

Pluralisme juridique, pluralité de droits et pratiques juridiques : théories, critiques et reformulation praxéologique

Baudouin Dupret

Volume 49, Number 2, 2019

Pluralisme juridique et cultures juridiques

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068530ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068530ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Dupret, B. (2019). Pluralisme juridique, pluralité de droits et pratiques juridiques : théories, critiques et reformulation praxéologique. *Revue générale de droit*, 49(2), 591–623. <https://doi.org/10.7202/1068530ar>

Article abstract

Legal pluralism has become a major theme in socio-legal studies. However, under this very broad denomination, one can identify many different trends which share little but the very basic idea that law is much more than state law. Despite their eclectic character, these many conceptions of legal pluralism also share some common fundamental premises concerning the nature of law, its function, and its relationship with its cultural milieu. This contribution aims at critically addressing these premises and at suggesting some re-specification of the question of law, its plural sources, and the many practices that enfold in relationship with it. In its spirit, this re-specification can be characterized as realistic and praxiological. This article briefly describes the main trends in the field of legal pluralism, from its historical scientific background to its more recent theories. We formulate some of the major criticisms which can be addressed to the postulates sustaining these many versions of legal pluralism. These critical stances vis-à-vis the legal pluralistic study of law articulate around three main questions, i.e. the definitional problem, the functionalist premises, and the culturalist conception which undermines existing theories. It is argued that realism is a possible remedy to these flaws, although these are best addressed through what is called a praxiological re-specification of the whole issue of legal pluralism, which is illustrated through the study of Egyptian cases. Praxiology is presented, in conclusion, as a way to fill the “missing-what” of classical socio-legal studies.

Pluralisme juridique, pluralité de droits et pratiques juridiques : théories, critiques et reformulation praxéologique*

BAUDOIN DUPRET**

RÉSUMÉ

Le pluralisme juridique est devenu l'un des thèmes majeurs des études sociojuridiques. Pourtant, derrière cette appellation très large, on peut déceler de nombreuses tendances qui n'ont en partage que l'affirmation sommaire que le concept de droit recouvre bien plus de choses que le seul droit étatique. En dépit de leur caractère éclectique, ces différentes conceptions du pluralisme juridique ont en commun quelques présupposés fondamentaux quant à la nature du droit, sa fonction et sa relation avec son milieu culturel. Le présent article porte de manière critique sur ces prémisses et suggère une reformulation de la question du droit, de la pluralité de ses sources et des nombreuses pratiques qui se déploient en référence à lui. L'esprit de cette reformulation peut être qualifié de réaliste et praxéologique. Dans une première section, nous décrivons brièvement les tendances majeures qui se dessinent dans la nébuleuse du pluralisme juridique, de son arrière-plan historique jusqu'aux théories du début des années 2000. Dans une deuxième section, nous formulons certaines des critiques majeures pouvant être adressées aux postulats qui sous-tendent les nombreuses versions du pluralisme juridique. Ces critiques tournent autour de trois questions principales : le problème de définition, les prémisses fonctionnalistes et la conception culturaliste. Dans une troisième section, nous soutenons que le réalisme est un remède possible à ces défauts. Ceux-ci sont toutefois mieux traités par l'adoption de ce qu'on appelle une reformulation praxéologique, une proposition illustrée par l'étude de cas égyptiens. En conclusion, nous faisons quelques remarques sur la praxéologie en tant que moyen de combler les zones d'ombre des études socio-juridiques classiques.

* Ce texte est la traduction de « Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices. Theories, Critiques, and Praxiological Re-Specification » (2007) 1:1 European Journal of Legal Studies 296.

** Directeur de recherche (DR1) au CNRS/LAM, Bordeaux (France).

MOTS-CLÉS :

Pluralisme juridique, pluralité normative, pratiques juridiques, respecification praxéologique, Égypte.

ABSTRACT

Legal pluralism has become a major theme in socio-legal studies. However, under this very broad denomination, one can identify many different trends which share little but the very basic idea that law is much more than state law. Despite their eclectic character, these many conceptions of legal pluralism also share some common fundamental premises concerning the nature of law, its function, and its relationship with its cultural milieu. This contribution aims at critically addressing these premises and at suggesting some re-specification of the question of law, its plural sources, and the many practices that enfold in relationship with it. In its spirit, this re-specification can be characterized as realistic and praxiological. This article briefly describes the main trends in the field of legal pluralism, from its historical scientific background to its more recent theories. We formulate some of the major criticisms which can be addressed to the postulates sustaining these many versions of legal pluralism. These critical stances vis-à-vis the legal pluralistic study of law articulate around three main questions, i.e. the definitional problem, the functionalist premises, and the culturalist conception which undermines existing theories. It is argued that realism is a possible remedy to these flaws, although these are best addressed through what is called a praxiological re-specification of the whole issue of legal pluralism, which is illustrated through the study of Egyptian cases. Praxiology is presented, in conclusion, as a way to fill the “missing-what” of classical socio-legal studies.

KEY-WORDS:

Legal pluralism, normative plurality, legal practices, praxiological re-specification, Egypt.

SOMMAIRE

Introduction	593
I. Droit populaire et droit étatique: vieille querelle, tendances récentes ..	594
A. Les multiples strates du contrôle social	594
B. Le droit et les champs sociaux multiples	597
C. Le pluralisme juridique pluriel: culturalisme, postmodernisme, autopoïèse	600
II. Trois critiques des approches pluralistes du droit	604
A. L'impasse définitionnelle	604
B. Le fonctionnalisme	606
C. Le culturalisme essentialiste	608

III. Respécifications.	610
A. Le réalisme.	610
B. La praxéologie.	612
C. Le pluralisme juridique dans une perspective praxéologique. ...	617
Conclusion.	620



INTRODUCTION

Le pluralisme juridique est devenu l'un des thèmes majeurs des études sociojuridiques. Pourtant, derrière cette appellation très large, on peut déceler de nombreuses tendances qui n'ont en partage que l'affirmation sommaire que le concept de droit recouvre bien plus de choses que le seul droit étatique. En dépit de leur caractère éclectique, ces différentes conceptions du pluralisme juridique ont aussi en commun quelques présupposés fondamentaux quant à la nature du droit, sa fonction et sa relation avec son milieu culturel. Le présent article porte de manière critique sur ces prémisses et suggère une reformulation de la question du droit, de la pluralité de ses sources et des nombreuses pratiques qui se déploient en référence à lui. L'esprit de cette reformulation peut être qualifié de réaliste et praxéologique.

Nous sommes d'avis qu'il est au mieux inutile et, au pire, faux de partir d'une catégorie telle que le pluralisme juridique pour décrire quelque chose qu'on suppose être un cas d'espèce de cette catégorie. Nous considérons que le droit est un concept et qu'à ce titre, il n'est que ce que l'on met contextuellement derrière le mot¹. Les occurrences de pluralité juridique sont en conséquence limitées aux situations où les gens s'orientent explicitement vers un éventail fragmenté de droits. Plutôt que de rechercher un modèle pluraliste hypothétique dont quelque chose, par exemple le droit égyptien, serait une instance, la tâche du spécialiste en sciences sociales est davantage de décrire les situations, mécanismes et processus par lesquels les gens se situent par rapport à un objet juridique qu'ils considèrent comme pluraliste. Cette position est fondée sur un principe d'indifférence en vertu duquel on cherche à éviter de prendre une attitude normative et évaluatrice : l'accent est mis sur la description de pratiques et non sur leur évaluation.

1. Nous nuancions ici ce que nous disions dans l'article original en nous appuyant sur la philosophie de Ian Hacking et son travail sur les ontologies historiques (voir Baudouin Dupret, *Law Properly So-Called*, Cambridge, Cambridge University Press [à paraître]).

De plus, cette position est basée sur le refus d'adopter une attitude ironique, c'est-à-dire l'idée que le sociologue ou l'anthropologue occuperait une sorte de position surplombant le monde social à partir de laquelle il serait en droit de révéler à des gens automystifiés la vérité qui leur échapperait du fait de leur manque de distance critique, de leur ignorance ou de leur mauvaise foi.

Dans une première section, nous allons brièvement décrire les tendances majeures qui se dessinent dans la nébuleuse du pluralisme juridique, de son arrière-plan historique jusqu'aux théories du début des années 2000. Dans une deuxième section, nous formulerons certaines des critiques majeures pouvant être adressées aux postulats qui sous-tendent les nombreuses versions du pluralisme juridique. Ces critiques tournent autour de trois questions principales : le problème de définition, les prémisses fonctionnalistes et la conception culturaliste. Dans une troisième section, nous soutiendrons que le réalisme est un remède possible à ces défauts. Ceux-ci sont toutefois mieux traités par l'adoption de ce que nous appelons une reformulation praxéologique, ce que nous illustrons par l'étude de cas égyptiens. En conclusion, nous ferons quelques remarques sur la praxéologie en tant que moyen de combler les zones d'ombre des études sociojuridiques classiques.

I. DROIT POPULAIRE ET DROIT ÉTATIQUE : VIEILLE QUERELLE, TENDANCES RÉCENTES

A. Les multiples strates du contrôle social

L'opposition à la conception dogmatique du droit est aussi ancienne que les sciences sociales. Pour Durkheim, le droit est un phénomène social qui reflète tous les types essentiels de solidarité. Dans un héritage durkheimien, Marcel Mauss a formulé l'idée que, dans une société, il peut y avoir plusieurs systèmes juridiques interagissant les uns avec les autres. C'est toutefois Bronislaw Malinowski qui a donné la première définition du droit qui l'associe étroitement à la notion de contrôle social. Pour cet auteur, le droit doit être défini « par la fonction et non par la forme » [notre traduction]². Il existe de nombreuses sociétés dépourvues d'une institution centralisée mettant en œuvre le droit, mais il n'y en a aucune qui serait dépourvue de règles, lesquelles « sont

2. Bronislaw Malinowski, « Introduction » dans Herbert Ian Hogbin, *Law and Order in Polynesia*, New York, Harcourt, Brace et Company, 1934, xiii.

perçues comme les obligations d'une personne et les prétentions légitimes d'une autre»³. Le raisonnement de Malinowski procède de la manière suivante : (1) la fonction du droit est de maintenir l'ordre social; (2) l'ordre social peut être trouvé dans des schèmes réguliers de comportement effectif; (3) le système complexe de relations sociales constitue le mécanisme contraignant de maintien de l'ordre social; (4) les normes juridiques qui découlent des schèmes effectifs de comportement ainsi que le droit sont identiques au contrôle social⁴. En conséquence, le droit est aussi pluriel que la vie sociale elle-même, dont il représente les règles qui sont « trop pratiques pour être soutenues par des sanctions religieuses, trop encombrantes pour être laissées à la seule bonne volonté et trop personnellement vitales pour les individus pour n'être mises en œuvre que par une instance abstraite quelconque » [notre traduction]⁵.

