

AUTONOMIE DU DROIT, HÉTÉRONOMIE DE LA JURIDICITÉ

Généralité du phénomène et spécificités des ajustements

Étienne Le Roy
Professeur émérite
d'anthropologie du droit
Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Cette communication s'inscrit dans un cycle dont on sait quand il fut initié, en 1976, mais dont on ignore pourquoi, quand et comment il s'achèvera car les questions que nous abordons sont sans réponses assurées au moins selon les règles de la méthode argumentative. Ne le regrettons pas car nous pouvons avoir l'espoir que ces questions sont, au moins, bonnes à penser tant l'horizon du droit que celui de la société future, qui est l'ambition de cette rencontre.

La conclusion de notre contribution la plus récente à cette démarche collective de comparatistes, dans le cadre de la rencontre de Turin en avril 2007, se terminait par cette notation « *instituer la vie (vitam instituere) est bien le vrai projet de la juridicité* » (Le Roy, à paraître)

Dans nos développements, nous avons considéré que deux voies menaient à ce que Pierre Legendre (Legendre, 1999) dénommait **l'institution de la vie** en société, la voie du droit propre aux sociétés modernes occidentales et la voie de la juridicité, connues de toutes mais rarement reconnue comme telle par les professionnels du droit, en ce sens qu'elle fut plus ou moins complètement exploitée par la pré-modernité, pratiquée marginalement et honteusement par la modernité occidentale classique des XIX^e et XX^e siècles et redécouverte avec difficultés et réticences à l'époque contemporaine.

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

Dans un article paru à la même époque (2007b) dans un numéro de *L'Année sociologique* consacré à la présence scientifique, intellectuelle et morale du doyen Jean Carbonnier, qui avait marqué la réforme du droit français de la famille dans les années 1960 et 1970, nous synthétisons ainsi notre analyse, en proposant un troisième théorème en complément de ceux qu'avait formulés l'éminent civiliste.

Théorème 1 « *Le droit est plus grand que les sources formelles du droit* »¹,

Théorème 2 « *Le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes* »²..

Théorème 3 Le juridicité est plus grande que la conception du droit développée par les sociétés occidentales modernes **tout en la comprenant**.

¹ CARBONNIER J., op. cit. p. 20.

² Idem, p. 22

En outre, ne prétendant pas définir plus ou mieux que d'autres le droit, réputé indéfinissable par la communauté des chercheurs francophones (*Droits*, 1990) et par ricochets la juridicité, on proposait, en anthropologue, de déplacer la question, d'abandonner la prétention à définir un système unique de régulation de la société, avec ses principes d'organisation interne, ses contours et ses frontières. On proposait donc de privilégier l'observation des « champs » de la juridicité que pratiquent les acteurs avec des confins, bas-fonds et autres recoins mal identifiés.

Ceci supposait d'abord de changer de paramètres. Quels sont les étalons et les mesures de surface ou de superficie, c'est-à-dire, les signifiants et leurs usages sociaux et professionnels à exploiter en conséquence ? Pour y répondre, on développait, dans cette communication, une approche contextuelle, à partir des concepteurs-recteurs que mobilisent les acteurs pour rendre compte de leurs appartenances à ces champs. Ce faisant, on s'efforce de saisir les interrelations, les nœuds, les champs de force, donc les phénomènes d'attraction et de répulsion, les hiérarchies plus ou moins explicites,.... à expliciter précisément. Ce sera l'objet privilégié de la présente communication.

Pour lancer cette réflexion, on prendra l'exemple de la sanction, selon la proposition suivante : ce qui est juridique est sanctionné. Il s'agirait là de considérer la sanction comme un critère commun au droit et à la juridicité, à condition de définir la sanction comme ce qui, au sein d'un collectif, signe le caractère obligatoire d'un acte, d'une action ou d'un comportement dont on pourra demander l'exécution ou la conformité, sans lier cette exigence systématiquement à l'intervention d'une autorité ou à la mobilisation d'une procédure, ce qu'exige le droit, non la juridicité. Ce qui paraît intéressant ici n'est pas de distinguer entre le droit, la morale, la pression sociale etc., mais de considérer autour de quoi ou de qui s'agrègent les rapports d'échanges, les décisions politiques, les hiérarchies, les transmissions de statuts ou de patrimoines. On pourrait ainsi proposer un quatrième théorème (qui serait plutôt un axiome ici³) précisant le fameux *ubi societas, ibi ius* : « là où il y a sanction, il y a juridicité » donc bien évidemment du droit. La sanction serait donc le signe diacritique commun à l'ensemble droit/juridicité.

Une telle proposition paraît correspondre à l'état de nos données, mais nous ne nous sommes pas sentis motivés pour aller beaucoup plus loin car nous ne sommes pas troublés par le caractère vague et flou d'un tel critère dans la mesure où on postule par ailleurs (infra) une appartenance de chacun d'entre nous à une pluralité de mondes (Le Roy, 1999) et la régulation de chacun de ces mondes par des modalités à chaque fois originales (ce sont elles qui signent l'identité du groupe et la « sanctionnalité⁴ » qu'il met en œuvre) et qui doivent être rendues complémentaires. Ce pluralisme des appartenances et des obligations suppose, aux différentes échelles de la société, des conventions entre individus (infra) qui reposent sur des pratiques sociales allant de la répétition ou de la routine à l'invention mais toujours marquées par un changement, même infinitésimal. « Tout change et la seule chose qui ne change pas, c'est que tout change ».(Debussy, cité par Le Roy, 1999).

Pour approfondir la place à reconnaître à la notion de « signe diacritique », on est revenu à une autre affirmation du doyen Carbonnier (Carbonnier, 1977), affirmant que la neutralité est le signe diacritique du droit, ce qu'on avait discuté en travaillant sur la question des transferts de modèle juridique à la fin des années 1970 dans le cadre de l'UNESCO à propos de l'expérience juridique endogène des sociétés africaines. Bien que n'opérant pas alors la

³ L'incidence de cette proposition est difficile à maîtriser et la prudence conduit le chercheur à la considérer comme « bonne ou mauvaise » pour l'avancement de la recherche plutôt que comme « vraie » comme l'est un théorème.

⁴ On entend par ce néologisme la possibilité que le caractère obligatoire d'un acte ou d'un comportement puisse être constaté et que des conséquences en soient tirées dans l'arène, le forum, ou le champ social considérés.

distinction entre droit et juridicité, nous avons dû refuser la généralisation proposée par Jean Carbonnier, nos matériaux de terrain illustrant au contraire un engagement personnel du « juriste » dans le problème considéré et trouvant dans des « morales de conte » matière à dire le règlement des différends et en faire accepter les solutions (Le Roy, 1985). Deux formules revenaient fréquemment : il fallait « en être » (appartenir au groupe) pour en parler et l'idéal restait toujours de régler le différend « dans le ventre » du groupe qui l'a vu naître. De ces considérations naissait une image de la justice inscrite dans les phénomènes de régulation et une figure de « juge » partie-prenante, « lieu » (AFAD, 1996) et liant de la société, proposant une lecture où l'endogenèse est le mode « normal » de construction du référentiel de légitimation de la « bonne solution » (Le Roy ; 2004). Là où notre tradition occidentale impose, dans son exogenèse, la figure du tiers comme inhérente à notre conception du droit et du procès, les sociétés africaines proposaient une autre perspective, où l'intervenant est un troisième plutôt qu'un tiers et où la question de la neutralité ne se pose pas, parce que ni l'indépendance du « juge » ni l'autonomie du droit ne sont envisagées.

On peut immédiatement se demander pourquoi. Mais pourquoi quoi ? Qu'est-ce qui fait problème ? Est-ce cette liberté que prend le juriste africain⁵ vis-à-vis de l'idée de droit, telle que véhiculée par l'Occident, conduisant à se demander si cette absence de neutralité n'est pas le signe d'une infériorité, voire d'une pensée prélogique, avec tous les présupposés qui y sont associables ? Ou est-ce cette prétention à l'autonomie et à la neutralité du droit occidental qui doit être questionnée ?

Si la première piste semble devoir être exclue systématiquement et immédiatement en raison du racisme latent qui y est associé et selon des choix qui ne tiennent pas simplement à un « scientifiquement correcte », car c'est une question éthique qui est posée à l'anthropologue⁶, la seconde voie n'est pas plus facile à aborder. Distinguons au moins trois raisons.

Premièrement, inverser des paramètres de la comparaison et considérer le comportement des Africains comme un étalon « normal », donc lire notre conception d'Occidental comme dérogeant à des modes généraux de fonctionnement des sociétés n'est pas facile à accepter dans un contexte où la supériorité matérielle des sociétés est encore assimilée à celle d'une civilisation.

Deuxièmement, la question de l'autonomie du droit, de la science ou d'autres catégories analogues telle l'économie, nous y reviendrons, est substantiellement liée à notre conception de la modernité, laquelle n'est pas plus interrogée que les associations à portée racistes que nous avons évoquées ci-dessus.

Troisièmement, comme le montraient nos travaux réalisés pour l'UNESCO entre 1976 et 1980, la philosophie spontanée du juriste « occidental » est idéaliste (Ost et Lenoble, 1980). Selon ces auteurs, cet idéalisme repose sur une triple prétention : abstraction de la norme, an-historisme et neutralité d'effets sociaux. Cette triple prétention emporte une conception de la régulation dans laquelle le « droit » est posé comme un des universaux dans le cadre d'une théorie dont on sait la portée depuis le XII^e siècle dans la préparation de la révolution de la modernité durant tout le moyen-âge européen.

Nous allons donc, dans la suite de notre réflexion, redresser la barre et tenter d'y voir plus clair non point pour dévaloriser une expérience, celle du droit, en faveur d'une autre, la juridicité, mais pour mieux saisir la spécificité des phénomènes de juridicité et leur lien complémentaire avec ceux qui sont saisis par le droit.

Si, en effet, dans nos sociétés occidentales contemporaines, peut régner l'illusion d'une société entièrement gouvernée par le droit, une telle illusion n'est pas tenable pour au moins

⁵ L'expression « juriste africain » est naturellement la métaphore d'une telle diversité d'acteurs et de statuts dans le temps et dans l'espace qu'elle interdit d'en faire une liste qui ne saurait prétendre à l'exhaustivité. Selon notre point de vue, c'est le primat de l'endogenèse qui est le principe de structure qui réunit l'ensemble de ces acteurs.

⁶ Être ou ne pas être ethnocentrique, là est la question

les deux tiers de l'humanité où, en inversant une formule civiliste fameuse « nul n'est censé connaître la loi ».

Après un rappel des principes structurant notre conception de l'autonomie du et en droit et ses conséquences principales, on consacra la seconde partie à une tentative de théorisation de l'hétéronomie de la juridité, avec toutes les difficultés que cela suppose. Ces difficultés expliquent, mais ne le justifient pas, que nous restions, pour une part que les spécialistes d'autres traditions juridiques jugeront excessive, inscrits dans des références franco-africaines.

Autonomie du droit : un fondement monolâtre ?

