

GENRE DU DROIT / GENRES DE DROITS

GENDER OF LAW, TYPES OF LAWS

GILDA NICOLAU*

RÉSUMÉ

Pour décrire la complémentarité entre le droit, l'anthropologie et les études de genre, ce texte propose un cheminement allant de la division de la société par rôles symboliquement sexués, passant par les développements contemporains des intuitions de Marcel Mauss, puis de ses successeurs à partir de la théorie du don, et développée par le mouvement anti utilitariste en sciences sociales (M.A.U.S.S.). L'approche critique apportée par les études féministes permet de dégager les termes de la discrimination sexiste à l'oeuvre dans ces inventions culturelles.

MOTS-CLÉS: Droit. Droits. Don. Division sociale par sexe. Marcel Mauss. Annette Weiner. M.A.U.S.S.. Études de genre. Discrimination. Aporias. Recherche action.

ABSTRACT

This text describes the complementarity between law, anthropology, and gender studies by going through the division of society by symbolically gendered role, the intuitions of Marcel Mauss and his successors based on the gift theory, and their developments by the anti utilitarian movement in social sciences (M.A.U.S.S.). The critical approach of the gender studies reveals the remaining discrimination in this cultural inventions.

KEYWORDS: Law. Rights. Gift. Social division by sex. Marcel Mauss. Annette Weiner. Anti Utilitarian movement in social sciences. Gender studies. Discriminations. Aporias. Research action.

La mujer es la mitad del cielo¹

Prêtée à Confucius, cette formule, qui renvoie au Ciel de la pensée chinoise de l'alternance et du processus², a germé sous

* Professeure de droit privé et de sciences criminelles, à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Directrice du Master 2 recherche de droit comparé spécialité anthropologie du droit. E-mail: gildanicolau@gmail.com

- 1 La femme est la moitié du ciel. Pensée prêtée à Confucius reprise en référence à l'oppression qui a pesé sur les femmes, durant une très longue période de l'histoire chinoise. La phrase est reprise dans plusieurs langues à l'égard des cultures dominantes pour lesquelles le seul salut proposé aux minorités occultées, se trouve dans un au-delà prophétisé, soit après la mort physique (le paradis non terrestre) ou dans un au-delà de la vie matérielle. Elle est célébrée par le film du même nom, du cinéaste espagnol *Manuel Gutierrez Aragon, en 1986, Concha d'or du meilleur film au festival de Saint Sebastien*. Notamment, le jeudi 8 avril 2010, le centre de la femme de Maipu près de Santiago du Chili, ouvrait sa cérémonie annuelle en lançant le livre «Las mujeres sostienen la mitad del cielo y de la tierra».
- 2 Le Khien qui exprime le ciel, la force d'action ou d'activité, l'activité sans repos, est représenté par le premier hexagramme du Yi King. Si l'on en parle d'une façon absolue,

le ciel féministe de notre dualisme occidental judéo-chrétien³. L'importation de cet adage, et sa récupération par les féministes sud américaines en : « La mujer es la mitad del cielo y de la tierra⁴ » servira de fil, sur lequel je traverserai, en funambule, ce propos.

La pensée juridique occidentale, issue de la promotion de la raison au premier rang des sources fiables de la scientificité⁵, a développé des couples binaires de concepts, à leur tour déconstruits par la comparaison, mais avec de très fortes résistances, ce qui est l'objet de ce propos, par la comparaison en droit.

La comparaison des savoirs et pratiques éloignés, dans le monde, mais aussi entre pensée scientifique et pensée pratique, permet de revenir sur les plis⁶ de nos constructions. Or ces plis abritent de nombreuses apories, et s'il est un art du juriste, cela devrait être de pouvoir se poser de nouvelles questions théoriques comme pratiques et opératoires (les deux sont liés par nécessité

c'est la voie rationnelle et morale. Cette activité exprimée par le mot Khien est l'origine et le commencement de tous les êtres et de toutes les choses. Il est associé au principe masculin. Khouen est l'antithèse de Khien; **les quatre vertus fondamentales sont les mêmes, mais l'essence de la perfection est différente.** C'est par la douceur malléable et la passivité, qu'il y a perfection la formule dit: perfection de la jument, laquelle est prise pour symbole. Parmi les formes définies de la négativité, aucune n'est aussi grande que la terre. Dans un mouvement permanent mu par attraction du Yin et du Yang (termes qui n'existent pas en tant que tels dans le Yi King), le principe de positivité précède, la négativité suit. La positivité se guide sur le devoir, la négativité se guide sur le bien. *Le Yi king*, Traduit du chinois par Paul-Louis-Félix PHILASTRE et présenté par François JULLIEN, *Zulma*, 1992, p.25- 26, 59-60. Yin, c'est ce qui va devenir yang, Yang, c'est ce qui va devenir Yin. Cyrille JAVARY, *Les rouages du Yi King*, Philippe Picquier, 2001.

- 3 Gilda NICOLAU, *La prophétie du non droit*, colloque Jean Carbonnier et les sciences sociales, Nanterre, 2008, à paraître. En ligne sur le site DHDI.fr (droits de l'homme et dialogue interculturel). La frontière évolue selon les limites que l'on donne à l'un par rapport à l'autre, ce qui justifie chez l'auteur son idée du nécessaire recul du droit, jusque dans sa pensée religieuse très influencée par Luther. Jean Carbonnier ne se départira pas tout à fait de cette ambiguïté de la pensée en droit et de la pensée socio-anthropologique du droit.
- 4 La femme est la moitié du ciel et de la terre.
- 5 Pensée qui est aussi celle des anthropologues étudiant les sociétés exotiques, ou leur prêtant cette caractéristique.
- 6 Expression de François JULIEN, notamment dans *Procès et création, une introduction à la pensée chinoise*, Seuil, 1989.

pour les libertés), sans ambition d'avoir depuis des millénaires fait le tour complet et désabusé de la nature humaine.

L'anthropologie nous rappelle « *le mode d'existence original de l'homme comme être qui non seulement vit en société (comme les autres animaux sociaux), mais produit de la société pour vivre*⁷ ».

Je voudrais partir des résultats obtenus par des années de féminisme, d'études de genre, et de pensée critique, pour étayer quelque peu l'idée que le monde ne se divise pas ou pas seulement en deux, et donc pas davantage en deux sexes, deux sexualités, deux genres, et que si c'est le cas, les deux branches sont des constructions normatives et fonctionnelles, et partant, ne sont pas nécessairement opposées. C'est un phénomène proprement occidental que d'avoir posé la pensée de l'autre en pensée du contraire, et de l'avoir traversée d'une logique judiciaire adversariale, devenue l'étalon de la juridicité officielle. Puisque la nature de l'homme est culturelle (et juridique) et seulement cela, il est donc permis de se demander ce qui se cache sous tous ces plis de la pensée occidentale, où tant sciences du droit, qu'études féministes sont nés, et d'aller à sa recherche.

Le pôle de la division de genre ou **par sexe**⁸, entendu comme une des modalités normatives de division complexe des relations humaines, est pour le moment binaire ou plus rarement ternaire. La pensée critique et à la suite d'Edgard Morin, le développement de la pensée complexe⁹, ont porté les méthodologies, à réintroduire le tiers dans les logiques rationnelles, comme à le réhabiliter dans les logiques juridiques. À cet égard, le fait physique (être un homme, une femme, ou les deux, ou être autrement), révélé en général par des caractères sexuels apparents sera, au gré des cultures, une modalité-archétypale parmi d'autres, des relations sociales. Il me faudra partir du « chemin de déprise¹⁰ » du **sexe naturel** amorcé par

7 Maurice GODELIER, *L'énigme du don*, Champs Garnier Flammarion, 1996.

8 Rupture opérée par Marcel Mauss.

9 Edgar MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, EDF, 1990. Denys de BÉCHILON, *Les défis de la complexité-Vers un nouveau paradigme de la connaissance*, autour de Edgar Morin et de Georges Balandier, L'Harmattan, 1994.

