

HAMZA Gábor

DOI: 10.15170/DIKE.2023.07.02.05

Prof. Dr. iur. DDr. h. c.

Member ordinaire de l'Académie des Sciences Hongroise

ELTE ÁJK*

Sir Henry Sumner Maine et les systèmes juridiques traditionnels¹

Sir Henry Sumner Maine and the Traditional Legal Systems

The birth of comparative law in England is strongly linked with the Ancient Law, its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas, of Sir Henry Sumner Maine published in 1861. Maine is the first in England to be endowed 'ad personam' with the Chair of Comparative Law in Oxford in order to teach legal history and comparative (foreign) law. It is undoubtedly the Roman law that stood in the focus of interest of Sir Henry Sumner Maine serving as basis to carry out comparative legal studies. That approach is in particular manifested in Ancient Law as Maine attributes significance to the various institutions of Roman law. The author draws in particular a comparison between Maine and Bachofen as far as their approach relating to the basis of foreign law related research is concerned. The role that Roman law (ius Romanum), i.e. Civil law (ius civile), played in the development of English law during the centuries is also underlined in this paper, and in its last part, the author emphasizes the contemporary significance of Ancient Law and traditional legal systems for the foreign law related research on the basis of the works of Maine.

Keywords: comparative law, Sir Henry Sumner Maine, Ancient Law, Civil Law, Johann Jacob Bachofen, English Law, Testamentum Novum, Testamentum Vetus, traditional legal system

1. La naissance du droit comparé en Angleterre

Il est important du point de vue de l'analyse comparée que Maine prête déjà une attention particulière² vers l'Antiquité gréco-romaine au début de sa carrière. A Cambridge il est membre du groupe des « Apôtres » (*Apostles*) dont les membres « s'intéressent à tout, examinent tout et confèrent positivement de tout ». Maine devient en 1847, donc très jeune, à l'âge de 25 ans le « *Regius professor* » du Civil Law à Cambridge. Pendant sept ans il est le titulaire de cette Chaire. Il prend le *Middle Temple Readership* en 1854 de George Long³ passant pour le successeur de Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) comme on le sait.

* ORCID ID: 0000-0002-6963-1201.

¹ L'étude a été réalisée dans le cadre d'un projet de recherche OTKA (2021–2025) sous le numéro K138899.

² Cf. STEIN, Legal Evolution 86 et ss.

³ Pour l'appréciation synthétique de l'activité scientifique de George Long cf. STEIN, Legal Evolution 79–82. V. MAINE, Dissertations on Early Law and Customs 192 et ss.

Maine est en Inde entre 1862 et 1869 où il accomplit son service en qualité de juriste au Conseil du Governor General. Il donne régulièrement des cours à l'Université de Calcutta. Du retour en Angleterre il devient le professeur de l'Université d'Oxford en tant que conférencier de la théorie de l'État et du droit. Peu après son retour il devient en 1871 membre du conseil du secrétaire d'État des affaires indiennes. En 1878 il quitte la chaire d'Oxford parce qu'il devient Master du Trinity Hall de Cambridge. A partir de ce temps-là il enseigne à Cambridge jusqu'à la fin de sa vie. Un an avant sa mort il commence ses cours de droit international comme le professeur de cette discipline. L'application de la méthode dite historique suivie, dans l'*Ancient Law* caractérise les recherches de *Maine* après 1861 aussi. En 1875 il publie dans un volume à part la série de ses cours donnés à Oxford sous le titre *Lectures on the Early History of Institutions* où il analyse essentiellement les institutions de l'ancien droit irlandais (*Brehon Law*). *Maine* a pour but déclaré dans son oeuvre d'utiliser et de perfectionner les schémas figurant dans l'*Ancient Law*. Le perfectionnement signifie maintes fois une réappréciation. A propos de la réappréciation nous avons indiqué que *Maine* attribue une moindre importance au modèle de famille patriarcale après la parution de l'*Ancient Law*. La famille patriarcale cadre traditionnel pour l'analyse de la société primitive (« *primitive society* ») dans l'*Ancient Law* ne revêt plus le caractère de modèle dans son oeuvre publiée en 1883 sous le titre des *Dissertations on Early Law and Custom*.

Maine suit la méthode dite historique dans ses oeuvres destinées aux droits primitifs. L'« *Historical Method* » lui fait autorité lors de l'analyse des institutions politiques de l'époque moderne aussi. C'est en 1885 que paraît son oeuvre le *Popular Government* comprenant encore quatre études. Le volume d'études destiné à la démocratie – dont le synonyme est *Popular Government* – est dominé à l'unanimité par la méthode historique. En examinant par exemple la constitution des Etats-Unis d'Amérique l'auteur souligne les conditions historiques spéciales sans lesquelles elle ne serait pas née. Du point de vue de l'appréciation juste de l'oeuvre scientifique de *Maine* il est important de mettre en relief l'importance du droit romain. Dans son étude *Roman Law and Legal Education*⁴ publiée en 1856, il parle avec l'enthousiasme du droit romain et en particulier de la science juridique (*iurisprudentia*) romaine.⁵

Son intérêt immédiat pour le droit romain explique la raison pour laquelle *Maine* se consacre à l'étude des institutions les plus connues dans ce droit forme dans son *Ancient Law* publié en 1861. En ce qui concerne cet ouvrage fondée sur ses cours, il est très important d'indiquer le titre complet: *Ancient Law, its Connections with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*. Dans cette oeuvre l'auteur essaie de suivre de près le développement de certaines idées juridiques et certaines institutions juridiques à partir de leur origine jusqu'à leur forme développée à l'époque moderne.

