



Anthropologie et justice

Mariam Benalioua, Baudoin Dupret

► To cite this version:

Mariam Benalioua, Baudoin Dupret. Anthropologie et justice. Anthrophen - Le dictionnaire francophone d'anthropologie ancré dans le contemporain , 2021, 10.47854/anthrophen.v1i1.51134 . halshs-03920516

HAL Id: halshs-03920516

<https://shs.hal.science/halshs-03920516>

Submitted on 3 Jan 2023

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.

Anthropologie et justice

Mariam Benalioua, LAM/IEP Bordeaux
Baudouin Dupret, CNRS/LAM/IEP Bordeaux

L'ouvrage de Sir Henry Maine *Ancient Law* (1861) peut être considéré comme l'une des premières études portant sur les institutions juridiques des sociétés primitives. L'œuvre de Maine, comme de nombreux travaux qui ont marqué l'anthropologie juridique pendant la XIX^e siècle, n'a pas échappé à l'emprise de principes évolutionnistes propres à l'époque.

On peut distinguer deux tendances au sein de l'évolutionnisme : l'évolutionnisme unilinéaire et le néo-évolutionnisme. Le premier considère que toutes les sociétés humaines évoluent selon le même schéma et traversent des phases identiques les faisant passer d'un stade « sauvage » à un stade « moderne ». Maine voit dans « la civilisation orientale une image du passé de l'Occident » (cité par Rouland, 1995). Au niveau juridique, l'évolution se traduit, pour lui, par le passage « du statut au contrat ». (Rouland, 1995 : 23).

Les néo-évolutionnistes, de leur côté, insistent sur le caractère multilinéaire de l'évolution. Les sociétés évoluent à travers des schémas et à des degrés différents. Sur le plan juridique, Adamson Hoebel, l'un des représentants de ce courant, développe dans son ouvrage *Law of the Primitive Man* (1954) le concept de tendance du droit (*trend of law*). Selon Hoebel, il s'agit d'un processus complexe d'évolution dans lequel le pouvoir juridique tend à passer de l'individu ou de la communauté à un acteur étatique.

Le travail de Malinowski sur les Trobriandais (Malinowski, 1926) dont une bonne partie de l'ethnographie porte sur la question du crime et du châtement, constitue une œuvre majeure de l'anthropologie juridique (*legal anthropology*). Le courant fonctionnaliste initié par Malinowski insiste sur le fait de définir le droit non à travers sa forme, mais à travers sa fonction. Ainsi la législation primitive a-t-elle pour fonction le maintien de l'ordre social.

Le fonctionnalisme britannique a séduit beaucoup d'anthropologues qui s'intéressaient aux « législations des primitifs ». Hoebel (1955), qui a conduit une étude comparative de plusieurs tribus amérindiennes, a ainsi rejeté l'idée assez répandue que les sociétés primitives n'avaient pas de droit mais seulement des traditions. Il s'est attaché à montrer que les Eskimos disposent d'un système juridique qui a pour fonction de réguler leur société. On voit se dessiner l'idée que le droit et le contrôle social sont une seule et même chose, le « droit » étant une « institution » ayant pour « fonction » d'alléger les tensions sociales et de restaurer la cohésion sociétale (Dupret 2006 : 126). Avec Karl Llewellyn, figure majeure du réalisme juridique américain (voir ci-dessous), Hoebel a publié *The Cheyenne Way* (1941), l'ouvrage pionnier de la méthode des cas de conflit (*trouble case method*).

Depuis *La Voie cheyenne*, l'anthropologie n'a cessé de s'intéresser aux processus et stratégies de règlement de litiges. Les ethnographies se sont multipliées dans ce sens (Bohannan 1957 ; Glukman 1965).