10 Irène THÉRY, *La distinction de sexe, une nouvelle approche de l'égalité*, Odile Jacob, 2007, p.126.

Mauss en 1831, et ses étudiants(es) en ethnologie, à une époque où les études en général n'étaient guère recommandées aux « non-citoyennes ». L'enjeu en sera de souligner l'insuffisance du regard critique de la science juridique sur ce point précis. En d'autres termes, en s'attachant principalement aux événements dramatiques qui viennent ponctuer, notamment par la mise en litige sous forme d'un procès¹¹, la manière dont les hommes et les femmes sont culturellement portés dos à dos, et en le faisant dans une culture juridique monologique et principalement adversariale, la science juridique positiviste se coupe des fondements du droit et de ses dysfonctionnements majeurs.

Ainsi posée, la manière d'envisager la recherche s'appuie sur ce préalable que la différence biologique entre les sexes n'a de sens que culturellement, et que le droit, non seulement prend une part non négligeable dans son authentification, mais serait lui-même genré. Or si les autres disciplines ont depuis longtemps opéré cette dénaturalisation, la science du droit positif continue à opposer les hommes et les femmes, ou leurs tendances sexuelles, en en biologisant la reproduction, ramenée à sa plus simple expression.

J'insiste sur le fait que je ne limiterai pas le terme droit à ses sources et crispations autour d'un événement ponctuel au sein des institutions étatiques, au regard de l'infinité de la mêlée normative dans le quotidien des gens, qui peuvent seulement occasionnellement y mener. Peu important à ce stade, le mot qu'il conviendra d'utiliser pour désigner ces normes, sources, manifestations, ou modalités de légitimation différentes. Ce problème arrivera en un second lieu (mais dans le même temps), sur la scène politique au sein de laquelle il s'agira de mettre une limite légitime à l'emprise possible de l'autre. C'est pourquoi la part linguistique de la recherche et l'attention portée aux mots afin de résister à l'englobement totalitaire de la pensée monologique, sera active.

11 Qui n'est en soi qu'une culture juridique et judiciaire dominante mais qui n'épuise pas le phénomène juridique. Jean Carbonnier en dégage très tôt l'hypothèse vérifiée depuis, dans ses deux théorèmes de la sociologie juridique : le droit est plus petit que les relations entre les hommes, et le droit est plus grand que les sources formelles du droit. in *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 2001, p.21-24.

Dans une première hypothèse, je reviendrai sur les travaux de Marcel Mauss, puis du M.A.U.S.S., pour revisiter les trois foyers occidentaux de la production juridique, dans une perspective critique du droit de l'État et de sa prétention au monopole, et à la saturation de la juridicité.

Je poserai une seconde hypothèse en forme de question, sur la nature genrée du droit, où la part du don serait indexée au genre féminin, et la part de l'État au genre masculin. Cette seconde hypothèse vise à évaluer, et je ne le fais avec mes étudiants à Paris 1 que depuis deux ou trois ans, l'affaiblissement, et l'occultation des valeurs que nous attribuons au « genre féminin », et le tribut qui en résulte en termes de disparition de la socialité et des lieux de vie qui en permettent l'émergence. Par un retour d'optimisme *in fine*, je me demanderai en quoi ces valeurs resurgiraient-elles, comme un retour du refoulé ?

Sur le plan scientifique, que devons-nous, juristes et citoyens à l'anthropologie, à la sociologie, à la science du droit féministe¹², et quelle est la part collaborative avec les luttes des femmes et des hommes sur le terrain ? Les mères de ma génération se plaignent de ce que leurs filles ne sont plus assez féministes. Elles jouissent pour une part d'entre elles, de tout ce que nous avons gagné pour elles, et pour leurs partenaires de vie, de droit de partager en toute liberté les espaces publics comme privés de la juridicité, à leur guise. Le droit où le genre appartient à tous, et où les hommes aussi ont le droit d'être des femmes comme les autres. À côté, sur les scènes d'accueil de la socialisation, la montée de la délinquance des jeunes femmes et filles, atteste que nous les avons autorisées à dire « non » même si beaucoup ont encore besoin de crier pour le faire. Leurs éventuels compagnons selon une certaine presse, s'en trouveraient désemparés. Ne désespérons pas de la capacité d'adaptation de l'espèce !

Pour décrire la complémentarité entre le droit, l'anthropologie et les études de genre, ce texte propose un cheminement allant de la division de la société par rôles symboliquement sexués, passant par

12 Sur le développement de l'ethnocide à l'intérieur des sociétés occidentales. Gilda NICOLAU, Geneviève PIGNARRE, Régis LAFARGUE, *Ethnologie juridique-autour de trois exercices*, Dalloz, méthodes du droit, 2007, p. 160 et ss.

des développements contemporains des intuitions de Marcel Mauss, puis de ses successeurs à partir de la théorie du don¹³ et développée par le Mouvement Anti Utilitariste en Sciences Sociales (M.A.U.S.S) (I). La déconstruction culturelle qu'elles nous imposent, permettra de dégager certaines apories du droit Étatique dans sa prétention au monopole de la juridicité (II). Il s'agira enfin de rendre hommage aux recherches féministes pour leurs contributions diversifiées aux liens entre les disciplines, mais aussi en leur sein aux méthodologies critiques de la domination scientifique ; ceci en soulignant la dette des juristes à leur égard, laquelle appelle encore bien des scènes de reconnaissance (III).

I. LA PART BANNIE DU DROIT OCCIDENTAL

L'occultation du don, sphère créatrice de la socialité juridique est liée à un lent mouvement de la construction dogmatique du droit occidental dégagée par Pierre Legendre, et de la réduction des relations humaines à la logique utilitariste du marché. La part prépondérante du féminin au sein de cette sphère, s'en trouverait *de facto* ignorée, et détournée de sa reconnaissance fondatrice du droit.

La division entre le droit (étatique), masculin et la société (féminine) porteuse des courants de recherche droit et société, peut alors être revisitée à l'aune du paradigme pluraliste, autrement qu'en termes de « pénétration », voire de viol, sous la contrainte légitime de l'institution. La violence faite continûment aux cultures juridiques, même institutionnelles (on songe notamment aux projets de lois qui visent actuellement à laminer la justice des mineurs sans consultations des principaux acteurs de cette justice transmoderne à visage humain), laisse penser que notre manière de faire du droit « officiel », sans moyens et sans méthodes est loin d'être démocratique. Elle n'offre plus que le triste visage de la domination, qui ne sait plus créer de scènes publiques, pour que la part de justice soit entendue avant d'être ritualisée et institutionnalisée.

13 On pourrait, comme c'est le cas au début de ce propos, y distinguer le don fait aux dieux, qui occupe sa théorie du religieux, et celui qui fait système juridique entre les hommes.

Si l'on prend l'expression à la lettre, la comparaison en (anthropologie du) droit, permet de porter un regard critique sur la rencontre des pensées du monde et donc du droit. Méthodologiquement, et par un retour, s'il y a bien une spécificité organique dans la mise en œuvre d'une partie du droit que l'on nommera droit étatique ou officiel, rien ne permet de dégager une ontologie ou une ontonomie particulière du droit. En tant que phénomène psychique, ou linguistique, il faudra bien ne pas nous autoriser, décevantement, à en nier l'existence. Autant dire tout de suite que Dieu n'existe pas ! Il est en revanche tout à fait permis de penser que le droit (et Dieu aussi) puisse faire l'école buissonnière¹⁴, ce qui n'est pas nécessaire dans les sociétés sans État, ou très à l'écart de celui-ci. Une anthropologie du détour est précieuse pour s'émanciper de nos évidences comme de nos impensés. Marcel Mauss dégage à cet égard les fondations juridiques de quelques sociétés du pacifique sans États (A), et propose un nouveau paradigme de la socialité transposable aux sociétés modernes. Anette Weiner prolonge et enrichit cette pensée d'un point de vue plus féministe¹⁵ (B). Le mouvement anti-utilitariste en sciences sociales tente de relier trois piliers de l'organisation normative des sociétés étatiques libérales capitalistes (C).

A. MARCEL MAUSS ET LA DIVISION SOCIALE PAR SEXES

La relation de réciprocité a été analysée en 1924 par Marcel Mauss, dans son célèbre essai sur le don¹⁶. L'auteur n'a cessé d'être commenté et prolongé par un nombre considérable d'auteurs de disciplines comme de langues et nationalités différentes. Pour autant, nous sommes loin d'avoir épuisé l'ampleur des développements possibles de ses intuitions.

Si la recherche anglo-saxonne a amplifié considérablement, son travail juridique de systématisation, la recherche française

14 Patricia HUYGHEBAERT, BORIS MARTIN, *Quand le droit fait l'école buissonnière-Pratiques populaires de droit*, Descartes et cie 2002.

