



HAL
open science

Pour une utilisation critique de l'Anthropologie du droit par les juristes... et les anthropologues du droit !

Éric Millard

► To cite this version:

Éric Millard. Pour une utilisation critique de l'Anthropologie du droit par les juristes... et les anthropologues du droit!. S. Aubert. Anthropologie et Droit, Intersections et confrontations, Karthala, pp.295-300, 2004, Collection Cahiers d'Anthropologie du Droit - Droit et Cultures. halshs-00126013

HAL Id: halshs-00126013

<https://shs.hal.science/halshs-00126013>

Submitted on 23 Jan 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Millard Eric, *Cahiers d'anthropologie du droit* 2004,
Revue Droit et Cultures Hors séries 2004/4, pp.

Pour une utilisation critique de l'anthropologie du droit par les juristes... et les anthropologues du droit !

Je vois deux réponses toutes faites à la question simple posée par les coordonnateurs du présent recueil : *Qu'est-ce pour vous* – professeur de droit public, enseignant-chercheur préoccupé de théorie juridique – *l'anthropologie du droit* ?

La première ne me satisfait pas totalement et je l'écarte même si elle est vraisemblable : l'anthropologie juridique relève de la culture souhaitable de tout juriste ; autant il est justifié d'ouvrir les juristes au(x) monde(s), dans leur formation initiale (ce que j'ai pu faire aussi bien comme étudiant dans le cadre d'un véritable cours d'anthropologie juridique, optionnel en première année de droit, que comme enseignant, en soutenant l'introduction de la matière dans des maquettes de juristes et même un court instant en enseignant « quelque chose » qui pouvait ressembler à de l'anthropologie juridique) comme dans leur pratique (dans une société largement pluriculturelle, peut-on vraiment saisir la nature de certains conflits en faisant abstraction de la pluralité des conceptions normatives, substantiellement et structurellement ?), ce à quoi l'anthropologie du droit contribue, autant il n'est pas possible de cantonner le savoir que fournit l'anthropologie juridique à ce statut complémentaire. La seconde réponse est alors : dire que l'anthropologie du droit est une pratique de recherche (qui n'est pas la mienne) qui produit son propre savoir sur un objet qu'elle appelle droit (est-il le mien ?). Elle revient à dire que la discipline existe (ce que chacun devrait savoir) et qu'elle doit être évaluée de manière autonome ce que, n'étant pas au contact direct et constant de la pratique, je me garderai bien de faire. Et à dire qu'au regard de ce savoir, je suis utilisateur extérieur. Mon intérêt y est donc totalement utilitariste, et je soupçonne que c'est ce point qui est seul pertinent.

D'un point de vue biographique, sans intérêt ici, la question serait : pourquoi ai-je tant fréquenté le savoir anthropologique (parfois dangereusement flirté avec lui selon certains peut-être) et pourquoi en même

temps me suis-je toujours gardé de « faire » de l'anthropologie du droit (indépendamment de toutes considérations carriéristes qui ne doivent pourtant pas être négligées puisque, discipline autonome, l'anthropologie du droit ne constitue pas – encore ? – une discipline académiquement reconnue) ?

D'un point de vue théorique, la question devient : « qu'est-ce qui pour moi, qui me veut juriste, m'intéresse et me gêne dans l'anthropologie du droit ? ». La question contient la réponse et a déjà été effleurée plus haut : l'anthropologie du droit ne m'intéresse que parce que son objet n'est pas le mien. Ce qui revient à dire qu'elle m'intéresse parce qu'elle m'oblige à m'interroger sur mon propre objet, et donc sur les limites de mon propre savoir, en tant que juriste.

Le point, qui ne sera pas admis je m'en doute par tous, est donc que l'anthropologue du droit et le juriste – j'entends ici dans les deux cas des postures à prétention au moins savantes si ce n'est toujours scientifiques – ne font pas la même chose (ce que l'on sait) et ne parlent pas de la même chose (ce qui est discuté). Concentrons-nous donc sur le point discuté, l'objet.

