exactement une application particulière reposant sur un même principe de structure dans des champs différents. Comme un *folk law*, ai-je déjà écrit, donc comme une production exotique et folklorique passible des mêmes opérations logiques et pratiques (ethnographiques) que celles utilisées et mises en œuvre pour observer et analyser la juridicité.

L'instauration du droit peut s'interpréter comme le passage de ce qui est institué dans la sphère de la juridicité, c'est-à-dire organisé avec une certaine permanence, à l'institutionnalisation qui va assurer, par la médiation du droit, la pérennité, la légitimité et l'autorité de l'organe qui en bénéficie » (2016, 147), donc la généralité de la norme.

L'essentiel de mon propos et sa part d'originalité par rapport à ce qui a déjà été commenté et illustré tient à un approfondissement de « la pluralité des mondes et des mondialisations » où je travaille l'étroite relation entre le local et le global, ce qu'on avait appelé lors du congrès de Turin de mars 2011 la glocalisation par contraction de global et local (Le Roy, dir., 2013).

« Si nous postulons que la mondialisation ne saurait exister sans un ancrage local, de même tout événement local a pour vocation à avoir un prolongement, un écho, une incidence à l'échelle mondiale. Sans doute faut-il, pour en apprécier la pertinence, accepter d'appréhender le "local" non seulement selon un référent territorial, le partage d'un espace ou d'un terroir, mais par tout savoir, savoir-faire ou savoir-penser qui privilégie une relation de proximité, un contrôle personnalisé des systèmes de décision, une mémoire ou une histoire communes périodiquement commémorées.

Retenons ainsi que la mondialisation n'existant que par les acteurs qui la font et par ceux qui y croient, les conditions de vie et de reproduction de ces acteurs les situent nécessairement à la fois dans la sphère mondiale qui les identifie et dans une sphère domestique, dans une vie d'immeuble, de quartier, de village, de bureau qui prend en charge le quotidien, ne serait-

ce qu'éros et thanatos, l'amour et la mort » (p. 150). Puis je développe, parmi les théories de pluralité des mondes, l'apport d'Arjun Appadurai, un anthropologue indo-américain qui aborde les mondes comme des paysages imaginés. Cette « idée de mondes imaginés selon des espaces mentaux construits individuellement ou collectivement autour d'objets symboliques, au sens du *symbolos* grec, ce sceau qu'on partage et permet à l'un de reconnaître l'envoyé de l'autre » (p. 153) me paraît toujours particulièrement euristique pour avancer dans la compréhension de cette juridicité. Et, pour cela, je reviens en arrière sur la notion de complexité dont j'ai encore peu parlé alors qu'elle était une proposition saillante du Jeu des lois. J'y développais six propositions :

- >> premièrement, la complexité ne se comprend qu'*a posteriori* ;
- >> deuxièmement, la complexité nous situe entre science, voyance et initiation ;
- >> troisièmement, la complexité induit incertitude et instabilité ;
- >> quatrièmement, réintroduire une lecture de l'opacité comme principe de lecture de la complexité ;
- >> cinquièmement, toute complexité suppose une interculturalité ;
- >> sixièmement, la complexité n'est pas l'uniformité ni son contraire, la complication. Elle est une structure ouverte pleine d'opportunités.

Ce faisant, quel est l'intérêt d'invoquer la complexité ?

- >> Un intérêt pratique, interculturel, pour rendre compte du monde tel qu'il est [...].
- >> Un intérêt politique en lisant une complexité au cœur des enjeux juridiques internationaux [...]. En identifiant de plus la pluralité des possibilités comme une structure ouverte, on restitue à chacun sa liberté de choix et sa responsabilité individuelle et collective, essentielles en démocratie, et on développe une « pédagogie de la complexité » selon une formule de E. Bard et V. Masson-Delmotte (2010) à propos du bouleversement climatique, « ne cédant pas à la démagogie de la simplicité » (p. 159). La fin du texte correspondant à des exemples de « débordement par en haut et par en bas, "tous azimuts" du droit par la juridicité » dont on retrouve quelques applications en troisième partie. Quant à la thématique de la mondialisation du droit sous forme de juridicité et dans une perspective plus cosmopolitiste qu'universaliste, elle sera reprise à propos des droits de l'homme en 2014 lors de colloques à Beyrouth, à Aix-en-Provence (Le Roy, 2014 non publié et 2017 [2014]) et à Oslo sur le droit constitutionnel (Le Roy, 2017 [2014]b).

Un déploiement de la démarche avec les travaux sur les communs¹⁰

La même année 2014, je rédige un assez long texte d'une trentaine de pages où je résume les avancées de mes travaux sur les communs sous le titre *Les Communs, entre droit et juridicité. Pratiques foncières africaines et néo-communautés en France 2014-2015*. Il sera publié finalement en 2017 (Le Roy, 2017 [2014]) après avoir circulé dans les réseaux et être parvenu aux États-Unis où il va faire l'objet d'une publication partielle mais très motivante pour

10. Un état de la question que je reprendrai en l'approfondissant dans le chapitre deux de la deuxième partie.

propager l'idée de juridicité. Sous l'intitulé « How I Have Been Conducting Research on the Commons for Thirty Years Without Knowing It ¹¹ » (Le Roy, 2015b), ce texte explique les raisons d'une prudence à mobiliser les communs comme catégorie conceptuelle et stratégique des politiques foncières tant que nous n'étions pas capable d'en maîtriser les enjeux. Si, depuis 2011 et *La Terre de l'autre, une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, j'avais mis les communs au centre de mes analyses, c'est à partir du début de la décennie et à la suite du prix Nobel d'économie attribué à Elinor Ostrom que la communauté scientifique internationale commence à se mobiliser non seulement pour contester les appropriations de terres à grande échelle, sensibles depuis 2008-2009, mais aussi pour repenser la question de la place de la petite agriculture familiale face à l'agrobusiness et finalement celle de la place de la propriété privée et de sa généralisation dans les sociétés des « Suds ». J'avais apporté ma contribution à ces débats lors du congrès de Turin de 2011 (Le Roy [ed.], 2013) puis dans le compte rendu d'un ouvrage de Gérard Chouquet pour la revue *Droit et société* (Le Roy, 2015c). La préparation de la COP 21 à Paris, en décembre 2015, va aussi accélérer les recherches avec une présentation *The Two Faces of the Commons*, au Global Land Forum de la COP 21, le 5 décembre 2015, puis la diffusion par la Banque mondiale d'un bilan foncier des orientations politiques des Comores (Le Roy, 2017c). La même année, le Comité technique « Foncier & développement » du MEAE/AFD a fait des communs son principal chantier d'investigation et les résultats en sont disponibles en 2018.

Ma position tant sur la réception de la propriété privée que sur la généralisation d'une agriculture de rente est de ne pas rejeter par principe les innovations techniques, mais de les faire dépendre d'une acculturation normative préalable qui inscrive ces innovations dans un mouvement de transformation sociale venant de l'intérieur de ces sociétés, donc suivant une appropriation dont les bénéfices réels sont contrôlés par ses membres et non imposés de l'extérieur, retrouvant l'exigence d'un consentement libre, informé et éclairé exigé pour ce qui concerne, en droit international, les décisions collectives affectant l'avenir des communautés autochtones.

La relation entre les communs et la juridicité est plus particulièrement traitée en 2015 dans un état de la question pour la revue *Droit et société* (Le Roy, 2016c) où la place des communs est abordée comme une révolution au sens copernicien, une redécouverte opportune de solutions antérieures, et au sens politique, comme une rupture avec un ordre propriétaire considéré comme inégalitaire, oppressif et exploiteur et portée par les transformations numériques et les logiciels en accès libre. Dans chacun des deux cas, des implications juridiques sont à attendre. Quand, par exemple, on comprend que les communaux en France ne sont plus des communs originels mais résultent de leur inscription en 1793 dans un régime de propriété communale, on peut déjà reconsidérer certains héritages comme le fait le très récent *Dictionnaire des biens communs* (Paris, PUF, 2017). Mais on va devoir aller beaucoup plus loin dans l'identification de nouveaux régimes de juridicités qui peuvent émerger tantôt contre le droit de propriété, dans la mouvance de l'ouvrage *Commun* de Pierre Dardot et Christian Laval, tantôt dans ses marges avec de nouveaux registres de copropriété, de baux emphytéotiques, etc. Je parle alors de néo-communs et j'y reviendrai dans un autre ouvrage.

Je reprendrai seulement ici la conclusion de l'étude qui résume un état d'esprit, en recoupant des observations précédentes :

« Nos collègues belges [Serge Gutwirth et Isabelle Stengers, 2016] observent également que "(l)a question de la résurgence [des communs] s'adresse à l'imagination des juristes, leur

11. « Comment ai-je réalisé une recherche sur les communs sans le savoir ».

demande d'envisager, dans leur cas, non seulement des interventions législatives, mais aussi la possibilité d'un autre agencement ou 'mode juridique'". Ils précisent plus loin que "(l)e rôle de la loi ne devrait pas être de 'tirer' les communs vers un idéal abstrait, de leur proposer, voire de leur imposer un projet, mais de contribuer à ce qui, de fait, constitue une préoccupation commune, la question de la générativité, à instaurer ou à maintenir"¹². »

Ils reviennent enfin (p. 29) sur ce qui leur apparaît au centre de l'aventure humaine, dans sa précarité mais aussi dans sa responsabilité. « La générativité à protéger et à nourrir ne répond pas en effet à une théorie mais à une démarche irréductiblement tâtonnante, enracinée dans la localité, ne donnant autorité à personne. Non seulement le juriste n'est pas libre d'externaliser les conséquences d'une décision "découlant" d'une autorité plus générale que la situation, mais il doit participer avec les autres, chacun avec ses savoirs, ses exigences, ses obligations propres, au déploiement d'une situation irréductible à un "état des choses" [...]. »

« Dans l'expérience que nos civilisations sont amenées à vivre, nous devons nous méfier de deux excès. D'une part il conviendra d'éviter cette "cannibalisation" des communs sous l'impact, l'effet et l'efficacité du capitalisme. Le Marché est en effet semblable au dieu Moloch susceptible d'avaloir ses enfants. D'autre part, les communs ne sont pas qu'un mode de gestion des ressources, comparable au capitalisme qui se préoccupe de biens et de richesses. C'est un mode de vie et la base pérenne, sans doute non exclusive, de l'organisation d'une société dans ses dimensions politiques, productives, idéologiques. Nul ne peut donc s'amputer de ce thesaurus sans renoncer, par là même, à la société » (2016, 623/624).

Une revalorisation de la place et le rôle de la médiation dans la société contemporaine

Traitant du règlement des différends, lors de la décennie précédente, j'avais indiqué réserver à cette période actuelle la médiation, un mode dit « amiable » plutôt qu'alternatif parce qu'il n'est pas, et ne saurait être en l'état, une alternative à la toute puissance du recours à la voie judiciaire. Mais il y a une autonomie de la médiation à promouvoir ou à préserver. Je m'en étais déjà ému dans ma première synthèse de 1994 (« Médiation, mode d'emploi », *Droit et société*, volume 29, 1995, p. 39-55). L'ouvrage de 2002 (Younès, Le Roy, 2002), en posant en sous-titre la question « quelle société veut-on construire en mobilisant les ressources de la négociation ? », accentue le malaise, le sentiment que ce mode original n'a qu'une vocation ancillaire, qu'il est destiné à débarrasser les juges du fardeau des petits conflits du quotidien pour leur permettre de se consacrer à la noble matière du droit. Ces vingt dernières années ont en effet vu la reconnaissance voire la consécration d'une voie négociée dénommée médiation conventionnelle et s'adaptant à de multiples enjeux et contraintes pour devenir parfois un mode de gestion du personnel ou de relations avec les clients mécontents. Ce faisant, la médiation a été dévoyée, c'est-à-dire au sens propre est sortie de sa voie, de son lit de rivière pour être détournée vers d'autres objectifs que ceux que nous avons ci-dessus examinés à propos de la voie africaine négociée appelée palabres dans *Les Africains et l'Institution de la justice* (2004).

Il y a derrière ce processus de judiciarisation de la médiation, en particulier en matière pénale, beaucoup de bonnes raisons apparentes et justifiables dans leurs registres propres mais

12. Gutwirth et Strengers, *op. cit.*, p. 24, 26. La générativité est un néologisme issu de l'anglais et désignant non seulement la fonction par laquelle des phénomènes se reproduisent mais aussi les contraintes qu'ils y subissent.

qui convergent vers une dépréciation d'une démarche fondée sur la liberté des engagements et la responsabilité des intervenants. À partir du milieu des années 1990 et sous l'effet de réglementations européennes, la médiation s'est progressivement inscrite dans le domaine du droit positif alors que sa juridicité connue et reconnue pouvait laisser place à des erreurs et à des excès. Au lieu de provoquer un mouvement citoyen de prise en charge d'un code de bonnes pratiques, l'État s'y est substitué non seulement pour homogénéiser un champ de pratiques d'une très grande diversité, ce qui provoque déjà des contraintes en termes de jeu et d'élasticité (*supra*), mais pour soumettre la voie négociée à la voie imposée et judiciaire, la médiation pouvant devenir une procédure obligée préalable à une instruction des affaires civiles ou pénales. Les justifications peuvent être imparables car que dire quand on invoque le principe de l'égalité devant la loi, la place de la défense ou les droits de l'homme ?

Mais insensiblement, et derrière l'invocation de l'intérêt général, c'est la vision gestionnaire d'un nouveau « *Big Brother* » qui pourrait se profiler. En quoi une culture de la juridicité pourrait-elle y répondre ? Distinguons les modes d'approche de la question, puis les résultats de la médiation.

● Les modes d'approche

Dans un entretien récent pour la revue *Négociations*, j'observe ce qui suit :

« L'ordre négocié doit, pour moi, toujours être lu en relation avec les trois autres ordonnancements, imposé, accepté et contesté. Ce serait pur idéalisme que de supposer qu'un ordre négocié pourrait prévaloir indépendamment des rapports de force et de le pouvoir donc indépendamment d'un ordonnancement imposé et de l'impact d'un ordonnancement contesté. Cet « ordre contesté » relève de l'anti-institution et n'a pas bonne presse mais il faudrait revenir à Deleuze et Guattari pour en comprendre l'impact récurrent. Je ne cherche pas à le promouvoir mais il est une dimension constitutive de la vie en société, la condition et la garantie que la société pourra trouver en son sein la capacité de se remettre en question et de s'adapter aux innovations dans son environnement. Ensuite, on peut ajouter que l'ordre accepté peut nous jouer de mauvais tours car s'il est à la base de la vie démocratique au quotidien, qui accepte l'ordre des dirigeants sur la base d'une confiance plus ou moins méritée, elle peut conduire à des conformismes conservateurs puis réactionnaires qui ont justifié les pires dérives vers les fascismes et le nazisme. Dans la pensée et les pratiques confucéennes, l'ordre accepté était fondé sur un système de rituels très élaborés et sur un dualisme éloigné du monologisme dont j'ai apprécié l'influence négative ci-dessus.

Je crois toujours à la vertu libératoire de la médiation dans son rapport à l'ordonnancement négocié mais ce n'est plus avec l'optimisme de mes jeunes années. [...] (P)orter son attention sur « les procédures de socialisation » en libérant la médiation de ses références juridiques et judiciaires « modernes » tout en l'inscrivant dans une lecture de la juridicité d'une société dans un monde irrémédiablement complexe peut être une bonne approche. C'est pour moi un des enjeux futurs de nos travaux » (Le Roy, 2017, 116-117).

● Où chercher la juridicité dans la médiation ?

Je propose de rechercher la juridicité dans trois dimensions complémentaires de l'expérience de médiation.

Tout d'abord, on peut la découvrir à partir des objectifs que se fixent les médiateurs (ou médiés selon la part plus ou moins active qu'ils prennent à la prise en charge du différend)

qui sont de résoudre des problèmes (de vie au quotidien, de cohabitation, de violences psychologiques, etc.) qu'une condamnation judiciaire ne peut satisfaire et non d'invoquer des normes. Pour cette raison, il faut interroger les *habitus* et les modèles de conduites et de comportements et confronter ceux qui sont usuellement mobilisés dans ce contexte et ceux qui ont été effectivement utilisés. De la reconnaissance de l'écart naît la possibilité d'un dialogue, donc d'une reconnaissance d'un problème que le médiateur favorise mais auquel seuls les médiateurs/médiés pourront apporter une réponse.

Le deuxième foyer de juridicité dans la médiation peut tenir aux procédures typiques mobilisées pour faire avancer la prise en charge de ce problème. Je rappelle pour mémoire que depuis nos travaux sur la négociation dans la justice africaine et dans la justice des mineurs, j'ai proposé de distinguer entre trois phases mobilisant le paradigme de l'argumentation pour aboutir à l'apaisement recherché. J'avais alors utilisé une taxinomie inspirée de l'histoire des institutions grecques pour souligner la spécificité du *modus operandi* : *théoria* ou exposé des problèmes et des arguments, *crisis* confrontation des différentes versions pour faire jaillir la vérité des faits, et *catharsis* apaisement par purification d'un différend dominé sinon réglé. Les praticiens peuvent toujours « broder » autour de cette classification de base.

Enfin, la troisième dimension de la juridicité pourrait être associée aux résultats obtenus, à savoir une conciliation/réconciliation plutôt qu'une condamnation. « La médiation n'est pas une justice et donc n'équivaut pas à attribuer à chacun ce qui lui revient. Elle n'applique pas des normes mais relie des intérêts disjoints ou redonne sens à des partages » (Le Roy, 2013b, 205).

