

Le temps scintille et le songe est savoir.
Paul Valéry. Le cimetière marin.

La prophétie du non-droit¹

Ce titre n'est qu'un jeu de mots, mais un jeu très sérieux ; un jeu qui fait grandir lorsque, dans la civilisation occidentale², ou celles où le droit occidental a été greffé, on peut avoir un accès au droit suffisamment critique³, pour pouvoir choisir, chaque fois que possible, le non-droit. Un jeu qui n'est pas de dupes, à l'heure de la coexistence des intégrismes de tous bords et de la mise en cause de la notion de violence légitime derrière laquelle ils s'abritent. Les prises de conscience se font dans deuil d'une forme de droit en déficit de légitimité, comme autant de renaissances.

Là se développe l'énigme⁴. Car il s'agit ici de l'adapter à toutes les formes et natures de la juridicité.

Jean Carbonnier ne s'est pris ni pour un prophète, ni pour un autre que lui-même⁵, avec tout le « jeu de vivre »⁶ que cela comporte et la part d'enfance, d'âge d'or, ou de primitivité qu'il a su sauver en lui durant quatre vingt quatorze ans.

Jeu de vivre avec les mots dont il m'a transmis le goût, sans poids puisqu'il ne l'a jamais su. Le titre de cette communication aurait pu être autre. Plus près de son centième anniversaire que nous fêtons comme un hymne à la vie. J'aurais pu, depuis son œuvre contrebalancer le titre de son dernier ouvrage coécrit avec ses amis de longue date⁷ : « Libéralité, une offre de non-loi »⁸. Car il s'agit bien d'une donation entre vifs, qui nous est faite en 1963, et que je viens maintenant rapporter à la succession, en notaire comme on les aime : ceux qui savent faire les comptes, tous les comptes. Mais dans le non-droit, on ne compte pas monsieur, on ne compte pas.

Or cette transmission en forme de vœu, d'invitation plus que de prédiction, est, de notre dette à l'égard de ce sceptique-pessimiste actif, la plus fondamentale. C'est une double transmission transgénérationnelle, temporelle et spirituelle, une clé vers une deuxième vie de la vie.

¹ Mes plus sincères remerciements vont à Alain Rochegude qui a relu avec attention ce texte alors qu'il était très pris. A Etienne Le Roy qui m'a fait confiance, à Louise Villaréal qui nous offre sa bienveillance au quotidien au laboratoire d'anthropologie juridique de Paris1, aux étudiants du master d'anthropologie du droit qui me font aller plus loin dans mes lectures de Jean Carbonnier, à tous mes étudiants qui depuis 1982, ont partagé mon plaisir de le lire. A tout ce et à tous ceux qui me permettent souvent le droit au non-droit.

² Où sa formulation par Jean Carbonnier apparaît avec quelques influences orientales du Tao, et de bonnes lectures de psychologie, de socio-ethnologie, de philosophie et de psychanalyse. Le non-droit de Jean Carbonnier n'est pas celui du simple d'esprit, car il n'y pas "d'idiote culturel" (judgemental dope). H. Garfinkel, *Studies in ethnomethodology*, Polity Press, Los Angeles, 1967.

³ M. Delmas Marty, *Pour un droit commun*, Librairie du XXème siècle 1994, p 214, 215. Et toute la suite de son oeuvre.

⁴ Antoine Garapon a donné au juge ce beau titre de "gardien des promesses" sans doute inspiré de quelque manière. *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996. Mais le choix individuel (ou collectif) du droit ou du non droit est antérieur à la saisine du juge.

⁵ Ce qui aurait été dommage. Sauf en tant que législateur ; Jean Carbonnier, *Etre soi même est interdit, réflexions sur le législateur de 1804*, *Ecrits*, textes rassemblés par Raymond Verdier, PUF, 2008, p 704 et suiv, nota « Ne légifère pas pour la femme que tu aimes » p 705.

⁶ R. Jaulin, *Mon Thibaut, le jeu de vivre*, Aubier, 1980.

⁷ Amis vivants qui en ont fait état au colloque Carbonnier Législateur au Sénat, deux jours avant ces journées de Nanterre autour des sciences sociales. Puissent-ils être publiés ensemble pour le respect de la pensée de celui qui a souhaité réunir droit, législation et sciences sociales.

⁸ J. Carbonnier, P. Catala, J.de Saint Afrique, G. Morin, *Des libéralités une offre de loi*, *Jean Carbonnier, Ecrits, 1908-2003*, PUF, 2008, p 705.

Elle représente l'aboutissement, la complexité, la cohérence et la profondeur de sa pensée juridique, à la fois philosophique et spirituelle, anthropologique et terrienne⁹. Jean Carbonnier a expérimenté tous les terrains et toutes les facettes de la pensée normative. Il a pensé comme législateur, comme théologien (ce sont aussi des juristes), comme justiciable et comme citoyen ; et aussi, je me permets de le croire, en père, fils et ami et poète, maniant les normes dans tous ces domaines du droit et du non-droit avec une virtuosité singulière et précoce. A chaque fois, il l'a fait sans masque¹⁰, et avec la singularité de son rapport à la perfectibilité et au respect de la pensée d'autrui.

De tous ces points de vue, juridiques, ou plus du tout, mais tour à tour privilégiés en fonction du moment, du lieu¹¹ et de l'interlocuteur, il s'applique avec exigence à la liberté de pensée, et à la liberté de croire, la sienne, comme celle des autres, toujours entre ces divers stades et types de droits « objectifs » et leur non-droit conceptuellement complémentaire. Il creuse ainsi les mystères de la béance cognitive issue de la fermeture rationaliste de la pensée juridique moderne issue de la fortune du positivisme étatique. Avec la politesse et la poésie qui le caractérisent, il conceptualise l'Autre du droit¹² et, dans la confrontation, élève sa pensée du droit, comme sans doute, son éprouvé du non-droit. Il formule plus tard ses théorèmes de la sociologie juridique¹³ au cœur des paradigmes de l'émergence des normes développés en socio-anthropologie du droit¹⁴, sans toutefois les formuler expressément. Chemin parcourant, il pousse législateur comme juristes à la modération¹⁵. A l'avant-garde des théories des transferts de droit, il montre à contre courant de la législation et de la jurisprudence coloniale que ce n'est pas la coutume mais la législation qui doit avoir un rôle supplétif. La coutume est première, et la loi effective est celle qui est confortée par la coutume, comme par les autres sources convergentes.

Il « croit » au droit sans être dupe de sa dogmatique, au protestantisme qui participe de son identité au sein de la culture française du XXème siècle, à la liberté de religion pour les autres, également respectables. Ainsi, c'est aux musulmans polygames de France qu'il pense lorsqu'il écrit le texte sur l'égalité des enfants naturels et des enfants légitimes. La traversée du désert des protestants, ses lectures ethnologiques, lui donnent le sens de l'altérité normative. Il ne cessera, dans son art législatif, de n'oublier ni les minorités ni les faibles, afin qu'aucune partie de la population ne soit exclue du projet commun¹⁶. Car ce pessimiste actif n'a douté ni des justiciables, ni des citoyens ni du législateur, tous égaux devant ce mal que constitue la tentation de dominer l'Autre. Il les appelle à développer un sens de la mesure et de la juste distance, à l'égard de soi-même comme de l'autre.

⁹ Michel Serres, *La légende des anges*, Champs Garnier Flammarion, 1994, où les anges sont les messagers, choses et hommes des temps modernes ; l'auteur y fait notamment le lien étymologique entre le paysan et le païen (de pagus) entre la terre et le texte, la ligne et le sillon, pp 56 et 57.

¹⁰ Etre soi-même est interdit, *Ecrits*, op cit, p 705.

¹¹ A la suite d'Etienne Le Roy, les anthropologues du droit de Paris 1 diraient topoi, mais aussi les sociologues du droit, à la suite de Buonaventura de Sousa Santos, qui nous inspire de sa liberté de ton et de sa poésie en portugais.

¹² Carole Younès. C. *Le droit et la différence*, Thèse Université Paris 1, E. Le Roy (dir), 2002.

¹³ Les textes méritent d'être lus en suivant leur ordre d'écriture. Ainsi l'hypothèse du non-droit apparaît en 1963 aux archives de philosophie du droit et les théorèmes fondamentaux de la sociologie juridique dans flexible droit paru en 1969 en 18 chapitres dont droit et non-droit.

¹⁴ Et notamment le concept de médiation. En droit français, L. Cadiet, *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997, p 82,83. En socio-anthropologie du droit : Médiation et diversité culturelle- Pour quelle société ? 2002. C. Younès et E. Le Roy (dir), Karthala, 2007. Au Brésil, Camila Silva Nicacio, *Médiation pour l'autonomie : des altérités en dialogue*, Colloque Coimbra 2008, à paraître Pub du Centro de Estudos Sociais de B. de Sousa Santos (dir).

¹⁵ Pour ce processus que nous avons nommé endogénéisation, Gilda Nicolau, Geneviève, Pignarre, Régis Lafargue, *Ethnologie juridique-autour de trois exercices*, Dalloz, Méthodes du droit, 2007.

¹⁶ Il y achoppera avec l'enfant adultérin, c'était trop tôt pour le grand démocrate pluraliste défenseur du mariage.

Il a écrit beaucoup et de mieux en mieux. Aucun media ne le rebutait, curieux de tous. Le rayonnement de la prophétie n'est encore qu'une petite luciole comparée à sa force épistémologique et politique. Les organisateurs de colloques de ces dernières années l'ont compris. Il nous appartient de ne pas garder jalousement ce trésor.

« Pour donner à l'hypothèse sa véritable signification, sa signification de pointe, il est capital d'aller plus loin que la simple coexistence du droit avec d'autres systèmes de norme »¹⁷.

En développant en France le dialogue entre droit et sciences sociales, particulièrement dans la science de la justice¹⁸, Jean Carbonnier rompt doublement avec le positivisme étatique, pour refonder un positivisme sociologique dans la tradition de la socio-anthropologie¹⁹. Il semble avoir compris de sa lecture directe de la Bible, la leçon ignorée par Hans Kelsen dans sa théorie pure du droit.