15 On peut affirmer que le propos de Mauss l'est déjà.

16 Marcel MAUSS, *Sociologie et anthropologie*, Paris PUF 1950, PP 143-362.

n'est pas restée en reste. À cet égard, Florence Weber, dans sa présentation de l'œuvre de Mauss pour Wikipedia souligne: « *Le lecteur anglophone est mieux armé pour comprendre ce fil essentiel de l'œuvre de Mauss. Parce qu'il fallait traduire, et parce que les plus grands anthropologues anglais se sont engagés dans l'entreprise, il dispose de plusieurs ouvrages longuement commentés: plusieurs éditions de The Gift (préfacé par Evans-Pritchard puis par Mary Douglas), Sacrifice (préfacé par Evans-Pritchard), A General Theory of Magic, mais aussi plus récemment On Prayer (2004, Berghahn)* ».

En France, Irène Théry, vient récemment de délivrer un travail de réflexion très longuement mûri, et nourri de recherche féministe anglo-saxonne et française sur la fabrication du lien social. Reprenant les thèses de Mauss, critiquant de manière novatrice les oublis importants de l'universalisme de Claude Lévi Strauss, elle rend une telle justice à la recherche féministe, que ce propos réduit et donc réducteur, ressemblera à un hommage de seconde zone. Dans le sillage de Mary Douglas¹⁷, Marilyn Strattem¹⁸, Cécile Barraud, Catherine Alès..., pour citer pour cette fois, des femmes en haut de la page, elle présente le genre comme une « modalité des actions et des relations et non comme un attribut des personnes », déplaçant le regard vers le contexte social qui donne sens à nos actes. Elle convoque alors les ressources de l'anthropologie, de la philosophie, pour porter un regard éloigné et critique de la construction moderne de la distinction de sexes¹⁹.

Dans le système du don – qui est un système juridique, longuement occulté par la période structuraliste en France, tandis que l'anthropologie anglo-saxonne savait en saisir les implications essentielles pour notre avenir – le sexe change de sens: il n'est plus l'objet de la division, mais le critère, la modalité de celle-ci, et cette

17 *How do institutions think?* Syracuse, University Press, 1986. *Comment pensent les institutions*, suivi de *La connaissance de soi*, et *Il n'y a pas de don gratuit*, La découverte, poche, 2004.

18 Marilyn STRATTEM, *The gender of the gift. Problems with women and problems with society in Melanesia*, Berkeley, university of California press, 1988.

19 Irène THÉRY, *La distinction de sexe, une nouvelle approche de l'égalité*, Odile Jacob, 2007, p.447.

division est essentiellement relative aux autres, relationnelle. Il y a donc des sœurs, des collègues de tous métiers, des sorcières ou prêtresses, des ministres et présidentes, des vieilles, et cela en rapport avec « de » l'autre, qui est non sœur, non vieille... La division **par sexe** (au lieu de : division **de sexe**) se combine également à la division par âge, toutes deux construites en fonction de la conception du temps²⁰.

Or ce « détail » oublié, semble à l'origine de nombreuses années de lutte belliqueuse pour la reconnaissance sociale, aux fins d'éviter de réduire les femmes à une de ses fonctions les plus comparables à l'animalité du moins chez certains mammifères : une mère et une épouse. On retrouve encore trace de cette distinction soulignée par Michael Walzer²¹ dans les nominations de monsieur et madame, le premier renvoyant à un rang social, le second indexé à la sphère domestique où les femmes mariées furent et sont encore souvent assignées²². Comme Annette Weiner, ce philosophe anthropologue porte son regard sur les biens qui circulent, en vue de leur répartition, mais comme indicateurs de sphères de justice différenciées.

En philosophie comme en sciences sociales, le lien conceptuel entre identité et altérité²³, ne peut être dédoublé sans risque de domination. La répartition doit se faire en complémentarité sans renvoyer les différences dos à dos.

B. ANNETTE WEINER ET LA RÉPARTITION DU POUVOIR PAR SEXE

Annette Weiner, anthropologue américaine, reprend le dossier du don ouvert par Marcel Mauss, à partir des recherches

20 Qui n'est pas non plus universelle. Elle est cyclique en Nouvelle Calédonie, par exemple, et les âges peuvent s'inverser au moment des passages et nominations.

21 Michael WALZER, *Sphères de justice, pour une défense du pluralisme et de l'égalité*, Seuil, La couleur des idées, 1997.

22 La liberté de ne pas se marier étant également variable selon les cultures, l'époque, et les catégories sociales.

23 François LAPLANTINE, *Je nous et les autres – Être humain au-delà des appartenances*, Le Pommier, 1999.

de terrain de Malinowski chez les Trobriandais et de Franz Boas chez les Kwakiutl. Elle se rend en Mélanésie où Malinowski a fait ses recherches sur les systèmes d'échanges qui inspirèrent l'essai sur le don à Mauss.

Elle se montre capable de mettre en exergue dans les travaux de Mauss ce qu'un siècle de commentaires masculins et pour une part, de tendance utilitariste, avait plongé dans l'oubli. Au fil de ses publications²⁴, elle développe des idées essentielles qui seront appuyées, mises en exergue par Maurice Godelier²⁵, puis par Jean Pierre Warnier, pour la revue du M.A.U.S.S.

Elle y travaille sur les échanges féminins, non sans avoir récusé cette prédestination méthodologique, et alors que Malinowski n'a pas publié à ce sujet. « *Il est temps que nous cessions de discuter sur le fait de savoir si les informateurs femmes en savent ou non autant que les informateurs hommes et il est temps que nous cessions de rationaliser ce qui fait que les anthropologues hommes et femmes ne peuvent pas étudier les femmes*²⁶ ». Elle étudiera bien sûr pour sa part les « échanges entre les hommes » (ce qui est plus ordinaire), considérant qu'il y a des méthodes à mettre en œuvre et une égale (mais différente) difficulté d'accès au terrain, que l'on soit homme ou femme.

Elle estime, comme Marcel Mauss, que si les sociétés étudiées pratiquent le don et le contre don, elles se gardent de tout échanger, en distinguant deux catégories de biens : les biens aliénables engagés dans diverses modalités d'échange et les biens inaliénables que l'on garde par-devers soi. Marcel Mauss, dans l'essai sur le don, s'intéresse surtout à ce qui circule et laisse un peu de côté ces biens

24 Annette WEINER, *Women of value, men of renown: new perspectives in Trobriand exchange*, Austin, University of Texas press, 1976. Plus précieux que l'or: relations et échanges entre hommes et femmes dans les sociétés d'Océanie, annales ESC, n° 2, 1992, p.222-245. *Inalienable possessions: the paradox of Keeping-while-giving*, Berkeley, University of California Press, 1992.

25 Maurice GODELIER, *L'énigme du don*, op.cit.

26 Annette WEINER, «Sexualité chez les anthropologues, reproduction chez les informateurs», *Bull du M.A.U.S.S* n°10 1984, p.50. Sexuality among the anthropologists, reproduction among the informants, social analysis, n°12 December 1982, 52-65.

à circulation réduite qui doivent revenir, parce qu'en dehors de toute relation d'échange. On notera par ailleurs, que Claude Levi-Strauss les passera totalement sous silence, et n'envisagera que la circulation des femmes, comme base de la prohibition universelle de l'inceste et du droit. Par ailleurs, Claude Levi-Strauss vint, tout en publiant l'œuvre de Mauss, déstabiliser pour plus de quarante ans la suprématie des théories des systèmes de parenté. Pour Levi-Strauss des structures élémentaires de la parenté, c'est l'alliance qui est première et conditionne le passage à l'humanité.

Pour Marcel Mauss, de l'essai sur le don, il y a deux sortes de biens: les biens aliénables (les commodités) et les biens inaliénables. Ces deux catégories sont articulées l'une à l'autre. Les biens inaliénables font l'objet d'une transmission d'une génération à la suivante. Ces biens ne sortent pas de la lignée car ils sont inclus dans le groupe. Ils lui procurent son nom, son identité, ses ancêtres, son patrimoine. Puis viennent les biens transmissibles qui à l'inverse, ont vocation à sortir des limites du groupe. Les premiers constituent l'axe vertical du rapport social de parenté, les seconds l'axe horizontal des relations d'échange entre sujets d'une même génération. Aucun des deux n'a plus besoin d'une antériorité logique par rapport à l'autre. Le lien social est constitué d'un lien horizontal, de la circulation et des alliances et d'un lien vertical de la transmission et de la filiation. Les relations de filiation sont intégrées dans le système du don successif entre les générations.

