



Difficulté et nécessité de l'anthropologie du droit

Résumé : Cet article, rejetant les séductions de l'exotisme, se propose d'approfondir la compréhension de la tradition juridique occidentale grâce aux instruments de l'anthropologie culturelle. Rappelant les propriétés de la raison juridique et traçant la voie à une nouvelle articulation entre droit et anthropologie, il met également en garde contre la tentation d'étendre la domination de cette raison occidentale sur les autres sociétés et les autres cultures.

Abstract : *This article aims to deepen the understanding of the Western legal tradition with the instruments of cultural anthropology. Recalling the properties of legal reason, it opens the way for a new relationship between law and anthropology. It also warns against the temptation to extend the domination of this Western reason over other societies and cultures.*

Mots-clés : anthropologie – Occident – fiction juridique – culture juridique – casuistique

Keywords : *anthropology – West – legal fiction – legal culture – case method*

Introduction. Et si le droit était avant tout une invention romaine ?

Le droit est une forme qui a envahi la modernité, dont il est rapidement devenu un élément irremplaçable, et c'est une forme inventée par les Romains. [...]. Certes, toute société, si élémentaire soit-elle, ne peut faire moins que se donner un ensemble de règles, que nous pouvons aussi appeler « droit » (les historiens et les anthropologues le font couramment). Mais il y a là une sorte d'assimilation analogique, qui projette sur des expériences très éloignées une notion bien connue, chaque fois que nous pensons distinguer dans ces réalités lointaines des aspects pouvant être associés à l'idée qui nous est familière¹.

1. En commençant le récit de « l'invention du droit en Occident », le romaniste Aldo Schiavone renvoie non seulement l'histoire et l'anthropologie, mais par extension toutes les sciences sociales « profanes », qui ignorent globalement les subtilités du droit, dans les limbes de leur ignorance statutaire. Ainsi, les non juristes qui voient du droit là où il n'y a que de l'humain ordinaire, c'est-à-dire vivant en société et par là doté de règles, sont-ils victimes de l'image projetée par le droit : par effet de ressemblance, par analogie, ils appellent « droit » toutes les règles aperçues dans le lointain alors que la qualification de « juridique » mérite plus de retenue – c'est une dimension que tout anthropologue juriste peut mettre au jour avec un peu de pratique.

2. Car, c'est le point majeur de la thèse de Schiavone, un point qui achève de mettre à terre l'universalisme naïf de quiconque assimilerait l'apparence juridique à la présence du droit, le droit est avant tout « une invention romaine » :

C'est à Rome seulement que le travail d'ordonnement inévitablement présent dans toute communauté fut très tôt réservé, et de façon rigoureuse, à un groupe de spécialistes, puis se transforma en une technologie sociale au statut fort, qui, pour la première fois et pour toujours, allait isoler la fonction juridique et ses experts, les

¹ A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident* [2006], Paris, Belin, 2008, p. 13.

« juristes » [...], la détachant de toute autre production culturelle ou centre institutionnel – de la religion, de la morale, de la politique même – pour en permettre une identification autonome, nette et définitive².

3. Ce processus de spécification, de séparation du droit par rapport aux autres façons d'organiser la société, en est un critère de définition. Rien ne dit que d'autres sociétés n'aient pu développer une normativité indépendante du religieux, de la morale et du politique, mais pour l'instant, c'est l'Occident fondé sur l'héritage romain qui en offre le modèle. Venons-en à la difficulté majeure de l'étude du droit :

Dès lors le droit se présentera dans chacune de ses images, même la plus simple et la plus pauvre, comme un objet à part – un corps compact, dur et impénétrable – et se reconnaîtra au déploiement de dispositifs dotés d'une rationalité spécifique et puissante. Sa séparation apparaîtra comme une particularité de l'Occident, autour de laquelle s'amorcera très tôt, presque dès les origines, un extraordinaire discours idéologique, destiné à la réélaborer comme « indépendance » et « neutralité » – celle des normes, des procédures, des juges – et à en faire une des valeurs fondatrices de notre civilisation³.

4. Ce dernier point sera appelé dans les dernières décennies – une seconde dans l'histoire plus que deux fois millénaire du droit – comme une faculté « d'autoréférence »⁴. Nous y reviendrons, mais c'est le noyau de la difficulté pour la raison anthropologique que de prétendre élucider un domaine qui se présente lui-même comme sa propre science, animé d'une rationalité propre et opposable à toutes les rationalités envisageables. L'obstacle est aussi rigoureux que récurrent car, des origines à nos jours, le droit est un fruit intellectuel, une catégorie savante, le résultat d'un effort dialectique des spécialistes, qui se pose en surplomb des réalités empiriques – concepts d'ordre, listes de règles et règlements des conflits, jugements et sanctions – qui le plus souvent, dans l'analyse sociologique ordinaire, sont censées en être la cause⁵. En d'autres termes – c'est la leçon de l'histoire romaine et j'y adhère depuis longtemps – s'il appartient à tous les groupes humains de posséder des notions d'ordre et des modes de gestion du désordre, il appartient au droit, comme catégorie relative à l'Occident et à ses aires de domination, de définir une rationalité qui soustraie idéalement l'ordre et la justice à la transcendance religieuse ou au pouvoir politique et de promouvoir un domaine autonome fondé sur une capacité inédite d'interprétation du réel et du possible.

5. Même si les mots peuvent sonner un peu pompeux aux oreilles sensibles, c'est une valeur fondatrice de la « civilisation » ou culture occidentale qui a réglé par elle la question de sa normativité jusqu'à la transition actuelle où, par les mêmes canaux de séparation catégorielle et d'hermétisme intellectuel, l'économie prétend secondariser le droit, comme le politique, et assumer seule l'ordonnement du monde global et marchand dont elle promeut l'hégémonie.

