

Cours d'histoire du Droit de Geneviève Chrétien-Vernicos ([GVERNICOU@aol.com](mailto:GVERNICOU@aol.com))

DEUG Première année - Université Paris 8 Vincennes - Saint Denis - 2001-2002

Cours n° 1

# INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT

DEUG DROIT – Première année

Cours de Geneviève CHRETIEN-VERNICOS

*PREMIERE PARTIE  
LES DIFFERENTES CONCEPTIONS  
DU DROIT*

?? Chapitre 1 – L'impossible définition du droit

?? Chapitre 2 – La diversités des droits

## CHAPITRE 1 - L'IMPOSSIBLE DEFINITION DU DROIT

Le droit appartient à la famille assez étendue des concepts qui ne sont clairs qu'entrevis de loin (N. Rouland). En 1787, Kant écrivait dans son fameux ouvrage (La critique de la raison pure) «*Les juristes cherchent encore une définition pour leur concept du droit*». Plus de deux cents ans plus tard ils en sont toujours au même point.

En 1989, une expérience a été tentée par la revue *Droits* (une importante revue française de théorie juridique) L'idée avait été de demander à une cinquantaine d'auteurs de donner en quelques pages leur conception du droit. Ensuite un travail de synthèse aurait dégagé quelques grandes options, à défaut de parvenir à une solution unique. Les contributions furent réunies (47) mais l'objectif ne put être atteint en raison de la trop grande diversité des définitions données. Le doyen Vedel commença même la sienne par ces mots : «*Voilà des semaines et même des mois que je «sèche» laborieusement sur la question, pourtant si apparemment innocente [...] : «Qu'est-ce que le droit?» Cet état déjà peu glorieux, s'aggrave d'un sentiment de honte. J'ai entendu ma première leçon de droit voici plus de soixante ans ; j'ai donné mon premier cours en chaire voici plus de cinquante ; je n'ai cessé de faire le métier de juriste tour à tour ou simultanément comme avocat, comme professeur, comme auteur, comme conseil et même comme juge. Et me voilà déconcerté tel un étudiant de première année remettant copie blanche, faute d'avoir pu rassembler les bribes de réponse qui font échapper au zéro.* » néanmoins il conclut en disant : «*... si je sais mal ce qu'est le droit dans une société, je crois savoir de que serait une société sans droit.* »

De ces nombreux efforts, il ressort qu'il y a deux grandes catégories de définition du droit, celles donnée par les juristes eux-mêmes et celles donnés par les anthropologues du droit.



Définitions juridiques du droit (Section 1)

Définitions anthropologiques du droit (Section 2)

## Sections 1 – Définitions juridiques du droit

On a écrit que l'étude du droit « ...par les juristes fait parfois penser à une science de la religion conduite par les prêtres de cette religion, une sorte de logique de l'absolu. »<sup>1</sup>

Les juristes pensent effectivement qu'ils sont les seuls à pouvoir étudier le droit de l'extérieur et tout particulièrement à le définir. Aussi tous les cours de droit privé de première année, intitulés « Introduction au droit » commencent par une définition (plus ou moins rapide) du droit. Ces définitions ont beaucoup de points communs, mais à les lire, on s'aperçoit qu'il est possible de les regrouper en deux catégories. En effet, certains ne définissent le droit que par la manière dont il se présente, définitions formelles (§1) tandis que d'autres s'attachent à son fond, définitions substantielles (§2).

### §1 – DEFINITIONS FORMELLES

Les définitions formelles les plus nombreuses, [car le plus neutre et s'appliquant parfaitement au droit occidental], définissent le droit comme un ensemble de règles, pourvues de la sanction étatique.

#### A – Droit ensemble de règles

C. LARROUMET : « Le droit est un **corps de règles** ordonnant la vie en société de façon à éviter l'anarchie entre les membres du corps social. »<sup>2</sup>

Gérard CORNU, dans son *Vocabulaire juridique* : « **Ensemble de règles de conduite** socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société. »<sup>3</sup>

Boris STARK, dans son introduction au droit : « **ensemble des règles de conduite qui gouvernent les rapports entre les hommes** et dont le respect est assuré par l'autorité publique. ».

Et pour mieux cerner le droit, aussitôt le même auteur, compare la règle de droit à d'autres règles de conduite, règles morales, de convenances, religieuses etc.

Cette définition est reprise par J. BONNARD qui ajoute que ce serait plus simple de dire que le droit est un ensemble de lois mais que ce serait inexact car le droit (donc les règles) peut avoir d'autres sources (coutumes, jurisprudence, doctrine)<sup>4</sup>.

J.P. GRIDEL « **règle ou série de règles** appelées à régir de façon identique des cas définis par leur commune caractéristique »<sup>5</sup>.

Si l'on prend les grands anciens : les frères MAZEAUD dans leurs Leçons de droit civil, au sommaire de la première leçon, « le mot droit a deux sens : **la règle de droit** ou droit objectif ; les prérogatives dont une personne est titulaire ou droits subjectifs »(p. 13)

Dans le développement « **Tantôt on entend par droit l'ensemble des règles juridiques** », p. 15.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ASSIER- ANDRIEU Louis, le juridique des anthropologues, *Droit et société* n°5, 1987, LGDJ, pp. 89-107, p. 89

<sup>2</sup> *Droit civil, tome 1 Introduction à l'étude du droit privé*, Paris, Economica, 1984, p. 8

<sup>3</sup> *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd. 2001, mot Droit, 1, p.312.

<sup>4</sup> BONNARD Jérôme, *Introduction au droit*, Paris, Ellipses, 1995, p. 6

<sup>5</sup> GRIDEL Jean-Pierre, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992, p. 8.

Jean Luc AUBERT « *ensemble de règles destinées à organiser la vie en société* »<sup>2</sup>

Devant une telle unanimité il semble qu'il n'y ait plus à qu'à s'incliner.

Effectivement, cette définition s'applique très bien à un droit comme le droit français par exemple. Mais nos auteurs, qui certes ne prétendent pas faire une introduction aux droits du monde entier, certains intitulant même leur ouvrage « notion fondamentale de droit français » (GRIDDEL) entendent bien à ce moment donner une définition générale du droit.

ET c'est là où le bât blesse, car cette définition ne correspond pas au droit de toutes les sociétés, déjà elle ne correspond pas aux droits des systèmes de *common law*, qui sont des droits casuistiques et non pas vraiment composés de règles générales. Mais il y a aussi de nombreuses sociétés où les règles sont beaucoup moins valorisées, où le droit est plutôt composé de modèles de comportement.