Annette Weiner s'inscrit en faux contre cette hypothèse. Son argument est tiré de l'anthropologie de la parenté. Pour elle, la transmission des biens inaliénables ne saurait relever du don, car la transmission est à sens unique, tout comme la filiation. Les générations successives reçoivent la vie de la génération précédente. Elles peuvent alors mourir en paix. Elles ne se rendent aucun don en contre échange. *« La reproduction doit être comprise comme représentant plus que les processus biologiques et plus que la reproduction sociale au sens marxiste. Car la reproduction inclut plus que le fait de donner naissance et plus que la reproduction des relations sociales. La reproduction se rapporte à la forme déterminée sous laquelle les individus sont liés les uns aux autres et à la façon*

dont ces liens sont exprimés à travers l'échange des substances, des matières et de la connaissance »²⁷.

Selon Jean Pierre Warnier²⁸, ce refus de ramener les deux axes horizontal et vertical au sein du système du don permet d'en résoudre l'apparent paradoxe. « *Il existe une autre hypothèse interprétative : en donnant une chose, ce qu'on gagne éventuellement, ce n'est pas une autre chose, (le contre don qui peu très bien ne jamais venir sans pour autant qu'on ait perdu quoi que ce soit d'important), mais du collectif. On y gagne de la confiance, du collectif, de la durée, du symbolique, de la socialité.* »²⁹

Ou encore, « *Ce « gain » qui est occulté par le contre don derrière lequel il se cache, transcende les calculs intéressés et désamorce le paradoxe, décroche de la transaction, opère un saut et va se loger dans une sphère où plus rien n'est échangeable, négociable ni aliénable. C'est une sphère dans laquelle les don- contre- don n'ont de place qu'à titre de ticket d'entrée que l'on jette à la poubelle dès qu'on a franchi la porte. C'est la sphère de ce sur quoi on ne peut plus transiger si on adhère à la vie en société : la vie, la durée, la continuité, la filiation, l'identité, la transmission, l'institution* »³⁰. Ainsi conçue, la dette de vie est insolvable si ce n'est à la génération suivante. En revanche, les sacrifices et présents aux morts ne sont que des reconnaissances de dette.

27 «Sexualité chez les anthropologues, reproduction chez les informateurs, *Bull du M.A.U.S.S* n°10, *op. cit.*, p. 50.

28 Jean-Pierre WARNIER, «Alliance, filiation et inaliénabilité: le débat sur le don à la lumière de l'anthropologie de la parenté», revue du M.A.U.S.S. permanente, 2 novembre 2009, Article tiré d'un programme de recherche sur « les politiques de la valeur ». Disponible en ligne sur <http://www.fasopo.org/> et dans le numéro 11 de la revue Sociétés politiques comparées (janvier 2009) sous le titre « Les politiques de la valeur ». Jean pierre Warnier apporte une explication à ce silence de Levi Strauss « dont l'acuité d'esprit est pourtant proverbiale et n'a d'égale que la connaissance de l'œuvre du fondateur de l'ethnologie française dont il fait preuve » *op. cit.* . p.5. « Lévi Strauss n'échappait pas à l'emprise de cette hégémonie intellectuelle qu'on voit encore à l'œuvre de nos jours chez les sociologues du « lien social » réduit à l'échange et à la communication. ».

29 *Op. cit.*, p.7.

30 *Ibid.*

Quel rapport y a-t-il entre cette inaliénabilité, et la nature du lien social qui en est correspondante ? Qu'est-ce qui est inaliénable ? Tout ce qui est trop précieux pour être sacrifié dans un échange sans que cela ne fasse scandale. Des ancêtres, un nom, des bijoux de famille, des convictions, des dieux (souvent). Tout cela fait héritage et facteur d'identité. C'est ce sur quoi on ne peut transiger. Une interprétation de la vie que l'on souhaite transmettre à la génération suivante avec la vie biologique, ce pour quoi on est éventuellement prêt à tuer ou être tué. La paix revenue, on pourra reprendre l'échange des biens aliénables.

La deuxième idée-force d'Annette Weiner concerne l'importance des femmes ou de la sphère du féminin dans l'exercice du pouvoir, à savoir dans la distribution, la fabrication, la légitimation du pouvoir politico-religieux qui compose la société. Prenant ses exemples surtout en Polynésie, elle montre que les biens précieux consacrés comme trésors par un clan ou circulant comme précieux dans les dons-contre-dons sont des objets féminins. Ces analyses la conduisent également à poser le rôle stratégique des relations frère-sœur dans la constitution du social et l'institution du pouvoir.

Elle revient aussi sur les thèses de Lévi-Strauss qui ne relève qu'une des modalités d'échange au fondement de sa prohibition universelle de l'inceste (que l'on pourrait renommer la circulation des femmes, pour éviter la confusion avec l'échange économique). Or trois possibles au moins, lui apparaissent : soit les hommes échangent entre eux leurs sœurs, soit les femmes échangent entre elles leurs frères, soit les groupes échangent les hommes et les femmes.

En définitive, il y a donc toujours dans le social humain des choses qui échappent au contrat, qui ne sont pas négociables, qui se situent au-delà de la réciprocité. « *Il y a toujours dans toutes les activités humaines pour qu'elles se constituent, quelque chose qui précède l'échange, et où l'échange vient s'enraciner, quelque chose que l'échange altère et conserve à la fois, prolonge et renouvelle en même temps*³¹ ». Selon Maurice Godelier, « la formule du social

31 Maurice GODELIER, *L'énigme du don*, op.cit. p.53.

n'est donc pas : Keeping-while-giving, mais keeping-for-giving and giving-for-keeping »³².

Dans les sociétés occidentales où le M.A.U.S.S. retrouve cette logique, mais cette fois aux côtés de l'État et du marché, ce système d'obligations juridiques, se dissout dans un rapport d'inter normativité; une nouvelle formulation de la part du don constitutive de liens sociaux non utilitaires, viendrait épuiser la juridicité, aux côtés du marché et de l'État.

C. LE M.A.U.S.S. ET LE TIERS PARADIGME

À la suite de Karl Polanyi³³, l'échange marchand et la généralisation de la monnaie furent l'occasion de prendre acte d'une grande transformation qui devait ajouter les normes économiques entre étrangers, aux rapports sociaux constitués de liens d'antagonisme, de réciprocité et de redistribution. C'est la religion qui en premier lieu crée le don aux étrangers, puis arrête le lien en le portant en transcendance. En gros, c'est Dieu qui donne à travers nous. La notion de charité s'avère captatrice de dynamique sociale, et détourne du don alors que l'État a laïcisé la sollicitude.

Les divisions disciplinaires laissèrent les théories de l'État aux mains des juristes, et au positivisme tout loisir pour assimiler, sans égard pour les deux autres sphères de la juridicité ici dégagées, État et droit. Alain Caillé, Jacques Godbout et les chercheurs regroupés autour du Mouvement Anti Utilitariste en Sciences Sociales, se sont employés à distinguer les logiques relatives au système du don (ou ce qu'il en reste dans les sociétés capitalistes), du marché, et de l'État, traité à part également.

Il est permis de se demander si l'État est à part, ou s'il est le mandataire autoproclamé et partial des deux premières. Les disciplines qui se partagent ces champs conceptualisent divers types de logiques propres. Celle du droit étatique a une logique symbolique, institutionnelle et pratique: fabriquer des juristes

32 *Ibid.*

33 *La grande transformation*, Aux origines politiques et économiques de notre temps, Préface Louis DUMONT, tell Gallimard, 2009.

et une recherche appliquée aux institutions d'État, nourrissant, entretenant et reproduisant le système en clôture sur lui-même. Dans le même temps, l'individu occidental coupé de ses appartenances communautaires et promu en interlocuteur obligé et dénudé devant l'État, occultait l'homme relationnel, et la fécondité de la pensée de l'identité/altérité au sein du lien social. La suppression de la philosophie au sein des cursus juridiques est assez connue.

