

LE PLURALISME JURIDIQUE COMME REPONSE AUX LIMITES DE LA SCIENCE DU DROIT MODERNE : UNE LECTURE SOCIOCRIMINOLOGIQUE DU DROIT POSITIF CONGOLAIS

Par

Harris TATY MANTIMA

*Doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa
Assistant à l'Ecole de criminologie de l'Université de Kinshasa
Chercheur au Centre de Criminologie et de Pathologie Sociale (CCPS)
Avocat au Barreau de Kinshasa/Matete*

et

Etienne MBUNSU BINDU

*Doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa
Général Major aux FARDC
Commandant second en charge des opérations et renseignements à la deuxième zone de
défense à Lubumbashi
Chef de Travaux à l'Université de la paix de la RDC/Goma*

RESUME

L'analyse juridique, en contexte congolais, se trouve au cœur d'un idéalisme fantasmé du fait qu'elle impose et ordonne. Le droit est le garant de la normalité instituée puisqu'il assure la reproduction des comportements considérés comme normaux ; mais simultanément il indique où est la normalité, véhicule et inculque une certaine idée du normal. Le droit peut être aussi et surtout, un outil de domination par excellence. Un instrument de gestion des affaires de la classe dominante et son contenu peut refléter les rapports de production d'un pouvoir de domination.

En s'interrogeant très particulièrement sur la contribution d'une approche pluraliste à l'émergence d'une science de droit postmoderne, la présente étude tentera d'approcher « la science du droit moderne » comme objet d'étude, faisant observer le fait qu'« en matière de régulation sociale, on observe, en effet, le passage d'une soumission aux liens prescrits vers une exigence de liens consentis. Plusieurs vont jusqu'à parler de la crise du droit, et même de changement de paradigme, remettant en question le monisme juridique, puisqu'il a pour fondement l'origine strictement étatique et unifiée du droit. Ainsi, par le paradigme du pluralisme juridique, nous accéderions à un monde qui correspond à nos croyances et aux diversités culturelles, mêlant les vertus de l'efficacité et de la légitimité des normes, replacées dans leur contexte social, culturel et axiologique et une coexistence de logiques à la fois juridiques, sociales, morales et religieuses capable d'assurer à chacun un rapport harmonieux au droit.

Mots-clés : *Science de droit, monisme juridique, dérives mythologiques, pluralisme juridique.*

ABSTRACT

In the Congolese context, legal analysis is at the heart of a fantasized idealism, because it imposes and orders. The law is the guarantor of instituted normality, since it ensures the reproduction of behavior considered normal; but at the same time it indicates where normality lies, and conveys and inculcates a certain idea of the normal. Above all, law can also be a tool of domination par excellence. An instrument for managing the affairs of the ruling class, its content can reflect the relations of production of a power of domination.

Focusing in particular on the contribution of a pluralist approach to the emergence of a postmodern science of law, the present study will attempt to approach "the science of modern law" as an object of study, noting that "in matters of social regulation, we are indeed observing a shift from submission to prescribed bonds to a demand for consenting bonds. Many go so far as to speak of the crisis of law, and even of a paradigm shift, calling into question legal monism, since its foundation is the strictly state-based, unified origin of law. Thus, through the paradigm of legal pluralism, we would gain access to a world that corresponds to our beliefs and cultural diversities, combining the virtues of efficiency and legitimacy of norms, placed in their social, cultural and axiological context, with a coexistence of legal, social, moral and religious logics capable of ensuring a harmonious relationship with the law for all.

Keywords: *Science of law, legal monism, mythological drifts, legal pluralism*

INTRODUCTION

Poser un diagnostic, de manière réflexive et holistique, sur les limites à l'émergence d'une science du droit postmoderne, qui soit à la fois humaniste, réaliste et adéquat aux réalités socioculturelles congolaises sous-jacentes, enracinées dans la forme spécifique de gouvernance partagée entre l'écrit et l'oral, le sacré et le tabou, le mythe et le réel, postule, avant tout, à l'exigence de scruter les dérives mythologiques du droit positif moderne, qui semblent imposer une hégémonie beaucoup plus idéologique que scientifique, dans la conception de ce qu'on qualifie, à tort ou à raison, de « droit ».

