



La nature plurale du droit

Baudouin Dupret

► To cite this version:

Baudouin Dupret. La nature plurale du droit. Cahiers d'anthropologie du droit, 2003, pp.81-94.
hal-02160932

HAL Id: hal-02160932

<https://hal.science/hal-02160932>

Submitted on 24 Oct 2019

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

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

sociologique et anthropologique de la pluralité en droit.

LA NATURE PLURALE DU DROIT

Baudouin Dupret

Introduction

Le pluralisme juridique est devenu un thème majeur de l'étude sociologique et anthropologique du droit. Cette dénomination fort générale recouvre toutefois des perspectives fort différentes, qui n'ont en commun que l'idée sommaire que le droit est plus que le droit positif et étatique.

Dans cette contribution, je ne reviendrai pas sur les différentes composantes de la nébuleuse du pluralisme juridique. Les articles ne manquent pas qui en dressent le tableau, de l'influence première de Mauss et des travaux de Ehrlich, Malinowski, Pospisil et Gurvitch, sans oublier l'école néerlandaise de l'Adat, jusqu'aux perspectives plus récentes, qu'il s'agisse de la théorie radicale de Griffiths, des contributions de Vanderlinden, Belley ou Arnaud, de l'école de la polycentricité du droit, de l'approche systémique de Teubner ou encore de la théorie culturaliste de Chiba. Renvoyant à ces différents articles (cf., entre autres, Merry, 1988, et Woodman, 1998), j'aborderai directement les trois critiques majeures que j'adresse au pluralisme juridique pour ensuite tenter, sur cette base, de dessiner les pistes d'une « respécification » réaliste et praxéologique de la question, seule à même, de mon point de vue, de remettre sur les rails l'étude

I – TROIS CRITIQUES DES APPROCHES PLURALISTES DU DROIT

Selon Sally Engle Merry, le concept de « champ social partiellement autonome » forgé par Sally Falk Moore (1978) serait devenu aujourd'hui « la conception la plus durable, généralisable et utilisée de l'ordre juridique plural » (Merry, 1988 : 878). Pareil constat traduit avant tout la faiblesse des critiques adressées au concept lui-même et aux propositions qui lui sont associées. Il est devenu à présent nécessaire, en théorie, sociologie et anthropologie du droit, de lui payer tribut. Pourtant, on pourrait au moins faire le constat que, « dès lors qu'il existe plusieurs versions concurrentes sur ce qu'il convient d'entendre par 'droit', l'affirmation que le droit existe de manière plurale nous fait aboutir à une pluralité de pluralismes juridiques » (Tamanaha, 2000 : 297). En conséquence, il faudrait commencer par reconnaître que les critiques qui peuvent être formulées à l'encontre du pluralisme juridique doivent elles aussi être multiples, variant d'une version à l'autre de celui-ci. Dans cette première section de l'article, je formulerai trois critiques fondamentales tournant autour du problème définitionnel, de la conception fonctionnaliste du droit et de la perspective culturaliste, holistique et essentialiste qui sous-tend 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'Etat se présente comme le seul faiseur de droit, le pluralisme juridique souligne l'existence d'une multitude de champs partiellement

autonomes et auto-régulateurs, 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 – 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 » (Tamanaha, 1993 : 193). Comme le dit Merry, « appeler du nom de droit toutes les formes de régulation qui ne sont pas du droit étatique obscurcit l'analyse » (Merry, 1988 : 878). Le problème vient de ce qu'on confond concepts descriptifs et non descriptifs. Le droit 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 » (Tamanaha, 1993 : 208). Contrairement à ce que j'ai affirmé dans un article précédent (Dupret, 1999), cette critique est parfaitement fondée, bien que la ligne de partage de courre 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 réfèrent (cf. *infra*). 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 auto-affirmation 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 (« le pluralisme ») non descriptive (« juridique »)¹. C'est non descriptif, en ce sens que l'on fait usage d'un vocabulaire juridique pour décrire la normativité générale et ses usages pour 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 du droit sans une autorité ayant le droit de dire ce qu'est le droit et la capacité de l'interpréter comme étant du droit, avec pour

¹ C'est pourquoi j'avais proposé de substituer la notion de « pluralité normative » à celle de pluralisme juridique (Dupret, 1999).

conséquence que tout militantisme contre le droit étatique reviendrait nécessairement à promouvoir un militantisme en faveur d'une autre autorité de même type.

B - 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 droit (Tamanaha, 1997 : 106). Ces auteurs partagent fondamentalement l'idée que : (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 ordres normatifs du pluralisme juridique produisent toujours des attentes normatives [...] Ils peuvent également remplir des fonctions multiples » (Teubner, 1992).

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 en sorte de pomper le sang ; d'un autre côté, les cœurs artificiels ont effectivement pour fonction de pomper le sang. « 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 » (Searle, 1995 : 19). 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 agence intentionnelle.

