19 JANV. 1967

D R O I T O C C I D E N T A L

E T

D R O I T C O U T U M I E R

par Louis MOLET,
sociologue.

ORSTOM Fonds Documentaire
N° : 22953
Cote : B

BIBLIOTHEQUE
SCD-2
O.R.S.T.O.M.

DROIT OCCIDENTAL ET DROIT COUTUMIER

par Louis MOLET, sociologue.

Notre propos est de confronter le droit occidental au droit coutumier.

Parmi les systèmes juridiques qui ont été en usage ou sont en vigueur dans le monde actuel, on distingue provisoirement un certain nombre de familles que nous pouvons énumérer brièvement :

- le droit occidental, auquel nous rattachons les droits méditerranéens anciens, attiquex et romain,
- le droit soviétique,
- le droit hindou,
- le droit chinois, ancien et actuel,
- le droit théocratique (droit musulman; droit canon; droits anciens droit juif, hittite, assyrien, etc.),
- le droit féodal du Moyen-Age européen, du Japon ancien,
- le droit coutumier, en mettant derrière ce terme tous les droits non écrits d'Afrique, d'Asie, d'Amérique, d'Océanie, et aussi certains usages juridiques para-légaux des aires régies par des droits écrits.

Le caractère commun de tous ces droits, aux yeux d'un juriste qui est en même temps sociologue, c'est que chacun d'eux constitue l'ensemble des règles juridiques exprimées par des groupes étendus, avec des variantes locales cela va sans dire, comme devant régir les rapports des individus et des collectivités qui composent ces groupes. En effet, l'existence de règles est inhérente à la notion de groupe organisé sinon on n'a qu'un agrégat, une foule. Le "droit" est la codification de ces règles dont les fondements peuvent être hétérogènes.

ORSTOM Fonds Documentaire
N° 0
Cote :

Même si leurs contenus, ou les solutions qu'ils donnent au même problème, nous paraissent totalement contradictoires, il n'y a pas de différence de nature entre les systèmes juridiques, les "droits" que nous avons énumérés plus haut. Tous, sont des expressions diverses du "consensus" du copps social qui les a exprimés et codifiés pour régler les rapports et les conflits éventuels. Tous sont constitués d'obligations pour les membres du groupe considéré, assorties de sanctions qui frappent ceux qui les enfreignent.

Pour comparer utilement le droit coutumier au droit occidental il convient de montrer ce que contient chacune de ces expressions. Nous commencerons par le droit coutumier qui est probablementcelui qui est le moins connu en tant que système, bien que ce soit une expression juridique ancienne puiqu'il constitue une des sources importantes du droit occidental dans l'aire géographique duquel on opposa longtemps les "pays de droit écrit" aux "pays de coutumes".

o o o

Les mots "coutumier, coutume", viennent du latin "consuesco consuetum" ou plutôt du bas-latin "costuma" qui a donné "coutume" qui signifiait en français, il y a un siècle à peine, à la fois, " <u>costume</u> et <u>usage</u> des lieux et des temps auxquels se conformer" d'où l'autre acception ancienne des "coutumes" (en anglais <u>customs</u>) qui étaient un droit de douane, un droit de passage que les trafiquants devaient payer aux chefs locaux pour exercer leur activité dans les pays tropicaux, c'est à dire s'y livrer au commerce. Ce mot est désormais dédoublé en français : d'une part, costume, vêtement, qui ne nous concerne pas ici, et d'autre part, "coutume" qui ne signifie plus que : habitude, usage, loi <u>non écrite</u>, consacrée par l'usage.

En dépit des "coutumiers" ou recueils écrits des coutumes comme par exemple, le Grand Coutumier de Normandie, rédigé vers 1250 et qui est encore en vigueur aujourd'hui dans les îles anglo-

normandes, l'un des traits fondamentaux de la coutume et du droit coutumier est son oralité, le fait de n'être pas couchée par écrit. Et de fait, dans un pays qui ne connait pas l'écriture, tout le monde, sauf les étrangers nouvellement arrivés, connait la coutume, les usages, les façons de se tenir, d'agir, de parler ou de s'abstenir. Chacun connait sa place, son rang et sait quelle conduite on attend de lui. L'observance de la coutume est une façon de marquer son appartenance au groupe, sa conformité, et, au sein d'un groupe différent, de s'affirmer ou de se manifester autre. C'est en grande partie le rôle des tatouages ou des scarifications, surtout faciales, qui sont coutumières. Elles permettent aussi bien en brousse que sur un marché de reconnaître les membres de son groupe et, pour éviter les trahisons et les supercheries, elles sont indélébiles. Mais aussi, et nous sommes en plein dans le droit, elles sont marques de propriété et permettent la revendication ou le droit de poursuite, aussi bien pour les femmes et les enfants en cas de vol ou de fuite que pour le bétail qui porte les marques ou les découpures d'oreilles du groupe. L'importance des scarifications ressort bien de l'usage kotokoli de balafrer les joues des enfants dès leur naissance. Quel que puisse être le père d'un nouveau-né et quelle que soit sa coutume pour la filiation, le droit de garde, l'autorité paternelle et l'exercice de la tutelle, il ne pourra empêcher l'enfant ainsi marqué d'être un kotokoli et n'a aucun recours, sauf à être accusé de rapt et risquer d'être confondu par les cicatrices ineffaçables sur les joues du bébé.