Un passage par l'essentialisme est parfois nécessaire pour préciser le langage utilisé et éviter les faux-amis avant d'examiner les usages à partir desquels on peut entrer dans les logiques d'appropriation, de contournements ou de détournements des acteurs. L'examen du langage du droit à travers les dictionnaires spécialisés est donc de bonne méthode. Il autorise aussi un gain de place, ce qui est précieux ici. On va examiner successivement la place que la doctrine actuelle réserve à l'étude de la notion d'autonomie, une appréciation critique des associations que révèlent les usages les plus fréquents, puis les conséquences qu'on peut en tirer pour la recherche juridique.

La question de l'autonomie du droit en doctrine

La consultation de trois dictionnaires spécialisés est révélatrice du peu d'intérêt que la doctrine semble trouver à la question de l'autonomie qui est annexe à d'autres problèmes soit de théorie du droit soit de politique juridique.

Le *Dictionnaire de la culture juridique* (DCJ), ouvrage récent (2003), volumineux (1649 pages sur papier bible en double colonne et corps 10), raisonnablement pluridisciplinaire, ne contient pas d'entrée 'autonomie du droit'. La notion d'autonomie est cependant abordée à propos de l'autonomie de la volonté et du droit communautaire et une notion proche, l'autopoïèse (dite aussi système autoréférentiel), dans l'entrée système juridique, entrée sur laquelle nous reviendrons.

De même en est-il du *Dictionnaire de la Justice* (DJ) datant de 2004 et fort de ses 1362 pages. L'index renvoie le lecteur à l'entrée Indépendance. Il nous paraît intéressant de citer les premières lignes de cet article dû à la plume de Jean-Marie Varaut, avocat et académicien.

*L'indépendance est la situation d'une collectivité, d'une institution ou d'une personne qui n'est pas soumise à une autre collectivité, institution ou personne. Il faut que son titulaire n'ait rien à attendre ni redouter de personne. **L'indépendance se caractérise par l'autonomie**, ce qui ne veut pas dire qu'elle est anémique, mais que les normes qui régissent cette collectivité, cette institution ou cette personne lui sont propres » (Varaut, 2004, 622, c'est nous qui soulignons).*

L'auteur indique ensuite que « (c)es normes orientent l'agir humain dans le domaine de compétence(...), que « (l)e foyer normatif de cet agir humain est l'éthique ou la déontologie » et enfin que « *Le concept d'indépendance a partie liée avec le concept de liberté* ». L'autonomie (du droit) est ainsi une condition de l'indépendance du magistrat et, au-delà, du corps judiciaire, elle même conditionnée par l'inexistence de normes juridiques de catégorie supérieure puisqu'il est fait appel à l'éthique ou à la déontologie, deux références de régulation des pratiques internes au collectif, à l'institution ou à la personne pour reprendre de *distinguo* de l'auteur, mais extérieures au droit. Nous y reviendrons dans la seconde partie.

Le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (DETSO) de 1993 est le seul à accorder une certaine place, une demi page, dans l'entrée Autonomie, à l'autonomie « en » droit ce qui, on doit le souligner, n'est pas l'autonomie « du » droit. L'essentiel de la notice est consacré aux origines philosophiques de l'idée d'autonomie, chez Emmanuel Kant et chez Husserl, puis à ses développements dans les théories du comportement et en sémiologie. Ce n'est que dans une sorte d'addendum à la notice qu'un autre auteur, Michel Van de Kerchove, philosophe du droit, identifie cinq usages dans le registre juridique :

- « *Le concept peut être « appliqué au phénomène juridique considéré dans son ensemble et viser un mode de structuration spécifique du droit par rapport à son environnement non juridique, qui lui assure une indépendance au moins relative par rapport à celui-ci (...)* ;

- *Le concept peut être utilisé pour viser le degré d'indépendance d'un système juridique par rapport à un autre » (...)* ;

- *Le concept peut aussi s'appliquer à une branche du droit dont on s'attache à souligner l'indépendance (...)* ;

- *Dans un dernier contexte, enfin, la notion d'autonomie peut s'appliquer à la volonté des individus et traduire l'idée qu'une obligation juridique est susceptible de trouver sa source –voire son fondement– dans cette volonté même »* (Van de Kerchove, 1993, 49).

C'est le sens premier qui nous intéresse le plus directement ici, l'auteur faisant en outre remarquer qu'à la problématique de l'autonomie des objets du droit, il fallait associer celle des disciplines juridiques qui en rendent compte. Une idée essentielle qui traverse cette notice est la transversalité de la notion apparaissant dans des champs et des applications très diverses. C'est donc bien un autre des traits diacritiques du droit dont la particularité est qu'il signe l'identité du système juridique considéré.

C'est ce que confirme, dans le même dictionnaire, l'entrée suivante Autoréférentiel (système) consacrée principalement aux travaux de Luhnam, notice qui pousse jusqu'à ses conséquences ultimes le principe d'autonomie et dont on ne citera, par manque de place, que la conclusion :

« *En tant que système autoréférentiel, le droit produit le droit, les normes juridiques ne se fixent que sur la base de normes juridiques et 'la légalité est l'unique légitimité'. Il n'y a pas de droit en dehors du droit. Pour le droit aussi, c'est la présence conjointe du code et des programmes qui permet au système d'être à la fois ouvert et fermé. Il n'y a pas de normes juridiques hors de lui, mais son fonctionnement est lié aux événements externes dont l'examen requiert une activité cognitive »* (Garcia Amado, 1993, 51).

Nous sommes là en présence d'une conception radicale du positivisme qui suppose effectivement que nous exerçons à son sujet cette activité cognitive propre au chercheur, une critique épistémologique, comme réflexion sur les conditions d'élaboration de la science.

Une approche critique de l'environnement conceptuel de l'autonomie

On propose, pour ouvrir le débat, de commenter la phrase précédente « *c'est la présence conjointe du code et des programmes qui permet au système d'être à la fois ouvert et fermé* ». Elle renvoie à trois notions qui, selon notre analyse, structurent cette conception du droit, d'abord son caractère de système puis la notion de structure du droit, puisqu'il n'y a pas de système sans structure, ensuite, l'association du droit et de l'ordre, avec la référence au code et enfin l'idée de hiérarchie en relation avec des principes de clôture. Sans doute peut-il paraître paradoxal de tenir pour structure du système l'idée de système, mais cet auto-engendrement est un trait caractéristique d'un mode de pensée dont on va découvrir que la préoccupation substantielle est l'unité et dont l'horizon génétique est la création du monde

dans sa vision-version judéo-chrétienne. Abordons ces questions en sens contraire, du plus évident, la hiérarchie, au moins pour un juriste, au plus délicat à traiter, le systémisme.

- L'idée de hiérarchie

On doit à Otto Pfersmann, dans l'entrée Hiérarchie des normes du *Dictionnaire de la pensée juridique* une présentation nuancée de la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen et de ses interprètes jusqu'aux contributions déconstructivistes de Ronald Dworkin. À partir de l'affirmation que « *ce sont des normes qui règlent la production, la modification, la destruction des normes ainsi que les 'conflits' entre elles* », O. Pfersmann en développe la présentation que l'on qualifie généralement de pyramidale mais que nous considérons plutôt comme une généalogie (Le Roy, 1984) « *d'un système qui s'organise lui-même* » (2003,780), des normes de premier rang, constitutionnelles, générant des normes de deuxième rang, les lois, qui elles-mêmes vont produire par strates successives l'ensemble des sources du droit jusqu'à l'ultime mesure d'application individuelle à partir de laquelle on quittera le domaine du droit. On note ici une grande circularité : « *la norme plus générale et plus abstraite s'applique à la production de la norme plus concrète et plus particulière en lui donnant sa validité, mais c'est la norme la plus concrète qui s'applique au cas et c'est toujours la norme relativement concrète qui s'applique aux comportements qu'elle rend obligatoires, interdits ou permis avant celle qui l'est moins* ». (Ibidem) On sent une difficulté à faire coïncider, voire cohabiter, le réel juridique tel qu'il est imaginé abstraitement dans la formulation de la norme, les pratiques sociales et les comportements des acteurs. C'est là où les principales critiques sont apparues, critiques que nous ne développerons pas puisque c'est de la juridicité dont nous voulons parler et que ce type d'approche l'exclut « évidemment » : il n'y a pas pour cette théorie de juridique en dehors du droit et de droit en dehors de la loi (*lato sensu*) de l'État. Notons seulement que ce mode de rationalisation appartient à un univers juridique dont les axiomes ne sont pas partagés par une lecture d'anthropologie du droit. Selon notre lecture de la juridicité, les « normes » ne sont pas en position de hiérarchie mais de complémentarité et inscrites non pas dans une pyramide mais appartenant à un ensemble de réseaux (Eberhard, 2002) selon les situations de pluralisme considérées et les droits invoqués (infra 2^o partie).

- L'idée d'ordre juridique

Revenons à la théorie du droit moderne-occidental avec une notion voisine, l'ordre juridique dont le principe de hiérarchie est la condition. Ordre peut être conçu comme ce qui est organisé et comme ce qui est ordonné donc ce qui obéit à un principe d'organisation. On a cru pouvoir affirmer, par un effet de « miroir noir » (Alliot, 2003), c'est-à-dire à l'occasion de l'étude de la politique juridique coloniale d'imposition du modèle positiviste « à la française » en Afrique (Le Roy, 2006), que le droit a pour vocation « de mettre en ordre et de mettre de l'ordre ». Il s'agissait là, nous inspirant d'une formule cicéronienne « *in ordinem adducere* », (introduire dans un ordonnancement) et d'une expression typique de Pierre Bourdieu, « codifier c'est mettre en forme et mettre des formes » (Bourdieu, 1986) de prolonger la réflexion de Pierre Legendre (Legendre, 1999) sur la place centrale du droit dans l'institution de la vie en société.

L'apport fondamental de la notion d'ordre est de renforcer le principe de clôture de l'autonomie, l'ordre juridique réunissant « *l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine* » (Leben, 2003-1113). Selon que l'on considère que cette communauté humaine est l'État-Nation, des collectivités institutionnalisées ayant une personnalité juridique ou chaque collectif qui se donne des régulations propres, on passe d'une conception positiviste unitaire à un pluralisme de plus en plus radical. Mais qu'ils soient ou non pluralistes, tous les juristes supposent que là où il y a du droit, il y a de l'ordre,

le premier suppose donc le second mais le second est lui-même prédéterminé par le principe de hiérarchie des normes qui permet de désigner quelles sont les autorités, et seulement celles-ci, qui peuvent légitimement produire du droit : *Auctoritas, non veritas, facit ius* disait déjà Hobbes. L'anthropologie du droit a été trop souvent obnubilée par « *la querelle du pluralisme des ordres juridiques* » (Leben, 1118) sans s'attacher à examiner l'applicabilité du cadre théorique doctrinal aux phénomènes qui relèvent de l'univers de la juridicité. Quatre caractères y sont, selon Leben, associés : efficacité, unité, cohérence et complétude (2003 - 1116-1118). Ces critères ont été élaborés dans le contexte d'une science du droit. Relevons dès maintenant que la juridicité ignore ces « attributs » de l'ordre juridique, voire même les exclue pour l'unité et la complétude car, dans des approches casuistes de l'invocation de la juridicité, le juridique est toujours en « germination » ou apparaît sous forme de repousses, selon une problématique de rhizomes. Ses caractères font la part belle à l'incertitude, à la complexité et à la diversité.