⁴ Cette étude est parue dans un tome de collection. (Cambridge. Essays. London 1856, 1–29. L'auteur publie dans une forme invariable cette étude dans son oeuvre intitulée *Village Communities in East and West*.) London 1871, 330–383.

⁵ Il vaut la peine de citer en original la « *laudatio* » du droit romain de la conclusion de l'étude « *We are driven to admit that the Roman jurisprudence may all that its least cautious encomiasts have ventured to pronounce it, and that the language of conventional panegyric may even fall short of the unvarnished truth* ». En ce qui concerne l'importance du droit romain dans l'oeuvre de *Maine* cf. HAMZA, *Comparative Law and Antiquity* 64 et s.

Pour *Maine* le droit romain à une importance paradigmatique qui dépasse largement le poids des droits celtique, indien, ou du droit germanique.

L'auteur de l'*Ancient Law* sait que pour certains droits (systèmes juridiques) une certaine ressemblance – ou précisément une certaine identité – n'est pas rare entre les différentes institutions juridiques et les différentes constructions juridiques dont la base est l'emprunt conscient ou éventuellement le développement parallèle. Ce phénomène peut être bien observé⁶ dans le cas de plusieurs constructions et de plusieurs institutions du droit romain. L'assimilation des institutions juridiques⁷ – en premier lieu il s'agit des droits helléniques – non étrangères, non lointaines du « *droit primitif* » des citoyens romains (*ius Quiritium*) appartient à notre avis à la sphère de la « *mission providentielle* » de Rome. D'une manière diamétralement opposée à *Johann Jakob Bachofen* (1815–1887) qui publie également en 1861 son *Mutterrecht*, *Maine* étudie et examine le droit romain dans son évolution, et de cette façon il ne se borne pas exclusivement à l'analyse du droit romain archaïque.⁸ Evidemment il ne faut pas ignorer dans la sphère de l'analyse du rapport entre *Maine* et le droit romain le rôle que le droit romain joue en Angleterre. Alors qu'en Allemagne pour les représentants de l'Ecole Historique la tradition du droit romain est dans le rapport le plus étroit avec le droit moderne, pour *Maine* cette actualité ne se présente nullement dans cette mesure.⁹ Le juriste anglais n'est pas objectivement en mesure d'attribuer comme par exemple Savigny une telle importance aux traditions du droit romain. Néanmoins le fait que Savigny exerce incontestablement une grande influence¹⁰ sur *Maine* n'est pas en contradiction avec cela. Cependant ce serait une erreur grave d'ignorer certains signes – accompagnés généralement avec une attention inopportune – de la survie en Angleterre du droit romain ou plus précisément de la tradition du droit romain.¹¹

⁶ Y renvoient à plusieurs reprises les jurisconsultes romains – ainsi par exemple *Callistratus*, *Gaius*, *Marcianus*. En outre on peut souvent trouver chez Cicéron des indications concernant des institutions d'origine étrangère, c'est-à-dire non romaine. Cf. HAMZA, Comparative Law and Antiquity 24–32.

⁷ Une autre question est évidemment que dans certains cas la ressemblance ou directement l'identité de certains phénomènes et de certaines constructions juridiques éventuellement étatiques ne suppose pas l'assimilation. Nous pensons par exemple au procès de liberté à Rome, au rachat du citoyen romain capturé à l'ennemi (*redemptus ab hostibus*) et aux *comitia calata* qui sont connus au droit de Crète aussi. Pour le rapport du « *nationalisme* » et de « *l'internationalisme* » se présentant dans le domaine du droit cf. GUTZWILLER, Nationalismus und Internationalismus im Recht 1–18.

⁸ *Johann Jakob Bachofen* (1815–1887) est le collègue de *Jacob* et de *Friedrich Nietzsche* à l'Université de Bâle. *Bachofen* identifie le droit romain en dernière analyse avec le droit romain archaïque. Ainsi sa conception s'oppose nettement à la pensée formulée dans l'œuvre de *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1861) publiée en 1814 sous le titre *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. À l'avis de *Savigny* les recherches destinées à inventorier le droit romain archaïque n'ont que des importances fortement secondaires. Il s'ensuit nécessairement de la conception de *Bachofen* que l'auteur suisse n'attribue pas d'importance particulière du point de vue du droit comparé. ENGEL – JANOSI, The Intellectual Background of Savigny 55 et s.

⁹ Dans la littérature *Pugliese* indique dans quelle mesure les représentants les plus distingués de la pandectistique s'appuyent sur les notions du droit romain en créant le droit moderne. PUGLIESE, I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto 89–101.

¹⁰ Nous indiquons ici que l'influence de Savigny se présente avec un poids sérieux aux Etats-Unis d'Amérique aussi. Ainsi par exemple Savigny influence considérablement les pensées juridiques de *Christian Roselius*, contemporain de *Maine*. Cf. FRANKLIN, The Influence of Savigny and Gans on the Development of the Legal and Constitutional Theory of Christian Roselius 140 et ss.

¹¹ V. WATSON, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law 36 et s. et 45.