Il reste que certains partisans du pluralisme juridique considèrent le droit comme précisément le produit de pareille agence 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 » (Teubner, 1992 : 15). 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 de manière à 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 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)². Subsiste alors la question suivante : comment le droit a-t-il été intentionnellement créé en sorte 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 agence intentionnelle demeure nécessaire pour la conduite d'une analyse fonctionnelle.

C – 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. A 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 soi-disant 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. 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 où fait partie d'une manière distincte d'imaginer le réel » (Geertz, 1983 : 184). 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 » (Merry, 1988 : 886). Geertz donne l'exemple du mot arabe *haqq*, qui est supposé provenir d'un monde moral spécifique et renvoyer à une sensibilité juridique distincte (Geertz, 1983 : 185). Ce mot véhiculerait avec lui toutes les significations spécifiques 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 » (*ibid.* : 226). En ce sens, le pluralisme ne serait que la juxtaposition de plusieurs histoires culturelles et juridiques.

² Pour un résumé excellent et concis, cf. Kilian Bälz, 1995.

Le culturalisme conçoit cependant le droit en termes fondamentalement holistes, c'est-à-dire en tant que l'une des multiples réverbérations d'un principe explicatif plus large : la culture³. Cette unité culturelle n'est toutefois pas déduite de l'observation empirique, mais elle est postulée dès l'origine. C'est comme cela 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 islam (Rosen, 1989). 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 domaines – de la famille, de l'histoire et de la cosmologie – où on ne s'attendrait pas vraiment à les voir opérer » (Rosen, 1989 : 11). 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 que superficiellement 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 et que la culture 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.

IV - RESPÉCIFICATIONS

Dans cette section, je m'intéresse à certaines perspectives pouvant contribuer à respécifier la question de la nature plurale du droit. Il y a quelques années, j'ai soutenu l'idée qu'il fallait renoncer à l'utilisation des mots « droit » et « juridique » dans un but analytique. A la question des frontières sociologiques de la juridicité, j'ai répondu alors que la question est dépourvue de pertinence juridique (Dupret, 1999 : 30). Aujourd'hui, avec un peu de recul, j'aurais 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 - 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 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

³ 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 ». 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 » (Rosen, 1999 : 90).

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, je suggère 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 multi-fonctionnelles » (Tamanaha, 1997 : 128). 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 » (Tamanaha, 2000 : 314). 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 » (*ibid.* : 315). Tamanaha soutient que, alors que le pluralisme juridique affirme que le mot « droit » s'applique aux différentes manifestations d'un phénomène à la base identique, sa propre approche considère que le même label « droit » s'applique à de nombreux phénomènes différents.

Tamanaha affirme que son approche présente plusieurs avantages. Outre le fait que, d'abord, elle résout la capacité de distinguer les normes juridiques des normes sociales, elle fournit de plus des critères utilisables pour distinguer un système fondé sur la règle juridique et des situations de

pluralisme normatif. Il suggère également que toutes ces formes de droit reconnu comme tel dans un espace social particulier « soient étudiées dans leurs manifestations spécifiques et dans leurs relations avec les autres types de droit coexistant dans cet espace social, ainsi que comparées à des catégories générales de droit ou aux manifestations du droit dans d'autres espaces sociaux » (*ibid.* : 318). 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 connectées à l'Etat. Ce faisant, cette approche réussirait à fournir, selon Tamanaha, ce que précisément le pluralisme juridique n'a pu faire : une théorie descriptive et non idéologique de la nature plurale du droit. « Un mérite, en effet, 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 pareil 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 » (*ibid.* : 318-9). En somme, faire de la recherche en matière de pluralisme juridique revient, dans la perspective de Tamanaha, à regarder les situations où il y a une pluralité de types de droit, le droit étant entendu comme ce à quoi les gens réfèrent comme étant du droit.

B - Praxéologie

Je voudrais démontrer, à ce dernier stade, 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 *behaviorism* et d'interprétativisme, une combinaison supposée surmonter certains des écueils classiques de la socio-anthropologie du droit et permettre d'aboutir à sa théorie sociojuridique réaliste. Pourtant, comme on l'a 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 choses, 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, je suggère toutefois 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 desquelles la vie sociale peut être comprise et décrite quand elle est vue de l'intérieur par les membres » devrait se substituer à l'élaboration théorique d'« un mode spécifique de compréhension de la société, un cadre théorique à l'intérieur duquel une conception substantielle de la société doit être construite » (Sharrock et Watson, 1988 : 59). 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 préexistant auquel les gens se conforment, la tâche des *social*