Peut-on dire que ce n'est pas du droit ? Non ! La maxime romaine *ubi societas, ibi jus*, où il y a une société il y a du droit, n'est plus contestée par personne, et l'homme étant un « animal politique » c'est à dire un être social, vit toujours en société, cela signifie qu'il y a partout du droit, mais il n'est pas partout composé de règles.

Cette première définition formelle n'est donc pas adéquate pour définir le phénomène juridique dans son universalité.

Qu'en est-il du caractère de ces règles, présenté comme spécifique de la règle juridique ?

## B – Règles sanctionnées par l'État

Selon les juristes, la spécificité de la règle de droit c'est d'une part, son caractère obligatoire, c'est-à-dire que son non-respect est nécessairement sanctionné, et que cette sanction est étatique, autrement dit le droit est lié à l'État..

### 1° - La règle de droit et la sanction

On peut lire p. 24/25, dans l'ouvrage des MAZEAUD : « *la règle de droit est sanctionnée par la contrainte. – il y a là un caractère spécifique de la règle de droit. Une règle qui ne serait pas obligatoire, ne serait pas une règle de droit.* »

Et M. J. L. AUBERT, dit sensiblement la même chose : p. 20 : « *la caractéristique décisive de la règle de droit consiste en ce qu'elle est une règle à la fois obligatoire et sanctionnée par l'État* ».

Pourtant, on a montré que la sanction n'est pas inhérente au droit, qu'il peut y avoir du droit sans sanction aussi bien dans notre système juridique que dans d'autres traditions plus éloignées

#### a – La sanction n'est pas inhérente à la règle de droit dans notre système juridique

M. LARROUMET démontre que la règle de droit n'est pas toujours sanctionnée, aussi bien en droit international public qu'en droit interne.

- *En droit international public*, c'est-à-dire dans les rapports entre États, il est difficile de concevoir et surtout d'appliquer des sanctions adéquates en cas de violation de ses obligations par un État. C'est une des raisons pour lesquelles certains nient l'existence

---

<sup>1</sup> MAZEAUD, H. L. et J., *Leçons de droit civil, tome premier*, 5<sup>e</sup> ed. par Michel de JUGLART, Paris 1972, ed. Montchrestien.

<sup>2</sup> AUBERT Jean-Luc, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Armand colin, 1984, collection U, p. 7.

d'un véritable droit international public pour y voir seulement un ensemble de règles plus ou moins morales. Une telle prise de position, nous dit l'auteur, suppose non seulement qu'il n'y a de règles de droit que si la règle est dépourvue de sanctions, mais encore qu'une règle morale à la différence d'une règle de droit est toujours dépourvue de sanction. Or, il existe des sanctions morales comme il existe des sanctions juridiques.

Certes les sanctions éventuellement prévues en cas de violation de ses obligations par un État sont imparfaites et souvent inefficaces, mais l'absence ou l'imperfection de la sanction ne saurait permettre d'affirmer l'inexistence d'un système juridique dès lors qu'il y a bien organisation sociale, en l'occurrence organisation de la société inter étatique.

- *En droit interne*, Tant en droit public (organisation des pouvoirs publics, rapport particulier avec l'administration) qu'en droit privé (rapports des particuliers entre eux) il existe des règles de droit sans sanction.

En **droit public** : le Président de la République est tenu de promulguer les lois votées par le Parlement<sup>1</sup>. Or aucune sanction n'est prévue en cas de non-promulgation de la loi.

De même souvent, le Parlement vote une loi et charge le gouvernement de prendre un décret complétant la loi, décret d'application qui règle les détails d'application. En général le Parlement assigne un délai au Gouvernement, mais rien n'est prévu en cas de non-respect de ce délai, ce qui arrive souvent.

Il y avait, il y a peu, une obligation, pour toute personne majeure de s'inscrire sur les listes électorales, mais aucune sanction n'était prévue en cas de non-respect.

- En **droit privé**, Il y a des situations dans lesquelles on est tenu d'accomplir une formalité de publicité alors qu'aucune sanction n'est prévue et qu'il ne peut y en avoir aucune. On est tenu d'informer les tiers, mais si on ne le fait pas, cela n'entraîne aucune conséquence.

L'obligation naturelle est un excellent exemple d'une règle de droit non sanctionnée. Il s'agit d'une dette qui pèse sur un individu, mais celui au profit duquel elle doit être exécutée, c'est-à-dire le créancier, ne peut en exiger l'exécution notamment par une action en justice. On ne peut dire néanmoins qu'il n'y a pas d'obligation. Car, si le débiteur s'exécute volontairement, on considère qu'il paie une dette qu'il était tenu d'accomplir qu'il n'a pas accompli un acte gratuit à l'égard du créancier, le paiement est considéré comme valable et il ne peut pas se raviser. Il s'agit d'une obligation dépourvue de sanction, son acquittement ne peut être que volontaire.

Le doyen CARBONNIER évoque le droit sans obligation ni sanction, il dit que « *Même à une époque dite État de droit, beaucoup croient pouvoir et devoir régler leurs rapports avec leur semblable par le droit sans les lois et les tribunaux étatiques. Il ne s'agit pas de morale [...], mais bien d'un droit, d'un droit qui tranche, qui décide* » [...] mais « *sans formule exécutoire. Des exemples entre mille : un prêt d'outils entre voisins, un legs verbal et même une union libre.* »

---

<sup>1</sup> La promulgation est l'acte par lequel la loi pourra être effectivement appliquée ; tant qu'une loi n'est pas promulguée, elle n'a pas d'existence à l'égard de ceux auxquels elle doit être appliquée. La promulgation se fait par décret : décret de promulgation, la date de la loi est celle du décret.

### ***b – La sanction n'est pas inhérente au droit dans d'autres traditions juridiques***

La sanction n'est pas ignorée dans les systèmes juridiques non occidentaux, qu'ils soient étatiques (Chine, Japon) ou non étatiques (Afrique, Inuits etc.) mais là non plus elle n'est pas omniprésente.

Les conflits sont souvent réglés de manière négociée. L'application des sanctions obéit à un principe de flexibilité : des infractions similaires n'entraînent pas les mêmes réactions sociales. En outre, on y retrouve souvent des sanctions psychologiques, blâme, mise en quarantaine...

