Document généré le 25 avr. 2024 00:58

Anthropologie et Sociétés

La version anthropologique de l'ignorance du droit

Louis Assier-Andrieu

Volume 13, numéro 3, 1989

Méthodologies et univers de recherche

URI : https://id.erudit.org/iderudit/015099ar
DOI : https://doi.org/10.7202/015099ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Département d'anthropologie de l'Université Laval

ISSN

0702-8997 (imprimé)
1703-7921 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Assier-Andrieu, L. (1989). La version anthropologique de l'ignorance du droit. *Anthropologie et Sociétés*, *13*(3), 119–132. https://doi.org/10.7202/015099ar

Résumé de l'article

La version anthropologique de l'ignorance du droit

Comment traiter du droit sans subir l'emprise des images qu'il produit de lui-même ? Cet article propose quelques pistes pour isoler, critiquer et tâcher de surmonter le paradoxe de cet incommode objet qui se présente à l'observateur à la fois comme norme et comme science. Le repérage des façons dont en sociologie, en philosophie ou en histoire du droit l'on put se résigner à une sorte de principe d'ignorance précède une démonstration par l'exemple du rôle légitimateur joué par l'anthropologie empirique, commise à l'illustration de catégories subies, sur lesquelles il est désormais dans l'agenda de la théorie sociale de retourner la perspective scientifique.

Tous droits réservés © Anthropologie et Sociétés, Université Laval, 1989

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

LA VERSION ANTHROPOLOGIQUE DE L'IGNORANCE DU DROIT

Louis Assier-Andrieu

Law seems a peculiarly fruitful subject of inquiry, for the effort to understand its significance takes us straight to the heart of each of the major unsolved puzzles of social theory.

R.M. Unger

On peut juger excessive l'ambition pionnière d'Unger de plonger, en 1976, dans l'inconnu ou dans l'implicite de la réflexion sur le social par le truchement d'une réflexion guidée par la question du droit. Elle possède néanmoins le mérite, à nos yeux toujours actuel, d'enraciner à rebours la problématique du juridique dans celle du tout social. En d'autres termes, elle récuse cette sorte de croyance préalable en l'irréductible spécificité de l'objet, cette forme moderne du jusnaturalisme, dont est volontiers assortie l'approche du droit par les sciences sociales.

Je voudrais ici, dans cet esprit, tâcher de convaincre qu'il y a dans l'étude du droit un enjeu qui excède l'enjeu traditionnel de l'investigation sociologique ou anthropologique. Par le maniement de cet objet-là, c'est la perspective même de l'observation qui se trouve remise en cause : le sujet de la connaissance est investi par le processus qu'il a amorcé au point de neutraliser les tentatives d'acquérir cette position de tierce partie, coutumièrement érigée comme l'horizon idéal des hypothèses formulées au nom de la théorie sociale. Pour mieux cerner le point de départ de ce propos, il suffit de noter que le droit fournit à la fois un système d'interprétation de l'organisation et de la reproduction de la société et le contenu proprement dit de cette organisation : le sens et la norme, l'idée et le programme. Cette conjonction, ou cette fusion irréductible du fait d'organisation et de sa gestion abstraite dans un même univers d'interprétation, constitue la matière primitive, le donné préalable soumis à l'examen de qui entend aborder la question juridique sans subordonner son regard au propos gouvernemental de la juridicité. On ne saurait mieux traduire cette exigence ou, si l'on préfère, cette convention première, qu'en reproduisant dans toute sa rigueur poétique cet implacable raisonnement par quoi Pierre Legendre ouvre son *Dossier occidental de la parenté* :

> Sous peine de mort — la mort du sujet humain —, l'espèce parlante impose sa loi, la loi de la parole qui se confond avec la loi de la différenciation. Le couperet

> généalogique, qui distingue les places et impose les filiations, est un couperet de paroles, en termes savants l'interdit de l'inceste, mais qui peut justifier ces paroles et, par elles, assujettir ? Aucun individu, l'instance seulement qui les prononce. Dès lors surgit le gouffre du pouvoir, des règles généalogiques et de leur principe de raison, que savent les dieux et leur substitut moderne, la théorie.
>
> Legendre 1988 : 9

Legendre invite en somme à mesurer la considérable portée et le parfait ethnocentrisme du fameux adage *ubi societas, ibi jus* : nous ne pensons la société qu'organisée et juridiquement organisée, aussi la tâche la plus essentielle qu'il nous soit donné d'accomplir sera-t-elle de parvenir à discerner la genèse et la logique de la série de montages théoriques et institutionnels constitutifs de la légalité aujourd'hui perceptible et qui, dans une mesure qui dessine un véritable objectif de recherche, conditionne notre propre lecture de l'ordre de la société. Il convient dès lors de prendre le contre-pied des positions habituellement tenues pour licites ou régulières : celles qui estiment que le champ du droit est susceptible d'un fondement épistémologique analogue aux autres divisions primordiales du champ social et qu'il est loisible d'en effectuer l'étude par les voies classiques de la confrontation incessante des faits et des hypothèses. Comment construire *en science* le statut d'un fait qui ne soit, si nous acceptons le propos de Legendre, déjà pensé *en droit* ? Le regard de l'observateur se doit d'englober plus qu'il ne lui fut usuellement livré par les visages empiriques du droit en actes (voir Assier-Andrieu 1989) ou par la seule science juridique du droit, noble dans la sophistication de ses architectures, serve par son dessein. Sans doute doit-il renouer avec le grand projet durkheimien, relayé par Mauss (1938) et par Louis Dumont (1977 et 1983), d'une histoire sociale des catégories qui servent à penser le social et accompagner son cheminement du scepticisme le plus propice à écarter les théories sociales juridiquement adéquates, dont la doctrine n'est pas avare.