La science comme le droit lorsqu'ils riment avec pouvoir, lui semblent être péché de vanité, propre de l'homme ; celui de prétendre détenir « la » vérité, qui sera toujours humaine, pour ensuite l'imposer aux autres, niés dans leur liberté, leur authenticité, leur contemporanéité.

Sans céder à l'impérialisme de la raison, ce scientifique est aussi un penseur critique du religieux. La religion monothéiste, phénomène occidental ancêtre du droit étatique²⁰, conduit à la vérité (et au pouvoir de son prétendu monopole) comme un privilège exogène réservé à Dieu²¹ ou à ses avatars imparfaitement laïcisés. Cette exogénèse²² le préoccupe, tant dans le droit que dans la religion. La distinction calviniste tripartite des lois morales, des lois cérémoniales et des lois juridiques s'y applique également. Mais que dire des deux royaumes ? Celui du monde ne peut pas se passer de droit. Si le royaume de Dieu est celui du non-droit, quels sont les chemins qui y mènent ? Quels sont les sens des concepts de vie et de mort rapportés à l'homme singulier ? En ethnologie, nous parlerions de rites initiatiques, lesquels permettent de renaître à une vie nouvelle, plus élevée spirituellement. La perte des célébrations quotidiennes des sociétés animistes a coupé l'occident du sens du réel, de la flexibilité des cycles de la vie et de leur refondation²³.

Jean Carbonnier autorise tous les renversements épistémologiques comme théologiques, tout en circonvolutions, et sans fractures. Pour autant, il ne craint pas les trous, car ils ne sont pas vides²⁴. Car peut-on encore parler de raison-seule²⁵, après la phénoménologie²⁶ ?

Les sceptiques de tous les temps ont également accédé²⁷ au sacré ou au mystère du lien entre les hommes et le monde ici et ailleurs de mille manières. Le génie des civilisations et le dialogue entre elles porte en lui la clé de l'invention du monde.

¹⁷ FD, p 23.

¹⁸ A la suite de François Génys qui ouvre la voie au pouvoir créateur des juges.

¹⁹ A l'époque où les guères fratricides entre sociologues et ethnologues n'avaient pas besoin de médiateurs.

²⁰ Il en souligne fréquemment la filiation catholique, notamment dans *Jean Carbonnier-le droit au non droit* op.cit, et *La religion fondement du droit, Ecrits*, p 1518. Cf Régis Lafargue, *Le droit au mépris de l'Etat- L'exemple du pluralisme familial....*op cit, ce colloque.

²¹ A moins que l'interprétation libre et donc interculturelle autorisée par le protestantisme, mais aussi par le Bouddhisme, ne permette de l'endogénéiser et de le vivre en communion, de « tout son être ».

²² Terme utilisé par les anthropologues du droit de l'Université Paris 1 pour désigner le mouvement de création du droit, non lus de haut en bas ou de bas en haut comme le font des positivistes, mais de l'extérieur vers l'intérieur ou vice versa comme le font les socio-anthropologues.

²³ Jankelevitch, *Penser la mort ?* Liana Levi (ed), 1994.

²⁴ FD, op cit, p 25.

²⁵ Référence aux "trois seuls" de la Réforme (L'écriture seule, la grâce seule, Dieu seul) in Jean Carbonnier. *Le droit au non droit, Ecrits*, op cit p 1531. Autrement dit, G. Lipovetsky, *L'ère du vide, Essais sur l'individualisme contemporain*, Folio Essais Gallimard, 1993.

²⁶ M. Merleau Ponty, *Le visible et l'invisible*, tel gallimard, 1964, p 22 et l'ensemble de l'ouvrage.

Jean Carbonnier répond avec constance²⁸, mais on ne semble pas l'entendre : le rôle du droit, et particulièrement de celui de l'Etat comme de celui de l'Eglise doivent rester subsidiaires. Le non-droit est l'essence, avec toute la force et la profondeur de vie qui l'érigent sans l'instituer, en principe de vie Ajuridique.

Mais l'homme, c'est bien connu, fait Dieu à son image ; et c'est un travail de pensée constante qui seul permet de devenir moins homocentriste²⁹. Là sans doute commence la quête anthropologique à venir.

La parole, qui crée le monde des hommes, le porte et le cloisonne, permet tout autant de communiquer, de se lier, comme de s'enfermer et faire violence. La culture est parole.

Le non-droit est le lieu de la parole sacrée et partagée (le verbe), le droit celui de la parole mesurée, échangée ou rétablie en justice, et sanctionnable³⁰. Dans le monde juridique, l'homme échange. Dans le monde du non droit, il transmet ce qui lui a été donné par la vie. Ce n'est qu'en ce sens qu'il « donne » sa parole comme le reste. Internormativité fondamentale de la transmission du bien et des biens. Les socio-ethnologues devraient lire l'hypothèse du non-droit pour mieux comprendre Marcel Mauss- Et les juristes « purs »³¹ les socio-ethnologues, qui savent poser les questions en bousculant les paradigmes, grâce à la comparaison.

Jean Carbonnier l'inqualifiable, méritait le titre de « passeur entre les mondes ».

Michel Alliot, qui se l'est vu attribuer par ses amis chercheurs et « disciples »³², a trouvé une formule qui a eu un beau succès chez les étudiants et chercheurs du LAJP³³ : « Dis-moi comment tu penses le monde, je te dirai comment tu penses le droit ». Je voudrais inverser cette maxime en guise de présupposé : « dis-moi comment tu penses le droit, je te dirai comment tu penses le monde. »

Je voudrais célébrer³⁴ laïquement avec vous la luminosité de son invitation au non-droit, irradiée par son expérience spirituelle- puis rappeler, car cela a été déjà fait brillamment au Sénat, l'ampleur politique de la prophétie. Enfin, me réjouir du chemin de liberté réelle car vitale qu'il a ouvert aux juristes, qui ne sont jamais que des hommes et des femmes³⁵, en dépit de leurs efforts pour mériter le masque³⁶. Héritière comme vous, je rapporte à sa succession,

²⁷ Car il n'y a qu'une pensée "indolente" et "orthopédique" qui ne pose que les questions pour lesquelles on a déjà les moyens de trouver la réponse. Buanaventura de Saousa Santos, A filosofia a venda, a douta o ignorância e a aposta de Pascal, *Revista Critica de Ciencias Sociais*, n° 80, Março 2008, 11-43, et Por uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências, *Revista Critica de Ciências Sociais*, n° 63, 2002, pp 242 et ss. Cette revue est en ligne.

²⁸ « Jadis c'est ce que je me tuais à dire, je ne suis d'ailleurs pas mort comme vous le voyez, c'est idiot ce que je dis là ! » Le droit au non droit. Entretiens avec Jean Carbonnier (de Olivier Abel), in *Jean Carbonnier, Ecrits, 1908-2003*, PUF, 2008, p 1533.

²⁹ La plupart des civilisations voient le commencement du monde chez elles, et les Jésus du monde sont de toutes couleurs de peau.

³⁰ Il détonne, dans l'art de retenir le bras armé. Gérard Cornu sait lui aussi ce que la justice du droit doit à la justesse des mots. Linguistique juridique, Domat, Montchrestien, 1990. cf le magnifique hommage dans ses mélanges, intégré dans la dixième édition de flexible droit. Date lilia, Ecrits en hommage à Gérard Cornu, PUF, 1994, *Ecrits*, p 52 et s.

³¹ Ou venir aux colloques de sciences sociales?

³² *Un passeur entre les mondes*, le livre des disciples et amis du recteur Michel Alliot, E. et J. Le Roy, H. Lamine, C. Eberhardt (dir) PUB de la Sorbonne 2000. Pour ceux qui savent son aversion pour l'assujettissement religieux, le qualificatif est une provocation. Michel Alliot aimait les jeux de lutte. Mais il y a des anthropologues et des anthropologues du droit du droit Yin.

³³ Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris 1.

³⁴ Voir aussi le Carbonnier plus grave de la vie éphémère, *Sociologie juridique*, PUF. Quadrige, 1994, p 397.

³⁵ *FD op cit*, p 95 « Ce que Piaget a observé des jeux de filles confirme ce qui pouvait être soupçonné de la juridicité de la moitié de l'humanité ; du moins de sa propension encore moindre à la règle de droit ».

³⁶ La persona, qui dans la tragédie permet à l'homme de parler aux dieux.

pour le partage, sa joie philosophique lisible dans la beauté, les facéties et l'irrévérence de son écriture.

I. La luminosité³⁷ de l'invitation au non-droit

La prophétie du non-droit s'impose comme questionnement des cadres épistémologiques modernes et anticipe les bouleversements paradigmatiques qui s'annoncent au cours de l'ère de passage à la post-modernité.

Curieux de tout, Jean Carbonnier s'est aussi fait le passeur des frontières. Il fit connaître en France Georges Gurvitch et Léon Pétraziki³⁸. C'est à Gurvitch que j'emprunterai le souci de bien distinguer les paradigmes des méthodes qui les servent (en les bousculant); à Léon Pétraziki, l'influence de la méthode (psychologique) sur le paradigme. A l'anthropologie juridique d'Etienne Leroy et Norbert Rouland, la nécessité des va et viens entre les deux. Jean Carbonnier avait déjà le souci éthique³⁹ qu'il introduit dans la recherche juridique. C'est ainsi, je crois, qu'il a failli - et nous a fait- basculer dans d'autres paradigmes.

A. Humanisation des méthodes

Depuis ses débuts récents, l'ethnologie a réalisé un saut quantique⁴⁰. Certains sociologues l'ont mal vécu. La méthodologie en sciences sociales, comme le droit comparé, sont les grands bénéficiaires du retour du terrain des ethnologues et de la possible prise en compte de l'ethnocentrisme et par conséquent, du juricentrisme des chercheurs occidentaux. Le non-droit et son acculturation du droit selon Jean Carbonnier, doit tout autant à l'ethnologie⁴¹, qu'à la rigueur de son éthique méthodologique⁴².