Et précisément, pour les juristes, notamment français, ce n'est pas la sanction en elle-même qui caractérise le droit mais c'est la sanction étatique, ce qui implique de lier le droit à l'État.

#### **2° - La règle de droit et l'État**

L'essentiel des auteurs caractérise la règle de droit non pas uniquement par la sanction, mais la sanction étatique. Ce qui aboutit à lier le droit et l'État.

Ainsi, le manuel de Boris STARK (déjà cité) contient une subdivision intitulée « *La contrainte étatique, critère de la règle de droit* » dans laquelle il nous dit : « [...] *la spécificité de la règle de droit réside dans sa sanction. Son originalité ne tient pas tellement à l'existence même d'une sanction, quelle qu'elle soit, mais à son caractère de sanction socialement organisée.* » (p. 36)

Jean-Luc AUBERT lui aussi p. 23, titre son paragraphe 21 : « *la sanction étatique de la règle de droit* »

Il serait fastidieux de citer tous les auteurs qui partagent ce point de vue car ce serait faire une bibliographie complète des ouvrages français d'introduction au droit.

Est-ce à dire que tous ces éminents juristes se sont trompés ? Bien entendu non, leur définition coïncide parfaitement avec le droit tel que nous le connaissons dans les pays d'Europe, mais **elle ne peut servir comme définition universelle du droit.**

En effet, toutes les sociétés ne sont pas des sociétés étatiques, ou n'ont pas toujours été des sociétés étatiques (d'autant plus que l'État tel que nous l'envisageons aujourd'hui, apparaît à la Renaissance seulement) et pourtant ce ne sont pas des sociétés sans système juridique.

Comme l'écrivent A. WEILL et F. TERRE : « ... *Une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée d'une certaine manière par le groupe ; elle est sanctionnée de cette manière par le groupe parce qu'elle est juridique* ».

**Les définitions juridiques « formelles » du droit ne sont donc pas des définitions « du droit » mais des définitions du droit français et des droits qui s'y rapprochent.**

#### §2 – DEFINITIONS SUBSTANTIELLES

On peut également tenter de définir le droit en s'attachant soit à son contenu, soit à ses finalités.

#### **A – Définition par le contenu**

Les définitions quant au contenu sont celles qui se rattachent aux doctrines que l'on a appelées idéalistes ou du droit naturel ou jusnaturalistes.

#### **1° - Les doctrines naturalistes**

Ces doctrines postulent que le droit positif, le droit effectivement appliqué doit être conforme à un idéal de justice.

Ces doctrines ont toutes la même conséquence mais elles ont des contenus variables

### **a - Conséquence commune**

Toutes ces doctrines s'accordent pour dire qu'une règle de droit, une loi (au sens large) qui ne serait pas conforme au droit naturel, n'est pas obligatoire, et qu'il est juste d'y résister, il est même fortement recommandable de le faire.

Ce qui implique que le droit qui n'est pas conforme au droit naturel n'est pas du droit puisqu'il n'est pas obligatoire.

Mais elles divergent sur le contenu de ce droit naturel.

### **b - Divergence sur le contenu de ce que doit être le droit**

- Pour les uns le droit naturel est celui qui est voulu par Dieu et s'imposant aux hommes, il trouve son expression dans des dogmes éternellement vrais qui sont à la base de la civilisation chrétienne : respect dû à la parole donnée, force obligatoire des contrats, réparation des dommages injustement causés à autrui, intangibilité du droit de la famille, du droit de propriété individuelle, du respect des droits de la personnalité etc.
- Un autre courant (XVII<sup>e</sup> siècle École du droit de la nature et des gens) la notion de droit naturel est infléchie dans une direction individualiste. On part de la nature de l'Homme (toujours et partout le même) pour en déduire qu'il a des droits fondamentaux qui lui appartiennent en tant qu'homme et qui doivent être reconnus par le droit positif. Cette école a beaucoup influencé les révolutionnaires et les rédacteurs du code civil, ils font entrer dans le droit naturel des institutions entières, telles que l'obligation alimentaire, le mariage, la puissance paternelle.

## **2° - Critiques de ces doctrines**

Il a été aisé de critiquer ces doctrines, d'une part quant à leur conséquence, d'autre part quant au contenu du droit naturel.

### **a – Le danger de leur conséquence commune**

La résistance à la loi injuste se révèle inopportune aussi bien sur le plan social que sur le plan philosophique.

Sur le plan social Platon déjà écrivait que l'une des plus belles lois est celle qui interdit aux jeunes gens la recherche de ce qu'il pourrait y avoir de bon ou de défectueux dans les lois, et qui leur ordonne au contraire de dire qu'elles sont parfaitement belles

Pascal dans ses pensées estime que le problème est périlleux : « *il est dangereux de dire au peuple que les lois ne sont pas justes, car il n'y obéit qu'à cause qu'il les croit justes* ».

La plupart de juristes contemporains partagent ce même point de vue : dans le conflit qui apparaît entre la nécessité de distribuer la justice et celle d'assumer l'ordre, cette dernière doit prévaloir.

Effectivement, sur le plan philosophique, une difficulté majeure apparaît : celle que l'on rencontre dans la recherche ou la découverte du critère en fonction duquel une loi doit être dite juste ou injuste ; On aborde le problème du contenu du droit naturel.

### **b – Critique quant au contenu du droit naturel**

Si le droit naturel trouve sa source dans le christianisme, *quid* de tous les autres droits qui ne sont pas d'inspiration chrétienne ? Soit, ils reposent sur des principes différents et ne peuvent recevoir le titre de droit. Soit, ils consacrent des principes qui sont semblables et cela signifie que ces principes ne sont pas spécifiquement chrétiens.

Si le droit naturel est composé des droits qui appartiennent à l'individu par la naissance, il est très difficile de déterminer quels sont ces droits, d'où la diversité des thèses proposées.

En outre cela signifie que le droit devrait être partout et toujours le même, or on le sait ce n'est pas le cas, les contenus des différents droits varient, dans le temps et dans l'espace et il n'est pas possible de disqualifier les uns au profit des autres.

S'il est une définition du droit qui ne tient pas la route, c'est celle qui entend définir le droit par son contenu.

## B – Définition par ses finalités

Les définitions du droit par ses finalités paraissent *a priori* plus fiables.

