

De l'autre côté... La juridicité

Christoph EBERHARD

Chercheur et enseignant en anthropologie du Droit

« Le droit est-il source, affluent, alluvion ou aboutissement des changements sociaux ? Qu'est-ce, pour vous, qu'une approche du droit "en contexte" ? Quels en sont les enjeux, les atouts et les limites ? »

Ces questions adressées aux auteurs de ce numéro de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* révèlent un point de vue particulier caractérisé par un double ancrage. D'une part, elles pointent vers des approches interdisciplinaires du droit, des approches qui tentent de le saisir, non pas de manière « pure », mais dans son lien à ses contextes sociaux, historiques, politiques, culturels... D'autre part, elles s'inscrivent dans le paradigme du droit. L'existence de ce dernier est postulé *a priori*. Ses modalités d'existence peuvent ensuite être approfondies par le théoricien du droit. Ces questionnements s'inscrivent ainsi dans une théorie critique du droit telle que promue depuis de nombreuses années par François Ost et Michel van de Kerchove¹. Mais comment ces questions apparaissent-elles quand on est de « l'autre côté » ? Quand on se pose ces questions dans des contextes autres, où le droit n'est pas la référence principale, voire où un tel concept n'existe pas ? Quand on se repose ces questions, en revenant chez nous, mais avec un regard altéré par la rencontre avec l'Autre ?

La découverte de l'Autre

L'anthropologue du Droit² que je suis se retrouve partiellement dans la théorie critique du droit évoquée ci-dessus. En même temps, elle lui est aussi étrangère. Pourquoi ? C'est la faute à l'Autre. L'anthropologie du Droit

¹ Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Coll. Travaux et Recherches, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

² Lorsque j'écris « Droit » avec une majuscule, je réfère au Droit comme phénomène juridique tel qu'abordé par les anthropologues et dont le « droit » avec une minuscule – tel que compris en Europe – n'est qu'une variante. La distinction sera explicitée au cours de la contribution.

se situe à la croisée de deux disciplines : le droit et l'anthropologie. Cette approche partage avec d'autres théories critiques du droit un questionnement interdisciplinaire, et à l'origine, une tentative de comprendre le droit dans toute sa généralité à travers son étude dans la diversité des contextes humains. Décrire (ethnographie), comparer (ethnologie), tirer des conclusions générales (anthropologie) voilà les balises de la démarche³.

Pendant longtemps, l'anthropologie s'est caractérisée par son objet : l'Autre, l'exotique, le lointain – celui qui « n'est pas comme nous », qui est « sauvage », « primitif », « pré-moderne »... L'anthropologie du droit voyait dans ces autres des éléments pouvant éclairer notre propre passé. L'étude des « sociétés primitives » permettrait de comprendre l'émergence du droit, la lente évolution de l'être humain, d'un état de nature à un état de civilisation en passant par des états de sauvagerie et de barbarie (selon la célèbre théorie de Lewis Henry Morgan développée dans son ouvrage classique *Ancient Society*).

Il a fallu du temps pour que certains anthropologues s'interrogent : notre façon de tenter de connaître l'Autre – qui ne le reconnaissait pas mais le voyait uniquement comme une étape de notre propre passé – permettait-elle vraiment de le comprendre, de s'ouvrir à son originalité, de le voir comme un sujet tout aussi digne que nous, même s'il organisait sa vie sur des bases entièrement différentes ? Se pouvait-il qu'il soit autre chose que l'image inversée et inférieure de nous-mêmes ? Michel Alliot⁴ observait au début des années 1980 dans son texte fondateur « La coutume dans les droits originellement africains » : « Des rapports des premiers administrateurs aux coutumiers juridiques de l'A.O.F., aux *Éléments de R. Possoz* et au *Traité d'André Sohier*, nos connaissances semblent s'être considérablement enrichies. Un doute subsiste pourtant. Quand on lit les anthropologues sur les sociétés d'Afrique noire, comme sur tant d'autres, on est frappé de constater qu'ils n'y voient que l'envers de nos propres sociétés : qu'elles soient sans État, sans chefferie, sans complexité, sans écriture, sans histoire, sans surplus, froides quand les nôtres sont chaudes, répétitives quand nous sommes créatifs, mythiques quand nous sommes rationnels, elles ne se définissent que par le manque de ce que nous sommes. On soupçonne alors que les administrateurs et les juristes qui ont recueilli les coutumes participaient du même esprit et l'on repère vite que de

³ Voy. les trois étapes de l'anthropologie présentées par C. LEVI-STRAUSS dans *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1995.