A côté du fonctionnalisme, l'approche interprétativiste, incarnée par Clifford Geertz (1986), a également marqué l'étude anthropologique de la justice. Lawrence Rosen, un disciple de Geertz, a ainsi publié un livre intitulé *Justice as Culture*, issu de son travail ethnographique dans les tribunaux islamiques de la ville de Sefrou, au Maroc. L'argument principal de Rosen est que la nature des jugements rendus par les juges de ces tribunaux est façonnée par l'environnement et le contexte culturels dans lesquels ils opèrent. Fidèle à l'interprétativisme de Geertz, l'approche de Rosen consiste à explorer le droit comme une sorte de « précipité culturel », une incarnation du sens (*set of meaning*) de la vie sociale dans un contexte culturel donné. A partir de Sefrou, petite ville du Moyen-Atlas marocain, Rosen a élargi ses conclusions à l'ensemble des systèmes juridiques du Maghreb et du monde musulman. Dans un article portant sur le droit et la coutume en Afrique du Nord (Rosen, 1995), l'anthropologue a soutenu l'idée selon laquelle, dans les sociétés nord-africaines, traditions et droit islamique sont deux catégories qui se chevauchent et fusionnent, les premières se trouvant légitimées par le second.

Le mouvement pluridisciplinaire *Law and society* se situe dans la lignée du réalisme américain (Dupret, 2016). Il se donne pour objectif de « modifier l'éducation juridique en important dans les facultés de droit les méthodes et outils des sciences sociales » (Vauchez 2001). Dans cette perspective, le système juridique est conçu comme un phénomène social (Friedman, 1986). Regroupant sociologues, juristes et anthropologues, le mouvement s'intéresse particulièrement à quatre thèmes : l'accès à la justice, les modes de résolution des conflits, les professions et les institutions judiciaires. Le mouvement s'est doté d'une revue officielle, la *Law and Society Review*.

L'anthropologue Sally Engle Merry appartient au mouvement *Law and Society*. A partir d'une étude ethnographique de juridictions inférieures (*small claim courts*) et des instances de médiation qui entourent ces juridictions, elle s'est intéressée à comprendre les perceptions de la justice chez les Américains de classe moyenne qui recourent au droit pour régler des litiges conjugaux, familiaux ou de voisinage (Merry, 1990). Cette étude permet de comprendre comment la loi et la justice organisent la vie sociale des gens et comment les acteurs utilisent le droit comme un agent de changement social (Rienchmen, 1991).

Vers la fin des années 1970, le mouvement *Law and Society* a évolué vers un « empirisme critique », avec l'ambition de développer une nouvelle approche sociojuridique qui étudie le droit comme une pratique sociale (Dupret, 2006, Pélisse, 2005). Cette transformation a ouvert un champ de recherche portant sur les représentations du droit et la conscience juridique (*Legal Consciousness Studies*). Les LCS ont été développées pour « aborder les enjeux de l'hégémonie du droit et notamment la question de savoir comment le droit maintient son pouvoir institutionnel malgré l'existence d'un fossé entre le droit des livres et le droit en acte » (Silbey, 2018).

L'anthropologie linguistique du droit :

L'anthropologie linguistique s'est intéressée, entre autres choses, à la compréhension des relations entre langage et pouvoir (Phillips, 1999). Dans son sillage, l'anthropologie linguistique du droit a étudié le discours juridique au sein des tribunaux ou dans les processus de médiation. Les travaux de Conley et O'Barr, notamment *Just Words: Law, Language and Power* (1998), font partie des travaux pionniers dans ce domaine. Les deux auteurs essaient de savoir ce que le langage peut nous révéler sur la nature du pouvoir judiciaire et juridique (*legal power*). Pour ce faire, ils adoptent l'angle particulier des rapports de genre. En étudiant les procès pour viol devant les tribunaux américains et les processus de médiation dans les cas de divorce, Conley et O'Barr montrent comment les pratiques discursives contribuent à perpétuer la domination masculine. Ils mettent ainsi en évidence les stratégies des avocats de sexe masculin pendant le contre-interrogatoire (*cross-examination*) visant à remettre en question la parole des victimes ou suggérer sa complicité dans le harcèlement sexuel présumé. Les auteurs distinguent deux types de discours, celui des puissants et celui des gens sans pouvoir.