L'appartenance à un même groupe implique l'observation de la même coutume et oblige, pour la consolidation du groupe et sa cohésion interne, à des usages qui manifestent l'unité. Ces institutions, dans les sociétés sans écriture, jouent, d'un point de vue sociologique, le même rôle que la codification dans d'autres sociétés. De ces institutions nous ne citerons que certaines fêtes publiques, les visites et les cadeaux protocolaires. Ces fêtes,

comme celles des relevailles en pays musulman ou du retournement des morts à Madagascar, sont coûteuses et en quelque sorte obligatoires sous peine de sanctions sociales plus ou moins redoutées : rires, plaisanteries, chansons, dont la réputation de la famille peut souffrir. Ce peut être aussi, aux frais d'une notable riche, le repas de fin de circoncision chez les Kavirondo du Kenya, qui est fait avec un gros boeuf prélevé sur un troupeau sans le consentement du propriétaire qui doit se garder soigneusement de se plaindre. Les visites protocolaires sont celles que l'on fait à des parents ou des alliés, pour des raisons sociales, et au cours desquelles on parle de sujets communs et généraux. Si l'on est fâché ou en froid, on ne se voit plus; si l'on veut reprendre les conversations, on se rencontre à nouveau. De même les cadeaux échangés, sans réciprocité stricte, manifestent des liens plus ou moins lâches et sont très différents de ceux qui scellent un accord et qui sont obligatoires. Nous en avons l'équivalent dans la société occidentale sous la forme des visites et des cartes de Noël et du Jour de l'An ou de l'envoi de cartes postales pendant les vacances.

L'origine de la coutume est généralement mal connue. Il arrive cependant parfois que l'on se souvienne du nom de celui qui fut l'initiateur d'un usage. C'est ainsi que la tradition hébraïque rapportée dans l'Ancien Testament (Genèse 17/10) attribue l'institution de la circoncision à Abraham alors qu'il avait 99 ans, et que la tradition malgache (R.P. Callet, Tantaran'ny Andriana, p.689) fait remonter au roi Ralambo l'obligation d'offrir au souverain l'arrière-train des boeufs abattus. Mais la plupart du temps, l'origine des coutumes est oubliée et se perd dans la nuit des temps passés. Quand on cherche à la connaître on obtient le plus souvent cette réponse :" Nous agissons ainsi comme l'ont fait nos ancêtres ét comme font les hommes depuis toujours". Dans des sociétés stables la loi est installée. Elle paraît immuable et intangible. Il ne viendrait, en temps normal , à l'esprit d'aucune personne sensée de la critiquer ou de ne pas la suivre.

La coutume régit la vie des individus dans ses moindres détails, avant la naissance, voire la conception, et jusqu'après la mort, à la fin des secondes obsèques ou la fin des rites de deuil. Elle modèle ainsi les membres du groupe et contribue de mille manières incessantes à les rendre conformes au canon accepté, approuvé par le groupe. Des interdits empêchent les époux de s'approcher l'un de l'autre, des règles président à la naissance, selon les jours, selon les sexes, selon l'état du nouveau-né : dans certaines populations, les enfants nés avec des dents ou affligés de malformations sont aussitôt supprimés; dans d'autres, il n'est pas permis de voir le jour un lundi ou un mardi ou au cours d'un certain mois lunaire. Ce fut un adoucissement que de pouvoir, pour conjurer le mauvais sort qui s'attachait à un enfant né ces jours néfastes que de l'exposer à même le sol au milieu de la porte du parc à bestiaux et de faire sortir le troupeau. Si l'enfant n'était pas piétiné, il était réputé avoir un destin fort et il lui était permis de vivre. Dans d'autres cas, un enfant ne pouvait, par suite de son destin astrologique opposé à l'un de ses parents, être élevé par ses parents ou dans leur maison. Pendant l'allaitement, sous peine de faute grave, la mère est tenue, comme elle l'était pendant sa grossesse, à des séries d'interdits touchant son régime alimentaire, sa vie sexuelle, ses vêtements, ses occupations. Le bébé est ainsi associé, sur le dos ou sur la hanche de sa mère ou de sa nourrice, à la vie quotidienne et il apprend progressivement les gestes usuels, la langue, les comportements, en un mot, les rudiments de la coutume. L'enfant ensuite, par les jeux dont on sous-estime souvent l'importance pour l'apprentissage social et la connaissance des mythes, s'insère dans des cercles sociaux de plus en plus en plus étendus. Il continue par des initiations successives, formelles ou non, secrètes ou publiques, à apprendre la coutume : ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire dans les diverses circonstances qui se présentent.

Chaque individu occupe une place précise dans son groupe et à ce titre, la coutume n'est pas une simple collection de règles

DE conduite mais un système cohérent de relations entre individus et entre groupes. Ce système n'implique pas seulement des actions positives et négatives mais aussi des jugements de valeur, des attitudes mentales ou émotionnelles. Chez les Yakoma de l'Oubangui, un homme ne peut, sous peine de faute grave, d'amende coûteuse, s'adresser directement à la mère de sa femme, ni lui faire face, pendant toute la première année de mariage. Il doit toujours lui tourner le dos et ne correspondre avec elle que par personne interposée. Cette attitude n'est modifiée et les rapports ne deviennent directs qu'après un repas offert par le gendre à sa belle-mère et aux soeurs aînées de sa femme. Chez les Tsimihety de Madagascar, il y ainsi des conduites obligatoires, sous peine d'amende, entre beaux-frères.

Mais, malgré la complication, du moins aux yeux des étrangers, de ces conduites, la coutume, la loi, ne font presque jamais l'objet d'un enseignement organisé, sauf dans les camps de retraite, pour les initiations des garçons ou des filles. La plupart du temps, l'individu accède par son âge ou les circonstances familiales (par exemple : perdre l'un de ses parents; devenir père d'un garçon, etc) à des cercles plus ou moins concentriques, plus ou moins restreints, qui les connaissent et les appliquent. Et chacun ressent, sans l'avoir appris d'une façon scolaire, mais pour l'avoir vécu, tout ce qui maintient la solidarité du groupe. Ce seront, par exemple, toutes les relations et attitudes qui lient les membres d'une famille en tant qu'unité sociale : l'autorité paternelle, les droits et les devoirs des époux, l'héritage et la succession, l'adoption, etc., toutes catégories juridiques qui ressortent en droit occidental du droit civil, du droit des personnes et du droit des biens.

Et ceci nous amène, en restreignant un peu le sens de la coutume, à ne plus envisager celle-ci que sous son aspect plus strictement juridique et à parler du droit coutumier.