Charles LEBEN, a donné pour titre à sa contribution à la revue *Droits*, la phrase : *Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice*. M. François TERRE écrit que le droit est d'abord justice mais qu'il n'est pas que justice car « *il doit satisfaire* » dit-il, « *le juste et le sage* ». En effet, si tous les auteurs s'accordent pour dire que le droit a pour but de faire régner l'ordre, en général ils ne pensent pas que ce soit par n'importe quels moyens. On peut résumer l'opinion générale en disant que « *le droit a pour but de garantir l'ordre et de réaliser la justice* ». Certains insistent un peu plus sur l'ordre que sur la justice car cette dernière peut être considérée subjective.

Cette finalité du droit est susceptible de s'appliquer à toute société.

Mais les sociétés traditionnelles n'opèrent pas comme les nôtres une rupture radicale entre l'ordre et le désordre ; elles mettent fréquemment en œuvre d'autres moyens que la justice pour parvenir au rétablissement de l'ordre et de l'harmonie.

Ainsi chez les Inuits : Un homme a poignardé une femme, les faits ne sont pas discutés, ils sont avérés. « *Que va-t-il se passer ? Pas de vengeance, rien de comparable non plus à notre moderne procès, mais autre chose, le village se réunit. On s'organise. Le criminel va affronter le mari de la victime en une compétition de chant. Chacun à son tour va chanter sa douleur ou sa colère. Pour quoi faire ? Établir la vérité ? Contester les faits ? Faire triompher son bon droit ? Rien de semblable. La compétition de chant vise seulement à faire triompher l'adresse et l'éloquence des protagonistes. Sera désigné vainqueur celui qui ridiculiserà son adversaire à la face des spectateurs. Si le criminel perd la compétition, l'humiliation subie le poussera à en tirer les conséquences. Mais dans le cas inverse, aucune conséquence particulière ne sera attachée au fait que la victoire récompense un assassin reconnu comme tel. L'affaire sera tenue comme définitivement close, exactement comme si la victime et ses ayants droits avaient triomphé. ET le délinquant pourra repartir chez lui lavé de l'opprobre et sans autre forme de « procès » ; tout coupable qu'il soit.* »<sup>1</sup>

L'ordre et l'harmonie sociale sont rétablis, la justice telle que nous l'entendons ne l'est pas.

---

<sup>1</sup> BECHILLON (de) Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, 302 p., p. 118.



## Section 2 – Définitions anthropologiques du droit

Il n'existe aucune théorie interculturelle du droit qui fasse l'unanimité parmi les chercheurs. Cependant, les théories anthropologiques du droit ont au moins l'avantage de tenter de saisir ce qu'est le droit à travers les expériences de sociétés très diverses : en ce sens, même incertaines, au moins sont-elles, par leur généralité, plus scientifiques.

### §1 – LES DIFFÉRENTES APPROCHES

Si l'on admet que le droit est inhérent à toute forme de vie en société, deux voies s'offrent pour le découvrir, le rechercher dans ses modalités ou analyser son contenu.

#### A – Rechercher le droit dans ses modalités

On identifiera alors le droit à des normes ou à des procédures de règlement des conflits ou l'on combinera les deux, on étudiera les règles à travers le conflit.

#### 1° - L'approche normative

Correspond à la conception dominante du droit telle qu'elle est enseignée dans les pays de tradition civiliste : le droit consiste essentiellement en un certain nombre de normes explicites et écrites, contenues dans des textes le plus souvent rassemblés dans des codes.

Cette préférence pour les normes se traduit par un **certain point de vue quant à la nature de la violation de ces normes et des processus conflictuels**. Pour les normativistes, la vie sociale étant gouvernée par des règles, le comportement normal consiste à s'y conformer, et le conflit apparaît comme une conduite pathologique.

Ainsi RADCLIFFE-BROWNE et Roscoe POUND définissent le droit comme « *un type de contrôle social qui s'exerce par l'emploi systématique de la force dont dispose une société politiquement organisée* ». Et pour HOEBEL, « *une norme sociale est juridique si le fait de la négliger ou de l'enfreindre est régulièrement contrecarré, par la seule menace ou dans les faits, par l'application de la force physique par un individu ou un groupe jouissant du privilège socialement reconnu de pouvoir se comporter ainsi* ».

Ainsi beaucoup d'enquêtes ont été menées sur le terrain, selon ces principes et ont abouti à des listes de normes présentées suivant les classifications des systèmes civilistes ou de *Common law*.

**Inconvénients de cette analyse** : cette identification du droit à un corpus de règles abstraites et explicites, associées à un appareil de sanction basée sur la force répressive réduit singulièrement le champ du droit. Mis à part l'Occident peu de sociétés possèdent une conception normative du droit.

Cette doctrine a du mal à s'appliquer non seulement dans les sociétés acéphales, mais aussi dans certaines sociétés étatiques :

Exemple : En Chine où selon la doctrine confucianiste les préceptes moraux, la conciliation doivent être préférés aux règles abstraites des lois.

A Rome, durant toute la période républicaine, les lois sont fort peu nombreuses (800 *leges rogatae* des débuts de la République au Principat, dont 26 seulement concernant le droit privé). La fameuse loi des XII Tables, n'est pas un code au sens moderne du terme mais la mise par écrit d'un certain nombre de coutumes.

Même quand elles existent de manière explicite, les règles n'en sont pas pour autant automatiquement suivies, certaines sont caduques, certaines ne sont appliquées que de manière irrégulière.

L'analyse normative ne peut rendre compte que d'une partie des phénomènes juridiques et seulement dans certaines sociétés, celles qui connaissent une organisation politique centralisée et un appareil judiciaire clairement identifiable.

## 2° - L'approche processuelle

Cette approche surtout utilisée à propos de sociétés acéphales, où les conflits sont plutôt réglés par des voies non judiciaires, découle des conceptions du droit de Bronislaw MALINOWSKI (1884-1942)<sup>1</sup>

Selon Malinowski le droit doit être défini par sa fonction et non par les modalités de ses manifestations. Or, pour lui le droit assume avant tout une fonction de réciprocité : la force qui lie les individus et les groupes et permet la vie en société résulte de rapports réciproques d'obligations ; c'est la réciprocité de ces obligations qui assure la cohérence de la société et non pas une quelconque sanction. Le comportement d'un individu est plus modelé par les relations sociales que par les normes et les institutions.

### **On doit donc chercher le droit dans les comportements juridiques.**

Mais qu'est-ce qu'un comportement juridique ? pour la plupart des auteurs, c'est à l'occasion de sa contestation qu'on peut mieux saisir ce qu'est le droit effectivement vécu et observé par les individus. Le droit est plus explicité par des processus — les **modalités de règlement des conflits** — que par des normes.