6. Avant de parvenir à cette transition en cours, il faudra évoquer l'amplitude de la difficulté que le droit élève sur le chemin de l'anthropologie. On procèdera pour cela en parcourant quelques préjugés méthodologiques de la science sociale en les confrontant aux propriétés du droit pris comme un formidable appareil idéologique d'interprétation. On plaidera aussi, compte tenu du moyen de surmonter l'obstacle qui consiste simplement à en faire l'étude, pour la nécessité d'une anthropologie du droit comme voie d'accès à l'entendement de la culture occidentale, à l'examen de sa diffusion et de sa domination dans les représentations. En tout état de cause, nous garderons à l'esprit l'horizon de l'idéologie libérale qui condamne non seulement le droit mais aussi l'humain dans toute la diversité de ses expériences culturelles au profit d'une vision abstraite de l'individu, dépourvu d'appartenances ou de solidarités concrètes mais doté de droits universels.

² *Ibidem*, p. 14.

³ *Ibid.*, p. 14.

⁴ N. Luhman, *A sociological theory of law*, Londres, Routledge and Kegan Pau, 1985.

⁵ Les termes de droit, droit positif, pensée juridique et culture juridique sont ici employés à titre générique, sans entrer dans le vaste domaine d'étude que constitue la différenciation interne du droit occidental, formellement imité ailleurs, en de nombreuses subdivisions qui s'estiment elles-mêmes irréductibles les unes aux autres, à commencer par la *summa divisio* entre régimes de droit civil et régimes de *Common law*.

I. Le droit comme anthropologie et l'anthropologie comme reflet du droit

7. Dans sa face d'activité intellectuelle productrice de représentations du réel, le droit dispose d'une capacité surprenante de mise en échec de la rationalité des sciences sociales, qui semble tenir au fait qu'il en garde la maîtrise car il en est le plus souvent à l'origine : il englobe par avance les démarches qui prétendent étudier la société car il est par nature une théorie sociale.

8. C'est là un phénomène dû non seulement à la fonction normative du juridique mais surtout à sa faculté d'incarner *en même temps* une pensée scientifique. La *ratio scripta* (raison écrite), dont parleront les juristes médiévaux en évoquant le *Corpus iuris civilis* de Justinien, c'est-à-dire pour eux le droit lui-même, se caractérise par un double mouvement de description et de réglementation, de qualification des rapports sociaux et de classement par ordre de valeurs de ce qu'il faut faire et ne pas faire. L'énoncé juridique est ainsi à la fois un état de l'existant et le point de départ de sa canalisation et de sa transformation. En cela, il relève pleinement des attributs de toute idéologie qui consistent en une représentation du réel qui soit aussi et en même temps un projet d'agir sur lui. Un *être* et un *devoir-être*. Clifford Geertz a mobilisé cette dualité intrinsèque pour formuler sa théorie d'anthropologie comparative du fait et du droit dans laquelle le *is* et le *ought-to-be* sont identifiés dans une pluralité de concepts qu'il juge comparables à celui de *law*. Le problème est que des concepts rassemblés, seul celui de *law* se rattache à une pensée sociale autonome qui soit aussi une pensée normative autonome : tous les autres (dont *dharma* et *adat*) renvoient à l'autorité supérieure de la transcendance religieuse ou à la compétence finale de l'autorité politique⁶.

9. La tâche de dire l'être et de prescrire le devoir-être suppose la prise en compte d'une structure sociale par la description d'un état de la structure et la formulation d'une théorie des possibilités évolutives de cette structure. L'histoire, la sociologie et l'anthropologie sont contenues dans cette opération indispensable pour conférer pertinence et durée à l'œuvre du droit, que le discours soit une loi, un jugement, un commentaire, un traité ou un rapport. La pertinence proviendra de l'adéquation des mots du droit avec la réalité visée, et la durée, elle, sera obtenue grâce à la mobilisation de moyens conceptuels par lesquels la légalité existante, le droit positif, devient capable d'anticiper non ce qu'il est en train de réglementer mais ce qu'il *peut être* tenu de réglementer.

10. Trop négligés par l'anthropologie, qui leur doit pourtant ses origines à travers Maine, ces moyens conceptuels sont des *fictions*, des « figures de la vérité » (*fictio figura veritatis*), qui établissent à titre descriptif des postulats formulés au titre de la planification de la normalisation. Voyons donc comment en parle Maine, *Regius professor of civil law* à Oxford, appointé par la Couronne, et l'un des fondateurs incontestés de l'anthropologie scientifique, qui estime que l'efficacité des *fictions juridiques* repose sur « leur double fonction de transformer un système de lois et de masquer cette transformation »⁷ :

Le *fait*, ajoute-t-il, est [...] que le droit a été totalement transformé ; la *fiction* est qu'il demeure ce qu'il a toujours été⁸.

Les moments où l'on fait *tabula rasa* sont rares dans l'histoire et le plus souvent idéologiquement rêvés plus que réellement opérés. Ainsi, en comparant les « sociétés progressistes » et les sociétés antiques ou archaïques, Maine isole, après Bentham mais avec plus de distance, l'action des *fictions juridiques* qui fondent la stabilité du droit sur une continuité occultant délibérément un changement parfois radical, inévitable du fait même que le mouvement est inhérent à l'écoulement du temps et cela est valable pour

6 C. Geertz, « Fact and law in comparative perspective », dans C. Geertz, *Local knowledge. Further essays in interpretive anthropology*, New York, Basic books, 1983.

7 H. Sumner Maine, *Ancient law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, [1861], Reprint, Gloucester, Peter Smith, 1975, p. 22.

8 *Ibidem*, p. 25.

toute société⁹. Il n'en reste pas moins que c'est sur cette fiction de la permanence que le droit assied sa stature de repère inamovible de l'ordre social.

