

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/340959570>

Pluralisme juridique et cultures juridiques dans les sociétés contemporaines

Article in *Revue Générale de Droit* · January 2019

DOI: 10.7202/1068525ar

CITATION

1

READS

110

2 authors:



Yan Sénéchal

Université de Montréal

30 PUBLICATIONS 82 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)



Pierre Noreau

Université de Montréal

88 PUBLICATIONS 110 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Droit et culture(s) juridique(s) [View project](#)



Constitutionnalisme, droits et diversité [View project](#)

Introduction

Pluralisme juridique et cultures juridiques dans les sociétés contemporaines

YAN SÉNÉCHAL* ET PIERRE NOREAU*

I. LE « DROIT » EN PARADIGMES

Dans son œuvre classique intitulée *La structure des révolutions scientifiques*, Thomas Kuhn a bien montré la dimension collective de toute science¹. Il a notamment fait voir le rôle central que jouent les manuels d'introduction et les œuvres classiques dans l'apprentissage d'une discipline scientifique. Ces ouvrages accomplissent non seulement une fonction didactique, mais aussi une fonction épistémique, en transmettant une certaine conception de la discipline, en répertoriant les entités dont elle reconnaît l'existence, en formulant les problèmes auxquels elle s'intéresse, en évoquant les approches théoriques qu'elle privilégie, en présentant les démarches méthodologiques qu'elle utilise, etc.

* Chargé de cours, Département de sociologie, Université de Montréal.

** Professeur titulaire, Centre de recherche en droit prospectif, Université de Montréal.

1. Thomas Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, coll « Champs », Paris, Flammarion, 1983 [1^{re} édition américaine : 1962]. Pour une application du concept kuhnien de « révolution scientifique » à la pensée juridique, cf Benoît Frydman, « Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ? » (1996) 115:5821 *Journal des tribunaux* 809. Pour une problématisation plus systématique quant à l'applicabilité de ce concept à la science du droit et aux droits de la personne, cf Thomas Acar, « Le concept de révolution, d'un champ de savoir à l'autre : la théorie de TS Kuhn, la science du droit et les droits de l'homme » (2014) 5 *La Revue des droits de l'Homme* 1.

Dans les « sciences juridiques », de tels manuels d'introduction sont particulièrement névralgiques pour former les juristes en devenir². Est exemplaire à cet égard l'un de ceux en usage au Québec dans les facultés de droit (dont l'institutionnalisation a été à la fois lente et compliquée au sein de l'université)³. Dès l'ouverture, ses rédacteurs posent aux étudiants débutants une question fondamentale et leur proposent une réponse péremptoire :

Qu'est-ce que le droit? De nombreux auteurs ont cherché à élaborer une théorie descriptive du droit en décrivant ce qu'il est et comment il devrait se faire. Ces auteurs ont alors créé une science autonome, distincte des autres savoirs comme la sociologie, la philosophie ou la politique, parce qu'ils voulaient expliquer le droit indépendamment des circonstances externes entourant sa production. Leur *credo* est qu'il n'y a pas d'autre droit que celui reconnu par le pouvoir politique; tout le droit doit passer par la médiation de l'État. Ils affirment également que le droit, avant d'être reconnu comme tel, doit avoir été posé, ce qui signifie avoir été créé par des institutions humaines, d'où le nom de positivistes qu'on leur a accolé et celui de positivisme qui fut donné à leur doctrine. Le positivisme est la doctrine que nous enseignons dans cet ouvrage. Selon elle, le seul véritable droit est le droit positif. Il n'en existe pas d'autre auquel on pourrait l'opposer ou le comparer⁴.