En effet, « les phénomènes de normativité sont extrêmement complexes : ils sont tout à la fois, mais de façon morcelée, diffuse, allusives, parfois officiels, parfois informels, mais de toutes les manières enchevêtrés, interpénétrés, voire soudés »¹. Pour mieux les élucider, nombreux sont ceux qui ont voulu les qualifier, leur dessiner des frontières, qui se sont révélées, au fil de temps, poreuses. De ce fait, deux façons d'aborder le problème s'affrontent : les perspectives juridiques et sociologiques du droit.

¹ Lire André-Jean ARNAUD et José FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 103 et s ; Jacques COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994 et Pierre BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, pp. 3 - 19.

Ainsi, pour le juriste, le droit est le sujet de sa réflexion. Il en définit les limites de façon claire et précise : il dit ce qu'est le droit², il cherche à déterminer « le sens normatif qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit³ ». « Selon la théorie à laquelle il adhère, soit il se limitera au droit essentiellement étatique⁴, soit il l'étendra à tous les phénomènes de normativité⁵ ». Il se dégage de ces considérations que le juriste choisit pour un point de vue interne⁶ alors que le socio-anthropologue, lui, aborde le droit comme un objet de réflexion⁷. Il le conçoit dans son sens le plus large, complexe, ouvrant le concept à de nouvelles formes de normativité⁸. Il est moins nécessaire de qualifier le droit, de le circonscrire précisément⁹; on parle plutôt d'un droit « mou¹⁰ », « flexible¹¹ », « flou¹² », liquide¹³, voire gazeux¹⁴, doux¹⁵ et interculturel¹⁶ s'opposant au droit « dur » des juristes¹⁷. C'est un droit replacé dans son contexte social, politique, économique¹⁸, « mis en

² Hendrik Philip VISSER 'T HOOFT, « Pour une mise en valeur non positiviste de la positivité du droit », *Droits Rev Fr*, 1989, n° 10, pp. 105-108.

³ Max WEBER, *Économie et société*, t. 1, Paris, Plon, 1971, p. 321.

⁴ C'est la théorie positiviste du droit. Lire à ce sujet Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999.

⁵ C'est le pan juridisme, que Jean CARBONNIER qualifie de « tentation » : *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 24.

⁶ François OST et Michel van de KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 73.

⁷ C'est Guy ROCHER qui oppose les notions de sujet et d'objet : *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, p. 52.

⁸ Notamment en dissociant le droit de l'État comme le rapporte Jean -François PERRIN dans « Définir le droit selon une pluralité de perspectives », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10, pp. 63-67.

⁹ Jacques COMMAILLE, « La sociologie et les sens du droit », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10, p. 26.

¹⁰ Jean-Guy BELLEY, « contributions québécoises à l'étude de l'internormativité », in *Le droit soluble*, Paris, LGDJ, 1996.

¹¹ Jean CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 25.

¹² L'on pourra lire avec beaucoup d'intérêt, à ce sujet, Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 209.

¹³ F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in Pierre Bouretz (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 241.

¹⁴ F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995, p. 107.

¹⁵ M. VAN de KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1992, p. 118.

¹⁶ S. MANACORDA, « Internormativité dans l'espace pénal », *L'annuaire du Collège de France* 2013, mis en ligne le 22 novembre 2013, URL : <http://journals.openedition.org/annuaire-cdf/1267>, consulté le 29 avril 2023.

¹⁷ Jean-Guy BELLEY, « Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité », in *Le droit soluble*, Paris, LGDJ, 1996, p. 27; Antoine BAILLEUX parle de droit solide, in *À la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau*, R.I.E.J., 2005, n° 55, p. 97.