Nous allons maintenant, en dernière partie, nous rapprocher des problématiques des juristes pour en approfondir les enjeux théoriques en lien avec les nouvelles pratiques à promouvoir dans la révolution des communs. ●

OBSERVATIONS TRANSITIONNELLES

En relation avec les expériences et travaux de terrains en Afrique, au Canada et en Europe, les conclusions que l'on peut tirer quant à la réception de ces travaux concernent deux destinataires, donc deux publics.

Tout d'abord je me suis adressé, parfois directement dans *Les Africains et l'Institution de la Justice* ou dans *La Terre de l'autre*, aux rédacteurs de textes juridiques des pays anciennement colonisés, que ce soient les praticiens nationaux que nous avons formés (ou déformés) dans les écoles de droit ou leurs conseillers internationaux qui « veillent au grain » pour garder un pouvoir d'influence sur les évolutions juridiques, donc politiques, donc économiques. Le message est ici très clair et certains le considéreront comme excessif ou injuste, mais il apparaît manifestement que le droit d'origine occidentale est dans sa généralité inappliqué et inapplicable aux sociétés toujours marquées par des structures communautaires. Il ne profite donc qu'aux élites dont il renforce le pouvoir de domination. Tant qu'une décolonisation juridique n'aura pas eu lieu, les phénomènes de dépendance et de sous-développement ne cesseront de se reproduire : mêmes causes et mêmes effets depuis cent ans. Mais j'entends rester fidèle à l'option de la thèse de 1970. Il ne s'agit pas de revenir en arrière et de s'enfermer dans le droit coutumier ou ses avatars mais de promouvoir un droit réellement africain reposant sur une conception endogène de l'État, des valeurs communautaires adaptées au temps présent et selon des procédures démocratiques et pluralistes originales, fruit des expériences contemporaines.

Ensuite, je me suis adressé aux juristes de nos sociétés occidentales actuelles pour qu'ils puissent bénéficier, une fois n'est pas coutume, des enseignements tirés des terrains africains et plus généralement des transformations affectant les sociétés des « Suds ».

On peut tout d'abord admettre que les observations et explications de cette rétrospective historique vérifient une proposition plus ancienne :

« En pensant la juridicité comme un englobant de ces manifestations du juridique propres au droit ou étrangères à ses développements historiques modernes, je prétendais répondre à l'exigence interculturelle caractéristique de l'anthropologie et que ne partagent pas nécessairement ceux qui restent inscrits [...] dans la tradition occidentale. Dix ans plus tard, je reconnais que nous sommes toujours là en face d'un choix diacritique et qui est fonction de l'expérience d'un décentrement plus ou moins plausible du rapport à l'autre. Il est évident, au moins pour moi, que mon expérience africaniste et ma vocation anthropologique ont été déterminantes dans ma conversion à la juridicité. »

Le praticien juriste ne devrait donc pas s'alarmer de mes explications si son intérêt et son horizon professionnel restent associés à la mise en œuvre du droit positif dans une perspective que je qualifierais, sans esprit critique, de « routinière », car c'est bien la routine, qui n'interdit ni intelligence ni sens pratique, qui domine l'exercice des professions juridiques, même en France, après leurs réformes les plus récentes. Ce faisant, le praticien du droit peut négliger ces normes de premier degré que je décrivais aussi comme permettant de « rendre compte de régulations peu spécialisées, peu formalisées, peu conscientisées qui ne sont tenues pour obligatoires que sous certaines conditions et dans certains contextes, que j'appelle "les mondes de la juridicité", voire des contextes bien particuliers où la solution n'est tenue .../...

pour obligatoire que par quelques-uns ». Avec ce risque que relevait Rod. Macdonald à ce sujet qu'« on n'a plus tendance à reconnaître les normes inférentielles et implicites comme normes, mais plutôt de les redéfinir, soit comme des antécédents de décisions judiciaires ». Or, prétend-t-il ensuite « **seules les normes implicites et inférentielles sont réellement normatives** » (c'est moi qui souligne en gras).

Non seulement la routine se heurte à des problèmes imprévus qui émergent dans les interstices des innovations en cours, mais surtout le monde change et l'intégration européenne a déjà obligé nombre de professionnels à revoir leurs connaissances et leurs compétences et les évolutions ne vont pas s'arrêter là.

Cette observation avait été relayée à propos de la présentation des modèles de maîtrises foncières et fruitières quand je remarquais qu'il convient de « réintroduire pour rendre compte, sous l'effet de la mondialisation, de nouveaux rapports juridiques sans doute innommés théoriquement mais effectivement pratiqués ».

Mes observations et analyses conduisent donc à poser en conclusion provisoire la proposition suivante :

« Deux voies mènent à ce que Pierre Legendre (Legendre, 1999) dénommait **l'institution de la vie** en société, la voie du droit propre aux sociétés modernes occidentales et la voie de la juridicité, connue de toutes mais rarement reconnue comme telle par les actuels professionnels du droit, en ce sens qu'elle fut plus ou moins complètement exploitée par la pré-modernité, pratiquée marginalement et honteusement par la modernité occidentale classique des XIX^e et XX^e siècles et redécouverte avec difficultés et réticences à l'époque contemporaine post-moderne », ainsi pour les communs.

Et pour cela, il faut intégrer dans nos pratiques de recherches et d'interventions professionnelles deux contraintes.

1. « Toutes ces notations suggèrent d'accepter l'idée d'une rupture avec une vision "classique et moderne" du droit. Nous avons évoqué en début de ce texte un "au-delà du droit" qui est rendu invisible par notre seule myopie. Mais, s'il faut bien changer de focale, c'est à chacun d'entre nous d'apprécier s'il s'agit de choisir un microscope ou un télescope, la juridicité pouvant relever de l'infiniment petit pour les uns, d'objets trop éloignés pour être saisissables à l'œil nu pour les autres. »
2. En effet ce ne sont pas des manières de faire puis de dire le faire qui sont principalement en cause mais un sentiment d'obligation de faire et de faire ainsi : on est tenu de le faire en mobilisant des explications banales (c'est la coutume, la tradition, la pratique professionnelle, les *habitus*, etc.) par économie de moyens ou parce que c'est de règle dans les sociétés qui ignoraient notre conception positiviste du droit. ■

TROISIÈME PARTIE

Apports des héritages conceptuels de quelques juristes hétérodoxes aux recherches sur les communs

INTRODUCTION

La prise en compte puis la légitimation de la juridicité constituent une innovation considérable. Toute innovation d'une certaine ampleur, tant sur le plan conceptuel que sur le plan spatial ou territorial, supposant des changements plus ou moins radicaux ou, au moins, des adaptations « systémiques ¹³ », doit être portée par une histoire, un récit fondateur. Un tel récit n'existe pas encore dans le contexte de la transmodernité et, s'il nous faut contribuer à le faire émerger, il convient d'abord d'identifier les difficultés de sa conception puis de sa réception. Que doit-il contenir, comment doit-il l'exprimer et comment ses destinataires, citoyens du monde, seront à même de le recevoir et de le mobiliser ?

Je prétends, depuis le début de cet ouvrage, que l'ensemble des sociétés constituant la population de notre monde terrestre est affecté par une entrée en « transmodernité ». Je ne considère pas, ai-je déjà écrit, cette transmodernité comme un simple passage d'un mode de vie compliqué, disons la modernité, à un autre type d'expérience encore plus compliquée comme la post-modernité car il ne s'agit pas, comme on l'a relevé depuis *Le Jeu des lois* (1999), de simples complications mais de complexité. Dominée de manière générique par la notion d'incertitude et d'instabilité, donc de jeu ouvert, la complexité suppose également qu'on tienne compte de trois autres facteurs.

D'abord, la complexité ne se comprend qu'*a posteriori* c'est-à-dire sur la base des expériences auxquelles on a déjà été confronté. On ne peut l'anticiper et la prévoir, donc la prévenir. Elle s'impose. À nous de nous y adapter, comme le marin à un coup de vent.

Ensuite « la complexité nous situe entre science, voyance et initiation » (1999, 386) ce qui suppose tant un mode d'apprentissage que des conditions d'observation et une pédagogie originaux. Il y a vingt ans, j'évoquais le « gay savoir » de François Rabelais qui faisait déjà l'expérience d'un passage de frontières lors de l'entrée, au XVI^e siècle, de nos sociétés dans la modernité. Mais il faudra aller plus loin car le changement n'est pas celui d'un ancien vêtement au profit d'un neuf, plus confortable ou mieux adapté, mais d'une collision entre toutes les cultures du monde, des plus réputées aux plus modestes, c'est-à-dire celle d'une transculturalité. Apparemment nous ne savons pas l'expliquer et, pourtant, nombre de nos pratiques illustrent que ce mouvement est déjà largement entamé tout en ne concernant qu'une part réduite de nos sociétés (en particulier leurs élites tenues pour aristocratiques). Quant aux rares discours, ils sont tenus pour honteux, alors que « *e pur, se muove* », et pourtant il change, ce monde autour de nous. Non seulement la terre tourne selon le propos apocryphe de Galiléo Galilée mais, comme je le répète souvent « tout change et la seule chose qui ne change pas est que tout change ».

Enfin, « réintroduire une épistémologie de l'opacité comme principe de lecture de la complexité » (idem, 388). Cette formulation un peu alambiquée suggère deux comportements. Il faut d'abord une attitude critique quant aux conditions de mise en œuvre de la

13. On entend par systémisme la prise en considération de l'ensemble des facteurs qui appartenant à un même ensemble dit système sont appelés à interagir en cas de changement de l'un d'entre eux.

pratique scientifique et cette attitude ne concerne pas seulement l'outillage fondamental, nos concepts, mais toutes ces manières de dire et de faire qui, au quotidien, affectent nos modes d'observation et d'analyse des mutations en cours. Ensuite, il faut changer de présupposés scientifiques qui reposent usuellement sur la transparence des choix de concepts, de méthodes ou de paradigmes. La démarche classique du chercheur repose sur l'idée que tout est susceptible d'être visible, identifié, classé, hiérarchisé : on démonte le moteur, pièce par pièce, pour en expliquer fonctionnement et dysfonctionnements avant de le remonter et de le faire tourner. Or nous sommes de plus en plus souvent dans des logiques de boîtes noires. Nous ne pouvons observer que ce qui entre ou ce qui sort et jouer sur les influx pour apporter les réponses espérées. Ces expériences sont déjà pratiquées par les chercheurs de l'infiniment petit. Il faut les généraliser dès lors qu'on est en face d'une pluralité de phénomènes dont on découvre, en sciences de l'homme et de la société, les interactions nouvelles. C'est ainsi, par exemple, que j'ai abordé un cabinet de juge des enfants pour, conventionnellement, sortir de représentations ou d'explications convenues et mettre en évidence des pratiques de socialisation juridique qui relevaient non du droit strict mais des *habitus* du magistrat, une juridicité ici aussi implicite et inférentielle.

Pour déterminer ce que ce récit fondateur doit contenir, comment l'exprimer et comment y associer les destinataires dans leurs diversités, les praticiens d'une anthropologie politique de la juridicité mobilisent trois exigences fondamentales : leur démarche doit être successivement *diatopique*, *dialogale* et *diamuthique*. Cet ordre de prise en compte va cependant être adapté ici au contexte de l'argumentation et sera inversé.

Le récit fondateur doit d'abord contenir des éléments de connaissances et d'expériences qui soient recevables et réinterprétables dans les diverses figures mythiques. Sans prétendre à une synthèse interculturelle universelle, on doit se préoccuper d'associer la diversité des cultures, expression de la pluriversalité posée dans l'avant-propos, par une démarche **diamuthique** (qu'on peut dénommer aussi transmythique). Je sais cette exigence insensée et irréalisable mais elle doit rester un idéal qu'on amorcera ici, telle une pompe, et avec humilité. D'autres pourront poursuivre et compléter progressivement cette démarche, en sachant qu'en ce domaine des conceptions fondatrices de la juridicité, les « pertes en ligne » sont continues avec la destruction des langues et des cultures dans un contexte d'ethnocide généralisé depuis plusieurs siècles.

Ensuite, le récit doit se préoccuper de la rencontre entre les logiques à l'œuvre dans les pratiques d'acteurs, donc se présenter comme **dialogal**. Le *logos* grec est ici approché comme paroles et discours mais aussi comme logique et rationalisations pour l'action. Les travaux de Robert Vachon et de l'Institut interculturel de Montréal sont ici précieux ainsi que leurs approfondissements par Christoph Eberhard (2011, 183 et s.). La pluralité des mondes qui paraît constituer une facette essentielle de la transmodernité doit ainsi se traduire dans un discours qui restituera et respectera cette pluralité et qui ainsi sera non seulement dialogique mais aussi dialogal : non seulement penser l'autre mais le penser autrement et en respecter les options.

Enfin, cette approche se trouve conditionnée par une pédagogie associant les acteurs à partir de la prise en compte de leur site (*topos*) culturel propre pour déboucher sur une **diatopie**. On attire l'attention du lecteur sur l'importance du préfixe *dia* par différenciation des usages de Thomas Moore avec son u-topie ou d'autres auteurs avec le privatif « a » dans a-topie. L'anthropologue a développé, pour les besoins d'une pédagogie adaptée, un modèle de base privilégiant trois positions structurellement présentes dans toutes les démarches acceptant la

prise en compte de la différence : le MOI de l'observateur, le SOI de la culture dominante à laquelle s'adresse le discours « scientifique » et l'AUTRE dont on a déjà vu qu'il pouvait être le frère à admirer ou l'ennemi à abattre mais avec lequel on est appelé à coopérer. En général on opère une triangulation de ces trois facteurs pour faire ensuite prendre en considération des facteurs secondaires dont j'avais déjà relevé les caractéristiques principales (Le Roy, 1999).

Je rappelle enfin la bonne formule que nous, anthropologues, préconisons pour le positionnement du chercheur : Topos anthropologique = MOI-nous + SOI-pluraliste + AUTRE-comme différent donc complémentaire.

Ainsi armés, nous allons pouvoir amorcer une contribution à cette science de l'homme en société mondialisée et pluriversalisée, en cours de reconnaissance d'un mode de régulation, à la fois nouveau et archaïque, qu'est la juridicité. Il faut savoir reconnaître ses **héritages**, quitte à ce que ce soit « sous réserve d'inventaire » dans un langage de notaire. Réinventer la roue à chaque instant serait vain et prétentieux et Pierre Legendre (que nous retrouverons) a insisté sur les contraintes de la transmission, de telle manière que nous ne prétendons ici que pousser au mieux le bagage théorique et méthodique de quelques-uns de nos prédécesseurs, collègues ou amis pour mieux asseoir la contextualité du paradigme de la juridicité appliqué aux communs.

Dans les raisonnements qui structurent l'expansion du paradigme de la juridicité, je suis passé lentement, trop lentement on l'a constaté en première partie, de la prise en considération d'une multiplicité de pratiques à la constatation que cette multiplicité appartenait à un modèle de la pluralité qui fut d'abord implicite, puis pratique pour monter enfin en puissance théorique. En rendant hommage à quelques uns des inspirateurs de ces recherches, je tente aussi de prolonger leurs réflexions en considérant dans les interstices de leurs arguments de nouvelles pistes à explorer¹⁴.

Avec Michel Alliot, dans le chapitre 7, je vais commencer par raconter comment ce dernier a fait découvrir à ses étudiants, dont j'étais dans les années 1960, puis à quelques collègues dans les années 1980, comment on devait aborder la spécificité des expériences du juridique. Son premier et immense mérite fut de nous faire comprendre que notre Occident n'était pas l'alpha et l'oméga de toutes les trajectoires juridiques. Il nous a donc plongés dans la diversité, au risque de nous noyer, mais c'est ainsi qu'on devient bon nageur.

Jacques Vanderlinden est abordé dans le chapitre 8 comme le grand-frère belge avec des formules qui me déconcertaient quand j'étais jeune mais qui révélaient derrière un sens de la provocation, une pudeur et une attention à l'autre et à la différence qui l'ont conduit à devenir le héraut francophone du pluralisme juridique dans sa version radicale.

Enfin, je reprendrai, dans un dernier chapitre 9, les apports de quelques autres de mes aînés ou amis qui ont balisé le chemin des relations entre la juridicité et les processus de mondialisation, de Pierre Legendre à Rodolfo Sacco. ●

14. Je poursuis et prolonge les réflexions initiées lors du colloque « Le pluralisme à l'épreuve de l'histoire » des 28 et 29 avril 2011, organisé par les historiens du droit des universités Paris 13 et Paris-Descartes. Ma communication « Quelques obstacles à la prise en compte du pluralisme juridique dans la société française contemporaine » n'a finalement pas été publiée malgré des engagements initiaux et pour des raisons qui me sont restées obscures. Craignant que ma conception critique du pluralisme et des juristes ne soit mise négativement « à l'épreuve des historiens », j'avais donc inséré cette contribution, à titre mémoriel, dans la plaquette *Une juridicité plurielle pour le XXI^e siècle* (Le Roy, 2017, p. 19-32).

CHAPITRE 7

« Dis-moi comment tu penses le monde, je te dirai comment tu penses le droit »

Michel Alliot et la spécificité des expériences du juridique

Penser Dieu c'est penser le droit

Michel Alliot fut le fondateur des études d'anthropologie du droit en France avec la création d'un laboratoire spécialisé en 1964. Après avoir consacré une partie de sa vie à la réforme de l'université française, en 1968-69, comme directeur de cabinet du ministre de l'Éducation nationale Edgar Faure puis à la présidence de la nouvelle université Paris 7, il a développé durant la décennie 1980 une théorie des archétypes. Sa proposition centrale est une application du colloque de 1980, *Sacralité, Pouvoir et Droit en Afrique*. Synthétisée, sa formulation était provocante : « *Penser Dieu c'est penser le droit* ». De manière plus anthropologique, il nous transmettait sa consigne : « *Dis-moi comment tu penses le monde, je te dirai comment tu penses le droit* » (Alliot, 2003 : 87).