La contribution d'Eugene Ehrlich occupe une place centrale dans la conception du pluralisme juridique. Le sociologue autrichien a formulé une théorie du « droit vivant » en réaction à l'idéologie d'un droit exclusivement étatique. Partant du principe que le droit est essentiellement indépendant de l'État, Ehrlich propose ce qu'il appelle une « conception scientifique du droit », qui s'attache aux règles de comportement. Dès lors, il affirme que « ce n'est pas un élément essentiel du concept de droit qu'il soit créé par l'État, ni qu'il constitue la base des décisions des cours et des tribunaux, ni non plus qu'il soit la base d'une obligation juridique faisant suite à pareille décision » [notre traduction]⁶. Comme Malinowski, Ehrlich considère que le droit est fondamentalement une question d'ordre social, chose que l'on trouve partout et qui « ordonne et maintient toute association humaine » [notre traduction]⁷. C'est à partir de ces associations, à partir de ces instances de production de contrôle social, que le droit émerge. Autrement dit, le droit est synonyme de normativité⁸.

3. Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, Londres (R-U), Routledge et Kegan Paul, 1926 à la p 55.

4. Brian Z Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997 à la p 104 [Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory*].

5. *Ibid* à la p 68.

6. Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, traduit par Walter L Moll, vol 5, Harvard Studies in Jurisprudence, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1936 à la p 24.

7. *Ibid* à la p 25.

8. Bien que le réalisme juridique américain ait été concerné par l'idée de pluralité dans l'élaboration des systèmes juridiques (Karl N Llewellyn et E Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way*:

La théorie de Georges Gurvitch mérite une mention particulière, dans la mesure où il élabore une approche indubitablement pluraliste du droit⁹. Pour Gurvitch, il n'existe historiquement aucun principe unitaire fondamental dans le droit. Le centralisme étatique est une réalisation historique et politique particulière. Il répertorie trois types principaux de droit, qui sont hiérarchisés différemment dans chaque société : le droit étatique (qui revendique le monopole des activités juridiques); le droit interindividuel ou intergroupes (qui rassemble des individus ou des groupes échangeant entre eux); et le droit social (qui rassemble des individus pour constituer une entité collective). Ce dernier droit est clairement non étatique, dans la mesure où il correspond à la multiplicité des systèmes juridiques que le droit social génère. Gurvitch établit aussi une distinction importante entre la pluralité des sources du droit et le pluralisme juridique¹⁰. Sa théorie n'a pas reçu beaucoup d'attention, ce qui peut s'expliquer par le fait que, d'une part, son langage est vague, baroque, complexe et abstrait et, d'autre part, que « son concept de "droit social" posait un défi et déstabilisait le concept traditionnel de droit qui était fondé sur une idéologie étato-centrée » [notre traduction]¹¹.

Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence, Norman, University of Oklahoma Press, 1941), c'est bien davantage à l'école néerlandaise du droit de l'*adat* que le pluralisme juridique est redevable, dans sa dimension anthropologique à tout le moins (sur cette école néerlandaise du droit de l'*adat*, voir Keebet von Benda-Beckmann et Fons Strijbosch, dir, *Anthropology of Law in the Netherlands: Essays on Legal Pluralism*, Dordrecht, Foris Publications, 1986; voir également Clifford Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, 3^e éd, New York, Basic Books, 1983, ch 8). Dès 1901, van Vollenhoven (Cornelis van Vollenhoven, *Het Adatrecht van Nederlandsche Indië*, vol 3, Leyde, E J Brill, 1918, 1931, 1933) affirmait que les sous-groupes qui composent les sociétés produisent chacun leur propre droit. Il fut suivi par tout un ensemble de chercheurs néerlandais qui menèrent la collecte et la description de nombreuses pratiques juridiques — *adat* est un mot d'origine arabe qui désigne, dans l'Asie du Sud-Est, les pratiques locales, par opposition au droit étatique et au droit islamique, dans les domaines de l'héritage, du mariage, du droit foncier, etc. Après les indépendances, ils furent suivis par de nombreux savants indigènes qui poursuivirent l'étude des coutumes locales, tout en idéalisant souvent leurs propriétés (parmi ces savants, on peut mentionner Mohammad Koesnoe, *Introduction Into Indonesian Adat Law*, Nimeigen, Katholieke Universiteit, 1971).

9. Georges Gurvitch, *L'idée du droit social et système du droit social : histoire doctrinale depuis le 17^e siècle jusqu'à la fin du 19^e siècle*, Paris, Sirey, 1932; Georges Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935.

10. Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1990.

11. Reza Banakar, « Integrating Reciprocal Perspectives: On Georges Gurvitch's Sociology of Law » (2001) 16:1 CJLS 67 à la p 4 (academia.edu). On peut considérer que la conception de Léopold Pospisil de « niveaux juridiques » n'est pas bien éloignée de celle de Gurvitch de droit social. Selon Pospisil, les sociétés ne sont jamais parfaitement intégrées. Au contraire, la société est une mosaïque de sous-groupes de types multiples, avec des appartenances, compositions et degrés d'inclusivité différents, chaque sous-groupe devant largement son existence « à un

B. Le droit et les champs sociaux multiples

Les années 1970 et 1980 ont vu l'écllosion d'une tentative plus intégrée de traitement du droit dans une perspective axée sur les sciences sociales et qui dénie au droit son monopole et même sa maîtrise de sa production. Dans son radicalisme, l'article de John Griffiths, « Qu'est-ce que le pluralisme juridique? » [notre traduction]¹², est utile pour décrire les principaux attendus de cette nouvelle tendance. De plus, cet article reste une contribution pionnière dans ce domaine¹³. Griffiths identifie tout d'abord son principal ennemi :

le centralisme étatique, dont le droit est un ordonnancement hiérarchique exclusif, systématique et unifié de propositions normatives, qui peuvent être considérées aussi bien de haut en bas, en tant qu'elles dépendent du commandement d'un souverain (Bodin, 1576; Hobbes, 1651; Austin, 1832), ou du bas vers le haut, en tant qu'elles dérivent leur validité de strates plus générales de normes jusqu'à atteindre une ou plusieurs normes ultimes (Kelsen, 1949; Hart, 1961) [notre traduction]¹⁴.

Affirmant que le centralisme juridique est une idéologie, Griffiths accuse de nombreux chercheurs d'avoir confondu les positions normative et descriptive. Pour lui, le droit n'existe pas là où les hérauts du centralisme juridique ont prétendu qu'il résidait : le centralisme juridique est plutôt « un mythe, un idéal, une revendication, une illusion » [notre traduction]¹⁵, alors que c'est le pluralisme juridique qui est un fait. Griffiths procède alors à la distinction entre ce qu'il appelle les définitions faible et forte du pluralisme juridique. La première renvoie aux systèmes juridiques dans lesquels le souverain commande, valide ou reconnaît différents corpus de droit pour différents groupes dans

système juridique qui lui est propre et régle le comportement de ses membres » (Léopold Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971 à la p 171).

12. John Griffiths, « What Is Legal Pluralism » (1986) 24 *J Legal Pluralism and Unofficial L* 1 à la p 1.

13. D'autres contributions sont certainement aussi importantes que celle de Griffiths. Voir par ex Marc Galanter, « Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law » (1981) 19:1 *J Legal Pluralism and Unofficial L* 1. Dans l'ensemble, l'approche de Griffiths est représentée dans la *Commission on Folk-Law and Legal Pluralism* et dans la revue *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, où la présence néerlandaise est forte. On peut mentionner, comme autres représentants en vue de cette « école », Gordon Woodman, Franz von Benda-Beckmann, Keebet von Benda-Beckmann et Fons Strijbosch.

14. Griffiths, *supra* note 12 à la p 3.

15. *Ibid* à la p 4.

la population; si c'est une conception faible du pluralisme juridique, c'est surtout une conception (faible) du centralisme juridique, dès lors que cela donne à l'État central le pouvoir ultime de reconnaître ou de refuser l'existence de ces différents corpus de droit. À l'inverse, la définition forte du pluralisme juridique est celle qui, selon Griffiths, porte sur « un état de fait empirique » [notre traduction]¹⁶, pas une simple idéologie. C'est à l'aune de cette distinction entre définitions faible et forte que Griffiths évalue les conceptions descriptives du pluralisme juridique. L'auteur conclut en donnant sa propre définition : le droit est l'autorégulation de n'importe quel champ social — le droit devient donc le synonyme du contrôle social; le pluralisme juridique correspond à l'organisation juridique de la société, qui « converge avec son organisation sociale » [notre traduction]¹⁷.

Sally Falk Moore a été unanimement saluée, parmi les pluralistes, pour avoir proposé un niveau approprié de recherche sociojuridique. Elle affirme que « la structure sociale » est composée de nombreux « champs sociaux partiellement autonomes », dont la définition et la délimitation ne sont pas données par leur organisation, mais « par une caractéristique processuelle, à savoir le fait qu'ils peuvent générer des règles et forcer ou susciter l'obéissance à celles-ci » [notre traduction]¹⁸. Trois traits du concept de Moore peuvent expliquer l'attrait qu'il a exercé : premièrement, elle présente ces champs comme une unité fondamentale de contrôle social; deuxièmement, chaque individu peut appartenir simultanément à plusieurs champs sociaux, ce qui rend compte de la complexité sociale¹⁹; troisièmement, il s'agit d'un champ social autonome, c'est-à-dire qu'il peut résister à la pénétration de normes extérieures à celui-ci, mais jamais tout à fait, car sa capacité de résistance est fonction du degré d'indépendance de ses membres à

16. *Ibid* à la p 8.

17. *Ibid* à la p 38.

