

Qu'est-ce que l'anthropologie du droit?

Comment une juriste, qui n'est pas anthropologue, peut-elle répondre à cette question que posent les *Cahiers d'Anthropologie du Droit* et la *Revue Droit et Cultures* ? Méconnaissance de la discipline, extériorité au champ, incompetence pure et simple : chacune de ces raisons m'aurait suffi pour refuser, et c'est en prévenant à l'avance de l'inconvenance de mes propos que j'ai accepté cet exercice, qui revient de droit aux anthropologues. Je reporte donc toute la responsabilité du texte irrévérencieux qui va suivre sur les épaules des organisateurs de ce recueil.

L'anthropologie a en effet d'abord été pour moi synonyme de... lectures de vacances. Eh oui ! Inintéressée depuis toujours par les romans (ce dont je ne me fais pourtant pas une gloire), j'ai passé les premiers étés de ma vie universitaire à lire de l'anthropologie. À une époque où les autres apportaient dans leurs bagages *Bonjour Tristesse* ou *Portnoy's Complex*, je lisais, sur les plages de Cape Cod : Llewellyn, Griffith, Lévi-Strauss, Mead, lectures paresseuses dont les taches d'écran solaire sur les ouvrages de ces auteurs dans les rayons de ma bibliothèque témoignent aujourd'hui encore. Dans cette « sociologie plus colorée », je trouvais la trace d'hommes (et quelquefois de femmes) dans leur nature profonde, dans leurs cultures variées, et je cherchais à comprendre — comme plusieurs d'entre vous sûrement, et jusqu'à présent sans plus de succès — d'où nous venions et où nous allions. Le droit dont il était question indirectement dans ces pages m'intéressait au même titre que l'art aztèque que j'avais vu au Mexique quelques années auparavant : un droit *autre*, coutumier, folklorique même, sans rapport avec le « vrai » droit que nous analysions à partir du positivisme où nous baignions à l'époque. L'anthropologie m'emportait dans un ailleurs différent, merveilleux, étrange : les vacances, quoi.

Ce n'est que plusieurs années plus tard que je devais faire la connaissance d'un premier anthropologue en chair et en os, Michaël Asch, d'ailleurs de façon tout à fait fortuite. Invitée à un colloque de constitutionnalistes au *Center for Constitutional Studies* de l'Université d'Edmonton, je l'y avais

entendu parler de la place des Autochtones au Canada et des questions constitutionnelles que cela soulevait. J'avais été conquise par son approche et par ses questionnements, au point de le souligner dans ma communication (qui suivait la sienne), et c'est à partir de ce moment que je me suis intéressée aux « droits ancestraux et issus de traités » des Autochtones, qui venaient d'être reconnus par la constitution canadienne en 1982.

C'est dans ce contexte — coïncidant par ailleurs avec un intérêt, alors naissant et dont il serait trop long d'expliquer ici la source, pour la théorie du droit et plus particulièrement le constructivisme et le pluralisme — que j'ai alors orienté mes recherches sur la conception que se faisaient de ces droits ancestraux les Mohawks de Kahnawake.

Alain Bissonnette, qui participait à ce projet, a alors attiré mon attention sur les oeuvres des membres du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris 1 : Alliot, Verdier, et surtout Le Roy, dont l'apport théorique, pourtant élaboré dans le contexte africain, allait s'avérer tout aussi pertinent pour expliquer les effets du colonialisme britannique en Amérique du Nord sur le droit traditionnel mohawk, devenu successivement *coutumier*, puis *local*, avant de renaître sous nos yeux comme *droit populaire*.

Parallèlement, les écrits de Rouland et de Vanderlinden alimentaient les discussions serrées que se livraient ici au Québec les théoriciens du droit intéressés aux différentes variantes de pluralisme. C'est donc peu dire que de souligner l'influence de l'anthropologie du droit française non seulement sur mes travaux personnels et ceux de mes étudiants, mais sur ceux de Macdonald, Janda, Rocher et Noreau, pour ne nommer que ceux de mes collègues avec lesquels je travaille en équipe.

