

Le pluralisme et le droit

Dominique TERRÉ

CNRS-Centre de Recherche, Sens, Éthique, Société – Université de Paris V

RÉSUMÉ. — Le **pluralisme** est à la fois un fait et une valeur. Heureuses sont les sociétés qui savent adapter leur droit aux couleurs du pluralisme. Le pluralisme est apparu au début du XX^e siècle chez les philosophes anglais et américains. Cette notion est susceptible de revêtir de nombreuses significations : démocratique, sociale, individualiste, dynamique, réaliste, etc... Leur point commun est la charge polémique qu'elles manifestent par rapport au **monisme étatique** tel que celui de Carré de Malberg ou Kelsen. Le pluralisme a existé dans l'histoire plus souvent qu'on ne le pense. Le centralisme jacobin est une exception, et non la règle. La France du Moyen Âge, l'empire romain sont des exemples de pluralisme. Le monisme méconnaît la complexité de la vie sociale. Le pluralisme soutient que le droit est issu des **forces sociales** les plus vives comme le pense Georges Gurvitch qui a imaginé la formule de « **fait normatif** ». Il n'en reste pas moins que le pluralisme est difficile à penser. Peut-il y avoir un pluralisme autre que de façade et ne retrouve-t-on pas toujours la référence à l'Etat derrière les formes les plus vivaces et débridées de droit ? Le pluralisme aujourd'hui se situe plutôt dans des phénomènes tels que les **modes alternatifs de régulation des conflits** ou les autorités administratives indépendantes.

Le terme et l'idée de pluralisme sont communément répandus lorsqu'il s'agit de l'organisation de la cité. S'il est une valeur qu'il s'agit de consacrer et de respecter, c'est le pluralisme, et cela au même titre que la démocratie. Aussi est-il intéressant de mettre à jour la genèse et les enjeux de cette idée-valeur, autrement récente que l' ancestrale démocratie. L'autorité dont elle jouit aujourd'hui est à l'image de l'engouement qu'elle a suscité lorsqu'elle s'est répandue. Le philosophe Jean Wahl, dont la thèse sur les philosophies pluralistes d'Angleterre et d'Amérique a fait date et vient d'être rééditée ¹, signale l'apparition du terme de pluralisme dès 1833. Mais le véritable triomphe de la philosophie pluraliste remonte au début du XX^e siècle. Les pluralistes, explique le philosophe Howison, ont semblé poser de manière nouvelle le problème de l'un et du multiple, ils ont formulé ce qu'ils appellent « une nouvelle théorie de la réalité » ². De là le succès qu'a eu le pluralisme. Le pragmatisme et le pluralisme séduisaient (selon le philosophe

¹ Jean Wahl, *Les Philosophies pluralistes d'Angleterre et d'Amérique*, Les empêcheurs de penser en rond, 2005 ; 1^{re} édition en 1920.

² Howison, cité par J. Wahl, *op cit.*, p. 140.

Bakewell³) par leur empirisme, par leur mépris de toute construction a priori, par une certaine allure scientifique, par leur air démocratique, populaire, en même temps que par leur individualisme, par leur esprit de révolte contre « les vieux monistes absolutistes », par l'attrait du risque et de l'inconnu. En 1904, Bradley évoque un « nouvel évangile ». Ils sont plus que nombreux à affirmer que « le pluralisme est dans l'air »⁴ ou qu'il « gagne avec rapidité »⁵. Dès cette époque le pluralisme se dit dans le langage de la mode, de la contamination, plutôt que dans celui de l'argumentation, comme si le thème pluraliste anticipait sur l'ère de la consommation de masse. Les pragmatistes se jouent au milieu des idées pluralistes, ils « s'en donnent à cœur joie », tandis qu'un grand nombre d'étudiants se sentent en sympathie. Il s'agit véritablement, au début du XX^e siècle, dans les pays anglophones, d'un raz de marée pluraliste. Le pluralisme est une idée gaie.

C'est à dessein que cette analyse se réfère au moment où le pluralisme est désigné comme tel. On verra en effet que nombre de manifestations, ultérieurement qualifiées de pluralistes, ont précédé l'explicitation de la chose. Dans les faits le pluralisme remonte à l'Antiquité, et, en Amérique, où la philosophie lui fit un tel accueil, les Pères fondateurs en avaient fait, comme le montre Élisabeth Zoller, le fondement même de l'État⁶. Ils avaient la hantise d'une monopolisation du pouvoir par une instance étatique unique. Ils entendaient créer des garde-fous puissants pour contrer la possibilité même d'un fait majoritaire moniste. Aujourd'hui, les phénomènes appelant une réflexion sur le pluralisme ne dérivent plus seulement de la menace d'un fait majoritaire univoque, mais à l'inverse, ce serait plutôt l'impact de la mondialisation, la poussée des minorités, et, en Europe, la multiplication des sources normatives liées à l'évolution de l'Union européenne et du droit communautaire qui viennent en renouveler la nécessité et le style. Toutefois, le pluralisme en Europe paraît infiniment moins assuré qu'il ne l'est aux États-Unis : en témoigne, de façon éclatante, l'absence (qu'il ne faut pas nécessairement déplorer) de ce dispositif propre à Amérique, qu'est la publication des opinions dissidentes lors des décisions de la Cour suprême. De nombreuses voix se font entendre sous nos cieux pour favoriser l'adoption de cette disposition qui nous semble être le paradigme du pluralisme.

Le fait d'aborder la question du pluralisme dans son expression juridique permet tout d'abord de compléter l'approche dont il fait l'objet en philosophie politique, et d'en préciser quelques-unes de ses formes. On accède ainsi à une variété d'exemples, qui s'ajoutent à l'aspect multiculturel du pluralisme. Ensuite, le choix de cet espace d'interrogation permet de mettre en lumière les difficultés soulevées par une notion qui

³ Bakewell, *Philosophical Review*, 1907, cité par J. Wahl, *op. cit.*, p. 140.