2. Le rôle du droit romain (ius Romanum) dans le développement du droit anglais

La tradition du droit romain joue un rôle différent en Angleterre et en Ecosse. La cause de cette différence remonte à plusieurs siècles. Sans entreprendre de passer en revue les grandes lignes de cette différence nous indiquons les particularités de l'oeuvre juridique écossaise intitulée *Regiam Majestatem* parue le plus tôt probablement au XIV^{ème} siècle. L'auteur inconnu de *Regiam Majestatem* emprunte presque les deux tiers de l'oeuvre de *Glanvil* intitulée *Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae* vers 1187–1189.¹² On peut considérer comme certains que l'auteur de l'oeuvre née en Ecosse s'appuie plusieurs fois directement sur les Institutes de Justinien.¹³ Cette conclusion peut être tirée d'une part du titre « *Tractatus* », et d'autre part de l'articulation structurale et de la méthode. La base de cette différence est que l'évolution anglaise et l'évolution écossaise suivent déjà des voies différentes au XIII^{ème} siècle. On connaît déjà à ce siècle de nombreuses formes de procès (*actiones*, *writs*) en Angleterre dont la sphère d'application est étroite. En revanche on ne connaît que peu de *actiones* en Ecosse où en revanche le domaine de leur application est passablement large.

L'oeuvre de *Bracton* (*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*), rédigée autour de 1250, considérée également comme *book of authority*¹⁴ reflète déjà unanimement cette spécificité de l'évolution du droit anglais. Il n'est donc pas fortuit que l'auteur écossais (*Glanvil*) emprunte à une de ses oeuvres écrites beaucoup plus tôt.¹⁵ En Ecosse on assiste à la réception du droit romain qui est un droit appliqué dans la pratique vivante sous la forme du *Civil Law* jusqu'à nos jours.¹⁶ Que la tradition de droit romain ait également des signes dans le domaine de la procédure pénale¹⁷ caractérise aussi la mesure de l'influence et de l'actualité du droit romain réceptionné. Néanmoins *Henry de Bracton* se fonde sur les *writs* formés dans la pratique des cours royales. L'ouvrage *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* contient en grande partie le droit romain des glossateurs aussi. Il est vrai que son explication est due au fait que l'oeuvre de *Bracton* est une oeuvre destinée aux juristes étrangers – en premier lieu aux juristes de France – éduqués dans le droit romain présentant de façon fortement apologétique les traits spéciaux du droit anglais. Le détachement complet du système des notions et des constructions du droit romain aurait eu pour résultat que le *tractatus* aurait été incompréhensible aux juristes autres qu'anglais éduqués dans les doctrines des glossateurs s'appuyant sur le droit romain et ainsi l'ouvrage n'aurait pas pu atteindre son but.¹⁸

Dans son oeuvre publiée en 1648 *De Usu et Autoritate Iuris Civilis Romanorum in Dominiis Principum Christianorum Libri duo* constituant peut-être le document le plus remarquable de l'intérêt

¹² V. DAVID – JAUFFRET-SPINOZI, Les grands systèmes de droit contemporains 232.

¹³ V. STEIN, Roman Law in Scotland 15 et s.

¹⁴ Sur la notion du book of authority cf. FÖLDI – HAMZA, A római jog története és institúciói 119.

¹⁵ V. STEIN, Roman Law in Scotland 21 et ss.

¹⁶ Pendant la première moitié du XIX^{ème} siècle on peut observer en Ecosse une sorte de tentative de rompre avec le système du droit romain dont le signe est l'oeuvre de *George Joseph Bell* publiée pour la première fois en 1829 sous le titre *Principles of the Law of Scotland*. V. WATSON, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law 38 et s.

¹⁷ À cet égard v. de la littérature STEIN, Legal Institutions: The Development of Dispute Settlement 29 et s.

¹⁸ V. STEIN, Legal Evolution 81.

pour droit romain en Angleterre, *Arthur Duck* décrit le développement historique du droit romain en s'occupant de ses actualités.¹⁹

L'auteur anglais souligne que la cause de la diffusion du droit romain ne doit pas être recherchée pour autant dans son acceptation officielle mais beaucoup plus pour l'importance de son rôle dans la formation des juristes. Dans l'oeuvre de *Duck* nous trouvons très importantes les parties traitant les cas de la prépondérance du droit romain en Angleterre. L'influence du droit romain ne se borne pas uniquement à la science juridique cultivées aux universités d'Oxford et de Cambridge. Le droit romain joue son rôle en Angleterre dans la pratique des différentes cours aussi. La *Court of Chancery* appartient à la sphère des tribunaux où l'on juge sur la base du *ius bonum et aequum*²⁰ représentant le droit romain. Le droit romain devient aussi important dans la sphère des affaires concernant l'armée relevant de la compétence des cours spéciaux – ainsi le jugement exercé par les *Conestabiles* et les *Marescalli Angliae*. La situation est la même dans les affaires relatives aux pays étrangers ou dans celles de nature héraldique. Ces derniers cas ont pour condition que le *ius civile* (qui signifie le droit romain) doit être le droit en vigueur (*lex regni*, ou *lex terrae*). Le droit romain joue son rôle même dans la pratique judiciaire de la *Court of Admiralty* aussi, à condition que le contentieux soit lié au commerce et surtout au commerce maritime.²¹ Enfin le droit romain développe ses effets dans la pratique des cours ecclésiastiques et des cours d'université. L'opinion est trop sommaire – et ainsi nécessairement unilatérale – qui n'attribue aucun rôle au droit romain dans l'évolution du droit anglais. Dans la pratique de ces instances de jugement le poids du droit romain n'est pas réduit par la circonstance que les auteurs des *Books of Authority* exerçant une telle influence sur la pratique juridique (nous pensons ici en premier lieu à Coke (*Institutes of the Laws of England*, 1628–1641) et à William Blackstone (*Commentaries on the Laws of England*, 1765–1769), ne prêtent pas une attention particulière aux constructions du droit romain.²²