18. Sally Falk Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach*, Londres (R-U), Henley et Boston; Routledge et Kegan Paul, 1978 à la p 57.

19. Selon Sally Falk Moore, « Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study » (1973) 7:4 *Law & Soc'y Rev* 719 à la p 720, le champ social partiellement autonome :

peut générer des règles, coutumes et symboles de manière interne, mais [...] il est aussi vulnérable aux règles, décisions et autres forces émanant du monde élargi qui l'entoure. Le champ social partiellement autonome a des capacités créatrices de règles et les moyens d'induire ou de forcer l'obéissance, mais il prend simultanément place dans une matrice sociale plus large qui peut le toucher — et le fait effectivement — parfois à l'invitation de personnes en son sein, parfois à sa propre demande [notre traduction].

son égard et de sa force de résistance à l'égard des normes émanant d'autres champs. Il faut noter, toutefois, que Moore n'utilise pas le mot « droit » quand elle décrit les règles et normes qui sont générées par les champs sociaux partiellement autonomes²⁰.

Jacques Vanderlinden est un chercheur qui est revenu sur ses thèses initiales qui avaient été attaquées par Griffiths²¹. Sa position est intéressante en ce qu'elle recense plusieurs raisons qui ont poussé des juristes à adhérer à une certaine conception du pluralisme juridique. Tout d'abord, il réagit à une façon continentale et civiliste de considérer le droit. Contre la théorie du droit, qui a une compréhension très restrictive du concept de règle, Vanderlinden suggère de prendre en considération les pratiques juridiques. Ensuite, il considère que le droit est un système régulateur parmi d'autres (la politesse, la morale, la mode, les bonnes manières, etc.), qui en est cependant distinct du fait de son ambition hégémonique. Cela signifie que, contrairement à Griffiths, Vanderlinden ne nie pas la spécificité du droit étatique et ne l'assimile pas au seul contrôle social. De plus, il affirme que la société en tant que telle est plurielle, ce qui signifie que les ordonnancements normatifs pluralistes ne peuvent être évalués à l'aune d'une conception sociétale moniste. Enfin, Vanderlinden soutient une approche du phénomène du pluralisme juridique dans une perspective de pratiques normatives d'individus enchâssés dans des réseaux sociaux et faisant leur marché parmi ces différentes conceptions normatives. De manière paradoxale, Vanderlinden, qui, au début de sa démonstration, reconnaît au droit une certaine spécificité, conclut en affirmant que les individus, du fait de leur appartenance à différents réseaux sociaux, sont sujets de plusieurs systèmes juridiques²².

20. Le concept de polycentricité du droit a été élaboré par des chercheurs d'Europe du Nord. Il renvoie à une catégorie de situations de pluralisme juridique qu'on peut décrire comme l'usage de différentes sources du droit dans différents secteurs de l'administration étatique. L'hypothèse principale est que les différentes autorités font un usage fréquent de diverses sources du droit ou utilisent les mêmes sources avec des ordres de priorité distincts entre elles. Cette théorie vise à compléter le tableau des champs sociaux partiellement autonomes de Moore à l'intérieur même de l'appareil étatique (voir Gordon R Woodman, « Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate About Legal Pluralism » (1998) 42 J Legal Pluralism and Unofficial L 21).

21. Jacques Vanderlinden, « Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later » (1989) 28 J Legal Pluralism and Unofficial L 149.

22. Jacques Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique » (1993) 2 RRJ 573.

De nombreux chercheurs, comme Vanderlinden²³, ont fait la supposition que, parce qu'il existe un fossé entre les pratiques juridiques et les dispositions juridiques formelles, il existe une pluralité de droits. Plutôt que de voir dans ces pratiques l'effet regrettable de l'inefficacité du droit, il faudrait y voir, selon ces auteurs, la manifestation positive de leur conformité à d'autres ordres juridiques²⁴. Pour certains de ces chercheurs, ces autres ordres juridiques sont tout à fait indépendants du droit étatique, alors que pour d'autres, l'État reste le centre de gravité de ces pratiques. Toutefois, tous convergent pour remettre en cause la légitimité du droit étatique. Aujourd'hui, le thème classique de la résolution des conflits semble être le point focal du programme. On peut trouver trace de cet intérêt pour l'anthropologie du conflit dans le réalisme juridique américain et dans la méthode du cas conflictuel (*trouble case method*) de Llewellyn²⁵ et, un peu plus récemment, dans les ouvrages de Laura Nader et Harry Todd sur le processus conflictuel (*disputing process*)²⁶, ainsi que de Simon Roberts sur l'ordre et le conflit (*order and dispute*)²⁷.

C. Le pluralisme juridique pluriel : culturalisme, postmodernisme, autopoïèse

Selon Brian Tamanaha, « dès lors qu'il y a plusieurs versions concurrentes de ce qu'on entend par "droit", dire que le droit existe dans une pluralité nous laisse avec une pluralité de pluralismes juridiques » [notre traduction]²⁸. Au-delà des conceptions influentes de Griffiths et Moore, il existe d'autres approches qui méritent d'être soulignées.

23. André Jean Arnaud, *Le droit trahi par la sociologie*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998; Jean-Guy Belley, *Le contrat, entre droit, économie et société*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1998; Jean-François Perrin, *Sociologie empirique du droit*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing et Lichtenhahn, 1997.

24. Évelyne Serverin, *Sociologie du droit*, Paris, La Découverte, 2000. (Le paragraphe qui suit est directement inspiré de ce livre).

25. Llewellyn et Hoebel, *supra* note 8.

26. Laura Nader et Harry F Todd Jr, dir, *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, New York, Columbia University Press, 1978.

27. Simon A Roberts, *Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology*, Londres (R-U), Penguin Books, 1979. Voir aussi John Comaroff et Simon Roberts, *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, Chicago, University of Chicago Press, 1981. Plus récemment, Marie-Claire Foblets a dirigé un numéro spécial de la revue *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* sur le thème de la justice populaire : Marie-Claire Foblets, dir, « Popular Justice: Conflict Resolution Within Communities » (1996) 36 J Leg Pluralism and Unofficial L 9.

28. Brian Z Tamanaha, « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism » (2000) 27:2 JL & Soc'y 296 à la p 297 [Tamanaha, « Legal Pluralism »].

La théorie de Massaji Chiba des droits non officiels se situe en marge des orientations décrites ci-dessus. L'effort essentiel de ce savant japonais porte « moins sur le développement et la clarification du pluralisme juridique que sur les caractéristiques de certaines instances de pluralisme juridique » [notre traduction]²⁹. Plutôt que de simplement opposer le droit étatique et le droit des individus, Chiba répertorie plusieurs niveaux juridiques : (1) le droit officiel, c'est-à-dire « le système juridique autorisé par l'autorité légitime d'un pays » [notre traduction]³⁰; (2) le droit non officiel, c'est-à-dire « le système juridique qui n'est pas officiellement autorisé par les autorités officielles, mais qui l'est, en pratique, par le consensus général d'un certain cercle d'individus » [notre traduction]³¹ — et qui exerce une influence distincte sur l'effectivité du droit officiel; (3) les postulats juridiques, c'est-à-dire « le système de valeurs et d'idéaux spécifiquement pertinents pour le droit officiel aussi bien que non officiel » [notre traduction]³². Ces trois niveaux ne sont pas organisés selon une hiérarchie rigide et permanente, mais différent d'une société à l'autre. Par exemple, les sociétés orientales se caractérisent par leur dépendance à l'égard du droit non officiel, alors que les sociétés occidentales restent centrées sur l'État. À côté de ces niveaux de droit, Chiba recense trois dichotomies juridiques : droit officiel vs droit non officiel; règles juridiques vs postulats juridiques; droit indigène vs droit transplanté³³. C'est dans la combinaison de ces différents niveaux et dichotomies que le droit de chaque pays peut être analysé. Ce schème analytique sert à « faire progresser les sciences sociales du droit non occidental au regard du prétendu décalage culturel ou du pluralisme juridique » [notre traduction]³⁴.

Avec l'émergence du postmodernisme, les savants ont orienté leur travail dans le sens d'une nouvelle définition. Boaventura de Sousa Santos est le principal représentant de cette tendance qui cherche à forger une conception postmoderniste du droit, fondée sur les notions de pluralisme juridique et d'interlégalité, à savoir « l'englobement à la

29. Woodman, *supra* note 20 à la p 41.

30. Massaji Chiba, « Three Dichotomies of Law in Pluralism: An Analytical Scheme of Legal Culture » (1987) 1 Tokai Law Rev 1 à la p 173.

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. *Ibid* aux pp 177-79.

34. Massaji Chiba, « Introduction » dans Massaji Chiba, *Sociology of Law in Non-Western Countries*, dir, Oñati, Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1993, 13.

fois des constructions sociales d'ordres normatifs et de l'expérience humaine qui en est faite » [notre traduction]³⁵. Santos affirme que :

le pluralisme juridique est le concept-clé d'une perspective postmoderne sur le droit. Pas le pluralisme juridique de l'anthropologie juridique classique dans laquelle les différents ordres juridiques sont considérés comme des entités séparées qui coexistent en même temps dans le même espace politique, mais plutôt la conception de différents espaces juridiques superposés, interpénétrés et mélangés, dans nos esprits autant que dans nos actions juridiques [notre traduction]³⁶.

Entre ces multiples réseaux d'ordres juridiques, il y a une porosité continue. La vie des gens « est constituée par l'intersection de différents ordres juridiques, c'est-à-dire par l'interlégalité » [notre traduction]³⁷. Pour donner un sens à ces contextes juridiquement pluriels, les gens ont besoin d'un « nouveau sens commun juridique », qui vise « à rendre triviales nos rencontres quotidiennes avec les droits, de telle sorte que leur signification devienne claire pour les usages profanes du droit » [notre traduction]³⁸. En faisant une comparaison métaphorique avec la cartographie géographique, Santos décrit à quel point ce « monde juridique polycentrique » représente et transforme la réalité par l'entremise d'un ensemble de conventions. Il affirme fournir les clés méthodologiques et les propositions théoriques qui expliquent pourquoi différentes légalités sont construites, mises en œuvre et expérimentées à l'intérieur et au-delà du niveau intra-étatique de légalités conflictuelles³⁹. Santos reconnaît que, sous une telle définition, il existe une grande variété d'ordres juridiques. Il se concentre toutefois sur ce qu'il appelle « les six agrégats structurels de relations sociales intégrant, dans les sociétés capitalistes, le système monde » [notre traduction]⁴⁰ : le droit domestique (les normes et règlements de conflit qui résultent des relations sociales intrafamiliales); le droit productif (qui résulte des relations de travail); le droit des échanges (qui résulte des relations

35. Jorge Armando Guevara-Gil et Joseph Thome, « Notes on Legal Pluralism » (1992) 2:1 *Beyond L 75* aux pp 87-88.

36. Boaventura de Sousa Santos, « Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law » (1987) 14:3 *JL & Soc'y* 279 aux pp 297-98.