⁴ M. ALLIOT, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie. Textes choisis et édités par Camille Kuyu*, Paris, Karthala, p. 53-71.

fait, la coutume était pour eux, l'envers de la loi (non écrite, non publique, non générale, incertaine, irrationnelle, inapte aux innovations volontaires) et le Droit l'envers du nôtre (non différencié de la religion, de la morale et des habitudes sociales, ignorant la distinction du Droit public et du Droit privé, celles des personnes et des choses, collectif et inégalitaire). La collecte donnait l'illusion de connaître les coutumes, elle n'avait pas permis de les reconnaître. Les Droits originels d'Afrique n'étaient pas des Droits originaux, mais des ébauches de Droits qui, par évolution naturelle ou aidée, devaient rejoindre les seuls vrais Droits, ceux de l'Occident ».

Quelle prise de conscience, et quelle conséquence méthodologique pour l'anthropologie du Droit !

Le regard autre

Si les expériences d'autres cultures, d'autres sociétés n'étaient pas uniquement des étapes d'un long processus de civilisation au sommet duquel nous nous trouvons, n'étaient pas que des versions imparfaites de nous-mêmes, comment alors aborder leur « droit » - alors que souvent ils n'avaient même pas de mot pour cette réalité ? Qu'essayons-nous d'ailleurs de comprendre en tentant de comprendre le « droit » d'autres sociétés s'inscrivant dans des matrices culturelles radicalement différentes de la nôtre ? Nos questionnements nous paraissent universels à partir de notre cadre de référence, mais se révèlent fort particuliers dès lors qu'on les regarde d'un autre cadre. Comment faire lorsque la sécurité des universaux semble s'évanouir ? Comment mener une démarche de connaissance et de comparaison entre univers de sens radicalement différents⁵ ?

Robert Vachon⁶ résume les enjeux d'une démarche diatopique et dialogale – fondée dans la philosophie interculturelle de Raimon Panikkar⁷ – dans les domaines politiques et juridiques comme suit⁸ :

⁵ Pour approfondir ces questions voy. Ch. EBERHARD, *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Paris, Connaissances et Savoirs, 2011 ; Ch. EBERHARD, *Le Droit au miroir des cultures. Pour une autre mondialisation*, Coll. Classics, Paris, LGDG/Lextenso, 2010 ; Ch. EBERHARD, « L'impact méthodologique de l'analyse plurale dans l'étude anthropologique des cultures juridiques » in *Méthodologie du pluralisme juridique*, G. Otis (dir.), Paris, Karthala, 2012, p. 53-96.

⁶ R. VACHON, « L'étude du pluralisme juridique – une approche diatopique et dialogale », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1990, n° 29, p.166-168

⁷ Voy. pour une introduction R. PANIKKAR, *Invisible Harmony. Essays on Contemplation and Responsibility*, USA, Fortress Press, 1990.

⁸ R. VACHON, « L'étude du pluralisme juridique - une approche diatopique et dialogale », *op. cit.*, *supra* n.6, p. 163-173.