La référence à la notion d'ordre juridique nous paraît donc étrangère à la juridicité et l'anthropologie du droit devra donc renoncer à chercher des ordres juridiques ailleurs que dans le droit.

- Le droit comme système

À nouveau, comme le signale d'entrée de jeu Gérard Timsit dans le DPJ (Timsit, 2003,1462 et s.), une très grande diversité d'usages illustre tant la place centrale de la notion que la difficulté à la traiter en concept univoque. C'est un mot-girouette qui est un autre des signes diacritiques du droit dans sa temporalité. G. Timsit rappelle à son propos des distinctions cardinales, entre systèmes ouverts et fermés, entre monisme et pluralisme, entre structure pyramidale et circulaire que nous avons déjà évoquées puis s'interroge sur « *l'utilisation en doctrine de la notion de système qui ne semble donc pas se faire avec une parfaite rigueur, ni toujours avec une grande cohérence* ». Notre collègue a, on le constate, le sens de la litote. Le mérite de la notion de système, selon le comparatiste, serait de permettre d'évoquer par une même référence des questions substantielles : la question des fondements du droit, spécialement les problématiques d'exogenèse. Ensuite, la question de l'unité du droit et spécialement celle de ses centres de production (l'État seul ou d'autres fabricants ?), l'unité ou la pluralité des logiques (monologisme ou dialogisme ?). On va reprendre ces questions selon une perspective d'anthropologie du droit dans la rubrique suivante. On ne saurait cependant oublier d'indiquer la grande richesse de la démarche systémale de Gérard Timsit qui propose une lecture du droit dans sa dynamique et selon une perspective sémiologique, en croisant les notions d'ordre normatif (On) et l'espace normatif (En) dans un modèle orthogonal. Elle permet, selon l'auteur, au droit « *d'être traité de manière plus cohérente, à partir d'un concept qui, destiné à dire l'unité des ensembles qu'il désigne, permettrait, d'un même mouvement, d'en mesurer, dans leurs différentes dimensions, l'exacte portée* » (2003, 1465). Car c'est l'enjeu essentiel d'une recherche juridique qui, ouverte à une lecture comparative, est amenée non seulement à confronter les versions nationales de la conception « moderne » du droit à l'échelle européenne ou occidentale, mais doit réfléchir au sens de la mondialisation⁷

La portée actuelle du débat portant sur l'autonomie « du » et « en » droit

⁷ On pense en particulier aux travaux de notre collègue Mireille Delmas-Marty au collège de France.

Que ce soient des systèmes dits fermés ou ouverts, les ordres normatifs considérés rencontrent toujours des problèmes de frontières, soit qu'elles soient mal dessinées, soit qu'elles soient poreuses, soit qu'elles soient placées au mauvais endroit, soit qu'elles ne soient ni matérialisées ni matérialisables mais pourtant considérées comme telles par le jeu d'interdits, d'actes manqués et d'attitudes collectives qui relèveraient d'une lecture analytique.

On songe par exemple à la notion d'anomie qui, il est vrai, a plus préoccupé les sociologues que les juristes. Mais les cinq pages que Raymond Boudon et François Bourricau y consacrent dans leur *Dictionnaire critique de la Sociologie* ne font guère avancer notre connaissance dans la mesure où le préfixe « a » ne désigne pas l'absence de normes mais la méconnaissance ou l'ignorance de certaines normes par l'individu, « *un dérèglement fondamental des relations entre l'individu et la société* » (1990-28), ce que Jean Dubois, dans une belle thèse (Dubois, 2001) préfère dénommer dysnomie ou mauvaise interprétation de la norme.

Un autre exemple qui ouvre à des interprétations divergentes est ce que Jean Carbonnier dénommait « l'hypothèse du non-droit » (Carbonnier, 1995) qui, dans sa formulation, ne caractérisait pas une absence de droit mais le retrait du droit d'un espace normatif qu'il était censé occuper, produisant un effet de vide rapidement occupé par d'autres régulations. D'autres formulations sous la plume du même auteur (panjurisme, superdroit), permettraient de cerner des hypothèses inverses de dépassement/déplacement des frontières. Le système du droit n'est donc ni si ordonné ni si hiérarchisé que la théorie le suppose, provoquant chez le sociologue, le philosophe, l'anthropologue ou le traducteur le besoin de corriger ces effets d'optique et de clarifier au moins les contours, sinon les frontières du droit. Le DTSD confirme ce point de vue et, sous la plume d'André-Jean Arnaud, pointe un intérêt particulier à mobiliser la notion d'anomie dans un contexte de frontières floues entre systèmes juridique et non-juridique , situation « *qui relève du problème de la réaction du système positif à la déviance juridique : le système déviant et le système positif s'affrontent jusqu'à provoquer soit un retrait de l'un d'eux, soit une innovation radicale ou intégrative* ». (DTSD-33)

Unification et uniformisation, un principe de structure monologique fondé sur une monolâtrie liée au monothéisme ?

Nous avons jusque maintenant adopté une lecture combinant philosophie et théorie du droit, avec deux traits propres : ce sont des analyses de juristes et elles ne se préoccupent pas de dire comment le droit fonctionne en réalité, mais quelles sont les rationalisations qui ont permis et permettent encore de fonder cette autonomie, malgré un sentiment d'incertitude et d'insatisfaction grandissant, en particulier de la part des praticiens et des usagers du droit, déroutés par des arguments, des formes procédurales, une langue et des symboles qu'ils ne maîtrisent plus ou n'ont jamais appris.

Ce que chacun d'entre nous vit, c'est une mobilisation du droit qui se veut « un » dans la diversité de ses manifestations. Cette exigence d'unité concrétise un processus à la fois d'unification des normes dans le contexte de cette autonomie recherchée et d'uniformisation des comportements, tous soumis aux mêmes normes générales et impersonnelles qui sont, parce que générales applicables à tous et parce qu'impersonnelles respectant l'exigence d'égalité comme une des conditions de l'État de droit, donc de la démocratie. Deux critères sont ici essentiels, l'idée de soumission à une puissance externe (Alliot, 2003) qui se présente comme le seul facteur de cohérence (exogenèse) et, d'autre part, ces associations et enchaînements rendant ce montage juridique indiscutable, « inquestionnable » dirait-on en français. Il devrait pourtant l'être parce qu'une autre valeur est ici en jeu, notre liberté dans sa dimension intellectuelle, morale et politique.

Une anthropologie de la juridicité, soucieuse de lire la société par ce que ses acteurs en font plutôt que de commenter les normes qui sont supposées la réguler doit donc tenter de compléter (mais non d'ignorer ou de rejeter) ces savoirs fondamentaux que nous venons, brièvement, de présenter. Les pratiques des acteurs et les usages professionnels révèlent derrière « le droit » un « au-delà du droit » qui est rendu invisible par notre seule myopie mais qui peut être appréhendé dans deux directions, donc selon une double signification.

La première démarche est de réduire, autant que faire se peut, la distance entre le droit et la réalité, en retrouvant ici la débat déjà évoqué ci-dessus quant à la reconnaissance d'une juridicité occupant cet espace intersticiel. On a donc ici deux tendances, soit on nie le problème en le supposant résolu (tout l'espace est occupé par le droit), soit on fait appel à des notions vagues et commodes, l'éthique, la déontologie, la morale, qui ont pour point commun, nous l'avons vu également, de reconnaître l'existence de régulations marginales « hors la loi », donc hors du droit dans une lecture positiviste.

La deuxième démarche concerne la (ou les) structure(s) symbolique(s) de la vie juridique, ce *symbolos* grec qui désigne le sceau qu'on partage, pour nous ici essentiellement le partage des croyances et des représentations. Dans des sociétés inscrites dans « la » mondialisation où le « droit » se technicise de plus en plus, où son « enseignement » devient donc de moins en moins humaniste et historique et de plus en plus procédural et statistique, les nouvelles générations de juristes perdent le sens de la filiation de leurs pratiques avec des références généalogiques que Pierre Legendre, par exemple, tente de sauver de l'oubli (Legendre, 1999). Nous n'aborderons pas le premier point immédiatement et ce que nous en décrirons ne proposera que d'en regarder certaines marges, celles où apparaissent la juridicité, en seconde partie. Acceptons cependant l'idée que l'affirmation même de l'idée d'autonomie du droit (et d'indépendance des magistrats) repose sur des croyances et des représentations qui justifient l'idée d'une coupure avec la réalité, et établissent des relations (hiérarchisées) entre les deux mondes, celui du droit et celui du réel. Ces représentations sont ensuite utilisées par un langage spécialisé qui assure les transpositions d'un registre dans l'autre selon les principes d'équivalence, de qualification et d'interprétation : tout ce qu'on apprend dans les « écoles » de droit.

Les autres champs d'organisation de la société ne procèdent pas autrement, ainsi pour l'économie ou la religion qui reposent sur des conventions (au sens non juridique) et des fictions dont les fondements sont des postulats, donc qui ont la validité de la postulation que nous rappelons : les explications ou solutions ne sont pas vraies ou fausses mais bonnes ou mauvaises pour la société et ses membres. Cette remarque nous offre une possibilité d'une transition avec notre seconde préoccupation, la recherche des fondations de la démarche juridique.

Sur quoi reposent les postulats du droit ? Quel est le modèle logique qui donne sens et cohérence aux constructions d'une autonomie dont on va vu dans la définition de Michel Van de Kerchove que les diverses applications sont comme enchâssées les unes dans les autres à la manière des poupées russes ou de tables gigognes ?

À la suite du recteur Michel Alliot dont la théorie des archétypes s'est progressivement structurée durant les années 1980 (Alliot, 2003), l'anthropologie du droit a, en France, entre autre, souligné l'impact décisif de la vision du monde sur la conception du droit.

« Dis moi comment tu penses le monde, je te dirai comment tu penses le droit ». Cette consigne de Michel Alliot ne conduit pas à ramener l'ensemble de la vie juridique à une détermination culturelle ou religieuse originelle, mais à mettre en évidence la diversité des choix inhérents aux grandes traditions et la contingence des théories qui en sont déduites. On se propose dans les lignes suivantes d'apprécier le lien entre cette représentation de

l'autonomie du droit et la cosmogénèse à l'origine de la vision moderne occidentale de la société et du droit.

Quand on s'interroge sur notre dispositif institutionnel, on peut remarquer que chacune des instances de la société, instance comme domaine d'organisation supposé autonome, est conçue selon le même mode opératoire : la réduction de la diversité des composantes à l'unité du champ considéré. Le politique est construit autour de l'État, le juridique autour du droit-loi, le religieux autour de « Dieu », l'économique autour du Marché généralisé, l'espace en relation avec le Territoire, le temps dans sa durée linéaire, la Chronologie, l'individu comme une Personne et sans doute pourrait-on continuer un catalogue qui décline le préfixe grec *monos*, un seul. Monothéisme, monarchie, monocratie, monopole sont quelques exemples d'une approche essentiellement monologique du monde, approche qui s'est lentement systématisée jusque la période moderne, mais dont le véritable fondement, nous dit Paul Veyne est une monolâtrie⁸. Développons quelques observations.