Un autre travail important dans le champ de l'anthropologie linguistique de la justice est celui de Susan Philips (1998), *Ideology in the Language of Judges*. Son étude porte sur les pratiques des juges dans le cours de leur application du droit en salle d'audience. À travers des observations et des entretiens avec neuf juges dans 44 procès où l'accusé plaide coupable en échange d'une diminution des charges (*plea bargain*), Phillips distingue deux types d'interprétation du droit : l'approche orientée vers la procédure et l'approche orientée vers le dossier. La première est celle des juges attentifs au déroulement du procès, au respect des droits de la défense, à ce que les accusés soient conscients des implications du plaider-coupable et qu'ils prennent la mesure des conséquences de leurs décisions. L'approche orientée vers le dossier concerne des juges qui sont davantage soucieux de contrôler les débats et le caractère formel du procès. Philips explique la différence entre ces juges par leur background idéologique. Par ce biais, elle tend à démontrer que plusieurs formes d'idéologie façonnent et influencent la manière avec laquelle les juges parlent et jugent.

D'une anthropologie de l'État à une anthropologie de la justice

C'est à travers son intérêt pour l'État que l'anthropologue Didier Fassin s'est attaché à étudier des institutions telles que la police, la prison et la justice (Fassin *et al.*, 2003). Ce choix répond à une volonté de comprendre l'État par ses marges. Il s'intéresse à des institutions dont la tâche principale est d'administrer des populations vulnérables, les plus touchées par des inégalités socio-économiques, ce qu'il appelle « le gouvernement de la précarité » (Fassin, 2016). Il émerge de l'ensemble de ces travaux sur la justice le constat du caractère inégalitaire des institutions judiciaires. Fassin observe d'abord que la population qui habite les zones urbaines dites sensibles est essentiellement jeune, d'origine ouvrière et d'ascendance africaine. La concentration de la répression sur ces milieux populaires lève le voile sur une politique pénale beaucoup plus sévère à l'égard de la petite

délinquance que vis-à-vis de la délinquance financière qui touche les classes moyennes et aisées : « le dispositif judiciaire du traitement en temps réel pénalise les groupes défavorisés par rapport aux classes moyennes et supérieures » (Fassin, 2017 : 549). Notons que ce constat du caractère inégalitaire de la justice et de la relation asymétrique entre ses « joueurs professionnels » et ses « joueurs occasionnels », les tenants du mouvement *Law and Society*, tel Marc Galanter (1974), l'avaient établi depuis longtemps.

Une anthropologie de la justice internationale

Avec la fin de la Guerre froide, le droit a été plus que jamais considéré comme un moyen de sortie des conflits (Goodale, 2017). Ce nouveau rôle conféré au droit a donné naissance à plusieurs institutions de justice internationale, dont le but est de juger les violations graves des droits de l'homme et de rétablir la paix dans des contextes post-conflit. Ces institutions internationales, qui se multiplient à partir des années 1990, sont instituées d'abord pour juger de crimes spécifiques à des conflits déterminés. La Cour pénale internationale (CPI) est ensuite créée en 2000, avec une large compétence pour juger des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et des faits de génocide, considérés comme des crimes internationaux. De nombreux anthropologues se sont intéressés au monde de la justice internationale et ont conduit des enquêtes à l'intérieur de ses tribunaux. Les travaux de l'anthropologue Élisabeth Claverie font référence en la matière. Elle s'intéresse particulièrement à la qualification juridique des crimes au cours des procès portant sur la deuxième guerre du Congo (Claverie, 2018). Son travail porte aussi sur la stratégie de défense suivie par le leader ultra-nationaliste serbe Sêlêji, lors de son procès devant le Tribunal pénal international pour la Yougoslavie (TPIY) et, notamment, sa « défense de rupture », une stratégie de défense complètement politique qui consiste en la contestation de la compétence du juge (Israël, 2020). La défense de rupture suivie par Sêlêji a mis la Cour en difficulté, permettant à ce dernier de trouver les moyens pour une requalification des faits criminels (Claverie, 2009). Dans le même ordre d'idée, on peut citer les travaux de Kamari Clarke (2009) sur la justice transnationale et transitionnelle qui, dans une perspective décoloniale, essaie de comprendre de ce qu'elle appelle le phénomène de judiciarisation de la violence africaine.