¹⁸ Guy ROCHER, Le « regard oblique » du sociologue sur le droit, Conférence présentée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal le 23 novembre 2004.

perspective¹⁹». Il s'agit d'un point de vue externe²⁰. Il se trouve à ce sujet, comme l'affirme Michel Alliot, que « dans la vision occidentale du droit, se trouve au centre l'Etat tandis qu'au cœur de la vision islamique du droit, se trouve Dieu et, enfin, au cœur de la vision animiste du droit se trouve l'homme²¹ ». On voit que la conception congolaise de l'homme, qui est, d'une part, fondée sur la pluralité et la diversité des conceptions de l'homme en rapport avec les différentes ethnies/tribus qui composent la RDC. Et, d'autre part, il s'observe les influences que les conceptions étrangères de l'homme (conception chrétienne, occidentale, musulmane, etc.) exercent sur les conceptions congolaises.

Cependant, « en matière de régulation sociale, on observe, en effet, le passage d'une soumission aux liens prescrits vers une exigence de liens consentis. Plusieurs vont jusqu' à parler de la crise du droit²², et même de changement de paradigme²³, remettant en question le monisme juridique, puisqu'il a pour fondement l'origine strictement étatique et unifiée du droit.

Plus fondamentalement encore, certains questionnent la capacité du droit à gérer toutes les questions sociales ou privées. De ce fait, il va s'en dire que

Disponible sur http://www.crdp.umontreal.ca/fr/activites/evenements/041123GR_texte.pdf, p. 1, Consulté le 8 avril 2023. Max WEBER dit que le sociologue se demande ce que le droit « advient en fait dans la communauté », p. 321.

¹⁹ Jacques COMMAILLE, « Normes juridiques et régulation sociale: retour à la sociologie générale », in François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *op. cit.*, p. 14.

²⁰ François OST et Michel van de KERCHOVE, « De la scène au balcon », in *de la pyramide au réseau*, p. 73.

²¹ Michel ALLIOT, « Religion d'Afrique et droits d'expression française », in *le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Karthala, Paris, 2001, pp. 80 et s.

²² André LACROIX, Louise LALONDE et Georges A. LEGAULT, « Les transformations sociales et la théorie normative du droit », *R.D.U.S.*, 2002 -2003, n ° 33, p. 7 ; pour André -Jean ARNAUD, « Les sociologues du droit ont participé activement à ce dévoilement de la crise du droit, faisant ressortir, pratiquement sur tous les continents, le malaise qu'éprouvent les gens envers leur droit et leur justice », p. 50.

²³ André LACROIX, *op. cit.*, p. 210 ; André -Jean ARNAUD, *Force normative*, p. 15 ; André -Jean ARNAUD et José FARINAS DULCE, p. 65 ; Daniel MOCKLE, « La gouvernance publique et le droit », *C. de D.*, 2006, n ° 47, § 9 et suivants ; François OST et Michel van de KERCHOVE sous -titrent d'ailleurs le premier chapitre d'un de leur ouvrage « Les bougies de la pyramide: l'ébranlement d'un paradigme », dans *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint -Louis, 2002, chapitre 1 ; Antoine BAILLEUX rapporte que, à la suite des réflexions d'Ost et van de Kerchove, de nombreux juristes sont « enthousiastes » à l'idée d'un changement de paradigme, p. 91 ; Jean CARBONNIER, sans aller jusqu' à parler de changement de paradigme, souligne que le monisme correspond à une situation politique précise s'étendant du XVIème siècle au début du XXème et que nos sociétés ne peuvent que reconnaître de nombreux foyers de droit concurrençant directement l' État dans la production normative: *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 18. Pour Mireille DELMAS - MARTY, il s'agit d'un « changement de perspective sur le droit » : « La tragédie des trois C », dans Mathieu Doat, Jacques Le Goff et Philippe Pédrot (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, 2007, p. 7.

l'enjeu de cette étude est donc, en provoquant une rupture épistémologique, à la suite d'une lecture socio criminologique du droit positif moderne, de présenter les balises, pour une adaptation du droit positif congolais à la culture sous-jacente, sous le signe du pluralisme, et de la prise en compte de la complexité sociale congolaise. Cette exploration de l'objet d'étude a convié à une précaution méthodologique à la fois sociologique que criminologique.