11. Le vocabulaire des anthropologues est riche de fictions juridiques comme usages, coutumes, communautés, patrimoines, sociétés, codes... De même, avec ses *Systems of consanguinity and affinity of the human family*, Lewis Henry Morgan, qui était juriste de formation et avocat de profession, inaugurerait l'étude comparative des systèmes de parenté en prenant pour base conceptuelle le comput romain de l'alliance et de la filiation¹⁰. Les emprunts de la science naissante au vieil instrument de rationalisation furent et restent facilités par le fait que le droit dispose en permanence ses fictions sur la voie qu'il s'agit de paver, dessinant l'horizon sans négliger le passé. Ces fictions – c'est manifeste avec le concept de coutume qui veut dire pratique chez les anthropologues et pratique, code et source du droit chez les juristes – ont pour but d'éviter au droit de s'enfermer dans un cadre qui limiterait le périmètre de sa compétence. La pensée juridique est potentiellement illimitée et quand l'action législative, l'enseignement ou l'écriture de livres savants ne suffisent pas à l'exprimer, c'est par le roman policier qu'elle poursuit son ouvrage. L'idée répandue de « système juridique » est étrangère à l'image que le droit projette de lui-même ; elle s'apparente plutôt soit à une rationalisation condescendante de type politique ou sociologique, soit à l'abstractionnisme purificateur d'une logique déontique.

12. Le corpus des concepts fictionnels dessine un essaim perpétuellement renouvelé, associé à des logiques de raisonnement elles aussi renouvelées et souvent paradoxalement puisées dans les théories sociales ayant eu le droit comme inspirateur et comme objet. C'est de cette façon que le *Surveiller et punir* de Foucault inspire depuis trois décennies certaines réformes pénales en France et s'enseigne à l'École nationale de la magistrature. Ainsi le droit n'est pas un système mais plutôt une culture qui dispose en son sein de portes de sortie vers l'extérieur, qui dès lors n'est plus étranger, et de portes d'entrée, des logiques de conversion de l'autre au même, telles qu'elles s'opèrent quand le droit entreprend d'agréger à son noyau dur ce qu'il avait jusque-là maintenu en périphérie : les usages paysans furent répertoriés en Europe occidentale au fur et à mesure que progressait l'idée de propriété privée qui venait contrarier la possession collective qui les caractérisait. On peut dire la même chose de l'intégration de la sexualité dans le mariage. L'institution établie depuis Rome pour fonder la présomption de paternité est devenue, avec l'union homosexuelle, détachée de la filiation : l'institution du mariage n'en demeure pas moins, et les éléments de filiation sont un par un rapportés au mode de vie des conjoints de même sexe, par la fiction de l'adoption, le relais de la technologie et du contrat de location de ventre, sous la surveillance du principe d'intérêt supérieur de l'enfant. La réalité est que tout change, la fiction est que rien ne change et que l'institution du mariage est pérenne.

13. En tant qu'appareil savant en perpétuel état d'animation et de recherche, dans nos débats, ici même dans cette revue, jusqu'au cabinet du juge ou la pensée du législateur, le droit connaît un mouvement dialectique que Pierre-Jean Grosley, un disciple de Montesquieu, a été, me semble-t-il, le premier à formuler de belle manière :

Si les lois influent sur les mœurs, les mœurs influent aussi sur les lois ; et les unes ont à l'égard des autres une action égale et continue¹¹.

Pour aller au-delà de la fameuse distinction que trace Montesquieu entre les lois naturelles, auxquelles l'homme ne peut rien, et les lois positives qu'il se donne, Grosley identifie les *lois fondamentales* qui fixent les mœurs et résistent aux changements de mœurs et les *lois issues des mœurs* qui « quand les mœurs sont changées, se trouvent anéanties et abrogées par le fait »¹². Le propos de Grosley est riche : on y vient et revient avec bonheur, car il déjoue la tentation forte des sciences sociales de voir dans le droit un simple appareil conservateur que l'on force par le mouvement social. Il y a conservation mais le changement fait

9 L. Assier-Andrieu, *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common law*, Paris, Dalloz, 2011.

10 L. Henry Morgan, *Systems of consanguinity and affinity of the human family*, Washington, Smithsonian contributions to knowledge, XVII, 1871.

11 P.-J. Grosley, *De l'influence des lois sur les mœurs*, Nancy-Paris, Société Royale de Nancy, 1757, p. 52.

12 L. Assier-Andrieu, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, p. 114-115.

aussi l'objet de la conservation. L'humain accomplit à l'aube de son existence en groupe l'acte fondateur d'établir les lois qui « fixent les mœurs » et dessinent à la fois une structure et une culture. Mais le droit est constamment influencé par les mœurs qu'il règle. Il s'y plie pour ce qui change, il fait des « lois de mode », mais laisse intacts ses invariants auxquels est accrochée la structure du groupe.

14. C'est là l'une des voies possibles pour comprendre cette énigme qui fait qu'une culture comme la culture occidentale ait vécu en plus de deux millénaires des séries considérables de changements dans les domaines politiques, économiques, démographiques, artistiques et religieux quasiment sans toucher au fond du corpus des classifications juridiques romaines. La distinction des personnes et des choses évolue, par la chosification de l'embryon et la personnalisation de certains animaux, mais elle demeure clivante. En outre, si le droit, fondé sur les mœurs, agit sur elles et en est transformé à son tour, au moins partiellement, cela nous amène à noter qu'en matière juridique le descriptif est indissociable du normatif : en la décrivant, la coutume cesse d'être pratique pour devenir loi.

II. Penser le droit comme déjà-là

15. Résumons la difficulté qui s'élève sur notre chemin. Comment objectiver, c'est-à-dire soumettre à la condition d'objet de recherche, un domaine qui produit lui-même les conditions de son étude ? Comment, par suite, l'anthropologue peut-il ou peut-elle absorber scientifiquement le fait que toute qualification juridique de la réalité relève potentiellement de sa puissance normative et qu'il n'est pas d'enquêtes sociales qui ne puissent, d'un moment à l'autre, être intégrées dans un protocole juridique de réglementation de l'existant ? Cela nous amène à nous demander comment pouvons-nous situer l'autonomie de temps et de lieu d'un phénomène ou d'un groupe à l'égard d'une rationalité juridique dont la propriété épistémologique majeure est de se présenter toujours et partout comme déjà-là ?