Il englobe à la fois des domaines qui, dans les droits écrits actuels, sont plus ou moins séparés car il laisse confondues

des catégories qui pour les Occidentaux relèveraient non pas du droit mais de la morale, davantage de l'intention que du fait tangible, de la religion et des croyances aux forces surnaturelles, alors que le droit occidental prétend être laïc. Il ne distingue pas non plus - distinctions classificatoires et arbitraires d'ailleurs- le droit public du droit privé, le droit civil du droit pénal ou de la procédure, ce qui d'ailleurs ne lui enlève ni rapidité ni efficacité, mais correspond aux normes, aux règles, à la foi des justiciables et des juges.

La classification des fautes, des infractions aux coutumes, des délits et des crimes, ne correspond pas aux critères du droit occidental. En fait leur gravité est appréciée en fonction de leur retentissement social et du nombre plus ou moins grand de personnes concernées, qu'elles soient du groupe ou hors du groupe. La transgression d'un interdit en rapport avec la venue des pluies peut être jugée très sévèrement en pays de savane si la saison sèche se prolonge outre mesure. De même, celle pouvant déclencher une épidémie. Dans bien des populations, seul l'adultère de la femme est réellement délictueux. Pourtant, lorqqu'une femme avoue ses infidélités pour faciliter un accouchement difficile, les soeurs du mari informent ce dernier pour qu'il aille réclamer aux anciens partenaires de son épouse les sommes ou les objets compensatoires d'usage. Et en cas de flagrant délit, les coupables pourraient être tués impunément, par le mari.

Fréquemment, l'énoncé d'une obligation coutumière est assorti aussitôt de la sanction prévue en cas de transgression et cette sanction est souvent radicale. Ainsi chez les anciens Hébreux :"Un mâle incirconcis, qui n'aura pas été circoncis dans sa chair sera exterminé du milieu de son peuple : il aura violé mon alliance." (Genèse 17/14) et le roi malgache Ralambo avait prescrit :" L'arrière-train du boeuf m'appartient. Seront réduits en esclavage la femme et les enfants de quiconque mangera l'arrière-train du boeuf".

La dureté de la répression, les sanctions sanglantes, sans nuances, sont courantes dans tous les anciens codes connus : Code d'Hammourabi à Babylone (XIXe s. av. J.-C.), Loi des XII Tables dans l'ancienne Rome (Ve s. av. J.-C.), etc.

En dehors du cas de flagrant délit qui permet une sanction immédiate, souvent brutale, il est fréquemment difficile d'établir la preuve de la culpabilité. Généralement le témoignage est admis mais est loin d'être irréfragable, aussi voit-on dans le droit coutumier, intervenir des moyens considérés comme relevant d'un ordre surnaturel. Ce peuvent être la malédiction et les maléfices contre les auteurs inconnus d'un méfait et la crainte que ces menaces inspirent amène souvent la restitution anonyme d'objets volés. Ce peut être encore l'ordalie que certains prévenus, sûrs de leur bon droit ou de leur innocence, demandent ou acceptent de bon coeur. L'ordalie doit généralement en même temps, détecter le coupable et le punir et les procédés sont variés : ramasser des cailloux au fond d'une marmite d'eau bouillante, lècher un fer rouge ou traverser un cours d'eau hanté de crocodiles. Et certains inculpés qui se croyaient innocents, en succombant à l'épreuve, sont eux-mêmes convaincus de leur faute qu'ils acceptent de n'avoir commise qu'en esprit, pendant un rêve dont ils n'ont pas gardé de souvenir (pour autant que leur double ou leur esprit ait réellement agi). Parfois, la culpabilité se manifeste insidieusement par une maladie qui se déclare (lèpre, par exemple) et qui est considérée comme une punition surnaturelle de fautes commises en secret ou inconsciemment.

C'est cette fréquente mise en cause de puissances supraterrestres, dieux, génies, ancêtres, qui est une des caractéristiques du droit coutumier et qui donne une coloration particulière aux réparations exigées des fautifs.

Il s'agit moins de les punir, car souvent ils le sont déjà suffisamment par les maux qu'ils ont à supporter, que de pacifier,

d'apaiser les forces qu'ils ont mises en branle ou offensées involontairement ou non. Les fous, même furieux, sont rarement supprimés, les sorciers ou ceux considérés comme tels, parfois à leur insu, seront craints et révérés. De nos jours, les condamnations sanglantes ne peuvent plus être exécutées dans les villages sans provoquer des enquêtes de la justice de type occidental. Aussi, pour éviter les interventions de celle-ci dont on craint toujours les implications imprévisibles, contraint-on les délinquants habituels à quitter le pays. Il existerait pourtant, dans certains endroits de l'Afrique, des sociétés secrètes qui feraient règner l'ordre conforme à la coutume et dont les membres masqués exécuteraient les décisions de leurs conseils.

Pour quitter le domaine du droit répressif que nous dirions pénal, au profit du droit privé qui est reconnu et appliqué devant un tribunal qui tranche les litiges, nous allons voir les cas où la sécurité extérieure du groupe n'est plus directement en cause et où il s'agit de dissensions en quelque sorte intestines, de litiges mineurs qui ne touchent qu'une faible fraction du groupe, une seule famille par exemple. Il est des cas qui ne méritent guère d'être portés devant le tribunal du fait que la réparation serait inopérante et que ce qui pourrait être une compensation n'en serait pas réellement une. Tels sont le meurtre involontaire d'une personne de la famille ou un adultère prouvé avec la femme du frère. Dans ces cas le groupe évite d'intervenir et le tribunal n'a pas à être saisi, car là joue une notion essentiele qui est la responsabilité collective.

La responsabilité collective est invoquée et acceptée comme allant de soi en droit coutumier car, normalement, sauf le cas d'un étranger non allié, tout individu appartient à ou fait partie d'un groupe dont il suit la coutume, qui répond de lui et dont il est solidaire. C'est ce qui rend si grave, en cas de récidive obstinée, le rejet hors du groupe car un individu chassé est désormais privé de la protection du groupe. Par sa conduite a-normale, contraire

à la coutume, il est exclu et est traité, sinon comme un ennemi du moins comme un étranger, ce qui, sans être synonyme, est souvent très proche. Sa place n'est plus dans le groupe et désormais, il n'est plus qu'un isolé sans recours ni défense.