La conséquence désavantageuse de ce fait du point de vue du destin du droit romain en Angleterre est qu'à partir de la deuxième moitié du XVIII^e siècle la pratique scientifique du droit romain est reléguée aux universités de second plan. Pour y remédier la Commission appelée à réformer la formation des juristes en 1846 au sein de la *House of Commons* charge le prédécesseur de *Maine*, *George Long*, d'enseigner à Cambridge le droit romain (le *Civil Law*). La juste appréciation du rôle décisif joué par le droit romain dans l'évolution du droit anglais explique pourquoi *Maine* attribue à ce droit si grande importance dans le domaine du droit comparé. C'est à partir de 1861 que l'on retrouve dans les oeuvres de *Maine* le terme de la *Comparative Jurisprudence* qui passe dans la terminologie juridique anglaise de l'époque pour une nouveauté d'importance sérieuse. A son avis –

¹⁹ Pour l'importance de cette oeuvre d'*Arthur Duck* (1580–1648) v. HORN, Römisches Recht als gemeineuropäisches Recht bei Arthur Duck 170–180.

²⁰ *Duck* écrit le suivant: « *In quibus non ex mero iure Anglico, sed ex aequo bono ius dicitur* ». Cette phrase se trouve dans le huitième chapitre du deuxième livre de l'ouvrage de *Duck*.

²¹ Ce tribunal joue un rôle extrême pour que les notions, les notions du droit romain puissent exercer une influence sur le développement de la conception anglaise du droit international et sur l'évolution du droit maritime moderne. Cf. SUTHERLAND, *The Law Merchant in England in the Seventeenth and Eighteenth Centuries* 149 et ss.

²² Tout cela se réfère aux oeuvres littéraires considérées comme sources de droit (*Books of Authority*), donc aux oeuvres de *Littleton Of Tenures* (autour de 1480) et à *Natura Brevium* (1543) de *Fitzherbert*.

ce qui est essentiel c'est que la fonction du droit comparé ne se borne pas à une sorte d'illustration de l'histoire du droit. *Maine* considère beaucoup plus que la *Comparative Jurisprudence* constitue le *moyen efficace* de la législation *adéquate* et généralement de la réalisation du développement du droit. En outre l'application de la comparaison juridique, ou en d'autres termes la méthode comparée constitue un moyen excellent pour classer les institutions juridiques comparées, les conceptions juridiques, les constructions juridiques dans un type et pour découvrir de cette façon leurs particularités essentielles. *Maine* comme partisan de la théorie de l'évolution représente l'avis selon lequel on peut reconnaître au moyen de la comparaison juridique « *les lois de la nature* ». Néanmoins la condition indispensable en est que le droit romain si important à l'égard de la comparaison juridique ne soit pas une sorte de droit ayant exclusivement une importance historique. Le rôle du droit romain dans la comparaison juridique, dans les recherches de droit comparé suppose la reconnaissance que ce droit devient au moins efficace en Angleterre. De cette façon le droit romain – à la différence par exemple du droit grec ou du droit celtique évoqué également souvent – ne peut pas être considéré dans le monde d'idées de *Maine* uniquement comme *un droit* né dans l'évolution du droit au cours de l'histoire de l'humanité.

3. Le droit romain comme base des études juridiques comparatives

L'analyse de l'oeuvre de *Maine* et de l'*Ancient Law* demande également leur examen à l'égard de l'ethnologie juridique, puisque la théorie de l'évolution constituant une partie organique de la conception de *Maine* en est inséparable. Il est bien connu que l'histoire de l'humanité est la conséquence et le résultat d'un *processus de développement* organique dans la réflexion de *Herder* et de *Schelling*. Il faut souligner que cette conception est fortement abstraite et romantique lors de sa naissance et de cette façon elle ne se construit pas sur la réalité historique. *Hegel* a des mérites sérieux puisque la théorie de l'évolution reçoit un rôle de plus en plus grand dans le droit. Le plus grand ennemi de cette théorie est l'École Historique marquée par les noms de *Gustav Hugo* (1764–1844) et de *Friedrich Carl von Savigny*. Il n'est pas fortuit que justement *Eduard Gans* (1797–1839) passant ouvertement pour le disciple de l'école hégélienne tient expressément nécessaire l'analyse des droits de tous les peuples dans son oeuvre intitulée *Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung* (1824–1835).²³ Tenant de l'histoire universelle du droit (*Universalrechtsgeschichte*) *Gans* examine dans cette oeuvre les règles des droits de succession indienne, chinoise, hébraïque, islamique, du droit dit oriental, attique (grec), du droit romain, ensuite du droit ecclésiastique, du droit romaniste (italien, espagnol, portugais) des droits français, anglais, scandinave (islandais, norvégien, danois, suédois) et du droit écossais et leurs systèmes.²⁴

²³ *Unger* indique à juste titre que cette oeuvre de *Gans* est presque l'unique exemple de l'observation de la théorie de l'évolution hégélienne dans cette relation. UNGER, Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung V et s.