16. La difficulté constitue elle-même, on l'aura compris, une matière pour la recherche. Les façons dont l'anthropologie, depuis les récits de voyageurs jusqu'à certaines des théorisations actuelles, se fait auxiliaire de justice par ses observations des droits « primitifs, indigènes, autochtones, informels, non occidentaux, alternatifs ou archaïques » ou des interactions supposées entre le « droit formel » et le « droit inofficiel », ce qui constitue le bréviaire du « pluralisme juridique », définissent un corpus dont les débouchés utilitaires pour le droit méritent l'inventaire et l'étude qualitative au cas par cas, monographie après monographie, une théorie après l'autre. Ces contributions dont l'ensemble se présente volontiers comme « *l'anthropologie juridique* », la *legal anthropology*, ont en commun de prolonger l'emprise de la fiction d'atemporalité et d'ubiquité de la dimension juridique : c'est la raison pour laquelle l'étude envisagée ne peut être qu'une *anthropologie du droit*.

17. La pensée juridique, par la nécessité d'alimenter sa faculté d'anticipation sur ce qui change et ce qui est inédit, écarte par définition l'hypothèse des sociétés sans droit, ou quand elle le fait c'est de façon aporétique car le « non droit » n'existe que par et pour justifier l'institution du droit confondu avec la civilisation elle-même, le terme d'opposition n'ayant d'autre fonction que rhétorique. Juriste féru de sociologie, Carbonnier peut écrire que

la différence du droit et du non-droit [...] peut être ramenée à une différence de degré : la différence de plus de droit à moins de droit¹³.

C'est en revanche quand l'anthropologie s'accorde la faculté de penser l'organisation des sociétés en tenant pour étrangère la catégorie du droit que cette dernière est susceptible d'apparaître avec un surcroît de

¹³ J. Carbonnier, « Droit et non-droit » [1963], *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1995, p. 24.

vérité, cette vérité des montages fictionnels dont Maine avait signalé l'importance et dont maints travaux dits d'anthropologie deviennent involontairement les outils à défaut d'en avoir envisagé l'existence.

18. « C'est le langage qui est fasciste ! ». On peut objecter cet aphorisme lancé par Roland Barthes à la radio. Tout discours sur le droit serait, si on suit ce qui précède, potentiellement contaminé par la malignité de la raison juridique et mon propos avec les autres. Pourquoi pas ? Il y a bien des économistes qui jugent que les sciences sociales sont devenues caduques dès lors qu'elles ne servent pas le projet de globalisation marchande de l'humanité. On peut cependant estimer possible d'aborder, comme le fit Marx en son temps, l'économie comme un objet, et ne pas désespérer des possibilités de l'anthropologie d'objectiver le droit. Il faut sur ce chemin prendre en compte la démarche formaliste qui légitime l'emploi des catégories juridiques, en toute bonne foi, sans penser à mal, comme si elles rendaient compte de *phénomènes objectifs* irréductibles à un appareil idéologique comme le droit.

19. En amont de ce raisonnement, il y a la prétention ingénue de cantonner l'observation de ces phénomènes à une *dimension descriptive*, étrangère à toute utilisation normative¹⁴. Ce dernier argument, lui aussi pratiqué ou énoncé en toute bonne foi par ses utilisateurs, se heurte à la nature du droit comme théorie sociale qui, en tant que telle, ne connaît pas de limites et ingère tout ce qui se lit dans un propos normatif latent ou explicite. Il se heurte ainsi au fait que le droit est aussi une anthropologie comme ne cesse de le rappeler l'adage latin *ubi societas ibi ius* (là où il y a de la société, il y a du droit). La pensée juridique se pense elle-même comme universelle et quelle science sinon l'anthropologie (pourvue d'une dimension historique) est à même de questionner cette prétention d'universalité d'une invention romaine datée et localisée ?

20. La démarche phénoménologique consiste à tenir les modes de résolution des conflits et les formulations d'un concept d'ordre commun pour des phénomènes intrinsèquement juridiques. Les débats sont déjà anciens entre les approches *rule centered* et *dispute centered* en *legal anthropology*, unifiées généralement par la même préoccupation de se situer au cœur de ce qui n'est pas la *state law*, à défaut d'identifier clairement la *ratio scripta*. À la recherche de « ce qui permet de distinguer le droit parmi les autres formes sociales »¹⁵, Fernanda Pirié a le mérite et le défaut de mettre sur le même plan d'analyse, le « juridisme » (*legalism*), tel qu'il se manifeste dans l'histoire de l'Occident, en Chine, au Tibet, sous l'islam et l'hindouisme, et dans les communautés locales, le tout sous l'égide d'une « anthropologie du droit ». Le mérite est grand car, comme l'avait déjà affirmé Paul Dresch, l'idée de « juridisme », jadis avancée par Lloyd Fallers, a pour but d'associer « des thèmes récurrents qui apparaissent à la fois dans les sociétés qui conceptualisent le droit de façon distincte [...] et dans d'autres sociétés qui déclinent pareille entreprise »¹⁶. Le mérite est grand car, conformément à l'esprit de Jack Goody, il est anthropologiquement nécessaire de franchir la ligne du « Grand Partage » entre l'Occident et ce qui n'est pas lui. Mais ce mérite comporte une faiblesse : on ne franchit pas la ligne sans identifier avec clarté de quoi elle est faite, et c'est particulièrement difficile avec le droit qui a pour propriété d'aisément se projeter dans l'ailleurs et dans les différentes échelles de la société.

21. En cela la démarche de Pirié ne diffère guère des évolutions récentes du droit comparé qui, avec le regretté H. Patrick Glenn, dresse un véritable inventaire ethnologique des « traditions juridiques mondiales », sans omettre, sous le chapitre intitulé « *A chthonic legal tradition* », les terrains classiques, indigènes et autochtones, de l'anthropologie juridique¹⁷. Quel que soit l'intérêt factuel, ethnographique, des phénomènes étudiés, c'est le classement comme « juridiques » des sociétés où le droit ne dépend ni du politique ni du religieux et de celles où il en dépend qui pose problème. Nous sommes, de la part du droit comparé qui englobe l'anthropologie juridique et de la part de l'anthropologie juridique qui se place,

14 A. Dundes Renteln, « The significance of culture differences for human rights », dans *Human rights : the hard questions*, C. Holder & D. Reidy (eds), Cambridge, Cambridge university press, 2013, p. 79-99.