1. Ethique : sens du réel⁴³

Dans son œuvre, la pensée scientifique du droit est distinguée de la dogmatique⁴⁴. J'ajouterai de la doctrine, car sa morale n'est pas persécutrice, elle est une invitation. C'est pourquoi

³⁷ Voir Son fameux *Nocturne* . J. Carbonnier, Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, réédité 9 fois. Pour cette raison, je citerai désormais l'ouvrage par *FD dans son édition de 1992 (7eme)*.. Dans ce colloque voir E. Chevreau, *La règle juridique est un soleil qui ne se couche jamais*. Cf également, Michel Serres, *La légende des anges*, op cit, pp 248 et ss. (Nocturne et luminaire)

³⁸ Qui n'est traduit du Polonais qu'avec la thèse de Madame Bogda Serpette sous la direction de F. Terré. *Léon Petrazyski-Theorie du droit et de l'Etat en association avec la théorie de la morale*, Paris 2, 2002. CF également, B. Serpette, dans ce colloque.

³⁹ Qui consiste à élever (profondément) le réel en principes, ce qui la distingue de la morale. La morale est exogénèse, l'éthique endogénèse. Les positivistes Etatiques préfèrent la morale.

⁴⁰ Sur ce constat, *Ecrits*, p 1179.

⁴¹ Notamment à la lecture de Lucien Lévy Bruhl comme celle de Georges H. Mead (théorie de l'autre généralisé), mais aussi à Norbert Rouland (et vice versa). Nota *L'Etat Français et le pluralisme-histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Odile Jacob, 1995. Ce dernier explore désormais le non-droit, avec passion. *Du droit aux passions*, Presses universitaires d'Aix Marseille, PUAM, 2005.

⁴² R. Ogien, *L'éthique aujourd'hui-maximalistes et minimalistes*, Folio essais Gallimard, 2007. F. Varela, *Quel savoir pour l'éthique*, action, sagesse et cognition, La Découverte poche, 2004.

⁴³ J. Carbonnier écrit "le droit, c'est l'autre.", mais l'autre est aussi le non-droit, puisqu'il y a l'amitié! Également. F. . Ost, *Du Sinai au champ- de- Mars; L'autre et le même au fondement du droit*, Lessius, 1999.

⁴⁴ Il dit tenir cette distinction de la lecture de 'ouvrage de Lucien Lévy Bruhl *La morale et la science des mœurs* qui prônait à côté de la morale, une science des mœurs laquelle permettrait à côté de la morale normative, une sociologie morale. Il en déduit un parallélisme pour le droit : « à côté du droit dogmatique, c'est-à-dire du droit tout court, une sociologie du droit » in *Jean Carbonnier Le droit au non droit*, entretiens avec Olivier Abel, réalisé par Claude Vajda, France 2 Présence protestante. DVD. Reproduit dans *Ecrits*, 1908, 2003, PUF, 2008,

plutôt que de morale, qui est le sens des principes, est-il plus juste de parler, pour la sociologie, d'éthique, qui est celui du réel.

a. Hypothèse

Observateur critique du droit⁴⁵, le non-droit lui apparaît comme univers des possibles, qui se vit, s'éprouve, advient comme « culture qui se mérite »⁴⁶. Il interroge le cadre de la pensée juridique, celui de ses pratiques, procède à une anthropologie « du juriste »⁴⁷. L'autodérision ne lui fait pas peur. Tout obstacle lui est bon à franchir pourvu qu'il serve à penser et à dé-penser le droit.

Mon interprétation du non-droit comme Autre du droit, invention du monde depuis son être au monde, me vient probablement de l'ethnologie philosophique de Robert Jaulin. Je suis également portée par ses formules poétiques et réelles et émerveillée par la différence de ces deux hommes, uniques. Elle permet d'élargir ce que les exemples pris dans son domaine de compétences⁴⁸ avaient pu susciter de limitation du concept. Mais les lecteurs de Jean Carbonnier savent comme il manie l'argument de contradiction avec ironie, et les divers degrés de lecture de ses tournures⁴⁹. Mes co-auteurs et moi avons eu l'occasion de reprendre à cet égard, les débats sur le curseur de la juridicité, qui mènent à convenir qu'il n'y a du droit que des définitions stipulatives, lesquelles comme chacun sait, ne font que creuser les désaccords entre sciences humaines et droit⁵⁰.

« Dans une contribution sur le déclin et le dépérissement du droit, Jean Carbonnier s'attache à cerner cette négativité caractéristique du droit qui ne se confond ni avec l'anti-droit- l'Unrecht hégélien est un phénomène positif- ni avec le sous-droit ou infra juridique, ni avec le non contentieux. Son absence et son retrait dans des situations où il devrait être présent

pp 1525 et ss et pour la citation, p. 1540. nota le procès en religiosité catholique masquée. De même, en ce qui concerne l'impérialisme du droit et des droits de l'homme, où il voit une nouvelle religion. Cf *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion Forum, 1996, pp 44 et ss.

⁴⁵ La pensée critique du droit lui est familière, elle est partagée par nombre de ses héritiers. Dès son arrivée à l'université Paris 2, alors que la rue Saint Jacques sépare le Panthéon de la Sibérie Bolchévique que représente Paris 7 Jussieu aux yeux de certains juristes du centre de Paris, il accepte les invitations de mes collègues juristes rédacteurs de la revue « actes » du laboratoire d'analyse critique des pratiques juridiques alors dirigé par Régine Dhoquois ; on y trouve le jeune Jacques Commailles, Jacqueline Costa Lascoux, tous deux présents au colloque au Sénat, André Conte Sponville...

⁴⁶ Ainsi parle-t-il de la culture protestante. Il donne à cete occasion une belle définition de l'identité protestante que je qualifierais volontiers en "bonne santé" d'un point de vue anthropologique, c'est à dire résiliente si on la compare aux identités blessées qui n'existent que dans la blessures et qui font le quotidien de l'anthropologie du droit des minorités et des peuples autochtones: " *Pas de droit aux racines, c'est du reste écrit dans la Bible. On peut faire jaillir des enfants d'Abraham à partir de pierres, on le sait. Non, il n'y a pas de droit aux racines. Les racines, ça se gane, ça s'acquiert; c'est donné par grâce aussi. Oui l'identité, ce n'est pas simplement une affaire de traditions. L'identité est donnée, mais on l'acquiert lorsque l'on ne l'avait pas de naissance; Ainsi, on la gagne... D'ailleurs, l'identité suppose une actualité, au contraire, une actualité protestante.* "debut du film *Le droit au non droit* , op cit, et *Ecrits* op cit, p 1535.

⁴⁷ « *On aperçoit ainsi ce qui fit défaut pour que l'hypothèse du non-droit pût prendre consistance : une réflexion préalable sur le droit. A aucun moment les confréries de juristes (praticiens, théoriciens, apprentis) ne se sont interrogés sur l'utilité de leur matière, s'il n'y avait pas trop de lois, fut-ce sous cette forme édulcorée, s'il n'y avait pas trop de lois, qui n'excluait pas il est vrai , le risque d'une interrogation plus redoutable s'il n'y avait pas trop de juristes* ». *FD*, p 46.

⁴⁸ Au sujet de ces exemples choisis par Carbonnier et qui peuvent aisément transposés au « droit des anthropologues », voir l'éclairant résumé fait par Raymond Verdier il y a un an. Raymond Verdier, *Itinéraire d'un juriste humaniste dans la science des normes, Autour du droit : la sociologie de Jean Carbonnier*, L'année sociologique, vol 57, 2007, n°2, F. Terré (dir), p 372. Pour aller plus loin, E. Le Roy, *Le tripode juridique. Variations anthropologiques autour d'un thème de flexible droit*, même numéro.

⁴⁹ Nous n'avons pas fini d'épuiser son sociologie du droit "sans rigueur", en particulier dans son adresse aux sociologues, et aux ethnologues, panjuristes inconscients ou scientistes dominateurs. Mais peut-être y-a-t-il dans cette interprétation un peu trop de Nicolau.

⁵⁰ Nicolau. G., Pignarre. G., Lafargue, *Ethnologie juridique autour de trois exercices*, Dalloz coll Méthodes du droit, 1997, introduction.

selon sa finalité dogmatique se comprennent et se situent dans le mouvement du droit en fonction des données sociales qui le conduisent à son « auto-limitation », à son « auto-neutralisation » ou encore à la résistance des faits, et de l'autre avec les choix individuels de ceux qui veulent se tenir en dehors du droit. Le droit n'est pas tout, le droit n'est pas seul ; à l'encontre du pan-jurisme des dogmaticiens, n'y a-t-il pas lieu de se demander si l'homme pourrait bien n'avoir même pas besoin de droit ? »⁵¹

Il a envisagé de manière interdisciplinaire l'existence d'autres champs normatifs juris-psychologiques (endogènes) comme socio-anthropologiques auxquels le droit étatique ne pourrait du fait même de sa nature intrinsèquement dominatrice et totalisante, nier le titre de droit. L'honneur y avait bonne place, qui abolit le besoin de contrainte juridique entre gens qui se connaissent, également la morale, les habitudes, les mœurs, l'amitié qui demande la rigueur disciplinaire la plus grande car l'intimité porte tellement à l'injustice qu'il ne faut jamais y légiférer (encore moins l'inimitié⁵²).

Si l'on applique ce propos à un spectre de juridicité étendu à l'ensemble de « l'ordre dogmatique » pris dans le sens où l'emploie Pierre Legendre⁵³, ce que fait Jean Carbonnier à des endroits divers de son œuvre et selon les époques d'écriture, le non, le vide, ouvre des fenêtres, donnant sur des champs rebelles à la description a-poétique. C'est de ce métissage de la langue juridique et des non dits normatifs de l'habitus, que le droit de Jean Carbonnier est fait.