²⁴ Dans la préface écrite au premier volume de son *Erbrecht* *Gans* souligne qu'il ne serait pas juste de faire distinction sur la base de la mesure différente de la soi-disante virtuosité juridique (*Rechtsvirtuosität*). Cf. GANS, *Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung* XXIII et cf. encore HAMZA, *Comparative Law and Antiquity* 55 et ss.

L'ethnologie juridique se nourrit de plusieurs sources parmi lesquelles on peut retrouver aussi les théories scientifiques.²⁵ *Theodor Waitz* publie en 1858 le premier volume de son oeuvre grandiose intitulée *Anthropologie der Naturvölker*.²⁶ L'oeuvre de *Darwin* faisant époque paraît en 1859 sous le titre *On the Origin of the Species by Means of Natural Selection*. En 1860 on voit paraître l'oeuvre de *Bastian* intitulée *Der Mensch in der Geschichte* dont la thèse fondamentale est la supposition de l'égalité des gens.²⁷ L'oeuvre de *Post* paraît en 1867. *Post* est le représentant reconnu du droit ethnologique marqué par une aspiration scientifique. A son avis « la science de la vie sociale est l'ethnologie ». ²⁸ Pour *Post* la confrontation des différents droits sur la base ethnologique entraîne la conséquence qu'il tient superflue la philosophie de droit spéculative – justement sur la base des résultats encourageants des – recherches empiriques. La tendance ethnologique relevant de la nature biologique de l'homme, soulignant son identité psycho-biologique se répand de plus en plus en Angleterre et aux Etats-Unis d'Amérique. Sans aspirer à la plénitude on peut renvoyer à l'oeuvre de *McLennan Primitive Marriage* (1865) ou à son volume d'études *Studies in Ancient History*.²⁹

L'oeuvre de *Lubbock* intitulée *The Origin of the Civilization and the Primitive Condition of Man* (1870) et les oeuvres de *Morgan* intitulées *System of Consanguinity and Affinity of the Human Family* (1871) et *Ancient Society* (1877) méritent également d'être mentionnées. Le trait commun de la conception de ces auteurs est le rejet de la théorie du patriarcat c'est-à-dire l'observation de la théorie de *Bachofen*.³⁰ Mais on peut mentionner l'ethnologue anglais, *Tylor*, qui à notre avis en soulignant le rôle de *survivals* (il entend par cette notion la survie d'une certaine institution) formule pour l'ethnologie juridique une pensée importante aussi.³¹

²⁵ Nous pensons ici en premier lieu à la théorie de *Jean-Baptiste de Lamarck* (1744–1829) concernant le transformisme exposé de façon globale en 1830 dans la Philosophie Zoologique.

²⁶ A la publication du premier volume de son oeuvre de 6 volumes de *Waitz* (1821–1864) s'ajoute que l'ethnologie est devenue autonome en Allemagne. Cf. SCHMIDT, Die Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft für die Ethnologie 359. Cela ne concerne pas évidemment l'importance extraordinaire de l'oeuvre d'*Adolf Bastian* (1826–1905) intitulée *Der Mensch in der Geschichte* en trois volumes à l'égard de la fondation de l'ethnologie moderne.

²⁷ 34 Au nom de *Bastian* est liée la pensée de l'histoire mondiale dite ethnologique à laquelle il ne tient pas de façon conséquente. A son nom s'ajoute le soi-disant *Primärgedanke* (*Völkergedanke* et *Elementargedanke*) qui sert d'une sorte de leitmotiv dans ses recherches, Cf. HAIDER, Vergleichende Völkerkunde 174 et s.

²⁸ Cf. POST, Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis I. 13. Cette oeuvre publiée en deux tomes est l'une des oeuvres les plus importantes de *Post* (1839–1894). Ses autres oeuvres importantes: *Der Ursprung des Rechts. Prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft* (Oldenburg 1876); *Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens. Ein Beitrag zu einer allgemeinen Staat- und Rechtsgeschichte* (Oldenburg 1878); *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte. Leitgedanken für den Aufbau einer allgemeinen Rechtswissenschaft auf soziologischer Basis* (Oldenburg 1884); *Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz* (Oldenburg 1886); *Afrikanische Jurisprudenz* (Oldenburg 1887); *Studien zur Geschichte des Familienrechts* (Oldenburg 1889), et *Grundriß der ethnologischen Jurisprudenz I–II* (Oldenburg 1894–1895).

²⁹ Le titre exact des études de MCLENNON, *Studies in Ancient History*. Il n'est pas exclu que plusieurs pensées exposées dans le *Primitive Marriage* remontent en effet à *Maine* – dont les cours ont été écoutés par McLennan à Cambridge. Cf. STEIN, Legal Evolution 85.

³⁰ Nous indiquons ici que la théorie du matriarcat ne devient pas acceptée en général. *Leist* suppose par exemple dans la sphère des Indo-européens exclusivement la réalisation de la construction sociale de patriarcat. LEIST, Graeco-italische Rechtsgeschichte.

³¹ Pour l'appréciation de l'activité scientifique d'*Ed. B. Tylor* (1832–1917). V. HAIDER, Vergleichende Völkerkunde 176 et s.