Dans notre récit de création du monde, ainsi que le rappelait également Michel Alliot, trois traits anthropologiques récurrents apparaissent utiles à souligner :

- le créateur est antérieur, extérieur, supérieur, omnipotent et omniscient par rapport à ses créatures ;
- le monde a été créé à partir du néant et le dispositif d'un monde en six jours a été imposé par « le créateur » d'une manière totalement discrétionnaire. Le monde aurait pu être autrement, ou ne pas être. Son organisation lui est donnée selon un principe de hiérarchie qui à partir de l'invention de la lumière conduit à la création de l'homme ;
- l'homme a été créé à l'image de « Dieu » et doté initialement d'une figure qui condense les principaux caractères de la divinité. La différenciation initiale entre l'homme et la femme, Adam et Ève, n'est pas à fondement sexuel. « L'homme » est supérieur aux autres créatures et dispose, dans le paradis, de tout ce qui est nécessaire à sa vie et à sa reproduction. Mais l'homme a fauté et il a été chassé du paradis sans toutefois être exclu de la création puisque Dieu enverra son fils pour sauver l'homme, donc maintient une relation entre son monde et celui de l'homme, relation qui n'est pas d'indépendance mais d'autonomie. Par son désordre, l'homme perd le bénéfice de l'ordre originel, mais celui-ci est un modèle ou un idéal qui reste pertinent, qui guidera, par le droit⁹, l'organisation de la société et qu'on retrouvera « à la fin des temps ».

Ces trois paramètres anthropologiques nous paraissent éclairer les considérations théoriques que nous avons relevées ci-dessus.

Dans la représentation d'un droit autonome, on reproduit cette vision d'un système ordonné par une instance extérieure, l'État, qui est l'avatar de Dieu et donc auquel on pourra associer les autres attributs, dont l'omniscience et l'omnipotence¹⁰. Avec cette tendance à associer l'État à « Dieu » et ainsi à prêter au premier ce qui est propre au second, on pourra mobiliser

⁸ On partage ici les observations de Paul Veyne « Polythéisme et monolâtrie dans le judaïsme ancien » (Veyne, 2007, 269 et s.) qui confirme que le monisme est une très lente invention, liée à des visées politiques et que la société juive a largement composé avec un polythéisme modéré. La monolâtrie est le creuset au sein duquel et durant le millénaire précédant l'arrivée du Christ, on inventera progressivement l'universalisme de Dieu et le monothéisme. On doit se demander si la véritable révolution introduite par les Juifs ne serait pas ce « culte du seul » (monolâtrie) plutôt que l'affirmation d'un seul Dieu (monothéisme). Dans nos usages contemporains et dans nos rapports à l'État et au Droit, nous sommes sans doute plus les héritiers d'une monolâtrie que du monothéisme.

⁹ Voir le rôle essentiel ici de la transmission aux hommes des douze tables de la loi par l'intermédiaire de Moïse sur le mont Sinaï et son usage symbolique jusqu'à la période contemporaine.

¹⁰ On a souvent été impressionné par la relation entre ces traits de notre cosmogénèse, le centralisme étatique et les représentations de la force dans les régimes fascistes européens qui sont le produit direct de ce principe moniste

les principes de hiérarchie et de système en passant respectivement des créatures aux sources du droit et de l'ordre parfait induit par le paradis à l'autopoïèse.

On est ainsi, dans l'histoire des sociétés européennes d'héritage chrétien, en face d'un processus complexe.

À partir d'un mode de construction de chacun des champs sociaux en un système autonome contenant en son sein des unités semi-autonomes distinguées autant qu'il est nécessaire de la faire¹¹, s'opère un travail symbolique considérable qui conduit à doter chacun de ces systèmes « autonomes » de caractères qui, propres à cette vision du monde, en assurent une transposition du registre divin au profane et en particulier au juridique.

Ce travail a été très long, reste inachevé et se révèle sans doute inachevable. On peut repérer avec les politiques juridiques des empereurs romains Constantin, Théodose et Justinien un vrai travail initial sur les équivalents des champs normatifs chrétien et juridique dans le champ du droit public puis du droit privé. On voit ensuite, avec le droit canon de l'Église romaine¹² se développer les principes de hiérarchie puis d'ordonnement qui donneront naissance à cette belle construction symbolique qui sera dénommée institution par le juriste Sinibaldo de Fieschi qui deviendra pape sous le nom d'Innocent IV en 1243 et associera l'autorité de sa fonction à la pertinence de sa construction conceptuelle. Trop souvent galvaudée par des usages inconsidérés, la notion d'institution a une place centrale dans la vie juridique, place dont on peut prendre la mesure par l'effet de miroir de la démarche comparative. Ce fut notre cas dans le champ de l'Institution de la Justice en Afrique (Le Roy, 2004).

Nous considérons donc que les principes de hiérarchie, d'ordre et de système qui sont associés à l'idée centrale d'une autonomie du droit trouvent leur origine et leur efficacité dans la généalogie des représentations qui, de strate en strate, nous font remonter à l'origine de la création du monde dans sa vision juive puis chrétienne puis moderne. La conception dominante, **positive mais surtout monolâtre**, a donc un fondement religieux, le religieux étant entendu avec toutes ses connotations, de son étymologie latine à ses applications dans la construction dogmatique de l'Église romaine et dans les pratiques politiques contemporaines des religions étatiques. **Mais, ce type de construction institutionnelle n'épuise pas la réalité et ni la monologie ni la vision unitaire du droit ne peuvent rendre compte de la complexité des pratiques sociales.** Cette distinction entre le droit et la réalité sociale peut devenir différenciation plus ou moins radicale de « mondes » qui auront alors tendance non seulement à s'ignorer mais à se rejeter. Il y a donc un risque de déni de la réalité de la part du juriste. Est-ce pour cette raison que les juristes peuvent être tentés de sacrifier leurs savoirs en se refusant à en interroger les fondements, voire en s'offusquant de tels questionnements ? Le contexte intellectuel qui nous réunit lève naturellement ce type d'obstacle et va nous conduire, en revenant sur la relation entre le droit et la réalité, à tenter de mieux cerner la place et le rôle de la juridicité.

Hétéronomie de la juridicité : le retour du holisme au risque de la démocratie?

¹¹ Ce travail, entamé assez tôt, sera surtout développé avec la modernité et ira en s'amplifiant jusque la période contemporaine.

¹² Pierre Legendre insistait beaucoup dans son séminaire à l'École des hautes Études en Sorbonne au début des années 1980 sur la portée du décret de Gratien (vers 1147) et de sa proposition : il y a deux sortes d'êtres humains, les Chrétiens et les autres.

L'hétéronomie est, de manière sommaire, « l'action de recevoir sa loi de l'extérieur, au lieu de la tirer de soi-même ». Cette définition est tirée du Grand Larousse publié à la fin du XIX^e siècle (tome 5, p. 111). Le choix de ce dictionnaire a un caractère symptomatique. En effet, d'autres dictionnaires, spécialement les dictionnaires juridiques mais on ne prétend pas à l'exhaustivité, ignorent la notion qui n'est effectivement pas à l'honneur tant elle paraît étrangère à la modernité.

L'emploi que nous faisons de cette notion en ce début de XXI^e siècle ne met plus l'accent sur le fait de recevoir sa loi de l'extérieur, mais sur l'interdépendance entre divers ensembles de normes. Cette relation peut être de complémentarité, d'opposition, de concurrence ou de dépendance. Elle signe la constante de phénomènes d'acculturation comme mode de réception ou de rejet. Ces distinctions ont leur importance, mais encore plus importante est l'exigence de toujours devoir lire la norme en relation avec un autre dispositif. Le fait, pour une norme (*nomos*), de dépendre d'une autre (*étéros*) norme a été trop longtemps vécu dans le contexte de droits religieux ou de sociétés dont la christianisme était religion d'État pour que les représentations hétéronomiques soient ensuite facilement acceptables dans des sociétés laïcisées.

Dans une société individualiste, à l'autonomie du sujet doit correspondre celle de son cadre normatif, le droit, avec les conséquences que nous avons identifiées dans la première partie. Dans les sociétés pré-modernes et post-modernes, les relations d'échange, d'interaction, de hiérarchie, de dépendance, d'exploitation ne sont pas voilées par l'invocation d'une appartenance à un système distinct. Le voile est ailleurs, dans l'idéologie qui maintient en l'état l'ensemble de la société. Le fait que la juridicité soit hétéronomique veut donc dire que les clés de compréhension qui assurent la légitimité, l'autorité et l'efficacité de ses dispositifs et solutions doivent être cherchées dans l'ensemble complexe de rapports qui fait tenir ensemble les composantes d'une société. Si, dans le « monde du droit » et selon sa logique de distinctions, d'oppositions et de fictions, on distinguera entre droit, morale, religion, philosophie ou économie, de telles distinctions sont en juridicité non pertinentes, bien qu'elles y soient transposables par analogie, car les rapports sociaux s'organisent d'abord autour de fonctions à remplir et selon une logique de « champs » et de réseaux, organisant ces rapports selon des polarisations qui rendent compte des forces en présence et des enjeux à maîtriser, en particulier dans le cadre d'une théorie des « champs » (Bourdieu, 1986) (Le Roy, 2008). On y reviendra au terme d'un parcours exploratoire qui doit être maintenant présenté.

Nous avons, dès l'introduction, prévenu le lecteur de la difficulté de l'exercice qui ne tient pas seulement à la rareté des analyses propres à la juridicité mais au mode de raisonnement à adopter. La conférence de Turin nous y a préparé (Le Roy, à paraître).

Nous ne devons pas considérer la juridicité comme une exception dérogeant à la prévalence du droit mais l'inverse, ce que nous appelons actuellement droit ayant historiquement et anthropologiquement dérogé à une culture de la juridicité, en particulier en proclamant son autonomie puis en la légitimant par des arguments d'autorité à fondements religieux, donc réputés incontestables, comme nous venons de le suggérer.

Dans ses travaux, Louis Dumont, anthropologue des sociétés indiennes à castes puis, par transposition, de l'individualisme occidental, a théorisé le principe de l'englobement du contraire comme base de l'idéologie moderne (Dumont, 1983, Le Roy, à paraître). Fort de cet enseignement, nous devons nous interdire, autant que faire se peut, de reproduire ce principe d'englobement lorsque nous inversons le paradigme de l'antériorité et de la généralité respectivement de la juridicité et du droit.

La théorie anthropologique a donc dû concevoir des démarches qui, en reposant sur le principe de la complémentarité des différences, mettent l'accent sur ce que droit et juridicité

partagent puis sur ce qui les départage et non sur un principe du contraire terme à terme qui se révélerait stérile. On se souvient en effet de notre troisième théorème : *la juridicité est plus grande que la conception du droit développée par les sociétés occidentales modernes tout en la comprenant.*

À partir de ces complémentarités, les différences observables ne sont plus de nature et irréductibles les unes aux autres mais de portée spécifique, fonctionnelle, selon des choix politiques, dans des champs sociaux et selon des régulations propres.