Il constate qu'il y a des domaines où le droit étatique recule et des domaines où il est inflationniste et de recommander avec humour, que l'on peut mieux employer le parlement, à nettoyer les recueils de lois superflues, en commençant par le droit des personnes à l'exclusion des personnes morales qui n'ont ni cœur ni âme. Selon lui, le seul droit vraiment indispensable serait le droit du travail ou droit social au sens littéral du terme⁵⁴.

C'est aussi dans ces deux domaines, que se profilent les balbutiements d'un droit véritablement dialogique et post-moderne⁵⁵.

En socio-juriste, il a l'art de poser les questions pertinentes. En scientifique, il interroge les cadres et les méthodes.

b) Questionnements

J'en retiendrai trois : habitude (et violence de l'acculturation), effectivité, question fondamentale dans sa pensée, et transmission, au fondement de l'institution et de l'interdit.

- Habitude

Jean Carbonnier passe des heures dans son bureau, en scientifique rigoureux, astreint à la constance et à la régularité, mères de la créativité⁵⁶ et de la souplesse. A lire de tout, inlassablement car il ébauche un changement de paradigme; à l'arrivée, inattendue peut-être, cette expérience optimale que nous nommons bonheur⁵⁷. Elle se lit dans ses yeux⁵⁸, dans ses

⁵¹ R. Verdier, op cit, p 372.

⁵² Etre soi-même est interdit, *Ecrits*, p 704.

⁵³ P. Legendre, *Sur la question dogmatique en occident*, Fayard, 1999.

⁵⁴ Le droit commercial est déjà coutumier depuis longtemps.

⁵⁵ Sur le choix de ces champs juridiques et procéduraux. G. Nicolau, *Ethnologie juridique-autour de trois exercices...* op cit.

⁵⁶ O. Sigaud, N. Depraz et P. Deumier, *Les paradoxes de l'habitude*, conférence en ligne du LACRIJ, www.sigu7/LACRIJ.videos. Maine de Biran, *L'influence de l'habitude sur la faculté de penser*. M. Csikszentmihalyi *La créativité, psychologie de la découverte et de l'invention*, trad. C.C. Farny. Robert Lafon, 2006.

⁵⁷ M. Csikszentmihalyi, *Vivre-la psychologie du bonheur*, trad. L. Bouffard. Robert Lafont, 2004. Sur le devoir de bonheur : E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. V. Delbos, Delagrave, 1971. Alain,

bons mots, il sait sourire en finesse, et donner du plaisir ; ce protestant n'est pas un puritain. Sa joie est pur respect de la vie et de la vertu de bonheur. Individu parlant et partant singulier dans toute la profondeur de son parcours immense, il s'élève s'allège, et dépasse le droit. C'est pourquoi, à toutes les qualités que lui ont reconnu ceux qui m'ont précédée, je voudrais souligner la générosité et l'abnégation. Lorsque la vie se vit de manière tellement poétique que cela se voit et s'entend, quelle générosité pour les autres, que d'être resté juriste ! Mais donner en-vie est aussi une grâce, et la relation humaine est le sens de la vie.

Ainsi, la com-préhension que suppose la pensée complexe, s'installe de façon méthodique, l'agilité de l'entraînement intellectuel devient danse intérieure, la révolution douce n'est pas loin, et la prophétie du non-droit jaillit.

Son propos sur la coutume, comme droit premier qui fonde la loi, la renforce par le temps et l'endogénéisation, va à l'encontre de tout étatisme⁵⁹. Ce n'est pas la coutume des manuels de droit panjuristes, aux exigences telles que l'on est bien en peine depuis la révolution d'en dénombrer plus de deux qui soient contra-*legem*⁶⁰. La coutume conforte la loi et l'adapte au risque que cette dernière reste ineffective. Et si cela n'est pas le cas, il se félicite de cette ineffectivité car il sait que la loi a été comblée par d'autres règles, peut-être même non juridiques (celles de la communication non violente?), de ces règles sans sanction exogène, qui font des hommes debout, responsables de leur vie et de leur bonheur.

- Effectivité⁶¹

Même la désobéissance est chez Carbonnier vue avec humour. Qu'un vide de juridicité affecte la loi, la belle affaire, le législateur se trompe comme tout le monde. Le mythe du législateur suprême n'est pas pour lui, pas davantage celui du sujet de droit, récipiendaire inacculturé du droit objectif, seul à même de constituer un monde commun. Tous ces concepts sont vides de droit s'ils sont vides de réel mais le refus de légitimité par les destinataires de la règle ne saurait être évalué seulement à son inapplication jurisprudentielle. Taire le droit injuste, ne pas l'actionner, c'est aussi refuser de le cautionner. Toute son œuvre est porteuse de ce que le droit étatique⁶² ou plus généralement de source exogène, doit demeurer subsidiaire. La culture juridique est une question trop sérieuse pour être confiée à un seul système de pensée normative scientifique ou profane. Il dénonce les droits de l'homme lorsqu'ils deviennent religion d'Etat. Il fustige la passion du droit, en appelant le législateur tant à la représentation qu'à la modération. Jean Carbonnier a la juridicité primitive qui le ramène « comme dans l'âge d'or d'un passé mythique ou d'un avenir idéal »⁶³.

-Transmission

Propos sur le bonheur, Folio essais, Gallimard, 1985. pour une approche critique P. Bruckner, l'euphorie perpétuelle-essai sur le devoir de bonheur, Grasset, 2000. et une synthèse sensible et spirituelle, B. Vergely, Petit traité sur le devoir de bonheur, Milan, 2004, p 99 et ss.

⁵⁸ Les organisateurs du colloque nous ont offert une image de choix..

⁵⁹ Hétéronomie et autonomie à la fois ou en alternance spontanée. Pour l'habitude, flexible par excellence. *FD*, p 99 et 104.

⁶⁰ Je lui préfère le droit spontané, durable ou non, pour sa force d'émergence vitale, en face, en accord, ou contre le droit étatique ; mais les mots ont leur pérennité, et il faut constamment négocier leur sens.

⁶¹ *FD*, pp 123 et ss.

⁶² Auquel j'ajoute avec d'autres anthropologues du droit, le droit religieux, exogène lui aussi, dont le droit n'est qu'un avatar plus ou moins bien laïcisé. Cf Michel Alliot que ses amis raillent en se disant ses disciples sachant son attachement à cette déduction. E. le Roy et ses thésards reprennent souvent à leur compte ce constat.

⁶³ R. Verdier, op.cit.

Pour penser, il faut aussi parler, échanger, éprouver ses hypothèses, laisser cheminer la pensée, comme identité, pour la confronter à son autre et l'augmenter. Jean Carbonnier n'en est pas avare. A tous ceux qui lui en font la proposition, sa porte (ou son téléphone) s'ouvre à la sollicitation. Il est maître, au sens noble du terme, es art de la transmission, se désolant de la domination comme de la servitude, il s'impose une autorité sans domination, que Myriam Revault d'Allones, qualifie justement de pouvoir des commencements⁶⁴. Il renoue avec une transcendance, pour une ré-enchantement qui va sans doute occuper le siècle à venir. L'avance que nous laisse Jean Carbonnier est due au caractère novateur de sa déconstruction du droit pour son époque et sa civilisation⁶⁵, transmise par un art de liquer poétique, et spiritualité (dans tous les sens du terme) dans leur expression. Il a l'art littéraire comme législatif de ciseler les mots jusqu'à l'universel et de faire passer inaperçue la pensée la plus subversive. Comme enseignant et comme législateur, il était l'archétype de l'autorité des post-modernes, et en même temps le modèle du chef indien Guayaki décrit par Pierre Clastres⁶⁶, qu'il se serait lui-même appliqué⁶⁷, la polygamie en moins⁶⁸. Il a défié nos conceptions de l'espace comme du temps en critiquant le pouvoir et lui préférant l'autorité⁶⁹.

La problématique la plus innovante de Jean Carbonnier me semble se nicher au sein de ses questionnements méthodiques de l'antériorité du droit ou du non-droit. Il pose la question de savoir si le non-droit est structuré à l'image du droit. Ce n'est certes pas un inconscient juridique tel que le pensent les psychanalystes. Car le non droit n'a même pas besoin du langage et de ses règles. Je crois néanmoins, depuis la langue du droit, que l'on devrait citer désormais au premier rang des sources, le « non-droit naturel »⁷⁰. Car c'est seulement dans la dialogie avec les autres cultures qu'une nouvelle transcendance émergera de là où elle s'est tapie au fond des vécus.

Il confronte, avec hauteur de vue, les diverses formes de la juridicité, ainsi que le font les anthropologues du droit⁷¹ et les historiens⁷² (il se recommande plutôt de l'histoire).

La recherche anthropologique consiste à se glisser derrière les discours, pour y dévoiler les mythes⁷³, les rituels, et la part de croyance, mais aussi « la part du droit dans l'angoisse contemporaine »⁷⁴ et les manières d'y remédier au nom précisément de la sécurité juridique.

⁶⁴ M. Revault d'Allones, *Le pouvoir des commencements, essai sur l'autorité*, Seuil, la couleur des idées, 2006. L'auteur y voit une Institution de la durée publique et du pouvoir de changement vital qui lui est intrinsèque, cf son hommage à Paul Ricoeur en forme de définition : « *Je reporte sur ceux qui viendront après moi, la tâche de prendre la relève de mon désir d'être, de mon effort pour exister, dans le temps des vivants* ». L'œuvre de Jean Carbonnier ne dit pas autre chose. Sur l'inspiration du titre, E. Saïd, *Intention and Method*, Baltimore, the John Hopkins University Press, 1978, cité par M. Revault d'Allones, p 152.