Les quelques notations qui suivent voudraient emprunter la voie ainsi suggérée en abordant le statut de l'objectivité du droit dans un certain nombre des courants de la recherche sociale, en ce qu'il conforte, par le jeu d'un paradoxe, l'ignorance des ressorts théoriques par lesquels la culture juridique est susceptible d'assujettir la conception et l'organisation du réel social. La récurrence de ce « principe d'ignorance » parmi les positions revendiquant pour le droit le caractère d'un objet globalement intelligible répercute, dans la mouvance scientifique, une opacité finalement protectrice d'un ouvrage politique qu'Unger ou Legendre nous invitent à mettre à nu, et ce faisant à subvertir.

J'évoquerai rapidement quelques orientations empruntées à la sociologie, à la philosophie et à l'histoire du droit, avant d'exposer l'utilité éventuelle de ce détour pour un propos anthropologique.

L'ignorance statutaire

Un parcours des thèses en usage convaincra aisément le lecteur, nulle généralisation d'importance ne semble, quant à l'étude du droit en société, recueillir de véritable assentiment au-delà des contextes factuels et intellectuels

de son élaboration. Comme adossées à une sorte de fatalité, les différentes disciplines balisant l'étude du droit présentent des visions partielles et usuellement antagonistes d'un domaine ainsi privé de l'unité qui puisse l'instituer en objet de connaissance partagée. Sociologie, philosophie et histoire du droit consacrent, à des égards divers, un surprenant « principe d'ignorance » dont Joaquin Costa (1908) affirmait déjà au début de ce siècle qu'il fournissait le plus sûr des remparts à ce dont il était ainsi rendu licite de respecter l'intégrité et le mystère.

« Il est difficile pour un sociologue du droit, ont récemment écrit Commaille et Perrin, de reconnaître l'identité d'un savoir juridique sans s'installer — ou être placé — vis-à-vis de lui dans une position servile et dérisoire » (1985 : 97). Cette résignation, au moins provisoire, à l'inconnaissable était pour Tarde le fait des juristes, responsables de ce que la science du droit demeure « close en soi, stérile, casanière et routinière » (1894 : 1). Gurvitch imputait aussi volontiers au corps « des juristes » les maux de la science du droit, déplorant le dogmatisme qui les conduisait à prendre les techniques juridiques d'une période pour la logique du droit. Mais il dénonçait également le « métadroit théorique », cet idéalisme répandu chez les philosophes et les sociologues pourtant hostiles à la discipline de pensée répandue dans les facultés de droit (1935 : 13-18).

Gurvitch recourut à l'idée d'« expérience juridique » pour fonder l'unité de son objet d'étude et appeler sur lui les regards nécessairement complémentaires de la science exégétique du droit, de la sociologie et de la philosophie. En revanche, il laissa en dehors de ce projet d'accéder « à la plénitude de la réalité sociale du droit » l'ensemble des sociétés primitives ou archaïques « dont les systèmes de droit ne sont pas suffisamment différenciés des autres types de réglementations sociales » (1960 : 190, 198). L'« expérience juridique », comme objet scientifique, ne pouvait donc s'étendre aux sociétés où le droit aurait eu un visage différent de son apparence classique de système d'institutions. Par sa notion fondatrice, ce projet d'une science œcuménique et globale du droit s'imposait un étroit périmètre de reconnaissance et laissait dans la plus totale incertitude la question cruciale de ce qui différencie le droit « des autres types de régulations sociales ».

Au vrai, la sociologie du droit semble ne s'être encore fermement assurée ni de son objet ni de sa méthode : ni de « ce que peut être le droit » ni de la « scientificité » de cette sociologie qui en projette l'étude (Commaille et Perrin 1985, Friedman 1986, Van Houtte 1986). Elle choisit parfois, comme Donald Black, de traiter le droit sans méthode spéciale, comme un ensemble de faits observable au même titre que n'importe quel ordre de faits (1973 : 96). Mais, dans ce cas, il est toujours à craindre que la discrimination des faits estimés juridiques par rapport à d'autres qui ne le seraient pas, comme les références intellectuelles qui permettent de les analyser, ne soient empruntées sans critique à l'état de la pensée juridique en vigueur dans la société de l'observateur. L'empirisme ne délivre pas le sociologue de l'emprise des conceptions des juristes, il en facilite l'influence.

Dire, en se tournant résolument vers « les faits », qu'« aucun appareil intellectuel particulier n'est requis pour opérer l'étude sociologique du droit »

(Black, *ibid.*) manifeste en définitive que l'on prend le risque d'adopter en guise de cadre théorique les stéréotypes et les valeurs d'une idéologie juridique donnée. L'intention de scientificité peut se trouver mort-née lorsque le sociologue se place en situation d'épouser les présupposés d'un droit tel qu'il se présente dans sa forme historique. Du même mouvement, ces présupposés se dérobent très naturellement à toute entreprise d'investigation puisqu'ils sont véhiculés dans l'implicite et l'inexploré du discours du chercheur.