15 F. Pirié, *The anthropology of law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 223.

16 P. Dresch, « Legalism, anthropology and history : a view from part of anthropology », dans *Legalism. anthropology and history*, P. Dresch & H. Skoda (eds), Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1.

17 H. Patrick Glenn, *Legal traditions of the world. Sustainable diversity in law*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 61-98.

nolens volens, sous l'égide du droit comparé, confrontés à une même entreprise d'universalisation du droit fondée sur l'analogie des règles, des raisonnements et des pratiques ainsi rapprochées avec le domaine de la catégorie occidentale du droit qui apporte l'universalisme dans son bagage initial. Notons, en outre, que si le droit comparé est une matière du droit qui, depuis l'origine, examine les différences des droits pour favoriser leur rapprochement, cela devient le programme implicite de l'anthropologie juridique quand elle manque de se donner une mission claire à l'égard du droit institué.

22. L'anthropologie juridique s'est formalisée comme un sous-champ et une sous-discipline, tantôt dans les départements de droit et tantôt dans les départements d'anthropologie, les deux ne communiquant pas très volontiers lorsqu'ils existent en simultané, c'est-à-dire rarement et surtout hors de l'orbite nord-américaine. En se focalisant sur l'anthropologie juridique des anthropologues, essentiellement anglo-saxons, Sally Falk Moore jugeait rétrospectivement la sous-discipline « saturée de messages politiques », un mauvais signe pour interroger le droit comme normativité distincte du politique¹⁸. On l'aura bien compris, le présent article n'est ni un bilan ni un programme, seulement quelques réflexions. Parmi celles-ci, c'est un fait marquant depuis l'après 1945, on peut relever une sorte de perte des origines qui amène les anthropologues qui parlent du droit à ne plus que rarement se poser la question du rapport au droit spécifié, institué, doté de clerks qui, en anglais, appellent les non juristes des profanes, *lay people*. Ce silence n'affectait pas les auteurs des grandes œuvres fondatrices de l'anthropologie du droit qui furent écrites entre les années 1920 et 1940. On pourrait citer celles de Rattray, Schapera ou Maunier mais je pense en particulier, côté anthropologie, à celle de Malinowski et, côté droit, à celle de Llewellyn – Hoebel a toujours fermement affirmé que la pensée théorique de *The cheyenne way* était exclusivement l'œuvre de Llewellyn¹⁹. Ces contributions fondamentales n'ont jamais nié être écrites dans le cadre clair d'un dialogue avec le droit positif.

23. Le mobile de l'intérêt de Malinowski pour le droit, alors qu'il était déjà célèbre, c'est la décision de la juridiction suprême de l'empire anglais qui fait obligation en 1919 « d'étudier et comprendre » les coutumes indigènes pour leur permettre d'intégrer l'ensemble de « notre droit civilisé » (Judicial committee of the Privy Council, *In re : Southern Rhodesia*, AC, 1919, 47). La prémisse du raisonnement de la cour est que « certaines tribus sont si basses » dans l'échelle de l'évolution que leurs mœurs sont inconciliables « avec le droit d'un peuple civilisé ». L'étude et la compréhension viennent après, comme mode de vérification et comme façon d'exclure et d'intégrer – nous avons affaire directement avec l'une de ces fictions efficaces, dont parlait Maine, par lesquelles le droit n'est pas un système mais bien, comme Pierre Legendre le dira plus tard, « une masse textuelle en perpétuel mouvement »²⁰.

24. Malinowski s'en saisit et produit sur la foi de son expérience mélanésienne *Crime and custom in savage society* où il affirme que le droit est la configuration « des obligations d'une personne et des aspirations légitimes d'une autre »²¹. Tous ses travaux sur le droit concourent à assimiler le « sauvage » au « civilisé », à les mettre sur un pied d'égalité. La tâche de l'anthropologue, écrit-il en 1934, est de « traduire les principes du droit coutumier primitif dans nos institutions administratives modernes » car il n'existe « aucune rupture de continuité entre notre propre société et celle des peuples primitifs »²². Malinowski, comme tous les grands fondateurs de l'anthropologie, présuppose et veut démontrer l'unité humaine pour déjouer le racisme et l'ethnocentrisme. Désireux d'être utile, soucieux que son fonctionnalisme soit appliqué, il le met explicitement au service de l'œuvre coloniale britannique en produisant les savoirs que les administrateurs doivent selon lui intégrer à leur traitement des peuples

18 S. Falk Moore, « Certainties undone: fifty turbulent years of legal anthropology, 1949-1999 », dans *Law and anthropology: a reader*, S. F. Moore (ed.), Malden, Blackwell, 2005, p. 360.

19 E. Adamson Hoebel, « Karl Llewellyn – Anthropological jurisprudence », *Rutgers law review*, 18, 1964, p. 740, n. 23, à propos de Karl Nickerson Llewellyn ; E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne way. Conflict and case law in primitive jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press.

20 Pierre Legendre, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985, p. 169.

21 B. Malinowski, *Crime and custom in savage society*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1926, p. 55.

22 B. Malinowski, « Introduction », dans H. I. Hogbin, *Law and order in Polynesia. A study of primitive legal institutions*, Londres, Christophers, p. XXX.

indigènes : comme des égaux juridiques et non comme des populations trop basses dans l'échelle des sociétés pour que leurs coutumes soient validées²³.

25. Certes, le père du fonctionnalisme promeut l'universalisme juridique mais l'atelier de ses montages est si clairement exprimé que, comme chez Rattray ou Schapera, l'identification du rôle du droit en devient facilitée. L'honnêteté de l'humanisme force à défendre le « droit coutumier primitif » sans ignorer et même en revendiquant le contexte d'urgence que créait la colonisation et la décision de la cour impériale. Par son souci de privilégier la « configuration des obligations », Malinowski reste indispensable, comme avec la révélation du *Kula ring* qui inspira si fortement l'*Essai sur le don* de Mauss, pour penser, en oubliant la question de la qualification juridique, le fait que le fondement de la société n'est pas l'intérêt égoïste mais l'engagement dans un cycle de réciprocité désintéressée.