Dans ce rapport nous devons mentionner que la naissance des sociétés ethnologiques aide en grande mesure la discipline de l'ethnologie à devenir autonome. L'*American Ethnological Society* naît en 1842 aux Etats-Unis d'Amérique, notamment à New York.³²

Néanmoins les résultats de l'ethnologie juridique qui s'enracinent et prospèrent partout dans le monde ce qui devient de plus en plus clair pendant la dernière décennie du XIX^{ème} siècle ne subissent pas toujours l'épreuve de la critique scientifique. Cela explique surtout que l'ethnologie juridique ne devient jamais une tendance dominante dans le domaine du droit. L'examen critique des données disponibles ne se fait pas toujours et il en découle que les conclusions y reposant ne restent que des hypothèses même si elles sont séduisantes quelquefois. De cette façon l'ethnologie juridique rend souvent douteux le crédit scientifique des recherches de droit comparé. A cette reconnaissance correspond la note *expressis verbis* de *Joseph Kohler* (1849–1919) qui en qualité de membre de la rédaction de la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (à partir de 1882) était l'adhérent engagé de la comparaison juridique lié très étroitement aux recherches ethnologiques. Dans l'une de ses études publiées par *Cohn* et *Bernhöft* en 1897 il écrit : « *Morgan, Bachofen, Post et moi enfin travaillions d'après des méthodes fausses en mettant au monde des produits sauvages, inventés sur la base des observations non scientifiques et non élaborées* ». ³³

Du point de vue de l'analyse de l'importance théorique et historique de l'*Ancient Law* la crise de l'ethnologie juridique se présentant relativement vite et bâtissant sur des constructions de notions qui repose souvent exclusivement sur une préconception n'est pas indifférente.

4. La méthode de travail scientifique du Maine

Sir Henry Sumner Maine ne peut pas être considéré à la base de l'*Ancient Law* comme l'adhérent d'une conception cristallisée. Nous pensons ici en premier lieu que *Maine* hésite entre la conception déterministe et celle strictement historique.³⁴ Sa cause décisive en est que *Maine* ne peut pas être considéré en effet comme un penseur systématique au sens original du terme. L'auteur anglais se délimite sur le plan méthodologique des représentants de la tendance de droit naturel ou de la théorie contractuelle. Il le fait en insistant sur l'historisme. Dans son oeuvre il s'efforce en effet jusqu'au bout de construire sa théorie sur des données plus ou moins vérifiables. Néanmoins cette intention n'exclut pas la formulation des généralisations puisqu'il a pour but de chercher les formes les plus anciennes où la société humaine s'est organisée et s'est développée. La méthode d'enquête est marquée par deux choses: la base de ses recherches est constituée d'une part par la confrontation, d'autre part il tient compte de la survie, donc de l'actualité des différentes institutions et constructions étatiques, juridiques et sociales. Il en résulte donc en lui-même que *Maine* ne tient pas de sa tâche d'inventorier le droit de la société humaine se perdant entièrement dans l'obscurité puisque dans ce cas il devrait se passer de la demande de l'historisme. Les enquêtes de *Maine*

³² Il est intéressant que la première société ethnologique est née beaucoup plus tard dans l'aire de la langue allemande. La *Berliner Gesellschaft für Anthropologie, Ethnologie und Urgeschichte* a été créée en 1869.

³³ KOHLER, *Zur Urgeschichte der Ehe* 203.

³⁴ Cf. BURROW, *Evolution and Society* 164 et s.

s'étendent aux droits romain, hellénique, indien, germano-barbares. Il prend ses exemples presque sans exception à la sphère des droits des peuples indo-européens. Mais cela ne signifie pas encore – et nous devons le souligner à tout prix – que ses conclusions se réfèrent exclusivement à des peuples indo-européens précisément non déterminés. C'est une dérogation importante à l'enseignement des chercheurs ayant analysé au XIX^{ème} siècle les rapports entre le droit des peuples indo-européens. *Bunsen*, d'une manière exemplaire, borne dans son oeuvre intitulée *De iure hereditario Atheniensium* (Göttingen, 1813) ses conclusions aux droits examinés et s'abstient des généralisations.³⁵ *Maine* réussit à éviter de devenir l'adepte de la tendance « aryenne » dite aussi « indo-européenne » dont les partisans exagèrent l'importance de l'ethnie.³⁶

En écrivant de la « société primitive », du « droit primitif » ou de « l'aspect primitif » *Maine* ne borne pas ses conclusions à l'Etat, au droit et à la société des peuples indo-européens ce qui va de pair avec la conséquence théorique très importante que *Maine* évite le piège de la construction du « droit primitif » reposant sur des bases ethniques. On ne peut apprécier son importance qu'en prenant en considération que même à la fin du XIX^{ème} siècle – c'est-à-dire aux décennies après la publication de *l'Ancient Law* par exemple dans les oeuvres de *Leist*³⁷ a accompagné la tendance indo-européenne soulignant à l'excès le rôle de l'ethnie commune. Quant à l'influence de cette tendance elle se caractérise bien par le fait que même *Jhering* cherche dans ses dernières années les racines du droit romain archaïque dans le soi-disant droit commun des peuples aryens.³⁸