Voici ce que je comprends par l'objet de l'anthropologie juridique : l'étude de toutes formes de normes sociales (et tous ces termes devraient bien sûr être plus précisément définis) qui ne se confondent pas avec une forme donnée de normes sociales : celle d'un ordre juridique hiérarchisé et centralisé, s'identifiant à ou reposant principalement sur « l'État », la « souveraineté ». La vue paraîtra sans doute réductrice et je l'admets volontiers. Mais assumant la subjectivité de ma réponse, je redis que je ne parle pas ici de l'anthropologie du droit en général, mais de celle qui, en tant que juriste, m'interroge. Dois-je dire alors que dans cette perspective, je n'ai rien à redire et tout à apprendre de l'anthropologie juridique dès lors qu'elle m'informe sur les formes de normativités sociales dans des sociétés non étatiques ? Or voilà, dès lors que nous quittons ces sociétés, que surgit inéluctablement la seule vraie question à mes yeux, celle du pluralisme juridique. Je n'évoque le pluralisme ici que dans son sens fort, structurel, celui auquel conduisent par exemple les positions de Griffith¹ : l'existence concurrente de plusieurs ordres juridiques qui ne disposent pas de mécanismes internes d'acceptations réciproques et dont l'un au moins prétend nier l'existence de l'autre ; pour le reste, je ne vois pas de pluralisme ou de problème de pluralisme, qu'il s'agisse de la pluralité de sources juridiques ou de la pluralité des références culturelles ou des dispositions matérielles au sein d'un ordre juridique souverain. À cette question, l'anthropologie juridique fournit parfois une réponse qui dérange mes habitudes de pensée en me disant que l'État (la forme monopolistique, hiérarchisée et centralisée d'un certain type de normativité) n'est pas le seul

¹ John Griffith, "What is legal pluralism ?", *Journal of legal pluralism*, 1986.

phénomène juridique. Sans être anthropologue du droit, j'ai pu faire mienne cette réponse.¹ Et je l'ai fait en partant de l'institutionnalisme juridique (Hauriou, Santi Romano, etc.). Je crois aujourd'hui que, abordée en ces termes, l'approche du pluralisme juridique est moins fructueuse que je ne l'ai cru.

Or c'est bien là le principal intérêt – pour moi, juriste – de cette approche anthropologique que de me contraindre à réinterroger le concept même de droit. Le pluralisme juridique et l'anthropologie me montrent la relativité – la diversité, la pluralité – du phénomène et du concept. Et l'on retrouve mes deux réponses de départ.

Relativité du phénomène, pour moi juriste, c'est essentiellement un apport culturel donc complémentaire (donc non dérangeant). Cet apport ne doit pas être négligé tant le pseudo positivisme² procède comme s'il existait une forme indiscutable et vraie (dans ses versions les plus tolérantes : une forme supérieure, moderne ou progressiste) du droit. Il revient aux juristes eux-mêmes de déconstruire ce présupposé en dévoilant son caractère politique : affirmation de la supériorité de l'État qui entraîne (ouvertement ou implicitement) une exigence politico-morale (exclusive de toute approche descriptive, donc de toute scientificité) d'obéissance à l'État. Comme il revient aux anthropologues du droit de s'assurer que la théorie du pluralisme juridique puisse être une théorie scientifique (décrivant un objet existant) et non pas simplement, comme je dois l'avouer je le soupçonne très souvent, un présupposé entraînant une autre exigence politico-morale : celle du respect (par l'État ?) des valeurs et représentations (mentales ou politico-sociales) de groupes divers. Le débat ici n'est certes pas inintéressant et je ne l'aborderais s'il y a lieu ni en défenseur acharné de l'universalisme étatique (ce que je ne suis pas) ni en promoteur non critique d'un communautarisme de principe (ce que je ne peux me résoudre à être) ; il reste qu'il s'agit d'un débat politique qui ne peut être correctement mené que si on le place délibérément sur ce terrain. Or, juriste utilisateur de l'anthropologie du droit, je me situe

¹ Je me permets de renvoyer sur ces points à ma thèse notamment : Éric Millard, *Famille et droit public*, LGDJ, 1995.