Mais de là à savoir, précisément, ce qu'est cette anthropologie du droit dont nous avons subi l'influence, c'est autre chose. Depuis lors en effet, l'approfondissement du pluralisme auquel cette tendance a donné lieu, nous a amenés à nous intéresser plus encore à la question autochtone, que nous abordons maintenant dans son rapport avec la gouvernance, avec une équipe multidisciplinaire qui comporte cinq anthropologues sur une quinzaine de membres, de même que dans le cadre d'un réseau qui en comprend trois autres. Le temps est donc révolu où l'anthropologie constituait mes lectures de vacances, et cette discipline participe plutôt dorénavant de notre contexte quotidien de recherche. A côtoyer les anthropologues régulièrement et en aussi grand nombre, j'ai fini par découvrir qu'il en existe plusieurs variétés, dont deux particulièrement contrastées, entre lesquelles se situent plusieurs positions intermédiaires. Les premiers, que les seconds traitent parfois d'« *arm chair anthropologists* », induisent des théories souvent comparatives et toujours pour moi fécondes, à partir de données colligées, par eux-mêmes ou par d'autres, dans des terrains variés dont ils saisissent les traits communs. Les seconds, plus intéressés à la méthodologie empirique, sont des chercheurs de terrain, que les difficultés d'accès aux communautés

et aux données qu'elles fournissent, rendent parfois possessifs à l'égard de « leurs » communautés, que certains finissent par avoir l'impression de représenter. Entre les deux, s'échelonnent, à des distances variées de la théorie abstraite et des méthodes empiriques, diverses positions qui me paraissent rejoindre par ailleurs les deux autres pour partager une grande sensibilité à l'interculturel et aux variations sociétales comme phénomène.

D'emblée, et même si je n'ai rien contre l'analyse des données brutes à condition d'y apporter une certaine distance, j'admets avoir plus de connivence avec les premiers, ne serait-ce que par ma formation de *political economist* appliquée au droit, qui a accentué mes tendances naturelles aux macro-synthèses transversales. Est-ce dire que j'adopte la conception de l'anthropologie du droit de ce premier groupe de théoriciens ? Pour cela il faudrait que je la connaisse vraiment et que je sache ce qui distingue leur conception de celle du second groupe, plus orienté vers la méthodologie de terrain : or je ne suis pas certaine qu'une telle distinction existe, puisqu'il me semble que les deux étudient les phénomènes de juridicisation plutôt que leur produit normatif, en s'intéressant seulement à des phases différentes, et d'ailleurs complémentaires, de ces processus. Au surplus — et je trahis sans doute là mon ignorance invoquée à juste titre — l'intérêt pour le processus de production des normes me semble loin d'être exclusif à l'anthropologie du droit, dont on a longtemps prétendu qu'elle ne s'intéressait qu'aux sociétés «traditionnelles», laissant les sociétés contemporaines à la sociologie. Mais outre le fait que l'anthropologie s'intéresse semble-t-il maintenant à des phénomènes contemporains — notamment dans le champ du travail, de l'urbain, du développement régional, de la citoyenneté, des rapports majorité/minorité — sait-on vraiment ce qui spécifie une société traditionnelle ? L'absence d'organisation étatique ? Mais alors, où faut-il ranger les sociétés non-étatiques prémodernes, par exemple du Moyen Âge, auxquelles l'anthropologie ne s'intéresse pas (en vertu de quel critère ?) ? Dans le champ de l'histoire, sans doute... On le constate, l'étude du processus de juridicisation est éclatée et les frontières sont poreuses entre l'anthropologie, la sociologie et l'histoire, sans parler de la philosophie qui voudrait bien nous dire ce que le droit *doit* être... Et encore, on n'a pas ainsi spécifiquement tenu compte des facteurs politiques, idéologiques et économiques qui pèsent sur ce processus, et que pourtant certaines disciplines contemporaines prennent en compte.