Ce passage résume comme nul autre les termes d'un *paradigme* particulier, tel que le définit Kuhn, soit un « ensemble de croyances, de valeurs reconnues et de techniques qui sont communes aux membres d'un groupe donné »⁵. Il expose une certaine conception du droit

2. Cf Rémy Cabrillac, dir, *Qu'est-ce qu'une introduction au droit?*, Paris, Dalloz, 2017. Certaines œuvres classiques contribuent bien sûr à la formation disciplinaire des étudiants en droit; cf Serge Dauchy et al, dir, *The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books That Made the Law in the Age of Printing*, Cham (Suisse), Springer, 2016. Les « sciences juridiques » éprouvent cependant plus de difficultés que les autres sciences sociales à expliciter leurs procédés intellectuels, les catégories du droit remplissant davantage une fonction normative pour elles qu'une fonction analytique; cf Pierre Noreau, « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté... à la recherche de soi » (2011) 52:3-4 C de D 687.

3. Sylvio Normand, *Le droit comme discipline universitaire : une histoire de la Faculté de droit de l'Université Laval*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005 aux pp XIII-XIV.

4. André Émond et Lucie Lauzière, *Introduction à l'étude du droit*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005 à la p 1.

5. Kuhn, *supra* note 1 à la p 228.

comme discipline universitaire (« une science autonome ») et définit l'entité qui en forme l'objet d'étude (« le droit positif »). Il dépeint ainsi le juriste comme un spécialiste des normes posées par une volonté humaine (plutôt qu'issues d'une inspiration divine ou d'une finalité naturelle), bref, des normes juridiques — lois, règlements, jugements, contrats, etc. — placées dans un ordre hiérarchique les unes par rapport aux autres et reconnues par une autorité légitime, incarnée par l'État, ainsi que des normes dont l'activité législative garantit la légalité et dont la pratique judiciaire assure l'interprétation et la mise en œuvre. L'apprentissage d'un tel paradigme, *qu'il soit implicite ou explicite*, introduit le nouveau juriste aux manières de penser d'une communauté scientifique particulière, celle des « sciences juridiques », et y facilite son intégration⁶.

Dans le manuel que nous avons cité plus haut, la formule « droit + État = droit positif » repose, sans tout à fait le nommer, sur un paradigme qui peut être qualifié de « monisme juridique ». Typique en cela des manuels scientifiques évoqués par Kuhn, le *monisme juridique* euphémise le contexte historique d'apparition du paradigme au sein duquel il s'inscrit. En droit, on pense spontanément aux travaux de Hans Kelsen et de Herbert Hart⁷. Comme tout paradigme scientifique, le *monisme juridique* minore la diversité des acceptions qu'il recouvre⁸ et élude toute une série de paradigmes concurrents qui subsistent pourtant, malgré l'hégémonie exercée par le positivisme juridique⁹. Cette conception paradigmatique du droit est elle-même déphasée par rapport au contexte juridique québécois et canadien qu'elle est pourtant censée éclairer. En effet, de nombreux contre-exemples remettent en cause le *sens commun disciplinaire* proposé par le

6. Les étudiants sont de fait conduits à envisager le droit d'un point de vue instrumental et professionnel; cf Pierre Noreau et Pierre-Olivier Bonin, « Faire droit... devenir juriste. Trajectoire des étudiants en faculté: une étude en contexte québécois » (2017) 22 *Lex Electronica* 169. Cette orientation corporative de l'enseignement universitaire suscite son lot de réflexions; cf Massimo Vogliotti, dir, *Pour une nouvelle éducation juridique*, Paris, L'Harmattan, 2018. La critique classique en la matière demeure celle de Duncan Kennedy, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies: une polémique autour du système*, Montréal, Lux Éditeur, 2010 [1^{re} édition américaine: 1983].

7. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962 [1^{re} édition allemande: 1934]; Herbert L A Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976 [1^{re} édition britannique: 1961].

8. Cf Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper, dir, *Le positivisme juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992.

9. Cf Baudouin Dupret, *Droit et sciences sociales*, Paris, Armand Colin, 2006.

positivisme¹⁰. Déjà, le *Code civil du Québec* prévoit à son article 9 que, en matière d'« exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté » (quand les normes de substitution ne contreviennent pas à l'ordre public)¹¹. Il en va de même du droit du travail, où se côtoient politiques d'entreprises, conventions collectives, droit civil, droits de la personne, etc.¹², ou du droit religieux (quelle que soit la confession à laquelle on réfère) en interrelation constante avec le droit civil et la common law¹³. Cette cohabitation caractérise le droit autochtone, où interagissent de nombreuses institutions sociales, juridiques et judiciaires¹⁴. Dans tous les cas, les postulats du monisme juridique sont remis en cause.