Le don pré-moderne, en même temps qu'il s'ouvrait aux étrangers ou non-alliés (du point de vue de la religion dominante, nous sommes tous frères ou « du même »), se rétrécissait aux humains et à la famille nucléaire. Le don moderne se limite à la sphère de l'intimité. Dans la société primitive, tout peut être un « terme » du don à qui il est adressé et donc devenir sujet par le lien ainsi créé. Nul besoin de passer par le concept de personne. Cette extension des destinataires du don à tout le cosmos, implique d'ailleurs l'absence de distinction entre les choses et les personnes. Tout peut être « donné » en tant que tout peut circuler pour faire société, y compris des femmes ou des enfants, sans pour autant être réifié. Alors que dans la société moderne tout est produit, dans la société du don archaïque, tout apparaît, disparaît et meurt. La distinction entre sujet et objet, signe donc la fin de la permutabilité archaïque. Un sujet ne peut pas être un cadeau et on ne fait pas de cadeau aux objets. Le produit est une catégorie de la société moderne qui vient des premiers échanges avec les étrangers, de l'apparition de l'étranger comme catégorie sociale.

Pour Jacques Godbout³⁴, c'est la rupture qu'il faut remettre en question comme fondement de la société. Il ne s'agit ni d'en nier l'existence ni l'importance, mais de contester sa prétention à être la matrice du lien social.

Arjun Appadurai s'en distingue au moins en apparence, en situant sa théorie de la valeur dans le sillage de Georg Simmel. La valeur émerge dans l'échange. Le sacrifice consenti dans l'échange y compris dans le don, suppose non pas, ou pas seulement, un calcul utilitariste, mais une évaluation de ce qu'on accepte de sacrifier

34 Jacques T. GODBOUT, en collaboration avec Alain CAILLÉ, *L'esprit du don*, La découverte, 2000.

pour obtenir l'objet que l'on convoite : une alliance, une dette, un prestige, une amitié...

Entre ces différentes conceptions, trop rapidement brossées, il me faudra donc souligner à quel point les théories du droit généralement désignées comme positivistes, réduisent le droit à un prisme et un champ électif de recherche, comme à l'objet en résultant. Le dialogue entre les disciplines et autres domaines de la connaissance devient alors essentiel. En dépit de la prétention de l'État à monopoliser le champ juridique, nous conviendrons donc qu'il y a de la juridicité dans chacune des sphères que le M.A.U.S.S érige en catégories, et ce, que l'État en soit la source et l'organe de réalisation, ou pas.

Il y a bien deux types de rapports à la fois économiques et sociaux séparés par des limites mobiles et négociables mais qui obéissent respectivement à des logiques qui leur sont propres. Chacun de ces domaines possède des avantages et des inconvénients spécifiques. Une économie à la fois moderne et solidaire devrait conjuguer les ressources propres à chacune de ces deux logiques... Tous ont en commun qu'ils sont des modalités distinctes de la circulation des biens entre les personnes et que cette circulation sature l'ensemble des rapports sociaux.³⁵

Les capitalistes ont bien compris l'intérêt de la différence entre inaliénabilité et aliénabilité pour le marché. Ainsi, en va-t-il de l'or qui reste dans les réserves des banques pour garantir les valeurs des autres signes monétaires qui circulent. Elle trouve son expression dans le jeu des constitutions de grandes fortunes où l'on investit pour gagner aussi une part soustraite au jeu du marché, réservée à des biens exclusifs, des noms, des dynasties. Si la valeur émerge dans les relations d'échanges entre les sujets, que ce soit par don ou échange marchand, elles se déchaînent avec d'autant plus de force, qu'existe un univers hors d'atteinte et soustrait à la circulation. Le véritable contrepoids de l'aliénabilité se trouve dans l'inaliénabilité de ce qui est trop précieux pour être sacrifié dans l'échange.

35 Jean Pierre WARNIER, *op.cit*, p.2.

Les travaux du M.A.U.S.S. sans se couper de cette sphère, apportent une critique à la mercantilisation du tout social, par la réduction de l'échange entre les hommes, à l'échange économique. Ainsi, Le vocabulaire marchand procède-t-il à une réduction économique du sens (religieux, politique moral, juridique) entraînant une réduction systématique de la polyvalence de la plupart des termes qui désignent la circulation des choses dans le langage courant. Il opère le passage de la poly-valence à l'équivalence; c'est un système qui isole le fait de donner et le fait de recevoir en deux opérations distinctes, mises ensuite en rapport de tension, pour construire la problématique de l'équivalence; tout le vocabulaire de l'échange subit ce double mouvement de réduction et séparation.

De même, en distinguant valeur d'échange et valeur d'usage, on abstrait la valeur de lien. Le don contient un au-delà, un supplément que la gratuité essaie de nommer. Cette gratuité qui n'est pas seulement l'acte à titre gratuit qui produit la suspicion des juristes, mais l'acte gracieux, qui fait surgir quelque chose de nulle part, d'inattendu, de généreux, qui est relié à la naissance et à l'engendrement. Ces travaux soulignent en même temps la difficulté qu'il y a de penser le don sous le marché et l'État. Cette difficulté est aussi inhérente à l'interprétation de l'histoire et des sciences sociales comme produits des stratégies d'acteurs rationnels qui cherchent à maximiser leurs intérêts matériels. Niant l'altruisme, elle pense qu'il doit y avoir un intérêt égoïste à être altruiste. Il y a donc lieu de distinguer entre intérêt pour le lien social de la reproduction de la société et intérêt utilitariste. Selon une définition contemporaine, l'acte de don porte sur « *toute prestation de bien ou de service effectuée sans garantie de retour, en vue de créer, nourrir ou recréer le lien social entre les personnes*³⁶ ».

Ainsi théorisé, le « don » ne se limite pas aux sociétés archaïques, il n'est rien d'autre que le système des relations de personne à personne, faute duquel il n'y a que des sociétés démocratiques vides de sens. L'ordonnancement du don se présente alors comme une alternative scientifique et philosophique à

36 J. T. ГОТВОУТ, *L'esprit du don*, *op.cit.*, p. 32.

l'utilitarisme et au holisme, alternative susceptible d'éclairer aussi bien le présent que l'avenir. L'intérêt du don n'est pas un intérêt égoïste, mais le respect d'un principe de reproduction où les réseaux doivent rester denses, converger et contribuer à l'unité des sociétés. Selon ses défenseurs, l'appât du don est aussi important que l'appât du gain ou du pouvoir. Sans dynamique sociale, de dons-contre-dons, aucune relation économique, politique ou juridique, ne serait viable. Ainsi le care, introduit par les études féministes au rang des fonctions sociales reliées à l'éthique de la sollicitude, s'inscrit aisément au sein des mécanismes du don.

Dans une conférence récente, Philippe Chaniel³⁷, secrétaire général de la revue du M.A.U.S.S., revient sur la collusion nécessaire entre ce que les anglophones distinguent clairement comme le domaine du care, et celui du cure³⁸. Le don de soin n'est pas un simple geste technique (cure), c'est également un lien relationnel qui appelle à un tout autre type de service et de compétence³⁹. Elle suppose une dimension éthique, sensible, une aptitude à se laisser toucher, affecter par l'autre.

Cette logique qui dans les sociétés archaïques porte les hommes à rivaliser de générosité pour écarter la possibilité de la guerre, et à le faire de manière visible, officialisée, fut rendue invisible tant par la captation par l'État de sa dimension politique et sociale, que par la religion de sa dimension gracieuse et divine.

La sphère de la socialité primaire, encore grandement occupée par les femmes et qui représente tant la part d'ineestimable pour la reproduction des sociétés, que sa valeur économique non

37 Philippe CHANIAL, *Don et Care ou de l'ineestimable dans la relation de soin, Actes éducatifs et de soins, entre éthique et gouvernance*, Actes du colloque international (Felix C., Tardif J., éd.), Nice 4-5 juin 2009, Plénière 4: Les politiques sociales et de soins au regard des « éthiques du care », mis en ligne le 28 octobre 2010, URL: [Http://revel.unice.fr/symposia/actedusoin/index.html?id=786](http://revel.unice.fr/symposia/actedusoin/index.html?id=786).

38 Nous n'avons pas les deux mots en Français. Prendre soin de repose néanmoins sur ces deux composantes: un service fait de compétences fonctionnelles, et un don fait de richesse humaine.