Pour Michel Alliot, penser le monde c'était s'interroger sur les conditions de création du monde, ce que révélaient nos cosmogonies et cosmologies, en confrontant dans les mythologies les principales modalités de représentation de l'origine du monde et la contribution, ou non, d'une divinité qui est associée à l'émergence de l'univers et de la société. « En effet, il n'y a pas une, mais de multiples façons de penser le monde et de se penser dans le monde et à chacune d'elles correspond une façon de penser le droit. De ce point de vue et en s'attachant seulement aux grandes aires culturelles et à leurs principales évolutions, on peut dire que la Méditerranée unit dialectiquement des peuples divisés dans le temps par leurs cosmologies et dans l'espace par leurs langues. Au fondement de toute cosmologie, on trouve implicite un modèle du mouvement. Tantôt rien de fondamental ne change, que le mouvement soit illusion, recommencement perpétuel ou respiration retrouvant toujours son état antérieur : ce sont les cosmologies les plus orientales. Tantôt le mouvement est une composante essentielle de la cosmologie, si essentielle que la cosmologie se confond souvent avec la cosmogonie : c'est le cas des peuples méditerranéens » (Alliot [1987] 2003 : 87).

Michel Alliot distinguait alors trois univers, celui des Monothéistes, celui des Confucéens et celui des Animistes qu'il retrouvait tant dans la Grèce archaïque ou l'Égypte pharaonique que sur le continent africain ou chez les Autochtones amérindiens.

Dans le premier cas, chez les Monothéistes, l'univers était issu du néant et l'œuvre d'un Dieu unique était expliquée par ses quatre attributs, la supériorité, l'extériorité, l'omnipotence et l'omniscience. La création était imposée à ses créatures car l'univers aurait pu ne pas advenir et l'organisation de la société résultait ainsi d'un ordre obéissant au principe de l'unité, ce monothéisme partagé par les Juifs, les Chrétiens et les Musulmans.

Dans le deuxième cas, celui des Confucéens, l'univers était interprété comme une création permanente, en expansion continue, n'ayant ni origine ni fin, et trouvant des équilibres instables entre des principes bien identifiés appelés à se compléter, comme le *li*, les rituels, et le *fa*, le « droit » ou l'ordre du prince. Ici, le principe de dualité semble consubstantiel à l'organisation de la « bonne société » dont les membres sont bien socialisés ou endoculturés que restitue un proverbe chinois : quand les marches de l'école sont usées et que celle du tribunal sont enherbées ou moussues parce que non utilisées, alors la société va bien.

Enfin, chez les Animistes, l'univers résulte d'un chaos initial qui a été progressivement régulé par le concours conjoint de déités et des hommes au terme d'un processus où ont été expérimentées, par exemple, successivement la société parfaite mais où l'homme s'ennuie et la société violente, invivable. Dans un troisième temps, s'invente la société que nous connaissons avec ses contradictions mais aussi ses espaces de créativité et de liberté. Ce qu'on doit en retenir dans la perspective du pluralisme juridique, c'est que c'est dans un troisième temps seulement que l'état de société apparaît et que, plus généralement, la vie juridique est organisée à partir de trois instances ou de trois composantes. C'est ce type de construction mythique que je découvre chez les Wolof du Sénégal en 1969 à travers le récit oral de création originelle de l'empire du Djolof. Ce récit confrontait deux visions d'une humanité imparfaite, l'une dépendant d'un état de nature et l'autre de groupes humains, des pêcheurs, dominés par des logiques de violence et faisant émerger par l'action médiatrice d'un héros civilisateur, Ndiadiane N'Diaye, un troisième modèle de société pacifiée et policée.

J'ajouterai seulement que, pour Michel Alliot, la conception du droit qui reflète sa lecture des origines en fait « une mise en formes des luttes et un consensus sur le résultat des luttes » (Alliot, 2003).

L'illustration avec notre mythe judéo-chrétien

Avec Christoph Eberhard (Eberhard et Le Roy, 2009), nous avons proposé des compléments à cette présentation avec la vision indienne du monde et une lecture de l'impact de la contemporanéité sur les pratiques juridiques. Puis nous avons soumis nos données de terrain à l'épreuve de la théorie de Michel Alliot. Ne pouvant les reprendre toutes ici, je reviens à l'illustration de notre mythe judéo-chrétien de création du monde à la lumière des interprétations proposées par l'école biblique de Jérusalem, d'inspiration catholique et romaine, et par Henri Meschonnic, d'inspiration juive. Sont en cause les trois premiers versets du récit de la « Genèse », qui veut dire origine.

Reprenons la Bible de Jérusalem qui nous est familière :

Au commencement Dieu créa le ciel et la terre.

Or la terre était vague et vide, les ténèbres couvraient l'abîme, l'esprit de Dieu planait sur les eaux.

Dieu dit : « que la lumière soit » et la lumière fut. Dieu vit que la lumière était bonne, et Dieu sépara la lumière et les ténèbres. Dieu appela la lumière « jour » et les ténèbres « nuit ». Il y eut un soir, il y eut un matin : premier jour.

École biblique de Jérusalem, 1961 : 9

Henri Meschonnic traduit ainsi les trois premiers versets du récit de la genèse :

*Au commencement que Dieu a créé le ciel et la terre
et la terre était vaine et vide et l'ombre sur la face du gouffre couve sur la face de l'eau
et Dieu dit qu'il y ait de la lumière et il y a eu la lumière...*

Puis il commente le sens des ruptures introduites à l'égard de l'interprétation consacrée par la Bible de Jérusalem.

Le premier verset n'est pas une fin de phrase. Il n'est que le début d'une phrase qui s'étend sur trois versets. Le deuxième verset est une parenthèse et la proposition principale arrive au troisième verset : « et que Dieu a dit qu'il y ait de la lumière et il y a eu la lumière ». C'est toute la cosmologie qui change, car selon les versions qui font du premier verset une proposition indépendante, c'est le ciel et la terre qui ont été créés en premier. Or il y a quelque part dans l'exode un verset qui dit bien que Dieu a mis sept jours pour les créer, alors que là c'est fait du premier coup. Eh bien non, justement : ce que dit le texte dans sa grammaire, c'est que la première chose créée n'est pas la terre et le ciel mais la lumière. Ça change tout.

Meschonnic 2000 : 25

Selon la version de Henri Meschonnic, le monde a été créé par une instance, Dieu, mais dans un contexte où la pluralité des temps (sept jours) et l'agencement des créations successives produit un ordre qui résulte plus du principe de complémentarité que de celui de l'englobement et de l'unité. Cette dernière, par contre, s'impose lorsqu'un seul Dieu, en un seul jour, crée un seul monde à partir du *tohu* et *bohu* initial, c'est-à-dire du néant. La tradition chrétienne et la traduction qu'elle a imposée introduisent ainsi un principe d'unité et un monisme qui passera de la construction de la figure du divin (monothéisme) à celle du pouvoir (monocratie) et de son détenteur (monarchie) pour enfin aboutir au monologisme juridique. Ce dernier caractérise, depuis la transmission des tables de la loi sur le mont Sinaï, la tradition juridique, tradition revisitée à l'époque moderne avec la codification. Ces évolutions s'inscrivent sur le très long terme, selon des schémas complexes et avec des conséquences imprévisibles pour les acteurs de l'époque. Ainsi, selon des sources historiques récentes, ce sont les Macchabées qui, pour faire avancer leurs prétentions politiques, auraient vers le IX^e siècle avant J.-C. systématisé une interprétation du monothéisme pour légitimer l'idée de monarchie (*Anthropologies et droits*, 2009, 123).

Confirmant qu'« il n'y a pas une, mais de multiples façons de penser le monde et de se penser dans le monde » (Alliot, *op. cit.*), la double interprétation que nous proposons ces deux lectures n'est pas sans incidences sur nos compréhensions contemporaines du fait juridique. Dans l'interprétation de Henri Meschonnic, la pluralité est à l'origine de la création du monde et si le principe d'unité est bien associé à Dieu, c'est selon une prise en considération de la diversité et de la complémentarité des forces qui ont conduit à l'apparition initiale de l'homme, qui n'est plus le maître et possesseur du monde de Descartes, mais son gardien. Écologiquement intéressant. ●

CHAPITRE 8

Jacques Vanderlinden et la radicalité des expériences du pluralisme juridique

Dans les années 1970, l'apport de Jacques Vanderlinden concerne moins le pluralisme juridique qu'il a été un des premiers à théoriser au tournant des années 1960 (sous sa modalité qualifiée de « douce » ou de « molle », celle qui est contrôlée par l'État), que la coutume et le droit coutumier qu'il a eu l'occasion d'étudier tant en Europe du Nord qu'en Afrique. Préparant sans doute sa conversion ultérieure au pluralisme radical, il met en évidence¹⁵, à propos de la communauté rurale ou de la coutume, comment la naissance des pouvoirs d'État puis la rédaction des coutumes sur le modèle d'un droit rédigé puis codifié ont signifié la mise à mort de ces coutumes et l'affirmation d'un ordre unitaire à l'encontre de l'ordre féodal, fondamentalement pluraliste. Ensuite, durant la décennie 1990, il eut l'occasion d'affiner ces analyses à l'université de Moncton au Canada, en particulier sur les transferts de droits et la problématique de la réception des systèmes juridiques (Vanderlinden et Doucet, 1994). Jacques Vanderlinden a, mieux que beaucoup d'entre nous, montré l'influence fondamentale dans la démarche de codification du paradigme de l'unité opérant selon un principe de rectification des contradictions de la pratique puis de consolidation et de systématisation d'une mise en ordre de la société en introduisant de l'ordre dans le système juridique. Ajoutons enfin qu'en confrontant les traditions de *common law* et de droit civil dans le contexte canadien, il a pu mettre en évidence les potentialités de pluralisme que contenait le *common law* et que ne favorise pas une conception du droit civil supposé clair, univoque et directement applicable sans interprétation du juge.

Une de ses plus récentes contributions *Ultimes égarements à propos de la coutume* (Vanderlinden, 2015) permet de faire le point sur sa démarche de pluraliste.

Les matériaux

Quatre conceptions de la coutume sont successivement mises à l'épreuve de son expertise. Nous allons synthétiser ses explications pour illustrer pourquoi, selon notre collègue, elles peuvent, ou non, relever du pluralisme.

15. En particulier comme secrétaire général et organisateur des grands congrès de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions.

● La « coutume » selon le juriste contemporain (I)

Elle est définie ainsi : « L'une des sources formelles du droit (aux côtés de la loi, de la jurisprudence, de la doctrine et de l'acte de la pratique) héritée de Rome par les juristes médiévaux (le terme entre dans la langue française dans la seconde moitié du XIV^e siècle); certains historiens du droit parlent aussi de "droit coutumier" » (2015, 118). L'auteur rappelle ensuite son statut, au mieux ancillaire, trop souvent bâtard.

« Tout au long de son histoire, cette coutume, connue aussi sous le nom de "droit coutumier" est en butte aux assauts des juristes d'abord, du pouvoir et des juges ensuite, dans la mesure où son caractère populaire et "non écrit" en rend l'accès difficile à ceux-ci. Cette évolution est contemporaine du passage de la primauté de la parole ou du geste à celle de l'écrit » (2015, 118). Les exemples relevant de l'histoire des institutions européennes sont bien connus et expliquent que pour certains juristes la coutume ne soit plus une source du droit ou au moins du droit civil car le droit commercial en reste saturé.

● La « coutume » selon le colonisateur en Afrique (II)

« En projetant dans les sociétés africaines précoloniales désormais colonisées, les concepts de "coutume" et "droit" (ce dernier est nécessairement sous-tendu par celui d'État), les juristes coloniaux offrent un excellent exemple d'analogisme (au sens d'un déplacement dans l'espace de spécificités d'un lieu dans un autre où elles n'ont pas de raison d'être.)[...] Je souhaiterais ici insister sur le fait que ces normativités originellement africaines perdent à cette occasion leur autonomie, leur "droit de se gouverner par [leurs] propres lois", en raison de leur insertion dans l'ordre juridique colonial; elles ne constituent plus que des différenciations au sein de celui-ci » (2015, 120). L'auteur distingue à cette occasion ces coutumes inscrites dans l'ordre juridique colonial des pratiques urbaines nouvelles et propres aux « évolués » et dont le traitement relève d'un droit jurisprudentiel et d'une éthique de conviction chez les juges.

● La coutume selon le colonisé et le décolonisé africain (III)

L'interprétation qu'en donne l'auteur nous rapproche heureusement des pratiques locales que j'avais aussi décrites dans *Les Africains et l'institution de la Justice* (Le Roy, 2004) que je qualifie de « non-droit populaire ». Il s'agit de « résidus des normativités précoloniales subsistant au sein des communautés africaines colonisées et fonctionnant en marge des droits coutumiers reconnus ainsi que les mêmes transférés par la décolonisation aux États qui en sont issus et en reconnaissent ou en tolèrent l'existence sans les incorporer à leurs systèmes juridiques, en même temps que se créent d'autres normativités "populaires", particulièrement dans les villes, résultant souvent de l'incapacité de l'État postcolonial à satisfaire le besoin de justice des populations et fonctionnant de manière autonome, parfois clandestine, à côté des normativités intégrées aux droits nationaux » (Vanderlinden, 2015, 121).

● La « coutume » européenne pré-juridique et africaine précoloniale (IV)

Il s'agit « (d)es normativités existant dans les communautés de l'Europe occidentale avant la renaissance du droit romain ou dans celles de l'Afrique subsaharienne avant la période coloniale » (Idem, 123). Le lecteur aura remarqué dans le titre l'usage de guillemets qu'on explique par les remarques suivantes : « aussi bien la "coutume" pré-juridique européenne que la "coutume" africaine précoloniale partagent au moins deux traits originaux par rapport aux précédentes : dans leur environnement conceptuel, l'inexistence de l'État moderne avec

son instrument de prédilection, la loi, et de l'écriture ; elle est certes présente dans le cas de l'Europe, mais ne s'adresse qu'à une minorité de la population.

En outre, dans ces cas, convient-il – comme on le fait – non seulement d'encore parler de "coutume", mais aussi d'encore parler de droit ? Je serais alors en contradiction avec mon propos d'origine, si ce n'est que ce sont les juristes qui appliquent le terme à des normativités qui se situent hors de leurs temps ou de leurs lieux » (*ibidem*).

Partageant avec l'auteur ses réserves conceptuelles et proposant la notion de juridicité pour la substituer ici à celle de droit, j'ai tenté dans le *Dictionnaire des biens communs* à l'entrée coutume (Le Roy, 2017, p. 326-329) d'illustrer, pour cette quatrième acception de la coutume, la place et le rôle de systèmes de dispositions durables (ou habitus) et de modèles de conduites et de comportements explicites dits aussi modèles « en creux », tout en étant préoccupé, comme notre auteur, par le risque de « fallacieuses certitudes » (Vanderlinden, 2015, 124).

La mise en évidence d'un « faire » la norme et d'une logique des gestes posés

Jacques Vanderlinden repart ici d'une proposition (que je tiens volontiers pour un postulat) de Rod. Macdonald. « Le droit implique davantage que simplement écrire un texte ; en effet exprimer le droit peut être fait par la langue des signes, le geste et uniquement un simple acte » (Macdonald, 2011, 321-322). L'enjeu est de comprendre la place du « faire » donc du geste, plutôt que du dire donc de l'oralité dans la production de ce qu'on appelle généralement « le droit » (et que J. Vanderlinden dénomme des « normativités ») mais que je qualifie de juridicité.

Si l'intériorisation du faire par un individu est déjà le point d'entrée dans la normativité, J. Vanderlinden considère que « l'imaginaire de l'individu ne (l)'intéresse que dans la seule mesure où il tend à fonder une norme aboutissant à la restauration de l'harmonie sociale [...] et avec] comme but la survie de la société à travers la réalisation d'un équilibre entre les aspirations plus ou moins contradictoires de ses membres » (126). Mais ce qui est pour lui déterminant c'est le « for intérieur » de l'individu et il convient de le citer *in extenso* :

« Le pluralisme normatif radical fournit peut-être un élément de réponse à la question du "pourquoi et du comment le fait". Celui-ci propose en effet que **l'origine de la norme réside dans le "for intérieur" du sujet, au lieu de rencontre des moi multiples qui composent la personnalité de chacun**. Il remonte ainsi à la racine (*radix* en latin, d'où le recours à l'adjectif radical pour le qualifier). En cela il rejoint le pluralisme juridique critique de Macdonald lorsque celui-ci affirme [ma traduction de l'anglais] que : « La revendication de base est que la caractéristique centrale du droit coutumier n'est pas qu'il est implicite, ni même qu'il est non écrit. La revendication est ici que le droit coutumier est inférentiel (non discursif, relevant de l'idéal, non chirographaire) » (2015, 127). (C'est moi ELR qui souligne en gras.)

En conséquence, le sens (I) de la coutume qui reste entièrement du domaine du droit en relevant de ses sources formelles et le sens (II) qui est entendu comme droit coutumier et comme droit avant d'être coutumier relèvent également d'une culture des juristes qui, l'un comme l'autre sens, sont étrangers au pluralisme juridique radical. Sur le sens (III), Jacques Vanderlinden est plus hésitant, faisant le pari « pascalien » que « nous nous situons **en dehors**

des droits et de leur vocation totalitaire » (2015, 130, c'est JV qui souligne). Par contre, il lui paraît que cette expérience (IV) de la coutume « se situe nécessairement en dehors du cadre de l'État, et donc du droit, au sens classique du terme. Nous sommes, à mes yeux, dans un environnement totalement différent au sujet duquel la qualification de "juridique" est une source constante de confusion » (2015, 130). Il propose dès lors de substituer le « faire » à la notion de coutume retrouvant mes premières recherches où j'avais défini la coutume observée au Sénégal comme « manières de dire les manières de faire à la lumière de l'expérience de nos ancêtres ». Il propose également, là où j'utilise la notion de systèmes de dispositions durables, d'appeler « "pratiques normatives" les manifestations de normativité qui apparaissent de manière autonome dans le cadre étatique, sans y être englobées, directement ou indirectement, ou en dehors de celui-ci, à travers le monde. Dans tous ces cas, nous nous situons en dehors des droits et de leur vocation totalitaire » (132).