Maine distingue dans ses grandes lignes les sociétés humaines dites progressistes (*progressive societies*) des sociétés soumises au poids de la tradition en distinguant entre les peuples indo-européens et non indo-européens. Une seule exception est la société indienne qui – étant par excellence une partie des peuples indo-européens – appartient à la sphère des sociétés humaines stagnantes. La reconnaissance et la mise en relief de ces particularités empêche *Maine* de séparer sur la base des signes ethniques les unes des autres les sociétés progressistes et stagnantes allant de pair incontestablement avec un jugement de valeur. Une autre question se pose: problème à quelle société humaine peut-on appliquer la qualification de « progressiste ». *Maine* ne donne pas en fait à cet égard une définition précise. Au contraire c'est lui qui souligne que l'établissement de la différence entre les sociétés progressistes humaines et les sociétés humaines stagnantes appartient « aux plus grands secrets ». A son avis le seul point sûr est que l'Etat stagnant est la règle principale dans la sphère du genre humain tandis que l'Etat progressiste constitue l'exception. L'Etat progressiste caractérise la partie

³⁵ *Bunsen* souligne du reste à l'égard du droit de succession très fortement les ressemblances entre le droit indien, le droit athénien et le droit romain. Ainsi par exemple il met en relief le caractère identique de la « raison de droit de succession » dans ces droits « ...eandem fuisse apud Indos, Athenienses Romanosque juris hereditari rationem... ». Cf. HAMZA, Comparative Law and Antiquity 62.

³⁶ Il y a évidemment des chercheurs qui ne deviennent pas les partisans de cette hypothèse antiscientifique. Ainsi par exemple le célèbre spécialiste des droits en caractères cunéiformes, *Oppert*, ne montre pas de signe de l'observation de la théorie indo-européenne dans son oeuvre intitulée *De iure Indorum criminali* (Berlin 1847) mais nous ne pouvons pas nous occuper ici de ses aspects philosophiques et théorétiques scientifiques. Pour l'appréciation de l'oeuvre d'*Oppert* du point de vue des recherches de droit romain V. GILSON, L'étude du droit romain comparé aux autres droits de l'antiquité 28 et s.

³⁷ Nous pensons ici aux oeuvres de *Leist* *Alt-arisches Ius Gentium* (1899) et *Ius civile I–II* (1892).

³⁸ Il s'agit de l'ouvrage de *Jhering* intitulée *Vorgeschichte der Indoeuropäer* publiée après sa mort.

occidentale de l'Europe. Il est manifeste dans ce rapport que l'Europe occidentale est centrée ce qui n'est pas motivée en dernier lieu à l'égard politique. Le penseur anglais suit avec peu d'attention l'évolution du droit des sociétés humaines stagnantes. A cet égard, il est caractéristique son mode d'analyse de la question concernant l'évolution du droit des peuples de l'Extrême Orient. Ainsi par exemple quant à la Chine on ne rencontre qu'une indication très ébauchée. Tout en reconnaissant qu'il y a une sorte d'évolution en Chine, *Maine* met en relief que celle-ci prendra vite fin. Quant à l'évolution du droit des sociétés progressistes *Maine* l'illustre sur la base d'une sorte de modèle organique. Lors de l'élaboration de ce modèle il fait entrer en ligne tout d'abord le droit romain. Dans la phase la plus primitive de l'évolution du droit les fictions constituent la base du développement, de la formation et du fonctionnement du droit. Il est donc évident qu'il ne faut pas concevoir ces fictions au sens technique connu dans le droit romain. Au stade suivant signifiant une phase plus élevée de la civilisation l'*équité* signifie l'épine dorsale de l'évolution du droit. Et enfin dans la troisième phase, encore plus développée paraît la *législation* comme le moyen décisif de la formation du droit. Dans certains cas l'*équité* et la *législation* constituent parallèlement les moyens décisifs de l'évolution du droit. Certains schémas et les règles formulées avec la prétention de l'authenticité universelle remplissent un rôle très sérieux dans la pensée de *Maine*. Cela explique pourquoi le droit romain a pour *Maine* une importance paradigmatique parce que ce droit est susceptible dans sa complexité sur la base de son évolution de plus de mille ans et de son changement de présenter les diverses étapes de l'évolution du droit. Le droit romain ne fonctionne pas comme un droit élevé au rang d'une sorte de « *droit naturel* », c'est-à-dire il ne remplit pas le rôle absolu de l'*usus modernus Pandectarum*. Il est d'une valeur relative dans le sens qu'il devient paradigmatique au moyen des phases présentant les différentes particularités ayant du reste pour le savant anglais des valeurs égales. Pour *Maine* le droit romain est d'une importance paradigmatique même à l'égard de la structure de famille aussi. Selon le penseur anglais, la structure de la famille romaine est en fait caractérisée par le pouvoir paternel du *paterfamilias*. De cette façon à côté de *Numa Denis Fustel de Coulanges* (1830–1889) *Maine* est le représentant le plus important dans son essence de la théorie patriarcale remontant encore à *Aristotele*.³⁹ Selon la conception de *Maine* le pouvoir du *paterfamilias* contient des éléments absolus, une sorte d'éléments politiques de pouvoir souverain.⁴⁰

Ainsi la famille fondée sur *patria potestas* comme structure est susceptible de remplir certaines fonctions étatiques. Sur la base de cette conception la famille patriarcale peut jouer le rôle de la cité-État (*polis*) dans la phase précoce de l'histoire de l'humanité. Le *paterfamilias* dispose d'attributions absolues même dans le domaine du droit privé selon l'avis de *Maine*. Le pouvoir du chef de famille est « *global* ». L'expression *manus* indiquant la *potestas* du *paterfamilias* s'étend aux biens mobiliers et

³⁹ Dans ce contexte nous devons souligner que sur la base de cette théorie *Maine* ne parvient pas à l'affirmation de l'existence de l'Etat des temps éternels. *Edouard Meyer* par exemple qui considère que la souveraineté du *paterfamilias* est une institution naturelle, est convaincu comme le représentant marquant de la conception anti-évolutionniste que l'Etat est l'institution éternelle de l'humanité. Cf. MEYERS, Geschichte des Altertums I. 508 et ss.