37. *Ibid* à la p 298.

38. *Ibid* à la p 302.

39. Guevara-Gil et Thome, *supra* note 35 à la p 91.

40. Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge, 1995 à la p 429.

marchandes); le droit communautaire (qui résulte des identités de groupe); le droit étatique; le droit systémique (la forme juridique de l'espace monde). Ces agrégats, définis de manière très large, sont susceptibles de se superposer les uns aux autres.

Bien que ce ne soit qu'un aspect marginal de la théorie systémique du droit, il faut noter que Gunther Teubner a proposé sa propre version du pluralisme juridique. Trois suppositions fondent la théorie du droit comme système autopoïétique (c'est-à-dire un système autoconstitué et fermé sur lui-même) : (1) le droit, comme sujet épistémologique autonome, construit sa propre réalité sociale; (2) le droit, comme processus communicationnel, produit les acteurs humains comme des artéfacts sémantiques; et (3) le droit moderne, en raison de la simultanéité de sa dépendance et de son indépendance à l'égard des autres discours sociaux, se balançant en permanence entre des positions d'autonomie et d'hétéronomie cognitives⁴¹. Sur cette base, Teubner critique « l'approche classique » du pluralisme juridique pour son incapacité à définir adéquatement le droit. C'est dû à l'absence de distinction précise entre le droit et d'autres genres de normativité ainsi qu'à l'attribution au droit d'une seule fonction, alors qu'on peut en recenser plusieurs. Teubner définit le pluralisme juridique « comme une multiplicité de processus communicationnels divers qui regardent l'action sociale à travers le code binaire du légal/illégal » [notre traduction]⁴². Celui-ci est constitué en facteur discriminant, qui permet d'exclure « les calculs purement économiques » aussi bien que « les simples pressions du pouvoir et les simples normes conventionnelles ou morales, les schémas transactionnels et les routines organisationnelles » [notre traduction]⁴³. Ce code binaire n'est pas propre au droit étatique, mais « il crée plutôt l'imagerie d'une hétéarchie de discours juridiques divers » [notre traduction]⁴⁴. Enfin, il sert de nombreuses fonctions, parmi lesquelles « le contrôle social, la régulation des conflits, la réaffirmation d'attentes, la régulation sociale, la coordination des comportements ou la disciplinarisation des corps et des âmes » [notre traduction]⁴⁵.

41. Gunther Teubner, « Pour une épistémologie constructiviste du droit » (1992) 47:6 Ann ESC 1149 à la p 1150.

42. Gunther Teubner, « The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism » (1992) 13:5 Cardozo L Rev 1443 à la p 1451 [Teubner, « Faces of Janus »].

43. *Ibid.*

44. *Ibid.*

45. *Ibid.*

II. TROIS CRITIQUES DES APPROCHES PLURALISTES DU DROIT

Selon Sally Engle Merry, le concept de « champ social partiellement autonome », forgé par Sally Falk Moore, serait devenu aujourd'hui « la conception la plus durable, généralisable et utilisée de l'ordre juridique plural » [notre traduction]⁴⁶. Pareil constat traduit avant tout la faiblesse des critiques adressées au concept lui-même et aux propositions qui lui sont associées⁴⁷. Il est devenu à présent nécessaire, en théorie, en sociologie et en anthropologie du droit, de lui rendre hommage. Pourtant, les critiques qui peuvent être formulées à l'encontre du pluralisme juridique sont multiples, variant d'une version à l'autre de celui-ci. Dans la deuxième section, nous en formulerons trois qui tournent autour du problème définitionnel, de la conception fonctionnaliste du droit ainsi que de la perspective culturaliste, holistique et essentialiste, qui sous-tendent la plupart des approches pluralistes.

A. L'impasse définitionnelle

John Griffiths fait clairement de l'idéologie du centralisme juridique la cible de sa théorie du pluralisme. Alors que l'État se présente comme le seul faiseur de droit, le pluralisme juridique souligne l'existence d'une multitude de champs partiellement autonomes et autorégulateurs, eux aussi producteurs de règles juridiques. Il y a de fortes raisons qui poussent toutefois à démarquer l'analyse du phénomène juridique de la dichotomie droit étatique vs pluralisme juridique.

Brian Tamanaha met en lumière plusieurs faiblesses du raisonnement des épigones du pluralisme juridique, en tête desquelles « la conclusion que toutes les formes de contrôle social sont du droit » [notre traduction]⁴⁸. Comme le dit Merry, « appeler du nom de droit toutes les formes de régulation qui ne sont pas du droit étatique obscurcit l'analyse » [notre traduction]⁴⁹. Le problème se pose lorsqu'on confond concepts descriptifs et concepts non descriptifs. Le droit

46. Sally Engle Merry, « Legal Pluralism » (1988) 22:5 Law & Soc'y Rev 869 à la p 878.

47. Woodman, *supra* note 20.

48. Brian Z Tamanaha, « The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism » (1993) 20:2 JL & Soc'y 192 à la p 193 [Tamanaha, « The Folly »].

49. Merry, *supra* note 46 à la p 878.

appartient à ces derniers, au sens, du moins, qu'il n'a jamais été constitué en un instrument utilisé par les sociologues pour décrire la réalité sociale. Quand ils font du droit le synonyme de la norme sociale, les tenants du pluralisme génèrent une ambiguïté, dans la mesure où ils utilisent un mot qui a une signification de sens commun pour réaliser une tâche analytique qui va à l'encontre de ce sens. Autrement dit, on peut se poser la question de l'utilité analytique de l'usage du mot « droit » pour décrire ce que le sens commun n'associerait jamais au droit (comme les bonnes manières, par exemple), surtout si ce prétendu concept n'est porteur d'aucune particularité qui le distinguerait d'autres termes moins connotés (comme la norme) ou serait au contraire le porteur « clandestin » des traits propres de ce à quoi il s'oppose.

Tamanaha va plus loin et affirme que « les normes vécues sont qualitativement différentes des normes reconnues et appliquées par les institutions du droit, parce que celui-ci implique la "positivisation" des normes: les normes deviennent des normes "juridiques" quand elles sont reconnues comme telles par les acteurs du droit » [notre traduction]⁵⁰.

Contrairement à ce que nous avons affirmé dans un article précédent⁵¹, cette critique est parfaitement fondée, bien que la ligne de partage ne court pas tant entre normes vécues et normes positivisées qu'entre le droit, tel que les gens (quels qu'ils soient) le reconnaissent et s'y réfèrent, et les autres ordres moraux et normatifs, tels que les gens (quels qu'ils soient) les reconnaissent et s'y réfèrent⁵². Autrement dit, le droit n'est pas un concept analytique, mais seulement ce que les gens disent être du droit, avec l'avantage que ce type de position permet de dénier la pertinence d'une question qu'une centaine d'années d'anthropologie et de sociologie du droit n'a pu résoudre, à savoir la question des frontières de la juridicité. L'existence du droit n'est manifestée que par son autoaffirmation ou, plus exactement, par le fait que les gens l'identifient comme tel. Cela n'empêche nullement d'étudier la normativité en général, au contraire, mais cela met sérieusement en cause la possibilité de le faire sous l'égide d'une idéologie

50. Tamanaha, « The Folly », *supra* note 48 à la p 208.

51. Baudouin Dupret, « Legal Pluralism, Normative Plurality, in the Arab World » dans Baudouin Dupret, Mauritz Berger et Laila al-Zwaini, dir, *Legal Pluralism in the Arab World*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, 50.

52. Voir ci-dessous, section III.

(« le pluralisme ») non descriptive (« juridique »)⁵³. C'est non descriptif, en ce sens que l'on fait usage d'un vocabulaire juridique pour décrire la normativité générale et ses usages afin de complètement diluer le droit (tel que les gens s'y réfèrent en général). C'est idéologique, en ce sens que le pluralisme juridique, alors qu'il milite pour la reconnaissance de toutes les normativités diffuses, ignore le fait qu'il n'y a pas moyen de reconnaître une normativité quelconque comme étant du droit sans une autorité ayant la compétence de dire ce qu'est le droit et la capacité de l'interpréter comme étant du droit, avec pour conséquence que tout militantisme contre le droit étatique reviendrait nécessairement à promouvoir un militantisme en faveur d'une autre autorité de même type.

B. Le fonctionnalisme

Ce problème définitionnel du pluralisme juridique est lié au postulat fondamental qui sous-tend sa construction. Le droit est en effet considéré comme le concept qui exprime la fonction sociale d'ordonnement qu'accomplissent les institutions sociales. Malinowski, Parsons et Luhman sont, d'après Tamanaha, les principaux représentants de l'approche fonctionnaliste du droit⁵⁴. Ces auteurs partagent fondamentalement les idées suivantes : (1) le droit a un rôle et une nature ; (2) ces rôle et nature sont déterminés *a priori* par leur fonction sociale ; (3) cette fonction est de maintenir l'ordre de la société. Même dans ses versions les plus sophistiquées, le pluralisme juridique postule cette fonction juridique : « Les multiples ordres du pluralisme juridique produisent toujours des attentes normatives [...]. Ils peuvent également remplir des fonctions multiples » [notre traduction]⁵⁵.

John Searle, parmi d'autres, a pourtant montré que le fonctionnalisme est nécessairement lié à une conception intentionnaliste des choses : le cœur ne peut avoir pour fonction de pomper le sang que si un agent intentionnel l'a créé pour pomper le sang ; d'un autre côté, les cœurs artificiels ont effectivement pour fonction de pomper le sang.