⁴ Gardiner, *Psychological Review*, 1903, p. 321 ; Rogers, *Philosophical Review*, 1903, p. 577, cité par. Wahl, p. 141.

⁵ Calkins, *Persistent Problems*, cité par Jean Wahl, *op. cit.*, p. 141.

⁶ Élisabeth Zoller, « Le Pluralisme, fondement de la conception américaine de l'État », dans ce numéro. Cette propension pluraliste souffre néanmoins quelques exceptions : c'est notamment le cas de Ronald Dworkin qui le récuse en matière de valeurs. Pour lui le droit effectue justement une narration qui a pour résultat de rétablir ou plutôt établir cohérence et intégrité.

tout à la fois relève d'une constatation – il existe une pluralité de groupes humains, pluralité de fait – et de celle d'un vœu ou d'une exigence – il convient de reconnaître chacun d'entre eux à l'identique, c'est-à-dire que cette pluralité se résout malgré tout en une égalité de droits. Cette ambivalence du pluralisme constitue le noyau des difficultés que soulève son analyse.

La majorité des auteurs – juristes ou non-juristes – qui consacrent leurs soins et leurs travaux au pluralisme juridique, estiment qu'un des enjeux principaux de l'analyse porte sur la définition du droit. On comprend aisément la raison de cet intérêt : dès lors que l'on pense pouvoir constater l'existence d'une pluralité de foyers normatifs, encore faut-il être sûr, pour conclure au pluralisme juridique, qu'il ne s'agit pas simplement de normes morales ou sociales. C'est en ce sens que l'on se trouve renvoyé à la question du critère de la juridicité (*de minimis non curat praetor*, contrainte organisée, justiciabilité comme intervention d'un tiers)⁷. Mais c'est plutôt ce que la spécificité juridique fait apparaître du pluralisme, ce que le pluralisme juridique dit des rapports – qui ne vont pas de soi – entre le pluralisme et la démocratie, et non l'inverse, que nous envisagerons, en gardant pour fil conducteur l'ambivalence plus haut mentionnée du pluralisme.

On évoquera tout d'abord la diversité des idées pluralistes.

On montrera ensuite que c'est par rapport au monisme étatique que la version juridique du pluralisme a pris, et garde, son sens critique. Monisme et pluralisme sont indissociables l'un de l'autre. Pour le moment, le pluralisme l'emporte comme idée-valeur. Cela ne veut pas dire qu'il caractérise tous les types d'organisation sociale ou politique ; mais il est presque toujours invoqué, ne serait que pour maquiller ou masquer des dispositifs qui en sont éloignés. Le pluralisme alimente l'idéal, mais aussi la langue de bois. Dans cette configuration, le cas du droit permet de faire apparaître des classifications possibles des critères du pluralisme. En effet, on peut aller plus ou moins loin dans la mise en œuvre de l'exigence pluraliste.

Enfin, on tentera d'évaluer la réalité du pluralisme qui n'est pas étrangère à la qualité d'idéal dont il est revêtu, tant en droit qu'en politique.

I. — LA DIVERSITÉ DES CONCEPTIONS PLURALISTES

Il convient de souligner l'extrême diversité des conceptions pluralistes, leur pluralité à proprement parler, et cela dans toutes les disciplines. Jean Wahl⁸, toujours, dans les années 1920, distingue chez les anglophones au moins trois tendances : tout d'abord « est pluraliste une conception démocratique de l'État » ; ensuite, pluraliste peut être synonyme de « social » ; et enfin, synonyme d'« individualiste ».

À ces significations on pourrait en ajouter d'autres. Ainsi, l'adjectif pluraliste peut-il aussi désigner ce qui est dynamique, opposé à statique. Georges Gurvitch est sans doute le théoricien le plus illustre de ce droit dynamique. Selon lui, tout « fait normatif » comporte à la fois du droit organisé et du droit spontané. Le droit organise en son sein « le combat entre la coordination et l'intégration ». On pourrait aussi, sans hésitation, dire aussi que tout pluralisme est un réalisme.

⁷ Norbert Roulant, *Aux confins du droit*, Paris, Odile Jacob, 1991, p. 135.

⁸ *Les Philosophies pluralistes d'Angleterre et d'Amérique*, op. cit., p. 143.

Cet ensemble de significations distinctes fait apparaître que le thème pluraliste est un réservoir de contradictions potentielles ; et laisse présager la manière dont, tiraillé entre la réalité et le mot d'ordre, il peut constituer une source de conflit, sous prétexte d'y remédier. Pour rester dans le registre de la politique, par exemple, le pluralisme est susceptible de prendre la forme d'une antinomie entre la communauté sociale et la communauté politique, telle que celle qu'a analysée, par exemple, Dominique Schnapper⁹. Cette conflictualité qui accompagne le pluralisme peut peut-être s'expliquer par le fait qu'il est intrinsèquement dialectique, en ce sens qu'il se construit par rapport au pôle moniste. Ainsi, par exemple, la pensée du plus célèbre des théoriciens du pluralisme, Georges Gurvitch, est fortement marquée par les théories proudhoniennes, et Proudhon lui-même a subi l'influence du système hégélien. Or, Hegel est plus nettement moniste que pluraliste. Le jaillissement de la philosophie pluraliste en Angleterre et en Amérique au tournant du XIX^e siècle a d'ailleurs été précédé par une forte hégélianisation. Tantôt un résidu moniste se cache sous l'apparence pluraliste, tantôt c'est le contraire et le pluralisme affiché n'est qu'une façade.

Le pluralisme philosophique de la période analysée par Jean Wahl, et *a fortiori* celui qui est à la fois invoqué et revendiqué aujourd'hui, peut s'expliquer aussi bien par la différenciation et la complexification du monde que, inversement, par l'unification démocratique et la globalisation.