39 Probablement la compétence en matière d'amour dont parle Luc Boltanski, mais aussi la compétence à fonder du social pour vivre bien.

évaluée et « donnée à titre gratuit », focalise à elle seule, la part la plus honteuse de la cécité du droit positif⁴⁰. La crise culturelle que nous traversons ne laisse pas les femmes hors de la socialité secondaire, où elles inventent de nouvelles formes de juridicité, en occupant les postes clés de l'État, ou du marché. Mais elles peuvent aussi y être instrumentalisées, cumulant les inféodations. Ainsi, cette double vie chronophage s'il en est, est un puissant moyen de contrôle politique sur les femmes. En assurant la reproduction sociale sans reconnaissance de ce qu'ils donnent de leur personne et de leur temps, les tisserands du lien social, et tout spécialement les femmes propulsées en même temps sur la sphère du marché, au rabais, et sous la coupe du pouvoir masculin, ont le sentiment de « se faire avoir ».

II. DIVISIONS ET APORIES DANS LA SCIENCE DU DROIT

Grâce notamment à l'histoire et à l'anthropologie, il ne devrait plus faire de doute, qu'il n'est pas besoin de scène institutionnalisée pour entrer en politique, et pour poser du droit. Hans Kelsen lui-même tenait la société pour fondamentalement politique, ramenant le droit positif à une série de crispations réduites à l'état d'outils. Le droit officiel a bien sûr un paradigme propre, mais à être trop distant de ses « destinataires », il perd sa publicité, sa généralité, voire sa légitimité. Et il court le risque de se faire oppressif (A). La science juridique reste de ce point de vue aporétique (B) et pourrait venir puiser aux sources des études féministes (C).

A. UN SYSTÈME CLOS SUR LUI-MÊME

Ce qui complique notre évaluation de ce qui fait droit, tient à ce que les univers normatifs à l'œuvre dans les sociétés modernes, concourent pour le pouvoir de faire droit, sans que les règles du droit officiel ne parviennent à rendre compte d'autres règles du jeu que les siennes. Or tous les systèmes normatifs ayant une propension

40 Il va sans dire que ce propos ne fait pas référence à la proposition du Front National de rémunérer les femmes au foyer que je trouve honteuse également. Les autres aussi élèvent bien leurs enfants.

totalitaire, la fonction première d'une science démocratique du droit est bien d'y apporter des limites suffisantes. Un État totalitaire est donc bien un système de pouvoir normatif, sans limite juridique. Or ces limites ont été pensées principalement à l'intérieur du système étatique, sous l'acceptation des libertés publiques, dans un dialogue permanent avec le pouvoir officiel. Elles sont plus aporétiques à l'égard de l'extérieur du système, généralement englobé sous la notion de fait, au sein duquel sur on ne sait quel prétexte, on peut parfois découvrir une coutume ancestrale de tauromachie, ou d'alcoolisme à la période des vendanges. De ce mode de fonctionnement résulte tant l'inflation législative que l'on connaît, l'ineffectivité de ce droit correspondante, et l'insécurité croissante liée à l'imprévisibilité et la perte des repères. La liberté ne tarde pas à être mise en tutelle. La rentabilité sur le marché associée à la pression fiscale, concourent à la disparition des lieux de vie communautaire, comme des espaces publics conviviaux. Les arbres sont mis sous cloche, les pelouses interdites, les terroirs ensevelis sous hypermarchés, parkings, où coffres de voitures et charriots à provisions viennent combler l'ère du vide. La jeunesse des cités conjugue terrains vagues, football, et vague à l'âme.

Si l'idée de droit occidental nous semble co-substantielle de l'idée d'égalité, c'est adossée historiquement à la disparition de la domination des uns sur les autres, qui entraîne la renonciation aux privilèges institutionnalisés. Que cette opération ait emporté avec elle, la remise en cause des lois privées (*privata leyes*) fut un amalgame regrettable qui a relégué de manière durable dans l'infra droit, un magma normatif abandonné aux anthropologues et aux sociologues, se coupant ainsi des fondements et fondations de l'objet même de la discipline. L'étude des sources qui n'occupe plus que quelques intellectuels, n'a guère épuisé le problème⁴¹. La tentation totalitaire n'a cessé d'être un des objectifs de la recherche d'un droit démocratique⁴², laissant suffisamment de jeu au système, pour que

41 D'autant plus remarquables. *Libres propos sur les sources du droit*, mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Dalloz, 2006 et l'importante production sur le sujet de ce dernier. .

42 Marcel GAUCHET, *L'avènement de la démocratie III. À l'épreuve des totalitarismes*

des médiations particulières, permettent toujours de trouver la passe.

Au sein des rapports interindividuels, pour les juristes, la cause est entendue puisque pour la loi française, la femme est un homme comme un autre. Il n'y aurait certes pas lieu de le regretter si ne se posait immédiatement la question de la portée réelle de ce discours. Peu de chercheurs se sont intéressés au problème de l'effectivité de cette loi, autrement qu'en termes de discrimination. De plus, même si l'ineffectivité du droit laissait aux femmes un champ ouvert à l'action, c'est en se propulsant sur la scène masculine, qu'elles vont venir s'abîmer dans une lutte adversariale qu'elles sont en droit de refuser, dans l'intérêt général.

Ce propos ne tend certes pas à méconnaître l'énergie déployée par les juristes pour sophistiquer le système et garantir le plus possible la liberté des citoyens : la libération des enfants, sur laquelle je me suis penchée, et celle des femmes en est la preuve la plus remarquable. Mais toute invention a ses limites. La pensée de l'égalité complexe n'a pas été le fort des juristes qui l'ont traitée en creux par la lutte généralisée contre la discrimination. On a pu dénoncer à cet égard non seulement les effets pervers des politiques de discrimination positive⁴³, que son association à la permanence de la discrimination. À cet égard, que l'on traite différemment une personne ou une situation semblable ou de manière identique des situations différentes, ne nous apporte pas de distinction fiable quant à la discrimination sexiste. Les limites du droit de la preuve en constituent un des achoppements pratiques.

En dépit de la contribution de la justice étatique et supra étatique à la libération et à l'émancipation des faibles, n'est-il pas permis de souhaiter encore mieux ? Si une scène de justice est indispensable à la vie juridique, *a fortiori* si elle se veut démocratique, doit-elle passer nécessairement par la logique adversariale et belliqueuse, par les règles de duel qui président à son organisation, et qui capturent la parole personnelle des personnes ? On notera que

1914-1974, NRF, Gallimard, 2010. Sur l'Allemagne, François MORVAN, *Pour une réponse juridique au totalitarisme*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1, 2010.

43 *Les pièges de la parité*, Coll, Hachette, pluriel, 1999.

cette lutte en droit devant les juridictions se généralise, et produit de la domination à rebours. Ce que l'on appelle la montée des victimes sur la scène pénale, ne contribue-t-elle pas à l'émergence des mouvements sécuritaires, qui déstabilisent les cultures judiciaires les mieux rôdées ?

B. APORIES

On oublie facilement que les textes ne sont pas d'application spontanée (ce sont des sources). Ils requièrent, notamment s'ils touchent à l'intérêt général ou à l'ordre public, des politiques publiques fortes. Le cas échéant, ils nécessitent d'être mobilisés par ceux qui s'en réclament au quotidien, et éventuellement revendiqués devant des institutions juridictionnelles ou administratives en cas de litige. En dehors de ces hypothèses, ils restent lettre morte.

Ainsi, l'application des textes n'est pas seulement l'expression des projets politiques qui leur donnent naissance, mais également celle de la rencontre avec d'autres aspirations plus ou moins prises en compte, en vue de l'équilibre d'un ensemble culturel au sens large qui vient en conforter, limiter, paralyser, contredire la portée déclaratoire. Ils peuvent donc être neutralisés, contredits, violés selon la mesure où ils échappent au cadre de l'ordre juridique établi. Ils constituent donc une règle du jeu opératoire mais limitée par son champ, ses procédures et ses preuves. On peut certes se féliciter d'une telle souplesse, si l'on est en désaccord avec telle ou telle loi. C'est bien sûr, plus problématique en sens inverse. Il faut donc une doxa interne, fabricante de normalité, pour maintenir l'édifice en équilibre. On peut aussi laisser faire, au nom de la liberté d'expression, le jeu obscur de l'essentialisation des femmes dans les médias, à l'école, ou autres marchands de jouets... Certes, le consommateur est roi. Pauvre roi !