C'est d'ailleurs face à ces « anomalies » (Kuhn) du monisme juridique qu'un autre paradigme, le *pluralisme juridique*, a émergé de manière explicite à partir des années 1930, sous l'impulsion de Georges Gurvitch¹⁵

10. Il faut toutefois éviter d'homogénéiser le portrait de la formation universitaire offerte aux étudiants dans les facultés de droit au Québec, puisque quelques-unes d'entre elles ont pris l'initiative de réformer certains cours en cherchant à tempérer, sinon à dépasser le positivisme juridique; cf par exemple Violaine Lemay et Benjamin Prud'homme, « Former l'apprenti juriste à une approche du droit réflexive, critique et sereinement positive: l'heureuse expérience d'une revisite du cours "Fondements du droit" à l'Université de Montréal » (2011) 52:3-4 C de D 581. Pour l'Europe, voir plus généralement Magalie Florès-Lonjou, Céline Laronde-Clérac et Agnès de Luget, dir, *Quelle pédagogie pour l'étudiant juriste? Expérimentations, modélisations, circulation*, Bruxelles, Bruylant, 2012. Certaines initiatives vont jusqu'à initier les étudiants en droit à une démarche de recherche empirique, en l'incorporant au sein même de cours classiques ou encore en l'offrant de manière complémentaire à ceux-ci; pour des expériences menées au Royaume-Uni, cf Caroline Hunter, dir, *Integrating Socio-Legal Studies Into the Law Curriculum*, London, Palgrave Macmillan, 2012.

11. Cf art 9 CcQ.

12. Cf Guylaine Vallée, « Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique » dans Céline Saint-Pierre et Jean-Philippe Warren, dir, *Sociologie et société québécoise: présences de Guy Rocher*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, 241.

13. Cf Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir, *Le droit, la religion et le « raisonnable »: le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Thémis, 2009.

14. Cf Andrée Lajoie et al, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Montréal, Yvon Blais, 1996; John Borrows, *Indigenous Legal Traditions in Canada*, Ottawa, Law Commission of Canada, 2006. Voir plus récemment Geneviève Motard, Emmanuelle Piccoli et Christoph Eberhard, dir, « Pluralismes juridiques et interculturalités » (2016) 40:2 *Anthropologie et sociétés* 9; Ghislain Otis, dir, « État et cultures juridiques autochtones: un droit en quête de légalité » (2018) 48:1 RGD 65; Ghislain Otis, dir, *Contributions à l'étude des systèmes juridiques autochtones et coutumiers*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2018; Ghislain Otis, dir, *La rencontre des systèmes juridiques autochtones et étatiques: confrontation ou coopération?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019.

15. Cf Georges Gurvitch, *Le temps présent et l'idée de droit social*, Paris, Vrin, 1931; *L'idée de droit social: notion et système de droit social. Histoire doctrinale depuis la fin du XVI^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1932; *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935.

notamment, pour qualifier ce que quelques précurseurs avant lui avaient formulé sous le nom de « droit vivant »¹⁶. Gurvitch et les adeptes du pluralisme contestent précisément la réduction du juridique et du judiciaire au droit positif — dont ils ne nient généralement pas l'existence. Ce qu'ils critiquent, c'est le dogme du droit étatique comme seul type de « droit » en vigueur dans les sociétés modernes et contemporaines. Max Weber, bien que formé en droit¹⁷, refusait lui-même ce postulat pour des raisons méthodologiques : « nous repoussons évidemment le point de vue selon lequel on ne peut parler de "droit" que là où existe une perspective de contrainte juridique garantie par le pouvoir politique »¹⁸. Il arrive également aux « pluralistes » de critiquer au passage la transmission du positivisme chez les juristes par l'entremise de la formation universitaire qu'ils reçoivent. « L'étatisation du droit, note Jean-Guy Belley, [est] aussi une étatisation de la conception du droit dans l'univers intellectuel »¹⁹. Face à cet étato-centrisme enseigné à l'université et institué dans la société²⁰, plus proche de la qualification professionnelle du fait que de la construction scientifique de l'objet, le pluralisme juridique oppose une véritable conversion épistémologique en offrant aux chercheurs une conception du « droit » théoriquement plus logique et empiriquement plus réaliste²¹, y compris au sein des

16. Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936 [1^{re} édition allemande : 1913].