Ainsi, la présente étude, qui se focalise à présenter l'approche pluraliste du droit comme réponse aux limites de la science de droit moderne, a trouvé son ancrage solide dans une pensée savante, véhiculée dans l'étude menée par Michel Miaille, qui soutient que « pour développer une étude scientifique du droit, nous devons forcer trois obstacles d'autant plus solides qu'ils paraissent plus « naturels » : l'apparente transparence de l'objet d'étude, l'idéalisme traditionnel de l'analyse juridique, la croyance enfin qu'une science n'acquiert son statut qu'en s'isolant de toutes les autres recherches »²⁴. La reconnaissance de ces difficultés, soutient-il, « conduit dès lors à affirmer que nous devons construire l'objet de notre étude et non nous laisser imposer l'image que le système juridique véhicule avec lui, renverser totalement la perspective idéaliste et fractionnée du savoir qui domine actuellement ».²⁵ En s'interrogeant très particulièrement sur la contribution d'une approche pluraliste à l'émergence d'une science de droit postmoderne, la présente étude tentera d'approcher « la science du droit moderne » comme objet d'étude, scrutant en premier lieu ses idéaux fondateurs, qui sous-tendent des dérives mythologiques (1) avant de proposer des balises, qui serviront de guide, à l'émergence d'une science de droit postmoderne (2) et viendra une conclusion qui bouclera ce périple.

1. DES DERIVES MYTHOLOGIQUES COMME LIMITES DE LA SCIENCE DU DROIT MODERNE

Abordant la question de dérives mythologiques du monisme juridique comme limites de la science du droit postmoderne, il sera question d'analyser l'indigénisation du transfert de la science du droit moderne en contexte congolais (1.1), ce qui explique un idéalisme fantasmé du droit moderne (1.2) alors que le monisme juridique apparaît comme une construction sociale au service du pouvoir (1.3).

1.1. L'indigénisation du transfert du droit moderne en contexte congolais

« La «science juridique» telle que la conçoivent les juristes, et notamment les historiens du droit qui identifient l'histoire du droit à l'histoire du développement interne de ses concepts et de ses méthodes, appréhende le droit

²⁴ M. MIAILLE, *Introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, pp. 67-68.

²⁵ *Ibid.*,

comme un système clos et autonome, dont le développement ne peut être compris que selon sa «dynamique interne»²⁶.

« La revendication de l'autonomie absolue de la pensée et de l'action juridique s'affirme dans la constitution en théorie d'un mode de pensée spécifique, totalement affranchi de la pesanteur sociale ; et la tentative de Kelsen pour fonder une «théorie pure du droit» n'est que la limite ultra-conséquence de l'effort de tout le corps des juristes, pour construire un corps de doctrines et de règles totalement indépendant des contraintes et des pressions sociales et trouvant en lui-même son propre fondement »²⁷.

De ce fait, il faut avouer que « la colonisation a opéré un transfert juridique qui n'est resté qu'apparent, car dans la pratique, la réception n'a jamais été réelle, faute d'indigénisation²⁸. Ainsi, affirme Etienne Le Roy, ce transfert surtout imposé par l'ordre colonial aboutit à l'heure actuelle à une situation schizophrénique »²⁹.

L'on peut déduire de toutes ces considérations que le droit congolais a été longtemps pensé pour nous, c'est-à-dire sans nous et même malgré nous. Ainsi, dans les différents projets de réforme amorcés, il semble que des réalités congolaises sous-jacentes devront être prises en compte dans le souci de quitter un monde juridique d'apparence. Cela oblige de faire preuve d'imagination et d'initiative, de mettre à nu les vrais besoins de la société après avoir été pendant longtemps silencieux et passifs sur le modèle de droit qui paraît adéquat au système de pensée congolais. Outrés et navrés par certaines contradictions, les inconséquences du droit actuel et les nombreuses inadéquations entre les lois et les réalités sociales démontrent que la science du droit moderne s'inscrit dans un univers surdéterminé, justifié par un idéalisme fantasmé.