L'outillage de la rencontre d'aspirations normatives diverses liées à la présence de minorités plus nombreuses et plus reconnues, et au développement de la démocratie, a progressivement atteint des limites, entraînant parfois une montée importante du pouvoir des juges. Les valeurs véhiculées par les droits de l'homme occidental que nous considérons comme universels, ont ainsi été mobilisées au

cœur de situations extrêmement diverses, au crédit de leur flexibilité et de leur pouvoir intégrateur⁴⁴.

Pour autant, en dépit de la performativité des concepts et de leur réappropriation par les minorités, « *si les possibilités idéologiques des valeurs propres à la cour étaient déjà transparentes, que dire des omissions occultantes? Il suffit en effet de comparer les valeurs prônées par les gays et lesbiennes, par les femmes et par les autochtones et celles d'entre elles que la cour prend pour arriver, par soustraction, à la liste d'omissions suivantes: pour les femmes, empowerment, pour les Québécois, autodétermination politique et maîtrise du territoire, pour les autochtones, ces deux dernières valeurs également, plus: coopération, partage, paix et liberté de religion; pour les gays et lesbiennes, pluralisme et citoyenneté...⁴⁵* ».

Pour une démocratie, cela fait beaucoup! Il faut donc aller voir du côté d'autres arts de faire.

C. APPORTS DE LA RECHERCHE FÉMINISTE

La méthodologie féministe, en s'opposant à l'androcentrisme des recherches antérieures, et à sa justification, a révélé l'invisibilisation des femmes, et leur non intégration au niveau théorique. Or « la condition féminine » si elle a gagné sur le plan individuel et selon les niveaux sociaux, à son indépendance dans la sphère domestique, c'est au prix d'autres formes de domination dans la sphère économique. Pour autant, les femmes n'ont pas pour autant pu totalement abandonner à l'État, la fonction de sollicitude de la sphère du don. Outre la lutte pour la compétition économique aux côtés des hommes, et souvent contre eux, les femmes sont encore confrontées à l'obligation de porter le poids traditionnel de la plupart des solidarités sociales entre les générations. Seuls les homosexuels ont pu partager, au cœur de l'épidémie du sida, cette grande crise du care au bout de laquelle l'État a lâché le PACS, en reconnaissance de l'immense mouvement de solidarité des conjoints

44 Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, les voix du droit, 2010. *Les droits de l'homme la découverte* 2009.

45 Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, PUF, Les voies du droit, 2002. p. 74.

de grands malades et mourants. Or lorsque la sphère du don est en mal de reconnaissance officielle, la moindre des choses est de lui apporter une contribution financière. Dans la crise que traversent nos sociétés, les associations et ONG sont abandonnées au don gratuit et à l'asphyxie politique !

La méthodologie féministe peut aussi nous porter à regarder en face les constructions idéologiques et performatives des femmes et des hommes qui ne sont pas féministes, et qui sont aussi bien souvent racistes, et partisans de la peine de mort. Les mouvements qui s'organisent autour d'une droite manipulatrice des concepts même de la recherche féministe ou des mots de son action apparaissent symboliques des sursauts de résistance culturelle, ou de recrudescence des effets extrêmes de la domination. Le concept de dignité, par exemple, est mobilisé par les commandos anti-avortement.

On retrouve cette perversion du discours juridique, dans d'autres sociétés rebelles à la suppression de l'excision ou de l'infibulation, au motif du respect de la souveraineté des peuples et de l'intégration des femmes aux places initiatiques de leur société ; et ce, même lorsqu'immigrées en France, ces pratiques rituelles ont perdu pour elles toute signification symbolique. L'histoire allant toujours plus vite, il est urgent de protéger les petites filles qui pâtiront à vie, de pratiques qui n'auraient plus court, avant même qu'elles ne deviennent en âge de faire des choix politiques, et d'avoir une sexualité épanouie. On peut à cet égard saluer le courage de la Cour Nationale du droit d'Asile⁴⁶ de considérer systématiquement le risque d'excision comme une cause d'octroi du droit de séjourner en France.

C'est aussi la perversion du discours féministe lui-même, et l'utilisation de l'émancipation par les piliers du néo-libéralisme qui pousse les femmes à donner leur force de travail, leur soif de

46 La Cour nationale du droit d'asile (CNDA), anciennement « Commission des recours des réfugiés », est une juridiction française de l'ordre administratif. (Loi du 25 juillet 1952) Article L. 731-1. Elle statue sur les recours de plein contentieux contre des décisions rendues par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) en matière d'asile.

changement, et en définitive les encourager à reproduire leur propre domination⁴⁷. Même les recherches féministes ont besoin de la science juridique.

III. RELIER LES CONNAISSANCES⁴⁸

Se fondant sur une approche phénoménologique de ce qui fait droit, ou en tient lieu dans les gestes et les représentations, l'anthropologie du droit déplace la question de l'existence de la norme juridique à l'instar des études critiques et réalistes (A). Revendiquant sa nature indisciplinaire, elle partage avec la recherche féministe le souci d'allier rigueur scientifique des méthodes, portée politique et finalité pratique de la recherche (B).

A. LE DROIT SOUS D'AUTRES FORMES

Là où il y a de la distance, et en même temps du lien, il y a un nid pour le droit. Dans une anthropologie dynamique, irréductible aux instants de crise rendus visibles par un acte ou une décision publique, il est le processus qui consiste à créer cet espace vide de pouvoir, où la norme juridique quel que soit son nom, puisse faire transcendance.

Que cette mise à distance soit une exogénèse, issue historiquement d'une religion monothéiste (la loi), ou endogénèse puis auto-transcendance (coutume), dans un dialogue syncopé, importe moins pour repérer le droit que ce critère de la mise à distance des pulsions des passions de l'humain, de son *ubris*, et de la contrainte que cela suppose. Ce n'est pas une mise à distance d'une essence ou d'une nature humaine, mais d'une construction d'*habitus*, d'un encodage constant de la culture, et de ses valeurs non négociables. Chaque culture met en cohérence selon ses configurations institutionnelles, les trois fondements de la juridicité

47 Jules FALQUET, *De gré ou de force – les femmes dans la mondialisation*, La dispute. Le genre du monde, 2008.

48 Edgard MORIN, *Relier les connaissances, le défi du XXI^e siècle*, SEUIL, 1999.

théorisés par Étienne le Roy⁴⁹ : les habitus, les modèles de conduite ou de comportements et les normes générales et impersonnelles. Or la coutume, telle qu'elle est définie en droit à travers le prisme de la source étatique privilégiée, ne correspond que de loin à l'invention culturelle quotidienne et multiforme du droit gazeux qui se pratique sur toutes les scènes de vie. Enfouie dans les corps, les gestes et savoir-faire et les inconscients, elle n'est pour autant pas réductible à un droit spontané ; il peut être délibéré, et pensé à partir d'autres valeurs et rationalités, sur d'autres scènes de justice que celle offertes en prêt à juger par l'État.

C'est sans conteste l'anthropologie qui a le plus contribué à la mise en évidence du caractère social et culturel des comportements humains et de ce fait à la « dénaturalisation » de la condition des femmes. Ce sont aussi les anthropologues qui par leurs études de sociétés très différentes, ont démontré l'importance de ce que les féministes appellent le principe de contextualisation. Les études critiques américaines, et l'ethnométhodologie⁵⁰ en particulier, ont particulièrement appuyé le travail de déconstruction de la nature et du destin des femmes. En travaillant sur le statut sexuel d'Agnès, Harold Garfinkel observera scrupuleusement toutes les négociations et ajustements quotidiens qu'Agnès sera amenée à acquérir et à inventer, pour entrer dans le moule culturel de la vraie femme normale américaine des années 1960, auquel elle aspire à être conforme. Tout en dévoilant le maillage internormatif complexe qui préside à l'émergence de l'identité sexuée, il interroge également la liberté laissée aux individus, de vivre en fonction de leur identité intime. La détermination d'Agnès devient une ode à la stratégie et à la recherche-action jusqu'alors peu mobilisées en sciences sociales.