On va retenir ici quatre niveaux de complémentarités puis présenter quelques exemples avant de réfléchir au rapport de la juridicité à la totalité sociale, en rediscutant des liens entre le holisme et le pluralisme.

Quatre niveaux de complémentarités

Les quatre niveaux que nous retenons ici sont d'abord nos appartenances à une pluralité de « mondes », certains transposant plus particulièrement la vision unitaire de la création dans un ordonnancement autonome celui du droit, dont on observe ensuite qu'ils mobilisent des modes de régulation originaux. À ces choix propres à chaque tradition sont associées des fondations normatives particulières relevant de ce qu'on dénomme le tripode juridique. Enfin, on proposera de lier les modes de reconnaissance du caractère obligatoire des rapports juridiques communs au droit et à la juridicité, le problème de la « sanction », à l'économie des conventions. Ces développements pourront être complétés par notre ouvrage de référence, *Le jeu des lois* (Le Roy, 1999).

- Droit et juridicité s'inscrivent dans des mondes propres dont ils expriment les visions particulières .

L'idée que nous appartenons tous à une pluralité des mondes déterminant chacune des positions sociales, des droits et des obligations et des contraintes d'ajustements mutuels est récurrente dans les travaux anthropologiques contemporains (Le Roy, 1999). La théorie sociologique de Luc Boltanski et de Laurent Thévenot (1991) a rencontré notre pluralisme juridique et sera souvent citée pour le conforter. Pourtant, cette présentation de « mondes » ou de « cités » n'est que partiellement satisfaisante dans la mesure où les distinctions utilisées par ces deux auteurs n'ont pas la généralité qu'exige une anthropologie comme connaissance globale de l'homme. C'est un univers occidental et plutôt moderne qui est saisi selon des critères énoncés « du dedans », en fonction des représentations des acteurs¹³. C'est donc pertinent dans cet univers mais non universel en ignorant d'autres univers. Cette lecture est utile mais insuffisante.

La démarche de l'anthropologue indo-américain Arjun Appadurai, plus large, a aussi le mérite d'être plus interculturelle. L'auteur se propose de décrire différents paysages (*landscapes*) comme autant de regards, d'expériences et de solutions mobilisés par les acteurs dans des registres particuliers. Il les dénomme

«les ethnoscaapes, les médioscaapes, les technoscaapes, les financescaapes et les idéoscaapes. Le suffixe scape, tiré de landscape, permet de mettre en lumière les formes fluides, irrégulières, de ces paysages sociaux, formes qui caractérisent le capital international aussi profondément que les styles d'habillement internationaux. Ces termes portant le suffixe scape indiquent aussi qu'il n'est pas question ici de relations

¹³ Les auteurs distinguent les cités inspirée, domestique, de l'opinion ou du renom, civique et industrielle. Philippe Bernoux y a ajouté la cité marchande (Le Roy, 1999, p. 54)

objectivement données qui auraient le même aspect, quel que soit l'angle par où on les aborde, mais qu'il s'agit plutôt de constructions profondément mises en perspective, infléchies par la situation historique, linguistique et politique de différents types d'acteurs : États-nations, multinationales, communautés diasporiques (...) En fait, l'acteur individuel est le dernier lieu de cet ensemble de paysages mis en perspective, car ces derniers sont finalement parcourus par des agents qui connaissent et constituent à la fois des formations plus larges, à partir notamment de leur propre sentiment de ce qu'offrent ces paysages. » (p. 70-77).

Sans doute ses distinctions fondées sur l'expérience d'un Indien en situation d'acculturation aux États-unis ne correspondent-elles pas totalement aux mondes du droit et de la juridicité que nous pratiquons en Europe continentale contemporaine. Mais l'idée mériterait d'être creusée car la distinction entre ce que nous proposons de dénommer « le monde du droit » (*legalscape*) et d'autres mondes ou visions (*scapes*) dont certains seraient propres à la juridicité pourrait prendre une place particulière dans un avenir proche avec le développement de modes dits alternatifs de règlement des différends et une économie des conventions en plein développement (infra). En France, la médiation, la médiation interculturelle et l'intermédiation génèrent de nouvelles pratiques qui commencent à déboucher sur des métiers. À côté du monde du droit et des juristes, on pourrait identifier un autre monde, celui des juristiciens, médiateurs, arbitres, conseillers juridiques, négociateurs, auditeurs et membres de cabinets de ressources humaines et bien d'autres acteurs qui se situent dans les marges de la vie juridique. Ils n'y sont pas étrangers, mais ils n'en sont pas dépendants. Ils sont dans « l'entre deux » de la juridicité.

- Ces visions du monde supposent un montage, propre à chaque tradition, des modes de régulations des sociétés dits ordonnancements¹⁴ juridiques.

Quatre ordonnancements juridiques ont été successivement identifiés puis utilisés, à partir des travaux réalisés au Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris (LAMP), au début des années 1980. Ils ont été dénommés des ordonnancements imposé, accepté, négocié et contesté.

L'ordonnement imposé caractérise l'expérience particulière de la juridicité qui a donné naissance à notre conception contemporaine du droit en Occident. Les sociétés africaines dans lesquelles nous avons travaillé privilégiaient un ordonnancement accepté/ négocié (à travers les mécanismes dits « palabres », par exemple). On s'est rapidement aperçu que chaque tradition mobilisait chacun de ces ordonnancements mais, parfois, à des doses « homéopathiques ». La redécouverte d'un ordonnancement négocié est une des grandes innovations de la vie juridique et judiciaire de ces quinze dernières années en Europe continentale, les pays anglo-saxons l'ayant précédé en expérimentant ce qu'on dénomme globalement les modes alternatifs de règlement des différends (*Alternative disputes Resolution*). L'ordonnement contesté a été le plus souvent disqualifié dans la vision chrétienne du monde qui préférerait, comme on l'a vu, l'ordre au désordre. Référence centrale de l'anarchisme, cet ordonnancement ne semble finalement pas avoir été concrétisé par une tradition particulière de la juridicité. La contestation n'en a pas moins une place structurelle dans toute société comme condition même de l'adaptation des régulations aux nouveaux enjeux de régulation, donc de la démocratie. Une enquête spécifique serait ici à mener.

¹⁴ On employait initialement ici la notion d'ordre juridique puis on a couplé les deux notions (ordre/ordonnement) pour ne plus retenir qu'ordonnement. Les analyses de la première partie ont montré que la notion d'ordre juridique doit être seulement associée à l'ordonnement imposé dominant dans la tradition occidentale dont il signe l'autonomie du droit

- Droit et juridicité partagent les mêmes fondements selon des montages que spécifient les traditions, puis les usages professionnels

L'approche comparative des sources du droit en Afrique a été l'occasion de rouvrir le dossier de la place et du statut de la coutume en droit, avec l'amicale complicité de Jacques Vanderlinden et de Rodolfo Sacco, entre autres. C'est là, à la fin des années 1970, que l'intuition d'un domaine neuf à identifier puis à analyser est apparue. Le manque de place nous oblige à ne rendre compte que des conclusions d'une réflexion qui s'étire sur une vingtaine d'années et au terme de laquelle deux observations s'imposent. D'une part, la coutume n'est que très accessoirement une source du droit et, secondement, sa spécificité ne tient pas à la répétition et à la reconnaissance de son caractère obligatoire, comme le prétend la doctrine positiviste par application du principe d'englobement du contraire mais à ce qu'elle énonce non des normes mais des modèles de conduites et de comportements. Si donc, pour les juristes, la coutume appartient au champ du droit comme une source secondaire conçue sur le mode de la loi, donc formulée en normes générales et impersonnelles, elle appartient d'abord à un autre champ qu'on hésite à cette époque à qualifier de juridique tout en lui reconnaissant, à la différence des sociologues, une place particulière dans la régulation des sociétés.

Puis cette première esquisse va devoir céder face aux travaux que nous consacrons à la socialisation des mineurs de justice (Le Roy et al., 1985) et à la théorie des habitus de Pierre Bourdieu (Bourdieu, 1986, Le Roy 2008,). Aux normes générales et impersonnelles (NGI) qui, dans la culture juridique française, constituent le fondement privilégié du droit et aux modèles de conduites et de comportements (MCC) à la base de la coutume, on va ajouter les systèmes de dispositions durables (SDD) ou habitus comme supports de la socialisation juridique. On en précisera quelques raisons dans un de nos exemples ci-dessous. Après des approches encore réductrices de ces fondements du droit au début des années 1990, on va proposer, dans *Le jeu des lois* (Le Roy, 1999), de considérer que toutes les sociétés sont susceptibles de connaître ces trois types de normes, NGI, MCC et SDD. On montrera dans cet ouvrage qu'une des différences entre traditions juridiques tient à la variété des montages de premier, deuxième ou troisième rang. Si, dans notre tradition occidentale c'est dans l'ordre précédent (NGI, MCC et SDD) que les fondements du droit sont expérimentés, les sociétés animistes africaines dites coutumières privilégieront les modèles de conduites, puis les systèmes de dispositions durables pour n'envisager les normes générales et impersonnelles qu'en dernier lieu, et très exceptionnellement. C'est un montage analogue que l'on peut supposer trouver quand on entre dans le monde des juristiciens. Là, les modèles de conduite sont privilégiés et les normes générales exceptionnellement invoquées. Différents travaux de recherches doctorales tentent d'en préciser les implications.

- Droit et juridicité ont en commun de recourir à la convention pour mettre en forme leurs rapports juridiques et, éventuellement, mettre des formes à leurs relations sociales

L'exigence commune de sanction du rapport juridique se trouve dans une forme partagée, les conventions. Celles-ci, en droit civil, librement formées « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » et, dans la juridicité, ont l'avantage hétéronomique de connoter à la fois les « bons usages sociaux » et les habitus, les accords économiques, les traités diplomatiques et la mise en forme juridique de l'échange des consentements. La convention est donc l'outil juridique privilégié de la juridicité. Le développement actuel de sa place dans la vie juridique est associé à ce qu'on appelle globalement la contractualisation qui correspond au moins autant à des revendications sociales et politiques qu'à des pratiques propres à la juridicité. On y reviendra également en commentant un ouvrage récent sur la question.

L'oralité, l'écriture, et le geste sont les trois cadres par lesquels on peut conserver la mémoire d'un acte ou d'un rapport qui pourra être tenu pour obligatoire. Ce qu'on appelle sanctionner est donc, comme on l'a posé en introduction, établir par un procédé ou une procédure ce caractère obligatoire, sans qu'il soit nécessaire, selon une perspective de pluralisme juridique, que ce soit l'autorité d'un juge ou d'une instance administrative qui soit invoquée. C'est le recours à la formule consacrée dans ce registre particulier qui emporte l'inscription du rapport juridique dans le monde du droit ou dans celui de la juridicité, qui « fait foi ».