Les auteurs explorent ainsi tous les aspects du conflit, l'histoire du conflit en cause, la nature des relations unissant les parties, la nature du règlement (assuré par les parties elles-mêmes, par l'intervention d'un médiateur, d'un arbitre ou d'un juge), la façon dont la décision est appliquée ou contournée, etc. l'analyse processuelle est fondée sur l'analyse de cas scrupuleusement collectés et décrits.

**Avantages :** Cette méthode se prête beaucoup mieux que la précédente à la comparaison interculturelle.

Elle conforte les tenants de l'universalité du droit.

Elle est plus adaptée à l'étude du changement.

Elle permet d'intégrer au vécu les représentations idéelles, car la décision rendue dans un litige a tendance à devenir un modèle pour la solution de cas semblables dans l'avenir

Mais cette méthode ne peut prétendre restituer le phénomène juridique dans sa totalité, car le droit n'est pas réductible aux seuls processus conflictuels. L'obéissance au droit constitue la forme la plus courante d'observation du droit : contrairement à ce que pensait Malinowski, l'homme n'a pas toujours conscience d'appliquer une stratégie pour défendre ses intérêts, il obéit à la règle parce que son expérience de la vie ou l'éducation la lui ont fait intérioriser, ou parce qu'il redoute une sanction, ou parce qu'il la trouve raisonnable...

### **L'homme peut vivre le droit en dehors du conflit.**

---

<sup>1</sup> *Les Argonautes du Pacifique occidental* 1922, *Crime and Custum un Savage Society* (1926).

### 3° - Approche synthétique

J.-L. COMAROFF et S. ROBERTS<sup>1</sup>, ont montré qu'il faut substituer à ce dualisme, une approche qui tiennent compte des deux orientations.

L'étude des normes n'est pas inutile : non seulement celle de leur contenu, mais surtout celle de la façon suivant laquelle les parties au litige les conçoivent et les négocient au cours du conflit, même postérieurement à la décision de règlement. Les règles ne sont pas seulement un cadre mais un enjeu.

On doit aussi étudier les raisons pour lesquelles celles-ci sont appliquées, négligées ou violées, et la séquence du conflit peut être un bon terrain d'observation

#### B - Analyse du contenu du « droit » trouvé

Quelle que soit la méthode choisie, examen des normes, étude des comportements juridiques, reconstitutions de principes juridiques implicitement contenus dans les décisions de règlement des conflits, on peut choisir entre deux voies pour analyser les résultats obtenus.

##### - Emploi ou rejet de critères ethnocentristes.

Certains auteurs (RADCLIFF-BROWN, G. VAN DEN STEENHOVEN, F. J. DAVIS) définissent le droit à partir de critères dérivés de la tradition occidentale, application systématique de la force et la sanction coercitive.

D'autres auteurs (BOHANNAN) s'attachent à saisir le droit à partir des catégories juridiques autochtones.

- Le second type consiste à *formuler des théories universelles du droit*, déduites de l'observation de sociétés très diverses

De ces différentes études résultent diverses définitions du droit

#### §2 - QUELQUES DEFINITIONS ANTHROPOLOGIQUES DU DROIT

Parmi les définitions du droit fournies par les anthropologues, on peut citer celle de Bohannan qui s'attache à saisir le droit à partir des catégories juridiques autochtones (A), les efforts de ceux qui ont tenté de trouver des théories générales du droit (B) et de ceux qui insistent plus sur la juridicisation (C).

#### A - La théorie de la double institutionnalisation de P. J. Bohannan

Bohannan considère le droit comme une institution de contrôle social parmi d'autres. Sa démarche consiste d'abord, à distinguer le droit des autres règles de contrôle social, puis à montrer comment une institution devient juridique.

#### 1° - La distinction du droit et des autres institutions

Pour P. Bohannan il existe deux sortes d'institutions, les institutions sociales et les institutions juridiques.

- Une *institution sociale* : groupe d'individus organisés en vue de l'accomplissement d'un but, correspondant à un système de valeurs, qui disposent des moyens de parvenir à le réaliser et dont l'activité se traduit par des comportements et des faits plus ou moins prévisibles.

---

<sup>1</sup> *Rules and Processes*, 1981, étude de la société Tswana.

- Une *institution juridique* consiste dans l'ensemble des moyens dont disposent les membres d'une société pour régler les conflits et s'opposer aux abus découlant de l'utilisation des règles édictées par les autres institutions sociales.

Toute société possède à la fois des institutions sociales et des institutions juridiques.

## 2° - Passage de l'institution sociale à l'institution juridique

Pour Bohannan, le passage de l'institution sociale à l'institution juridique s'opère par le mécanisme de la *double institutionnalisation*

Toute institution (sociale ou juridique) génère des coutumes, c'est-à-dire des règles de comportements qui doivent être respectées pour le bon fonctionnement des institutions. Les coutumes purement sociales sont fondées sur la réciprocité, celles qui deviennent juridiques sur la *réinstitutionnalisation*. *Il y a passage du social au juridique dans la mesure où certaines coutumes sont choisies parmi d'autres par les institutions juridiques pour fournir les critères de décision permettant de résoudre les conflits qui portent atteinte au bon fonctionnement des autres institutions sociales*<sup>1</sup>.

**Intérêt** : cette théorie fournit un moyen de rendre compte de la variabilité du champ du droit dans toute société.

**Critique** : elle présente le défaut des analyses de type processuel :

- D'une part, le droit ne se réduit pas au règlement des conflits
- D'autre part, le passage du social au juridique est sans doute plus complexe. Le jugement est un acte qui ne se borne pas à « réinstitutionnaliser » certaines coutumes. L'activité du juge qui dispose d'un pouvoir d'interprétation pouvant aller jusqu'à l'innovation, peut transformer ces coutumes en les juridicisant.

## B - Des théories générales du droit

On peut en citer deux, celle de Raymond Verdier et celle de Léopold Pospisil

### 1° - La théorie de R. Verdier sur le droit et l'échange

Pour R. Verdier, le droit consiste dans « ... un système de *communication et d'échange de valeurs instaurant des relations symboliques entre les membres (individus et groupes) d'une même unité politique ou de différentes unités appartenant à un groupement politique plus vaste.* » Il applique sa théorie à deux domaines : le contrat et le statut, la vengeance et la peine.