Dans le domaine juridique, cette diversité se rattache tout d'abord à la variété de formation scientifique des auteurs, qui peuvent être des philosophes du droit, des juristes sociologues, des sociologues du droit non-juristes, ou encore des anthropologues ; ensuite, elle se traduit par l'extrême disparité des domaines de recherche abordés : les études ont été menées dans des sociétés dites « primitives » ou dans des sociétés occidentales. Les thèses développées dépendent ainsi fortement des préoccupations du moment auquel elles ont été formulées : lutte contre le libéralisme et l'individualisme du début du XX^e siècle (Duguit, Hauriou, Gurvitch, Santi Romano) ; lutte contre l'État colonial avant et après la Seconde guerre mondiale (Furniwall) ; réhabilitation des sociétés autochtones (Llewellyn, Hoebel), etc. Toutefois, depuis les années 1980, un certain nombre d'auteurs s'attache à construire une synthèse de tous ces courants (Gilissen, Griffiths, Vanderlinden, Belley, Rouland).

Par rapport à l'explosion anglaise et américaine du pluralisme philosophique, le pluralisme juridique pose un problème de datation. Quand, et où, est-on autorisé à parler de pluralisme ? Le recul du temps conduit parfois sociologues du droit, juristes et historiens à conclure à l'ancienneté, à l'ancestralité du pluralisme et à l'idée que le monisme (à quoi s'oppose le pluralisme) a peu ou pas du tout existé. L'anthropologue Norbert Rouland semble frappé de constater que le pluralisme paraisse aujourd'hui encore, en France, aux yeux des juristes de faculté, et à ceux des philosophes, comme une idée neuve¹⁰. Ce serait plutôt le monisme qui, le cas échéant, pourrait être regardé comme une idée neuve.

⁹ Dominique Schnapper, *La Démocratie providentielle*, Paris, Gallimard, 2002.

¹⁰ Norbert Rouland, *L'État français et le pluralisme*, Paris, Odile Jacob, 1995.

Deux exemples vont dans le sens de l'idée d'une longévité du pluralisme plus grande qu'on ne l'imagine. Le premier est celui du relatif échec du monisme républicain et jacobin. Jusqu'à l'État monarchique centralisé de Louis XIV, la France était le lieu d'une mosaïque de droits issus de diverses provenances. Au Moyen Âge, sur un même territoire plusieurs monnaies avaient cours simultanément, chaque espace social était une bigarrure de systèmes juridiques (coutumes locales ou générales, droit romain et droit canonique, chartes municipales, statuts de corporation, etc.). Puis la Révolution porte à son comble l'amour de la loi. Saint-Just, dans les *Institutions républicaines*, destine aux cités futures le rêve spartiate de lois intangibles gravées dans le marbre. Rabaut Saint-Étienne déclare avec force : « notre histoire n'est pas notre code ». En effet c'est par la loi que l'homme devient maître de son propre destin, et non sous le joug de coutumes aussi fragiles que mobiles.

Il ne faut pas plus de vingt ans pour que s'allume en Allemagne le feu du romantisme. Il réagit contre les aspirations universelles et monistes de l'*Aufklärung*. Il glorifie la coutume, modelée par l'histoire et par le peuple, contre la loi, sourde à la fois à la volonté et au bien du peuple. Pourtant, si l'on revient en France, on constate que le Code civil allait moins loin que ne l'avaient souhaité les Lumières. Dans sa jeunesse, Portalis, qui appréciait l'empirisme de Montesquieu, avait publié un pamphlet contre le Code civil. Quant à Napoléon, il évolua. À l'apogée de l'Empire, couronné de victoires militaires, il rêve de faire du Code civil une législation universelle. Mais dans les dernières années de son règne, l'empereur change de discours : à la Raison raisonnante, il déclare désormais préférer les enseignements du cœur humain.

Sa vision des choses fait en cela écho à l'inquiétude qu'expriment publicistes, écrivains et historiens dès les premières décennies du XIX^e siècle : celle de la dissolution sociale. Ils déplorent le délitement des liens sociaux antérieurs. On découvre la nécessité de remplacer les anciennes solidarités par des liens nouveaux, des corps modernes. Pierre Rosanvallon qualifie cette réaction de « régulation néo-corporative ». Dès 1802, l'État met en place des institutions consultatives qui lui servent d'interface dans ses relations avec certaines professions (chambres de commerce, chambres consultatives des manufactures) ; le mouvement continue avec la multiplication des conseils supérieurs (de l'instruction publique, de l'agriculture, du travail). Par ce biais la représentation pluraliste des groupes secondaires réapparaît, une dizaine d'années après que son principe en ait été nié. On voit qu'un certain pluralisme tend à se réinstaller plusieurs décennies avant de faire l'objet des travaux de Léon Bourgeois, inventeur du solidarisme, ou encore de ceux de Durkheim, dans *De la division du travail social* ; ou surtout, au XX^e siècle, dans les années 1930, de ceux de Georges Gurvitch.

Un deuxième exemple est celui de l'empire romain ¹¹. Comment faire tenir cet immense empire ? Nivelier toutes les disparités, faire de tous des Romains par le glaive et le droit, ou au contraire créer une sorte d'État fédéral ? Rome procède à l'exploitation économique des pays conquis, mais elle ne cherche pas à imposer la prééminence d'une race quelconque (le racisme est pratiquement inconnu dans l'Antiquité) ou bien de sa langue (on apprend le grec), ou encore de ses dieux (accueil des divinités des vaincus dans

¹¹ Norbert Rouland, *op. cit.*, p. 139.

son panthéon). Le rhéteur grec Aelius Aristide en 143 ap. J.-C., ne cache pas son admiration : « grande et magnifique citoyenneté »... « Ni les mers, ni les terres ne sont un obstacle sur la route de la citoyenneté, l'Europe et l'Asie ne sont pas traitées différemment. Tous les droits sont à la disposition de tous ».