Les commissions de type « vérité et réconciliation », qui relèvent d'un processus de justice transitionnelle, ont également attiré l'attention de nombreux anthropologues. Richard A Wilson (2001) s'est ainsi intéressé au cas sud-africain à travers une ethnographie de douze mois à l'intérieur de la *Truth and Reconciliation Commission*. Le travail de Wilson montre les limites de l'idée selon laquelle ces commissions peuvent être un vecteur de démocratisation d'un pays.

La judiciarisation du politique

Le recours au droit et à la justice pour régler des conflits d'ordre politique n'est pas le seul apanage de la justice internationale. Dans plusieurs contextes nationaux et transnationaux, on observe le recours accru aux tribunaux pour statuer sur des questions fondamentales qui relèvent de la vie politique. C'est ce que de nombreux chercheurs qualifient de la judiciarisation du politique. Ce phénomène polymorphe fait référence, entre autres, à l'expansion du discours judiciaire et des lois, règles et

procédures dans la sphère du politique, et ce jusqu'à l'élaboration des politiques publiques. (Hirschl, 2013). La judiciarisation peut, d'un système politique à l'autre, prendre des formes variées et arriver à des résultats différents (Commaille et Dumoulin, 2009). Les premiers travaux sur la judiciarisation ont surtout émergé dans des contextes dits démocratiques, principalement aux États-Unis, où la Cour suprême est très active et joue un rôle important dans la vie politique. La judiciarisation a souvent été associée au processus de démocratisation, avec deux visions paradoxales. Une vision optimiste qui considère les tribunaux comme un facteur de progrès social et de promotion des droits de l'homme. Une deuxième vision plus critique qui souligne son caractère ambigu dans la production des réformes sociales et considère ce transfert de pouvoir vers le judiciaire comme une volonté d'une élite dominante de préserver ses intérêts hégémoniques, ce que Ran Hirschl qualifie de « *juristocracy* ». En somme, la question de la judiciarisation a toujours été pensée en lien avec la démocratie et en fonction de sa capacité à produire du changement social (Rosenberg, 2008). Bien qu'il s'agisse d'un objet principalement investi par des politistes, l'ampleur de la judiciarisation comme mode de gouvernance dans de nombreux systèmes politiques exige que les anthropologues s'en saisissent d'une manière ethnographique qui ne se limite pas à la lecture des décisions des cours suprêmes.