⁴⁰ Presque trente ans plus tard *Pietro Bonfante* est le premier à élaborer dans la littérature de droit romain entrant dans les détails la doctrine de la préexistence des fonctions (étatiques) politiques des structures de famille considérée d'ailleurs comme dépassée dans la romanistique juridique. Cf. CAPOGROSSI COLOGNESI, Le 'res Mancipi e nec Mancipi' di Pietro Bonfante 101 et ss.

immobiliers également. La *manus* comprend les esclaves aussi bien les membres libres de famille. C'est seulement à la suite d'une évolution pluriséculaire que l'unité du pouvoir paternel se démembre. Le *dominium* (*proprietas*) commence à indiquer la propriété sur les esclaves et d'autres biens, tandis que le *mancipium* signifie la *potestas* sur les descendants et enfin la *manus* comprend le pouvoir sur la femme ayant conclu une certaine forme du mariage (*matrimonium cum manu*).

5. Les principales valeurs de l'œuvre de Maine

Cette étude ne nous permet pas d'analyser plus abondamment l'*Ancient Law*. Les principales valeurs de cette oeuvre se trouvent dans l'éveil et dans l'originalité des pensées de *Sir Henry Sumner Maine*. Cette oeuvre a une importance extraordinaire même pour l'historiographie. Dans l'*Ancient Law*, l'idée de la progression générale de l'humanité est formulée et bien montrée dans le domaine des institutions juridiques. L'oeuvre est quand même hypothétique sous plusieurs aspects. L'auteur ne tient pas en effet de sa tâche d'appuyer ses pensées en recourant à tous les moyens de la science. Mais ce fait ne signifie point que l'*Ancient Law* ne possède pas d'actualité pour la science juridique d'aujourd'hui.

Littérature et ressources

- BURROW, J. W.: *Evolution and Society*. Cambridge 1970
- CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi: Le 'res Mancipi e nec Mancipi' di Pietro Bonfante: 1888–1889. IURA 1990
- DAVID, René. – JAUFFRET-SPINOSI, Camille: *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris 2002¹¹
- ENGEL-JANOSI, Friedrich: The Intellectual Background of Savigny. *The Jurist* 5/1947, 39–61. 55.
- FÖLDI, Adrás – HAMZA, Gábor: A római jog története és intézményei [Histoire et institutions du droit romain]. 27ème édition revue et augmentée. Budapest 2023
- FRANKLIN, Mitchell: *The Influence of Savigny and Gans on the Development of the Legal and Constitutional Theory of Christian Roselius*. Tübingen 1954
- GANS, Eduard: *Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*. I/1. Berlin 1824
- GILSON, J.: *L'étude du droit romain comparé aux autres droits de l'antiquité*. Paris–Strasbourg 1899
- GUTZWILLER, Max: Nationalismus und Internationalismus im Recht. In *Schweizerische Beiträge zum fünften internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*. Zürich 1958
- HAIDER, Peter: *Vergleichende Völkerkunde*. In: HAMPL, Franz – WEILER, Ingomar (Hrsg.): *Vergleichende Geschichtswissenschaft*. Darmstadt 1978
- HAMZA, Gábor: *Comparative Law and Antiquity*. Budapest 1991
- HORN, Norbert.: Römisches Recht als gemeineuropäisches Recht bei Arthur Duck. In: WILHELM, W. (Hrsg.): *Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*. Frankfurt am Main 1972, 170–180.
- KOHLER, Josef: *Zur Urgeschichte der Ehe*. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 1897
- LEIST, Burkard Wilhelm: *Graeco-italische Rechtsgeschichte*. Jena 1884
- MAINE, Henry Sumner: *Dissertations on Early Law and Customs*. London 1883
- MCLENNON, John Ferguson: *Studies in Ancient History. Comprising a Reprint of Primitive Marriage and Inquiry into the Origin of the Form of Capture in Marriage Ceremonies*. London 1876
- MEYERS, Eduard: *Geschichte des Altertums I*. Stuttgart 1884

- POST, Albert Hermann: Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis I. Oldenburg 1880
- PUGLIESE, Giovanni: I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* 27/1973, 89–101.
- SCHMIDT, Max: Die Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft für die Ethnologie. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 37/1919, 348–375.
- STEIN, Peter: *Legal Evolution. The Story of an Idea*. Cambridge 1980
- STEIN, Peter: *Legal Institutions: The Development of Dispute Settlement*. London 1984
- STEIN, Peter: *Roman Law in Scotland. Ius Romanum Medii Aevi Part. S. 13b*. Milano 1968
- SUTHERLAND, L. Stuart: The Law Merchant in England in the Seventeenth and Eighteenth Centuries. *Transactions of the Royal Historical Society* 17/1934, 149–176.
- UNGER, Joseph: *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung*. Wien 1850
- WATSON, Alan: *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh 1974