17. Cf Realino Marra, *Dalla comunità al diritto moderno. La formazione giuridica di Max Weber (1882-1889)*, Torino, Giappichelli Editore, 1992. À propos de l'incidence de la formation juridique de Max Weber sur sa conception des sciences sociales, cf Stephen P Turner et Regis A Factor, *Max Weber: The Lawyer as Social Thinker*, London, Routledge, 1994.

18. Max Weber, *Économie et société*, t 2 : « L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie », Paris, Plon/Pocket, 1995 à la p 19 [1^{re} édition allemande posthume : 1922].

19. Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) 18:1 *Sociologie et sociétés* 11 à la p 12.

20. L'étato-centrisme juridique connaît évidemment des modulations particulières selon les sociétés considérées ; pour une comparaison sociopolitique entre l'Amérique latine, les États-Unis et la France, cf Mauricio Garcia-Villegas, *Les pouvoirs du droit : analyse comparée d'études socio-politiques du droit*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2015.

21. L'apport théorique du pluralisme juridique a été récemment revisité de fond en comble et provisoirement reconstruit par Boris Barraud ; cf *Théorie du droit et pluralisme juridique*, t 1 : « Les théories dogmatiques du droit et la fragilité du pluralisme juridique », Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2017 ; *Théorie du droit et pluralisme juridique*, t 2 : « La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique », Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2017. Boris Barraud a également réalisé une recherche sur la portée empirique du pluralisme juridique ; cf *Mesurer le pluralisme juridique : une expérience*, Paris, L'Harmattan, 2017.

sociétés occidentales, comme l'a magistralement exposé Harold Berman dans *Law and Revolution*²².

II. LES CULTURES JURIDIQUES EN CONTEXTE DE PLURALISME JURIDIQUE

C'est au pluralisme juridique qu'est consacré le présent dossier thématique. Il n'est pas envisagé ici en tant que simple « hypothèse », comme c'est parfois le cas chez les juristes²³, mais comme *paradigme* de recherche. Les différents articles que le présent numéro rassemble attestent de sa vitalité et témoignent de... sa pluralité! Sous les différentes déclinaisons proposées par les auteurs, issus aussi bien de la théorie du droit que de l'anthropologie et de la sociologie, émergent tout de même des orientations communes. Ces contributions supposent toutes la remise en question de l'étatisation intégrale du « droit » dans les sociétés contemporaines. On y observe la coexistence et la portée de nombreuses *cultures juridiques* distinctes. Tous ces travaux sont fondés sur des approches théoriques précises et des démarches empiriques exigeantes²⁴.

En ouverture de dossier, Guy Rocher retrace, dans un texte inédit²⁵, différentes conceptions du pluralisme juridique proposées par la sociologie, l'anthropologie et la théorie du droit. Soucieux d'établir un lien entre perspective théorique et recherche empirique pour opérationnaliser une approche du pluralisme juridique, Rocher reprend à son compte le concept d'« ordre juridique » dans la lignée de Max Weber et surtout de Santi Romano²⁶. Son souci d'opérationnaliser ce concept le conduit à retenir quelques critères d'analyse, à commencer par l'existence de normes, la présence d'instances chargées de les produire, de

22. Harold Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983.

23. Cf Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, 1972 à la p 145.

24. L'articulation entre approches théoriques et démarches empiriques dans les recherches sur le pluralisme juridique commence heureusement à susciter des réflexions méthodologiques; cf Ghislain Otis, dir, *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012.