Par contre, on verra porter devant le tribunal, en référence à des principes de responsabilité des palabres inconnus du droit occidental. Par exemple : un homme réclamera à son beau-père ou à son beau-frère, c'est à dire aux hommes de la famille de son épouse, une réparation pour une brûlure qu'aura soufferte son bébé par suite de la négligence maternelle. Et sa belle-famille s'exécutera et morigènera la femme fautive. Le groupe, en la personne des juges, intervient à la fois pour l'auteur du délit et pour la victime en tant qu'autorité. Il exige la réparation pour apaiser la partie adverse et pour rétablir un prestige ou un équilibre de forces compromis par le délit.

Le grand palabre se tient à l'occasion d'un litige dont la solution ne va pas de soi ou est contestée, sinon valablement, du moins avec des chances de voir un nouveau point de vue triompher. Le palabre comporte toujours outre les parties, défendeur et demandeur, un juge ou un jury, et un public. Chaque partie expose sa cause longuement, en détail, avec mainte répétition et redite et chacune cite et la coutume à laquelle elle se réfere directement ou par analogie et la jurisprudence qui peut lui être favorable. Souvent même des affaires anciennes sont citées, exposées en détail ainsi que la sentence rendue et les modalités de son exécution. Et ces rappels de vieux différents ont une importance considérable à la fois pour l'affaire en litige et pour la cohésion du groupe qui ressent son unité en apprenant ou en se souvenant comment furent aplanies les vieilles querelles, mais il conserve ainsi par des répétitions fréquentes les termes et les normes de son droit coutumier. Par ce procédé et bien que certaines affaires ne se reproduisent que

de loin en loin ou même soient exceptionnelles, celui-ci est remis en mémoire de ceux qui étaient contemporains de l'affaire ou enregistré dans l'esprit de ceux qui étaient trop jeunes ou n'étaient pas nés. Cette fonction et cette procédure du palabre sont essentielles pour la conservation de la loi coutumière.

Ce sont évidemment les anciens qui ont l'expérience et la mémoire du passé qui tranchent et ils le font en tenant compte de l'opinion publique et du retentissement ultérieur de leur arrêt. Il s'agit non seulement de respecter si possible la coutume et de suivre au moins de loin, les précédents qui peuvent guider leur décision que de rendre un jugement satisfaisant pour tous sans référence à des notions abstraites et absolues de justice et de vérité, dont nous connaissons nous-mêmes la très variable relativité. Leur souci majeur est de préserver l'intégrité du groupe et de rendre une sentence qui soit exécutoire et exécutable. Quand la cause divise profondément le groupe, que des factions se forment, l'art de ceux qui disent le droit, s'ils ne peuvent porter l'affaire devant un arbitre neutre accepté des deux parties, est de trouver un compromis acceptable. Et il est indispensable pour éviter l'éclatement, la scission qui affaiblirait le groupe que l'unanimité soit acquise pour la solution proposée. Cette dernière nécessité peut donner au palabre et à sa solution une durée qui pourrait paraître disproportionnée à l'affaire si l'on perdait de vue cet impératif.

En cas de faute, il s'agit de restaurer les rapports internes qui ont été lésés et le contenu de la sentence vise d'abord à rétablir les bons rapports. L'amende exigée est moins une punition du fautif qu'une réparation du tort commis et une preuve du respect de la loi qui fonde l'unité du groupe.

La présence du public, nombreux pour les actes juridiques importants : mariage et versement de la dot, répudiation et restitution de la dot, adoption, envoi en possession, acquisition ou don,

est presque indispensable, bien que l'invocation aux puissances surnaturelles puisse parfois en tenir lieu. Les témoins oculaires constituent en effet une sorte de preuve préconstituée par la possibilité de les convoquer ultérieurement et de recourir à leur témoignage ce que traduit bien un adage malgache :"Les mille hommes ne meurent pas en un jour", c'est à dire qu'il restera longtemps des survivants qui pourront rapporter les faits.

Il serait faux de croire que le droit coutumier qui se fonde sur l'usage des anciens et repose sur des origines lointaines soit figé et immuable. Il varie et se modifie profondément et parfois même très rapidement sous diverses influences. C'est ainsi qu'en moins de trente ans, la coutume tsimihety du Nord de Madagascar qui prévoyait le partage entre les époux par moitiés égales des biens de la communauté en cas de divorce, accepte maintenant, suivant le droit coutumier mérina, le partage de deux tiers au mari et un tiers à la femme, même en cas de divorce par consentement mutuel que ne connait pas ce dernier droit.

Les coutumes de populations voisines ou intriquées les unes dans les autres peuvent donc agir sur les autres et même, dans certains cas, celui de l'annexion ou de la domination violente en particulier, amener la disparition quasi-totale d'une coutume comme ce fut le cas du Betsiléo au profit du droit mérina.

Dans les pays de droit coutumier, deux agents principaux agissent présentement sur lui, quel que soit son contenu et aussi différent soit-il d'une région à l'autre. Il s'agit d'une part des grandes religions révélées, Christianisme, Islam, et d'autre part, des droits écrits des blocs principaux de civilisations.

Le droit coutumier, en Afrique, en Océanie, en Amérique et dans certaines parties de l'Asie, est soumis à l'effet des grandes fois systématisées qui ébranlent les sociétés traditionnelles de ces pays jusque dans leurs tréfonds car elles mettent en question non

seulement les valeurs essentielles, les cadres sociaux et religieux mais les mythes et les fondements métaphysiques eux-mêmes sur lesquels ces sociétés reposaient et gardaient leur équilibre. Les notions de bien et de mal sont introduites ou bouleversées, l'échelle des valeurs est modifiée ou renversée, les instances sont mises en question et les autorités contestées. des impératifs nouveaux sont annoncés, d'autres absolus sont imposés et le droit coutumier s'il se crispe et se durcit, sclérose le groupe et l'empêche de s'adapter aux conditions nouvelles.