Cette réussite est due au refus de l'uniformité. En droit privé, la règle est la plupart du temps l'autonomie : le plus souvent, chaque cité conserve son droit civil. De plus, le droit pratique (dit « vulgaire ») s'écarte assez fréquemment du droit officiel. L'autonomie, toutefois, n'est pas l'indépendance : il ne faut pas que les droits locaux heurtent avec trop de vigueur le droit romain.

Ce dernier exemple, plus encore que le précédent, en tout cas plus reculé dans le temps, atteste ou semble attester la fréquence du pluralisme juridique à travers les âges. Aussi la question se pose-t-elle de savoir pourquoi le thème pluraliste suscite de telles nostalgies politiques et juridiques.

En fait, le pluralisme juridique exposé à travers ces deux exemples ne saurait, aux yeux de certains, correspondre tout à fait à l'essence du pluralisme, à celui qui est moderne, à celui qui nous intéresse. Il lui manque en effet quelque chose d'essentiel : le fait d'être explicité, d'être nommé ; et par suite, revendiqué.

On comprend mieux les vertus que l'on prête à l'idée pluraliste si l'on prend en compte la charge polémique qui est la sienne. Le pluralisme juridique commence avec une réaction aux lacunes du monisme étatique. Le ressort du pluralisme est davantage critique qu'historique. Il est polémique, et pas seulement pacifique.

II. — LE PLURALISME JURIDIQUE COMME RÉACTION AUX LACUNES DU MONISME ÉTATIQUE

Les auteurs pluralistes contestent avant tout la représentation unitaire qui fait de l'État la seule source du droit. Ils s'opposent à l'idée qu'il y a un lien consubstantiel entre l'État et le droit. Ces auteurs ne forment pas un mouvement homogène mais s'inscrivent dans une théorie pluraliste censée rendre compte de la réalité sociale. Selon eux, le droit n'est pas un tout uniforme, identifié à l'État, mais il est multiple et hétérogène ; sur un même territoire peuvent coexister plusieurs ordres juridiques distincts, dépendants les uns des autres ou même en concurrence les uns avec les autres.

La distinction entre le monisme et le pluralisme juridique correspond à une réalité certaine. Toutefois cette controverse ne va pas sans engendrer des malentendus dont on analysera ici quelques uns.

Le pluralisme juridique a une origine et une fonction principalement critiques en ce qu'il dénonce l'étatisation du droit dans la doctrine juridique traditionnelle. Cette visée principalement critique invite à se demander si le pluralisme a un sens en dehors d'une charge polémique. Aujourd'hui, cette fonction critique est loin d'avoir disparu ; au contraire elle a assuré un tel succès à l'idée du pluralisme que celle-ci jouit d'une totale autorité morale. Qui est-ce qui songerait, dans aucun domaine que ce soit, à invoquer une philosophie moniste ? Dans son étude sur les rapports de la démocratie et du pluralisme,

Jean Leca appréhende l'incessant danger de voir ressurgir « l'hydre moniste »¹². Il ne donne pas davantage les raisons qu'il a de vouloir la repousser et consacre ses soins à l'affinement des théories pluralistes et leur intégration dans la démocratie. Il est vrai qu'il n'est pas nécessaire de justifier ce choix car il va de soi que le pluralisme est une valeur qui n'est pas contestée – du moins rarement de façon explicite.

La notion de pluralisme désigne une théorie, ou un faisceau de théories, initialement réactive et dont l'intérêt consiste aussi, justement à être réactive (mais peut-être toute théorie est-elle réactive ?) à la différence de cette coexistence dans et par la tolérance dont Rawls fait le critère de définition d'une société démocratique moderne. La compréhension du pluralisme juridique exige donc préalablement une présentation du monisme juridique. Chez les juristes le monisme prend la forme de l'État. L'État, c'est l'entité qui se déclare comme valable, en ce sens qu'elle est autorisée à ordonner les conduites, de façon unique et exclusive. Pour les théoriciens du pluralisme, l'État devient l'emblème de l'unité et de l'unicité.

Parmi les juristes qui ont soutenu cette conception, les plus influents, les plus déterminés sont Carré de Malberg et Kelsen. L'un et l'autre portent le monisme à son point d'achèvement.

Pour Carré de Malberg, qui développe ses idées dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, l'État est seul investi de cette puissance spécifique qu'est la souveraineté¹³. Le point de départ de tout ordre juridique, c'est l'apparition de la puissance créatrice du droit, c'est-à-dire de l'État lui-même. Dans cette perspective, le droit, perçu avant tout comme contrainte extérieure, ne peut dériver que de l'État. On voit ici que la réflexion sur le pluralisme juridique met en jeu des questions de définitions, et ne se borne pas seulement à établir la juxtaposition de plusieurs ordres juridiques, c'est-à-dire des questions de quantité. La problématique du monisme et du pluralisme, loin d'être toujours quantitative, recouvre des dimensions qualitatives.

La perspective kelsénienne, exprimée dans la *Théorie pure du droit*, est différente de celle de Carré de Malberg bien que le résultat final soit le même. À la différence des positivistes classiques comme Carré de Malberg pour lesquels l'État est un sujet de volonté et d'action existant indépendamment du droit et même avant le droit, Kelsen pense que l'État et le droit sont une seule et même chose désignée par deux noms différents. Pour Kelsen il ne faut pas se fier au pluralisme langagier, mais plutôt savoir dégager sous sa pellicule multicolore l'identité unique d'un concept. Selon lui, les trois éléments qui composent l'État, d'après la théorie traditionnelle, à savoir le peuple, le territoire et la puissance publique, ne se laissent définir les uns comme les autres que juridiquement. En effet, la population est l'ensemble des hommes soumis aux normes particulières d'un ordre juridique ; le territoire est l'espace sur lequel ces normes sont applicables ; enfin, la puissance publique est celle qui s'exerce par le moyen de ces normes. Le droit et l'État constituent donc un seul et unique phénomène. Peuple, territoire, et puissance publique bien évidemment ne sont pas synonymes, mais finissent par s'unifier, parce qu'ils sont la même chose sous une disposition différente.