25. Le texte de Guy Rocher est une adaptation du sixième chapitre d'un manuscrit inédit, *Traité de sociologie du droit et des ordres juridiques*, rédigé de 1985 à 1988. Ce manuscrit a été découvert et reconstitué par Yan Sénéchal dans les archives du Fonds Guy Rocher (P0370) déposées à la Division de la gestion de documents et des archives de l'Université de Montréal. Les directeurs du présent numéro thématique remercient Guy Rocher d'avoir accepté que cet extrait soit publié.

26. Santi Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975 [1^{re} édition italienne : 1918].

les interpréter et de les appliquer, la probabilité d'une sanction en cas de variance ou de déviance à l'égard de ces normes, etc. Sur cette base, il devient possible selon lui de cerner des ordres juridiques « étatiques », mais également des ordres juridiques « non étatiques », ces derniers étant aussi nombreux qu'il y a de « milieux sociaux » dans une même société, qu'ils soient d'origines politiques, économiques, familiales, marginales²⁷, etc. Rocher reconnaît également que les ordres juridiques étatiques sont eux-mêmes pluriels sur le plan interne, du fait de la différenciation des appareils législatif, exécutif, judiciaire, administratif, policier et carcéral qui composent les États modernes.

Parmi les nombreuses pistes de recherche soulevées par Guy Rocher, il en est une dont l'intérêt heuristique est particulièrement clair pour la compréhension des articles du présent dossier. Elle consiste à analyser dynamiquement les rapports externes entre des ordres juridiques étatiques et des ordres juridiques non étatiques²⁸. De tels rapports peuvent être selon lui « complémentaires », « segmentaires » ou encore « oppositionnels ». Cette démarche suppose de répertorier et de décrire chaque ordre juridique en présence, de cartographier les rapports qu'ils entretiennent, et enfin de discerner une possible transformation réciproque des ordres juridiques en contact, en portant attention aux cultures juridiques et judiciaires impliquées. La même démarche s'applique également aux rapports internes entre les différentes instances qui se retrouvent au sein d'un même ordre juridique abordé dans une perspective pluraliste²⁹.

Dans cette lignée, Viviane Bastos e Silva se penche sur le phénomène des *favelas* à Rio de Janeiro au Brésil. Émergeant au début du XX^e siècle en réponse aux problèmes de logement urbain, ces secteurs d'habitation temporaires en périphérie de la ville se sont pérennisés au fil des décennies. Il s'agit là d'espaces d'« absurdité », constate l'auteure. Ce sont en effet des zones illégales, et malgré tout régulées par

27. Les lecteurs sceptiques, voire choqués du fait que Guy Rocher recense un « ordre juridique criminel » sont invités à consulter la volumineuse thèse de Diana Villegas, *L'ordre juridique mafieux : étude à partir du cas de l'organisation criminelle colombienne des années 1980 et 1990*, Paris, Dalloz, 2018.

28. Cette piste de recherche a donné lieu à des développements récents en droit international; cf Baptiste Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013; Baptiste Bonnet, dir, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2016.

29. Quelques monographies ont documenté de tels rapports internes au sein d'ordres juridiques « privés »; cf par exemple Jean-Guy Belley, *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1998.