Ailleurs, il y a conflit, concurrence, interpénétration plus ou moins lente, plus ou moins prononcée. Quant à l'Islam tout d'abord : les confréries musulmanes ont des ramifications fort étendues. On voit ainsi apparaître des "thaleb", des "cadi" qui se réfèrent au Qoran et introduisent des éléments juridiques du rite musulman auquel ils se rattachent. Dans certaines parties du monde, le droit musulman est devenu dominant et les droits coutumiers ne donnent plus qu'une coloration locale. C'est le cas dans presque toute l'Insulinde et le Pakistan. Dans d'autres parties du monde, le droits coutumiers locaux ont été infléchis ou modifiés par le Christianisme dont la présentation, tout comme l'Islam, peut différer selon qu'il est apporté par telle congrégation, telle société de mission ou telle confession ecclésiastique. Dans les deux cas, on peut distinguer deux processus : l'un, direct, d'adoption de certaines règles nouvelles corrélatives à l'adhésion du groupe à une nouvelle foi. L'autre indirecte, qui sans modifier précisément la coutume s'en remet à un représentant de la foi nouvelle pour "dire le droit", trancher les différents ou donner des solutions neuves à des affaires nées d'un déplacement du point de vue moral ou éthique.

Enfin, l'impact le plus sensible sur tous les droits coutumiers est celui des droits écrits majeurs : droit chinois pour toute les régions où la nouvelle Chine étend son influence; droit soviétique dans la zone d'influence dominée par l'idéologie marxiste, droit

occidental pour le reste du monde, y compris l'aire du droit hindou. Ce qui ne minimise en rien, par ailleurs, l'influence du droit théocratique auquel nous venons de faire allusion, ni les actions réciproques que ces divers droits exercent les uns sur les autres pour tendre enfin à une certaine unification.

Bien que les droits coutumiers soient en général un peu plus rigides que ne le sont les droits écrits, ils évoluent aussi vite que les sociétés dont ils régissent les rapports. Or, les sociétés gouvernées par le droit coutumier sont en rapide transformation pour ne pas dire en voie de disparition. Aussi pensons nous qu'il convient de pousser de toute urgence les études d'ethnologie juridique pour noter avant qu'il soit trop tard, dans leur contexte religieux, social et matériel, toutes les organisations et les règles juridiques qui articulaient les rapports des groupes en train de se modifier, toutes les solutions trouvées aux éternels problèmes qui se posent à toute société quand elle tient à durer.

o o o

Le droit occidental qui est pratiqué sur la plus grande partie de l'Europe, sur plus de la moitié du continent américain et sur un grand nombre d'îles d'Océanie comme les Hawaï, la Nouvelle-Zélande, l'Australie, influe de façon considérable sur tous les autres droits et, quant à l'Afrique, est en train de modifier l'exercice du droit musulman (en accordant par exemple, des droits de plus en plus étendus à la femme) et de bouleverser la plupart des droits coutumiers traditionnels.

En quoi consiste ce droit occidental ? N'est-il pas profondément semblable au droit coutumier ? Quelles sont les différences ?

Quelles sont ses origines ? ses sources ? Comment évolue-t-il ? C'est ce que nous allons examiner rapidement.

Voyons tout d'abord en quoi le droit occidental ressemble au droit coutumier. La première constatation que nous avons faite au début de cet article est celle-ci : les règles de droit qui structurent toute société, qu'elles soient écrites ou non, sont la formulation de ce que le groupe tient pour normatif, pour essentiel, pour vital, pour indispensable à sa survie ou sa pérennité. Cet ensemble de règles est plus ou moins impératif mais il constitue un corpus d'obligations comportant des sanctions. Il correspond à l'opinion exprimée par le groupe ou au moins sa grande majorité et il évolue et se modifie parallèlement avec le groupe lui-même avec un certain décalage dans le temps. Ce qui a été "les grands principes" est remis en question, puis mis à jour et l'examen des faits montre au juriste et au sociologue qu'il n'y a pas de "principes éternels" car même s'ils paraissent tels à un moment précis de l'histoire, une nouvelle vague les jugera démodés et parlera d'eux en disant : "les grands principes de papa", puis la vague suivante : "les principes de grand papa"... Le droit est mouvant et son expression suit.

L'efficacité du droit, la connaissance et le respect de la règle par les usagers est d'autant plus grande qu'elle correspond exactement à l'opinion commune. Les lois ou les règlements qui sont édictés contre la volonté populaire, même si l'application en est surveillée par des gendarmes, risquent fort de rester lettre morte. Bien des Européens ont en mémoire la façon dont les lois impopulaires étaient appliquées pendant quelques périodes de la dernière guerre dans des pays où les "autorités" n'étaient pas celles souhaitées par la nation, et les Africains savent parfaitement éluder, avec plus ou moins de bonheur, les règlements qui ne leur conviennent pas et que d'autres ont édictés pour eux.

Tous les droits efficaces sont souples et flexibles. En droit coutumier, les règles tiennent compte des lieux et des moments. Elles tiennent compte des personnes, de leur situation sociale, de leur importance économique, tout comme le fait le droit occidental que l'on a vu critiquer, sous le grand roi français Louis XIV, par le poète La Fontaine dans sa fable : "Les animaux malades de la peste" sans que la satire ait perdu, semble-t-il, toute sa saveur de nos jours. D'autre part, il est bon que les règles juridiques ne soient pas trop rigides et ce n'est pas un compliment que l'expression : "Raide comme la Justice". Il est normal et sain qu'un corps social vivant adapte ses lois à son développement propre et affronte avec de nouvelles prescriptions des situations neuves ou tout à fait différentes de celles qui avaient amené à énoncer des règles périmées, à moins de leur donner un contenu nouveau. Exemple : le couvre-feu qui oblige dans les villages à éteindre les feux de cuisine au bois et à ne garder que des tisons sous la cendre par crainte des incendies, apris dans les grandes villes modernes une toute autre signification à savoir, l'interdiction de sortir de chez soi et de circuler en ville après une heure fixée, sous peine d'être arrêté par une patrouille de police ou même de risquer des coups de feu.