¹² Jean Leca, « La Démocratie à l'épreuve des pluralismes », in *Revue française de science politique*, vol. 46, n°2, 1996.

¹³ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2004.

La position pluraliste dénonce le caractère totalisant et exclusif du monisme juridique qui contribue non seulement à conforter l'idée d'une suprématie étatique, mais aussi à méconnaître la complexité de la vie sociale en donnant d'elle l'image d'un Tout cohérent et homogène. C'est pourquoi le pluralisme juridique est généralement considéré comme un mouvement de relativisation de l'État. Le pluralisme part du principe qu'il existe au sein d'une société une pluralité d'organisations sociales où se manifestent des phénomènes de droit. Recourir au pluralisme, soutient Jean-Guy Belley, consiste à défendre la thèse d'une « étatisation incomplète du droit », « de l'incapacité de la conception dominante chez les juristes à exprimer la réalité du droit ».

D'une façon générale la problématique du pluralisme juridique répond à deux questions fondamentales : la première est celle des sources du droit, la seconde, celle des modalités du partage de la régulation juridique entre les différentes organisations sociales.

Le problème des sources du droit, et plus précisément de ses manifestations non étatiques (qui s'en distinguent, car la pluralité des sources ne fait pas le pluralisme), a été posé par les premières théories sociologiques du droit. Des auteurs comme Auguste Comte, Durkheim et Duguit pour la France, ou encore Gierke pour l'Allemagne, insistent tous, en effet, sur le rôle déterminant des forces sociales dans la création du droit. Si l'État est une source incontestable de droit, d'autres organisations peuvent également former le droit. Ainsi pour Duguit il y a droit dès qu'un individu est conscient d'avoir à respecter un principe dicté par la raison humaine. Si la norme juridique se distingue des normes sociales, morales et économiques par la contrainte particulière qu'elle fait peser sur les hommes, cela ne signifie pas pour autant que la sanction ait à être organisée pour qu'il y ait droit. Hauriou, comme le philosophe italien Del Vecchi, pense que la vie sociale est composée d'une multitude de groupements ou institutions, qui tendent naturellement à sécréter leur propre droit, indépendamment de l'État. Selon lui, le droit « institutionnel », c'est-à-dire le droit propre au groupement, se dédouble en un droit « statutaire » par lequel l'institution s'organise, et en un droit « disciplinaire », formé de « l'ensemble des actes et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule menace de la force de coercition dont elle dispose ». L'Allemand Ehrlich (parfois réputé être le fondateur de la sociologie du droit) élabore en 1912 la théorie du « droit vivant » : le centre de gravité du droit ne se trouve ni dans la législation, ni dans la science juridique, ni dans la décision judiciaire, mais dans la société elle-même. Georges Gurvitch est le plus systématique d'entre tous, dans la mesure où il n'accorde quasiment aucun intérêt aux règles d'origine étatique, car le droit s'exprime par une « expérience spontanée et intuitive du sentiment de justice ». La rationalisation de cette expérience première sous la forme de lois positives ne constitue qu'une forme dérivée et superficielle du phénomène juridique.

Le pluralisme juridique ne se borne pas à mettre en évidence la dimension non étatique du droit. Puisqu'il existe une multitude de foyers normatifs, les théoriciens du pluralisme ont estimé indispensable de comprendre les relations qu'ils entretenaient entre eux : indépendance, autonomie, complémentarité, intégration, et aussi concurrence. À part Gurvitch qui envisage « un pluralisme de différents ordres juridiques se limitant

réciroquement dans leur indépendance », la plupart des auteurs reconnaissent à l'ordre juridique étatique un rôle prépondérant dans le contrôle de la régulation. La thèse de l'anthropologue Pospisil, bien qu'elle ne fasse pas l'unanimité, exprime ce point de vue : selon lui la société est formée par une série de sous-groupes formant chacun un système juridique particulier. Il estime que la régulation d'une société globale a toujours un centre d'attraction influent. Il va de soi que pour tous ceux qui entendent relativiser le rôle de l'État et de son droit par rapport à la société, ce point de vue est indéfendable. Néanmoins, certains pluralistes, comme Santi Romano, accordent au centralisme juridique un rôle essentiel. Selon Santi Romano, un ordre juridique¹⁴, qu'il soit reconnu ou non, existe dans sa propre sphère. Mais le problème est alors de caractériser les rapports d'un ordre juridique avec un autre et principalement ceux des ordres juridiques non étatiques avec celui de l'État. C'est pourquoi, dans sa typologie des ordres juridiques, Santi Romano définit l'importance de chacun d'eux par rapport à l'État. Il parle de relevance ou d'irrelevance pour signaler si un ordre tient compte ou non de l'existence d'un autre. Et selon lui, l'État jouit, de par son universalisme et sa souveraineté, d'une supériorité indiscutable : quelles que soient les modalités de relevance d'un ordre juridique non étatique pour l'État, cet ordre sera de toute façon, directement ou indirectement, subordonné à l'État. Le droit de l'État est toujours relevant pour les ordres juridiques non étatiques et lorsque le droit d'une institution comme l'Église catholique, par exemple, est relevant pour l'ordre juridique étatique, c'est quand même lui qui en détermine la portée. C'est le cas des effets civils du mariage religieux.

Cette présentation du pluralisme fait apparaître ceux qui en défendent les couleurs comme des pluralistes inachevés dont on peut se demander s'ils croient tout à fait à la réalité, à la réalisation possible de leurs convictions. Pour eux le droit semble continuer de se référer, ultimement, à l'autorité étatique.

Sans doute faut-il noter que les rapports entre ces trois instances que sont l'État, le droit et la société sont complexes et ne se résument pas à l'alternative simpliste « plus » ou « moins » d'État¹⁵ ; ce qui compte, c'est comment le droit, comment l'État, comment la société, c'est-à-dire : par où passent les canaux des pouvoirs, comment s'agence le système.