les différentes instances de l'État brésilien; leurs habitants sont dotés d'une citoyenneté limitée et circonstancielle, que traduit bien l'adage *Correratrás dos meus direito* (« Courir après mes droits »). Pas étonnant dans un tel contexte que, pour normer les relations sociales au quotidien, se soit constituée toute une panoplie d'instances plus ou moins informelles (telles que des associations de résidants par exemple). Il importe bien sûr d'approcher ce phénomène en termes de pluralisme juridique; il s'agit cependant, insiste Bastos e Silva, d'un pluralisme juridique interne à l'État brésilien lui-même et à ses diverses instances municipales, régionales et nationales. Dans la régulation des *favelas*, qui diverge de celle mise en œuvre dans les villes « légales », l'État peut adopter des solutions extralégales (comme l'enregistrement des commerces bien que leur localisation ne soit pas réglementaire), des sanctions illégales (comme la destruction de maisons sans justification technique) ou encore des mesures de légalisation (comme l'attribution d'un droit de propriété sur un terrain illégal). Quant à la régulation produite, interprétée et appliquée par les membres de la collectivité eux-mêmes, elle est en quelque sorte déléguée par l'État et en continuité avec lui; elle s'immisce dans les « interstices » du droit étatique, comme l'illustre le cas des normes de circulation dans les rues qui n'ont pas de statut juridique du fait de l'illicéité du territoire où elles s'appliquent. Ces diverses instances imbriquées dans le droit étatique brésilien entrent surtout dans des rapports internes de segmentarité. Dans cette configuration d'instances segmentaires, la culture juridique des habitants s'appuie sur une relation au droit qui trouve sa légitimité dans la proximité et l'ajustement mutuel plutôt que dans la distance et la formalité. Les habitants des *favelas* considèrent en ce sens l'ordre juridique local plus « prévisible » que l'ordre juridique imposé par les paliers municipaux, régionaux et nationaux de l'État brésilien, puisque les normes édictées par ce dernier font l'objet d'une interprétation et d'une application jugées aléatoires et arbitraires.

Toujours sur le continent américain, mais tout au nord cette fois, Raphaël Mathieu Legault-Laberge s'intéresse au cas des groupes religieux anabaptistes afin de circonscrire les relations qu'ont entretenues ces derniers avec l'État canadien et ses diverses instances judiciaires au cours du XX^e siècle. Ce terrain permet d'entrer de plain-pied dans une analyse des rapports externes entre ordres juridiques étatiques et non étatiques. À cette fin, l'auteur mobilise de manière très originale l'œuvre de Ferdinand Tönnies pour conceptualiser le pluralisme juridique. S'appuyant sur la célèbre dichotomie du sociologue allemand, qui oppose

la « communauté » (*Gemeinschaft*) et la « société » (*Gesellschaft*) à partir de diverses caractéristiques (nature de la volonté, forme d'autorité, etc.)³⁰, Legault-Laberge en vient à répertorier un type de « droit » caractéristique de chacune de ces formes d'organisation sociale, à savoir le « droit communautaire » (*Gemeinschaftsrecht*) et le « droit sociétal » (*Gesellschaftsrecht*). Ce *distinguo* est ensuite utilisé pour caractériser la culture juridique des anabaptistes, particulièrement dans ses variantes huttérienne et mennonite. Il y aurait pour eux une différenciation bien nette entre le droit « interne » de leur communauté et le droit « externe » de la société canadienne, si nette que le recours aux tribunaux civils y est même expressément interdit. Cet idéal communautaire est cependant démenti par la factualité juridique, puisque de nombreux anabaptistes ont mobilisé des tribunaux en Alberta, en Saskatchewan et au Manitoba pour faire invalider des jugements d'excommunication et de bannissement prononcés contre eux par des membres de leur propre Église. Bien que les cours d'appel de ces provinces et la Cour suprême du Canada donnent à l'occasion raison aux demandeurs, ces tribunaux reconnaissent parfois la légitimité du droit interne des communautés huttérienne et mennonite, de même que la validité de l'interprétation qu'elles en font et des modèles d'application qu'elles mettent en œuvre. Résolument oppositionnels, les rapports externes entre l'ordre juridique étatique et les ordres juridiques anabaptistes s'avèrent en fait également segmentaires.

Traversons maintenant l'océan Atlantique pour nous diriger vers le continent africain. Dans son article, Marie-Eve Paré divulgue quelques résultats issus d'une enquête ethnographique menée au Burkina Faso. L'anthropologue a passé six mois sur le terrain à observer des conflits familiaux dans la ville de Koudougou, qu'elle a abordée pour l'occasion comme un laboratoire urbain de pluralisme juridique. Parmi les formes de droit qu'on y retrouve, la coutume mossi, d'origine subsaharienne, est un réservoir de normes locales qui encadrent les relations sociales de toutes matières (familiale, successorale, etc.). En cas de conflit, une pyramide d'instances coutumières peut être gravie, de la base (c'est-à-dire entre les membres du couple), jusqu'au sommet, où siège le conseil de famille chargé de conserver l'intégrité du patrilignage.