Ethnographie praxéologique du droit en action

De facture ethnométhodologique (Garfinkel, 1967), la praxéologie juridique consiste dans l'étude des méthodes ordinaires de compréhension et de mise en œuvre du droit que l'on peut décrire à partir des pratiques des gens engagés dans des cours d'action qu'ils tiennent pour juridiques (Travers et Manzo, 1997, Dupret, 2011). La praxéologie du droit s'intéresse ainsi à l'organisation pratique de l'activité juridique. Elle « invite à ce qu'on prête attention au détail des modalités de la construction des faits juridiques, aux orientations des gens vers le contexte judiciaire, à la manifestation de leur compréhension de celui-ci, à ses contraintes, structures » (Dupret, 2010). C'est une démarche qui entend prendre le droit au sérieux dans son épaisseur formelle aussi bien que sociologique, en contexte et en action (Dupret et Yakin, 2019). Elle porte un intérêt plus particulier à ce que fait le droit et à comment il le fait (*ibid.*). Certains ethnométhodologues ont décrit le travail juridique à l'intérieur de cabinets d'avocat (Travers, 1997). D'autres se sont intéressées à la justice des mineurs (Cicourel, 1968). Cicourel montre, entre autres choses, comment les catégories du droit et de la justice sont des « accomplissements pratiques », c'est-à-dire qu'elles n'acquièrent leur réalité et leur objectivité qu'au travers des actions et interactions des membres d'un cours d'action juridique. Le travail de Sudnow (1965) sur les « crimes normaux » permet de saisir de l'intérieur le travail de qualification juridique, tandis que celui de Scheffer (2010) montre les contraintes que la procédure et la matérialité exercent sur le travail judiciaire. L'ethnométhodologie du droit et de la justice reste marginale, dans le monde scientifique, et particulièrement dans l'univers francophone. On peut toutefois citer les travaux de Dupret sur la construction morale des catégories juridiques et sur le raisonnement juridique en acte (Dupret, 2006, Colemans et Dupret, 2019).

Conclusion

L'ensemble des travaux d'anthropologie ou, d'une manière plus large, de sciences sociales de la justice reflètent une concentration sur certains thèmes au détriment d'autres. Néanmoins, quel que soit le biais théorique par lequel les anthropologues ont approché la question de la justice, la question du caractère inégalitaire du système judiciaire a été fortement questionnée. La question de la domination et des inégalités produites par le système judiciaire, de même que celle des discriminations du genre ou la logique patriarcale enchâssée dans le système, ont focalisé l'attention. Tendant à privilégier la critique sur la description et en dépit de ce qu'elle a permis d'observer, cette focalisation a entraîné la marginalisation de l'étude du fonctionnement ordinaire et concret de la justice. L'engouement pour la méthode ethnographique, voire praxéologique, permettra peut-être d'infléchir cette tendance.

Bibliographie

Bohannan, P. (1957), *Justice and Judgment among the Tiv*. Oxford, Oxford University Press.

Claverie, E. (2009) « Bonne foi et bon droit d'un génocidaire », *Droit et société*, vol. 73, no. 3, pp. 635-664.

Claverie, E. (2018) « Les combattants, les fétiches et le prétoire. Le procès de Germain Katanga devant la Cour pénale internationale », *Cahiers d'études africaines*, vol. 231-232, no. 3, pp. 699-735.

Élisabeth, C. (2012) « Mettre en cause la légitimité de la violence d'État », *Quaderni*[En ligne], 78

Colemans, J., Dupret, B. (dir.), 2018) *Ethnographies du raisonnement juridique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ.

Commaille, J., Dumoulin, L. (2009) « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. une sociologie politique de la « judiciarisation », *L'Année sociologique*, Vol 59, N°1 pp. 63-107.

Commaille, J., Lacour, S. (2018) « Les Legal Consciousness Studies comme laboratoire d'un régime renouvelé de connaissance sur le droit », *Droit et société*, 3, pp. 547-558.

Conley, J.M., O'Barr W. (1998) *Law, Language, and Power*, Chicago: The University of Chicago Press.

Dupret, B. (2006) *Le Jugement en action. Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*, Genève, Librairie Droz.

Dupret, B. (2010) « Droit et sciences sociales. Pour une respecification Praxéologique », *Droit et société*, vol. 75, no. 2, pp. 315-335.

Dupret, B. (2006) *Droit et Sciences Sociales*, Paris, Armand Colin.

Fassin, D. (2017) *L'ombre du monde. Une anthropologie de la condition carcérale*, Points Essais

Fassin, D., Bouagga, Y., Coutant, I., Eidelman, J.-S., Fernandez, F. (2013) *Juger, réprimer, accompagner : Essai sur la morale de l'État*, Paris, Seuil.

Foucault, M. (1975) *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard.

Friedman L.M. (1986) « The Law and Society Movement », *Stanford Law Review*, Vol. 38, No, pp. 763-780.