26. Avec Llewellyn, en qui Malinowski voyait un brillant continuateur sur la voie de l'interprétation anthropologique du droit primitif²⁴, au cœur de la société on ne trouve pas un système d'ordre mais on trouve le conflit, la disruption, le clivage de prétentions contradictoires que le droit vient arranger, comme un élément régulateur qui sourdrait de ce qui contrarie le bon déroulement de la vie sociale (1941). Sa *trouble-case method* demeure un instrument inégalé dans l'étude des conflits et de leurs modes de règlement. Mais, dans le dispositif de Llewellyn, il y a deux dimensions qui partent des Cheyenne pour aboutir à la grande théorie.

27. La première est le choix même des Cheyenne comme objet d'étude. Karl Nickerson Llewellyn est dans les années 1930 la figure de proue du réalisme juridique, qu'il contribue à inventer, et qui révolutionne jusqu'à nos jours l'enseignement du droit en l'ancrant dans la pratique sociale plutôt que dans les dogmes et dans les principes²⁵. Américain, il cherche à fonder sa thèse d'une origine sociologique du droit sur la foi d'un exemple américain pris chez les premiers habitants du pays, les Indiens. À Columbia où il enseigne, il s'en ouvre à Franz Boas qui lui recommande un jeune doctorant spécialiste des Shoshones et des Comanches, E. Adamson Hoebel. A Hoebel, Llewellyn demande de lui fournir une société indienne, primitive mais pas trop, suffisamment comparable avec la sophistication des institutions juridiques des États-Unis : c'est alors que Hoebel suggère les Cheyenne. C'est ainsi que ce peuple des plaines, déporté dans les réserves du Montana, deviendra le socle sur lequel Llewellyn fondera sa théorie réaliste valable par ce moyen pour l'ensemble des Américains, des plus primitifs aux plus urbanisés.

28. En second lieu, Llewellyn revendique d'aborder ce peuple primitif avec les lunettes d'un « *American case lawyer* » : il fait sciemment du droit qu'il professe une technique de recherche. C'est cette façon d'assumer sa forme de pensée qui lui permettra de porter avec succès l'art de la casuistique à un tel degré de quasi perfection. En fin de carrière et de vie, il retournera toutefois l'argument pour confier qu'à la fréquentation de la culture Cheyenne, il acquit « une nouvelle paire d'yeux » et subit « une profonde illumination » : « Vous êtes soudain confronté à la beauté d'une culture étrange et vous pouvez devenir la personne en qui une graine prend racine, une graine de lumière qui se sente chez elle »²⁶.

29. Le droit, surtout en pays de *Common Law* où il s'incarne essentiellement dans des séries de décisions de justice, est certainement, avec la théologie, le domaine où la casuistique et le commentaire textuel se sont développés avec une constance millénaire et un très haut niveau de sophistication. Réduire la « beauté juridique » des Cheyenne à 53 cas, dont la plupart sont des narrations que d'autres observateurs auraient tenues pour des récits mythologiques, témoigne à coup sûr de juridisme. Il n'empêche que cette étude de terrain lui a permis de développer sa théorie du conflit créateur de normes, au-delà des convenances du milieu des juristes, de l'universaliser, comme lui-même universalisait sa conscience sous l'effet d'une

23 B. Malinowski, « The rationalization of anthropology and administration », *Africa*, 3, 1930, p. 405-430.

24 B. Malinowski, « A new instrument for the interpretation of law – especially primitive. A review of *The Cheyenne way* », *Lawyers guild review*, II, 3, 1942, p. 1-12.

25 Sur cette question : L. Assier-Andrieu, « La genèse réaliste de l'anthropologie du droit. Étude sur *La voie cheyenne* », dans K. N. Llewellyn et E. A. Hoebel, *La voie cheyenne. Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, [1941], Paris, LGDJ, 1999, p. VII-XXIX.

26 K. N. Llewellyn, *The common law tradition – Deciding appeals*, Boston, Little, Brown & Co, 1960, p. 513-514, note 12.

révélation culturelle : penser la culture Cheyenne en droit l'amena symétriquement à penser les cours d'appel et la cour suprême des États-Unis comme des assemblées de Cheyenne.

30. Malinowski et Llewellyn témoignent l'un et l'autre d'un au-delà du droit qui sous-tend n'importe quelle société. L'ambition d'universalisme rejoint chez tous deux la commune humanité des cultures dans la recherche des sources de la normativité, c'est-à-dire des causes et des influences premières qui créent, pour reprendre Althusius, la *consociatio*, les normes premières de l'élaboration sociale. Il est légitime de passer par le droit, qui en est l'une des manifestations historiques, celle qui a connu, avec l'Europe et son expansion, le plus de succès, pour comprendre la normativité. C'est cependant un ordre de problèmes qui intéresse toutes les sciences, physique en tête. Il est ainsi singulier, lorsque paraît récemment un bilan des connaissances transdisciplinaires sur la normativité, que la seule contribution de science sociale porte sur le droit et ne porte que sur le théoricien culte du libéralisme économique, Friedrich von Hayek, qui parle d'« ordre spontané du marché » et ignore autant la réciprocité désintéressée de Malinowski que les capacités pacificatrices du conflit chez Llewellyn²⁷.

31. Comme science holistique, l'anthropologie est une science de la normativité, qui pose entre autres la question des corrélations entre représentations symboliques et logiques normatives. Faut-il qu'elle se fasse l'auxiliaire du droit, lui-même puissamment normatif et producteur de la science de sa propre normativité, pour s'enrichir, ou se perd-elle au contraire en devenant la science auxiliaire d'un savoir englobant dont la cohérence et les finesses lui échappent ? Le tout dans l'ignorance mutuelle de l'anthropologie générale de la part des juristes ou des anthropologues juristes des facultés de droit et des grands courants de la pensée juridique de la part des anthropologues. Pourtant le territoire commun existe et l'anthropologie du droit demeure une nécessité.