30. Ferdinand Tönnies, *Communauté et société : catégories fondamentales de la sociologie pure*, Paris, Presses universitaires de France, 2010 [1^{re} édition allemande : 1887].

L'étatisation croissante de la société burkinabè a parallèlement donné lieu à une réforme du droit civil qui s'est concrétisée par l'adoption d'un *Code des personnes et de la famille* à l'orée des années 1990. Porté par le mouvement pour les droits de la personne, ce droit étatique protège les individus en général et les femmes en particulier face aux autres membres de leur famille traditionnellement patriarcale et gérontocratique. Le Tribunal de dernière instance est l'entité étatique de référence appelée à trancher les conflits familiaux. Cette codification contraste fortement avec la coutume mossi, qu'elle est par ailleurs censée supplanter au nom de l'homogénéité juridique du pays. Les rapports externes d'opposition entre deux ordres juridiques sont la conséquence d'une culture juridique clivée, chez les citadins de Koudougou, entre l'ordre étatique qualifiant les torts causés aux individus et l'ordre coutumier rétablissant la solidarité au sein de la communauté. Ceux-ci mobilisent bien plus spontanément leur droit coutumier que le droit étatique dont ils craignent la complexité et les coûts. Toutefois, face à l'échec occasionnel de la médiation coutumière et au déficit de légitimité du tribunal civil, une agence gouvernementale multisectorielle — l'« Action sociale » — s'est progressivement spécialisée dans la résolution des conflits conjugaux et parentaux. L'assentiment qu'elle trouve auprès des Koudougoulais provient de la configuration hybride de cette instance judiciaire : si une conception civiliste imprégnée de droits de la personne demeure prégnante, l'ensemble des audiences se déroulent en respectant les procédures coutumières mossi. Cette hybridation accroît conséquemment la complexité de la culture juridique et judiciaire koudougoulaise et démultiplie les possibilités d'actualisation de la fascinante pratique du *forum shopping*, c'est-à-dire du « magasinage » de l'instance judiciaire considérée comme étant la plus appropriée pour résoudre un conflit. En fin de compte, les rapports de segmentarité et d'opposition ont contribué dans ce cas à une transformation réciproque des ordres juridiques étatique et coutumier, laissant de la sorte émerger des rapports externes de complémentarité.

La succession des articles du présent dossier laisse entrevoir des variations dans la place que l'analyse accorde aux cultures juridiques des individus, c'est-à-dire aux représentations que ceux-ci entretiennent à l'égard du droit, à leur mobilisation des instances judiciaires, etc. Le « magasinage juridique », pour ne prendre qu'un exemple, sous-entend que le « sujet de droit » se définit lui-même en situation de pluralisme juridique. On peut ainsi prendre en compte son « agentivité »

dirait Marie-Eve Paré. Cette orientation mène directement au cœur de l'approche proposée par Baudouin Dupret³¹, qui déplace la question des rapports entre les ordres juridiques étatiques et non étatiques vers celle des relations qu'établissent les individus avec les ordres juridiques de toutes sortes dont ils font l'expérience. Pour faire saisir la particularité de cette approche, l'auteur expose quelques-unes des théories du pluralisme juridique qui ont cours dans les sciences sociales et en théorie du droit. Ensuite, il recense les principales critiques formulées à l'encontre de ce paradigme, dont la plus décisive porte sur le problème de la définition du « droit » qui ne fait pas consensus chez les théoriciens du pluralisme juridique. Pour contourner ce problème, par hypothèse insoluble, Dupret en appelle à une « respécification praxéologique » impulsée par l'ethnométhodologie³². Plutôt que de postuler *théoriquement* l'existence du « droit » et du « pluralisme juridique », les chercheurs devraient plus réalistement se concentrer sur les *pratiques des acteurs en situation*. Il s'agit ici, en un sens, d'une version méthodologique de l'opposition proverbiale entre le « droit dans les textes » et le « droit en action »³³. L'enquête doit ainsi porter sur l'observation et la description des diverses manières qu'ont les acteurs eux-mêmes de qualifier tel ou tel phénomène comme du « droit », des différentes stratégies qu'ils mettent eux-mêmes en œuvre pour s'orienter dès lors qu'ils se considèrent en situation de pluralisme juridique, etc. Pour illustrer cette respécification, Dupret évoque trois cas tirés de l'étude du mariage dans la société égyptienne, où il mène des recherches depuis de nombreuses années. Ses travaux montrent comment les acteurs agissent en cas de problème, et comment ils s'orientent pour les résoudre en fonction du « droit » étatique, coutumier ou autre, qu'eux-mêmes reconnaissent comme référence.