² J'avais jadis donné cette définition : « un courant dogmatico-doctrinal relativement répandu chez les juristes qui procède à un exposé des règles juridiques sans se fonder ouvertement sur une théorie des valeurs comme les écoles du droit naturel, ou sans procéder d'une réflexion épistémologique (le positivisme comme connaissance empirique) qui guide la construction d'une théorie du droit (normativisme, réalisme, certaines approches institutionnalistes, etc.) fournissant les concepts explicatifs (personnalité juridique ou autorité parentale par exemple) mobilisés par le discours dogmatico-doctrinal (le droit de la famille ici). Le résultat est au mieux simplement tautologique (l'exégèse du droit qui prétend rendre compte de son objet en le reproduisant), au pire mâtiné de considérations sociologiques ou politiques sans que la légitimité scientifique de cette grille ne soit fournie ni même examinée ». Éric Millard, « Les débats autour de la personnalisation juridique de la famille », in M. Chauvière, *Les Implicites des politiques familiales*, Dunod, 2000.

sur un autre terrain, celui de la connaissance, qui repose sur la description du monde tel qu'il est, non sur la prescription du monde tel qu'il devrait être. Autrement dit : peu m'importe ici que j'aime ou non cet État que les juristes identifient au droit ; voyons s'il existe et ce qu'il est (ne serait-ce qu'éventuellement, si on le souhaite, pour savoir contre quoi engager un combat politique).

La science juridique comme la science anthropologico-juridique ont donc besoin d'un concept définissant ce qu'elles entendent décrire. Et c'était là ma deuxième réponse : relativité du concept. Elle me conduit à une interrogation épistémologique visant à situer la science juridique et l'anthropologie juridique d'une part, à fixer le statut de l'objet de chacune de ces approches d'autre part. En ce sens, le pluralisme juridique est une théorie, une hypothèse de travail, qui permet de prendre en compte qu'il existe d'autres concepts possibles. Mais cette hypothèse n'est pas décisive puisque c'est d'un concept et non d'un phénomène dont il s'agit. Tout savoir construit son objet en tant qu'il entend décrire d'une certaine façon le monde (et donc permettre des propositions scientifiques vérifiables). Le concept *droit* des juristes leur permet de parler de sociétés modernes (étatiques) en analysant une normativité particulière que l'on y rencontre. Les anthropologues du droit d'une multitude d'autres sociétés (y compris étatiques) en analysant d'autres formes de normativité. Admettons pour le moins que nos concepts « droit » sont alors purement stipulatifs, qu'aucun n'est vrai, mais simplement utile à nos démarches. Le problème ne surgit qu'en ce qui concerne le pluralisme juridique si on veut désigner par le même mot (*droit*) deux phénomènes, disons l'État et autre chose que l'État. Mais quelle est la vraie nature du problème ? Je crains qu'on ne s'oppose, juristes et anthropologues, sur des illusions et que l'on néglige ce que je perçois comme plus important. Si *droit* signifie stipulativement toute forme normative, alors oui il peut y avoir un pluralisme juridique ici ; mais on n'aura pas dit si et comment plusieurs formes de normativités coexistent (ce que l'on constate et que, je crois, tout le monde admettra : morale, religion, normes collectives, État, etc.) et donc ce concept n'a que peu d'intérêt. Si réserver le mot *droit* à une des formes de normativité obéit à une volonté politico-morale de valoriser cette forme de normativité par rapport aux autres, ou à dévoiler (démarche scientifique) qu'il existe un enjeu en terme de légitimité dans le sens où par exemple affirmer que seul l'État mérite d'être appelé *droit* participe au processus de légitimation de l'État, ou que qualifier de *juridiques* des normativités non étatiques les relégitime face à un État qui les ignore, alors oui la démarche a du sens en ce qu'elle participe à l'interrogation sur les usages sociaux du savoir voire sur la responsabilité éthique du savant ; on n'aura pas pour autant démontré que État et ordres non étatiques sont identiques, mais simplement démontré que le concept n'est pas ontologique mais stipulatif. Et je le dis tout net, si cela peut permettre de se concentrer sur la vraie question, je n'ai aucune réticence à renoncer à l'usage du mot *droit* pour désigner l'État (étant entendu par là que je ne vise pas un