« Une des raisons fondamentales du malentendu tragique entre la culture juridique occidentale et les cultures juridiques autochtones traditionnelles, c'est d'oublier que la distance à surmonter entre ces deux mondes n'est pas simplement factuelle (interprétation morphologique) ou temporelle (interprétation diachronique) mais spatiale, c'est-à-dire qu'il s'agit de plusieurs topoi (loci) ou de visions dont les postulats eux-mêmes sont radicalement différents, n'ayant pas développé leurs modes d'intelligibilité à partir d'une tradition historique commune ou à travers une influence réciproque (interprétation diatopique). (...) Il faut prendre conscience de l'originalité profonde, non seulement de leurs processus et logique socio-juridique (systèmes et structures propres) mais aussi de leurs visions, horizons ou univers juridiques, en un mot, de leur culture juridique propre et de ses mythes (interprétation diatopique). L'interprétation diatopique est celle qui essaie de découvrir ces diverses cultures juridiques radicalement différentes, les rassemble dans un dialogue qui permette l'émergence d'un mythe dans lequel on peut entrer en communion et qui nous permet de nous entendre en nous mettant ensemble sous le même horizon d'intelligibilité, sans que cet horizon soit exclusivement le sien propre (dia-topos : qui transperce les topoi pour aller rejoindre le mythos dont elles sont l'expression). L'interprétation diatopique est celle qui essaie de comprendre la texture du contexte et qui essaie de surmonter la distance, non du présent au passé, ou du passé au présent, mais du présent au présent. »

L'anthropologue du Droit, s'est donc retrouvé dans une situation où le point de départ même de sa démarche se retrouvait mis en cause. Il a dû élargir sa conception du Droit afin de pouvoir comparer des expériences humaines fonctionnellement équivalentes. Il fallait définir le « Droit » de manière à ne pas le réduire à une forme particulière d'institutions, de rationalité, au « droit ». Il s'agissait de ne plus penser la société en partant du point de vue du droit, mais de tenter de comprendre le « Droit » à partir de la totalité sociale. Les chercheurs du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, suivant les traces de Michel Alliot vers une élaboration d'une science non ethnocentrique du Droit, en sont venus à l'envisager comme ce phénomène qui met en forme et qui met des formes à la reproduction de l'humanité et la résolution des conflits dans des domaines qu'une société considère comme étant vitaux. Cette *working definition* s'est révélée fort heuristique. Sans être forcément « vraie » dans le sens classique, elle a permis de sensiblement approfondir notre connaissance du Droit comme « phénomène juridique », dont le droit étatique tel que nous le connaissons en France ou en Belgique n'est qu'une illustration. Elle a permis de mieux comprendre les visions du monde et logiques de régulations sociales d'autres cultures, tout en permettant de clarifier les

enjeux des rencontres et interactions entre ces différents contextes et en tirer des conclusions plus générales sur ce que certains, à l'instar d'Étienne Le Roy⁹, appellent maintenant la juridicité :

« La juridicité est la propriété des pratiques sociales de répondre à une finalité par une contrainte. La finalité est d'assurer la reproduction des conditions de vie en société et la contrainte est la sanction, non pas nécessairement la punition, mais la reconnaissance à travers divers procédés ou procédures du caractère obligatoire des dispositifs normatifs mis en œuvre. J'applique à la juridicité cette définition que donnait Pierre Legendre du droit au début des années 1980, l'art dogmatique de nouer le social, le biologique et l'inconscient pour assurer la reproduction de l'humanité. Cette approche est maintenant plus particulièrement travaillée par cet auteur à partir de la formule latine *vitam instituere*, instituer la vie, ce qui est pour moi, la vraie fonction de la juridicité depuis mon *Jeu des Lois* (1999). (...) Si tout droit est de la juridicité, la juridicité peut être (...) fort peu saisie par le droit. On considérera donc que, dans une perspective essentiellement pragmatique, nous travaillerons sur une variété des traditions, même au sein d'une seule société, d'une variabilité de dispositifs dans le temps et dans l'espace, et finalement, d'une relativité des solutions. L'ensemble de notre approche s'inscrit dans une perspective épistémologique relevant du pluralisme juridique, en particulier dans sa version du multijuridisme. »¹⁰

Le passage d'analyses en termes de droit, plus unitaristes, à celles en termes de juridicité, fondamentalement pluralistes, semblent particulièrement heuristiques à l'heure actuelle où les champs de la gouvernance et du développement durable bousculent de plus en plus nos certitudes juridiques modernes et statocentrées.