III. Le droit comme culture

32. L'anthropologie est sans conteste pertinente quand elle oppose au droit des logiques culturelles qui permettent de le réduire à ce qu'il est lui aussi, un phénomène de culture, voire, avec le temps et vu l'ampleur du phénomène, une culture elle-même. C'est, comme en témoignait Llewellyn au sortir de l'expérience Cheyenne, par la force d'expression d'une réalité culturelle que peuvent alors ressortir avec clarté les différences d'autres réalités culturelles. La puissance du mythe explique les ordalies du Nord Togo²⁸ : le droit s'arrête de penser devant ce qui lui semble irrationnel car il possède lui-même ses propres mythes et sa propre rationalité. Les multiples façons dont la justice est affaire de parenté en Méditerranée mettent en lumière l'un des paradoxes du droit qui, depuis Rome, se fonde sur la réglementation de la filiation et non l'inverse²⁹. C'est en faisant ce qu'il ou elle fait depuis la seconde moitié du XIX^e siècle, étudier les cultures, que l'anthropologue détient le pouvoir heuristique extraordinaire de rationaliser l'irrationnel, de désacraliser le sacré et de démanteler les agencements politiques.

33. Quand Tylor définissait « la culture ou la civilisation » comme « ce tout complexe qui inclut la connaissance, la croyance, l'art, la morale, le droit, la coutume et tout autres capacités et habitudes acquises par l'homme en tant que membre de la société »³⁰, il parlait bien d'« habitudes », de pratiques régulières inscrites dans le temps – s'il intègre distinctement le droit et la coutume, c'est qu'à la différence de l'admiré

27 Marcin Gorazda, « Normativity according to Hayek », dans *The many faces of normativity*, J. Stelmach, B. Brozek et M. Hohol (eds), Cracovie, Copernicus Center Press, 2013.

28 R. Verdier, « L'invisible, la nature et ses justices », dans *Les justices de l'invisible*, R. Verdier, N. Kalnoky et S. Kerneis (dir.), Paris, L'Harmattan, 2013, p. 15-44.

29 I. Terradas Saborit, *Justicia vindicatoria. De la ofensa e indefension a la imprecacion y el oraculo, la vindicta y el talion, la ordalia y el juramento, la composicion y la reconciliacion*, Madrid, Consejo superior de investigaciones científicas, 2008, p. 76-105.

30 E. Buret Tylor, *Primitive culture. Researches into the development of mythology, philosophy, religion, art and custom*, Cambridge, Cambridge university press, 1871, reprint 2010.

Maine, il n'est pas juriste mais avant tout muséographe. Le tournant des années 1980, qui a vu naître l'anthropologie comme critique culturelle, a incorporé les discours mêmes des anthropologues dans l'objet d'étude, mettant en cause la légitimité de l'ethnographie avant que les penseurs post-coloniaux ne discréditent complètement l'anthropologie car ce serait une science exclusivement fondée sur la supériorité de l'enquêteur sur le « *native informant* »³¹.

34. De façon plus prudente, soucieuse d'éviter l'essentialisme et la vision des cultures comme des monades juxtaposées – une vision tellement simpliste qu'il est permis de se demander si elle a jamais germé dans la pensée d'un anthropologue frotté au terrain – on a pu redéfinir la culture comme un objet « historiquement produit, interconnecté globalement, contesté en interne et dont l'identité et les pratiques sont marquées par des limites ambiguës »³². L'ambition d'une telle définition est certainement d'intégrer le monde créé par les nouvelles technologies et par la montée en puissance des droits humains comme référent juridique de la globalisation. Mais le problème est que l'auteur généralise au bénéfice du modèle libéral et au détriment de ces cultures ou dimensions dans la culture qui échappent à l'interconnexion physique ou morale, à la démocratie (contestation interne) et à l'ambiguïté des limites.

35. Dans la modernité, maints aspects de la culture échappent à ce que l'idéologie libérale présente comme inéluctable, à commencer par la tradition du livre et de la bibliothèque, nos façons d'enseigner personnellement et l'asymétrie de qui sait et de qui apprend unis dans la même communauté de raison, contre la dématérialisation des textes, le retrait de toute sociabilité et l'individualisation extrême de qui cherche à savoir et qui ne trouvera de guide que s'il connaît des questions que rien ne le prédispose à poser. Dans la modernité et dans l'immense part du monde qui n'est pas moderne, jusqu'aux survivances des mythes et des codes relationnels paysans au sein même des sociétés modernes, on peut multiplier à l'infini les exemples qui résistent à la définition de Merry qui dénie aux cultures la faculté de tenir debout toutes seules, c'est-à-dire sans se soumettre au complexe libéral qui trouve sa forme économique dans le capitalisme de marché et sa forme juridique, morale et religieuse, dans les droits humains, universels et individualisés.

36. Plutôt que de définir la culture par rapport au modèle libéral, je propose d'envisager ses propriétés majeures : elle revendique une série de valeurs collectives déclinées en ordre hiérarchique et constitutives d'une idéologie ; elle valorise la transmission de ces valeurs (c'est ce qu'on entend généralement par « tradition ») ; elle sert de repère à l'identification d'un groupe social qui partage les mêmes représentations, pour ses membres et envers les autres ; enfin, elle se dote des moyens de demeurer relativement inaccessible à la transformation par acte conscient de volonté. Le droit est sans conteste une idéologie, il se perpétue par tradition (facultés, écoles et collèges professionnels), il comprend tous ceux qui se reconnaissent, par formation ou par profession, dans la qualité de juristes, et il est réticent à se laisser transformer du simple fait de l'évolution des mœurs (ou de la volonté d'un seul : on sait tout ce que le Code Napoléon doit aux penseurs et aux règles de l'Ancien Régime ainsi qu'aux usages paysans). En démocratie, il attend que la loi le fasse, et veille à ce que celle-ci ne porte pas atteinte à sa cohérence, qui s'exprime dans le principe de non contradiction de ses logiques de raisonnement et de ses dispositions.