53. C'est pourquoi nous avons proposé de substituer la notion de pluralité normative à celle de pluralisme juridique. Il est intéressant d'observer que John Griffiths s'est rallié, à la fin de sa carrière, à cette évolution terminologique, sans toutefois mentionner son origine exacte, même s'il avait préfacé l'ouvrage dans lequel la suggestion figurait explicitement. Voir Dupret, *supra* note 51.

54. Brian Z Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997 à la p 106.

55. Teubner, « Faces of Janus », *supra* note 42 à la p 1451.

Quand la fonction de X est de Y, X et Y sont les parties d'un système où le système est en partie défini par des *intentions*, des *buts* et des *valeurs en général*. C'est pourquoi il y a des fonctions de policier et de professeur, mais pas de fonction d'être humain en tant que tel — à moins que nous ne pensions l'être humain comme partie intégrante de quelque système plus large dans lequel sa fonction est, entre autres, de servir Dieu [notre traduction]⁵⁶.

Si l'on suit la logique de ce propos, le droit peut se voir attribuer une fonction sociale quand il est conçu comme une institution créée pour réguler les relations humaines. Par contre, il semble difficile de lui attribuer pareille fonction quand il est compris comme émanation du social. Cela signifierait, sinon, que les sociétés se verraient dotées, dès leur naissance en tant que société, d'une conscience collective qui, à son tour, les amènerait à créer les institutions nécessaires à leur fonctionnement, ce qui revient à affirmer que les sociétés se seraient créées elles-mêmes. Autrement dit, l'analyse fonctionnelle ne peut opérer que si le droit est considéré comme le produit d'une agentivité intentionnelle.

Il reste que certains partisans du pluralisme juridique considèrent le droit comme précisément le produit de pareille agentivité intentionnelle. C'est le cas de Gunther Teubner, pour qui les ordres multiples du pluralisme juridique excluent les simples conventions sociales et normes morales. Ces ordres sont caractérisables par le fait qu'ils s'organisent semblablement « autour du code binaire légal/illégal » et « peuvent servir plusieurs fonctions : contrôle social, régulation des conflits, réaffirmation d'attentes, régulation sociale, coordination du comportement, ou encore disciplinarisation des corps et des âmes » [notre traduction]⁵⁷. Cette version « légaliste » du pluralisme juridique n'apporte toutefois qu'une solution partielle au problème du fonctionnalisme. Elle présume toujours, en effet, quand elle considère que le droit est multifonctionnel ou dysfonctionnel, que les institutions du droit ont été créées pour réaliser, de manière systémique, une fonction ou une autre. Cela ne laisse aucune place à la possibilité pour ces institutions d'être simplement non fonctionnelles. De plus, ces systèmes sont, selon

56. John R Searle, *The Construction of Social Reality*, Londres (R-U), Penguin Books, 1995 à la p 19.

57. Teubner, « Faces of Janus », *supra* note 42 aux pp 1451–52.

Teubner, autopoïétiques, c'est-à-dire qu'ils constituent des sous-systèmes radicalement autonomes qui, par la communication, produisent et reproduisent leurs composantes à l'intérieur du système lui-même (le système est opérationnellement clos)⁵⁸. Subsiste alors la question suivante : comment le droit a-t-il été intentionnellement créé afin de remplir des fonctions sociales de manière indépendante? Cela semble douteux historiquement et empiriquement. S'il est manifeste que certains pans du droit ont été élaborés de manière à remplir des fonctions (bien qu'ils n'aient jamais réussi à être tout à fait efficaces dans cet accomplissement), il est tout aussi manifeste que d'autres pans du droit n'ont pas été conçus de cette manière. Si les blocs de construction du droit sont nécessairement multiples, il n'y a, par contre, jamais eu de créateur du concept de droit, alors même que pareille agentivité intentionnelle demeure nécessaire pour la conduite d'une analyse fonctionnelle.

C. Le culturalisme essentialiste

Le pluralisme juridique s'est également révélé lourdement essentialiste et culturaliste. Avec souvent les meilleures intentions du monde, certains tenants de cette perspective se sont faits les promoteurs de concepts tels que : droit populaire, droit indigène, droit autochtone, droit importé, droit transplanté, droit officiel, droit étatique, droit officieux, droit primitif, etc. Outre les problèmes de définition du terme « droit » que ces termes comportent, ils ont surtout tendance à présumer l'existence de quelque chose qui serait un vrai droit, reflet d'une société authentique dont les principaux caractères culturels seraient traduits en règles de conduite. À vrai dire, ce type d'interprétation nativiste ne mérite guère qu'on s'y attarde. Il offre un tableau très naïf du droit, qui est loin d'être soutenu par une base empirique substantielle. Le prétendu droit « indigène » ou « autochtone » n'a souvent jamais existé que dans les têtes de ces chercheurs, en dépit du fait qu'il a été élevé au rang d'étalon de mesure du degré d'acculturation juridique.

La théorie interprétativiste de Clifford Geertz présente un tout autre intérêt, mais ce n'est pas le lieu d'en discuter. Il suffira de rappeler que Geertz conçoit le droit comme un code culturel de significations permettant d'interpréter le monde : « Le "droit", ici, là-bas ou n'importe

58. Pour un résumé excellent et concis, voir Kilian Bälz, « Shari'a and Qanun in Egyptian Law: A Systems Theory Approach to Legal Pluralism » (1995) 2:1 YB of Islamic & Middle Eastern L 37.

où, fait partie d'une manière distincte d'imaginer le réel » [notre traduction]⁵⁹. Dans ce projet herméneutique, « les mots sont des clés pour comprendre les institutions sociales et les formulations culturelles qui les entourent et leur donnent un sens » [notre traduction]⁶⁰. Geertz donne l'exemple du mot arabe *haqq*, qui est supposé provenir d'un monde moral précis et renvoyer à une sensibilité juridique distincte⁶¹. Ce mot véhiculerait avec lui toutes les significations particulières qui sont consubstantielles à quelque chose qui est appelé « droit islamique ». Dans des situations plures, c'est-à-dire dans des situations où plusieurs systèmes culturels sont décrits comme étant en interaction (par exemple, l'Égypte, où le droit moderne est communément présenté comme coexistant avec le droit islamique et le droit coutumier), le droit produirait un « discours polyglotte »⁶². En ce sens, le pluralisme ne serait que la juxtaposition de plusieurs histoires culturelles et juridiques.

Le culturalisme conçoit cependant le droit en termes fondamentalement holistiques, c'est-à-dire en tant que l'une des multiples réverbérations d'un principe explicatif plus large : la culture⁶³. Cette unité culturelle n'est toutefois pas déduite de l'observation empirique, mais elle est postulée dès l'origine. C'est ainsi que Rosen procède quand, partant de l'étude ethnographique de la petite ville marocaine de Sefrou, il achève son entreprise par une anthropologie de la justice en milieu islamique. Il considère, de plus, que la culture arabe, que la culture marocaine est censée épitomiser, peut elle-même être saisie en une métaphore-clé, une analogie centrale : « C'est l'image d'une place de marché (un bazar) s'inscrivant largement dans les relations sociales, un lieu d'accords négociés s'étendant de l'espace du forum public à ces

59. Clifford Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, 1983 à la p 184.

60. Merry, *supra* note 46 à la p 886.

61. Geertz, *supra* note 59 à la p 185.

62. *Ibid* à la p 226.

63. Lawrence Rosen le décrit comme « un ensemble d'orientations qui naît de sa réverbération sur de nombreux domaines analytiquement séparables, de sorte qu'il paraît immanent à chacun d'eux » [notre traduction]. Il parle également de « postulats de sens commun sur des éléments caractéristiques qui traversent virtuellement tous les domaines du droit et de la vie — des postulats sur la nature humaine, sur des types particuliers de relations, sur le "sens" d'actions données » [notre traduction] (Lawrence Rosen, « Legal Pluralism and Cultural Unity in Morocco » dans Dupret, Berger et al-Zwaini, *supra* note 51 à la p 90).

domaines — de la famille, de l'histoire et de la cosmologie — où on ne s'attendrait pas vraiment à les voir opérer » [notre traduction]⁶⁴.

Ce type d'approche est doté d'un fort arrière-goût d'essentialisme génétique, en vertu duquel les sociétés et les lois les caractérisant seraient pourvues, tout au long de leur histoire, d'éléments caractéristiques identiques et permanents que les incidents de l'histoire ne viendraient qu'égratigner. Les interprétativisto-culturalistes semblent également s'intéresser bien davantage au pourquoi qu'au comment, alors même que prêter attention à la deuxième question leur permettrait de remarquer que le droit n'est pas nécessairement, ni intégralement, partie de la culture, en plus du fait que celle-ci n'est pas un ensemble de postulats permanents et préexistants, mais quelque chose de continuellement produit, reproduit, négocié, quelque chose vers quoi les membres de n'importe quel groupe social s'orientent ponctuellement et contextuellement.

III. RESPÉCIFICATIONS

Dans cette section, nous nous intéressons à certaines perspectives pouvant contribuer à respécifier la question de la nature plurale du droit. Il y a quelques années, nous avons soutenu l'idée qu'il faut renoncer à l'utilisation des mots « droit » et « juridique » dans un but analytique. À la question des frontières sociologiques de la juridicité, nous avons répondu alors que la question est dépourvue de pertinence juridique⁶⁵. Aujourd'hui, avec un peu de recul, nous aurions tendance à dire que les sciences sociales n'ont pas les moyens de définir le droit en dehors de ce que les gens disent que le droit est, avec la conséquence que toute étude du droit devrait principalement examiner ce que les gens font et disent quand ils pratiquent ce qu'ils appellent le droit.

A. Le réalisme

D'un point de vue épistémologique, le problème de définition est fondamental. Le vrai danger qu'il y a à parler de « droit » quand on traite de toutes les formes de normes tient, d'abord, à ce qu'on les associe à

64. Lawrence Rosen, *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989 à la p 11.

65. Dupret, *supra* note 51 à la p 30.

quelque chose que les gens tiennent pour totalement différent. Cela revient, ensuite, à prendre un produit de théorie politique (le droit étatique) pour un instrument sociologique (le pluralisme juridique). Enfin, cela revient à adopter une définition fonctionnaliste de certains mécanismes sociaux généraux (le contrôle social), alors même qu'il n'est pas possible de donner à des phénomènes non intentionnels la moindre fonction sociale. Plutôt que d'élever le droit au rang d'instrument analytique, nous suggérons d'en revenir à l'observation des pratiques sociales et de considérer, dans le vaste champ des multiples normativités, que le droit est ce que les gens identifient comme du droit.