III. — PORTÉE ET LIMITES DU PLURALISME JURIDIQUE

A. — *État et société*

L'intérêt des thèses pluralistes est manifeste¹⁶. Tout d'abord elles apportent un contrepois au mythe unitaire de l'ordre juridique. Ensuite elles contribuent à reposer la question centrale – sans doute la seule importante – de toute réflexion sur le droit : qu'est-ce que le droit ? C'est bien cette question qui se pose et se repose dans les controverses doctrinales sur l'existence ou non d'un droit extra-étatique. Quel est, ou quels sont le ou les critères de la juridicité. Enfin les thèmes du pluralisme juridique, du fait qu'ils

¹⁵ Pierre Rosanvallon, *L'État en France, de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, 1990.

¹⁶ Cf. Arend Soeteman, *Pluralism and Law*, Hardcover, A. Soeteman editor, 2001.

mettent en jeu, ne serait-ce qu'avec ceux de la société ou de l'État, des entités qui existent aussi en dehors de l'orbe du droit, ouvrent nécessairement sur des questions touchant à l'organisation des espaces public et privé.

Il apparaît que le pluralisme juridique, c'est-à-dire l'idée que le droit est essentiellement multiple et hétérogène, est étroitement dépendant du développement de la sociologie du droit. Elle apparaît comme résultat du pluriel, et étude du pluriel. Le pluralisme d'aujourd'hui, à la différence de celui du Moyen Âge, est inséparable d'une prise de conscience. Au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques. Cette hypothèse est scientifique, mais, comme le rappelle Jean Carbonnier, elle peut aussi être comprise comme une doctrine de politique législative qui critique le monopole de l'État dans la formation du droit et réclame une décentralisation de l'activité légiférante, une multiplication des sources. On touche ici au point nodal de la problématique du pluralisme – la bipolarité de sa signification, la tension qui lui est inhérente entre le fait et la norme. Jean Carbonnier préfère négliger ces implications politiques tout en notant qu'elles ont pu contribuer à donner une impulsion à la théorie chez Gurvitch en particulier dont la foi pluraliste se nourrissait de sympathie pour l'anarchisme proudhonien.

L'hypothèse du pluralisme était déjà en pointillé chez quelques auteurs tels que Gény (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*). C'est Gurvitch qui cependant, en France, a construit le plus systématiquement le pluralisme juridique : en philosophe plutôt qu'en sociologue et moins par une analyse microsociologique que par un tableau historico-comparatif. Le monisme des dogmatiques correspondait à une situation politique contingente et, selon Gurvitch, à la création des grands états nationaux, du XVI^e au XVII^e siècle. Le droit étatique s'est implanté dans la doctrine constituante comme un reflet de la monarchie absolue, et s'y est ensuite consolidé dans l'orbe du dogmatisme. Mais rien ne tient là à l'essentiel du droit. La preuve : l'Europe a longtemps été le lieu du pluralisme. Au Moyen Âge, de même que sur un même territoire, maintes monnaies avaient cours simultanément, chaque espace avait connu une diversité de systèmes juridiques. Or, au XX^e siècle, de nouveau, l'unité instaurée par le rationalisme des codifications vole en éclat ; innombrables centres de générateurs de droit : organisations internationales (aujourd'hui, Gurvitch pourrait dire : communautés européennes) audessus, et en dessous, syndicats, coopératives, *trusts*, entreprises, services publics décentralisés – autant de sources autonomes d'où le droit jaillit. Pour lui, comme pour Ehrlich et les adeptes du droit libre vingt ans plus tôt, le pouvoir juridique par lequel le droit est créé réside non dans l'État, mais dans les faits normatifs, au cœur de la vie sociale.

Le pluralisme, c'est la société contre l'État. Ou, plus exactement, les sociétés, les groupements, contre l'État.

B. — *Taxinomie des pluralismes juridiques*

Nonobstant la diversité des formes de pluralisme, on peut essayer d'en donner une classification, ou plutôt une classification de classifications. Avant toute chose, il convient de distinguer le pluralisme externe du pluralisme interne. Les effets (ou non-

effets) du pluralisme externe sont au nombre de trois : acculturation, métissage, élimination.

Pour ordonner le pluralisme, Jean Carbonnier propose une triple distinction ¹⁷.

1 - Phénomènes individuels et phénomènes collectifs

Le pluralisme peut consister en ceci qu'un groupement particulier pratique un droit différent du droit étatique, que ce soit un groupement organisé (municipalité avec règles de stationnement, Ordre des médecins avec code de déontologie) ou non organisé (file d'attente qui met en œuvre spontanément la règle *prior tempore potior jure*).

Le pluralisme peut aussi résider dans la conscience individuelle lorsque l'individu éprouve le sentiment d'appartenir cumulativement à 2 ordres juridiques : c'est le cas de celui qui se sent dépendant, quant au mariage, du droit canon en tant que catholique, du droit civil en tant que citoyen. Selon Jean Carbonnier, l'objection de conscience ne suppose pas *a priori* un pluralisme juridique parce que c'est avec une prescription seulement spirituelle que la loi entre en conflit, mais il est possible que la religion confère la portée d'une règle de droit à certaines de ses prescriptions.

2 - Phénomènes de concurrence et phénomènes de récurrence

Jean Carbonnier distingue (et associe) ce qu'il désigne comme phénomènes de concurrence et phénomènes de récurrence. Les théoriciens du pluralisme se réfèrent aux premiers ; au droit actuel de l'État, ils opposent d'autres droits également actuels. Il y a simultanément des commandements, possibilité de conflit. Ainsi, des immigrés continuent d'observer, même après naturalisation, des règles de leur droit originaire, compatibles ou non avec le droit français. La remise d'une dot au père de la fiancée, que les musulmans sentent comme obligatoire, peut se superposer à notre mariage en mairie sans en altérer la substance, tandis que l'excision des filles pratiquée selon leur coutume par les maliens est condamnée par notre Code pénal comme mutilation.