Sur un foirail, lors de la vente de bestiaux, on n'exhibera pas un contrat écrit là où une paumée est le seul procédé valide pour consacrer l'échange des volontés. Inversement, le droit des affaires peut exiger la rédaction de contrats de plusieurs dizaines, voire plusieurs centaines de pages. Ce qui distingue le monde du droit de celui de la juridicité c'est que dans ce dernier où le geste et l'oralité juridique sont mobilisés de manière privilégiée, les rapports juridiques sont supposés plus interpersonnels et peuvent être associés à une inter-connaissance autorisant la confiance, la « foi » au moins relative, et une mémoire activée par les relations de travail, d'affaires ou de sociabilité continues. La relation juridique reste ainsi, comme hétéronomique, immergée dans le rapport social alors que le droit, par son usage dominant de l'écrit, favorise l'anonymat, la distance entre partenaires et l'autonomie de l'individu et du droit, mais aussi la stabilité et la sécurité des transactions.

Quatre exemples

Les exemples sélectionnés appartiennent à la vie contemporaine et à des domaines, internet, l'armée, la justice des mineurs, la chambre de commerce et d'industrie de Paris, dont on ne peut prétendre qu'ils aient un caractère marginal ou folklorique. Ils mettent en œuvre des régulations d'usage généralisé ou assez communes pour que la société et les spécialistes tiennent ces comportements pour « normaux ». Mais, quelles sont les normes ici invoquées ? Les explications « en droit » rencontrent difficultés et limites, rendant au moins attrayante l'hypothèse de juridicité. Un exemple africain a été glissé entre des cas français. Un exemple canadien portant sur les codes de bonne conduite avait aussi été programmé, mais n'a finalement pas été retenu, faute de place tant étaient riches ses implications.

- Les régulations des usages sur internet, entre droit et juridicité

Les Français ne renonçant que rarement à leur jacobinisme qui est une croyance « monolâtre » avons-nous écrit ci-dessus dans la vertu du recours à l'État et dans la centralisation des interventions, ont créé un organisme original, dénommé « Le forum des droits sur internet ». Créé en décembre 2000 par le premier ministre Lionel Jospin, « *cet organisme, censé être "un lieu permanent de dialogue et de réflexion", visant le développement harmonieux des règles et usages d'internet a aussi pour objectif de permettre de "mieux comprendre les enjeux du monde en réseau et, par le processus central du débat, d'y répondre de façon ouverte et humaniste". Son ambition est d'associer l'ensemble des acteurs à la construction de la civilité de l'internet* »¹⁵. Cette présentation, due à Renaud Berthou auquel nous empruntons l'essentiel des développements suivants (Berthou, 2005), met en évidence un paradoxe, celui de prétendre encadrer des pratiques en réseau par un organe unique, centralisé et institutionnalisé par le droit. L'échec au moins partiel était prévisible, mais il est intéressant de constater que l'auteur a quelque peine à prendre la mesure des innovations que le juriste doit maîtriser quand il aborde des situations dominées par le pluralisme et la complexité. Si

¹⁵ Les citations entre guillemets sont empruntées par l'auteur au décret instaurant le forum des droits sur l'internet (Berthoud, 2005 n. 2).

R. Berthou a conscience qu'il faudrait opérer « *une césure franche avec la fabrique moderne du droit* », il reste immergé dans une conception classique du phénomène juridique. Illustrons successivement ces deux points.

Une citation, relativement longue, nous permet d'identifier la perception, très pertinente, que R. Berthou a du problème à résoudre : « *On peut notamment remarquer que ce forum reste sous dépendance étatique et qu'il est enclavé dans un pluralisme et une complexité limités. Il semble n'avoir pas pris pleinement acte du phénomène internet et hypothéquer de ce fait la qualité de ses résultats. Si le forum des droits apparaît en effet comme une expression juridique remarquable dans la mesure où elle prend institutionnellement acte de l'originalité d'internet, cette construction juridique doit néanmoins être appréciée à sa juste valeur : celle d'un objet juridique hybride, ni étatique ni civil, ni moderne ni postmoderne. En fait une gabegie structurelle, certes étonnante, mais peut-être encore insuffisante au vu des exigences d'internet* » (Berthou, 2005, 784-785). Si le jugement final est sévère en parlant de gabegie, donc, selon le dictionnaire, à la fois de désordre et de gaspillage, l'identification d'un objet hybride est bien venue, même si elle semble mal appréciée par l'auteur.

Notre auteur ne semble pas avoir pris la mesure du caractère hétéronome, via l'hybridation, de cette construction juridique. Bien que cherchant à s'inscrire dans un pluralisme juridique raisonné, celui de Norbert Rouland (1991) nommément cité, il reste, en traitant le forum comme « un ordre juridique » particulier (2005-786), dépendant d'une analyse qui postule l'autonomie du droit et les attributs que nous en avons dégagés, dont celui d'ordre juridique. Or, il y a une contradiction, jugée par nous critique, entre le phénomène de mise en réseau et une lecture obéissant à l'exigence de l'ordre juridique. Une dernière citation en révélera l'enjeu : « *Internet, en faisant évoluer les processus de création de droit de façon réseautique, impliquerait pour les ordres juridiques de modifier leurs couches structurelles profondes dans le sens pluraliste et complexe (ces deux qualificatifs se trouvant englobés dans le terme réseau et consistant dans un premier temps "à faire de la régulation"). Sans cette adaptation, les actions des ordres juridiques subirait une perte de pertinence* ».

En fait, l'inscription dans le monde du réseau ne suppose pas une adaptation mais une véritable révolution mentale remettant en question non seulement le jacobinisme mais la représentation usuelle et positive du droit. Rejetant les dichotomies qui sont sous-jacentes au principe d'englobement du contraire, valorisant la complémentarité des différences, une démarche se donnant pour objet la régulation des pratiques sur Internet ne peut que mobiliser l'hypothèse de la juridicité pour penser et organiser la transmodernité ainsi dégagée.

Inscrit dans une pluralité de « mondes », celui d'internet ne peut organiser ses régulations que par recours à des modèles de conduites et de comportements débouchant, éventuellement et au mieux, sur des codes de bonne conduite quand ils mobilisent l'économie des conventions. L'hypothèse de la juridicité est donc bien une piste à approfondir pour mieux cerner l'originalité des processus d'organisation institutionnelle plus ou moins stable et durable dans un contexte communicationnel, dans un *medioscape* dirait peut-être Arjun Appadurai.

- La parenté de l'épaulette au Mali, un exemple de juridicité reposant sur des modèles de conduites et de comportements dans le contexte de la néo-modernité africaine

Une des innovations les plus intéressantes à suivre en Afrique noire est l'émergence de cultures communes transcendant les appartenances ethniques et, ainsi, contribuant à la naissance d'une citoyenneté originale. Ce processus s'inscrit dans la très longue durée. Il a sans doute été initié par les premiers chocs frontaux des Africains au moment de la conquête coloniale avec une modernité qui se veut occidentale et est tenue pour l'équivalent du progrès et de la civilisation. Parmi les raisons qui expliquent les difficultés et les lenteurs de ces transformations, et outre les préjugements ethnocentriques dévalorisant les expériences africaines, il en est une qui ne fut pas assez prise en considération, la politique juridique

adoptée lors des Indépendances politiques et conduisant à reproduire le dispositif institutionnel colonial, l'esprit des lois et la manière occidentale d'aborder et d'appliquer le rapport au droit et à la justice. C'est un paradoxe, sur lequel on ne reviendra pas ici, que les Africains ont adopté pour gérer leur nouvelle liberté les instruments de leur aliénation passée. Cependant, aux marges de ce droit facteur d'inertie ou d'entropie apparaissent des régulations nouvelles qui ne sont ni traditionnelles, même si elles s'inscrivent en continuité avec des démarches antérieures ni connues du droit. Elles sont obligatoires pour les acteurs inscrits dans ce domaine de la société et soumis à des régulations qui les obligent au moins autant qu'en matière de contrats ou d'application des normes légales. Après avoir analysé ces régulations comme illustrant ces formes nouvelles d'acculturation dans des cultures communes, on les associe maintenant à une sphère de la juridicité, sphère ressemblant en vérité plus à un patchwork qu'à une épure.

On appelle au Mali la parenté de l'épaulette la relation existant entre l'aspirant recevant sa première barrette et l'officier supérieur qui la lui remet. Cette relation s'inscrit dans un double héritage, celui des relations hiérarchiques caractéristiques de l'armée coloniale française et les rapports aînés cadets propres aux sociétés « traditionnelles » africaines. Par la parenté de l'épaulette, l'officier supérieur devient le mentor de son cadet qui devra le consulter avant chacun des choix de carrière. Faire autrement ou ne pas tenir compte de l'avis de son aîné, c'est un blocage assuré de cette carrière à terme. C'est donc la condition d'une promotion au moins normale, si possible accélérée si le « patron » parvient en haut de la hiérarchie.

En contrepartie, l'officier supérieur peut espérer une discipline totale de la part de son cadet qui, sollicité, ne peut exciper ni des intérêts du service, ni de clauses de conscience ni de déontologie ou d'éthique militaire. Cette relation interpersonnelle est connue de tous les pairs et jugée comme une obligation s'imposant au titre d'un « code d'honneur ». Nous avons pu l'observer en février-mars 1991 à Bamako, capitale du Mali, lorsque des émeutes urbaines contre la pauvreté ont conduit à un massacre de jeunes écoliers et étudiants sur le pont enjambant le fleuve Niger dit depuis « des martyrs ». Les « mères » de Bamako sont allées voir des officiers supérieurs à la retraite pour leur demander d'arrêter ce massacre. Le lendemain, les officiers en activité, cédant dit-on aux sollicitations de leurs aînés, rentraient dans leurs casernes, scellant le sort du président Moussa Traoré et fondant la troisième République du Mali (Le Roy, 1993).

- Habitus des jeunes mineurs de justice

Comme d'autres domaines de la vie judiciaire, la justice de mineurs repose en France sur quelques notions dont, dans le cas, l'imprécision tranche singulièrement avec la précision de la terminologie et de l'interprétation ou avec des évolutions supposant une modification de la jurisprudence. Il s'agit de l'appréciation de la conduite des parents selon un modèle du « bon père ou de la « bonne mère » proche de celui « du bon père de famille » du Code civil, de la nécessité de « requérir l'adhésion des parents aux mesures proposées », de « respecter les convictions philosophiques et religieuses de la famille » (art. 1200 du NCPC) et d'agir toujours « dans l'intérêt de l'enfant ». Ces attentes sont mises en œuvre par les juges des enfants selon des « coutumes » propres au tribunal et en usant principalement dans la phase éducative de son intervention dite justice de cabinet, de « contrats » passés avec les mineurs, contrats qui, juridiquement, n'en sont pas. Car ce « contrat » n'est pas négocié mais, au mieux, son application est discutée avec (et non par) le mineur et ses représentants. Pourtant, il peut être considéré comme relevant d'un ordonnancement « accepté » par le mineur grâce au mode d'intervention (*modus operandi*) du magistrat pour faire partager ses choix et faire adhérer à des modèles de conduites et de comportements par une modification plus ou moins substantielle des habitus du mineur au sein de sa famille. Ces « contrats » n'ont pas en soi la

validité d'une convention « tenant lieu de loi ». Ils ne réfèrent pas à des normes générales et impersonnelles. Ils ne reproduisent pas de solutions normatives antérieures et s'adaptent aux conditions de vie et aux changements de comportements du mineur et de son entourage. Bref, ce n'est pas du droit, ni de la coutume juridique mais cela relève pourtant de la sphère juridique et pleinement de l'intervention du juge. C'est comme cela, depuis soixante ans, qu'il faut faire pour répondre à la fonction éducative de la justice des mineurs et obtenir l'adhésion tant des mineurs que des familles. Comment expliquer des interventions qui se situent à la fois hors du droit (*stricto sensu*) et dans le champ du judiciaire ?