Peut-on parler d'une chose sans la définir, ou, mieux, en affirmant que sa définition n'est pas à l'ordre du jour ? Kojeve ironisait sur les silences, les circonlocutions ou les dénégations de responsabilité commis par les auteurs de manuels de droit positif dès lors qu'il s'agissait de dire ce que « droit » signifie (1981 : 9 et passim). Aussi fonda-t-il sa phénoménologie sur une délimitation rigoureuse du concept de droit d'où était cependant exclue, comme chez Gurvitch, la comparaison des sociétés et des cultures, soit l'hypothèse d'une diversité dans la conception même du droit. L'excès de définition suspend l'efficacité du concept pour désigner scientifiquement l'objet de qui souhaite connaître le droit. Dans l'optique positiviste, la part inconnue du droit est en revanche revendiquée comme principe de méthode.

La connaissance juridique, disait Kelsen, est orientée vers les normes positives qui confèrent aux circonstances leur caractère de légalité ou d'illégalité, et qui sont elles-mêmes nées d'actions légales (1934 : 480). La *légalité*, c'est-à-dire l'*effet* du droit, forme donc le cœur de l'attention intellectuelle mais sa *cause* demeure dans l'ombre car elle associe les circonstances aux normes valides et n'est pas liée en toute « pureté » au contenu spécifique des normes de droit (*idem* : 481). Par conséquent, poursuit l'un de ses continuateurs, « le droit est une pratique sociale qui n'a que peu besoin d'être doublée par une « science » qui lui dirait la vérité de ce qu'elle est [...] une théorie du droit n'a de sens et d'intérêt que si elle sert la pratique du droit » (Ewald 1986a : 40).

L'inconnu devient inconnaissable. Le droit positif, qui « est à lui-même sa propre condition d'objectivité » (*idem* : 41), accède à un statut ontologique dont le philosophe se donne pour mission de canaliser les développements sociaux en posant la question du « droit à la légalité » (Ewald 1986b : 142) à partir d'une référence morale : les droits de l'homme sont la limite du droit (1986a : 43). Le philosophe déclare hors de propos la question de savoir « à quelles conditions la philosophie du droit peut devenir une discipline scientifique » (*idem* : 40) et prend le parti de son impuissance théorique. Faute de connaître le droit, on en évalue les expressions les plus tangibles selon les préoccupations morales que l'esprit du temps oppose le plus volontiers à l'exercice du pouvoir d'État. Il ne s'agit pas d'éclaircir la place du droit en société mais de renouveler ses critères de légitimité.

La position historienne n'échappe pas, dans l'abord du droit, à la loi du paradoxe. L'un des aspects les plus attrayants de son mouvement fondateur, l'École allemande dite « du droit historique », qui innerva les sciences sociales fort avant dans le XIX^{e} siècle, fut d'avoir provoqué l'ouverture de démarches comparatives en partant d'un point de vue à l'origine pétri d'« esprit national ». Sorti de « l'esprit général qui anime tous les membres d'une nation » (Savigny

1839, I : 14), le droit était cru refléter « tout le développement social et politique d'un peuple », ses mœurs, ses besoins, son histoire (Klimrath 1843 : 93).

L'inconnu du droit est ici ce qui fait de lui la source et la conséquence de l'identité d'un peuple, ce qui l'assigne à la permanence tout en le chargeant de répercuter le mouvement historique : ce n'est plus un simple postulat sur lequel prennent appui diverses spéculations, mais un but à atteindre, le résultat attendu du processus de recherche. « Toute l'histoire du droit », pour l'un de ses éminents hérauts, c'est non seulement l'étude du droit des peuples « qui ont atteint successivement les plus hauts degrés de la civilisation » ou « du droit des races historiques », mais ce sont aussi les études ethnographiques — « si précieuses lorsqu'elles sont le résultat d'observations sûres et suffisamment multipliées » — qu'il faut encore compléter par les données de la statistique et... de toutes les autres sciences sociales « qui ont toujours une connexité plus ou moins étroite avec la science juridique » (Tanon 1900 : 24-25). Sur des prémisses empreintes d'un irrationalisme analogue à celui qui marqua les premières ethnologies romantiques, le premier projet d'histoire du droit situait son objet dans la complexité du social, liait sa méthode au comparatisme d'espace et de temps, puisait ses moyens d'analyse dans une sorte de marché commun des disciplines existantes, forcément confrontées à la question juridique.

L'histoire du droit a depuis fait taire ces hautes ambitions, « la volonté d'une approche générale du phénomène juridique comme une réalité historique s'effaçant devant le domaine érudit qui se voit reconnaître une place, mais une place limitée et marginale, dans les facultés de droit » (Motte 1984 : 222, n.3). L'institutionnalisation du projet intellectuel dans le cadre universitaire — l'agrégation d'histoire du droit date en France de 1880 (Poumarède 1980) — en aurait ainsi discipliné l'élan au point, à lire Motte, de le réduire à une neutre érudition au service d'un système qui se dérobe de ce fait aux regards critiques. L'inconnu du droit n'est alors plus pour l'histoire la « conscience collective » promue par l'École allemande, force obscure qui préside à sa création, à sa durée, à son identité, mais c'est la conscience de son unité organique. À son tour, par conséquent, l'historien du droit assume l'état du droit « dans sa positivité » : sommé de raisonner sur les segments visibles et reconnus de son pouvoir de réglementation et de jugement. Le système, l'idéologie de l'ordre juridique, décline les divisions d'une enquête à laquelle, par principe, il soustrait sa propre essence.