Le conflit ne se joue d'ailleurs pas nécessairement dans un temps unique, il peut être engendré par une succession de normes dans le temps, le commandement disparu opérant un vigoureux retour dans les attitudes collectives ou les consciences individuelles. L'abrogation dogmatique ne doit pas être confondue avec l'abrogation sociologique. Ainsi, par exemple, en Syrie, 10 ans après que le droit de la responsabilité eut été codifié à l'euro péenne, on constatait que les juges continuaient d'évaluer les dommages à la personne selon les règles de la *diyya*. Ce pluralisme par survivance a été constaté, même à notre époque, dans quelques parties du pays Basque ou du Béarn : le principe de l'égalité entre héritiers, tel qu'il a été instauré par le Code civil, a dû longtemps et doit encore lutter contre la récurrence des anciennes coutumes et du privilège de l'aîné.

3 - Phénomènes catégoriques et phénomènes diffus

Le pluralisme peut être dit catégorique lorsque l'ordre juridique coexistant avec le droit de l'État forme comme lui une catégorie aux contours distincts. Ainsi, après que la Révolution eut aboli les rentes féodales, nombre de tenanciers (surtout dans l'Ouest de la France) continuèrent longtemps encore à s'en acquitter. Les deux droits qui s'étaient

¹⁷ Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2004.

succédé étaient très reconnaissables en tant que droits : ce pluralisme par récurrence était un pluralisme catégorique. De nature différente sont les phénomènes dits de marché noir, économie souterraine – marché noir des périodes de disette (ex 1939-1945), marché noir du travail pour se dispenser d'acquitter les cotisations sociales, du commerce pour s'affranchir de la TVA. Les usagers du marché noir se donnent bonne conscience en invoquant contre la légalité un ordre d'absolue liberté contractuelle qu'ils jugent supérieur au droit actuel, comme le droit d'un paradis perdu : celui d'avant 1914.

De même, dans l'attitude divisée de l'opinion publique à l'égard du suicide, il y a peut-être le reflet d'un conflit entre systèmes juridiques. Le droit positif, tel que constitué en France à ce sujet depuis la Révolution, est un droit de licéité, mais de licéité imparfaite. Car c'est un délit que d'encourager le suicide (loi du 31 déc 1987, puis Code pénal de 1993, art. 223-13) ; et selon les interprétations généralement admises, il peut y avoir délit pénalement réprimé à ne pas empêcher le suicide d'autrui, voire homicide à le favoriser. Ce droit positif semble avoir à lutter, dans la conscience collective, d'un côté avec un modèle plus franchement permissif, venu du fond de l'Antiquité, de l'autre surtout, avec le modèle répressif transmis par l'Ancien droit, sociologiquement mal aboli.

IV. — RÉSISTANCE DU PLURALISME

Jean Carbonnier n'est pas, en dernière analyse, tout à fait acquis à la thèse pluraliste. Il y décèle en effet l'expression d'un dilemme. Ou bien les phénomènes dépeints comme constituant un autre droit sont pris en considération par le système juridique global, donc raccordés à lui, intégrés à lui d'une certaine manière, « et l'unité est restaurée à travers ce système global qui en assure l'ensemble ; ou bien les phénomènes de prétendus autres droits restent en dehors, non intégrés au système et ils ne peuvent plus être qualifiés de droit, simplement de sous-droit. Or, le juridique et l'infra-juridique ne font pas un pluriel parce qu'ils ne sont pas d'identique nature »¹⁸.

On fera ici deux remarques :

D'abord, la thèse selon laquelle le juridique et l'infra-juridique ne font pas un pluriel touche au cœur du problème recouvert par la question du pluralisme. Faut-il que les manifestations soient de même nature pour qu'il y ait pluralisme ? Doit-il y avoir une égalité initiale entre les phénomènes pour que l'on soit autorisé à parler de pluralisme, ou suffit-il qu'ils soient traités de façon égale, quelle que soit leur hétérogénéité ? Est-ce une identité de nature des phénomènes juridiques qui confère au droit la qualité de pluraliste ? Cela conduit à la question de savoir comment s'organise un droit pluraliste.

Ensuite, la deuxième remarque concerne la radicalisation – qui semble aller de soi – de la distinction entre droit et non-droit : il n'est pas sûr que cette distinction puisse avoir une valeur stable s'il faut en croire l'apparition de ce qu'on appelle, sous l'impulsion de Mireille Delmas-Marty, le droit flou, le droit mou et le droit doux¹⁹.

¹⁸ Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1992, p. 360.

¹⁹ Mireille Delmas-Marty, *Le Flou du droit*, Paris, PUF, 2004 ; *Le Relatif et l'universel*, Paris, Le Seuil, 2004. Dans ce dernier livre, Mireille Delmas Marty prône les vertus d'un

Cette conception rigoureuse et puriste de la distinction entre le droit et l'infra-juridique a pour effet de pulvériser la réalité du pluralisme juridique. Il n'y a de pluralisme qu'apparent, de façade. Il ne résiste pas à la hiérarchisation, qui est toujours possible. Ainsi, explique Jean Carbonnier, « pour quelques-uns des phénomènes allégués au titre du pluralisme juridique, l'intégration est manifeste ». Par exemple, le règlement d'atelier semble créer un droit particulier à l'entreprise pour la raison qu'il porte un collier (l'art 1134) qui le rattache au Code civil. Si, en Suisse, le maître de maison peut établir un règlement intérieur, c'est parce que le Code civil helvétique lui confère l'autorité domestique. Coexistence en France de la loi canonique et du droit laïc, dans la mesure où elle ne le contredit pas.