Brian Tamanaha se fait également l'avocat de cette position. Selon lui :

le projet consistant à dessiner un concept de droit de nature scientifique était fondé sur la conviction erronée que le droit constitue une catégorie fondamentale. [... Or,] le droit est tout ce que nous attachons au label *droit*. C'est un terme appliqué conventionnellement à une grande variété de phénomènes aux facettes multiples et multifonctionnelles [notre traduction]⁶⁶.

Autrement dit, « ce qu'est le droit est déterminé par les usages communs des gens, dans le champ social, et non pas à l'avance par le théoricien ou le chercheur en sciences sociales » [notre traduction]⁶⁷. En conséquence, une situation de pluralisme juridique existerait « dès lors que plusieurs types de "droit" seraient reconnus par les pratiques sociales d'un groupe dans un champ social donné » [notre traduction]⁶⁸. Alors que le pluralisme juridique affirme que le mot « droit » s'applique aux différentes manifestations d'un phénomène à la base identique, Tamanaha soutient que la même catégorisation « droit » s'applique à de nombreux phénomènes différents.

Tamanaha affirme que son approche présente plusieurs avantages. Outre le fait qu'elle permet, d'abord, de distinguer les normes juridiques des normes sociales, elle fournit également des critères utilisables pour différencier un système fondé sur la règle juridique et des situations de pluralisme normatif. Il suggère également que toutes ces formes de droit reconnues comme telles dans un espace social

66. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory*, *supra* note 4 à la p 128.

67. Tamanaha, « Legal Pluralism », *supra* note 28 à la p 314.

68. *Ibid* à la p 315.

particulier « soient étudiées dans leurs manifestations particulières et dans leurs relations avec les autres types de droit coexistant dans cet espace social, et qu'elles soient comparées à des catégories générales de droit ou aux manifestations du droit dans d'autres espaces sociaux » [notre traduction]⁶⁹. Enfin, cette approche ne perd pas, au fil de son élaboration, ce qui a fait la force de l'appel du pluralisme juridique, à savoir le fait qu'il existe des formes de droit qui ne sont pas ou qui ne sont que faiblement liées à l'État. Ce faisant, cette approche réussirait à fournir, selon Tamanaha, précisément ce que le pluralisme juridique n'a pu faire : une théorie descriptive et non idéologique de la nature plurale du droit.

En effet, un mérite de cette approche — ce qui la rend non essentialiste — tient à ce qu'elle est totalement dépourvue de présuppositions sur le droit (au-delà de la présupposition négative que le droit n'a pas d'essence). Tout est laissé ouvert à l'examen empirique, ainsi qu'à la construction des catégories et à l'analyse suivant un tel examen. Un autre mérite important [... est qu'elle] jette un regard à la fois perçant et dépourvu de sentiments sur toutes les manifestations et tous les types de droit [notre traduction]⁷⁰.

En somme, faire de la recherche en matière de pluralisme juridique revient, dans la perspective de Tamanaha, à regarder les situations dans lesquelles il y a une pluralité de types de droit, le droit étant entendu comme ce à quoi les gens se réfèrent comme étant du droit.

B. La praxéologie

Nous voulons démontrer, à cette dernière étape, que, même si l'approche de Tamanaha améliore sensiblement la possibilité d'une étude sociologique et anthropologique du droit, elle souffre de défauts qui pourraient être atténués par l'approfondissement de ses intuitions et l'adoption d'une perspective praxéologique dans l'étude des phénomènes juridiques.

Le problème principal de la conception que Tamanaha a du droit vient de sa tentative de l'enraciner dans une combinaison de *behaviorisme* et d'interprétativisme, une combinaison supposée surmonter certains des écueils classiques de la socioanthropologie du droit et

69. *Ibid* à la p 318.

70. *Ibid* aux pp 318–19.

permettre d'aboutir à sa théorie sociojuridique réaliste. Pourtant, comme nous l'avons souligné plus haut, l'une des difficultés de l'interprétativisme tient à son point de vue culturaliste et essentialiste. Cela ne signifie pas que cette perspective soit dépourvue de valeur scientifique, mais cela souligne le fait qu'elle reproduit certaines des déficiences qu'elle est censée éliminer. Entre autres, elle maintient une de ces dualités qui entachent l'entreprise théorique contemporaine en sociologie, à savoir la dualité opposant sens et action. Au lieu de considérer que cette opposition constitue le principal problème à résoudre pour parvenir à faire de la théorie, nous suggérons que c'est la propension même à théoriser qui doit être mise en cause. Autrement dit, l'enquête « sur le *caractère compréhensible de la société*, sur les façons de comprendre et de décrire la vie sociale quand elle est vue de l'intérieur par les membres [nos italiques] » devrait se substituer à l'élaboration théorique d'« un mode particulier de compréhension de la société, un cadre théorique à l'intérieur duquel une conception substantielle de la société doit être construite » [nos italiques, notre traduction]⁷¹. Ce n'est certainement pas le culturalisme interprétativiste de Geertz, sans même parler de celui de Rosen, qui va favoriser une pareille enquête, dès lors qu'il postule la contrainte d'un ordre culturel pré-existant auquel les gens se conforment, la tâche des spécialistes en sciences sociales étant alors de découvrir le mot-clé épitomisant cet ordre culturel, et non d'observer les pratiques à partir desquelles on peut inférer les façons qu'ont les gens de s'orienter vers les multiples contraintes des contextes nécessairement locaux dans lesquels ils interagissent. Bien au contraire, une approche praxéologique requiert l'utilisation des « critères dont disposent les participants pour déterminer les caractéristiques marquantes des épisodes interactionnels » [notre traduction]⁷², ce qui ne fournit pas d'interprétation des conduites des gens. « L'analyse est plutôt fondée et validée par les orientations propres des participants, leurs catégorisations et les compréhensions qu'ils manifestent » [notre traduction]⁷³. En d'autres termes, alors que l'opposition entre sens et comportement « demande d'être résolue par des moyens [...] qui sont extérieurs au caractère visiblement ordonné des lieux de l'activité quotidienne » — par exemple, les structures

71. Wes W Sharrock et Rod D Watson, « Autonomy Among Social Theories. The Incarnation of Social Structures » dans Nigel G Fielding, dir, *Actions and Structures: Research Methods and Social Theory*, Londres (R-U), Sage Publications, 1988, 54 aux pp 58–59.

72. Douglas W Maynard, *Inside Plea Bargaining: The Language of Negotiation*, New York, Plenum Press, 1984 à la p 19.

73. *Ibid.*

sociales, les cultures locales, les schèmes de comportement, etc. — la respécification praxéologique que nous suggérons, dans la ligne de l’ethnométhodologie, considère « “le problème de l’ordre social” comme totalement *interne à ces lieux* » [nos italiques; notre traduction]⁷⁴. Cela signifie également que ce n’est pas tant la question du « pourquoi », qui est à la base de l’interprétativisme, et sur laquelle doit porter l’attention de la sociologie du droit, que celles du « quoi » et du « comment » : « que suppose le fait de faire ceci ou cela? », « comment X s’y prend-il pour faire Y? ».

Un autre problème majeur procède du caractère glissant des tentatives définitionnelles. Bien que Tamanaha parvienne à échapper à l’écueil définitionnel du pluralisme juridique, principalement en caractérisant le droit comme ce à quoi les gens se réfèrent comme étant du droit, il ne manque pas de tomber dans le piège d’une autre énigme définitionnelle. Ainsi, quand il se fait l’avocat d’une restriction du mot « juridique » au droit de l’État⁷⁵ ou quand il impute à certains systèmes juridiques une qualité spécifique (par exemple, la « théocratie iranienne »)⁷⁶, Tamanaha ne substitue-t-il pas son point de vue universitaire extérieur et surplombant à la production par les gens d’un droit identifiable, intelligible et praticable, qui ne répond pas nécessairement à ces traits de caractère étatique ou théocratique? On peut trouver cette même ambivalence ailleurs, quand il affirme, d’une part, que le droit est ce à quoi les gens se réfèrent comme du droit, et qu’il suppose, d’autre part, que les gens utilisent cette même catégorisation de droit pour se référer à des phénomènes souvent très différents. Autrement dit, alors que Tamanaha critique justement le pluralisme juridique pour sa « surinclusivité », c’est-à-dire sa volonté d’inclure des phénomènes que la plupart des gens ne considéreraient pas comme du droit, et pour sa « sous-inclusivité », c’est-à-dire son exclusion de phénomènes que de nombreuses personnes considéreraient comme

74. Wes Sharrock et Graham Button, « The Social Actor: Social Action in Real Time » dans Graham Button, dir, *Ethnomethodology and the Human Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 137 à la p 141.

75. Tamanaha, « The Folly », *supra* note 48 à la p 212. C’est toutefois dans le contexte de la controverse inspirée par son argument contre la tentative de formuler une conception scientifique du droit que Tamanaha a affirmé cela (dans une communication personnelle) et d’ajouter : « Une fois mon approche positive du pluralisme juridique pleinement élaborée (ce que j’appelle une approche conventionnaliste), je n’avais plus de raison d’affirmer que le prédicat “juridique” devait être limité au droit étatique » [notre traduction].

76. Tamanaha, « Legal Pluralism », *supra* note 28 à la p 318.

du droit⁷⁷, il gâche son argument en sous-estimant la compréhension pratique et contextuelle que les gens ont du mot « droit » ou de ses équivalents. Les gens n'utilisent pas indifféremment un même mot pour faire référence à différents phénomènes; ils utilisent précisément un mot pour renvoyer à un phénomène spécifique, vers la production et l'intelligibilité duquel ils s'orientent dans le contexte local et temporel dans lequel ils interagissent. Le même mot peut être utilisé pour référer à un autre phénomène dans un autre contexte ou une autre séquence, mais c'est une question de jeu de langage (au sens donné par Wittgenstein à cette expression). À cet égard, il faut répondre de manière empirique en examinant de près la grammaire de ce mot à chaque occurrence interactionnelle prenant place dans chaque contexte spécifique. Cela va à l'encontre de la notion interprétativiste du discours juridique polyglotte. En ce sens, la notion de pluralisme juridique n'existe pas, en tant que question sociologique, à moins que les gens, les participants et les membres d'un contexte particulier ne s'orientent vers cette notion en tant que telle. Autrement dit, la question du pluralisme juridique ne procède pas de scientifiques regardant le monde social de l'extérieur, mais elle devient une question à part entière quand il ressort des pratiques des gens qui s'orientent vers une situation de droits multiples qui coexistent, convergent ou sont en conflit.