La conversion anthropologique

Comme il en est de multiples notions dans le patrimoine des théories sociales, la notion de droit abrite un sens théorique et un sens pratique. Cette coexistence recèle les ferments de maintes ambiguïtés épistémologiques dont l'effet, à notre sens, le plus important demeure de préserver le jeu de cette duplicité fondamentale. Le droit, ou « le juridique », dessine un système de sens qui présente une apparence coupée de ses conditions d'élaboration : il ne fait dès lors vraiment sens que par rapport à lui-même, il est sa propre référence. Ce paradoxe, comme on l'a suggéré, grève les efforts tendant à constituer le droit en objet de

recherche. La façon la plus élémentaire d'en accepter l'inique autorité n'est-elle pas d'admettre ce principe auto-justificateur et de tenir pour certain que le droit possède, a priori, le caractère d'un domaine social spécifique ?

Il convient d'éviter cet écueil et de rechercher une voie anthropologique d'accès à la question juridique, plus distanciée, plus objective, moins facilement soluble dans l'idéologie juridique elle-même. Je n'ai certes pas la prétention de livrer quelque recette méthodologique miraculeuse. En revanche, pour illustrer la duplicité du droit et tenter de convaincre que l'on peut y voir un caractère intrinsèque de la juridicité, je souhaite prendre appui sur un texte anthropologique construit sur le droit, le fameux *Handbook of Tswana Law and Custom* de Schapera (1938), afin de mesurer, ne serait-ce qu'à l'échelle d'un discours, l'ombre portée normative qu'insinue l'appréhension du douteux objet.

> Certain recognized or standardized patterns of behaviour, [...] of rules of conduct [...] together constitute what we conventionnally term the « laws and customs » of the people.
>
> Schapera 1938 : 35

En prémisse de sa présentation de la « nature et des sources du droit tswana », Isaac Schapera fait ainsi usage d'une conception intrinsèquement dualiste du champ juridique, lui-même pensé comme émanant de ou coïncidant avec les régularités conscientes ou inconscientes discernables parmi les comportements humains. Il invoque deux coupures : celle qui partage l'intérieur du domaine du droit entre lois et coutumes et celle qui distingue les « lois et coutumes » d'une part, et d'autre part le reste des « modèles de comportement reconnus et standardisés ». Cette dernière distinction reste aussi imprécise dans le cours de son propos qu'elle l'est dans son affirmation liminaire. L'anthropologue s'attache toutefois à dissocier la loi de la coutume, afin d'orienter selon cette bifurcation qualitative (à ses yeux indispensable) l'énumération du catalogue des règles, institutions, pratiques observées chez les Tswana ou recueillies auprès d'informateurs. Essayons de l'accompagner dans son raisonnement, de nous confronter à son maniement des catégories à l'épreuve des faits, d'assimiler sa procédure de saisie du « juridique tswana ». La tâche en sera facilitée car l'auteur, d'une inestimable rigueur, réfléchit au fil de la plume sur les voies de son cheminement, quand d'autres retiennent en eux par inconscience ou conformisme ces vérités qu'ils croient acquises et qui structurent leur propos.

Schapera progresse en soupesant pas à pas et en tâchant de surmonter les obstacles à l'entendement de l'objet recherché qu'élèvent sur son parcours les images héritées de sa tradition lettrée. Comment identifier les « règles » avant même d'en définir la nature légale ou coutumière, alors que, lorsqu'elles sont exprimées, c'est sous la forme incommode d'aphorismes et de proverbes occasionnellement énoncés ? Le constat d'absence d'un code de préceptes écrits et le caractère partiel et difficilement cernable des sentences orales — c'est-à-dire la recherche d'un cadre familier à l'observateur — orientent par défaut l'investigation vers la mise en œuvre de normes résolument tacites voire inconscientes, qui ne se révèlent qu'en ce qu'elles produisent et reproduisent des actions régulières. La grande majorité des règles de la vie juridique tswana, écrit-il, « est inhérente au système social du peuple » *(inherent to the social system of the*

people), ce sont des « usages établis », largement acceptés et plus ou moins obligatoires (p. 35). Ne trouvant pas le corps de règles légitimement attendu, Schapera en appelle ainsi au caractère général du concept qu'utilisent les Tswana pour nommer le principe d'ordonnancement de leur vie sociale : *mekgwa le melao*.

Mekgwa, rapporte l'anthropologue, signifie « manière, habitude, coutume » et *melao* désigne « la règle, le droit ou l'ordre venu du chef » (p. 35-36). Ces notions, affirme-t-il, ne sont pas distinguées par la pratique ordinaire du groupe, mais « lorsqu'on les presse d'effectuer la distinction, les Tswana diront parfois que l'on peut être puni par les cours tribales pour avoir enfreint un *melao*, mais pas pour un *mekgwa* » *(If pressed to distinguish them, the Tswana will sometimes say that one can be punished by the tribal courts for the breach of a* melao, *but not for the breach of a* mekgwa [*p. 36*]). C'est là, pour Schapera, un critère valable de discrimination du droit et de la coutume : les règles de comportement susceptibles de recevoir la sanction formelle des tribunaux indigènes peuvent être considérées comme les *lois des Tswana* (p. 37). Toutefois, étant donné qu'aucun corps préétabli de règles n'est à même de constituer une base de référence, l'identification de ces lois ne peut être que *pratique*, c'est-à-dire déduite a posteriori du déroulement des instances.