37. Parmi les nombreuses possibilités qui s'ouvrent à l'anthropologie du droit, on peut distinguer la mission d'explorer le droit originel, le droit occidental, autant dans son épicerie que dans toutes ses ramifications à l'extérieur de sa matrice, là où se manifeste le principe impérial *ubi societas ibi ius*. Ce fameux principe rejette a priori le point de vue indigène pour lui substituer un point de vue occidental marqué du sceau de cette vérité même que lui procure sa pertinence universelle. Répétons-le, dans certaines approches d'anthropologie juridique, il est indifférent à la méthode de théoriser indistinctement à partir de terrains (occidentaux ou occidentalisés) où le droit a été historiquement spécifié comme normativité, et de terrains où les règles, englobées par ces anthropologues dans « le juridique », sont soumises au politique, au religieux ou, comme dans l'islam, où tous les rapports sociaux sont tributaires

31 G. Chakravorty Spivak, *Critique of postcolonial reason. Toward a history of the vanishing present*, Cambridge et Londres, Harvard university press, 1999, p. 73.

32 S. Engle Merry, « Changing rights, changing culture », dans *Culture and rights : anthropological perspectives*, J. K. Cowan, M.-B. Dembour et R. A. Wilson (eds), Cambridge, Cambridge university press, 2001, p. 41.

d'une même soumission à une révélation prophétique. Le phénomène qui est celui de l'aveu indigène ou de l'adoption par l'autochtone de termes juridiques ne doit tromper personne. Quand une revendication autochtone entend avoir quelque chances d'aboutir devant une juridiction occidentale, elle tend à se présenter selon les termes attendus par la puissance tutélaire, c'est-à-dire le langage du droit, en sacrifiant le concept autochtone de la validité probante et en réduisant une ambition de posséder ce qui est à soi à celle d'exercer un droit minoritaire ou subordonné sur une partie de l'espace ancestral³³. L'universalisme juridique parvient ainsi à être intériorisé par les cultures mêmes qui peuvent lui opposer leur relativité. La tendance observée au Canada, et au Nunavut en particulier³⁴, d'objecter des séries d'épistémès autochtones à l'anthropologie générale participe plus du souci, alimenté par des juristes autochtones formés au droit positif, de contrôler et de vendre l'accès au terrain à des intrus qui en feraient un profit sans retombées locales, que d'unir les forces locales aux forces académiques où qu'elles se trouvent, quand elles luttent pour la préservation des cultures. On ne préserve pas une culture en adoptant les moyens marchands et juridiques de son aliénation.

38. La mise à jour des projections juridiques occidentales, des projections intellectuelles, conceptuelles, les plus subtiles, contribue autant à la redéfinition des cultures qu'à la description la plus précise, dans ses confins extérieurs, de l'appareil théorique et institutionnel du droit d'origine occidentale. Il est possible et souhaitable, à quelque échelle que ce soit, de poursuivre l'ouvrage, systématisé pour l'Afrique d'influence britannique par Martin Chanock, de contextualisation des flux de transmission des modèles juridiques sous la plume des anthropologues d'hier et d'aujourd'hui, ou des juristes, toujours ouverts à la différence, spécialistes des « questions indigènes et coutumières »³⁵. L'analyse conceptuelle des récits d'anthropologie juridique peut s'étendre, particulièrement de nos jours devant les juridictions occidentales, aux nombreuses affaires de « défense culturelle » où la personne incriminée, par exemple, au nom des droits de la femme ou de l'enfant, pour excision, excipe de son origine pour revendiquer d'avoir appliqué la norme de sa culture³⁶. Les situations d'émigration massive en direction des pays occidentaux créent les conditions d'une mise en cause directe de la culture juridique occidentale au nom d'une normativité dite « culturelle » dont les experts et les interprètes sont les anthropologues spécialistes des pays d'origine des incriminés qui invoquent « l'excuse culturelle ». Le domaine est vaste, en pleine croissance et relativement pauvre en matière de conceptualisation.

39. La relance, précédemment souhaitée, du concept de culture peut accompagner ce vaste mouvement d'observation et d'analyse et ainsi réhabiliter les multiples différenciations dont témoigne l'expérience humaine et que gomme délibérément l'idéologie du marché global. À contre courant de cette idéologie, comme de celle de l'universalisme juridique, l'anthropologie apporte son relativisme intrinsèque car elle est, selon la devise de Marshall Sahlins, « l'étude et le respect des cultures des autres peuples ». L'autre peuple peut commencer pour l'anthropologue à la porte du palais de justice ou de l'école de droit. La partie « respect » impose de faire la part de toutes les cosmologies et de tous les schèmes d'interprétation du perceptible, tandis bien sûr que la partie « étude » rattache l'artisanat du scientifique à sa *libido sciendi* et à la communauté des savants qui communient dans la croyance inévitable en l'universalité de la raison ; faute de quoi, repensons à l'exemple canadien, il n'y a plus d'altérité, il n'y a plus de soi, il n'y a plus de connaissance. L'universel, dans ce sens, c'est qu'il existe une multitude de cultures mouvantes et interactives qui s'imitent, collaborent ou se combattent, compatibles entre elles ou incompatibles, qu'aucun type de doctrine ne peut légitimement prétendre ordonner dans un classement en ordre hiérarchique sans adopter une idéologie ou une autre.

33 L. Assier-Andrieu, *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common law*, Paris, Dalloz, 2011, p. 139-186.

34 T. Martin, « Normativité sociale et normativité épistémique : la recherche en milieu autochtone au Canada et dans le monde anglo-saxon », *Socio*, 1, 2013, p. 135-154.

35 M. Chanock, *Law, custom and social order. The colonial experience in Malawi and Zambia*, Cambridge, Cambridge university press, 1998.

36 A. Dundes Renteln, *The cultural defence*, New York, Oxford university press, 2004.

40. S'agissant de droit, l'anthropologue et le juriste se rejoignent dans une même conception de l'homme concret, divers et fait d'affects et de percepts, face à la perspective de la fin de la coexistence des cultures et de l'effacement de la culture juridique devant l'avènement de l'homme abstrait, individualiste et désaffilié, dans le mouvement hégémonique d'un libéralisme globalisé qui ne veut connaître ni des sujets de droit ni des êtres de cultures mais des producteurs interchangeables et des consommateurs conditionnés.

Louis ASSIER-ANDRIEU

Centre national de la recherche scientifique
Sciences Po Paris