#### a – Application au couple contrat/statut

**Statut et contrat** : réalisent tous les deux un échange mais dans des cadres différents :

- Le **contrat** crée des liens entre des individus ou des groupes où la créance de l'un correspond à la dette de l'autre.
- Le **statut** caractérise la situation d'un individu que le groupe auquel il appartient a investi d'un ensemble de devoirs et d'obligations réciproques coexistant dans sa seule personne.

Le contrat ne succède pas nécessairement au statut, ces deux types de relations coexistent dans une société, mais chaque société choisit d'accentuer plutôt l'une que l'autre, selon que l'individu est conçu comme un sujet individuel disposant d'un pouvoir propre (prédominance

---

<sup>1</sup> Exemple : réception en France du droit canonique par sa prise en compte dans les ordonnances royales.

des relations contractuelles) ou comme un membre d'un ou plusieurs groupes (prédominance des relations statutaires, qui existent aussi dans nos sociétés : statut des fonctionnaires par ex.

Statut et contrat sont des types d'échanges pacifiques, c'est moins le cas pour la vengeance et la peine.

### ***b – Application au couple vengeance/peine***

**Vengeance et peine** sont des relations plus marquées d'hostilité, mais on peut établir une corrélation entre ces deux types d'échange.

*La vengeance est liée au statut* : elle consiste dans la réaction solidaire d'un groupe au dommage qui a été causé à un des siens par le membre d'un autre groupe, elle correspond à une obligation de restitution de l'offense.

*La peine correspond au contrat*, dans la mesure où le châtement atteint plus l'individu que le groupe auquel il appartient, et manifeste la volonté de la société *toute entière* de se désolidariser de lui.

Vengeance et peine ne correspondent pas à deux types chronologiquement successifs de règlement des conflits. Toute société connaît des tendances simultanées au recours à la peine ou à la vengeance, mais elle choisit entre les deux suivant le type de représentation qu'elle se fait de l'individu.

**Intérêts** : cette approche permet de mieux comprendre pourquoi la sanction a toujours été retenue comme un critère du droit ; en réalité ce qui importe est moins la sanction que ce qu'elle sanctionne. **Selon cette théorie l'objet du droit, identifié à certains mécanismes d'échange, concerne les liens fondamentaux qui structurent les relations entre les individus et entre les groupes.**

Cette analyse s'inscrit en faux contre l'évolutionnisme très présent dans les théories classiques du droit et nous confirme que si sociétés modernes et traditionnelles diffèrent, c'est moins dans l'identité des éléments de leurs systèmes sociaux et juridiques que dans la façon dont elles les combinent.

## **2° - Les critères universels du droit : la théorie de L. Pospíšil**

Léopold Pospíšil est l'auteur d'une théorie qui se veut opérationnelle, objective et donc scientifique<sup>1</sup>.

Il entend définir le droit, phénomène universel, selon plusieurs critères qui le caractériseraient dans toute société, ces critères sont au nombre de quatre, l'autorité, l'intention d'application universelle, l'obligatio et la sanction.

### ***a – L'autorité***

*« J'ai – dit-il – appliqué le terme « droit » (ius, Recht) aux principes qui gouvernent les décisions émanant des autorités (leaders) dans les groupes et qui sont réellement en vigueur. »*

Vivre dans un groupe est une nécessité biologique, mais un groupe social n'est pas une réunion amorphe d'individus de la même espèce. Il est toujours structuré. Les individus qui le composent ne sont jamais complètement égaux entre eux. Les opinions de ceux qui dominent les interactions dans la société sont manifestement plus importantes que celles de ceux qui ne le font pas.

---

<sup>1</sup> POSPISIL L. J., Le Droit comme concept opérationnel fondé empiriquement, *Droit et Cultures*, 13 (1987), pp. 5-23.

Selon Pospisil, les résultats disponibles de la recherche sérieuse (en matière ethnologique, sociologique, socio-psychologique et primatologique), mettent en évidence l'universalité de l'autorité dirigeante dans les groupes humains. Commandement et autorité signifient élaborer des décisions et éliminer des conflits, l'aspect du droit comme principes contenus dans les décisions des autorités est universel dans les sociétés humaines.

**La présence d'une autorité qui prend les décisions devient dès lors un critère du droit.**

### **b - Intention d'application universelle**

Ce ne sont pas toutes les décisions émanant d'une autorité qui présentent un caractère juridique.

Les conducteurs de troupe, les chefs tribaux, les juges, peuvent émettre des opinions morales qui ne lient pas en droit, des idées tenant à des préférences purement personnelles, ou des décisions politiques. Il faut distinguer les décisions dites juridiques de celles qui ne le sont pas.

Le deuxième critère du droit permet de distinguer décision juridique et décision politique.

La différence entre le droit et la politique réside dans le fait qu'une décision juridique est toujours fondée sur un principe général sous-jacent qui a été appliqué à des cas similaires dans le passé, tandis que les décisions politiques sont prises *ad hoc*.

**En prenant une décision juridique, l'autorité habilitée à le faire veut que cette décision soit appliquée dans tous les cas similaires ou identiques dans l'avenir.**

C'est ce que Pospisil appelle «*intention d'application universelle* ». Cette intention se manifeste sous la forme d'une référence à un précédent, à une règle explicite, à un acte législatif, ou bien elle est expressément formulée par l'autorité qui prend la décision.

### **c – Obligatio**

Pospisil désigne sous par le nom latin *obligatio*, la structure d'une décision juridique. Une décision juridique **définit les droits de la partie qui en bénéficie et le devoir de la partie débitrice**. Elle précise la relation sociale des deux plaideurs telle que celle-ci était supposée exister quand le droit a été violé en même temps qu'elle qualifie la faute qui a déséquilibré cette relation. Dans toute décision juridique, il faut que soit exposé aussi bien le droit que le devoir de chacune des parties au procès, à ne pas confondre avec la sanction<sup>1</sup>. **L'obligatio c'est la situation telle que l'autorité la conçoit.**

**L'obligatio différencie le droit de la religion** : l'obligatio suppose une relation entre deux individus vivants. Les obligations envers le surnaturel ou les morts, dont les intérêts ne sont pas représentés par des personnes vivantes (prêtres ou shamans) n'entrent pas dans le domaine du droit

### **d – La sanction**

La sanction est le dernier des attributs du droit, il n'est pas nécessaire qu'elle soit de nature physique. Les sanctions non physiques, telles que les sanctions économiques (amendes, paiement de dommages-intérêts, restitution), psychologiques (le ridicule, la réprimande, l'ostracisme organisé) et socio-politique (excommunication, abandon, dégradation, retrait de

---

<sup>1</sup> La déclaration «vous avez empiété sur la propriété de votre voisin ce que vous n'aviez pas le droit de faire. Vous avez donc causé un dommage dont votre voisin est fondé à réclamer l'indemnisation » est une *obligatio*, tandis que «en conséquence vous paierez à votre voisin 300 dollars à titre de dommages-intérêts » est une sanction.

titres ou de privilèges) sont d'une importance considérable dans beaucoup de sociétés et souvent plus efficaces que le châtement physique.