Pour ce qui concerne la construction du paradigme de la juridicité (auquel Jacques n'adhère pas en trouvant le terme trop « brutal »), je relève en particulier que notre auteur tient ces normes originales pour non juridiques, sans doute pour en préserver l'authenticité et éviter leur contamination conceptuelle avec le droit positif. Il s'en était déjà expliqué lors de ce même colloque de Paris 13–Paris Descartes de 2011 sur « le pluralisme juridique à l'épreuve de l'histoire », employant en particulier la qualification de pluralisme normatif là où, à l'exemple de l'Acadie, « des individus rattachés à de multiples sociétés de toutes natures gouvernent leurs rapports sociaux selon des normes diverses de leur choix en fonction de l'une ou l'autre des personnalités multiples et des circonstances » (Vanderlinden, 2013, 391).

Tout en adoptant, par des voies parallèles (Le Roy, 2017e), ce qualificatif de pluralisme normatif, je confirme mon choix de parler de juridicité pour rendre compte tant d'une incontestable proximité de ces usages que de la complémentarité du droit et d'un « faire » normatif dont on découvre ici qu'il recouvre un domaine de recherches au moins partiellement neuves et qui ne peuvent être conduites selon les principes de la démarche des juristes positivistes. C'est cette normativité du faire qui nous retiendra particulièrement dans l'étude de la juridicité des communs qu'on appréciera en conclusions. ●

CHAPITRE 9

L'âge des mondialisations et la complexité des montages normatifs

Ce dernier chapitre examine quelques-uns des concepts recteurs de la vie juridique classique qui sont, suite aux évolutions de la période contemporaine, en cours de transformation, et que j'ai rencontrés dans mon investigation sur la juridicité. Il s'agit notamment de catégories qui illustrent un déplacement de la juridicité hors du droit strict.

Le mystère de l'institution de la vie en société par le droit et les enjeux de sa transmission

Je voudrais approcher ici en quelques paragraphes des héritages du côté de l'institution et de la transmission à travers les démarches de Pierre Legendre, Jean Carbonnier et François Ost.

● Pierre Legendre et le *vitam instituere*

Cet éminent collègue avait été approché avec Faycal El Karoui puis par l'intermédiaire de Enrique Mari et de Enrique Kozicki, deux amis argentins, philosophes du droit, et qui nous avaient réunis dans une publication commune (Legendre *et al.*, 1982). J'avais ainsi suivi ses séminaires à la cinquième section, Sciences religieuses, de l'École pratique des hautes études. Je ne partageais pas alors nécessairement sa conception d'une pensée nègre qu'il avait approchée au début de sa carrière d'historien du droit au Cameroun et où je craignais de voir poindre des réminiscences de Lucien Lévy-Bruhl.

Par contre, son anthropologie dogmatique (Legendre, 1999, 2009) m'ouvrait des horizons insoupçonnés dès lors qu'il abordait, en particulier, le droit canon de l'Église romaine dans *L'Autre Bible de l'Occident, le monument romano-canonique*. Citons la note marginale inaugurale : « Référent ces leçons à la phrase inaugurale du Décret de Gratien (*humanum genus duobus régitur* / le genre humain est gouverné selon deux mesures) aux premiers mots de la compilation médiévale qui a scellé le destin institutionnel de l'Occident en énonçant sur un mode inédit le pacte entre la Raison romaine et l'Évangile, c'est braver l'ordre établi de la mémoire moderne [...] (L'avènement d'un monde défait de ses bandelettes traditionnelles par la Globalisation industrielle et commerciale va produire inexorablement l'effet de mettre à nu la civilisation dominante, la nôtre en l'occurrence. »

Parmi les nombreux mérites que dévoile cette introduction, je relève tout d'abord cet effacement du temps de nos institutions par « une sorte de temporalité universelle, mesure pour juger du sens de l'histoire planifiée [...] et débouchant sur] une Modernité absolue et totale, évidant la parole généalogique qui porte les cultures » (2009, 8), une construction de la modernité à laquelle j'oppose le concept de transmodernité. Un autre mérite qu'on découvre dans cette note est relatif à « l'architecture de la causalité institutionnelle. [...] (l) n'est pas possible désormais, pour un Occidental, de jeter un regard sur le gouffre de la légitimité sans avoir affaire à la généalogie de l'État et du droit dans sa dimension structurale, par conséquent sans prendre conscience d'être lié soi-même à la transmission d'un mode d'accès à l'institutionnalité particulier » (2009, 10). Toute ma recherche sur le monologisme de l'État et de son droit, puis de sa crise, en a hérité depuis 1982, nourrie par les commentaires du décret de Gratien et de ses oppositions structurantes, entre le droit (naturel) et les mœurs (2009, 46), entre un monde sacré et un monde profane et entre deux sortes d'êtres humains, les Chrétiens et les autres, le second terme toujours rapporté et soumis au premier.

À travers son œuvre se dessine une « critique de facture ethnographique de nos manières normatives en même temps que la notion de Texte, élargie à la dimension anthropologique, permet de reconsidérer le concept de société humaine [...] » (idem, 11) et qui est entièrement restituée par l'objet premier de sa recherche sur le droit : *vitam instituere*, instituer la vie en société.

En quoi Pierre Legendre a-t-il influencé le paradigme de la juridicité ?

Je crains que ce paradigme lui soit et lui restera étranger en raison de la nature de son questionnement centré sur le mystère de l'institutionnalisation du droit, alors que je travaille sur les dépassements et les englobements du droit. Si j'ai été indubitablement influencé, c'est moins par la généralité de ses réponses que par la radicalité de ses dévoilements normatifs. J'avais retenu de ses cours en cinquième section de l'École des hautes études que notre modernité juridique, qui avait été initiée au milieu du XII^e siècle dans le décret de Gratien, reposait sur trois innovations : une représentation unitaire de l'être humain, le principe comptable et un idéal bureaucratique, au sens du pouvoir des bureaux, donc de l'administration dont Pierre Legendre avait fait par ailleurs l'histoire pour la censure des Encyclopédistes au XVIII^e siècle dans *L'amour du censeur* (1974). La conception unitaire de l'être humain avait particulièrement retenu mon attention. Ce n'était pas, en soi, une découverte car Marcel Mauss avait écrit, en 1938, une petite merveille sur « La notion de personne, celle de moi », reprise dans *Sociologie et anthropologie* (Mauss, 1960). Ce dernier montrait déjà la contribution des Chrétiens à la notion de personne en mobilisant la *persona*, le masque romain de la tragédie classique pour proposer un statut commun à tout croyant quelque soit son origine sociale, maître ou esclave. Ensuite, au tournant des années 1970, deux « patrons » de l'anthropologie française, Germaine Dieterlen et Georges Balandier, avaient organisé un colloque sur la notion de personne en Afrique noire (Dieterlen, 1973) mais ses résultats ne m'avaient pas convaincu, mes propres observations de la société wolof du Sénégal puis les travaux de mes étudiants africains me conduisant à souligner, beaucoup plus fortement que dans cette publication, les clivages entre la représentation unitaire moderne de la personne et la conception plurielle de l'être humain dans les pensées et les pratiques africaines.

Ce qui paraissait déterminant dans la réflexion de Pierre Legendre c'est qu'en liant ses trois propositions on ne faisait pas seulement de l'unité un principe de mesure de ce qui peut être tenu comme légitime (ce qui est en rapport avec la *lex*) mais, plus fondamentalement,

la matrice de la modernité. Et quand il définissait ensuite le droit comme l'art dogmatique de nouer le social, le biologique et l'inconscient pour assurer la reproduction de l'humanité, c'était bien à l'aune de cette matrice unitaire qu'il me fallait le lire et interpréter la structure généalogique qui constitue la charpente de son argumentation.

Cet argument revient dans la conclusion générale dans une apostille sur la transmission qui « devient un parcours par lequel une société franchit la barrière de la pure animalité pour constituer un au-delà langagier du temps concret (la distinction socialement inscrite : passé, présent, futur), un au-delà mythique où s'élabore la maîtrise symbolique de la répétition et de la mort ; il s'agit d'introduire une transcendance qui rende pensable un fondement intemporel du temps, c'est-à-dire poser le butoir causal de cette répétition du négatif et du positif : autrement dit d'instituer le temps généalogique à travers la mise en scène des origines » (Legendre, 2009, 500-501). Une mise en scène qui nous renvoie à cette vision chrétienne du monde soulignée par Michel Alliot ci-dessus.

Ce que j'ajoute à ces analyses, c'est la particularité de l'expérience occidentale de la légitimation du droit et de l'État. En effet, nous mobilisons bien une généalogie et des ancêtres mais notre discours des origines est bien particulier, propre à une tradition occidentale judéo-chrétienne et qui ne saurait accéder sans autres investissements à l'universalité. Ma compréhension de l'animisme africain, par exemple (Le Roy, 2012), ne me conduit pas à généraliser ces conclusions. Mais une mise en perspective avec Jean Carbonnier renforce l'idée d'une mutation contemporaine des représentations classiques du patrimoine et de la transmission.

● Patrimoines, héritages et transmissions, chez le doyen Carbonnier

Sans avoir à prononcer ici le terme « transmission », le doyen Jean Carbonnier a rappelé que le droit civil tire de notre conception positive du droit une interprétation du patrimoine qui évolue malgré des réticences continues de la doctrine juridique.

« Longtemps le patrimoine n'a été que cet ensemble des choses, intellectuellement cimenté par des dettes, dont les civilistes ont l'habitude de traiter en exergue de leur exposé du droit des biens. Du patrimoine classique il est la théorie classique, celle d'Aubry et Rau [... où] le patrimoine devait être regardé comme l'expression pécuniaire de la personnalité [... et où] il n'y a pas de place libre pour un patrimoine autonome.

Dans la doctrine allemande, cependant, une théorie avait vu le jour à la fin du siècle dernier, qui professait qu'une masse de biens peut se soutenir, prendre vie par ses propres forces. Bref, qu'un patrimoine sans sujet est concevable. [...] C'est un patrimoine animé par son but. Le but agit en lui comme une dynamo, diront les mécanistes ; comme une âme diront les anthropologues, peut-être aussi les spirituels.

Cependant, la notion de but est abstraite. S'il ne s'agit, pour le patrimoine, que de persévérer dans l'être, de se conserver, ce n'est pas très exaltant. [...]

En France, on a moins parlé de but que de patrimoine d'affectation. C'est un coloris différent [...] L'affectation, non sans confusion verbale, a quelque chose d'affectif, de plus souple en tous cas.

[...] Ce que René Savatier reprochait à la théorie d'Aubry et Rau, c'était son individualisme (l'individualisme a pourtant ses mérites) : non, le patrimoine n'est pas l'expression de la personnalité éphémère du titulaire actuel mais la suite des générations, tant qu'elle ne se perd pas dans le gouffre du passé. Ce patrimoine est avant tout l'héritage.

Mais il existe un héritage collectif, que nous tenons de bien d'autres que de nos proches aïeux. Journées du patrimoine, conservateurs du patrimoine, ce sens nouveau paraît avoir acquis droit de cité dans le vocabulaire administratif : il s'agit du patrimoine culturel de la nation. Nous aventurons, plus généralement, l'expression de patrimoine extrapatrimonial. »

● François Ost, entre immanence et transcendance

Cet auteur reprend d'une autre manière la nécessité de dépasser la conception classique, comme je le fais dans *La Terre de l'autre* (Le Roy, 2011).

Parlant à l'Unesco du patrimoine, François Ost met en évidence des situations d'« héritage sans testament » en empruntant à Primo Levi le récit d'une récitation de la divine comédie de Dante dans le contexte de l'abomination absolue d'Auschwitz, en juin 1944. Et F. Ost remarque, commentant le souci de Primo Levi, l'Italien, de faire entendre à Jean le Français le mystère de la poésie de l'enfer de Dante dans celui du camp d'extermination : « Car c'est cela aussi le patrimoine : action, événement, chef-d'œuvre, objet mais surtout mémoire de tout cela – ou plutôt puisque leur sens est en avant plutôt qu'en arrière, reformulation, réécriture d'un héritage toujours en attente d'être signifié – appelant d'autres témoins pour en formuler à nouveau le testament. Dante se doutait-il que sa description de l'enfer trouverait un écho, en plein XX^e siècle et dans la lointaine Silésie, et que son exhortation "à ne pas vivre comme des brutes" tirerait deux hommes de l'inhumanité ? » (Ost, 1998, 2).

La suite du texte illustre la percée récente de cette nouvelle acception du patrimoine, à montrer qu'il affecte du plus intime de notre être (le génome humain) aux ressources écologiques comme patrimoine de l'humanité. Il en souligne également la fragilité et constate que « quand l'objet patrimonial se réduit à la chose, sa valeur s'altère, son sens se perd, et la destruction menace. Soyons attentifs à l'étymologie encore : la négligence, c'est précisément l'absence de liens, le relâchement, la transmission rompue. Frappé de négligence, le patrimoine se referme sur la propriété privée (privée d'espace public, arrachée à la chaîne de transmission) et sombre bientôt dans l'oubli et disparaît : il se dilapide de n'être pas partagé » (1998-4).

Il relève alors que pour traiter juridiquement de ces réalités nouvelles, il faut dédoubler les implications de l'objet du patrimoine et considérer cet objet à la fois comme une chose ayant une matérialité qui peut être objet de propriété et comme une valeur patrimoniale qui « relève, elle, d'une sphère plus élevée, celle de l'interdit fondateur qui préserve l'essentiel » et pour lequel on parlera de « transpropriété » plutôt que d'expropriation.

Mais ce type de dédoublement doit également s'appliquer au titulaire du patrimoine : « derrière l'utilisateur se profile l'organe de la Communauté, investi de la charge de la conservation du patrimoine ; le même homme sans doute, la même institution s'il s'agit d'un pouvoir public, mais dédoublé, transcendant : l'un immanent, qui accepte et jouit, l'autre, transcendant, qui préserve et transmet » (*ibidem*).

Le dernier terme de son argumentation tient enfin, comme je l'avais fait dans le contexte de la gestion patrimoniale à Madagascar, à réintégrer les générations passées et futures dans le processus de transmission : « c'est précisément par son insertion dans la lignée transhistorique que le sujet est autre chose qu'un individu isolé. Comme si, pour exister vraiment, s'arracher à la précarité du cycle consommation-destruction, il devait se penser relié : porteur du témoin, garant, à son tour, des relais. [...]

Des uns aux autres, ce qui fait lien, c'est le patrimoine. Son registre est celui de la transmission, son domaine est celui que déploie la proposition latine *trans* (le *dia* grec) : il est

l'horizon de la traversée, le champ de la transformation, la dimension de la transcendance, l'espace du dialogue » (1998-5 & 6).

Citons enfin, puisqu'il faut bien donner un terme à cette restitution, quelques phrases que nous devrions graver dans nos esprits :

« Le patrimoine est ce qui par nous transite et qui, nous traversant nous transforme : nous portant, au-delà de nous-mêmes, à la rencontre de nous-mêmes. Mais, il faut le reconnaître, cette idée de transmission est aujourd'hui bien difficile à penser dès lors que nous ne nous représentons la justice que dans les termes du donnant-donnant, et que notre horizon temporel semble s'être rétréci au présent immédiat. » Mettant en cause une « pensée unique » et la double détermination de l'échange équilibré dans le contrat et du modèle du marché, l'auteur souligne que « à l'encontre de ce double obstacle contractualiste et instantanéiste, il faudra donc, pour réhabiliter le souci du patrimoine, rendre vigueur à l'idée même de transmission, aux obligations asymétriques et différées que cela implique (créancier des prédécesseurs, dans un premier temps, je deviens débiteur de mes successeurs ensuite) ainsi qu'au temps long qu'il suppose » (1998-6).

Monologisme, juridicité, intégration, les avancées de l'École doctorale de droit comparé de Paris 1

Je souhaiterais ensuite aborder les apports de quelques-uns de mes collègues de l'université Paris 1 qui ont prêté une attention amicale à mes travaux anthropologiques dans le contexte de l'Unité mixte de recherche de droit comparé qui fut dirigée en mon temps par deux femmes d'exception, Mireille Delmas-Marty puis Christine Lazerges. Gérard Timsit fut cependant l'auteur le plus proche de la trame intellectuelle et conceptuelle que je développe ici, avec des ouvertures vers les origines hébraïques qui le rapprochent de mon anthropologie. La question de l'intégration des droits sera ensuite abordée.

● L'analyse systémale de Gérard Timsit

Gérard Timsit a pratiqué une analyse systémale qui tente de concilier les avantages du systémisme et du structuralisme et dans son *Archipel de la norme* (1997), il s'élève « contre l'idée d'un droit unitaire et homogène [... pour] prendre acte de l'hétérogénéité et de la dispersion des formes normatives ». Il s'attache ainsi non seulement à l'étude des régulations internes au droit mais aussi à « l'idée de régulation entre les types d'exercice du pouvoir normatif selon qu'ils donnent ou non lieu à création de droit » (1997, 2). Nous sommes donc sur la même longueur d'onde et il illustre ensuite une sensibilité anthropologique en traitant de la genèse de l'alliance entre la loi de Dieu et la loi de l'État, débouchant sur le principe du monologisme. Il écrit ainsi :

« La loi de Dieu pendant longtemps. Et depuis longtemps – depuis l'avènement du positivisme – une loi conçue à son imitation. Conception théologique de la loi. Quand les hommes ont remplacé Dieu par l'État, ils n'ont cependant pas, renonçant à Dieu, renoncé à la conception d'une loi qui fut la parole de Dieu, d'un Dieu laïcisé certes, mais qui resta dans la position suprême de celui qui, prononçant la loi, l'édicte, suprême, et omnipotent et omniscient et souverain. Lisez Bastin : "La loi est le produit immanent de la volonté du législateur". Et méditez sur cette étrange théorie du positivisme triomphant destinée à justifier

que l'État, si puissant qu'il fût, fût pourtant soumis au droit : la théorie de l'autolimitation de l'État. Il n'y a que Dieu – et l'État substitué à Dieu dans ses attributs... – qui puisse modérer, de sa propre volonté, l'exercice de sa propre puissance.