Ainsi l'anthropologue s'emprisonne-t-il dans une contradiction. Il allègue une différence de substance entre *mekgwa*, les coutumes, et *melao*, les lois, présente dans la sémantique indigène pourvu qu'on la recherche avec suffisamment d'esprit de suite, c'est-à-dire en faisant usage de catégories de perception déjà présentes dans la culture préalable de l'enquêteur. Mais pour être en mesure d'apprécier l'appartenance d'une règle au *mekgwa* ou au *melao*, il faut attendre l'occurrence judiciaire, la qualification a posteriori, seule capable de fixer la nature de la règle : seule les *lois* sont appliquées en justice, pas les *coutumes*. Par conséquent, toute recherche tendant à isoler dans l'abstrait un corps de règles légales — ce qui est l'hypothèse de base de Schapera — par opposition aux modèles coutumiers de comportement, insusceptibles de sanction judiciaire, repose sur la seule capacité de l'observateur d'accéder à la jurisprudence locale : « our knowledge is based upon current practice and upon remembered judicial decision » (p. 38). D'où cette étonnante conclusion, « we may regard as a law any rule of conduct *likely to be* enforced by the courts *if and when* it is brought before them » (*ibid.* ; je souligne), qui anéantit la portée analytique de la distinction invoquée : si le *droit tswana* est et n'est que le *case law* des cours tribales, à quoi sert-il de chercher à tout prix à considérer ces décisions comme l'*application de préceptes préalables*, eux-mêmes *théoriquement* identifiables comme appartenant au *melao* ? Schapera atteste en outre que « l'absence de codes écrits et de recueils de cas rend impossible d'isoler avec certitude les règles légales des autres règles de conduite » (p. 37). Et lorsqu'il tente de produire comme contre-exemple un type de règles spcéfiquement coutumières *(mekgwa)* qu'il n'est pas envisageable de traiter en justice, il évoque l'interdiction *toujours obéie* qui fait qu'un Tswana ne peut avoir de relations sexuelles avec une femme pendant la période menstruelle, interdiction dont la transgression entraînerait, *selon la croyance* le désordre biologique du fautif, une violente maladie.

Le règne de la coutume serait ainsi l'univers des règles qu'il n'est pas envisageable de ne pas observer et qu'il est impensable de voir sanctionner par un pouvoir humain, alors que le domaine de la loi serait celui des règles qui n'apparaissent comme telles qu'au sortir de l'exercice d'une autorité. D'un côté, le monde ordonné, de l'autre l'acte de juger : leur mise en parallèle, présentant le juridique tswana comme une dichotomie symétrique, ne semble assurément pas exempte d'arbitraire.

En brisant l'unité vernaculaire du *mekgwa le melao*, Schapera succombait aux tentations des rares observateurs du « droit tswana » l'ayant précédé. Chez Casalis (1859) comme dans les divers rapports de l'administration coloniale britannique sur le protectorat du Bechuanaland que l'anthropologue a pu utiliser, on affirme que les indigènes eux-mêmes distinguent *mekgwa* et *melao*, les « usages traditionnels » et les lois promulguées et appliquées en vertu du pouvoir du chef. L'anthropologie postérieure au *Handbook of Tswana Law and Custom* récuse cette dichotomie imposée. *Mekgwa le melao ya Setswana*, expliquent Comaroff et Roberts, est « le corps de normes que les Tswana perçoivent comme ordonnant leur vie quotidienne et fournissant les termes du discours en cas de litige » (1981 : 70). L'expression « corps de normes », évocatrice d'une quantité déterminée et d'un univers fini, est elle-même erronée puisque, selon ces mêmes auteurs, *mekgwa le melao* ne constitue pas une série cohérente et consistante mais un répertoire désordonné et indifférencié de normes dont l'ampleur, le contenu ou même la spécificité normative sont sujets à variations *(ibidem)*. Comment prétendre enclore et réduire à l'état de corpus une notion aussi floue et évolutive ? Comment affirmer par surcroît la division substantive de cette idée rétive à tout classement et dont l'unité admet l'incomplétude ?

Par l'honnêteté de son exposé de méthode, Schapera lève une partie du voile posé sur les sources de la distinction de fond qu'il pratique entre *mekgwa* et *melao*. Elle n'est pas vraiment *donnée* mais provoquée : *if pressed to differentiate them, the Tswana will sometimes...* La procédure suggestive du questionnement engendre inévitablement la réponse attendue. L'enquêteur reste toutefois insatisfait du dualisme obtenu. Il cherche à critériser plus avant ce qui peut l'être. Si le *mekgwa* est une coutume diffuse offrant peu de prise à la discipline du classement, le *melao*, règles édictées par une autorité en vertu de son pouvoir *(kgotla)*, offre une matière immédiatement accessible : l'application de la règle signale aussitôt son existence et son contenu, et autorise la confection d'un corpus qui, s'il n'est pas présent dans la conscience ou la mémoire des locuteurs, peut être néanmoins reconstitué par l'observateur. Or si l'on en croit les anthropologues qui ont enquêté sur les mêmes questions après Schapera, les institutions indigènes de règlement des conflits n'ont jamais fonctionné en accordant explicitement ou implicitement un quelconque crédit à la distinction *mekgwa/ melao* (voir Comaroff et Roberts 1981 : 70 et passim). La question n'aurait donc jamais revêtu de véritable signification, pas plus pour refléter une taxinomie indigène du juridique que pour restituer une jurisprudence autochtone. On ne trouve donc guère en scrutant « le droit et les coutumes tswana » que les interrogations tâtonnantes d'un anthropologue confronté à une réalité qui se dérobe aux compartiments par lesquels il s'efforce de la comprendre, de la réduire et de la traduire.