Si les fondements essentiels du droit, qu'il soit écrit ou oral, occidental ou coutumier, sont profondément identiques, il n'en subsiste pas moins des différences essentielles entre eux qui sont les suivantes.

Par contraste avec le droit coutumier, le droit occidental sépare en principe des domaines qui sont ailleurs confondus : la morale d'une part, la religion de l'autre.

La morale tout d'abord. Le droit occidental ne veut juger que des êtres humains, que des personnes et ne portera pas de jugement direct contre des animaux ou des choses du fait que toujours il faudra trouver une personne responsable, quitte à avoir recours à

des fictions comme les "calamités publiques" quand personne ne peut être incriminé. D'autre part, si l'auteur d'une infraction est déclaré dément, il est jugé irresponsable et ne peut être puni. Il pourra être enfermé comme fou mais nonndans une prison. Par ailleurs même en tenant compte de l'intention, ce n'est en principe, pas celle-ci qui est jugée, mais l'action et ses conséquences. L'intention de nuire, l'intention de tuer, si elle ne passe pas dans une action, ne serait-ce qu'une parole, ne relève pas du droit mais de la morale et le juge n'a pas à apprécier l'intention mais le fait réel. Une infraction à la loi, aurait-elle été commise dans une intention considérée comme louable par son auteur, devrait être sanctionnée, quiite à donner le bénéfice des circonstances atténuantes. Le juge, s'il peut apprécier le mobile d'un acte, juge d'abord l'acte et ses conséquences.

De même, le droit occidental tend, car il n'y est pas encore parvenu partout, à se laïciser, à se séparer de la religion. Le droit coutumier fait volontiers appel au sacré, à l'irrationnel ,au surnaturel, invoque les ancêtres, les génies, les divinités, Dieu. Or, le droit occidental cherche à se libérer progressivement de ces recours sans y être totalement parvenu comme en témoigne, dans le droit français qui se croit résolument positif et matérialiste, le recours au serment. Or, aux yeux d'un sociologue, le serment relève des croyances et de la métaphysique et est tout à fait à sa place dans le droit canon quand le serment est fait, prêté, devant Dieu ou sur les Evangiles, car il met en cause des catégories extérieures au droit positif, laïc, areligieux.

Une différence essentielle, pour ne pas dire <u>la</u> différence cardinale entre droit occidental et droit coutumier est que l'un est écrit, l'autre oral. Nous entendons bien qu'en Occident tout le droit n'est pas écrit, ou pas encore, et que d'un autre côté, certains droits coutumiers sont déjà écrits - et je m'en réjouis- et que cette distinction formelle n'est pas aussi tranchée que le voudrait l'affirmation. Pourtant c'est là, en ses implications ~~www~~

immédiates un fait d'une importance exceptionnelle. La loi occidentale pour être applicable et que le juge s'y réfère avec autorité doit être formulée, écrite, promulguée et publiée et elle est valide, en principe, jusqu'à son abrogation formelle. Jusqu'à maintenant, la loi rédigée en codes, titres, chapitres, articles, paragraphes, alinéas, réglemente une matière particulière, prévoit son aire d'application et ceux qui y seront soumis, énonce les conduites à tenir, prévoit les infractions, désigne les agents chargés de l'appliquer et édicte les sanctions et les peines en cas de non-observation ou de transgression. En droit pénal toujours, dans les autres cas presque toujours, la loi ne prend effet qu'à la date de sa promulgation et même de sa publication. Elle ne peut frapper une action qu'elle réprime avant d'avoir interdit de commettre cette action et c'est un principe fondamental que cet adage "<u>nulla poena sine lege</u>". Il est aussi admis que "tout ce qui n'est pas défendu est permis", bien que ce principe reçoive de plus en plus souvent des restrictions car on admet maintenant plus fréquemment la théorie d'abus de droit qui vient du sentiment croissant de l'interdépendance et de la solidarité des personnes humaines et qui va même jusqu'à susciter, en droit pénal français, un nouveau délit :" le refus ou la non-assistance à personne en danger".

Pour comprendre cette évolution du droit occidental et dans quel sens elle se fait, il faut reconnaître rapidement ses origines et ses sources.

Dans son contenu comme dans son expression, le droit occidental a trois ou quatre origines décelables : le droit coutumier occidental qui revêtait selon les provinces et les populations qui étaient installées dans cette région du monde depuis plus ou moins longtemps, des formes et des contenus fort variables. Il suffit pour l'imaginer, de se souvenir du grand nombre de tribus qui pérégrinèrent en Europe à la fin de l'Empire romain, sous les Mérovingiens,

les Carolingiens et pendant toute la période des Croisades, d'énumérer les Celtes, les Gaulois, les Ligures, les Armoricains, les Sarmates, les Alamans, les Goths de l'Est et de l'Ouest, les Huns, les Burgondes, les Saxons, les Francs ripuaires et les Francs saliens, de nommer Clovis (conversion en 496), Dagobert le bon roi (632), Charles Martel (Poitiers 732), Charlemagne (800) et Hugues Capet (987)

A la suite des grandes invasions, normandes et hongroises, s'installe la féodalité qui, avec une modification profonde de la structure sociale voit s'instaurer un droit nouveau, le droit féodal qui fait cristalliser certaines coutumes que l'on trouve consignées dans les coutumiers, c'est à dire les recueils écrits qui commencent à apparaître vers le début du 13e siècle. Le fait de coucher par écrit les règles du droit est dû en grande partie au renouveau qu'a connu au 12e siècle le droit romain en Europe occidentale. Or, le droit romain, et celà dès la conquête romaine aux premier et second siècle de l'ère chrétienne, avait profondément influencé les usages civils et juridiques des "provinces" ou des "marches".