49 Étienne LE ROY, *Le jeu des lois, pour une anthropologie dynamique du droit*, Droit et société, 1999, p.189-203. Le tripode juridique, Variations anthropologiques sur le thème de flexible droit, *L'année sociologique*, autour du droit: la sociologie de Jean CARBONNIER, volume 57, n°52, p.341-351. Les fondements de la socialisation juridique entre droit, non-droit et juridicité, *Cahiers d'anthropologie du droit* 2010, *Anthropologie juridique et recherche-action*, Karthala, à paraître.

50 Harold GARFINKEL, Recherches en ethnométhodologie, Michel BARTHÉLÉMY, Jean-Manuel de QUEIROZ, Baudouin DUPRET, Louis QUÉRÉ (trad), PUF, quadrige, 1967, p.203 et ss.

À la suite d'Edgard Morin, il est devenu possible de décriper la pensée disciplinaire, pour renouer avec la pensée du pluralisme autorisant l'émergence de pluralités de manières de penser, de faire, d'ajuster et d'accommoder de l'invention culturelle et par conséquent de l'invention juridique.

L'économie également a produit, au contact des exclusions massives et de l'accroissement du fossé culturel et social entre les hommes, une science morale⁵¹.

B. LA RECHERCHE AVEC L'ACTION

Relier les connaissances nécessite de l'exigence et plus que jamais de la rigueur. Cela suppose aussi de se débarrasser du jargon identitaire de nos disciplines et d'aller à la rencontre des autres disciplines comme l'on va à la rencontre du terrain, avec les gens, auprès d'eux⁵². Se débarrasser du jargon disciplinaire est nécessaire, pour juguler la mystification scientifique appelée de ses vœux par la recherche féministe pour partager le savoir. Mais c'est bien difficile, tant la polysémie nous encombre et nous avons besoin pour la surmonter, des allants de soi des cultures juridiques, quelle qu'en soit la discipline. Le mot droit et le mot loi en sont déjà deux exemples, au féminin et au masculin, et il faut en inventer d'autres : juridicité par exemple.

Il n'est pas plus simple de mutualiser les méthodes. La solution est sans doute dans un au-delà de la raison disciplinaire. Réintroduire le politique dans la recherche, en l'assumant, pour la mettre au service du bien commun fait partie du projet démocratique.

51 Amartya SEN, *L'économie est une Science morale*. Introduction de Marc de SAINT-UPÉRY, *La découverte*, Poche, Essais, 2003. Jacques GÉNÉREUX, *Les vraies lois de l'économie*, Seuil, Points économie, 2005.

52 Au moment où j'écris ces lignes, nous sommes en train d'éditer un travail de recherche action de trois ans, sous la forme d'un PICRI (partenariat institutions citoyens pour la recherche et l'innovation), auprès de cinq associations mettant en œuvre des pratiques citoyennes de droit, en partenariat avec des personnalités du monde de la médiation et l'association juristes solidarités. Ces recherches feront l'objet du numéro 2010 « Anthropologie du droit et recherche action » de la collection *Les cahiers d'anthropologie du droit* chez Karthala.

Mais la mesure de ce bien commun est pluridimensionnelle, et exige à nouveau que l'on accueille du pluralisme et de la pluralité. Il y a lieu de mesurer la part du politique au sein des méthodes, qui consistent, pour comparer, à neutraliser le regard plus que l'objectiver, en refoulant autant que faire se pourra le raisonnement par induction.

La recherche action en droit a commencé sur des terrains variés où les sujets ne se sentaient pas destinataires du droit qui avait été pensé sans eux. Les études féministes, leur ont apporté un soutien et une empathie. Dans les années soixante, elles ont contribué au mouvement de lutte contre le scientisme et la domination en sciences sociales, par ses tentatives de démystification des théories mettant à distance « l'objet » d'étude ; à la démocratisation de la recherche pas seulement par sa féminisation, mais par le rapprochement des sujets.

Il ne s'agira plus désormais de travailler sur les autres, aussi sauvages ou totalitaires qu'ils nous semblent, au départ ou à l'arrivée, mais avec eux et auprès d'eux.

En poursuivant un projet de lutte contre la domination, elles ont permis à un nombre toujours plus grand de disciplines de revoir leur projet global et de contribuer à une connaissance intégrée plutôt que morcelée du social. Enfin, en partant des situations et non des théories, le féminisme a contribué à réintroduire la question du politique dans toutes les activités humaines où elle se trouvait confisquée. La science juridique doit assumer cet héritage et faire sa propre révolution. Cette liberté de choix, en droit, et devenue synonyme du pluralisme radical, n'est pas une fin en soi, mais un passage obligé pour les changements de paradigmes à venir, dans le respect des choix culturels des peuples.

CONCLUSION

L'autre moitié du droit, que l'on pourra éventuellement⁵³ attribuer à la représentation du féminin occidental : le droit non officiel, sous-jacent, fluide et spontané, souple et fluctuant, réconciliateur et réparateur, sensuel et affectif, cette autre face du

53 Du fait qu'elle ne manque pas de poésie, sphère où ont été refoulées les femmes exclues de la politique, pour y revenir par d'autres portes plus enchantées.

droit positif, doit être également l'objet de la critique scientifique. On y trouvera aussi des raisons de se féliciter que les femmes, exclues des sphères politiques officielles, aient trouvé des lieux d'expression artistiques, probablement aussi efficaces que la publication des arrêtés au journal officiel⁵⁴. Cela n'occultera en aucune manière l'impossible choix pour les femmes et les hommes, d'occuper librement telle ou telle sphère de la vie en société, d'y déployer ses qualités propres, et de pouvoir en changer.

Le développement des moyens de communication et l'augmentation de la scolarisation dans le monde contribuent grandement à la diffusion des critiques féministes. Ce sont là des conditions du dialogue qui ont fait défaut à la génération précédente, non seulement en termes de partage de l'information, mais également de distanciation avec sa propre culture. Elle est la face vertueuse d'un mouvement d'appauvrissement de la circulation de la parole contenue dans les réseaux, les groupes ou les communautés. De nouveaux biens sans maîtres se sont ainsi mis à circuler, dans l'attente de preneurs pour les mobiliser. Le droit positif a de nouveaux rivaux.

En 1987, Huguette Dagenais écrivait : « *Comme le mouvement féministe, la recherche féministe vise sa propre désuétude, mais ça n'est pas encore pour un avenir rapproché* »⁵⁵. Vingt-trois ans plus tard, il est permis de parler en Europe, de décrispation au sein des jeunes qui naissaient à cette époque. Les acquis de la lutte féministe comme de la recherche féministe, ont permis la féminisation de nombre de secteurs clés du politique, même si la lutte partisane reste très masculine, et la proportion de femmes dans les hauts postes minoritaire⁵⁶. Si le féminisme ne peut pas être séparé du politique, la recherche féministe ne peut être séparée de

54 Pour la peinture essentiellement, Norbert ROULAND, *Du droit aux passions*, PUAM, 2005, p.167 et ss. Pour la musique, un début en conclusion.

55 Huguette DAGENAIS, *Méthodologie féministe et anthropologie : une alliance possible*, *Erudit*, <http://id.erudit.org/id.erudit/006385ar>, P 22.

56 Même dans une université comme Paris 7- Denis Diderot, le ratio de professeures est très inférieur à celui des professeurs, en comparaison à celui des maîtres de conférences où la proportion s'inverse.

l'action en vue de la transformation des rapports sociaux.

Pour autant, ne peut-on, au lieu de les renvoyer dos à dos, les repenser comme indispensables l'un à l'autre, et impensables l'un sans l'autre ?

Comme Bruce Lee, qui compara la pratique des arts martiaux à la bicyclette, il est permis désormais de parler de féminin et de masculin comme principes recteurs d'un tout indissociable pour que le monde avance. « *Tant qu'on s'obstine à séparer Yin/Yang en deux, [...] on ne peut espérer atteindre efficacement son objectif... Qui comprend le Yin/Yang agit au moment adéquat, que ce soit avec douceur (Yin) ou avec fermeté (Yang)*⁵⁷ ».

FAIT À PARIS, LE 25 FÉVRIER 2011.

A Edição da Revista da Faculdade de Direito da UFMG agradece calorosamente à Faculté de Droit da Université Savoie por ter permitido a reprodução do presente artigo, originalmente publicado em sua revista *Jurisprudence Revue Critique*, n. 2011, pp. 27-43.

57 Nathalie CHASSÉRIAU, *Prendre les bonnes décisions avec le Yi King*, Hachette pratique, 2004, p.5.