De telles prémisses résultent nécessairement de ce que j'ai cru pouvoir appeler le monologisme du système normatif, l'existence d'une logique unique, unitaire, verticale et hiérarchique à l'œuvre au sein des systèmes normatifs. C'est elle qui, encore aujourd'hui, pour l'essentiel, fonde les systèmes de droit contemporains et permet de rendre compte de phénomènes dont nous sommes tellement familiers qu'il ne nous vient même plus à l'esprit de nous interroger sur leurs implications » (1997, p. 10-11).

Gérard Timsit développe dans son œuvre une science du texte qui est bien, comme chez Pierre Legendre, le point focal de l'expérience du droit dans la tradition occidentale. Il l'enrichit avec le concept de dialogie que je partage avec lui. Mais il reste étranger à cette problématique du FAIRE dont nous avons reconnu avec Jacques Vanderlinden l'incidence dans les interstices des pratiques post-étatiques de régulations de nos sociétés et dans les constructions normatives pré-étatiques, chez nous comme dans d'autres traditions. S'il est un des premiers parmi les juristes à utiliser la notion de juridicité, c'est sans doute dans un sens moins extensif que celui que j'exploite et défend dans le présent ouvrage. Dans sa distinction entre juridicité et normativité, il associe la première notion à la signification et la seconde à l'obligation (idem, 238) en se posant « le problème de l'existence d'un droit non contraignant – recommandations, *soft law* – » (239), lequel problème n'en n'est plus un si on accepte l'hypothèse de la juridicité comme englobement du droit, donc dépassement pluraliste de ses contraintes.

J'admire, comme je le propose avec la notion de transmodernité, qu'il « s'est successivement fixé sur chacun des trois mécanismes de la relation normative : pré, co-, et surdétermination, auteur, lecteur, valeur » (Timsit, 1997, 237) et qu'il les conjugue. Mais, en s'inscrivant dans la science du texte et non dans celle du FAIRE, il ne peut concevoir le mode d'approche de la juridicité que je défens que comme « une transgression » (241). S'il aborde bien les implications du *Common law* en répondant aux observations d'Andrée Lajoie (idem, 243), il n'y a pas d'au-delà du droit, laissant les Autochtones canadiens et non canadiens orphelins de leurs expériences immémoriales d'une juridicité sans droit parce que sans État.

● Le concept juridique d'intégration, l'apport de Mireille Delmas-Marty à l'émergence d'un droit commun

Je ne prétends pas ici rendre justice des apports exceptionnels de Mireille Delmas-Marty sur le droit commun et si j'ai retenu sa *Critique de l'intégration normative* (2004), un ouvrage collectif édité sous son autorité, c'est pour deux raisons. Tout d'abord un de mes brillants étudiants, Paul Dima Ehongo, devenu depuis un avocat réputé, a été associé à cette publication collective en traitant du droit Ohada (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) que nous avons analysé en commun en fêtant les quarante ans du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris (Le Roy ed. 2006). D'autre part, après avoir traité des échecs de la réception, au Sénégal, du modèle du Code civil (Le Roy, 1994b), j'ai été interrogé en 2014 sur la généralité de cette exigence d'intégration à propos des populations autochtones à travers le monde, sommées de se convertir au « bon » droit de l'État en renonçant non seulement à leurs propres normativités mais, plus fondamentalement, à leurs identités (Le Roy, 2019).

L'intégration est ainsi un mécanisme particulier d'association de normativités différentes et relevant de juridicités originales. Elle est, dans notre société française, principalement corréée à la construction européenne mais aussi à l'extension et à la mondialisation des marchés sous l'impact du néolibéralisme. Il s'agit de concilier (surtout par superposition) des systèmes juridiques **de même nature**, issus des droits positifs nationaux même si leurs contenus sont divergents, ce dont se plaignait Jean Carbonnier en 1996. Mireille Delmas-Marty cite dans l'introduction de son ouvrage la critique du maître, parlant de droits « sans histoire ni territoire », « droits de nulle part » et de « Babylones juridiques » appelées à crouler (MDM, 2004, 13). Mais pour deux ou trois milliards d'êtres humains, l'intégration est un processus mortifère dans lequel le droit de l'État renforcé par le droit international et les institutions de l'ONU s'impose à la coutume au sens 3 ou 4 de Jacques Vanderlinden ci-dessus. **La différence de juridicités n'est donc plus de degrés mais de nature.** C'est la rencontre du Texte (avec majuscule) et d'un Faire dit « coutumier » et totalement discriminé. Le plus souvent, et comme je viens de le suggérer, on voit se reproduire le syndrome de la fable du pot de fer et du pot de terre.

1. **L'approche des chercheurs de l'école doctorale de droit comparé** est heureusement « résolument critique, qu'il s'agisse d'évaluer la nécessité de l'intégration et de guider le choix des modalités, ou de comparer les résultats et de déterminer les critères qui permettront de dire une intégration réussie » (2004, 15). L'enjeu de l'étude est de mettre en évidence un plurijuridisme qui n'est sans doute pas l'exacte équivalence du multi-juridisme dont j'avais poursuivi l'analyse mais qui pourtant s'en approche. L'extrait suivant en témoigne :

« En obéissant à des dynamiques partielles, fragmentaires, discontinues et fortement évolutives, l'intégration diversifie l'ordre international traditionnel qu'elle déborde en faisant émerger de nouveaux ensembles normatifs qui participent au phénomène du plurijuridisme, mais selon des voies plus ou moins complexes, conduisant à des situations de plus en plus hétérogènes. Ni véritables systèmes autonomes et spécifiques, ni ordres juridiques dotés d'une validité propre et d'une composante institutionnelle [...] les ensembles normatifs de la scène internationale sont à la fois ouverts, poreux et instables [...] (T)out au plus s'agirait-il de sphères de compétences ou d'espaces normatifs dessinant les contours imprécis et instables d'une intégration à géographie et géométrie variable » (idem, 16).

On avait lu sous la plume de Jean Carbonnier qu'un « patrimoine sans sujet est concevable » mais le droit ne peut être sans sujet individuel ou collectif car le système juridique se définit par son autonomie. Or, en l'absence de frontières précises et reconnues réunissant des sujets particuliers, ce type de montage est perçu comme non autonome. Pourtant, sans relever du droit, il est tenu pour obligatoire dans des circonstances particulières, donc juridique pour certains. Mystère, pour les juristes, de cette juridicité.

2. **L'apport de cette publication est donc notable.** Elle ouvre une réflexion utile sur la nécessité d'introduire une marge d'évaluation dans le degré d'intégration, révélant qu'une intégration « parfaite et pluraliste est encore utopique » mais que « l'intégration parfaite et hégémonique » (2004, 21) que met en place l'Ohada ne peut que conduire à un échec, ce que j'avais relevé à l'époque. Il s'agit d'une intégration descendante que l'introduction considère comme un pis-aller mais qui, dans le cas de l'Ohada, est le produit d'un néocolonialisme encore florissant dans le domaine des relations économiques franco-africaines au nom de prétendues exigences du développement qui ne cachent pas un « enveloppement » des économies locales par le capital transnational.

Sans doute l'ouvrage se limite-t-il à des considérations techniques et juridiques relevant du droit comparé et se refuse à prendre en compte le politique. La conclusion souligne la subjectivité de l'évaluation des processus d'intégration, en particulier quand il s'agit « d'examiner la compatibilité de la norme commune avec les mentalités juridiques locales » (2004, 251). Et, retrouvant le vieux débat entre universalistes et relativistes, la conclusion peine à faire la part entre l'uniformisation préconisée par les premiers et l'harmonisation que proposent les seconds et qui repose sur une démarche d'intégration ascendante. On aurait pourtant attendu au final des jeunes chercheurs une perspective moins binaire et moins centrée sur le seul avenir du droit comparé alors que Mireille Delmas-Marty avait introduit, avec le pluri-juridisme, la possibilité du dépassement des dualismes.

Gérer le flou, le fluide, les ouvertures cosmopolitiques et les non-dits

Pour compléter ce tour d'horizon, sinon payer des dettes intellectuelles, je retrouve quelques-uns de mes interlocuteurs les plus constants et les plus prolixes de ces quarante dernières années en élargissant, au-delà de Bruxelles avec François Ost, ma communauté épistémique parisienne aux berges du Saint-Laurent pour Andrée Lajoie, à Turin, l'ancienne capitale de l'Italie en cours de réunification avec Rodolfo Sacco et à Fribourg-en-Brisgau dans le land de Bade Wurtemberg avec Trutz von Trotha. Ces trois amis sont réunis ici parce qu'ils ont parlé de réalités dont les juristes ne parlent pas, ou seulement de manière allusive, c'est-à-dire le flou dans le droit, alors que le texte est réputé clair et directement applicable, le fluide qui est moyen de gérer la violence et de réintroduire de la flexibilité puis de la paix, des enjeux cosmopolitiques à même de conforter cette paix et enfin les non-dits, ce que Rodolfo Sacco a appelé le droit muet. Ces chercheurs n'ont pas nécessairement adhéré à ma conception de la juridicité mais ma conception englobante intègre, elle, fort bien leurs développements relatifs à des pratiques juridiques marginales ou marginalisées, implicites ou inférentielles comme le disait Rod. Macdonald ou émergeant dans les interstices de la pratique. Dans l'esprit de ce chapitre et pour conclure des héritages à explorer et à exploiter, je reprends donc quelques apports de leurs travaux respectifs.

● Le flou dans les jugements de valeurs opérés par la justice canadienne, le fluide dans ses nouveaux modes de régulation

« Le droit se fabrique constamment sous nos yeux et on n'y voit pas clair [...] Dans les cas graves, comme le mien, il arrive que l'on cherche même à cerner la part qu'y prend le juge » (1997, 1). Ainsi s'ouvre *Jugements de valeurs* d'Andrée Lajoie, dont le sous-titre explicite l'objet : « Le discours judiciaire et le droit ». Il s'agit donc bien d'identifier les valeurs qui se cachent dans le discours judiciaire réputé neutre et transparent. En affirmant que « les valeurs accessibles doivent avoir un rapport positif avec la légitimité du pouvoir judiciaire » (1997, 192), l'auteure met en évidence que l'objectif est moins de conforter une majorité politique qu'un système social en place, voire, pour les justiciables, « l'assurance que les juges partagent leurs valeurs ou, du moins, vont les intégrer au droit » (idem, 193). Le juge joue alors le rôle de soupape ou de garde-fou (209). Les arguments et les exemples canadiens sont de grand intérêt mais, faute de place, je concentre mon commentaire sur les conclusions qui accèdent à une généralité plus large.

Du côté de la justice selon Andrée Lajoie

Andrée Lajoie observe : « La frontière entre le judiciaire et le politique n'est plus ce qu'elle était. Les fondements de la légitimité non plus. Encore moins la normativité, désormais plurielle et de plus en plus diffuse » (207). Puis elle observe le double passage du discours coutumier au texte juridique puis de la dilution contemporaine d'un préjugé de certitude à la constatation d'un flou, un « flou d'autant plus grand que le consensus sera mince. Car ce n'est pas la maladresse du rédacteur qui explique le flou des textes, mais la volonté de préserver, face à un rapport de forces égales, l'unanimité [...] L'ancien non-dit, substrat commun nécessaire à la reproduction matérielle et identitaire du groupe devenu société, passerait alors dans un flou où il habiterait le lieu idéal de la surdétermination, pour revenir hanter le juge en action » (1997, 208). Elle constate enfin « le rôle à la fois concret et idéologique du judiciaire dans l'équilibrage des instruments étatiques de la domination majoritaire, un rôle essentiel pour la survie de l'État, quelle que soit la forme à laquelle il doit aboutir pour se maintenir » (1997, 210). Ces instruments étatiques sont effectivement en pleine redéfinition.

Du fluide dans les modes de régulation en droit public canadien

Daniel Mockle étudie des mécanismes de régulation qui, sans invalider l'État de droit, correspondent à une « tentative de dépassement du droit par le droit ou, plus subtilement, par de nouveaux modes de régulations "déjuridicisés"¹⁶ par la seule effectivité du droit officiel ». Ces mécanismes visent « la recherche d'une efficacité maximale pour l'appareil d'État en matière de gestion, de résultats, de rendements, de contrôle effectif. Si les exigences traditionnelles de légalité sont respectées, il suffit d'instituer des mécanismes de régulation [tels les plans stratégiques, les chartes d'usagers, les codes de bonne conduite] qui vont au-delà des techniques usuelles du droit public, virtuellement épuisées pour cause d'inefficacité dans la mise en œuvre des politiques publiques » (2007, p. 40-41).

Finalement, nous sommes devant un paradoxe que l'auteur résume ainsi : « Loin d'être un constat de faiblesse du droit [...] cette tendance traduit au contraire la volonté de créer de nouveaux champs normatifs par l'utilisation de règles effectives, car les solutions de rechange sont intégrées par le droit positif tout en étant en dehors du droit. Gouverner hors du droit mais grâce au droit qui institue ces mécanismes et qui offre un filet de protection » (2007, 101-102). Ce droit sans droit ne serait-il pas la juridicité ?

● **L'exigence ontologique de l'anthropologie du droit et de la juridicité, un témoignage**

En 2004, pour fêter les quarante ans du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, nous avons réuni autour de son fondateur Michel Alliot plusieurs de nos collègues étrangers qui avaient partagé nos démarches et expériences cosmopolitiques. Je rends compte de celui de Trutz von Trotha.

En 1987, alors professeur de sociologie juridique à l'université de Fribourg-en-Brigau, arriva à Paris Trutz von Trotha pour découvrir à la fois la capitale dont il tomba amoureux, ce sont ses propres termes, et nos pratiques d'anthropologie du droit dans le Laboratoire de la

16. Cette formulation est intéressante en ce qu'elle témoigne des limites conceptuelles qui nous laissent prisonniers de frontières mentales. Selon le contexte évoqué, il s'agirait pour moi d'une rejuridicisation comme nouvelle qualification juridique plutôt qu'une déjuridicité, et il serait plus judicieux d'écrire « des solutions intégrées par la juridicité tout en étant en dehors du droit » tel que formellement reconnu et appliqué jusque-là.

Sorbonne installé à la salle 500 et qui, avec vingt années d'expériences, proposait déjà des savoir-faire à l'échelle internationale. La coopération que nous allions instaurer sous la forme de rencontres franco-allemandes des anthropologues du droit, ensuite élargies à l'échelon européen et dont la dernière manifestation à Rostock en 2009 a produit sur le thème de la cruauté une sorte de mémorial de la paix franco-allemande (Trotha et Rösel, 2011) que nous avons patiemment négocié entre nous durant vingt ans.

En 2004, Trutz von Trotha, devenu professeur à l'université de Siegen, dessinait le programme européen à partager avec nos étudiants :

« L'ambition d'une anthropologie du droit repose sur cinq grands piliers : en se plaçant au pôle opposé d'une discipline scientifique ayant pour objet des réalités relativement "exotiques", l'anthropologie du droit fait partie d'une théorie générale de la sociation (*Vergesellschaftung*) – pour reprendre un terme employé par Georg Simmel –, théorie qui explore les relations entre société, culture, domination et droit. En tant que théorie générale, elle ne connaît pas ce que l'on peut appeler le "préjugé occidental", qui ignore la situation des trois quarts de l'humanité ou la perçoit seulement dans la perspective d'une théorie évolutionniste plus ou moins sophistiquée. La revendication par l'anthropologie du droit de son caractère général est radicale. Elle vise la réalité de toutes les sociétés et cultures et une comparaison historique et interculturelle articulant le particulier et le général au-delà du préjugé occidental. Or cette ambition de constituer une théorie générale ne peut être mise en œuvre qu'à travers deux dispositifs. Le premier est la recherche historique et empirique. L'anthropologie du droit est une science historique et empirique. Elle n'est ni dogmatisme juridique ni "grande" théorie des sciences sociales détachée de la recherche empirique et donc sans importance pour cette dernière. Le deuxième dispositif est le dialogue interdisciplinaire qui surmonte les barrières dressées entre les disciplines – c'est pourquoi les rencontres européennes d'anthropologie du droit ont réuni les représentants des disciplines les plus diverses dans les domaines des sciences humaines, des sciences sociales et du droit, et que les travaux issus du LAJP impressionnent toujours par leur connaissance profonde des débats et des résultats provenant d'autres disciplines des sciences de l'Homme. Cependant, les quatre piliers que je viens de nommer ne pourraient remplir leur fonction porteuse sans un cinquième que les rencontres franco-allemandes se sont toujours efforcées de construire d'une manière ou d'une autre et de façon plus ou moins explicite. Car ces rencontres franco-allemandes ont toujours été caractérisées par l'effort de rechercher, à l'aide de la science, des manières si ce n'est de résoudre des problèmes cruciaux de l'actualité, mais au moins d'y réfléchir de façon critique. [...] (L')anthropologie du droit est une tentative d'identifier les formes de "bonne gouvernance" dans le monde aussi bien occidental que non occidental, et ceci dans la conscience que la "bonne gouvernance" n'existe qu'au pluriel, qu'il y a de multiples formes de "bonne gouvernance" et qu'aucune culture ni société ne peut prétendre d'être sur l'unique bonne voie vers la "cité sur la colline" » (von Trotha, 2006, 30).