Il serait faux de se représenter le droit romain comme un bloc tout d'une pièce alors que son élaboration s'est étendue sur une dizaine de siècles, de la Loi des XII Tables qui date de la moitié du 5e siècle avant Jésus-Christ, au Code Justinien qui date de 529-534 après J.-C. et dont les monuments principaux sont le Jus Flavinianum (304 av. C.), le Jus Aelianum (198 av.C.) sous la République; puis l'oeuvre, pendant l'Empire, des jurisconsultes sabiniens et proculiens (41-54 ap.C.), le Code Julien sous Hadrien (138) et les Institutes de Gaïus (150); les Codes de la Monarchie, Code Grégorien sous Dioclétien (293) puis le Code Hermogénien, pour finir sous Théodose 1er avec le Code Théodosien (438) et le Code Justinien que nous mentionnions il y a un instant. Il ne peut être question de résumer une telle évolution. Si pourtant nous voulons caractériser ce droit il faut d'abord montrer que son étude est très utile pour acquérir l'esprit juridique et en même

temps qu'il serait pernicieux dans son application actuelle car il s'exerçait dans une société colonialiste et esclavagiste. Il faut se souvenir qu'il régissait à l'origine une société agraire qui devint très vite urbaine, connaissant le pouvoir absolu du pater familias sur la gens qui comprenait non seulement sa femme et ses enfants, mais ses esclaves et ses affranchis, ses obligés, ses clients. Ce droit pragmatique, concret, formaliste, régissait des rapports économiques entre patron et clients et la sanction majeure était l'interdit, sorte d'excommunication qui vouait le transgresseur aux dieux infernaux. Sa précision technique, ses règles de procédure, sa façon de poser et de résoudre les problèmes juridiques étaient et sont encore exemplaires et c'est pourquoi il a eu une si grande influence sur notre droit occidental, d'une façon directe par l'enseignement des juristes et de façon indirecte, par le droit canon ou droit ecclésiastique romain qu'il a aidé à se formuler.

Le droit canon qui est appliqué dans les tribunaux ecclésiastiques de l'Eglise chrétienne connaît en premier lieu des questions de foi et de religion mais il déborde largement ces domaines pour régir des catégories comme le mariage, les contrats, les testaments, qui sont si bien de sa compétence, que les tribunaux laïcs l'appliquaient également en ces matières. Basé sur les Livres Saints de l'Ancien et du Nouveau Testaments mis en latin par Saint Jérôme (Vulgate) au début du 5e siècle, il utilise les interprétations et les commentaires des Pères de l'Eglise, cite les Décrétales des papes et les Canons des conciles. Des recueils étaient faits dans diverses abbayes pour aider les juges ecclésiastiques et les plus anciens connus datent du XIe siècle. Pour les harmoniser, le moine Gratien, professeur à Bologne, publie un recueil "Le Décret" où il incorpore en un tout cohérent les décrétales, les canons et aussi les capitulaires francs, c'est à dire les ordonnances royales et les textes romains qui acquirent ainsi une force nouvelle. On y ajouta après, à la suite, les "décrétales extra Decretum vagantes",

les "extravagantes". Puis on refondit les ouvrages pour les mettre à jour et supprimer les textes abrogés et un recueil officiel fut édité à Rome, après révision attentive des délégués du Pape en 1582. C'est lui qui est encore à la base du droit canon tel qu'il est promulgué depuis 1917 dans le Codex Juris canonici.

Ce Droit canon est d'autant plus important qu'il est accepté tel quel par certains pays pour des matières de droit civil comme le mariage, en Espagne et au Portugal et, dans une certaine mesure, en Belgique et en Italie. D'une façon identique, la Réforme de la religion chrétienne au XVIe siècle a influencé indirectement le droit des pays qui l'ont acceptée : Allemagne, Suisse, Hollande, pays scandinaves, ce qui confirme une fois de plus notre affirmation que le droit reflète la société qui l'applique.

Les sources du droit sont diverses mais pour le droit occidental, le fondement essentiel est la loi sur laquelle repose la force et la légitimité de l'Etat. Elle est la cause de sa cohérence interne. Ceci était particulièrement net et affirmé dans le discours du Président Kennedy aux étudiants de l'Université du Mississipi lors de l'intégration du noir Meredith en octobre 1962 : "Les Américains sont libres de ne pas être d'accord avec la loi mais non pas de désobéir. Aucun homme aussi éminent ~~xxxxxx~~ et puissant soit-il, aucune populace, aussi désordonnée et bruyante soit-elle, n'ont le droit de défier un tribunal (...) Si jamais les Etats-Unis en arrivaient à ce qu'un homme ou un groupe d'hommes puissent longtemps défier les arrêts de nos tribunaux et notre Constitution par la force ou la menace de la force, aucune loi ne serait à l'abri du doute, aucun juge n'agirait avec certitude et aucun citoyen ne serait à l'abri de son prochain ", et le Président a terminé en lançant un appel aux étudiants et aux dirigeants de l'Université du Mississipi, les invitant à respecter l'arrêt de la Cour fédérale "en conformité avec la Constitution des Etats-Unis, pour que la nation américaine maintienne son unité au service de la liberté" (Le Monde, 2/ 10/ 1962).

Cet important discours indique, sans les énumérer toutes, les principales sources du droit que nous citons par ordre d'importance sans pourtant que cette hiérarchie soit absolue : les lois constitutionnelles et référendaires que le peuple dans son entier, ou au moins sa majorité, a approuvées, puis la loi élaborée, décidée, approuvée par l'organe législatif, Chambre des représentants, Conseil législatif. Puis viennent les décrets, les règlements pris par les organes gouvernementaux compétents en application et en conformité avec ces textes. Il y a peu à ajouter à celà. Il y a davantage à dire, par contre, à propos de la contestation de la loi, de la désobéissance et de la coercition exercée en son nom par le juge chargé de punir les transgresseurs et de réprimer les mauvaises interprétations.

Le rôle du juge est essentiel car c'est de son intégrité, de son respect de la loi, autant de l'esprit que de la lettre, que dépend la confiance du gouverné en l'Etat. C'est la fermeté des tribunaux qui assoit le respect de l'Etat, à condition que celui-ci ait la force de faire exécuter les arrêts que ceux-ci prononcent. De nombreux exemples historiques montrent que quand l'Etat n'a plus le moyen de faire respecter la loi c'est que celle-ci ne correspond plus à la conjoncture politique et qu'en même temps, le pouvoir doit changer de mains. Et toujours, à un remaniement dans les structures politiques correspond une intense activité législative et réglementaire qui cherche à adapter la loi à la nouvelle situation.