Galanter, M. (1974) « Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change » *Law and Society Review*, 33(4), pp95-160

Garfinkel, H. (1967) *Studies in Ethnomethodology*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall.

Glukman, M (1965) *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*. Oxford, Basil Blackwell.

Goodale, M (2017) *Anthropology of law*, New York, NYU Press.

Herpin, N (2013) « Deux approches de la justice en France et aux États-Unis. L'application de la loi en perspective » *Droit et société*, vol. 85, no. 3, pp. 641-652.

Hirschl, R. (2004) *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press.

Llewellyn K.N. et E.A. Hoebel, (1941) *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman, University of Oklahoma Press.

Hoebel, E.A., (1954) *The Law of Primitive Man: A study in Comparative legal Dynamics*. Harvard University Press.

Israël, L. (2019) « Joue-t-on devant la justice ? Retour sur un article célèbre de Marc Galanter », *Délibérée*, vol. 6, no. 1, pp. 23-27.

Israël, L. (2020). *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po.

Kamari Clarke, M. (2009) *Fictions of Justice: The International Criminal Court and the Challenge of Legal Pluralism in Sub-Saharan Africa*, Cambridge University Press.

Maine H.S., (1861) *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, Londres, John Murray.

Malinowski B (1296), *Crime and Custom in Savage Society*. Londre, kegan Paul.

Merry S.E., Silbey, S. (1984) « What do plaintiffs want? Reexamining the concept of dispute », *The justice System Journal*, vol.9, no 2, pp.151-178.

Merry, S.E (1990) *Getting Justice and Getting even, Legal Consciousness among Working-Class Americans*, Chicago, University of Chicago Press.

Merry, S.E. (1984) « Anthropology and the study of Alternative dispute resolution », *Journal of Legal Education*, vol.34, no.2, pp. 277-283.

Merry, S.E. (1986) « Everyday understanding of the law in working-class America », *American Ethnologist*, 13, pp. 253-270.

Pélisse, J (2005) « A-t-on conscience du droit ? Autour des Legal Consciousness Studies », *Genèses*, vol. 59, no. 2, pp. 114-130.

Philips S.U. (1998) *Ideology in the Language of Judges: How Judges Practice Law, Politics, and Courtroom Control*, New York, Oxford University Press.

Philips S.U. (1999) « Power », *Journal of Linguistic Anthropology*, vol. 9, no. 1/2 , pp. 194-196.

Pospisil, L. (1973) « E.Adamson Hoebel and the anthropology of Law » *Law and Society Review*, vol.7, no.4, pp. 537-560.

Reichma, N. (1991) « Review Getting justice and getting even, by Sally E Merry », *Contemporary Sociology*, vol.20, no.3, pp.434-435.

Rosen, L. (1989) *The anthropology of justice: law as culture in Islamic society*, Lewis Henry Morgan Lectures. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, pp101

Rosen, L. (1995) « Law and culture in the popular legal culture of North Africa », *Islamic Law and Society*, vol. 2, no. 2, pp. 194-208.

Rosenberg, N. (2008) *The hallow hope: Can courts brings about social change*, Chicago, University of Chicago Press.

Rouland, N. (1995) *L'anthropologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France.

Silbey, S. (2018) « After Legal Consciousness », *Droit et société*, 3(3), 571.

Travers M, (1997) *The Reality of Law: Work and Talk in a Firm of Criminal Lawyers*, Aldershot, Ashgate.

Travers, M. (2001) « Ethnométhodologie, analyse de conversation et droit », *Droit et société*, vol. 48, no. 2, pp. 349-369.

Travers, M. and Manzo, J.F. (eds) (1997) *Law in Action: Ethnomethodological and Conversation Analytic Approaches to Law*, Aldershot, Ashgate.

Vaucher, A. (2001) « Entre droit et sciences sociales. Retour sur l'histoire du mouvement Law and Society », *Genèses*, vol. 45, no. 4, pp.134-149.