● **L'hypothèse de la mutité de la juridicité, ce « droit muet » selon Rodolfo Sacco**

J'ai réservé les travaux de Rodolfo Sacco à la fin de ce chapitre car ils nous permettent d'envisager une transition avec les conclusions à venir. La mutité est l'état de celui qui ne peut parler alors que le mutisme est l'état de celui qui ne veut pas parler et je privilégie, par convenance linguistique, ses analyses de cette question tirées de son *Anthropologie juridique* de 2008 plus souvent que l'opuscule *Il diritto mutto* de 2015.

En introduisant l'hypothèse d'un état de la juridicité qui ne peut être parlée, je reprends l'explication proposée par Rodolfo Sacco associant à un mode muet une situation première que connut l'humanité, passant ensuite à deux autres phases, donc de la mutité à un droit oral puis au droit écrit. Réservant la question de savoir si ce droit écrit est déjà assimilable au droit positif que je vois émerger seulement au XVII^e siècle avec l'État, je reproduis quelques arguments centraux de mon estimé collègue puis je les commente.

Le droit muet dans le contexte du chapitre 8 « Le droit, la pensée, la parole » (Sacco, 2008)

Il y a dans la démarche de Rodolfo Sacco un risque évident d'interprétation évolutionniste que nous devons écarter au plus vite car il n'y a ici aucune interprétation unilinéaire ni surdétermination des transformations décrites mais le souci de trouver la meilleure qualification à des comportements qui peuvent être observés dans nos quotidiens d'Occidentaux. Ces comportements ont des conséquences juridiques susceptibles de mobiliser le droit positif et des actions judiciaires devant les tribunaux mais ils ne reposent ni sur des textes écrits, ni sur des paroles prononcées devant témoins mais sur des gestes, des actes posés ou des comportements. Notre auteur cite, entre autres exemples, l'occupation, l'abandon, la remise, l'acceptation tacite de la succession, la société de fait ou le ménage de fait (p. 146). En outre, et en africaniste fondateur de l'école italienne de droit africain, R. Sacco y associe la question de la coutume sur laquelle nous nous sommes tous « fait les dents ». La coutume est bien notre « pont aux ânes » partagé par toutes les nations colonisatrices et que nous avons précédemment revisitée avec Jacques Vanderlinden. C'est aussi cette coutume, un objet scientifique mal identifié (OSMI), qui nous conduit, sur le modèle romain, à remonter le temps avec le risque évident de passer de données historiques vérifiables à des suppositions et des simulations.

Il faut cependant accepter ce risque parce que l'enjeu n'est pas mince et n'intéresse pas seulement une archéologie du droit ou de la juridicité mais bien l'interprétation de pratiques communes et qui génèrent cette révolution des communs sur laquelle nous débouchons dans notre quotidien.

Le domaine de recherches a déjà été approché sous de multiples catégorisations par les juristes. Rodolfo Sacco énumère « le droit vivant, le droit en action, l'efficacité, dénotation du droit, le droit spontané, la nature des choses, le réalisme » (2008, 145). Il avait noté que « l'expression droit spontané est préférable. Mais elle a aussi son talon d'Achille » [... l'esclavagisme.... Il ajoute avec humour : « On ne sait si quelqu'un trouvera un jour une expression plus heureuse. L'auteur de ces pages (et lui seul, pour l'instant) est favorable à l'expression droit muet » (2008, 143).

Considérons son apport relatif aux pratiques originelles de ce que l'auteur continue à appeler droit mais que je propose de requalifier en juridicité quand, précisément, le processus n'est pas « imposé par l'autorité » étatique.

« Les cultures des humains dépourvus de langage articulé et les cultures que nous connaissons purent ou peuvent établir des rapports juridiques sans avoir recours à la parole. À cette fin, elles mettent en actes le rapport juridique qu'elles veulent créer ou interrompre s'il s'agit de l'éteindre. Ces actes non déclaratifs, donc "muets" sont largement pratiqués, et bien vivants, aussi dans le droit des sociétés plus avancées [...] Droit spontané, acte muet. Les deux phénomènes ont la même nature. Depuis toujours, l'homme crée la norme en la mettant à exécution. Depuis un temps plus récent, il crée également le rapport juridique au

moyen de la parole. Depuis un temps plus récent encore, il crée la règle juridique toujours au moyen de la parole [...]

Hier le droit spontané, muet. À présent le droit imposé par l'autorité, exprimé par la parole, mis par écrit » (2008, 146).

Quelques commentaires

Rodolfo Sacco s'attache ensuite à préciser l'ancienneté de ces pratiques de droit muet et je le suis sur la piste des corrélations entre la règle et l'action chez l'humain et certains animaux : « l'hypothèse selon laquelle ces corrélations n'ont pas été étrangères à l'homme des origines est légitime » (147). Mais il y a plus et mieux dans ces questionnements qui me taraudent depuis l'expérience de mon premier terrain de 1969 d'un droit sans règles générales et impersonnelles. Prenant l'exemple de l'expression linguistique, l'auteur fait remarquer qu'il n'est pas besoin de connaître les règles de sémiologie, de grammaire ou de variations lexicales pour pratiquer une langue de manière satisfaisante, et ce même à un très jeune âge. Nous observons des règles mais elles restent implicites, voire parfois inférentielles, et ce n'est pas leur contenu qui importe mais ce qu'elles mettent en rapports, des rapports qui deviennent juridiques sous certaines conditions. C'est en faisant l'expérience d'une association à travers un acte posé entre un objectif, une pratique et sa réalisation satisfaisante que cet acte se trouve « réglé » au sens d'ajusté, puis c'est par la répétition que, d'acte en acte, ces réglages deviennent des règles tenues pour pertinentes, donc reproductibles, donc sanctionnables dans l'intérêt du collectif. D'où cette proposition centrale de Rodolfo Sacco : « Ils ne savent pas comment faire, ils ne se rendent pas compte de ce qu'ils font mais ils savent le faire et ils le font. Savoir mettre une règle en application n'est pas connaître la formulation conceptuelle d'une règle » (*ibidem*).

Il est pour moi évident que ce que j'observais des actes et comportements de mes interlocuteurs sénégalais en 1969 avait dépassé ce stade premier. Leurs pratiques avaient un sens en mobilisant par diverses catégorisations de statuts d'acteurs, de zonages et de dénominations foncières une approche conceptuelle sophistiquée. Mais ce que j'ai cherché pendant si longtemps à comprendre puis à expliquer c'est que **le sens de ces pratiques n'est pas dans le discours que l'on tient mais dans le « faire » qui est la mise en relation nécessaire de trois éléments faisant structurellement sens et assurant toute la sécurité juridique recherchée.**

En définissant la coutume au Sénégal comme les « manières de dire les manières de faire », j'avais initialement, dans mes commentaires des années 1970 et 1980, survalorisé le rôle de la parole avec la notion d'oralité juridique (Le Roy, 1974) au détriment du sens de la gestualité. La juridicité du geste et du comportement qui y est associé ouvre donc à une réalité originale qui doit être effectivement tenue pour un des invariants d'une normativité démultipliée en trois registres autonomes : le geste, comme la base de la séquence normative, puis la parole et enfin le texte dont la variante codifiée est l'expression la plus technique de la juridicité.

Rappelons ce qu'écrivait Pierre Bourdieu. « Codifier c'est mettre en forme et mettre des formes. Il y a une vertu propre de la forme. Et la maîtrise culturelle est toujours une maîtrise des formes [...] C'est dire que l'analyse du sens pratique vaut bien au-delà des sociétés sans écriture » (Bourdieu, 1986, 40). ●

Conclusions de la troisième partie

Toute théorie de la juridicité, après avoir intégré les implications des travaux de Michel Alliot et de Jacques Vanderlinden, se doit au moins de travailler actuellement ses liens avec les thèmes de la transmission, de l'intégration et du patrimoine mis en évidence par la recherche juridique. Non seulement le domaine des communs ne saurait y échapper mais cette triple thématique pourrait se révéler particulièrement euristique en faisant émerger des dimensions insoupçonnées des problématiques contemporaines de mobilisation des communs.

Si seul Gérard Timsit a mobilisé le concept de juridicité, nombre d'auteurs, sans partager avec moi ce « *coming out* » pluraliste consistant à reconnaître un au-delà du droit dénommé juridicité, ont expérimenté la finitude des explications et des cadres théoriques issus du positivisme. Michel Alliot et Jacques Vanderlinden en sont convaincus sous des formulations propres. D'autres de nos collègues restent inscrits dans « les règles du jeu » universitaires ou conceptuelles, donc dans la terminologie consacrée du « droit ». Mais leurs explications peuvent être perçues comme acceptant des limites ou des frontières à dépasser et, n'ayant pas d'expériences extra-occidentales avérées, le besoin de théoriser les rapports juridiques des autres civilisations ne s'est pas fait sentir ou n'était pas prioritaire.

Quelles sont les perspectives que proposent les questions de la transmission, de l'intégration et du patrimoine au regard de la problématique des communs ?

La question de la transmission

Elle peut être abordée par ses deux dimensions, comme nous interrogeant d'abord sur la crise des dispositifs normatifs actuels puis sur la contribution des communs aux problèmes de société à venir. Mais auparavant, on doit relever que tant dans le vocabulaire que dans le discours savant, la notion de commun avait disparu depuis le XIX^e siècle, hors quelques analyses d'économistes néo-libéraux pour lesquels les communs étaient tenus pour « une tragédie » quand les communs se maintenaient ou étaient revendiqués par des usagers (Garrett Hardin, 1968). La transmission écrite, voire même orale a ainsi été interrompue et seules les pratiques des acteurs ont maintenu la permanence de ces formes de solidarité et de partage que nous retrouvons maintenant par un effet de résilience de ces comportements.

L'hypothèse que j'ai formulée est donc que la crise des dispositifs normatifs et, plus spécifiquement, des politiques foncières en Afrique noire est liée à cette perte d'un substrat idéologique que représentent, pour des sociétés communautaires, ces pratiques de partage qualifiées jadis de coutumières et maintenant de communs. Depuis le début des colonisations modernes, nous, Occidentaux, imposons des conceptions des rapports fonciers à travers les

tentatives de généralisation de la propriété privée et l'outil de la domanialité étatique qui ont heurté de plein fouet les modes locaux de sécurisation foncière sans pourtant parvenir à les déstabiliser complètement et univoquement. Et c'est, en cela, la différence fondamentale entre les pays (au nord) qui ont inventé le capitalisme et en ont empoché les bénéfices et les pays ou territoires (au sud) qui ont subi l'extraction et l'exportation de la valeur de leurs ressources et l'imposition du modèle colonial. Dans les deux cas, jusqu'au XVI^e siècle, au Nord européen comme au Sud africain, les rapports communautaires étaient la règle du jeu local pour la production des ressources et des services. Puis l'effet de bascule produit par les inventions de l'État, du marché généralisé et de l'individualisme, entre le XVII^e et le XVIII^e siècles, a produit un séisme qui a eu pour nom la révolution industrielle chez nous au XIX^e siècle mais n'a pas eu ses équivalents africains, à la différence de l'Asie. L'Afrique noire n'est donc en fait non point « mal partie » (René Dumont) mais pas partie. La seconde hypothèse que je formule pour ce qui concerne la transmission est donc que seule une réactualisation de la philosophie des communs est susceptible de relancer la machine africaine.

Relancer la machine africaine c'est poser le problème de l'invention en cours d'une néo-modernité à l'échelle du continent et, naturellement, selon des modalités qui varient selon le génie de chacune de ses populations. Cette invention repose substantiellement sur des métissages, bricolages ou bidouillages entre traditions et modernités, relevant d'une logique de pratiques et du « sens pratique » plutôt que sur des constructions institutionnelles ou intellectuelles, qui présenteraient le risque d'être beaucoup plus frelatées. Explicitement ou non, par cette prévalence des pratiques, les communs sont donc en première ligne et demandent à être réhabilités. Mais le changement de paradigme est considérable. Il suppose pour le moins d'opter pour ce que Trutz von Trotha décrivait ci-dessus comme une « théorie générale de la sociation (Vergesellschaftung) » donc de coller au tissu social.

La question de l'intégration des ordonnancements juridiques

Cette intégration, nous disait Mireille Delmas-Marty, peut être descendante des hauts de l'État vers le citoyen ou ascendante, de la base vers les sommets, correspondant au processus de mobilisation des communs. Nous avons également remarqué que seule cette dernière approche répondait durablement à l'état des forces à l'échelle internationale.

Ce type de relation bases/sommets suppose d'abord d'être bien inscrit dans ses propres référentiels. Comme le souligne Pierre Legendre, on ne peut « avoir affaire à la généalogie de l'État et du droit dans sa dimension structurale [...] sans prendre conscience d'être lié soi-même à la transmission d'un mode d'accès à l'institutionnalité particulier. » Chaque être humain est initialement endoculturé dans une tradition propre qui peut être d'ailleurs fortement métisse mais qui détermine un savoir-être et un savoir-faire particuliers. C'est sa culture native. Mais aucun des êtres humains que j'ai rencontrés durant ma vie n'était socialisé dans une et une seule culture, voire tradition. Mes interlocuteurs sénégalais étaient inscrits dans au moins quatre cultures (native, commune, officielle et internationale) (Le Roy, 1994) et j'ai retrouvé ce pluralisme chez les mineurs de justice en France, jusqu'à théoriser le principe de la pluralité des mondes (Le Roy, 2017e).

On propose, ainsi, sinon de rompre avec la vision prométhéenne de la tradition occidentale mais au moins d'en relativiser les impacts pour éviter qu'elle ne devienne manichéenne

puis monologique en reproduisant l'imposition néocoloniale d'un modèle de société. Notre approche, plus pragmatique que réaliste au sens américain, entend accompagner toutes les transformations dès lors qu'elles sont réalisées par la libre décision de l'ensemble des sujets ou citoyens concernés. En outre, Mireille Delmas-Marty évoque l'émergence « de nouveaux ensembles normatifs qui participent au phénomène du plurijuridisme, mais selon des voies plus ou moins complexes, conduisant à des situations de plus en plus hétérogènes ».

Et Daniel Mockle renforce cette évaluation en décrivant « la volonté de créer de nouveaux champs normatifs par l'utilisation de règles effectives, car les solutions de rechange sont intégrées par le droit positif tout en étant en dehors du droit. Gouverner hors du droit mais grâce au droit qui institue ces mécanismes et qui offre un filet de protection ». Quelle belle description du mystère de la juridicité.

L'enjeu du patrimoine

Le tableau de la page 51 réunit les différentes informations constitutives d'une gestion patrimoniale qu'on peut approfondir à partir des remarques de François Ost qui précise : « derrière l'usager se profile l'organe de la Communauté, investi de la charge de la conservation du patrimoine ; le même homme sans doute, la même institution s'il s'agit d'un pouvoir public, mais dédoublé, transcendé : l'un immanent, qui accepte et jouit, l'autre, transcendant, qui préserve et transmet. » Et il affirme ensuite : « Le patrimoine est ce qui par nous transite et qui, nous traversant, nous transforme. » Les communs ne sauraient y échapper. Ils sont l'expression d'un être au monde original, le communautarisme ouvert aux échanges et aux pratiques symboliques, qui s'exprime par ce que mon collègue et ami Achille Mbembe appelle « l'en-commun », un état pratique de partages mais qui n'existe que par la volonté de le concrétiser puis de le maintenir en fonctionnement, ce que je dénommais, à la suite de travaux de David Bollier en particulier sur les *commonings*, **faire communs** (Le Roy, 2015b).

Et c'est sur ces bases qu'on pourra prolonger l'observation centrale de Rodolfo Sacco : « Depuis toujours, l'homme crée la norme en la mettant à exécution. Depuis un temps plus récent, il crée également le rapport juridique au moyen de la parole. Depuis un temps plus récent encore, il crée la règle juridique toujours au moyen de la parole [...] Hier le droit spontané, muet. À présent le droit imposé par l'autorité, exprimé par la parole, mis par écrit. »

Mais cette conception moderne du droit ne saurait rendre compte des mystères de la juridicité dans toutes les sociétés contemporaines. Nous allons en proposer, en conclusion générale, une première esquisse pour ce qui concerne la juridicité des communs. ●

Conclusion générale

Faire communs par des gestes posés et des conduites réglées

Cette esquisse d'une théorie de la pratique juridique des communs suppose de bien interpréter le sens de mots que l'usage peut avoir banalisés mais qu'un regard neuf va remobiliser. Il s'agit en effet de reconstruire un cadre cognitif et interprétatif neuf issu de notre quotidien puis de systématiser les enseignements relatifs au « faire par des actes posés et des conduites réglées ».

Le sens des pratiques

Poser un acte, c'est faire en sorte que ce qu'on a pratiqué comme geste, mouvement, suite d'opérations techniques ou de schèmes verbaux reste mémorisé et puisse être pour soi et pour les autres, témoins ou coparticipants, le point de départ d'un état particulier, à savoir se sentir obligé par les conséquences qui peuvent, immédiatement ou à plus long terme, en être tirées. Ici, le formalisme est minimaliste mais on doit supposer qu'il existe un signe ou un accent qui initie le processus de mémorisation : la paumée des marchands de bestiaux sur nos foirails n'est pas seulement la rencontre de deux mains, c'est l'expression d'un accord de volonté qui rend l'acte d'échange parfait et définitif. C'est s'inscrire, volontairement ou non, à l'origine d'une relation qui va nous lier à autrui et qu'on devra apprendre à gérer, en découvrant que ce geste posé s'ouvre à un rapport qui nous oblige et qui, par transformations procédurales successives orales ou écrites, sera l'objet d'une sanction donc s'inscrit dans un processus juridique.