Nous pouvons définir la sanction juridique, dit Pospisil, comme une mesure négative de retrait de récompense ou de faveurs qui auraient pu être obtenues si le droit n'avait pas été violé, ou comme une action positive consistant à infliger l'expérience d'une situation physiquement ou psychologiquement pénible

La sanction a aussi la fonction d'un critère, elle **sépare le droit d'une catégorie de phénomènes sociaux que l'on peu appeler moraux.**

Pour cet auteur, il existe dans toute société deux types de droit.

- Un **droit autoritaire** : il n'est pas intériorisé par la majorité des membres du groupe, mais appliqué par une minorité qui se trouve en position de force. La majorité obéit par crainte de la sanction (cas des normes édictées par des régimes dictatoriaux).
- Un **droit coutumier** : toute coutume n'est pas du droit car la coutume pour devenir droit coutumier, doit être reprise par une autorité juridique. Quand ce processus se déroule, l'obéissance au droit coutumier est intériorisée et provient moins de pressions externes (sanction étatique) que de pressions internes. Indispensable à la qualification juridique, l'intervention de l'autorité ne fait que confirmer l'opinion de la majorité du groupe (si l'on emploie la terminologie de L. Pospisil, la loi légalisant l'interruption de grossesse est du droit coutumier).

Ces deux catégories de droit ne sont nullement étanches, et le changement juridique s'explique en grande partie par le transfert de qualification d'une norme ou d'un comportement d'une catégorie à l'autre.

**Intérêt** : cette théorie présente l'avantage de nous fournir un cadre précis qui se veut applicable à toutes les sociétés.

**Critique** : certains contestent qu'il le soit réellement : l'observation ethnographique montre que parfois, un des quatre critères définis par Pospisil fait défaut. Il faut alors admettre que soit, une société peut ne pas avoir de droit, ce qu'il conteste, soit que sa théorie n'est pas universellement applicable, ce qu'il conteste également.

## C - Les théories élaborées dans le cadre du LAJP

Partant d'une démarche méthodologique qui permet d'englober tous les aspects du phénomène juridique, le professeur Michel ALLIOT, fondateur du LAJP (Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris, Paris I) a donné une définition du droit susceptible de s'appliquer à toutes les sociétés, à sa suite, le professeur Étienne LE ROY tente d'affiner l'étude et de dégager les critères de la juridicité.

### 1° - La démarche méthodologique d'observation des phénomènes juridiques

Selon l'équipe du LAJP, le droit, dans n'importe quelle société ne peut être saisi en étudiant uniquement les règles ou les modes de régler des conflits, ou ce qu'en disent les intéressés. Pour saisir la réalité du droit dans une société donnée il faut se situer à trois niveaux différents, il faut analyser, les discours, les pratiques et les représentations.

#### a – Les discours

Par *discours*, on entend les énoncés explicites, écrits ou oraux : les lois, les codes, les coutumes, les allocutions, les adages, etc. Trop souvent, le juriste occidental se borne à l'analyse de ces discours et de préférence, ceux qui sont écrits (tout en sachant consciemment ou inconsciemment qu'ils ne reflètent pas la réalité du droit positif).

#### b – Les pratiques

Les pratiques ce sont les actes posés par les individus et les groupes. Si ce niveau est essentiel à la compréhension des droits dans les sociétés traditionnelles où le droit est largement réaliste, le droit de chacun découlant moins de règles explicites que d'actes qui lui

fournissent sa dénomination (ex : défricheur a un droit de hache), il est également essentiel à la connaissance du droit dans les sociétés dites « modernes », la pratique des acteurs ayant tendance parfois à modifier l'application, la portée d'une règle explicite de droit.

### **c – Les représentations**

Ce sont les croyances et constructions symboliques : elles donnent leur sens aux actes et aux discours auxquels les associent ceux qui les accomplissent ou les prononcent, ainsi qu'aux entreprises de ceux qui les invoquent ou les critiquent. Ces représentations sont en générales plurielles, car la maîtrise du droit est l'enjeu dont cherchent à s'emparer certains groupes sociaux, ce qui explique qu'à l'intérieur d'une même société le droit, dans tel ou tel secteur (ex. la propriété) pourra être considérée comme juste ou injuste.

## **2° - La définition du droit de M. ALLIOT et ses implications**

Michel Alliot : « *le droit est mise en forme des luttes et consensus sur le résultat des luttes dans les domaines que la société tient pour vitaux.* »

Le **droit est** moins un type particulier de relations sociales qu'une **qualification spécifique que chaque société choisit de donner à certaines relations sociales**, et qui détermine la variabilité du juridique. Mais si toute société manie à sa guise les processus de juridicisation, ceux-ci sont cependant fondés sur un impératif qui leur est commun : assurer la régulation de ce qu'elles considèrent comme essentiel à leur perpétuation.

Cela implique que :

### **a - le droit ne se réduit pas à la formulation qu'en on fait les sociétés occidentales :**

Par nature le droit n'est lié ni à l'existence de l'État, ni à la définition de règles explicites ni à la reconnaissance de sa « rationalité ».

- Certaines sociétés trouvent leur cohérence dans le principe même de leur structuration qui rend chaque élément indispensable aux autres.

Dans ce cas l'individu sera conçu d'abord par référence aux groupes auxquels il appartient, la compétition entre les groupes est limitée, le champ du droit y est restreint et sa formulation vise plutôt à une recherche au cas par cas de l'équité qu'à la prescription de règles générales et permanentes.

- D'autres sociétés préfèrent s'en remettre à une autorité extérieure qui impose cette cohérence : l'État ou un Dieu, et dans ce cas l'individu est envisagé en tant que membre isolé, le champ du droit est étendu et il vise à la formulation de règles explicites générales et abstraites.