Rappelons, pour ceux qui ne sont pas familiers avec les mythes fondateurs de la justice des mineurs en France, qu'il s'agissait, en 1945, non seulement de réorganiser la justice mais de refonder tant la société que la République. Pour ce faire, émerge la figure d'un juge accoucheur de société, acteur d'une socialisation juridique et porteur d'une représentation du salut d'une jeunesse pervertie par le second conflit mondial, la violence et les fascismes. Si on y ajoute que la véritable figure qui est ainsi incarnée est christique (Humphris, 2006), la coupe semble pleine. Et pourtant, hors des modes opératoires de la justice classique (Le Roy, 2007), le juge des enfants remplit une fonction de lieu des attentes et des contraintes de la société. Il invente, entouré de la famille, des éducateurs de la protection judiciaire de la jeunesse (PJJ) des assistants sociaux ou de la police, une fonction de pacification et de socialisation par l'invention de modèles de conduites et de comportements adaptés à chaque situation et à chaque mise en danger. Et lorsqu'il est en face de situations si fondamentalement étranges ou étrangères qu'il ne saurait seul imaginer les solutions pertinentes, il peut faire appel à des experts, des « sachants » en intermédiations culturelles qui vont l'aider à formuler des modes de socialisation à la hauteur du défi que représente la gestion de la différence culturelle selon les contraintes des principes d'égalité et de laïcité « à la française » (Le Roy, 2003). Ce dialogue entre des magistrats et la recherche appliquée au LAJP a été illustré à propos des enfants africains dits « sorciers » et, de ce fait, rejetés par leurs familles. Sur la base d'une reconstitution des histoires familiales, des rapports au pays d'origine, aux ancêtres éventuellement, on peut identifier les modèles en cause et, le plus souvent « réparer » la pièce du puzzle défectueuse qui permettra ensuite de mobiliser à nouveau le « bon » modèle de socialisation de l'enfant (Maximy et alii, 2001).

Ce type d'intervention est pleinement inscrit dans les compétences du magistrat, mais ne relève pas du droit car il ne met en cause directement que des principes généraux, mobilise des modèles de conduites et ainsi appartient à la juridicité comme champ de régulation complémentaire du droit « stricte ».

Les études sur la justice des mineurs sont rarement publiées. Elles sont pourtant particulièrement révélatrices de l'originalité des modes de régulation lorsqu'elles s'inscrivent dans un contexte interculturel. Nous avons commencé à faire connaître ces expériences (CAD HS, 2006, Le Roy, 2003). Gilda Nicolau y consacre un des exercices d'ethnologie juridique d'un ouvrage (Nicolau et alii, 2007) prototype des nouvelles approches du phénomène juridique par ses praticiens. Citons quelques extraits de sa conclusion où elle mesure « *les enjeux pluralistes, ou multijuridiques, c'est-à-dire respectueux des différences culturelles vis-à-vis de l'application d'un droit transcendant et plaqué sur des réalités qui lui sont étrangères* » :

(...) (d) e plus, et même en Droit, la règle générale est une moyenne, dont aucun des paramètres ne ramène totalement à une réalité toujours progressive ; c'est le travail du juge que de procéder à cet « ajustement ». Pour autant, si la destruction de la culture d'origine est responsable de bien des maux, le déni d'appartenance de la culture d'accueil l'est tout autant. C'est cet entre-deux culturel qu'il faut nover en pluri-appartenance, en le libérant des conflits de légitimités. Pour reprendre la métaphore du

tissu sans couture qui symbolise la cohésion sociale, la justice des mineurs ne fait pas autre chose que de la couture, de la haute couture ». (2007, p. 341)

Le rapport au droit à la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (CCIP)

Le monde des commerçants et capitaines d'industrie commence également à faire l'objet de recherches . On citera la présentation que fait Corinne Delmas des rapports des membres de CIC au droit, rapports comme on le constate contrastés car le droit se présente comme un obstacle et comme un atout.

« La CCIP est une forme « d'ordre négocié ». Si cette institution est soumise à un ordre formel, ses membres entretiennent un rapport contrasté avec la règle, eu égard aux profils et aux fonctions différenciées des élus consulaires et des agents salariés. Le droit est souvent perçu comme une contrainte dans une organisation caractérisée par le poids d'un ordre informel et du pragmatisme. Tel qu'il est mis en œuvre par la CCIP, le droit est aussi un atout, en tant que source de légitimité et instrument de consolidation » (Delmas, 2007, 597).

Au fil de ses analyses, l'auteure est amenée à distinguer « *trois ordres de normativité (...) : un ordre informel ritualisé, hérité mais très présent, le droit et une logique manageriale de plus en plus prégnante* » (2007, p. 611). Plusieurs observations pourraient être ici développées. Le pluralisme tout d'abord, condition de l'efficacité du dispositif. La distinction, ensuite, entre les deux premières logiques et la troisième qui ne relève ni de la juridicité ni du droit même si les acteurs trouvent dans le droit un support à la légitimité des actes d'expertise pour lesquels ils sont mandatés. La bonne gouvernance des entreprises et la gestion des organisations peuvent s'adosser au droit mais les élus consulaires se refusent à y sacrifier tant que faire se peut : point ici de monolâtrie, alors qu'elle est plus facilement trouvée chez les agents salariés recrutés pour l'excellence de leurs compétences juridiques. La juridicité, enfin, peut être associée à cet « ordre informel ritualisé » et routinier qui fait largement appel à la négociation, mobilise des modèles de comportements typiques et que juge ainsi de manière plutôt critique l'auteure :

. « (...) les rituels, le 'secret', les non-dits, l'apparat, la contrainte de l'étiquette et de la représentation peuvent être perçues comme des instruments de domination particulièrement efficaces ; ce sont autant de modes d'affirmation de l'institution à l'égard des élus et d'imposition de comportements empreints de complaisance et de déférence ». (2007, 605).

La juridicité n'est donc pas un espace pacifié. Elle est traversée par des tensions inhérentes à la vie en société avec une contrainte : trouver au sein du groupe les solutions aux conflits.

Enchâssement, holisme et pluralisme : les enjeux politiques de la juridicité

On revient ici à la notion d'hétéronomie pour en approfondir quelles connotations, voire lever quelques craintes ou frayeurs, car ces questions font l'objet d'investissements symboliques considérables et ne peuvent être approchées qu'avec prudence.

On partira d'une remarque de Louis Dumont dans la préface de l'ouvrage de Karl Polanyi sur le capitalisme et dont l'intitulé est explicite : *La grande transformation, aux origines politiques et économiques de notre temps*.

L'anthropologue, commentant la démarche de l'économiste et sa perspective historique l'autorisant à mesurer la rupture introduite par la généralisation du marché, écrit que le comparatisme «*revient à refuser jusqu'au bout la compartimentation que notre société et elle seule propose et, au lieu de chercher dans l'économie le sens de la totalité sociale (...)*

chercher dans la totalité sociale le sens de l'économie » (1983b-XVI). Dans *Le jeu des lois* (Le Roy, 1999, 32), nous ajoutons « remplaçons économie par droit et nous voyons exposée l'exigence de totalité et de généralité des modèles anthropologiques que nous avons à construire et à expérimenter. » Ajoutons en outre au marché le rôle de l'État et de l'individualisme, comme nous l'avons vu, pour comprendre le principe de clôture introduit par l'idée d'autonomie en droit et du droit et le sens du renversement qu'induit une démarche comme celle de Louis Dumont. Elle suggère que l'économie, le droit, le politique etc., surtout quand on se situe dans leurs marges, doivent être « ré-enchâssés » dans la totalité sociale non point pour s'y dissoudre mais pour mettre en évidence leurs complémentarités hétéronomiques fonctionnelles au service de la société et, disons-le directement, pour mieux mesurer leurs contributions respectives à la démocratie.

Ce renversement nous ramène-t-il au holisme, voire à une confusion des références normatives et politiques ?

Olos désigne en grec le tout entier et ainsi, selon Louis Dumont, « *on désigne comme holiste une idéologie qui valorise la totalité sociale et néglige ou subordonne l'individu (...) Par extension, une sociologie est holiste si elle part de la société globale et non de l'individu supposé donné indépendamment* » (1983a, 263). En fonction de cette définition, doit-on considérer l'esquisse présente d'une théorie de la juridicité comme holiste parce qu'hétéronome ? La question met en cause le statut idéologique de la juridicité en se référant implicitement au contexte historique du premier XX^e siècle marqué par les formes de récupération autoritaire du droit, tous fascismes confondus. On se gardera de facilités qui consisteraient par exemple à associer juridicité et fascismes sous le prétexte que la reconnaissance d'un domaine annexe à celui du droit viendrait affecter la conception de l'État de droit, laquelle n'a pas besoin de cette mauvaise querelle pour être ébranlée. On examinera surtout de manière beaucoup plus approfondie la démarche anthropologique mise ici en œuvre et le fait qu'elle repose sur une observation de ce que font les acteurs et non sur une herméneutique ou commentaire de la norme juridique. Force est donc de conclure que la théorie de la juridicité n'est pas holiste sans être pour ce faire individualiste. C'est le débat engagé à propos du multijuridisme (Lajoie et alii, 1998) avec les théoriciens du pluralisme juridique qui nous a convaincu de l'importance de nous situer dans un entre deux qui doit être progressivement construit comme un domaine original de régulation, propre à des anthropologies contemporaines.

Cette approche nous ramène-t-elle « en arrière », au risque de la confusion intellectuelle et politique ?

Dans une lecture critique de la tendance à généraliser la contractualisation, Alain Suppiot y associe la déconstruction du droit et la renaissance féodale. S'il s'en émeut, c'est moins pour revenir à quelque âge d'or du positivisme que pour en comprendre les nouveaux enjeux. Quelques extraits de sa conclusion nous mettent en situation :

« La résurgence féodale en droit contemporain est plus qu'une hypothèse ; elle est le symptôme partout visible d'une réponse immunitaire du système juridique au programme de déconstruction dont il est l'objet (...) Cette conclusion n'a rien de désespérant, bien au contraire. Elle témoigne de la capacité des hommes à survivre aux impasses où les engage ce dernier avatar fondamentaliste de l'Occident qu'est le contractualisme. Compte tenu du refoulement par les esprits modernes de tout ce qu'ils doivent à l'héritage médiéval, il conviendrait sans doute que les juristes s'accordent sur une terminologie plus attractive pour décrire les voies du renouveau que recèle l'actuelle renaissance féodale. Ils le font déjà du reste en accueillant les notions de réseau, de régulation, d'entités économiques (...) là où une analyse rigoureuse révèle des liens d'allégeance, des fiefs ou des tenures-services » (Suppiot, 2007-43/44).