1.2. L'inscription de la science du droit moderne dans un univers surdéterminé

L'analyse juridique, en contexte congolais, se trouve au cœur d'un idéalisme fantasmé « en tant qu'elle impose et ordonne. En effet, le droit est le garant de la normalité instituée puisqu'il assure la reproduction des comportements considérés comme normaux ; mais simultanément il indique où est la normalité, véhicule et inculque une certaine idée du normal ; de sorte que la

²⁶ J. BONNECASE, *La pensée juridique française, de 1804 à l'heure présente, les variations et les traits essentiels*, 2 vol., Bordeaux, Delmas, 1933, cité par Bourdieu Pierre, « La force du droit », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, septembre 1986, p. 1.

²⁷ P. BOURDIEU, *op. cit.*, p. 1.

²⁸ E. Le ROY, « La face cachée du complexe normatif en Afrique noire francophone », in Robert Ph., van de Kerchove M., (éds), *Normes, normes juridiques, Normes pénales. Pour une sociologie des frontières*. Tome I, CEE, L'Harmattan, Col. Logiques Sociales, Séries Déviance/GERN, 1997, p.3.

²⁹ *Ibid.*,

règle juridique, transmuée en étalon, en mesure de la normalité, contribue à faire accepter comme normaux certains comportements ou à l'inverse à en disqualifier d'autres, dès lors considérés comme anormaux »³⁰. « Et dans la mesure où le droit reste pour un temps encore un instrument privilégié de la régulation sociale, il est finalement logique qu'il porte la marque des processus de normalisation et de rationalisation à l'œuvre en leur sein et auxquels il participe »³¹.

En effet, Jacques Lenoble et François Ost « dégagent l'idéal logicien qui domine la rationalité juridique et qui s'enracine dans l'ordre de l'imaginaire, du mythe chargé de justifier la validité du droit et l'obéissance qui lui est due. Soutiennent-t-ils, incarnant la dérive « mytho-logique » de la rationalité juridique. Il est à ce sujet aisé de montrer que, telles qu'elles sont issues de la colonisation, la conception du rôle du juge et les bases de notre organisation judiciaire sont assujetties à une symbolique de l'unité et de la cohérence »³². Ici, il n'est plus question simplement de normativité. Le droit se mêle à d'autres phénomènes et il est simultanément « constitutif d'expériences » diversifiées³³.

Dans le même ordre d'idée, Gérard Timsit affirme que « la juridicité n'est pas un état, mais une qualité³⁴ ». Roderick Mac Donald va plus loin encore en incluant dans sa conception du pluralisme juridique la normativité proprement sociale. Il affirme même qu'il y a confusion entre la normativité juridique et la normativité sociale³⁵. Il avance l'idée que les sujets façonnent les institutions et, par le fait même, le droit : c'est le sujet de droit qui fait le droit. Même le droit étatique est une construction découlant des interactions entre les sujets de droit et les sujets exerçant un rôle institutionnel. Mais il replace le droit dans son contexte social en soulignant le fait que ce sont les sujets détenteurs du pouvoir qui imposent leur conception du droit et de l'image qu'ils se font du sujet³⁶. Car les normes sont le reflet de l'identité de ce sujet puisque la pluralité des ordres juridiques reste toujours dans l'imaginaire des sujets, dans la pluralité de leur conception de leur soi ». Dans cette perspective, les normes ne sont plus des règles imposées, mais des règles « négociées ».

³⁰ D. LOSCHAK, *Droit, normalité et normalisation*, p. 54.

³¹ *Ibid.*, p. 58.

³² J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, p. 182.

³³ Jean-François GAUDREAUULT-DESBIENS et Diane LABRÈCHE, *op. cit.*, p. 1.

³⁴ Gérard TIMSIT, « Sept propositions (plus une) pour une définition systémale du droit », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10, p. 95.

³⁵ Les Vieilles Gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », in Jean -Guy Belley (dir.), *Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, p. 259.

³⁶ Roderick A. MACDONALD, *Pluralisme juridique*, pp. 133-152.