### **b – Le champ du juridique est caractérisé par une très grande variabilité**

En règle générale quand une société valorise les facteurs économiques (surdétermine les liens entre l'homme et les choses) les rapports humains sont réifiés et le droit étend son empire. À l'inverse, les références à l'équité, la bonne foi, la conciliation, sont plus fréquentes dans les sociétés qui valorisent les liens entre les hommes plus que les liens avec les choses.

La variabilité du droit repose sur des logiques fondatrices différentes :

- *logiques globalisantes* des sociétés acéphales qui repoussent la division sociale,
- *les logiques plurales* des sociétés complémentaristes qui tolèrent ou reconnaissent la décision sociale,



- *des logiques de tendances totalitaires* des sociétés unitaires fondées sur une division sociale poussée (bien que niée) et sur l'existence de l'État que le caractère antagoniste des divisions sociales rend nécessaire

Donc il faut rechercher quels sont ces enjeux qu'une société tient pour vitaux et donc qu'elle juridicise. C'est ce que tente de faire Étienne Le Roy.

### 3° - Étienne Le Roy et la juridicité

Étienne Le Roy part du postulat que « *le droit est plus petit que les relations entre les hommes* ». Si tous les faits juridiques sont des faits sociaux, tous les faits sociaux ne sont pas juridiques, par contre un fait social devenu juridique reste toujours aussi un fait social. En devenant juridiques, les faits sociaux ajoutent le caractère juridique à leur nature sociale, mais ils ne changent pas de nature. Les faits juridiques, sont des faits sociaux mais ils ont quelque chose en plus qui les rend juridique.

Les faits sociaux deviennent « du droit » sous le bénéfice d'un facteur de juridicisation que Le doyen Carbonnier a étudié sous l'appellation « critère de juridicité ». Pour cet auteur, le signe diacritique de la juridicité est la neutralité de la règle juridique, mais cette neutralité ne se trouve pas dans tous les droits, aussi Étienne Le Roy lui en préfère un autre.

Pour Etienne Le Roy le meilleur critère de juridicité est celui de la reproduction de la vie en société, il cite Pierre Legendre selon lequel le droit est « *l'art dogmatique de nouer le social, le biologique et l'inconscient pour assurer la reproduction de l'humanité.* »

Il y a trois grand registre vitaux pour la société et relevant à ce titre de la juridicité : la reproduction biologique (la vie transmise ou retirée), la reproduction idéologique (la vie dans son contexte de savoir, de mémoire et de savoir-faire) et la reproduction écologique (la vie dans son environnement matériel en relation avec les autres êtres vivants). Vaste programme qui ne nous permet pas de déterminer ce qui est droit et ce qui est simplement social.

Étienne Le Roy montre que la juridicité a une signification différente pour les juristes, les sociologues et les anthropologues, mais que le droit est susceptibles de différents montages.

#### a - La juridicité : attribut, critère, propriété

Étienne Le Roy<sup>1</sup> définit la juridicité comme la « *ligne de partage entre le droit et le social non juridique [...] le caractère hypothétique par lequel les règles de droit peuvent être mises à part de l'ensemble des règles de conduite sociale* ».

Plusieurs approches permettent de distinguer le droit d'autres règles de comportement social ou du social en général :

- Les *juristes positivistes* s'attachent à rechercher les *attributs* (ce qui appartient particulièrement au droit au sein des phénomènes de régulation) du droit,
- la *sociologie juridique* utilise la juridicité en tant que *critère* (ce qui permet de distinguer le droit du social),
- l'*analyse systémique* considère que « la juridicité est 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 ».

Étienne Le Roy pense que l'on peut conjuguer les trois points de vue, mais il ne nous donne pas vraiment de solution, qu'est-ce qui fait qu'un fait social est en même temps

<sup>1</sup> LE ROY, Étienne, *Le jeu des lois. Une anthropologie « dynamique » du Droit*, Paris, LGDJ, 1999, 415 p., Série anthropologique, n° 28.

juridique ? le fait qu'il consacre des armistices sociaux sur ce que la société considère comme vital ? ceci on ne peut l'apprécier que si on a déjà qualifié le fait en question comme un fait juridique. On est devant un cercle vicieux.

Néanmoins, les analyses d'Étienne Le Roy ne nous laissent pas dans une impasse, car s'il ne nous éclaire pas totalement sur le critère de juridicité, il nous apporte une explication intéressante des variabilités des systèmes juridiques ainsi qu'un outil d'analyse précieux avec ses trois fondements du droit ou de la juridicité

### ***b - Les trois fondements du droit***

Selon ELR le droit est tripode, il repose sur trois pieds :

- NGI = Normes Générales et Impersonnelles (« tu ne tueras point », « les conventions légalement formées ... » dans le C. Civ. « *mak mom* » l'aîné possède, principe de séniorité en Droit wolof) : « macro-normes ».
- MCC = Modèles de Conduites et de Comportement (références au bon père de famille, intérêt de l'enfant, modèle du bon chef, de la bonne épouse, du mandarin « père et mère de la nation ») : « meso-normes »).
- SDD = Systèmes de Dispositions durables liées à l'endoculturation (valorisant l'autodiscipline dans la philosophie confucéenne, le respect des aînées et du droit d'aînesse en Afrique, la soumission de la femme un peu partout, la protection de la propriété dans les pays capitalistes etc.) : « micro-normes ».

Les fondements de la juridicité varient avec les cultures, les traditions juridiques et il propose quelques exemples dans un tableau :

*Variabilité des montages de la juridicité*

<b>Traditions juridiques</b>	<b>Fondement privilégié</b>	<b>Fondement de 2<sup>e</sup> ordre</b>	<b>Fondement de 3<sup>e</sup> ordre</b>
Occidentale/chrétienne	NGI	MCC	SDD
Africaine/animiste	MCC	SDD	NGI
Asiatique/confucéenne	SDD	MCC	NGI
Arabe/musulmane	NGI	SDD	MCC

Ces théories de l'équipe du LAJP **rendent bien compte des causes de la variabilité juridique** et de la nature du processus de juridicisation.

Mais leur orientation culturaliste les conduit à plus insister sur ce qui fait la diversité des sociétés que leur unité.

Toutes ces théories ont l'avantage sur les explications classiques du droit de posséder un degré élevé de scientificité car elles ont basées sur l'observation d'une gamme étendue de sociétés qui inclut mais ne privilégie pas les nôtres.

Malgré tout, il semble bien que Norbert Rouland et le doyen Vedel n'aient pas tort. On ne peut que penser le droit, mais si nous ne savons pas ce qu'est le droit nous savons bien ce que serait une société sans droit.