scientists étant alors de découvrir le mot-clé épitomisant cet ordre culturel, 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 (inter)agissent. Bien au contraire, une approche praxéologique requiert l'utilisation des « critères dont disposent les participants pour déterminer les caractéristiques marquantes des épisodes interactionnels » (Maynard, 1984 : 19), 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 » (*ibid.*). 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 sociales, les cultures locales, les schèmes de comportement, etc. – la respécification praxéologique que je suggère, dans la ligne de l'ethnométhodologie, considère « 'le problème de l'ordre social' comme totalement interne à ces lieux » (Sharrock et Button, 1991 : 141). Cela signifie également que ce n'est pas tant la question du « pourquoi » – qui est à la base de l'interprétativisme – sur laquelle doit porter l'attention de la sociologie du droit que les questions du « quoi » et du « comment » – « qu'est-ce qui est impliqué dans le fait de faire ceci ou cela ? », « comment X s'y prend-t-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 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'Etat (Tamanaha, 1993 : 212) ou quand il impute à certains systèmes juridiques une qualité spécifique (par exemple, la « théocratie iranienne » (Tamanaha, 2000 : 318), substitue-t-il son point de vue académique 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 ce même label de droit pour référer à des phénomènes souvent très différents. Autrement dit, alors que Tamanaha critique justement le pluralisme juridique pour sa « sur-inclusivité », 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 du droit (Tamanaha, 2000 : 315), 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 référer à différents phénomènes ; ils utilisent spécifiquement un mot pour renvoyer à un phénomène spécifique à la production et à l'intelligibilité duquel ils participent, vers la production et l'intelligibilité duquel ils s'orientent dans le contexte local et ponctuel de leurs interactions. 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 laquelle 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 (Wittgenstein, 1961 ; Coulter ; 1989). Ceci va à l'encontre de la notion interprétativiste de 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 spécifique ne s'orientent vers elle 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 par entière quand il ressort des pratiques des gens qu'ils s'orientent vers une situation de droits multiples qui coexistent, convergent ou sont en conflit.

En fin de compte, je prétends que les questions touchant aux phénomènes juridiques que l'approche réaliste soulève (Tamanaha, 2000, particulièrement la dernière section sur le « contournement de l'impasse ») 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 ou à quelque chose d'identifier 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 autre question porte sur le nombre de personnes qui doivent considérer un phénomène comme du droit pour que ce phénomène puisse être qualifié comme tel. La réponse réaliste : « 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 » (Tamanaha, 2000 : 319). 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 de mise en cause). Une troisième question touche au 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 *social scientists* de décider, par le truchement de concepts, s'il y a trop ou trop peu 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 l'autorité 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 véritables personnes dans de véritables contextes s'orientent vers la production d'un phénomène qu'elles appellent droit.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- BÄLZ K., 1995, « Shari'a and Qanun in Egyptian Law: A Systems Theory Approach to Legal Pluralism », *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 2, 37-53.
- COULTER J., 1989, *Mind in Action*, Atlantic Highlands, NJ, Humanities Press International.
- DUPRET B., 1999, « Legal Pluralism, Normative Plurality, and the Arab World », in B. Dupret, M. Berger, L. al-Zwaini (éds), *Legal Pluralism in the Arab World*, The Hague, Kluwer Law International.
- GEERTZ C., 1983, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books.
- GRIFFITHS J., « What Is Legal Pluralism », *Journal of Legal Pluralism*, 24, 1-55.
- MAYNARD D.W., 1984, *Inside Plea Bargaining: The Language of Negotiation*, New York, Plenum Press.
- MERRY S.E., 1988, « Legal Pluralism », *Law & Society Review*, 22/5, 869-901.
- ROSEN L., 1989, *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ROSEN L., 1999, « Legal Pluralism and Cultural Unity in Morocco », in B. Dupret, M. Berger, L. al-Zwaini (éds), *Legal Pluralism in the Arab World*, The Hague, Kluwer Law International.
- SEARLE J.R., 1995, *The Construction of Social Reality*, London, Penguin Books.
- SHARROCK W. ET G. BUTTON, « The social actor: social action in real time », in G. Button (éd.), *Ethnomethodology and the Human Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- SHARROCK W. ET R. WATSON, 1988, « Autonomy among social theories. The incarnation of social structures », in G. Fielding (éd.), *Actions and Structures*, London, Sage Publications.
- TAMANAH B., 1997, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and A Social Theory Of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- TAMANAH B.Z., 1993, « The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, 20(2), 192-217.
- TAMANAH B.Z., 2000, « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, 27(2), 296-321.
- TEUBNER G., 1992, « The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism », *Cardozo Law Review*, 13, 1443-62.
- WITTGENSTEIN L., 1961, *Tractatus logico-philosophicus, suivi de Investigations philosophiques*, Paris, Gallimard (trad. P. Klossowski).
- WOODMAN G., 1998, « Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate About Legal Pluralism », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 42.