⁶⁵ Et tout particulièrement celle des juristes au sein desquels il "évoluait" avec bienveillance, ne les confrontant à leur insuffisance qu'avec humour et invitation à aller plus loin. Jean Carbonnier a respecté l'homme jusque dans ses ennemis, en se protégeant du pouvoir et des intégrismes, qui ne sont que des "phénomènes" de peur, et probablement en priant pour eux. Pour autant, il n'a jamais renoncé au risque de la relation humaine et de l'altérité. J'éprouve dans toute sa valeur, depuis que j'ai pu faire des choix de vie, la grâce de rencontrer des hommes et des femmes comme lui. Parmi eux, certains étudiants et collègues en anthropologie du droit. Peu de juristes de mon âge.

⁶⁶ P. Clastres, *La société contre l'Etat*, Minuit, 1974, p 161 et s.

⁶⁷ La tentation du pouvoir n'est-elle pas la dernière tentation du Christ ?

⁶⁸ Autorité dont il qualifiait la jurisprudence, premier des modes d'endogénéisation du droit. Nicolau. G. Pignarre. G. Lafargue. R. *Ethnologie juridique autour de trois exercices*, Dalloz, méthodes du droit, 2007.

⁶⁹ Sur l'association du temps à l'autorité et l'Espace au pouvoir, Cf M. Revault d'Allones, op.cit.

⁷⁰ *FD*, p 42.

⁷¹ Une phénoménologie de l'émergence du droit⁷¹ laquelle est aussi une archéologie des sources, et du monopole du discours normatif, servi par un pouvoir dogmatique fort.

⁷² Ellul. J., Le problème de l'émergence du droit, *Revue du centre d'études et de recherches institutionnelles et régional*, Numéro 1, Bière, bordeaux, 1976.

b) Terrain

Jean Carbonnier enseigne la sociologie juridique à 50 ans. A ses débuts, les ethnologues ne quittent pas le quartier latin⁷⁵. A lire ses critiques des méthodes quantitatives, on ne le sent pas convaincu. Je me suis souvent demandé pourquoi, lui qui cherchait l'homme derrière les chaînes qu'il se donne, pour mettre en ordre le monde qu'il habite, n'aurait pas, s'il avait eu mon âge, choisi l'anthropologie, pour ses méthodes « sympathiques », ainsi qu'il aimait à utiliser les mots dans leur sens étymologique⁷⁶. Il me semble pouvoir donner quelques explications à cela. La première se trouve résumée dans un entretien avec André Jean Arnaud⁷⁷ : il n'avait pas le temps. Or cet aspect de la science anthropologique est très chronophage. Peut-être aussi la « conjoncture ». Contemporain de Lucien Lévy Bruhl à l'université Paris 1, il n'aurait pas eu, comme pour l'enseignement du droit pénal, « l'occasion » de le faire⁷⁸. Il en créa cependant mille d'approfondir les sillons de la juristique⁷⁹. A-t-il fait pour autant de la sociologie ? Il semble s'en défendre, revendiquant une sociologie du droit sans rigueur, avec des « airs de ne pas y toucher » pour souligner l'heureuse expression de madame Anne Tessier –Ensminger au sujet de la littérature. Il le revendique pourtant au sujet de son intitulé de flexible droit⁸⁰. En sociologie, le droit de la famille ne manque pas d'exemples à explorer et à méditer du mal des croyances aux vérités scientifiques. Il ne fait pas de terrain⁸¹. C'est en homme (en mari et en père ?) qu'il pratique la recherche de terrain avec l'exigence éthique que cela demande. C'est là aussi qu'il situe le non droit, à côté du droit.

En philosophie, c'est la phénoménologie qui l'inspire. « *Jean Carbonnier a eu raison de parler de phénomènes d'internormativité et non de faits d'internormativité. L'étude de l'internormativité ouvre en effet des horizons sur un univers complexe qui recouvre à la fois des faits d'internormativité objective et des obstacles à l'internormativité* »⁸².

Ses textes témoignent qu'il avait acquis la rigueur éthique et réflexive de l'ethnologue laquelle suppose de penser l'autre, mais également de le faire avec l'autre⁸³. Ses enseignements et ses leçons d'agrégation, ses notes de jurisprudence, ses préfaces, sont des

⁷³ Carbonnier.J., *Ecrits*, p 1202. N. Rouland. Anthropologie juridique, PUF, 1988, pp 410 et ss . R. Vachon, le mythe émergent du pluralisme et de l'interculturalisme de la réalité, www.dhdi.free.fr.

⁷⁴ *FD*, p 165 .

⁷⁵ *Ecrits*, op cit, pp 23 et ss.

⁷⁶ Qui permettent de ressentir les choses à l'unisson de celui qui est observé. *Ecrits* p 1192.

⁷⁷ Un livre amoureux, à déguster. *Jean Carbonnier, Renato Treeves et la sociologie juridique. Archéologie d'une discipline-Entretiens et pièces*, Présentation et commentaires de Simona Andrini et André-Jean Arnaud, LGDJ, 1995.

⁷⁸ A.J.A. op.cit, p 11, "La sociologie du droit : crise ou blocage?".

⁷⁹ Il dira lui-même que c'est à la lecture de Lucien Lévy- Bruhl , qu'il a nourri sa conviction qu'il y a une science des moeurs à côté de la morale comme il y a une science du droit à côté de la dogmatique. *Ecrits*, p154. Sur Henri Lévy -Bruhl, Michel Alliot, Anthropologie et juristique, Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie, C. Kuyu (ed), Karthala, 2003, pp 283 et s.

⁸⁰ *Ecrits*, op cit, p 1527 : « *Sociologie du droit sans rigueur veut dire qu'il est souhaitable que l'on ne mette pas trop de rigueur dans la loi. Vous remarquerez que le mot rigueur est là avec un double sens. Sociologie du droit sans rigueur veut dire qu'il est souhaitable que le droit n'ai pas de rigueur excessive. Mais cela voulait dire aussi que ma sociologie n'est pas une sociologie rigoureuse ; c'est une sociologie littéraire, je ne l'ai jamais caché* » .

⁸¹ A son époque, « les ethnologues ne quittent pas le quartier latin », mais il se montre très critique des méthodes quantitatives en sociologie. *Ecrits*, p 1192.

⁸² Rocher, G. « les « phénomènes d'internormativité » : faits et obstacles, in *Le droit soluble...*, op.cit. p 26.

⁸³ Nicolau. G. Baranger. T. L'enfant et son juge- La justice des mineurs au quotidien, op cit est un exemple de collaboration intellectuelle et dialogique entre un juge des enfants (plus particulièrement) et moi-même.

leçons scientifiques, qui ne se laissent jamais enfermer dans le cadre, ni disciplinaire ni culturel, prenant le sujet dans tous le sens avec un défi permanent au doute.

2. Flexibilité normative et rigueur scientifique

Flexible droit est une critique de la loi-commandement, prônant une loi pédagogue, un droit repère.

La rencontre des disciplines et les comparaisons épistémologiques qu'elle ne manque pas de susciter, fait émerger une coexistence de modèles qui amplifie le phénomène du pluralisme culturel. A ces modèles, qui se recommandent de la science, s'ajoutent par comparaison, les équivalents homéomorphes élaborés autrement ailleurs. Par retour, les ethnologues et anthropologues, découvrent des modèles profanes et des savoirs jusque là niés et infériorisés par le pouvoir officiel. L'ethnométhodologie américaine se francise et s'allie au courant critique du droit. Ces syncrétismes disciplinaires permettent en France, le retour sur le déni de la diversité du droit, affiché durant un siècle, et dénonce tous les hégémonismes. Le paradoxe vient de ce que si une définition univoque du droit n'a jamais été aussi improbable⁸⁴, la confrontation des paradigmes nous ramène à rechercher son sens profond dans l'action citoyenne, comme dans la relation humaine.

Jean Carbonnier a préparé cette émergence. Il n'a pas abandonné le paradigme étatique, mais l'a envisagé, et salué chez ses thésards et héritiers intellectuels et spirituels⁸⁵. Il a annoncé la réunification du droit et des sciences humaines dans la grande tradition des juristes Français. Je ne sais pas s'il a influencé les philosophes et les anthropologues, mais il s'est assurément ancré dans leurs courants les plus actuels, lesquels ne voient plus dans le droit Etatique ou supra Etatique qu'un système normatif parmi d'autres, voué à la coexistence de réseaux multiples, et participant d'une rhapsodie normative⁸⁶ devenue rebelle à la rectitude, à la régularité, à l'essence comme à la permanence. Ils mettent en cause l'illusion d'une hiérarchie ou d'une légitimité prédéterminées sans justification⁸⁷ et figées. L'anthropologie du droit que je pratique⁸⁸, d'abord à l'Université Paris 7, puis à la suite de célèbres précurseurs au Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris⁸⁹, est nourrie de ces courants, de leurs contradictions, de leurs brouilles intestines, car la communauté scientifique aussi, est parfois trop humaine.

⁸⁴ Pour une analyse fine dans le prolongement de la pensée de Jean Carbonnier, de l'ébranlement du paradigme positiviste étatique, E. Burdin, *L'atypique*, Thèse Université de Savoie, sous la direction de G. Pignarre, soutenue le 5 décembre 2008. Egalement A. Supiot, *Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.

⁸⁵ J.G. Bellay (dir) *Le droit soluble- contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ 1996, Préface de Jean Carbonnier.

⁸⁶ Il faudrait ici citer toute l'anthropologie du droit française, à qui Jean Carbonnier a ouvert le chemin vers les juristes et que nous perpétons à Paris 1. Mais également, la philosophie, et l'art au sens large. Tous les artistes qui rencontrent l'oeuvre de Jean Carbonnier sont réceptifs à son message, car ils visitent le non-droit régulièrement, grâce à la rigueur des règles de leur art, jusqu'à la transcendance. Pour le vocabulaire employé, cf F. Ost, *De la pyramide au réseau-Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002, et les utilisations métaphoriques des dessins de Esher (la relativité). D. Hofstadter; Gobel, Esher, Bach, *Les brins d'une guirlande éternelle*, J Henry et R. French (trad) Paris interéditions, 1985, p 112. Essentiel.