D'autres exemples en revanche, résistent à toute explication par l'intégration. Ainsi le droit antérieur à 1945 prévoyait entre propriétaire et métayer un partage des fruits par moitié. Le statut de 1945 y substitua une règle de tiercement qui était impérative (un tiers seulement au bailleur). En certains endroits, les intéressés n'en continuèrent pas moins pendant longtemps à partager par moitié. De même nous avons en France des familles d'immigrés musulmans où se pratique la répudiation de la femme, à l'encontre de la conception que nous avons de l'ordre public international. Notre système juridique n'intègre pas ces faits normatifs dissidents. Dans des cas semblables, les normes qui font agir les intéressés ne sont pas juridiques — ni pour le droit dogmatique, ni pour la sociologie du droit — même si elles sont prises pour telles. « Car quelque critère sociologique qu'on se forge de la juridicité, ce critère manque. Tout au plus, peut-on entrevoir des formes frustes, larvées : une pression venant de l'extérieur, une ébauche de consultation familiale. Les choses ne se passent pas droit contre droit, mais sous-droit contre sous-droit. Or, si les phénomènes infra-juridiques ressemblent aux juridiques, ils en sont substantiellement différents. Nous toucherions peut-être là la grande illusion du pluralisme ? Il croit avoir filmé le combat de deux grands systèmes juridiques, mais ce qu'il montre est un système juridique aux prises avec l'ombre d'un autre »²⁰.

Si l'on adhère à cette conception pessimiste, on comprend ce qui nourrit la quête pluraliste, et pourquoi les aspirations qu'elle nourrit sont toujours renouvelées : parce qu'elles ne sont jamais satisfaites.

Selon Jean Carbonnier le véritable pluralisme pourrait bien se trouver plus loin dans l'épaisseur des faits, lorsque, cessant d'opposer des règles entre elles, on oppose, pour une même règle, des manières différentes de l'appliquer.

Cette réflexion renvoie au jugement. Si le juge crée du droit, la multiplicité des juges au sein d'un système est propre à engendrer des phénomènes de pluralisme juridique. Ce à quoi les juristes dogmatiques répondent qu'il n'est guère de pays où, précisément en parade à ce risque de pluralisme, des mécanismes n'aient été organisés — voies de recours et cours régulatrices — afin d'assurer l'unité de la jurisprudence. Mais les voies de recours ne sont pas toujours exercées, les cours régulatrices pas toujours

« pluralisme ordonné » pour combattre le double risque d'un ordre hégémonique ou d'un désordre impuissant.

²⁰ Jean Carbonnier, *op.cit.*, p. 361.

entendues ; les dissidences jurisprudentielles, même si elles sont anormales, sont des réalités qui s'imposent à toute sociologie du droit.

De plus, il y a un pluralisme judiciaire qui a un caractère structural : c'est celui qui résulte de ce que l'on appelle techniquement le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Suivant la façon dont est utilisé ce pouvoir, on aboutit éventuellement à des résultats différents : une blessure identique n'est pas ici et là réparée au même taux ; l'intérêt de la famille, qui conditionne le changement de régime matrimonial, est conçu plus étroitement à Paris qu'à Bordeaux ; les probabilités, d'ailleurs faibles, d'échouer dans une demande en divorce, doubleraient il y a 30 ans, pour peu qu'on émigrât d'Île de France en Poitou. Souvent les attitudes originales d'une juridiction sont déterminées par des conditions objectives – les conditions géographiques ou historiques, économiques ou culturelles — du ressort, c'est-à-dire du milieu social particulier dans lequel elle a compétence. Lors même que les magistrats ne se recrutent pas dans ce milieu, on peut supposer qu'ils sont influencés par les courants d'opinion qui les entourent. Le particularisme local ou régional acquiert alors assez de stabilité et une nature suffisamment collective pour qu'on puisse dépeindre la situation comme création d'un sous-système de droit.

Selon nous, cette variété de pluralisme — dans les décisions de justice — ne représente pas véritablement une forme de pluralisme. Il ne s'agit que de nuances dans l'interprétation d'une règle qui, ultimement, reste unique et la même pour tous.

Ce n'est pas toujours des juges que dépend l'application des lois, ce peut être aussi des justiciables, ou de leurs conseils. Que la majorité des contractants, dans un lieu, recoure à un type contractuel inusité ailleurs, un droit différent se dessine ; ainsi, au siècle dernier, l'attachement méridional à la dotalité coupait la France unifiée d'un pluralisme juridique nettement visible. Ou encore, en 1981, les divorçant recouraient au divorce par consentement mutuel plus largement dans le ressort de la Cour de Montpellier que dans celui de la Cour de Rennes. Selon la propension ou la répugnance éprouvée par la population à pratiquer tel ou tel comportement juridique, il va se constituer une mosaïque de droits.

On pourrait surtout ajouter au nombre de ces manifestations de pluralisme juridique les phénomènes que l'on qualifie de modes alternatifs de règlement des conflits – *i. e.* médiation, conciliation, arbitrage. Dans ces cas-là, on délaisse le juge au profit d'autres solutions, peut-être plus authentiquement pluralistes.

La même remarque pourrait s'appliquer aux nouvelles sources normatives telles que les autorités administratives indépendantes. On appelle autorités administratives indépendantes – telles que le Conseil de la concurrence, la CNIL (Commission nationale informatique et libertés), l'AMF (Autorité des marchés financiers), ou encore le Conseil supérieur de l'audiovisuel, — pour n'en citer que quelques uns — ces émanations de l'État qui sont réputées ne pas lui être subordonnées mais lui doivent leur existence. Et surtout, comme on l'a dit plus haut, la latitude existant à la Cour suprême de laisser s'exprimer les opinions dissidentes, que ce soit à la Cour suprême des États-Unis ou à la Cour européenne des droits de l'homme.

Si la démocratie vise le gouvernement de la multitude, le souci pluraliste se situe entre la préoccupation de chaque individu et celle du peuple, rassemblé en nation. Il a

affaire au groupe, en tant que tel. La charge anti-étatiste le caractérise aujourd'hui encore, comme à ses débuts. C'est son caractère le plus stable ; en effet les configurations véritablement pluralistes sont plus rares que l'on ne le pense. Une partie de son efficacité tient à sa nature d'idéal régulateur.

terdom@wanadoo.fr