En fin de compte, nous prétendons que les questions concernant les phénomènes juridiques que l'approche réaliste soulève⁷⁸ sont mieux résolues en adoptant une perspective praxéologique. Une première question porte sur l'identité des gens dont les pratiques qualifient un phénomène de droit. La théorie réaliste répond que c'est n'importe quel groupe social; la perspective praxéologique dirait plutôt qu'une telle question ne se pose pas, à moins que ou jusqu'à ce que des gens mettent en cause l'autorité permettant à quelqu'un de considérer un phénomène comme du droit. La question n'émerge que de circonstances pratiques, locales et ponctuelles. Avant, c'est une question de nature philosophique et politique, non pas pratique et sociologique. Une deuxième question porte sur le nombre de personnes qui doivent considérer un phénomène comme du droit pour

77. *Ibid* à la p 315.

78. *Ibid* aux pp 319–20, particulièrement la dernière section sur le « contournement de l'impasse ».

que ce phénomène puisse être qualifié comme tel. La réponse réaliste est celle-ci : « un seuil minimum est atteint quand un nombre suffisant de personnes dotées d'une conviction suffisante considèrent que quelque chose est du "droit" et agissent en conformité avec cette croyance et d'une manière qui exerce une certaine influence dans le champ social » [notre traduction]⁷⁹. Cette réponse souffre du fait qu'elle confère à une autorité extérieure quelconque la tâche de déterminer par la suite ce qu'est un nombre suffisant, une conviction suffisante ou une influence suffisante. En termes praxéologiques, on dirait plutôt qu'aucune réponse ne peut être donnée *a priori*, dès lors que ce n'est qu'à partir des pratiques des gens que la qualification de quelque chose comme étant du droit sera reconnue comme telle (et continuera donc à passer inaperçue) ou ne sera pas reconnue comme telle (et sera donc remarquée et susceptible d'être mise en cause). Une troisième question concerne le risque de prolifération de différents types de droit dans l'espace social. La réponse de Tamanaha est qu'une telle profusion ne se produira que rarement dans la réalité. La réponse praxéologique serait simplement de dire qu'il ne revient pas aux spécialistes en sciences sociales de décider, par le truchement de concepts, s'il y a abondance ou insuffisance de types de droit. C'est une question empirique qu'il convient de considérer en examinant de près les pratiques des gens. De plus, il faut bien penser que, dès lors que les activités dans les contextes juridiques sont caractérisées (comme les activités humaines en général) par une orientation globale vers la production d'intelligibilité, de coordination et d'ordre, il serait plutôt surprenant d'observer pareille prolifération anarchique sans tentatives observables de la contenir. Une dernière question porte sur l'autorité conventionnellement attribuée à des acteurs sociaux pour donner naissance à de nouveaux types de droit. La réponse réaliste souligne le fait que le droit, en tant qu'institution sociale, est nécessairement produit par des acteurs sociaux. Dès lors, reconnaître l'autorité de ces acteurs ne menace que celle des théoriciens du social et du juridique. Cela vaut aussi dans la perspective praxéologique. On pourrait ajouter à cela qu'il n'appartient pas aux sociologues et anthropologues du droit de décider s'il faut ou non conférer à des acteurs sociaux l'autorité de donner naissance à de nouveaux droits. Ce que peuvent faire les sciences sociales, c'est uniquement observer et décrire comment de

79. *Ibid* à la p 319.

véritables personnes dans de véritables contextes s'orientent vers la production d'un phénomène qu'elles appellent droit.

C. Le pluralisme juridique dans une perspective praxéologique

Pour illustrer les avantages heuristiques de la respécification praxéologique, nous allons brièvement présenter trois cas relatifs à la question du mariage coutumier dans le contexte égyptien. Cela devrait contribuer à renforcer notre affirmation selon laquelle les théories du pluralisme juridique n'ont qu'une faible capacité explicative du droit, dont le caractère éventuellement pluriel ne doit pas être examiné par un critère extérieur, mais seulement au regard des pertinences propres à des pratiques situées.

En Égypte, une série de lois organisent le statut personnel, c'est-à-dire les règles relatives au mariage, au divorce, à la filiation et à l'héritage. Le droit a toujours encouragé la contractualisation formelle du mariage, enregistré par un notaire, dont l'autorité est officiellement reconnue. Pourtant, les mariages qui remplissent un certain nombre de conditions minimales, à savoir une forme contractuelle et deux témoins, sont considérés comme étant légitimes. Jusqu'à la promulgation de la *Loi 1/2000*, toutefois, aucune requête relative à un mariage ne pouvait être entendue par un juge si elle n'était pas fondée sur un document de mariage officiel (art 99(4) de la *Loi 78/1931*). Une femme mariée selon un mariage coutumier ne pouvait donc obtenir la dissolution judiciaire de son mariage. La *Loi 1/2000* a introduit, sur cette question, une innovation importante : tout document écrit peut à présent être utilisé pour prouver l'existence d'un mariage coutumier dont on demande au juge la dissolution. Ce type de mariage, qui ne remplit pas l'exigence d'enregistrement, est généralement appelé *zawâg 'urfi*, ce que l'on traduit approximativement par « mariage coutumier ». Pour la théorie du pluralisme juridique, le simple usage de cette expression témoignerait de l'existence de plusieurs ordres juridiques à travers lesquels les gens navigueraient et pratiqueraient une sorte de *forum shopping*. Cette appellation ne renvoie pourtant pas à l'existence d'ordres juridiques multiples (système coutumier vs système étatique). Le mariage coutumier est, en effet, reconnu par la loi, même si c'est de manière restrictive, et il est considéré par tous comme légal. Il s'agit plutôt d'une pratique légale permettant d'échapper à certaines des conséquences du mariage officiellement enregistré (par exemple, garder un deuxième mariage polygame

secret, permettre à des mineurs de s'épouser, échapper aux coûts élevés d'un mariage public, permettre à une veuve de se remarier sans perdre les droits de pension liés à son veuvage, légaliser les relations sexuelles, assurer un cadre moral à la cohabitation, conférer un statut légitime aux enfants nés d'une union). Il semblerait donc que dans ce cas, les théories du pluralisme juridique, loin de nous offrir les moyens de décrire adéquatement la situation, contribuent à la confusion ambiante, en mettant de l'avant une situation pluraliste qui n'est pas partagée par les acteurs eux-mêmes.

En avril 2000, la presse se fit l'écho d'un cas faisant l'objet d'une enquête du parquet, qui impliquait deux hommes ayant contracté un « mariage coutumier » homosexuel. La transcription des interrogatoires révèle qu'il s'agissait d'un propriétaire d'une boutique informatique ayant amené un jeune homme à travailler dans son magasin, pour ensuite lui imposer des relations homosexuelles en le menaçant de divulguer des documents signés par le garçon, établissant l'existence d'un mariage entre eux. Le jeune homme déposa plus tard une plainte au poste de police et le parquet mena une enquête, qui déboucha sur une inculpation pour atteinte à la pudeur avec usage de la contrainte. La presse, les parties concernées, le procureur, tout le monde fit référence à ce document comme le « contrat de déclaration et d'engagement mutuel ». Implicitement ou explicitement, l'on considérait que les deux hommes avaient passé un « mariage coutumier ». Pour la théorie du pluralisme juridique, cela attesterait l'existence de plusieurs champs sociaux (par exemple, celui des homosexuels, de la police, de l'État, etc.) plus ou moins imbriqués, chacun doté de ses règles et valeurs propres, produisant son droit propre qui serait le reflet de ses normes. Tout cela est très confus. Loin d'un quelconque pluralisme juridique, ce qu'on observe, ce sont des *pratiques juridiques* multiples, c'est-à-dire des pratiques articulées autour d'un objet de référence unique (le droit), que ce soit pour l'interpréter, le mettre en œuvre, le contourner, le vider de sa substance ou le contester. Le prétendu « mariage coutumier » est axé sur l'idée, centrée sur l'État et le juridique, du contrat de mariage. Celui-ci est établi autour de la création de droits et d'obligations mutuels par la signature d'un document écrit. Dans le cas de ce mariage homosexuel, c'est cette pratique du mariage coutumier qui est visée, en dépit de l'intention criminelle d'une des deux parties. Cela ne reflète pas l'existence de systèmes juridiques parallèles, mais seulement l'organisation centrée sur le droit de l'État de toute une palette de pratiques privées. Ce n'est pas seulement le

système juridique de l'État qui digère le social de manière à donner aux faits qui lui sont soumis une qualification qui les rend juridiquement pertinents et susceptibles de conséquences juridiques, mais ce sont aussi les prétendus champs sociaux qui prennent le droit de l'État comme point focal⁸⁰.