⁸⁷ L. Boltanski, L. Thevenot, *De la justification- Les économies de la grandeur*, Gallimard, nrf essais, 1991. Et l'intervention de L. Thevenot dans ce colloque.

⁸⁸ Et que je dois en grande partie au respect et à la bienveillance de mon directeur de thèse en droit, Jean François Vouin, lui-même thésard de Jean Carbonnier. Il m'a transmis le goût de la recherche et de sa liberté, en toute chose. Il était catholique, et savait en rire.

⁸⁹ Créé il y a quarante ans par Michel Alliot, Premier Président de l'Université Paris 7, et également fondateur de l'Uf d'ethnologie dont je viens. Puis Etienne le Roy, avec pour un temps, Raymond Verdier, et Norbet Rouland. Pour ne citer que ceux qui occupent le devant de la scène, à juste titre, et puisque c'est encore la loi du genre.

B. L'imminence de nouveaux paradigmes juridiques

Tout paradigme a un fondement philosophique. C'est pourquoi, la science occidentale est ethnocentrée. Jean Carbonnier défend un modèle qu'il entend améliorer. Il écrit à destination des juristes, bien que lu surtout des privatistes. La prophétie a une portée réelle sur le droit public : le droit au non droit⁹⁰. Son éclectisme lui fait aussi partager les erreurs de son temps, il est parfois un peu évolutionniste, assez panjuriste dans sociologie juridique, tout en se moquant de lui-même et de ses semblables et nous donnant ainsi généreusement « le droit » aux commencements⁹¹ en héritiers spirituels, « augmentés »⁹² par nos prédécesseurs. Les changements de paradigmes dans les sciences modernes ne pouvaient qu'influencer sa pensée juridique⁹³, la distinction entre droit et non-droit n'a pas pris une ride.

1. La quête pluridisciplinaire du droit⁹⁴

Les sciences dites exactes (notamment la physique quantique) nous apportent un enseignement essentiel, si les sciences humaines avaient eu la prétention de l'oublier, que la science est faite par les hommes et que les hommes ne détiendront jamais la vérité pour la bonne raison qu'ils n'y accèdent que par le corps (le cerveau, pour les plus difficiles à convaincre en étant partie liée) et par le langage qui comme chacun le voit depuis douze pages, n'est pas le plus court chemin pour y arriver.

Certes, aucun de ces paradigmes ne fait à l'heure actuelle du moins, disparaître le droit étatique⁹⁵, pas davantage bien sûr le droit endogène, mais la question se pose depuis trop longtemps de leur nécessaire altérité/association au sein d'un même champ normatif, pour ne pas mener à la crise. La Révolution française a provoqué le culte de la loi étatique, la seconde encensera-t-elle le droit des réseaux? Jean Carbonnier croit encore au rôle de l'Etat, plus proche des terroirs, contre celui plus allogène encore, des législateurs internationaux. Si légiférer pour tous et pour l'avenir est « un grand péché », penser y réussir sans écraser les identités à l'échelle internationale, lui semble un tour de force. L'ineffectivité des droits exogènes de l'homme en est le prix trop élevé.

La grande illusion de la doctrine de la totalité du droit Etatique, ou de sa potentialité à régir toute chose, fut fondée sur le déni de l'interprétation et de l'inscription culturelle et politique des interprètes de tous bords, réduction aussi du sens de ce concept. La politique du déni de l'Altérité⁹⁶, et partant, de la différence, a produit un droit honteux⁹⁷ qui au mieux-

⁹⁰ Jean Carbonnier, le droit au non-droit, *Ecrits* pp 1525 et ss. Entretien avec Olivier Abel, Filmé et réalisé par France 2 pour Présence protestante.

⁹¹ Revault d'Allones M., *Le pouvoir des commencements, essai sur l'autorité*, op cit.

⁹² De Au-gere à l'origine de autorité.

⁹³ En philosophie, F. Ost, En anthropologie des sciences, Bruno Latour, Baudouin Jurdant, en théorie générale du droit, la pensée canadienne, représentée par Jean Guy Belley, Roderick Mc Donald, Andrée Lajoie... En anthropologie du droit français, le LAJP (P1), le Centre Droit et Cultures (P10). Egalement, l'Anthropologie du droit japonaise, appelée de ses vœux par Masaji Chiba, l'anthropologie juridique en plein essor en Chine, encore en chinois pour le moment et bien sûr l'anthropologie du droit africaine en réseau avec l'Université Paris 1 (LAJP).

⁹⁴ *La quête anthropologique du droit- autour de la démarche d'Etienne le Roy*, C. Eberhard et G. Vernicos (ed), Karthala, 2006.

⁹⁵ Ainsi que l'on serait autorisé à le voir dans les écrits de Roderick Mac Donald au Canada ; ou si cela peut y tendre, le droit régional ou supra étatique..

⁹⁶ Pour la majuscule, Jean Fr. Perin, *Carbonnier avec Lacan*, ce colloque.

⁹⁷ L'expression est de Antoine Garapon, avec Ionnis Papadopoulos, *Juger en France et en Amérique*, Odile Jacob, 2003.

s'accommode de son ineffectivité parfois totale, (les droits de l'homme en sont le modèle éloquent, lorsqu'ils sont bafoués par ceux là mêmes qui doivent les faire respecter- au pire ramène à l'obéissance tous ces étrangers qui peuplent nos prisons, écrasant nos rares principes universels de solidarité⁹⁸, d'hospitalité, d'humanité.

Les qualifications de « supra droit », « infra-droit », « para droit » restent cantonnées à la rationalité juridique des modernes et réfèrent aux différents ordres juridiques étatiques et supra étatiques, mais ne rendent pas compte de l'ensemble des sources normatives et de pouvoirs qui en résultent. L'abandon par l'anthropologie du droit de la distinction entre droit officiel et droit non officiel s'allie à la méthode dialogique qui confronte les points de vue et les logiques. Le droit officiel pour le citoyen et le justiciable n'est pas décidé d'avance. La philosophie, la théorie générale, comme l'anthropologie et la sociologie du droit sont entrées dans cette entreprise depuis une dizaine d'années. Elles abandonnent l'idée d'une hiérarchie des normes prédéterminées par un ordre juridique unique, pour lui préférer une pluralité d'ordonnements, visant à une régulation des conflits (de valeurs comme de normes), et ordonnées par une bonne gouvernance. Le droit actuel n'y disparaît pas pour autant⁹⁹, mais la légitimité comme critère d'évaluation démocratique de la juridicité fait son apparition dans les écrits.

2. Médiation

L'émergence du « droit nouveau » élaboré par Carbonnier légiste est dialogique¹⁰⁰; certes, le dialogue est encore très médiatisé par les organes officiels. Ses successeurs anthropologues préfèrent prendre pour modèle d'ordonnement la médiation, non plus limitée comme dans l'imaginaire des juristes prompts à englober les contraires¹⁰¹, à un mode alternatif de règlement des conflits¹⁰², mais devenant le mode normal car dialogique et démocratique d'émergence de la juridicité. En d'autres termes, de deux choses l'une : - soit la source du droit est exogène (exogénèse) et il faut alors l'endogénéiser- soit la source est endogène (autonomie) et le droit émerge comme réponse à un besoin social d'une telle importance, qu'une autre réponse normative s'avère insuffisante.

Car le propre du droit est la distance et la mise à distance de l'homme à la règle et à son application. Il dépend de la définition par chaque culture de la limite et de la manière de la sanctionner. Tiers ou troisième, le « tripode juridique »¹⁰³ en appelle aussi au tribunal intérieur. Le droit met des limites dit Carbonnier, sans lesquelles la vie sociale serait impossible. Non pas pour interdire, ce à quoi on réduit généralement et particulièrement aujourd'hui le droit, mais pour protéger l'homme de l'infinie responsabilité morale, qui autrement l'accablerait.

3. Pluralisme et pouvoir du droit

⁹⁸ En imaginant avec les sociologues qu'elle a pris, dans les mœurs, la place de la fraternité. Comment respecter l'altérité et la différence si l'on doit tous être frères/mêmes ?

⁹⁹ Les cultures ne se succèdent pas de façon linéaire et il y a des anciens et des modernes dans toutes les générations, comme des stagnations et des envols. Le temps réel est cyclique.

¹⁰⁰ *Connaissance réciproque et dialogue transculturel*, Transculturel n°3, Alliances, n° 55-56, 2002.

¹⁰¹ Référence usuelle des anthropologues du droit à l'oeuvre de Louise Dumont. De manière moins euphémique, il s'agit de réduire les cultures autres à un César de cinéma.

¹⁰² Le conflit n'étant ainsi que le souligne justement Carbonnier qu'une infime partie du droit qu'il est par ailleurs bien inapte à réguler, le provoquant même, l'aggravant souvent.

¹⁰³ E. Le Roy, op.cit.

Ce retournement du politique permet de multiplier les lieux de prises de décision et de mettre en exergue les pouvoirs cachés et la domination qui s'y installe insidieusement. Il cherche une méta-morale, et un méta-droit (en religion comme en droit d'ailleurs) chef d'orchestre au pouvoir symbolique parce que de principe. Un pouvoir sans domination (autorité), afin que puissent se relayer les systèmes normatifs spécifiques inspirés du réel. Ici, ce qui relève du droit ou du non-droit importe moins que le pluralisme et l'internormativité. Jean Carbonnier connaît le besoin de croire et la servitude volontaire qui en résulte. Il connaît aussi le pouvoir de l'Etat d'interdire que l'on croie au droit spontané, pluralisme des microcosmes et des communautés qui survivent en dépit de la théorie de l'individu sujet de droit, qui comme chacun sait ne se réalise que par ses multiples appartenances. Les masques du sujet/personne tombent (s'ils ont jamais tenu) et le pullulement des droits subjectifs ne dissimule plus le mensonge de la passion législative, au mépris de normativités endogènes, moins contraignantes car plus adaptées, plus effectives, et plus efficaces. Il fait confiance à la créativité terrienne de la coutume, à sa capacité de changement immédiat, à sa complétude non inflationniste.