Il s'agit là d'une sorte de continent perdu, celui des pratiques au quotidien, à l'origine d'une juridicité pratique que j'avais cherché à maîtriser depuis trente ans sous la qualification de « droit de la pratique » (Le Roy, Hesseling, 1991). Je vais en résumer brièvement les enjeux avant de revenir aux travaux de Jacques Vanderlinden qui me paraît avoir, dans une étude de 2015, apporté une contribution décisive à cette question.

Des données anciennes à réinterpréter

Cela faisait longtemps que je supposais l'existence d'un support normatif sur lequel reposaient ou s'arrimaient les productions juridiques instituées quand on dit la norme, institutionnalisées quand on l'enferme dans l'écrit. J'avais même, dès mon premier terrain,

partagé avec mes interlocuteurs paysans wolof des pratiques culturelles qui, avec le recours à des techniques et à des outils, pouvaient avoir, entre eux et pour eux, des conséquences et faire naître des obligations. Par l'utilisation d'un outil, un geste était posé sans qu'un commentaire soit nécessaire pour en apprécier la portée car cela relevait bien des « systèmes de dispositions durables » propres aux agriculteurs.

Prenons l'usage de l'hilaire – cette lame de fer en forme de croissant attachée à un long manche et qui permet de travailler debout, de préserver le sol en coupant les racines des herbacés sous la structure superficielle du sol et de maintenir sa fertilité lors des fortes pluies de l'hivernage (*nawet*) donc permettant d'éviter leur lessivage –, il réactualise des droits fonciers après une période de jachères de plusieurs années. Dans des contextes de limites de champs peu ou pas inscrites dans le paysage tout en étant mémorisées par les protagonistes (chefs de terres en particulier), tout dépassement peut être à l'origine de conflits. Ici et là le vieux proverbe du Moyen Âge « qui terre a, guerre a » reste d'actualité. Je pouvais aussi méditer sur l'usage de la hache lourde d'abattage (*rock*) qui permet de défricher un espace naturel boisé et non encore approprié et celui d'un outil plus léger (hachette dite *ngadyo*) qui permet de couper les rejets et d'entretenir un champ jadis exploité et remis en culture après jachère. Ces deux outils aux fonctionnalités proches entraînent des droits fonciers fort différents que restituent les titulatures (*laman rock*, *borom ngadyo*). On pourrait multiplier les exemples dans d'autres domaines mais, de façon générale, on peut poser que tout acte est porteur d'incidences ou de conséquences qui seront ou non concrétisées quand il faut passer du Faire au Dire, de l'implicite à l'explicite, de l'inférentiel au référentiel. Il en va de même chez nous mais nous l'oublions.

C'est donc ce que les Wolof dénomment « *waso* », les usages, abordés selon un critère utilitariste et non selon des références morales, politiques ou religieuses comme ce qui façonne le *bakhou maam*.

Reste à apprécier en quoi et pourquoi ces « usages » sont à la base d'un processus de juridicité, en quoi ils en sont un élément déterminant sans lequel le processus lui-même ne serait pas fonctionnel. L'apport de Jacques Vanderlinden est ici important.

Le Faire, un antécédent de la coutume

Jacques Vanderlinden a proposé en 2015 une nouvelle synthèse (« Ultimes égarements... ») de ses travaux sur la coutume dont il était devenu le meilleur spécialiste francophone. Il part ici d'une proposition (que je tiens volontiers pour un postulat) de Rod. Macdonald : « Le droit implique davantage que simplement écrire un texte ; en effet exprimer le droit peut être fait par la langue des signes, le geste et uniquement un simple acte » (Macdonald, 2011, 321-322). L'enjeu est de comprendre la place du « Faire » donc du geste, plutôt que du Dire donc de l'oralité comme prémices de ce qu'on appelle généralement « le droit ».

Si l'intériorisation du Faire par un individu est déjà le point d'entrée dans la normativité, J. Vanderlinden considère que « l'imaginaire de l'individu ne l'intéresse que dans la seule mesure où il tend à fonder une norme aboutissant à la restauration de l'harmonie sociale [... et avec] comme but la survie de la société à travers la réalisation d'un équilibre entre les aspirations plus ou moins contradictoires de ses membres (2015, 26). Mais ce qui est pour lui déterminant c'est le « for intérieur » de l'individu et il convient de le citer *in extenso* :

« Le pluralisme normatif radical fournit peut-être un élément de réponse à la question du “pourquoi et du comment le fait”. Celui-ci propose en effet que **l’origine de la norme réside dans le “for intérieur” du sujet, au lieu de rencontre des moi multiples qui composent la personnalité de chacun**. Il remonte ainsi à la racine (*radix* en latin, d’où le recours à l’adjectif radical pour le qualifier). En cela il rejoint le pluralisme juridique critique de Macdonald lorsque celui-ci affirme [ma traduction de l’anglais] que : « La revendication de base est que la caractéristique centrale du droit coutumier n’est pas qu’il est implicite, ni même qu’il est non écrit. La revendication est ici que le droit coutumier est inférentiel (non discursif, relevant de l’idéal, non chirographaire) » (2015, 127). (C’est moi ELR qui souligne en gras.)

Il privilégie dès lors une expérience de la coutume qui « se situe nécessairement en dehors du cadre de l’État, et donc du droit, au sens classique du terme. Nous sommes, à mes yeux, dans un environnement totalement différent au sujet duquel la qualification de “juridique” est une source constante de confusion » (2015, 130). Il propose ainsi, dans ce cas particulier, de substituer le « Faire » à la notion de coutume. Il propose également, là où j’utilise la notion de systèmes de dispositions durables, d’appeler « pratiques normatives » les manifestations de normativité qui apparaissent de manière autonome dans le cadre étatique, sans y être englobées, directement ou indirectement, ou en dehors de celui-ci, à travers le monde. Dans tous ces cas, nous nous situons en dehors des droits et de leur vocation totalitaire » (132).

Notre auteur tient enfin ces normes originales pour non juridiques, sans doute pour en préserver l’authenticité et éviter leur contamination conceptuelle avec le droit positif. Il s’en était déjà expliqué lors d’un colloque de Paris 13-Paris Descartes de 2011 sur « le pluralisme juridique à l’épreuve de l’histoire », employant en particulier la qualification de pluralisme normatif où, à l’exemple de l’Acadie, « des individus rattachés à de multiples sociétés de toutes natures gouvernent leurs rapports sociaux selon des normes diverses de leur choix en fonction de l’une ou l’autre des personnalités multiples et des circonstances » (Vanderlinden, 2013, 391).

C’est bien, dans tous les cas, à la racine des phénomènes de normativité que ces analyses nous conduisent puis, par un enchaînement reposant sur la sélection des outillages normatifs, qui peuvent mener du Faire au Dire et du Dire à l’Écriture juridique, les soubassements fonctionnels du Faire et du Dire dans l’écrit restant toujours présents et devant être constamment mémorisés. La juridicité est une histoire qui se raconte dans sa complexité.

Le tableau ci-dessous résume les apports de cette démarche une fois qu’on a retrouvé le sens des pratiques au quotidien puis des situations et des procédés ou procédures « normantes », partant des actes posés dans le Faire pour passer ensuite à leurs cristallisations orales par le Dire ou à leurs formalisations écrites par la Rédaction.

TABEAU 6 : Tableau récapitulatif des trois juridicités identifiées

Mode d’expression normatif	Forme privilégiée	Support	Ordonnement	Autorités	Actualité
Faire	Geste posé	SDD	Accepté	Sachants	Experts
Dire	Dialogisme	MCC	Négocié	Coutumiers	Médiateurs
Écrire/rédiger	Légitime	NGI	Imposé	Hommes de loi	Rédacteurs parlementaires

On peut en tirer deux enseignements.

1. On est face à une séquence normative qui peut être plus ou moins développée, détaillée et justifiée¹⁷ mais qui n'est qu'une parmi une multitude d'autres séquences qui seront, ou non, mobilisées selon le contexte de nos pratiques puis le type d'autorité qui se prononcera sur sa pertinence et ses conséquences dans la vie sociale. L'image de notre système neuronal pourrait sans doute être utilisée pour illustrer ce pluralisme des potentialités normatives. Mais il importe surtout de prendre conscience de cette implantation initiale de la production juridique formalisée ensuite par le discours et par l'écrit dans ce « continent perdu des pratiques ». Ainsi s'éclairent les spécificités qu'induisent les formalismes de l'oralité et de l'écriture, tout ce qu'expérimente, au jour le jour, un magistrat de l'ordre judiciaire. Il doit peser les faits, dire le droit et écrire un jugement en se souciant d'équilibrer les diverses contraintes de la juridicité. La tâche est ici grande pour tous les pédagogues soucieux d'une formation juridique et judiciaire pragmatique et réaliste.
2. Nous sommes, dans ce tableau 2, face à des types idéaux qui dans la réalité des pratiques institutionnelles contemporaines vont pouvoir se combiner de manière plus ou moins cohérente ou pragmatique. En 2004, j'avais montré, à propos de la conception française du procès (Le Roy, 2007), qu'on pouvait distinguer entre le mode classique du procès fondé sur la punition et un ordonnancement imposé, et une expérience plus récente d'un mode négocié de prise en charge des différends que j'avais observé avec la justice de cabinet des juridictions pour mineurs ou les tribunaux paritaires. La médiation apparaissait alors comme un mode original dont il fallait préserver l'authenticité. Depuis, les pratiques ont évolué et les magistrats ont renforcé leur emprise sur la médiation judiciaire, de même que les médiateurs, en se professionnalisant, se sont institutionnalisés en se rapprochant du modèle judiciaire. J'ai donc proposé aux magistrats du groupement européen des magistrats en médiation (Gemme), réunis à Bordeaux en juillet 2018, d'examiner la possibilité d'une nouvelle réponse associant médiation et judiciarisation (Le Roy, à venir). ●

17. La question la plus sensible étant « de quelle autorité est doté le montage normatif ainsi privilégié ? », et « quel en est le gardien ou le garant ? ».

BIBLIOGRAPHIE

- ALLIOT Michel, 2003, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, textes choisis et édités par Camille Kuyu.
- ARNAUD André-Jean (et alii.), 1993, *Dictionnaire de théorie et de sociologie du Droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd.
- BALANDIER Georges, 1960, *Sociologie actuelle de l'Afrique noire*, Paris, PUF, bib. de sociologie contemporaine.
- BARRIÈRE Catherine et Olivier, 2002, *Un droit à inventer, foncier et environnement dans le delta intérieur du Niger*, Paris, IRD éditions.
- BARRIÈRE Olivier, 2015, « Repenser le droit de l'environnement dans une conception renouvelée du développement durable. Prospective d'un "droit de la coviabilité" des systèmes sociaux et écologiques », Blaise S., David C., David Victor (éds.), *Le développement durable en Océanie : vers une éthique nouvelle ?*, Aix-en-Provence, PUP, PUAM, p. 215-242.
- BARD Édouard et MASSON-DELMOTTE Valérie, « Pédagogie de la complexité plutôt que démagogie de la simplicité », *Le Monde*, 22 mai 2010, p. 14.
- BOHANNAN Paul, 1968, « Land, Tenure, and Land-Tenure », Biebuyck Daniel (ed.), *African Agrarian Systems*, Oxford, IAI, OUP, p. 101-110.
- BOLLIER David, 2013, *La renaissance des communs, pour une société de coopération et de partage*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, traduit de l'américain par Olivier Petitjean.
- BOLLIER David, HELFRICH Silke (eds.), 2015, *Patterns of Commoning*, Amherst, MA, Off the Common Books.
- CARBONNIER Jean, 1995, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 5^e éd.
- CARBONNIER Jean, 1998, « Les choses inanimées ont-elles une âme ? » in *Anthropologies juridiques*, Mélanges Pierre Braun, *Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique*, p. 141-143.
- DELMAS-MARTY Mireille (éd.), 2004, *Critique de l'intégration normative*, Paris, PUF, Les voies du droit.
- EBERHARD Christoph, 2008, « De l'univers au plurivers. Fatalité, utopie, alternative ? », A.-M. Dillens, *La mondialisation, utopie, fatalité, alternative ?* Bruxelles, publications des Facultés universitaires Saint-Louis, p. 67-104.

- EBERHARD Christoph, 2011, *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Paris, Connaissance et savoirs.
- EBERHARD Christoph, LE ROY Étienne, 2009, « Visions du monde, théorie des pouvoirs et représentations du droit », AFAD, *Anthropologies et droits, état des savoirs et orientations contemporaines*, Paris, Dalloz, p. 107-149.
- École biblique de Jérusalem, 1961, *La Sainte Bible*, Paris, Les Éditions du cerf.
- GUTWITH Serge, STRENGERS Isabelle, 2016, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs », *Revue juridique de l'environnement*, 2016-1.
- HUMPHRIS Nicolas, 2007, *Les Fondements juridiques et anthropologiques des pouvoirs exceptionnels du juge des enfants français*, Thèse droit, université Paris 1.
- JEULAND Emmanuel, PICAUVET Emmanuel, 2016, *Interactionnisme et norme, approche transdisciplinaire*, Paris, IRJS, Editions BIRJS, tome 68.
- KUYU Camille, LE ROY Étienne, 2002, « Le quotidien de la justice en Afrique », *Droit et société*, Dossier piloté par, vol. 51/52, p. 257-393.
- LEGENDRE Pierre, 1974, *L'Amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil.
- LEGENDRE Pierre, 1999, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard.
- LEGENDRE Pierre, 2009, *L'autre Bible de l'Occident : le monument romano-canonique, étude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Paris, Fayard.
- LEGENDRE Pierre, ENTELMAN Ricardo, KOZICKI Enrique, ABRAHAM Tomas, MARI Enrique, LE ROY Étienne, VEZETTI Hugo, 1982, *El discurso juridico, perspectiva psicoanalitica y otros abordajes espiemologicos*, Buenos Aires, Hachette.
- LE ROY Étienne, 1970a, *Théorie, applications et exploitations d'une analyse matricielle des systèmes fonciers négro-africains*, Paris, LAJP, 115 p., annexes et tableaux, polycopié.
- 1970b, *Système foncier et développement rural : essai d'anthropologie juridique sur la répartition des terres chez les Wolof ruraux de la zone arachidière nord du Sénégal*, thèse de doctorat d'État en Droit, Paris, FDSE, 283 p., tableaux, cartes et biblio.
- 1971 (sous la direction de), *Le système d'exploitation des sols en Afrique noire*, Paris, LAJP, Documents complémentaires, 117 p., annexes, multigraphié.
- 1972 (sous la direction de), *Le système de distribution des produits de la terre en Afrique noire*, Paris, LAJP, 146 p., annexes, multigraphié.
- 1972b, *Éléments d'une théorie des rapports de l'homme à la terre en Afrique noire*, thèse de troisième cycle sur documents (ès lettres, mention ethnologie), université de Paris VII.
- 1973 (sous la direction de), *Le système de répartition des terres en Afrique noire*, Paris, Équipe de recherche en anthropologie juridique africaine, LAJ, 170 p., annexes.
- 1973b (sous la direction du professeur Modrzejewski), *Recherches sur la parenté dans la Grèce ancienne*, mémoire de DES, Histoire des institutions et faits sociaux, université Paris 2, 102 p., biblio.
- 1973c, *Parenté et communautés dans le Vermandois, de 1570 à l'époque contemporaine*, Paris, LAJ, 96 p.

- 1974, *Structure de l'organisation judiciaire en droit traditionnel africain et transformation institutionnelle dans un processus de développement*, communication présentée au colloque de l'Association canadienne d'études africaines, Halifax, N.S., Canada, texte partiellement publié sous les titres suivants :
 - 1974, « Justice africaine et oralité juridique », *Bulletin de l'IFAN*, série B, Tome XXXVI, n° 3, p. 559-581.
 - 1975, « L'évolution de la justice traditionnelle dans l'Afrique francophone », *Revue canadienne des études africaines*, p. 75-97.
- 1977 (éd.), *Le dossier agraire de l'Afrique de l'Ouest*, Paris, LAJP, multigraphié.
- 1981, « Mythes, violences et pouvoirs, le Sénégal dans la traite négrière », *Politique africaine*, n° 7, p. 52-79.
- 1982, « Introduction à l'étude des Droits non étatiques » – « La formation du Droit coutumier » – « La formation du Droit coutumier islamisé », Contribution au chapitre XVI du volume « L'État et le Droit » de l'*Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Dakar, Nouvelles éditions africaines, p. 353-391.
- 1984 [1981], « Local Law in Black Africa : contemporary experiences of Folk Law facing State and Capital in Senegal and some other Countries », *People Laws and State Law. The Bellagio Papers*, edited by A. Allot & W. Woodman, Utrech, Foris, p. 253-262.
- 1984b, « Être ou ne pas être propriétaire foncier. Confrontation des logiques capitalistes et archaïques chez les agriculteurs du canton de Vermand (Aisne), en situation de crise économique et sociale », *La propriété foncière*, Paris, Economica, p. 121-131.
- 1984c, « El paradigma y el discurso juridico : el caso de los derechos del Africa negra », Pierre Legendre, Ricardo Entelman, Enrique Kozicki *et alii.*, *El discurso juridico, perspectiva psicoanalitica y otros abordajes epistemologicos*, Hachette, Buenos Aires, 1984, p. 147-168 ; version anglaise dans *The International Journal of Sociology of Law*, 1984, vol. 12, p. 1-20.
- 1984d, « L'introduction du modèle européen de l'État en Afrique francophone : logiques et mythologiques du discours juridique », Catherine Coquery Vidrovitch et Alain Forest (éds.), *Décolonisation et nouvelles dépendances*, Lille, Presses universitaires de Lille, p. 81-122.
- 1985, « La loi sur le domaine national (du Sénégal) a vingt ans. Joyeux anniversaire ? », *Mondes en développement* (Bruxelles), numéro spécial Sénégal, tome 13, n° 52, p. 667-685.
- 1986, « Folklore juridique et Folk Law, déplacements et enjeux d'une recherche internationale sur le Droit des gens », *Études rurales*, 103-104, « Le Droit et les paysans », juillet et décembre, p. 139-150.
- 1988, « Qu'est-ce qu'un champ juridique », Colloque franco-allemand des anthropologues du Droit, Fribourg (RFA), *Bulletin du LAJP*, n° 14.
- 1989 [1983], « Juristique et anthropologie, un pari sur l'avenir », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, numéro spécial Anthropologie juridique francophone, Volume 29.
- 1990, « La coutume et la réception des Droits romanistes en Afrique noire », Rapport préparé pour la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, congrès de Bruxelles de septembre 1984 sur *La coutume*, bulletin de la société Jean Bodin, Tome 51, p. 117-150.