Doublant cette césure substantive d'une coupure temporelle, Schapera met en scène l'instant colonial et, partant, éclaire le sens de son initiative. Si les « lois tswana » sont les règles appliquées ou applicables devant les cours tribales, doit-on en discriminer le contenu d'après l'époque de leur formation, accepter les normes antérieures au contact, rejeter les préceptes issus de la colonisation ?

> Is Tswana law to be taken as that which existed before the Europeans, or are changes dues to European official, economic and religious influences to be accepted as integral parts of this law ? (p. 44)

L'alternative met en lumière la totale imbrication du choix épistémologique et de l'utilité pratique. En postulant une différence de contenu du droit tswana *avant* et *après* le contact européen, Schapera révèle qu'il perçoit l'influence de ce dernier sans pour autant réévaluer la portée de sa localisation du juridique tswana dans le *mekgwa le melao*. L'on pourrait relever une contradiction entre ce parti pris initial pour une *référence vernaculaire* et cette nouvelle interrogation sur l'opportunité d'intégrer dans le droit tswana les transformations du vernaculaire occasionnées par l'apport occidental. Or Schapera la supporte sans peine et endosse par surcroît l'habit d'administrateur colonial pour justifier un positivisme qui eût pu ou eût dû lui éviter d'en appeler à l'autochtonie du droit tswana.

> The Administration's primary concern is not with the tribal cultures of the past, but with the tribes in their present condition. It has to administer and to control the Tswana as it finds them to-day not as they may have been before the establishment of the Protectorate. Tswana law must accordingly be taken to embrace all rules of conduct, whatever their source, which are recognized by the tribes at the present time, and which can, if necessary, be enforced by the tribal courts. (p. 45)

The Administration's primary concern sert là explicitement de guide pour l'interprétation ethnologique. Plus tard Fallers (1969) ou Snyder (1981) théoriseront sur la spécificité de ce droit du contact comme de celle d'un « droit coutumier » ou, dirions-nous, d'un droit « autochtono-colonial », sorte d'osmose entre éléments traditionnels et éléments importés. Dans le même temps qu'il tient l'opposition entre droit précolonial et droit postcolonial pour envisageable et même pour légitime, Schapera s'appuie sur les besoins pratiques de l'administration britannique pour circonscrire le domaine de son observation, et donc assujettir sa compétence aux desseins d'une justice coloniale.

La conjoncture de l'initiative anthropologique éclaire substantiellement les mouvements oscillatoires du raisonnement de l'anthropologue : tantôt soucieux de respecter l'intégrité du legs indigène et allant jusqu'à signaler l'inadéquation de l'appareil conceptuel qu'il emploie pour le comprendre, tantôt serviteur zélé d'un programme administratif distant de toute ambition scientifique. Par ses hésitations et ses contradictions, Schapera donne à lire certaines des ambiguïtés générales de l'anthropologie face à la « découverte » des droits indigènes. Selon la doctrine impériale de l'*indirect rule*, il convenait de conforter ou de créer des institutions judiciaires indigènes chargées de développer un droit de couleur coutumière mais adapté aux structures de la colonisation (cf. Chanock 1985 : 25 et passim). Aussi Sir Charles F. Rey, « Resident Commissioner of the Bechuanaland Protectorate », pouvait-il se féliciter d'avoir trouvé en la personne du docteur Schapera

un efficace répondant à sa demande de recherche sur la « Native Customary Law » (Rey, préface à Schapera 1938 : vii-viii). Les motifs de l'administrateur commanditaire de l'ouvrage anthropologique sont quant à eux dépourvus d'ambiguïtés. Les changements sociaux rapides qui affectent le Bechuanaland, comme la plupart des colonies de l'Empire, en ces premières décennies du XX^{e} siècle, obscurcissent les « lois et coutumes anciennes » : « [...] hereby rendering more difficult the task of the Chiefs through whom it is the aim of the Administration to govern » *(ibidem)*. Le projet politique de l'administration coloniale nécessite une « Native Customary Law ». Lorsque Sir Rey la recherche auprès des élites indigènes, il recueille des aveux d'ignorance qui corroborent l'urgence d'une recollection systématique. « Il y a des jeunes chefs qui ne savent pas les lois », lui dit-on dans les réunions du Native Advisory Council : « It will be a great help if such a book could be made. Most of us, although we are Bechuana, do not know our laws and customs » (*idem* : VIII). L'explorateur de ce juridique caché, inconscient, oublié ou dispersé dans quelques mémoires sera donc le docteur Schapera, de l'Université de Cape Town.