31. Les directeurs du présent numéro remercient Baudouin Dupret d'avoir accepté, au bénéfice des lecteurs francophones, de traduire un texte qu'il avait antérieurement publié en anglais; cf « Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices. Theories, Critiques, and Praxiological Re-Specification » (2007) 1:1 *European Journal of Legal Studies* 296.

32. Cf Harold Garfinkel, *Recherches en ethnométhodologie*, Paris, Presses universitaires de France, 2007 [1^{re} édition américaine: 1967].

33. Cf Roscoe Pound, « Law in Books and Law in Action » (1910) 44: 1 *Am L Rev* 12.

CONCLUSION : DYNAMIQUES JURIDIQUES ET CHANGEMENT SOCIAL

Toutes les analyses qui précèdent montrent bien que le monisme juridique et le pluralisme juridique correspondent à deux paradigmes radicalement dissemblables, à deux manières différentes de construire épistémologiquement le « droit » comme un objet de connaissance³⁴ et de l'interroger ontologiquement en tant qu'entité réelle³⁵. Cette construction et cette interrogation différentielles sont déterminantes du point de vue de la recherche empirique, puisqu'elles circonscrivent ce qui peut être défini en tant que « droit » et, ce faisant, ce qu'il est possible d'observer. La perspective proposée par le pluralisme juridique, une fois mise à l'abri des pièges de l'idéologie³⁶ et de la politisation³⁷, ainsi que la considération des cultures juridiques professionnelles et profanes qui ne se rapportent pas uniquement à l'État et aux tribunaux³⁸ sont des préalables essentiels à l'étude de la fluidité des normativités et de leur institutionnalisation, de même qu'à l'analyse des rapports entre les ordres juridiques étatiques et non étatiques. Il devient alors possible de proposer une analyse plus critique de la reproduction et de la transformation des problèmes soulevés par l'accès au droit et à la justice dans les sociétés contemporaines³⁹. Les dynamiques juridiques redeviennent alors un « symbole visible », disait Émile Durkheim⁴⁰, et partant, elles offrent un lieu d'observation capable de mettre en lumière les processus de changement social.

34. Cf Christian Atias, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002.

35. Cf Paul Amserek et Christophe Grzegorzczak, dir, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1989.

36. Cf Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit » (2011) 26: 2 RCDS 257.

37. Cf Albane Geslin, « Une brève historiographie de "pluralisme juridique" : quand les usages d'une notion en font un instrument de luttes politiques » (2019) 15 Clio@Thémis 1.

38. Cf Sally Engle Merry, « Legal Pluralism and Legal Culture » dans Brian Z Tamanaha, Caroline Mary Sage et Michael J V Woolcock, dir, *Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 66.

39. Cf Pierre Noreau, « L'accès au droit et à la justice : perspectives nouvelles et recherche empirique » dans Pierre Noreau, dir, *22 chantiers sur l'accès au droit et à la justice*, Montréal, Thémis, 2020 à la p 1 [à paraître].

40. Émile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, Presses universitaires de France, 2013 à la p 28 [1^{re} édition française : 1893]. Un tel usage du droit comme révélateur du monde social a été réactualisé par Jacques Commaille, *À quoi nous sert le droit?*, Paris, Gallimard/Folio, 2015.