Or le droit, plutôt qu'une discipline, est un *objet* social, une variable dépendante dont le contexte, toujours, et l'orientation, souvent, dépendent de tous ces facteurs, ensemble ou à tour de rôle. Dans cette optique et si le droit est un objet, au surplus construit, il convient de l'analyser dans ce contexte total et c'est là l'ambition, excessive il est vrai, de la (ou plutôt des) théorie(s) du droit, une démarche dans laquelle je m'inscris. Il s'agit d'une perspective qui emprunte à la fois des points de vue et des méthodes à l'une ou l'autre des disciplines susmentionnées, suivant les facteurs impliqués par l'hypothèse posée pour expliquer soit le processus de production des normes,

soit leurs effets sur d'autres objets sociaux, soit d'autres relations entre le droit et d'autres phénomènes sociaux. Cela fait des théoriciens du droit, à cet égard et dans un certain sens, des touche-à-tout, mal formés dans toutes les disciplines sauf, dans le meilleur des cas, l'une d'entre elles, ce qui agace profondément, j'en suis bien consciente, les vrais professionnels de ces disciplines respectives.

Je plaide coupable car, pour ma part, je cherche à théoriser le droit, m'intéressant en particulier aux facteurs qui orientent sa production dans ma société. Ce qui m'amène à fréquenter entre autres praticiens et théoriciens des sciences sociales, les anthropologues du droit, en personne et dans leurs écrits, mais non à m'inscrire spécifiquement dans leur discipline : guidée par ma position pluraliste, je cherche seulement, en ce qui concerne mon projet actuel, à connaître tous les corpus juridiques en compétition normative sur le territoire du Canada et plus particulièrement du Québec, où je m'intéresse aux conceptions respectives que chacune des dix nations autochtones propose de ses droits ancestraux. Or il s'avère que ces corpus émanent d'ordres juridiques autochtones et non-étatiques qui, faute d'avoir été conquis ou de s'être soumis perdurent sur le territoire canadien, désormais en rivalité avec les ordres juridiques déjà multiples de l'État fédéral canadien. Ce qui m'amène à reconnaître comme droit des normes que les positivistes récusent et que les anthropologues, entre autres, admettent, à utiliser des méthodes empiriques de cueillette de données juridiques orales, pratiques et/ou symboliques qui caractérisent ce droit, et à constater parfois, comme je l'ai indiqué plus haut, que ses transformations peuvent s'expliquer, entre autres, selon une théorie anthropologique élaborée en Afrique. Ce qui ne fait pas pour autant de moi une anthropologue...

Je m'intéresse en effet surtout au processus non pas en lui-même, mais dans la mesure où il me permet de *reconstruire* (et non pas de repérer, j'en suis consciente), le résultat normatif qui régit ces sociétés et d'expliquer comment il est produit. Or, rien de cela ne me permet de proposer une définition de l'anthropologie et encore moins de l'anthropologie du droit. Qu'est-ce donc en effet qui spécifie l'anthropologie du droit, s'il s'agit d'une discipline qui n'a pas le monopole de l'analyse du processus normatif, qui ne se restreint plus aux sociétés dites « traditionnelles », ni aux variables culturelles ? Quant au droit : « *Le droit: on ne sait pas ce que c'est* » écrivait avec raison Flaubert dans le *Dictionnaire des idées reçues*. Comment, dès lors, oser la définition que l'on me demande, à moins de prétendre, comme le font certains sociologues à propos du droit, que l'anthropologie est trop sérieuse pour être laissée aux anthropologues... Au contraire et n'ayant pas de telles prétentions, je réclame le droit à l'incompétence et persiste à refuser cette définition que l'on attendait de moi... définition dont, pour ma part, je laisse le choix aux anthropologues concernés, qui devraient se résigner à construire pour eux-même, de l'intérieur de la discipline, le sens qu'ils (et elles) veulent lui donner. On n'est jamais si bien servi que par soi-même...