De l'altérité aux alternatives

L'horizon de l'État-Nation se trouve actuellement de plus en plus contesté et réinventé par la prise en compte du local infra-étatique, du transnational et par l'émergence de logiques de réseaux qui apparaissent à

⁹ E. LE ROY, *La terre de l'autre. Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2011, p. 26-27

¹⁰ *Ibid.* Voy. aussi E. LE ROY, « Pour une anthropologie de la juridicité », *Cahiers d'anthropologie du Droit*, 2004, p. 241-247 et le numéro hors série *Juridicités* des *Cahiers d'anthropologie du Droit*, Paris, Karthala, 2006.

côté des logiques pyramidales plus « classiques »¹¹. Les approches unitaires du Droit longtemps demeurées, pratiquement en situation de monopole dans l'action politico-juridique et dans la pensée sur l'État, les politiques publiques et les politiques de développement laissent petit à petit la place à des réinventions – du moins potentiellement – plus pluralistes de la gouvernance.

La notion de gouvernance, tout en continuant à reconnaître le rôle de l'État, voire à lui fournir une nouvelle légitimité comme arbitre et coordinateur des différentes parties en vue de l'intérêt général, ne le construit cependant plus que comme un acteur parmi d'autres. Ce n'est plus cette pyramide normative qui se projette sur un espace donné à côté d'autres pyramides normatives liées entre elles par le droit international. L'État devient un des éléments de réseaux plus vastes d'acteurs dont certains l'englobent (unions régionales), d'autres non (régions infra-étatiques), dont certains sont plus puissants que lui, d'autres moins. L'État en vient à reconnaître qu'il n'a pas le monopole de l'organisation du vivre-ensemble et qu'il doit partager cette tâche avec d'autres acteurs, les *stakeholders* ou « parties prenantes » dans le langage de la gouvernance. La notion de « développement durable », très liée au concept de gouvernance, apporte de l'eau à ces évolutions en remettant elle aussi en cause et en pluralisant les concepts fondateurs de notre pensée politique, économique et juridique. Des alternatives émergent que nous ne pourrions pas développer ici, mais que le lecteur pourra découvrir et approfondir dans les nombreux travaux que nous leur avons consacrés¹².

L'approche en termes de juridicité peut se révéler fort heuristique pour comprendre les mutations contemporaines et pour nous aider à nous émanciper de l'univers juridique qui nous était familier vers un plurivers de

¹¹ Sur le passage d'un paradigme de pyramide à celui de réseau en théorie du Droit, ainsi que pour une mise en perspective interculturelle de cette problématique voy. Fr. OST & M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 ; Ch. EBERHARD (dir.), *Le Droit en perspective interculturelle. Images réfléchies de la pyramide et du réseau*, numéro thématique de la R.I.E.J., n°49, 2002.

¹² Voy. par exemple Ch. EBERHARD (dir.), *Droit, gouvernance et développement durable*, Paris, Karthala, 2005 ; Ch. EBERHARD (dir.), *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; Ch. EBERHARD (dir.) *Law, Land Use and the Environment. Afro-Indian Dialogues*, Pondichéry, Institut Français de Pondichéry, 2008 ; Ch. EBERHARD (dir.), *Le courage des alternatives*, Paris, Karthala, 2012.

l'institution de la vie¹³. Si cette réorientation nous paraît essentielle dans un contexte de globalisation qui exacerbe les enjeux de l'interculturalité et du dialogue, encore devons-nous oser nous ouvrir à l'Autre et au pluralisme et dégager des balises pour une métanoïa paisible et pacifique¹⁴ !

¹³ Voy. Ch. EBERHARD, « De l'univers au plurivers. Fatalité, utopie, alternative ? », in *La mondialisation : utopie, fatalité, alternatives*, A.-M. Dillens (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2008, p. 67-104.

¹⁴ Voy. Ch. EBERHARD, *Vers une société éveillée. Une approche bouddhiste d'un vivre ensemble responsable et solidaire*, Paris, Connaissances et Savoirs, 2011 ; Ch. EBERHARD, *Oser le plurivers. Pour une globalisation interculturelle et responsable*, à paraître.