Ce retour du politique, est avant tout fait de l'inversion du sens du pouvoir, et celui du contrôle de la domination par le droit.

Le politique est alors bien moins le jeu des rapports de force qui vont présider à la normalisation du pouvoir du plus fort, mais au contraire, l'art de faire émerger les règles juridiques les plus adaptées aux besoins des groupes. Le pouvoir légitime est alors celui que donne le droit, qui n'est qu'une norme parmi d'autres, revêtue, à un moment donné de l'institution d'une valeur particulière en vue d'assurer la fonction généalogique de la société.

Cette posture scientifique a eu un corollaire politique¹⁰⁴, ce qui fait toute la force et la profondeur de la prophétie.

II. L'ampleur politique de la prophétie

Jean Carbonnier croit au pluralisme et donc à la persistance des groupes en dépit de la pensée commune de l'individualisme qui sévit. Mais c'est à l'homme singulier (que n'est plus l'individu coupé des partages qui le fondent), celui qui acquiert son identité et ses racines au mérite de la rencontre, et de la juste réponse aux sollicitations, qu'il s'adresse par prédilection. Il lui reconnaît le droit à l'autonomie qui est aussi droit à l'ontonomie puisque le principe de vie les habite. Ce n'est qu'au citoyen spirituel que reviendra réellement le droit au non-droit.

A. Le droit et l'homme singulier

Le politique comme le scientifique impliquent des choix, et donc des deuils, de tout ce qui sera limité par la conceptualisation des possibles, comme des interdits, et des jeux de droits. Si la liberté la plus grande réside où les possibles sont les plus vastes, la maîtrise du droit, dans toutes ses dimensions normatives, conditionne le choix du non-droit.

1. Le droit au droit

¹⁰⁴ Que nous avons mesurée dans la législation au colloque au Sénat. Cf également, B. De Sousa Santos, *Vers un nouveau sens commun juridique*, op cit. pp 467 et s.

En sociologue, Jean Carbonnier s'intéresse à la culture occidentale malade, faussement individualiste et théoriquement coupée par l'impérialisme moniste, de ses groupes d'appartenance.

La prophétie du non droit est bien une invitation politique à entrer dans la post-modernité. De *lege lata*, elle ne peut pas faire le deuil du droit comme indispensable réponse au mal. Il faut une contrainte pour porter les gens à faire ce qu'il devraient faire spontanément.

Le droit lui aussi est un mal (il cite Luther). Il porte en lui le mal de ses destinataires comme celui du législateur. C'est pourquoi « être soi-même est interdit »¹⁰⁵, à celui qui est investi d'autorité et responsable de la transmission. *De lege ferenda*, elle prône le respect de l'homme comme être parlant, responsable de ce qui dépend de lui, d'un droit adapté et donc relatif, efficient et efficace et donc peu contraignant et non coercitif¹⁰⁶. Dans un premier temps, il s'agit de l'effacement progressif du droit étatique (le législateur doit s'employer à dé-légiférer), comme de la jurisprudence. D'abord de sa sanction simplement éventuelle, contraignante mais non coercitive, puis de son idée même, comme au pays des merveilles¹⁰⁷ ; jusqu'à pouvoir jouer, de plus en plus loin des règles, à faire du hors piste à distance des chemins balisés par le droit, chemins cependant connus et maîtrisés par ses destinataires ; un droit ressource, un droit repère, qui indique le sens dans chaque contexte et autorise la pluralité des mondes et des valeurs ; un droit pour l'homme dans sa complexité et dans la plénitude de son être au monde.

Le droit de la famille, comme la religion le conduisent à se jouer du discours officiel. Ce dernier laisse pourtant des traces. Le non-droit Etatique a du mal à éviter le repli sur soi comme le repli identitaire des groupes et la réification de l'humain et de ses constructions culturelles. La psychologie et la psychanalyse découvrent des personnalités clivées, parce qu'à cheval entre deux cultures ethnocides, des pervers narcissiques, coupés du pouvoir d'empathie. Reconstruire le lien perdu est alors le rôle du droit et de la religion pour la reprendre à nouveau dans son étymologie. Mais la domination reprend vite ses marques, et c'est la religion qui proteste.

C'est là-encore le droit qui apporte des limites à cette culpabilité infinie par son autolimitation : la prescription, le droit à l'oubli¹⁰⁸, mais aussi les coutumes de pardon des sociétés non étatiques¹⁰⁹. La fonction éducative du droit et de la religion se rejoignent comme chemins politiques du pouvoir de choisir souverainement puis de répondre de ses choix ; cette compétence politique et de justice serait l'instrument de mesure de la quintessence de la « nature culturelle de l'homme ».

2. Le choix du non droit

Il n'y a pas de réalité du droit au non droit, car on fait de mauvaises rencontres avec ce que nous nommons le mal¹¹⁰. Le droit pénal est alors la sortie de secours.

¹⁰⁵ Etre soi-même est interdit, *Ecrits*, p 704.

¹⁰⁶ Cf ses écrits de droit pénal et notamment sur la détention préventive.

¹⁰⁷ « Chez Alice au pays des merveilles, il n'y avait pas de règles, ou s'il y en avait personne n'y prêtait attention, parce que dans le jeu tout était vivant. Jaulin. R. *Mon Thibaut- le jeu de vivre*. Aubier.

¹⁰⁸ *Ecrits*, p 1528 : « Oui, il faut mettre des limites. Le droit met des limites. Même à la responsabilité, c'est sain, c'est nécessaire à la vie humaine. S'il n'y avait que la responsabilité morale, la vie serait impossible, la vie sociale s'arrêterait ».

¹⁰⁹ En Nouvelle Calédonie, *Djibaou, le pardon*, film de G. Dagneau et W. Kotra, France, inédit, 2006. La durée est comparable à l'exécution d'une peine pour crime dans nos sociétés: 15 ans avant que les familles puissent se être en face à face, à nouveau.

¹¹⁰ Sur le mal irréductible, D. Salas, A. Garapon, (dir) *La justice et le mal*, Odile Jacob, opus, 1997. Sur les remèdes non violents E. Zarifian, *Le goût de vivre, retrouver la parole perdue*, Odile Jacob, 2007. M.

Le grand apport de la prophétie pour le projet démocratique réside dans le choix du non-droit par le citoyen et par le justiciable. Jean Carbonnier privilégie le choix du non droit, notamment dans la famille : « le non-droit ne vient pas se mélanger au droit, il est d'un côté, le droit de l'autre... car le non- droit est l'essence, le droit l'accident »¹¹¹. Il ne le fait pas à la manière d'un aristocrate élitiste¹¹², comme s'il s'agissait d'une « gloriole », plutôt à celle d'un homme non violent, qui aurait foi en la vie qui traverse l'homme. Il sait combien la justice blesse et mortifie. Et si la sanction qu'il envisage est judiciaire, elle n'est jamais qu'éventuelle, (*eventus judicii*) et flexible : « Un droit prudentiel qui renonce et transige »¹¹³. A de multiples reprises, il privilégie les valeurs de transaction et de conciliation à l'adjudication judiciaire. A l'avant-garde, là aussi, il ne voit pas dans le droit mou ou souple un sous-droit, mais un renouveau pour le pluralisme juridique¹¹⁴. Définitivement, la sanction n'est pas le critère du droit¹¹⁵.

Même s'il voit dans la transgression de la norme juridique la preuve évidente de la juridicité, il n'en décrit pas moins avec plaisir à quel point même les règles impératives sont ineffectives. Lorsqu'il s'agit d'ordre public, il privilégie la protection sur la direction.

Car finalement, pour autant que l'on pense, ce qui est une condition de la liberté de vivre, ce sont bien la liberté politique et de conscience qui permettent d'élire la norme fondamentale, aux sources ontologiques du droit, les plus mystiques, mythiques et refoulées.

B. Le droit et les communautés

Le droit étatique qui divise pour mieux régner et ses serviteurs, ont réduit la notion de communauté à une forme d'oppression de ses membres. Ces derniers ne vivent pas leur de cette manière lorsque celui-ci est souple, ce qu'il est généralement lorsque la fermeture ethnocidaire ne le corrompt pas. Ici, le droit endogène n'est plus celui de la « société ou for intérieur », mais le monde commun partagé réellement par les membres.

La subsidiarité du droit, sa flexibilité et sa douceur¹¹⁶ sont signes de liberté (et non de libéralisme qui est une idéologie) au sein même de la société qui le secrète (1), a fortiori, à l'extérieur (2).

1. Vers le degrés zéro du droit étatique

Rosemberg, *Les mots sont des fenêtres ou bien ce sont des murs, introduction à la communication non violente*, trad. A. Cessotti et C. Secretan, préfaces de A. Gandhi et C. Rojzman, la découverte 2005.

¹¹¹ FD p 31.

¹¹² B. De Sousa Santos, *Vers un nouveau sens commun juridique. Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, N. Gonzales. Lajoie (trad) Série sociologie, LGDJ, 39, 2004, p 569 : « Ne tirez pas sur l'utopiste ».

¹¹³ R. Verdier, *Autour du droit, la sociologie de Jean Carbonnier*, op. cit. p 381.

¹¹⁴ Cf le très bel hommage à P. Jestaz par C Thibierge, sources du droit, sources de droit : une cartographie, *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, pp 519 et s, et l'ensemble de l'ouvrage.

¹¹⁵ Ainsi, le crime, reconnu comme une atteinte universelle aux valeurs fondamentales de la société, ne reçoit-il pas toujours une réponse juridique coercitive (la violence même organisée peut être illégale (au sens générique du mot loi) partout où elle est illégitime. Le droit occidental divise la réponse en deux : celle sur la culpabilité, celle sur la sanction. Mais même sur ces deux questions, la réponse peut être autre (concours de chant chez le Inuit, mesures de réparation du lien après une médiation dans nos juridictions des enfants) et il peut même n'y avoir pas division. Pour le crime d'inceste en France, G. Nicolau, Le chagrin et la piété, *Mélanpous*, n°9 *Les métamorphoses de l'enfance*, p 83.