Toujours en 2000, la presse rapporta que les corps de deux jeunes hommes avaient été retrouvés près de la ville d'Assouan, en Haute-Égypte. L'autopsie révéla qu'ils avaient été exécutés. En application de la loi et des procédures, la police ouvrit un dossier et transmit l'affaire au parquet, qui était, dès lors, tenu d'ouvrir une enquête. Le manque d'indices a toutefois conduit au classement du dossier. Parallèlement au récit officiel de cette affaire, la presse raconta une autre histoire : les deux jeunes gens auraient eu des relations sexuelles et contracté un mariage coutumier ; comme leurs familles jugeaient la situation inacceptable, elles demandèrent la convocation d'une assemblée coutumière et lui soumirent l'affaire pour qu'elle soit jugée. Toujours selon la presse, l'assemblée fut réunie et prononça une condamnation à mort des deux garçons. Bien que brève, cette histoire nous révèle explicitement l'existence de deux systèmes de justice parallèles fonctionnant de manière autonome, indépendants l'un de l'autre, bien que leurs chemins respectifs puissent à l'occasion se croiser. D'un côté, il y a le système judiciaire de l'État, représenté par la police et le parquet, dont le fonctionnement exige l'ouverture d'un dossier et d'une procédure aussitôt qu'un acte criminel est porté à leur attention. D'un point de vue technique, ce système ne reconnaît pas l'existence d'une autre justice. Pratiquement, toutefois, ce système est souvent confronté à des crimes, dont les professionnels savent qu'ils échappent à leur juridiction effective. Tant les policiers que les procureurs connaissent l'existence de ces assemblées et des traditions locales, dont émanent des décisions indépendantes et qui tendent à couvrir derrière une solidarité communautaire des actes qui, aux yeux du droit étatique, relèvent de la criminalité. En dépit de cela, ces professionnels du droit étatique restent, en tant que tels, extérieurs à ce qui se produit dans le cadre de la justice « coutumière ». Généralement, les faits ne parviennent même pas jusqu'à eux et quand ils y parviennent, c'est pour être traités de manière tout à fait différente. D'un autre côté, l'on trouve

80. Ce cas n'est pas le reflet d'un phénomène répandu en Égypte. Nous n'y faisons pas référence en tant qu'il serait représentatif d'une tendance de la société égyptienne, mais dans le but pratique de montrer l'orientation des gens vers le droit étatique, même dans les circonstances les plus exceptionnelles.

le système juridique « coutumier », reconnu comme tel par les gens, qui prononce des décisions sur un large éventail de sujets. Ce système de justice, parallèle au système officiel et qui s'étend à tous les domaines du droit (familial, pénal, foncier, commercial), peut emprunter au système officiel plusieurs de ses caractéristiques (formes procédurales, références à des dispositions du droit positif, jugements écrits, voire système d'appel et constitution d'une sorte de jurisprudence), tout en restant autonome et en étant indépendant du droit étatique. Il s'agit d'un cas où le *'urf* (la coutume) constitue bien du droit, dès lors que ses acteurs lui donnent cette catégorisation. On peut donc l'appeler droit coutumier et il peut devenir lui-même l'objet de pratiques juridiques coutumières.

En somme, ces trois cas sommairement présentés semblent constituer des instances de pluralisme juridique (faibles ou fortes, dans la terminologie de Griffiths). Cependant, si l'on examine ces cas dans le détail et en particulier les façons qu'ont les gens de s'orienter vers les multiples droits et normes, on obtient une image nettement plus claire de ce que le droit est et n'est pas pour ces gens. On en arrive aussi à bien mieux comprendre ce que sont ses sources plurielles, ainsi que les multiples modes non pluralistes de sa mise en œuvre, les multiples niveaux auxquels les lois interfèrent les unes avec les autres et les rares endroits où elles demeurent totalement autonomes. Enfin, les normes, les droits et les pratiques juridiques cessent d'être confondus. Tout ensemble de normes n'est pas nécessairement du droit et le droit n'est plus dilué dans la catégorie avale-tout et peu parlante de « contrôle social ». De multiples pratiques peuvent être appelées pratiques juridiques plutôt que champs sociaux, normatifs ou juridiques parallèles. Les pratiques juridiques sont ces pratiques qui se développent autour d'un objet de référence identifié par les gens comme du droit (cela peut être du droit étatique, du droit coutumier ou tout autre droit reconnu comme tel). Autrement dit, une pratique juridique est tout ce qui est fait de manière telle que cela ne serait pas fait de cette manière si le droit de référence n'existait pas.

CONCLUSION

Dans leur analyse de la nature plurale du droit, les partisans du pluralisme juridique ont largement manqué le phénomène qu'ils visaient. La plupart des données pratiques, des éléments contingents, des attentes d'arrière-plan, des contraintes propres à la situation et des

orientations propres aux gens engagés dans des activités locales ont été gommées au profit de la production d'un compte rendu rétrospectif de cas censés avoir la capacité de démontrer la validité du modèle pluraliste. Cela ne signifie pas qu'à la lecture de ces auteurs nous n'apprenons rien, mais seulement que nous n'apprenons pas ce que nous voulions savoir. Autrement dit, il y a un petit quelque chose qui manque dans cette perspective : le phénomène de la pratique du droit lorsqu'il est reconnu comme étant pluriel. En effet, en cherchant le pluralisme juridique dans la dynamique de l'histoire ou dans la structure des sociétés, la recherche est passée à côté du phénomène du droit lui-même. L'analyse est solidement ancrée dans des concepts (tels que la codification, le contrôle social, la modernisation, la mondialisation, etc.), des catégories (tels que le droit musulman, le droit indigène, le droit importé, le droit coutumier, etc.) et des théories (systémique, structurelle, réaliste, comportementaliste, etc.), mais ce faisant, elle passe à côté d'une part essentielle de son objet, peut-être son cœur, à savoir la pratique effective du droit et l'orientation concrète vers son éventuelle nature plurale. En somme, le pluralisme juridique est utilisé comme ressource explicative de questions plus vastes et plus nobles comme celles du changement, du pouvoir, de la domination ou de l'égalité. Le droit lui-même, en tant que sujet à part entière, est toutefois oublié.

La praxéologie cherche à substituer à la construction de grandes théories modèles l'étude attentive de données réelles reflétant les façons (méthodes) par lesquelles les gens (les membres de n'importe quel groupe social) décortiquent leur monde ordinaire, lui prêtent attention et le pratiquent. À la suite de Stephen Hester et Peter Eglin, nous pouvons retenir quatre principes qui caractérisent une approche praxéologique⁸¹. Premièrement, il y a l'attention prêtée à « l'appareil de production et de reconnaissance » de l'action [notre traduction]⁸², c'est-à-dire les moyens utilisés pour agir d'une manière qui lui permette d'être comprise par les autres. Deuxièmement, l'injonction de « traiter les faits sociaux comme des accomplissements interactionnels » [notre

81. Stephen Hester et Peter Eglin, *A Sociology of Crime*, Londres (R-U) et New York, Routledge, 1992 aux pp 14-17.

82. Harold Garfinkel et Harvey Sacks, « On Formal Structures of Practical Actions » dans John C McKinney et Edward A Tiryakian, dir, *Theoretical Sociology*, New York, Appleton Century Crofts, 1970, 337.

traduction]⁸³. Les faits sociaux, en ce sens, ne sont pas des données, mais des productions sociales continues de gens engagés dans le cours d'actions mutuellement constituées et dans des contextes auto-organisés également mutuellement constitués. Troisièmement, la praxéologie cherche, plutôt qu'à prédéfinir les phénomènes sociaux ou à utiliser le sens produit par les acteurs comme des ressources explicatives de schèmes plus vastes, à décrire ce vers quoi les participants à des contextes particuliers s'orientent et comment ces caractéristiques intègrent leurs perceptions, actions et comptes rendus. Le sens produit par les gens devient un sujet d'enquête de plein droit, plutôt qu'un moyen de cartographier la pertinence sociologique. Quatrièmement, les gens (c'est-à-dire les acteurs sociaux) sont des créatures qui utilisent des règles, plutôt qu'elles ne sont déterminées par celles-ci. Cela signifie que, dans le cours de leurs actions, ils s'orientent éventuellement vers des ensembles de règles. Toutefois, leurs actions ne peuvent être décrites comme régies par des règles. Donc, de manière générale, les études praxéologiques supposent une approche radicalement non mentaliste, c'est-à-dire que les processus liés à l'esprit, à la pensée, aux émotions, etc. ne peuvent ni être réduits à une simple activité neuronale ni être relégués à un inaccessible for intérieur, mais doivent être radicalement « sociologisés »⁸⁴. Si la méthodologie est une question de rigueur, celle de l'analyse praxéologique se trouve dans sa capacité à reproduire les caractéristiques des phénomènes qu'elle observe et non dans la formulation d'hypothèses au sujet de ces phénomènes qui spécifieraient leurs propriétés avant même leur examen⁸⁵.

La recherche praxéologique est sensible aux questions de catégories. Plutôt que de buter sur la question de la décontextualisation analytique, avec ce que cela suppose comme notions mentalistes (telles que fausse conscience, fonctions latentes, processus inconscients ou incorporation), l'analyse praxéologique soutient que « la spécificité de la signification d'une action sociale donnée n'est discernable, aussi bien par les membres que par les analystes, qu'*in situ* » [notre traduction]⁸⁶.

83. Melvin Pollner, « Mundane Reasoning » (1974) 4:1 *Philosophy of the Social Sciences* 35 à la p 36.

84. Voir Jeff Coulter, *Mind in Action*, Atlantic Highlands (NJ), Humanities Press International, 1989; Rodney Watson, « Ethnomethodology, Consciousness and Self » (1998) 5:2 *J of Consciousness Studies* 202.

85. Douglas Benson et John A Hughes, « Method: Evidence and Inference-Evidence and Inference for Ethnomethodology » dans Button, dir, *supra* note 74, 109 aux pp 128–29.

86. Watson, *supra* note 84 à la p 215.

Le but de cette respécification de l'étude du droit que nous proposons n'est pas de déterminer à quel point les pratiques juridiques dévient d'un modèle idéal ou d'une règle formelle, mais de décrire les modalités de production et de reproduction du droit et des activités juridiques, leur intelligibilité et leur compréhension, leur structuration et leur caractère public. Plutôt que de présupposer l'existence de variables culturelles, raciales, sexuelles, psychologiques ou sociales, la recherche praxéologique se focalise sur la question de comment les activités s'organisent elles-mêmes et comment les gens s'orientent vers les structures de ces activités, qu'ils lisent d'une manière largement non problématique. Si l'on veut prendre le droit au sérieux, il ne s'agit pas de se saisir du droit de règles abstraites ni du droit de principes indépendants du contexte où ils sont mobilisés, non plus que du droit assimilé au contrôle social ou du droit de dichotomies (par exemple, importé vs indigène, étatique vs populaire) imposées par un point de vue universitaire, sans égard pour les pratiques réelles des gens, mais bien du droit de gens engagés dans la pratique quotidienne du droit, c'est-à-dire un droit fait de la pratique des règles juridiques, de leurs principes interprétatifs et de leur éventuelle conception plurielle.