On peut certes relever des analogies avec les catégories utilisées dans ces analyses. La critique de la contractualisation est celle de l'économie des conventions dont nous avons traité ci-dessus et les notions de réseau et de régulations ont été largement exploitées. La juridicité serait-elle un avatar du droit féodal, comme la gouvernance par exemple ? L'hypothèse est recevable car le caractère trans-moderne de notre démarche anthropologique, donc la reconnaissance de la présence dans nos expériences juridiques contemporaines d'éléments de pré-modernité, accepte la possibilité de considérer certaines pratiques actuelles comme relevant de logiques antérieures.

Mais, en dehors d'un salutaire questionnement, on ne voit pas ce que peut ajouter à la présente recherche l'hypothèse de reféodalisation du droit. Si elle a la vertu d'exciter nos neurones, elle n'apparaît pas à la hauteur de la complexité des phénomènes qui se dévoilent progressivement devant nous.

En guise de conclusion. Penser la juridicité et les nouvelles civilités

Ne croyant pas dans des retours en arrière à des institutions anciennes mais plutôt dans la persistance et à la permanence de systèmes d'idées et de modes de penser correspondant à des expériences vécues et, à ce titre, toujours mobilisables tout en étant également toujours dépassables ou négociables, nous devons aborder la relation juridicité/droit d'abord comme deux modes complémentaires de penser l'organisation des sociétés et l'institution de la vie.

De même que nous avons rompu avec la conception juridique de la coutume en définissant celle-ci comme « les manières de dire les manières de faire pour assurer la reproduction du collectif », de même devons-nous avancer pour la juridicité.

Comme la coutume qui en est une manifestation, la juridicité est un contenant, non un contenu, un englobant. C'est aussi un creuset (ou une matrice) dans lequel les faits sociaux se juridicisent et, comme on l'a répété, se « sanctionnalisent ». La différence entre juridicité et droit tient au choix du creuset et à l'alliage qu'on va vouloir y fondre, donc le métal qu'on va produire.

Dès nos premiers travaux anthropologiques, nous avons eu l'intuition que le juridique dans les rapports fonciers en Afrique noire ne relevait que d'une lecture matricielle en l'absence d'un équivalent normatif d'un texte de droit. Il semble que nous ayons eu raison, tant au moins que des arguments contraires n'aurent été avancés. Une autre de nos intuitions ces dernières années est d'associer au droit l'institutionnalisation comme tentative de soumettre à une mise en forme particulière l'organisation des rapports sociaux. Cela pourrait prêter à un nouveau postulat : instituer par la juridicité et institutionnaliser par le droit.

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

La mise en application de la théorie de la juridicité peut conduire à relire des travaux passés, à observer les comportements présents ou à spéculer sur les formes nouvelles de juridicité d'une société trans-moderne qui s'ouvre devant nous.

Une anthropologie politique du droit conduit à poser au moins trois questions. Quelle est, dans la situation de pluralisme, la bonne place à donner à l'époque contemporaine à la diversité des gouvernances politiques, économiques, communicationnelles¹⁶ ? Quelle part

¹⁶ On pense en particulier au contexte italien actuel

réserver à la loi pour que trop de droit ne tue pas le droit ? Jusqu'où intervenir dans l'économie des conventions pour que le contractualisme ne signe pas une régression sociale et démocratique ?

À l'hypothèse de re-féodalisation du droit et de la société d'Alain Suppiot, nous souhaiterions opposer une autre hypothèse, déduite d'autres travaux en cours et portant sur l'invention de nouvelles cultures de la civilité. Conçue comme un idéoscape au sens d'Appadurai, la civilité en émergence apparaît typiquement trans-moderne. C'est ce type d'hypothèse qui nous semble intéressant à approfondir si le cycle de recherche initié en 1976 continue à nous réunir, car les questions dont nous débattons sont encore bien loin de trouver une réponse assurée

Bibliographie

AFAD, Association Francophone d'Anthropologie du Droit, 1996, *Le juge, une figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan.

ALLIOT Michel, 2003, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala.

APPADURAI Arjun 2005, *Après le colonialisme, les conséquences culturelles de la globalisation*. Paris, Payot, Petite Bibliothèque. trad. française de 1996, *Modernity at large, Cultural Dimensions of Globalization*.

ARNAUD André-Jean, 1994, « Anomie », André-Jean Arnaud (dir.) ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e ed., p. 31-33.

BERTHOU Renaud, 2005, « La “ forumisation ” du droit : à propos des perspectives et enseignements d'une expérience originale de création du droit » , *Droit et société*, volume 61, p. 783-816.

BOLTANSKI Luc, THEVENOT Laurent, 1991, *De la justification, les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard.

BOUDON Raymond, BOURRICAUD François, 1999, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, (3^e ed.).

BOURDIEU Pierre, 1986, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en science sociale*, vol. 65, p. 40-44.

CAHIERS D'ANTHROPOLOGIE DU DROIT (CAD) Hors série, 2006, *Juridicités*, Paris, Karthala.

CARBONNIER Jean, 1977, « Les phénomènes d'internormativité », *European Yearbook in Law and Sociology*, La Haye,

CARBONNIER Jean, 1995, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 8^e ed.

DELMAS Corinne, 2007, « La chambre de commerce et d'industrie de Paris : un ordre négocié », *Droit et société*, volume 67, p. 597-613.

DROITS, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, 1990, *Définir le droit*, vol 10 & 11.

DUBOIS Jean, 2001, *La relation au droit de jeunes travailleurs, De la dysnomie à la maîtrise citoyenne du pluralisme juridique. Une anthropologie du rapport à la loi des résidents d'un foyer en région parisienne*, Paris, Université Paris 1, thèse pour le doctorat en droit.

DUMONT Louis , 1983a, *Essais sur l'individualisme, une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*. Paris, Seuil, col. Esprit.

DUMONT Louis, 1983b, « Préface », Karl Polanyi, *La grande transformation, aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard.

EBERHARD Christoph (ed.) , 2002, « le droit en perspective interculturelle, images réfléchies de la pyramide et du réseau », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Numéro spécial, 2002.49.

GARCIA-AMADO Juan Antonio, « Autoréférentiel (système) », André-Jean Arnaud (dir.) ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2° ed. p. 49-51.

HUMPHRIS Nicolas, 2007, *La justice des mineurs*, Paris, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, thèse pour le doctorat en droit.

LAJOIE Andrée, MACDONALD Roderick A., JANDA Richard, ROCHER Guy, 1998, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, Bruxelles, Éditions Bruylant.

LEBEN Charles, 2003, « Ordre juridique », Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF-Lamy, p. 1113-1118.

LEGENDRE Pierre, 1999, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard.

LE ROY Étienne, 1984, "L'introduction du modèle européen de l'Etat en Afrique francophone: logiques et mythologiques du discours juridique", C. Coquery Vidrovitch et A. Forest, (dir.), *Décolonisation et nouvelles dépendances*, Lille, PUL, p. 81-122.

LE ROY Étienne, 1985, « L'esprit de la coutume et l'idéologie de la loi », Académie des sciences d'Outre-mer, *La connaissance du droit en Afrique*, Bruxelles, Actes du symposium des 2-3 décembre 1983, p. 210-240.

LE ROY Étienne et alii, 1985, *La justice des mineurs en région parisienne*. Rapport au Commissariat général du Plan et au Ministère de l'éducation nationale, Paris, LAJP, 220 p.

LE ROY Étienne, 1993, " Mouvement paysan et transition démocratique dans le sud du Mali (avril 1991-avril 1992)", *Année africaine 1992-1993*, Bordeaux-Talence, CEAN-Pédone, p. 145-160.

LE ROY Étienne, 1999, *Le jeu des lois, une anthropologie 'dynamique' du droit*, Paris, LGDJ. Col. Droit et société, série Anthropologie.

LE ROY Étienne, 2003, " La démarche d'intermédiation culturelle, une expérience au Tribunal pour enfants de Paris, 1996-2002 "., DERPAD, *Protection de l'enfance et diversités européennes*, Paris, Editions petite capitale, p. 299-310.

LE ROY Étienne, 2006, « *In ordinem adducere*, ou comment tenter d'imposer, par le droit, « la » civilisation. La mise en ordre de la « justice des indigènes » et le discours juridique colonial en Afrique noire française", *Droits*, vol. 43-1, p. 199-219.

LE ROY Étienne, 2007a, « Le dédoublement de la figure du procès, cérémonie de reconstruction du lien social », Edwige Rude-Antoine (dir.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, PUF, CURAPP , p. 15-30.

LE ROY Étienne, 2007b, « Le tripode juridique, variations anthropologiques sur un thème de 'Flexible droit' », *L'Année sociologique, 'Autour du droit : la sociologie de Jean Carbonnier* vol. 57, N°2, p. 341-351.

LE ROY Étienne, 2008, « Le champ scientifique comme concept propice à rendre compte des innovations de la recherche en sciences humaines et sociales des pays du Sud », Géronimi Vincent, Bellier Irène, Gabas Jean-Jacques, Vernières Michel, Viltard Yves, *Savoirs et politiques de développement, questions en débat à l'aube du XXI° siècle*, Paris, Karthala-GEMDEV, p. 141-164.

LE ROY Étienne, à paraître, "L'horizon de la juridicité : comparer les différences dans leurs complémentarités pour repenser les droits dans une perspective globale de régulation des sociétés contemporaines". Communication au colloque « *Les frontières avancées du savoir du juriste* », Accademia delle Scienze di Torino, 25 au 27 avril 2007, placé sous l'égide de *L'istituto subalpino per l'analisi del diritto delle attività transnazionali* et de *l'Associazione italiana di diritto comparato*.

- MAXIMY Martine de, BARRANGER Thierry, MAXIMY Hubert de, 2001, *L'enfant sorcier africain entre ses deux juges*, Saint-Germain en Laye, Odin.
- NICOLAU Gilda, PIGNARRE Geneviève, LAFARGUE Régis, *Ethnologie juridique, autour de trois exercices*, Paris, Dalloz, col. Méthodes du droit.
- OST François, LENOBLE Jacques, 1980, *Droit, mythe et raison, essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, FUSL
- PFERSMANN OTTO, 2003, « Hiérarchie des normes », Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF-Lamy, p. 379-383.
- ROULAND Norbert, 1991, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob.
- SUPPIOT Alain, 2007, « Les deux visages de la contractualisation ; déconstruction du droit et renaissance féodale », Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez, (ss la dir. de) *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, Droit et société, recherches et travaux 16, p. 19-44.
- TIMSIT Gérard, 2003, « Système », Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF-Lamy, p. 1462-1465.
- VAN DE KERCHOVE Michel, 1994, « Autonomie », André-Jean Arnaud (dir.) ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^o ed., p. 49.
- VARAUT Jean-Marc, « Indépendance », Loïc Cadiet (dir.) ; *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, p. 622-629.
- VANDERLINDEN Jacques, 2002, « Réseaux, pyramides et pluralisme, ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Numéro spécial, 2002.49., p. 11-36.
- VEYNE Paul, 2007, *Quand notre monde est devenu chrétien (312-394)*, Paris, Albin Michel, Bibliothèque Idées.