¹¹⁶ A propos des constitutions, G. Zagrebelsky, *Le droit en douceur* (Il diritto Mite) Michel Leroy (trad) Economica, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2000.

Parce qu'il sait l'imperfection de l'homme (mais son éducatibilité), dans toute son œuvre, Jean Carbonnier refuse la captation du politique par l'Etat. Les deux théorèmes de la sociologie juridique¹¹⁷ campent le décor. A tout prendre, c'est la moins violente des solutions qui doit être prônée en devoir-être, et elle se trouve assurément dans la confrontation permanente au droit endogène (non étatique), dont le droit civil¹¹⁸, ou le droit du travail sont exemplaires. Jean Carbonnier ne peut donc¹¹⁹ dissocier le droit du politique car la société est par nature politique et productrice de normes.

Ne légiférez qu'en tremblant s'adresse à toutes les tentations de persécuter l'autre par sa morale juridique. L'imposition par la contrainte exogène, de normes pensées du dehors des logiques du groupe lui semble un mal qui agrandit le mal du besoin de droit. Plus l'exogénèse est grande, plus le monde commun lui semble difficile à construire. Nuancé, il distingue pourtant selon le type de droit¹²⁰.

Certes, il ne s'interdit pas de regarder vers le futur, mais il ne manque jamais de souligner les dangers de légiférer sur les générations futures, privée d'avance de leur libre arbitre. Car son sens du droit est associé à une telle conscience du risque totalitaire, qu'il en est à la fois un ascète et un esthète. Il n'y a pas là de théorie pure, juste le « mariage » de l'amour et de la raison¹²¹, pour un droit « jaillissant » de la confrontation incessante et méthodique, des sources formelles comme génétiques¹²² du droit, avec l'univers des possibles¹²³.

2. Contre hégémonie et domination

Ce retrait du droit s'applique en tout premier lieu à ceux qui ne l'appellent pas de leurs vœux ! En chirurgien du corps social, ce législateur est également expert en rejet de la greffe.

Il a retiré de l'ethnologie coloniale la preuve de la rationalité des primitifs et de leur connaissance d'un droit et d'un système de normes très sophistiqué. Le droit comparé lui a appris que les Asiatiques n'avaient pas l'amour du droit étatique et s'en passaient le plus souvent possible.

Dans la foulée, il suggère à ses successeurs, qu'ils reviennent un peu à la tradition, confirmant les allégations selon lesquelles nous n'avons jamais été modernes¹²⁴. L'éducation lui semble être la première solution propre à « élever » des homo non juridicus. On peut alors espérer revenir au temps où l'homme ne se croit pas maître de la planète¹²⁵; un temps où les hommes ne voulaient pas que l'écriture leur coupe de la peau et de la parole (la plupart savaient lire), ce qui est encore le cas ailleurs, dans les zones socialement sur-développées qui nous confrontent à la fois par leur mort en nombre et par leur résistance, à nos siècles d'ethnocide¹²⁶. Le

¹¹⁷ FD pp 21 et 22. Pour un troisième théorème, Voir Etienne Le Roy, Le tripode juridique- variations anthropologiques sur un thème de flexible droit, *Autour du droit : la sociologie de Jean Carbonnier*, op.cit.

¹¹⁸ Régis Lafargue, Le droit au mépris de l'Etat. l'exemple du pluralisme familial comme art de se jouer de la norme étatique, *Ce colloque*.

¹¹⁹ Et s'inscrit et influence en cela l'anthropologie du droit française et dans une moindre mesure étrangère. Il n'est pas assez traduit.

¹²⁰ A propos de l'unification du droit européen, *Ecrits*, p1526, 1527.

¹²¹ Et contre les dé-raisons de la passion!

¹²² Bernard Cubertafond, *La création du droit*, Le droit en questions, Ellipses, 1999.

¹²³ Pour une critique radicale de l'écrasement de ce principe de vie par les religions monothéistes et le droit qui en est issu, R. Jaulin, *L'univers des totalitarismes, essai d'ethnologie du non- être; Loris Talmart, 1995*. Voir également, l'oeuvre de Pierre Legendre.

¹²⁴ B. Latour. *Nous n'avons jamais été modernes, essai d'anthropologie symétrique*, La découverte, poche, 1997.

¹²⁵ Relire Foucault et faire disparaître les sciences humaines, pour penser l'homme dans le cosmos, ainsi que nous n'aurions jamais du cesser de le faire.

¹²⁶ L'humanitaire n'étant que sa traduction ethnocide.

parlement des choses décidera sans doute un jour un ordonnancement inédit pour une espèce plus évoluée, à moins que la décivilisation¹²⁷ annoncée ne soit devancée par la destruction écologique de la planète.

Jean Carbonnier fait une apologie du temps long et du respect de la capacité d'assimilation de l'homme dans l'acculturation.

Pour l'heure et encore pour quelque temps, si suivant les prédictions de Norbert Rouland, la prochaine révolution juridique ne sera pas sanglante, il convient de prendre le temps, ne serait-ce que pour le rendre aux juges. La brutalité de la vitesse est, vue de l'expérience de terrain, la cause de bien des maux pour la culture. L'acculturation, qui ne peut être que réflexive, quelle que soient la réceptivité et la disponibilité de la société acculturée, demande de la préparation, de l'appropriation par la reconnaissance, de l'échange propice à cette reconnaissance et à la confiance permettant l'installation d'habitudes nouvelles ; l'entrée dans de nouvelles logiques n'est pas facile à incorporer, particulièrement lorsque la violence et la brusquerie provoquent une violence mimétique.

Ce constat effectué auprès des sociétés colonisées trouve à s'appliquer au sein de la population française marginalisée par son appartenance sociale ou économique ou sexuelle. Les exclus prennent le nom à la mode de minorités, pour mieux nier qu'ils sont au contraire, par les messages que porte leur exclusion même, des hommes porteurs d'altérité vitale.

L'ethnocide, envisagé comme la destruction de toute potentialité de faire culture avec l'autre, par la négation de son altérité¹²⁸, me semble très proche de l'identicide¹²⁹ abordé par Jean Carbonnier dans son versant occidental¹³⁰ et auquel le droit pensé humainement est une réponse.

Conclusion :

Je terminerai en changeant une dernière fois de posture ainsi que les jeux de droit invitent à le faire. Car je suis, vous l'avez senti, une héritière qui dispose avec reconnaissance et affection de la passion de transmettre un droit profondément et intensément démocratique, qui seul ouvre au non-droit pour soi et dans le même temps pour et avec les autres.

Durant plusieurs générations, probablement, coexisteront des droits d'origines plus ou moins exogènes, avec des normes endogènes encore considérés comme « faits » par les héritiers du positivisme étatique. Il est encore tôt pour savoir si l'Etat cessera d'être l'étalon de référence de la juridicité, pour devenir le gardien de ce droit commun que Jean Carbonnier a appelé de ses vœux¹³¹.

¹²⁷ L'expression est de R. Jaulin. Jean Carbonnier l'inverse en considérant que la civilisation correspond au déclin du droit répressif.

¹²⁸ Notamment par l'obligation sous la contrainte de se faire identique, de se nier culturellement.

¹²⁹ G. Nicolau, *Ethnologie juridique-autour de trois exercices*, op cit, p 179. J'y envisage avec scepticisme la part de l'évolution du droit dans la résilience des sociétés potentiellement ethnocidaires et poursuis mes recherches sur la « clinique judiciaire » comme réponse aux ruptures de transmission et au besoin de refondation et de resymbolisation.

¹³⁰ *FD*, p 119 : « Je pense que le suicide n'est pas un idéal. Je ne vois pas pourquoi le suicide collectif serait un idéal pour une communauté ».

¹³¹ *Ecrits*, p 1526 : « dans la mesure où il m'est arrivé de légiférer, je crois m'être inspiré de cette idée : faire qu'au résultat de la législation, il n'y ait pas une fraction de la population française qui se sente marginalisée par ce que l'on a fait. Il faut avoir égard à la diversité des réactions »

Au final, que le droit soit nommé parce que correspondant ici, à la recherche d'un phénomène normatif distinct des autres normes, ou qu'il prenne, au gré des cultures d'autres titres, la question du non, de l'autre, du vide de.. restera posée.

Car tant qu'il y aura des hommes il y aura des normes.

L'avènement du non-droit ne nous est pas promis par quelque puissance extérieure. C'est bien la profondeur de la vie en chacun de nous que Jean Carbonnier nous invite à chercher avec lui. Sa prophétie est le fruit de la quête de l'être et de l'autre, visible ou invisible¹³² ici et au présent, que chacun peut mener à sa manière et selon ses convictions, pourvu qu'il en fasse l'effort humain.

On peut rêver que l'homo-juridicus de demain sera plus démocrate, apte à penser la complexité, à dialoguer avec l'autre enfin pris pour ce qu'il est, celui qui me permet d'être moi avec lui; capable de dialoguer en même temps avec cet autre en soi, lesquels, à force de fécondations mutuelles¹³³, finiraient bien par faire de l'infiniment singulier qui fait l'unité de la nature humaine.

C'est d'un tel droit que l'on peut s'envoler en douceur au lieu du non droit par une simple respiration profonde; le moyen de transport à la portée de tous est indubitablement l'amour. Une bonne raison pour un juriste de se taire¹³⁴.

Gilda Nicolau, le 21 janvier 2009.

¹³² G. Nicolau, *Eprouver le droit, Instituer la vie, médiation et cadre judiciaire*, La quête anthropologique du droit, op cit, p 311.

¹³³ Que l'on n'appellerait plus acculturation car ce n'est pas poétique et que c'est rarement mutuel.

¹³⁴ J. Carbonnier, *Morale et droit*, Revue du Centre Ouest, Poitiers, repris dans *FD*, 10 ème ed.