concept vide de sens mais des réalités sociales complexes et historiques, qui ne sauraient se résumer sans davantage d'analyse à : « le droit positif », ou « la personne juridique souveraine » au sens classique des juristes par exemple). Pourvu que cela autorise à se demander si, dans les sociétés modernes, on peut tenir pour identiques État et autres normativités, quels que soient les noms qu'on leur donne. Je ne le crois pas. Mais, et c'est ici que l'anthropologie du droit est importante dans ma démarche, je suis contraint de fournir une autre explication que celle traditionnelle des juristes.

Au risque de surprendre, je dirais que nous avons besoin de plusieurs concepts de *droit*. Du point de vue d'une théorie générale du droit, ce concept est nécessairement imprécis, relatif : un phénomène social, une normativité, plus certainement une croyance intersubjective qu'il existerait des prescriptions, des commandements de comportements. À cet égard, la théorie doit rendre compte de la relativité, de la pluralité, de la diversité. Elle ne peut accepter comme évidence les conceptions juridiques classiques telles que : « l'État et ses organes *créent* le droit » ou « l'État *est* le droit », ou même « il existe des systèmes juridiques identifiables ». Phénomène de représentation collective, le droit ne peut être conceptualisé que comme une représentation mentale, produisant des effets concrets en termes de comportements (spontanés ou contraints), avec une marge plus ou moins considérable de déviations, d'effectivité aussi, et dans laquelle la frontière entre « systèmes » est moins tranchée que ce à quoi nous contraint l'analyse scientifique. Je crois que cette conception assez floue peut être commune à diverses pratiques scientifiques, celles des juristes et des anthropologues du droit notamment. Du point de vue d'une théorie des sciences du droit, je crois que nous pourrions convenir qu'aucune pratique scientifique n'est suffisante et que diverses sciences coexistent qui se donnent leurs propres objets. Je citerais sans prétention à l'exhaustivité l'histoire du droit, la sociologie du droit, la psychologie, l'anthropologie du droit, la dogmatique du droit, la doctrine juridique... Mais du point de vue ensuite de chacune de ces sciences, les théories proposent des champs d'études différents, et donc des concepts d'objet différents. L'anthropologie du droit pour moi n'a pas pour objet la description du droit assimilé à l'État, la doctrine juridique se donne cet objet. Pour ce qui est de cette dernière, il me paraît souhaitable qu'elle soit capable de comprendre qu'elle constitue un regard sur un phénomène partiel, et qu'elle génère des pratiques à partir de cette prise de conscience ; je dirais qu'elle devrait décrire d'un point de vue scientifique et critique un objet réel que je définirais ainsi : des discours produits par certaines autorités que l'on dit publiques dans une forme particulière (la motivation juridique) et avec des contraintes particulières (une représentation mentale des normes juridiques dans les sociétés étatiques) et des effets particuliers (la force exécutoire, le monopole de la contrainte légitime). Et fournir des théories acceptables à l'appui de ces concepts (y compris donc les concepts d'État, d'organes publics, de juridique, ou de force exécutoire par

exemple)¹. Je ne vois pas dans les autres formes de normativité ces particularismes. Mais je reconnais volontiers que ces particularismes sont des constructions politico-culturelles et des représentations mentales à appréhender en tant que telles.

Bref, je reconnais ce mérite à l'anthropologie du droit de me permettre de (et de me contraindre à) déconstruire et reconstruire mon savoir en tant que juriste. Mais je n'en déduis pas que ce savoir n'a pas d'autonomie ni ses justifications, méthodes et objets propres. Et j'attends des anthropologues du droit aussi qu'ils procèdent à leur propre déconstruction dans ce dialogue.

¹ Je n'ai évidemment pas la place ici de développer, mais je dirai que c'est donc globalement la position réaliste qui me paraît la plus acceptable. Que l'on me permette encore en première analyse de renvoyer à mon article « Réalisme » in S. Rials et D. Alland, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.