Dans la logique de l'*indirect rule*, le pouvoir colonial a besoin d'une élite indigène, gestionnaire d'une justice ethnique dans des cours tribales dont on ne sait si elles étaient là avant le contact ou si elles tirent de l'administration britannique leur visage formel, leur aspect de système — Schapera reste flou sur ce point (cf. son chapitre XVI : 279 et passim). Qu'elle le crée ou qu'elle le conforte, l'administration utilise un réseau de chefs complaisants à travers qui elle entend gouverner. Elle les dote d'une sphère de compétences étroitement balisée mais, au nom de la légalité de l'Empire, elle doit donner un nom à la légalité de cette autonomie octroyée. S'il y a des tribunaux indigènes, il faut qu'il y ait un droit indigène. Si les chefs conviés à en exprimer le contenu n'arrivent qu'à proclamer une ignorance qu'ils attribuent, du moins selon la plume de Sir Charles, aux « effets de la modernisation », alors l'autorité tutélaire aura le devoir de provoquer la restitution de ce patrimoine culturel particulier, ébranlé par le mouvement historique, mais néanmoins indispensable, aux yeux du colonisateur, à l'exercice et à la crédibilité de la fonction politique qu'il doit assumer. S'agit-il de cautionner véritablement une législation alternative, de promouvoir la culture juridique indigène en lui conférant la plénitude des attributions du droit ? Ou bien la recherche d'un juridique autochtone n'est-elle que la conséquence automatique, le complément logique et quelque peu accessoire du rôle politique confié à cette élite locale qui consiste pour l'essentiel à relayer et à disculper l'action de l'administration coloniale ?

Mis en face de l'œuvre accomplie par Schapera, l'administrateur en précise le statut et par contrecoup celui des « lois et coutumes indigènes » qu'il était question de recueillir. « Cette compilation, écrit-il, n'est en aucune manière destinée à être utilisée comme un code juridique » (*idem* : VIII), car il y figure des coutumes en elles-mêmes indésirables et d'autres que l'évolution des temps a rendues inapplicables. Le commanditaire fixe lui-même après coup les bornes du domaine exploré. Nous avions pu supposer que les limites en étaient indépendantes de son appréciation, puisqu'il réclamait précisément leur divulgation. Il dispose pourtant d'un argument tout naturel : si l'on a dû exhumer et rationaliser, rendre cohérents les éléments d'un droit indigène, ce n'est pas pour faire œuvre

scientifique (l'on doit pouvoir trier les bonnes coutumes des mauvaises) ni même pour faire œuvre législative (il serait excessif que les populations concernées envisagent de s'en prévaloir), mais pour simplifier le travail gouvernemental. Le livre de Schapera est pour Rey « un guide élaboré pour les officiers lorsqu'ils doivent traiter d'administration tribale » (*a guide intended to officers when dealing with tribal administration* [*p. viii*]). C'est un manuel d'instruction coloniale, pas une règle de droit capable de lier l'administrateur au même titre que l'administré.

Le juridique des Tswana ne s'impose pas au contactant comme une incontournable réalité, un mode d'organisation des relations avec lequel la puissance coloniale ne pourrait faire autrement que de transiger au risque de rendre son autorité improbable. À peine nommé, il se présente comme un mélange, comme une référence composite. Le concept tswana qui s'apparente le plus, par analogie, à l'idée du droit véhiculée par l'Occident définit un habitacle trop vaste pour que la règle juridique y puisse prendre forme de manière opératoire. Elle y rentre donc par forçage, traduction et conversion : par l'analyse, l'anthropologue déconstruit et remodèle le concept unitaire, rendu intelligible et classable dans une nomenclature des règles de droit éminemment fonctionnelle et dont la hiérarchie interne remet, *in fine*, la part juridique de la société tswana ainsi « reconnue » entre les mains discrétionnaires du pouvoir colonial. Le modèle peut, si on lui accorde la vertu de l'exemple, être étendu à d'autres sociétés autochtones appréhendées juridiquement par l'Occident — elles le sont aujourd'hui toutes (Barkun 1968) —, ou même aux portions de sociétés occidentales que la rationalité juridique a investies de façon progressive, telles les couches paysannes ou la classe ouvrière (Assier-Andrieu 1986, Edelman 1978). Processus d'intelligence du social en même temps que levier d'action sur les rapports sociaux, le droit, dans son inavouable relativité, réclame le relais de l'expertise scientifique pour saisir ce qui, étrange ou nouveau, échappe à la compétence de ses principes préétablis. Sa doctrine est habile à l'ouvrage, jusque dans l'élaboration anthropologique dont elle dicte la syntaxe et gouverne l'ambivalent lexique.

Dès qu'il s'agit de droit, les faits se distinguent malaisément des spéculations en vertu desquelles ils sont *classés comme faits juridiques*. Il serait donc vain de chercher à éprouver les limites du droit en se demandant si le juridique décrit ici ou là comme une coutume, une tradition orale ou un mode de jugement correspond bien « en réalité » à ce qu'en ont dit les théories. Le postulat en cause ne sera nullement inquiété par le témoignage de « faits » qui n'existent que par lui. Restent en revanche les discours, les thèses, les conceptions invoquées ou sous-entendues qui constituent en tant que telles une réalité palpable, offerte à l'étude extérieure. Sans doute est-ce là le matériau privilégié sur lequel pourrait s'exercer une anthropologie soucieuse de retourner sur la catégorie immanente du droit un regard que ce que Savigny nommait la « doctrine des légistes » n'a jamais paru désirer employer qu'au titre d'information subordonnée.