- 1990b (en association avec Gerti Hesseling), « Le Droit et ses pratiques. Avant propos », *Politique africaine*, n° 40, déc. 1990.
- 1991, « Les usages politiques du Droit. De l'ambition civilisatrice coloniale à la gestion au jour le jour de la dépendance », Denis C. Martin (éd.), *Les Afriques politiques. Introduction pluridisciplinaire à la politique en Afrique du sud du Sahara*, Paris, La Découverte, p. 109 à 122.
- 1991b, « La propriété foncière du Code Napoléon en Afrique : l'échec logique de la raison écrite », Communication au colloque «La propriété foncière deux siècles après 1789 », Paris, ADEF, nov. 1989. *Un droit inviolable et sacré, la propriété*, Paris, ADEF, p. 145-150.
- 1991c, « Une doctrine foncière pour l'Afrique rurale de l'an 2000 », *L'Avenir des tiers mondes*, présentés par Michel Beaud et Michel Vernières, Paris, PUF, coll. IEDES Tiers monde, p. 193-211.
- 1993, « La démocratie pluraliste face à l'obstacle des présidentialismes africains francophones », *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, G. Conac (éd.), Paris, Economica, p. 129-138.
- 1994 [1990], « L'élaboration de la culture commune comme réponse à la crise de l'État et des économies en Afrique francophone », *La culture, otage du développement ?* sous la dir. de G. Rist, Paris, L'Harmattan, p. 99-118.
- 1994b, « Le Code civil au Sénégal ou le vertige d'Icare », *La réception des systèmes juridiques ; implantation et destins*, sous la dir. de J. Vanderlinden et de Michel Doucet, Bruxelles, Bruylant, p. 291-330.
- 1995, « Le pastoralisme africain face aux problèmes fonciers », Daget Philippe, Godron Michel (éds.), *Pastoralisme. Troupeaux, espaces, sociétés*, Paris, Hatier Aupelf-Uref, p. 487-510.
- 1995b, « La sécurité foncière dans un contexte africain de marchandisation imparfaite de la terre », *Terre, Terroir, Territoire, les tensions foncières*, sous la dir. de Ch. Blanc-Pamard et L. Cambrésy, Paris, Orstom, p. 455-472.
- 1997, « Patrimonialité plutôt que propriété, approches de politiques foncières en Afrique et dans l'océan Indien dans une perspective de gestion patrimoniale et environnementale », *Droits de propriété et environnement*, sous la dir. de Max Falque et Michel Massenet, Paris Dalloz, p. 321-334.
- 1999 [1997], « À la recherche d'un paradigme perdu : le foncier pastoral dans les sociétés sahéliennes », Colloque *Les sociétés pastorales en Afrique sahélienne : environnement, développement et démocratie* ; Niamey, novembre 1997. Édité par André Bourgeot, *Horizons nomades en Afrique sahélienne*, Paris, Karthala, p. 397-412.
- 1999b, *Le Jeu des lois, une anthropologie dynamique du droit*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, série Anthropologie.
- 1999c, « Au-delà de la relation public-privé, l'apparition de la notion de "communs" dans les expériences actuelles de décentralisation administrative en Afrique francophone », Jacob Rösel et Trutz von Trotha (éds.), *Dezentralisierung, Demokratisierung und die lokale Repräsentation des staates*, Köln, Rüdiger Köppe Verlag, 1999, p. 69-78.

- 2003, « La démarche d'intermédiation culturelle, une expérience au Tribunal pour enfants de Paris, 1996-2002 », DERPAD, *Protection de l'enfance et diversités européennes*, Paris, Éditions Petite capitale, p. 299-310.
- 2003b, « Gens du moi, gens du monde, en hommage à Robert Jaulin », Actes du colloque Robert Jaulin des 13 et 14 novembre 2003, non publié.
- 2006 (éd.), *Juridicités, approches du droit au Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, témoignages réunis à l'occasion de son quarantième anniversaire, le 16 octobre 2004*, Paris, Karthala (*Cahiers d'anthropologie du droit*, hors série).
- 2007, « L'horizon de la juridicité : comparer les différences dans leurs complémentarités pour repenser les droits dans une perspective globale de régulation des sociétés contemporaines », Communication au congrès « Les frontières avancées du savoir du juriste », Academia delle Scienze di Torino, 25 au 27 avril 2007, placé sous l'égide de l'*Istituto subalpino per l'analisi del diritto delle attività transnazionali* et de l'*Associazione italiana di diritto comparato*. Références non communiquées.
- 2007d, « Le dédoublement de la figure du procès, cérémonie de reconstitution du champ social », Edwige Rude-Antoine (dir.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, PUF-CURAPP, p. 13-30.
- 2009, « Autonomie du droit, hétéronomie de la juridicité », Communication au congrès, Rodolfo Sacco (éd.), *Le nuove ambizioni del sapere del giurista: antropologica giuridica e traducttologia giuridica*, Rome, Academia Nazionale dei Lincei, Atti dei convegni Lincei 253, p. 99-133.
- 2009b, « Violence de la fonction symbolique et institutionnalisation du droit, contribution à une anthropologie de la juridicité et du pluralisme normatif », *Begegnungen und Auseinandersetzungen, Festschrift für Trutz von Trotha*, édités par Katharina Inhentveen et Georg Klute, Köln, Rüdiger Köppe Verlag, p. 12-30.
- 2009c, « Le foncier et le principe du dédoublement fonctionnel du Droit dans les post-colonies », postface à l'ouvrage de Tamatoa Bambridge, *La terre dans l'archipel des îles australes, étude de pluralisme juridique et culturel en matière foncière*, Tahiti, Au vent des îles et IRD, p. 343-352.
- 2011, *La terre de l'autre, une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, série Anthropologie.
- 2011b, « L'émergence de pratiques communes trans-modernes. À propos d'une démarche sérendypique de déroutement en anthropologie du droit », Danièle Bourcier et Pek van Anandel, *La sérendipité, le hasard heureux*, Paris, Hermann, 2011, p. 299-310.
- 2012, « Apports de l'Afrique à la médiation communautaire. Quand le conflit doit rester "entre soi" », Emanuele Iula et Jacqueline Morineau (éds.), *Face au conflit, les ressources anthropologiques, sociologiques et théologiques de la médiation*, Paris, Médiasèvres, 2012, coll. Éthique, p. 41-60.
- 2012b, « La juridicité du don, approche anthropologique », Nathalie Jacquinet (dir.), *Le don en droit public*, Toulouse, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole et LGDJ, 2013, p. 9-39.
- 2013 (éd.), *La Terre et l'homme, espaces et ressources convoités, entre le local et le global*, Paris, Karthala.

- 2013b, « La place de la juridicité dans la médiation », *Jurisprudence, revue critique*, La médiation, entre renouvellement de l'offre de justice et droit, 2013, p. 199-208. Traduction en portugais (Brésil) « O lugar da juridicidade na mediação », Meritum (Universidade Fumec, Belo Horizonte), vol. 7, n° 2, p. 289-327.
- 2014, « Le juge des mineurs et l'intérêt de l'enfant en contexte interculturel. Pratiques d'intermédiations et anthropologie du droit », *Mélanges Lazerges. Politique(s) criminelle(s)*, Paris, Dalloz, p. 383-400.
- 2015, « L'appropriation des droits de l'homme en contextes multiculturels. Vers un cosmopolisme ? », Contribution au colloque organisé par la faculté de droit de l'université Saint-Joseph, Beyrouth, 1^{er} et 2 octobre 2015, sur le thème « Le droit face aux sociétés multiculturelles », non publié.
- 2015b, « How I Have Been Conducting Research on the Commons for Thirty Years Without Knowing It », David Bollier and Silke Helfrich (eds.), *Patterns of Commoning*, Amherst, MA, Off the Common Books, 2015, p. 277-296.
- 2015c, « Les appropriations de terres à grande échelle et les politiques foncières au regard de la mondialisation d'un droit en crise. À propos de Chouquer Gérard, *Terres porteuses, entre faim de terres et appétit d'espace* », Arles, Actes-Sud & Paris, Errance, 2012, 247 p., *Droit et société*, vol. 89, p. 193-206.
- 2016b, « La révolution de la juridicité, une réponse à la mondialisation », in Jeuland Emmanuel, Picavet Emmanuel, *Interactionnisme et norme, approche transdisciplinaire*, Paris, IRJS Editions, p. 143-170.
- 2016c, « Des Communs "à double révolution" », *Droit et Société, Études*, vol. 94, p. 603-624.
- 2016d, « La redécouverte du partage des Communs en Afrique », *Relations*, Montréal, « À qui la terre », n° 785, août, p. 24-26.
- 2017 [2014]: « Une acculturation des droits de l'homme "à la peine" en contextes coloniaux francophones », in Alexandre Desroche (éd.), *Droits de l'homme et colonies*, Presses de l'université d'Aix-Marseille, p. 465-485.
- 2017 [2014]b, « Le monologisme juridique, le droit constitutionnel et le défi du pluralisme », in Le Roy Étienne, *Une juridicité plurielle pour le XXI^e siècle*, Saarbrücken, EUE, p. 30-55.
- 2017d, « La voie étroite de la médiation, entre les ordonnancements imposé et négocié de régulation des différends », *Négociations*, « Médiation, médiations : promesses tenues ? », vol. 2017-2, p. 107-117.
- 2017e, *Une juridicité plurielle pour le XXI^e siècle. Une approche anthropologique d'une propédeutique juridique*, Sarrebruck, Éditions européennes universitaires.
- 2017f, « Coutume », Cornu Marie, Orsi Fabienne, Rochfeld Judith (éds.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, p. 326-329.
- 2017g, « Maîtrises foncières et fruitières (approche anthropologique du droit) », Cornu Marie, Orsi Fabienne, Rochfeld Judith (éds.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, p. 781-785.

- 2017h, « De la chefferie à la polycratie, réhabiliter la gouvernance communautaire des sociétés locales africaines », Michèle Leclerc-Olive (éd.), *Anthropologie des prédations foncières, entreprises minières et pouvoirs locaux*, Paris, Éditions des archives contemporaines, p. 73-84.
- 2017i [2013], « L'africanisation de l'enseignement de l'histoire des institutions à l'École de droit de l'université de Brazzaville (Congo) en 1971-1972 et en 1972-1973 », *Itinéraires du droit et terres des hommes, Mélanges Breton*, études réunies par Alioune B. Fall, s.l., Mare & Martin, p. 165-175.
- À venir, « Jusqu'où défendre la cause de la médiation dans les enceintes judiciaires ? Plaidoyer pour un enrichissement des pratiques et du vocabulaire juridique et normatif », Communication aux journées du GEMME, Bordeaux, juillet 2018, ENM, sur la médiation.
- LE ROY Étienne, KARSENTY Alain et BERTRAND Alain (éds.), 2016 [1996], *La sécurisation foncière en Afrique, pour une gestion viable des ressources renouvelables*, Paris, Karthala, 1^{re} éd. 1996.
- LÉVI-STRAUSS Claude, 1958, *Anthropologie structurale*, Paris, Plon.
- LÉVI-STRAUSS Claude, 1967[1947], *Structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton & Co, 2^e éd.
- LÉVI-STRAUSS Claude, 1973, « Jean-Jacques Rousseau, fondateur des sciences de l'homme », *Anthropologie structurale deux*, Paris, Plon, p. 44-56.
- MACDONALD Roderick A., 1986, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle », *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, p. 47-58.
- MACDONALD Roderick A., 2011, « Custom Made-For a Non-chirographic Critical Legal Pluralism », *Canadian Journal of Law and Society*, Volume 26, p. 301-327.
- MALINOWSKI Bronislaw, 1926, *Crime and Custom in Savage Society*. London, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, Ltd. New York, Harcourt, Brace & company, inc., coll. Wellesley College Library.
- MAUSS Marcel, 1960 (1950), « Une catégorie de l'esprit humain, la notion de personne, celle de moi », *Sociologie et anthropologie*, Paris, PUF, 2^e éd., p. 333-361.
- MESCHONIC Henri, 2000, « Traduire la bible », *Le Monde* 2, 5 février, p. 16-25.
- MOCKLE Daniel, 2007, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, coll. Mondialisation et droit international.
- N'DIAYE Ibra, LE ROY Étienne, 2000, *Représentations et pratiques des "espaces-temps" de la socialisation juridique des mineurs de justice*, projet de recherche proposé au tribunal pour enfants de Paris, Paris, LAJP.
- NGUEMA-MBA Marcel-Roch, 1972, *Droit traditionnel de la terre et développement rural chez les Fang du Gabon*, Thèse doctorat DEPA, U. Paris 1.
- OST François, 1998, *Un héritage sans testament, patrimoine et générations futures*, Communication aux journées de l'Unesco, Paris, septembre 1998.
- OST François, 2016, *À quoi sert le droit. Usages, fonctions, finalité*, Bruxelles, Bruylant.
- OST François, 1994, *La culture, otage du développement?*, Paris, L'Harmattan.

- RIBES Bruno (éd.), 1980, *Domination ou partage ? Transfert des connaissances et développement endogène*, Paris, Unesco, coll. Actuel n° 5.
- ROULAND Norbert, 1988, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF.
- ROULAND Norbert, 1991, *Aux Confins du droit*, Paris, Odile Jacob.
- SACCO Rodolfo, 2008, *Anthropologie juridique, apport à une macro-histoire du droit*, Paris, Dalloz, coll. L'Esprit du droit.
- SACCO Rodolfo, 2015, *Il Diritto muto, neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, Il Mulino.
- TROTHA Trutz von et RÖSEL Jacob (eds.), 2011, *On cruelty*, Köln, Rüdiger Köppe Verlag.
- VANDERLINDEN Jacques, 2013, « D'une notion l'autre. Mes pluralismes juridiques parmi d'autres », *Les pluralismes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, p. 383-392.
- VANDERLINDEN Jacques, 2015, « Ultimes égarements à propos de la coutume », Albarian Alexis et Moréteau Olivier (sous la dir. de), *Le droit comparé et... Comparative Law and... Actes de la conférence annuelle de Juris diversitas*. Aix-Marseille, PUAM, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, p. 117-135.
- VANDERLINDEN Jacques et DOUCET Michel (sous la dir. de), 1994, *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant.
- YOUNÈS Carole, LE ROY Étienne, 2002, *Médiation et différence culturelle, pour quelle société ?*, Paris, Karthala.

LISTE DES TABLEAUX

- 44 **Tableau 1** : Communs wolof, Sénégal, début XX^e siècle
- 44 **Tableau 2** : Les quatre régimes du Code civil de 1804
- 45 **Tableau 3** : Matrice des maîtrises foncières et fruitières
- 46 **Tableau 4** : Principales corrélations entre paramètres de gestion patrimoniale
- 58 **Tableau 5** : Droit et modes de règlement des différends mobilisables simultanément par l'acteur-citoyen selon le statut mobilisé
- 103 **Tableau 6** : Tableau récapitulatif des trois juridicités identifiées



RÉGARDS SUR LE FONCIER n°8

POURQUOI ET COMMENT LA JURIDICITÉ DES COMMUNS S'EST-ELLE IMPOSÉE DANS NOS TRAVAUX FONCIERS ?

Étienne Le Roy

La recherche scientifique est rarement un long fleuve tranquille. Pratiquée par un anthropologue ayant choisi « le droit » comme objet principal d'études et les politiques foncières africaines comme champs d'expérimentation, cette recherche devient vite très compliquée car la décolonisation mentale des élites et celle des institutions n'est encore qu'imparfaitement advenue. Le chercheur se heurte donc à des obstacles qui ne sont pas seulement politiques mais aussi cognitifs. Il lui faut apprendre à penser autrement des mondes en pleine reconstruction et, en cela, le présent texte est apparu au Comité technique « Foncier & développement » utile à transmettre aux jeunes générations de chercheurs.

La généralisation de la propriété foncière a été un des grands enjeux des colonisations européennes des XIX^e et XX^e siècles pour inscrire les sociétés africaines dans les relations capitalistes aux échelles nationales et internationales. Bien qu'ayant largement échoué, ces politiques ont été trop souvent pérennisées après les indépendances alors qu'à l'échelle locale se pratiquaient des rapports fonciers qui exprimaient la résilience des conceptions endogènes jusque-là caricaturées sous l'appellation de droit coutumier.

Les limites des politiques de développement sont avérées depuis longtemps mais la révolution des commons qui émerge à l'échelle mondiale depuis une vingtaine d'années offre l'opportunité non seulement de réconcilier les Africains avec leurs mémoires et leurs histoires, mais aussi de proposer des ouvertures institutionnelles à la hauteur des défis du changement climatique et des autres transformations en cours dans le champ des institutions. C'est ainsi qu'en sortant « le droit » du monopole étatique, on propose d'en réinterpréter les bases originelles et les nouvelles manifestations métissées dans le cadre d'une théorie de la juridicité, un enjeu scientifique majeur pour les prochaines décennies.