Qu'ils approuvent ou non l'Etat, la forme qu'il revêt, les lois qu'il édicte, les citoyens (ou les sujets) sont tenus de lui obéir sous peine d'être envoyés devant le tribunal qui les chatiera. Si le pouvoir peut être usurpé et l'Etat injuste, la loi, par définition, est légitime et le juge, à moins de se démettre, doit, au tribunal, l'appliquer. Mais il lui est laissé une certaine latitude et c'est ce qui rend effective cette flexibilité dont nous parlions il y a un instant. Car au tribunal, interviennent non seulement le

juge del'affaire qui devra trancher le litige et "dire le droit", donner tort ou raison, mais aussi des avocats qui défendront des points de vue contradictoires. D'un coté le procureur représentant la collectivité publique qui estime qu'il y a lieu de poursuivre et réclame l'application stricte de la loi, de l'autre, l'avocat défenseur qui cherche à montrer le bien-fondé de la cause contestée et tend à infléchir l'interprétation de la loi. Des deux cotés on se réfère à des précédents, à ce que l'on nomme la jurisprudence, c'est à dire à des situations semblables qui peuvent inspirer le juge ou le jury pour trancher le débat. De même aussi, la pression de l'opinion publique peut intervenir comme on l'a vu dans un procès récent dont le retentissement fut international, à propos de remèdes pharmaceutiques.

Le juge doit juger en son âme et conscience et, tenu par la loi, lui donne l'interprétation qui lui parait la plus juste. Il tient compte des avis qui lui sont donnés par le procureur et par les avocats, par les exemples de ses collègues et prenant les conseils des juristes professionnels, il rend une sentence. Bien que les opinions des notaires, des avoués, des professeurs de droit, ne soient pas réellement une source reconnue du droit, il faut cependant les mentionner, car, les uns sont chargés d'appliquer la loi. Ils appliquent également les usages para-légaux. Certaines affaires sont réglées en plus ou moins grande conformité avec la loi écrite, et en connivence. S'il y a désaccord, les intéressés se gardent généralement de porter le différent devant un tribunal. Les autres, par un travail de critique et d'explicitation informent ceux qui font la loi et la peuvent réformer ou adapter et ceux qui sont chargés de l'appliquer. Ils soulignent le désaccord entre la règle et l'opinion et provoquent les ajustements.

Dans cette évolution millénaire du droit occidental dont la rédaction amorcée par les romanistes, les canonnistes, les compilateurs de coutumiers qui mirent au moins un demi-siècle pour mettre

au point la procédure de fixation des coutumes des provinces de France, de Charles VIII à Louis XII, c'est à dire de 1454 à 1498, aboutit de nos jours à une situation mouvante dont nous voudrions esquisser les traits qui nous paraissent importants à notre époque.

Il y a tout d'abord, une tendance à la diversification dans le sens d'une technicité croissante. Outre les distinctions plus ou moins arbitraires mais classiques entre droit pénal, droit civil, droit administratif, droit public, procédure, droit commercial, droit maritime, etc., chacun d'eux tend à se ramifier et à se spécialiser davantage : on voit des juges pour enfants, on parle de tribunaux militaires, on applique le droit des assurances et le droit maritime n'est plus qu'une branche du droit de la navigation car on se déplace et l'on transporte des marchandises en chemin de fer, en camion, en avion, et toutes les stipulations légales entrent désormais dans de tels détails que le droit devient de plus en plus l'affaire de professionnels plus ou moins étroitement spécialisés, ce qui tend à rendre de moins en moins vraisemblable l'affirmation acceptable en droit coutumier : "Nul n'est censé ignorer la loi".

Une des tendances aussi qui se manifestent dans les divers droits nationaux en Occident, c'est un adoucissement, nous dirions même une humanisation progressive des codes : code de protection de la femme, de l'enfant; adoucissement du code du travail; adoucissement du code pénal et régression lente mais continue de l'application de la peine de mort. Tentative de ne plus considérer le criminel comme une bête à abattre mais, surtout depuis les travaux et les publications de Lombroso, comme un malade dont la société est responsable et qu'il faudrait guérir.

Enfin, avec la multiplication des contacts internationaux, la facilité accrue des voyages, un respect grandissant pour la vie humaine sous toutes ses formes, l'accession à une civilisation planétaire qui nivelle progressivement les civilisations et rend

désuets certains particularismes, il y a une internationalisation continue du droit. Non seulement une unification du droit international public ou privé selon les termes classiques, mais aussi la nécessité de règler des différents dans des ordres divers : droit commercial, navigation, télécommunications, et même, comme nous le disions plus tôt, une unification progressive des droits internes que l'on s'efforce dans les différents pays de rendre conformes à des normes jugées souhaitables, comme par exemple, l'interdiction de l'esclavage, de la traite des femmes, de la répression du trafic des stupéfiants et des drogues, de la fausse monnaie mais aussi adoucissement du travail dans les mines ou dans les ~~trwxx~~ conditions insalubres, l'interdiction du travail des enfants, l'assistance médicale, l'action de la Croix-Rouge internationale, la reconnaissance des droits d'auteur, etc, etc.

Il y a même des progrès plus spectaculaires encore car ils touchent de plus grands ensembles, comme le recours systématique au juge, même quand il s'agit d'états souverains, comme ~~lwwrwx~~ l'abandon progressif du recours à la force pour régler les litiges et la reconnaissance du tribunal qui siège à La Haye et qui s'appelle la Cour Permanente de Justice.

Enfin une soixantaine de nations ont donné leur adhésion formelle à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, du 10 décembre 1948. Cette charte qui est purement conventionnelle n'oblige les Etats signataires qu'en conscience car, pas plus que les arrêts de la Cour de La Haye, il n'est possible d'en exiger le respect par la force, mais c'est l'honneur du droit occidental que de montrer la voie où devra passer l'Humanité future pour réaliser pleinement son idéal actuel du respect de la personne humaine .