Références

ASSIER-ANDRIEU L.
1986 « Coutume savante et droit rustique. Sur la légalité paysanne », *Études Rurales*, 103-104 : 105-137.
1987 « Le juridique des anthropologues », *Droit et Société*, 5 : 89-108.
1989 « L'anthropologie et la modernité du droit », *Anthropologie et Sociétés*, 13, 1 : 21-33.

BARKUN M.
1968 *Law Without Sanctions. Order in Primitive Societies and the World Community*. New Haven : Yale University Press.

BLACK D.
1973 « The boundaries of legal society » : 41-57, in D. Black et M. Mileski (éd.), *The Social Organization of Law*. New York : Seminar Press.

CASALIS J.E.
1859 *Les Bassoutos*, Paris : Meyrueis.

CHANOCK M.
1985 *Law, Custom and Social Order. The Colonial Experience in Malawi and Zambia*. Cambridge : Cambridge University Press.

COMAROFF J.L. et S. Roberts
1981 *Rules and Processes. The Cultural Logic of Disputes in an African Context*. Chicago : Chicago University Press.

COMMAILLE J. et J.-F. Perrin
1985 « Le modèle de Janus de la sociologie du droit », *Droit et Société*, 1 : 95-112.

COSTA J.
1908 *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el estatuto individual, el referendum, y la costumbre*. Barcelona : Soler.

DUMONT L.
1977 *Homo Aequalis. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*. Paris : Gallimard.
1983 *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*. Paris : Éditions du Seuil.

EDELMAN B.
1978 *La légalisation de la classe ouvrière*. Paris : Christian Bourgois.

EWALD F.
1968a *L'État providence*. Paris : Grasset.
1986b « Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit », *Droits*, 3 : 137-142.

FALLERS L.A.
1969 *Law Without Precedent*. Chicago : Chicago University Press.

FRIEDMAN L.M.
1986 « La sociologie du droit est-elle vraiment une science ? », *Droit et Société*, 2 : 91-100.

GURVITCH G.
1935 *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*. Paris : Pédone.
1960 « Problèmes de la sociologie du droit » : 173-206, in G. Gurvitch (dir.), *Traité de sociologie*. Paris : Presses Universitaires de France.

KELSEN H.
1934 « The Pure Theory of Law. Its Methods and Fundamental Concepts », *The Law Quarterly Review*, L, CC : 474-498.
1935 « The Pure Theory of Law. Part II », *The Law Quarterly Review*, LI, CCIII : 517-535.

KLIMRATH H.
1843 *Programme d'une histoire du droit français*. Strasbourg : Hingray (1re édition 1835).

KOJEVE A.
1981 *Esquisse d'une phénoménologie du droit*. Paris : Gallimard.

LEGENDRE P.
1988 *Le dossier occidental de la parenté. Textes juridiques indésirables sur la généalogie. Leçons IV, suite*. Paris : Fayard.

MAUSS M.
1938 « Une catégorie de l'esprit humain : la notion de personne, celle de « moi » : 333-362, in *Sociologie et anthropologie*. Paris : Presses Universitaires de France (rééd. 1983).

MOTTE O.
1984 « Sur la genèse allemande d'un nouveau paradigme de l'histoire du droit », *Revista de Estudios Historico-Juridicos*, IX : 221-302.

POUMARÈDE J.
1980 « Pavane pour une histoire du droit défunte », *Procès*, 6 : 91-102.

SAVIGNY F.C. (von)
1839 *Histoire du droit romain au Moyen Âge*. Paris : Hingray.

SCHAPERA I.
1938 *A Handbook of Tswana Law and Custom*. London : Oxford University Press.

SNYDER F.G.
1981 *Capitalism and Legal Change. An African Transformation*. New York : Academic Press.

TANON L.
1900 *L'évolution du droit et la conscience sociale*. Paris : Alcan.

TARDE G.
1894 *Les transformations du droit*. Paris : Alcan.

UNGER R.M.
1976 *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*. New York : Free Press.

VAN HOUTTE J.
1986 « La sociologie du droit ou les limites d'une science », *Droit et Société*, 3 : 171-186.

RÉSUMÉ/ABSTRACT

La version anthropologique de l'ignorance du droit

Comment traiter du droit sans subir l'emprise des images qu'il produit de lui-même ? Cet article propose quelques pistes pour isoler, critiquer et tâcher de surmonter le paradoxe de cet incommode objet qui se présente à l'observateur à la fois comme norme et comme science. Le repérage des façons dont en sociologie, en philosophie ou en histoire du droit l'on put se résigner à une sorte de principe d'ignorance précède une démonstration par l'exemple du rôle légitimateur joué par l'anthropologie empirique, commise à l'illustration de catégories subies, sur lesquelles il est désormais dans l'agenda de la théorie sociale de retourner la perspective scientifique.

The Anthropological Way of Legal Ignorance

How can we deal about law without being submitted to its own images ? This article suggests some ways of isolating, criticizing and perhaps of overcoming law's twofold normative and scientific structure. The resignation of certain sociological, philosophical and historical theories of law to accept a principe of ignorance introduces and analysis of the ability of empirical anthropology to legitimize through field research taken for granted legal categories, while it is the responsability of social theory to deconstruct them.

Louis Assier-Andrieu
Groupement scientifique
ISARD 410082
Université de Toulouse-Le Mirail
5, allées Antonio-Machado
31058 Toulouse Cedex
France