En observant les acteurs sociaux, on constate non seulement qu'ils savent manier le droit flexible de l'État, mais qu'ils aménagent leurs propres normativités³⁷. Selon Jean Carbonnier, qui établit la dénomination de « pluralisme normatif³⁸», les normes non juridiques non seulement régulent les rapports sociaux, et parfois mieux que ne le fait le droit, mais elles sont de surcroît dans un lien de complémentarité, voire de concurrence avec le droit³⁹. Ainsi, Robert C. Ellickson postule qu'un droit qui serait mal fait aurait plutôt tendance à renforcer le contrôle social informel. Éric A. Posner pose le raisonnement dans l'autre sens, puisque, pour lui, la présence du droit dépend directement de la solution qu'a proposée au préalable le système normatif non légal⁴⁰.

Il va s'en dire que le droit partage l'espace social avec un très grand nombre d'institutions capables d'assurer, elles aussi, l'intégrité et l'étanchéité de l'ordre social qu'elles proposent⁴¹. « La rationalité juridique paraît logicienne et fantasmagique, productrice d'un discours cohérent et clôturé, non pas du fait de quelque performance techniques mais en raison de son inscription dans un univers surdéterminé par le désir et la croyance, l'univers du mythe. Le phénomène d'inhérence du juridique à l'ordre de l'imaginaire sous forme d'un dérive, les différents « coups de sonde » opérés révèlent en effet un phénomène de glissement, de dérapage ou de dérive du *logos* judiciaire en direction d'un fondement assuré, d'un ancrage dans le socle de l'idéal »⁴².

1.3. Le monisme juridique comme construction sociale au service du pouvoir

Il semble que tout juriste a appris les conditions d'élaboration et de réception des lois, mais souvent les « jeux du pouvoir⁴³ » et les « enjeux » qui constituent le fondement même de ces lois, échappent à la plupart des juristes.

³⁷ Jean-Guy BELLEY, Droit soluble, supra, note 11, p. 10 ; il souligne également que « toute régulation sociale n'est pas juridique » : État et régulation juridique, p. 27.

³⁸ S'opposant, à notre avis, au pluralisme juridique : Sociologie juridique.

³⁹ Voir André LACROIX, *op. cit.*, p. 200. Pour Guy ROCHER, *une norme appartient au droit seulement si elle est intégrée à un ordre juridique : Droit et éthique*, p. 136.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 4.

⁴¹ Pierre NOREAU, *Notions juridiques*, p. 230.

⁴² *Ibid.*, p. 5.

⁴³ Selon D. Kaminski, la lecture juridique de la création de la loi en fait l'œuvre d'une ou plusieurs assemblées parlementaires, initiée par le dépôt d'un projet (gouvernemental) ou d'une proposition (parlementaire). Cette lecture met en évidence un produit, ainsi que le processus strictement juridique et le lieu de son adoption. Elle passe sous silence le jeu de forces sociales passablement conflictuelles dans la revendication légale et dans la résistance qu'on lui oppose ; elle se tait aussi sur le jeu de forces politiques tout aussi conflictuelles manifesté dans le compromis final adopté et dans les enjeux pragmatiques ou symboliques attribués à son éventuelle application. Elle occulte enfin la multiplicité de scènes sur lesquelles la loi se crée. D. Kaminski, *Condamner, Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, Eres, 2015, p.126.

Cependant, le droit peut être aussi et surtout, un outil de domination par excellence. Un instrument de gestion des affaires de la classe dominante et son contenu peut refléter les rapports de production d'un pouvoir de domination. Pour Jean Leclaire⁴⁴, « le droit représente une des dernières valeurs communes. Mais encore faut-il s'entendre sur ce qu'il est. On le définit généralement comme un système de normes, dit-il, mais on oublie que ce sont des organes de pouvoir qui le produit et l'applique ». Et ces normes changent selon les courants idéologiques, culturels, sociaux, économiques et politiques. Tout le processus d'engendrement du droit, y compris du droit légiféré, repose encore essentiellement sur un arbitrage autoritaire entre des valeurs et des intérêts concurrents⁴⁵. Selon J. Faget⁴⁶, « l'idéologie juridique positiviste qui fait fréquemment référence à un législateur impersonnel, qui serait source de testes représentant la volonté général, n'est qu'un mythe occultant le fait que les lois sont le produit d'un contexte sociopolitique et peuvent être comprises indépendamment de sa prise en compte ». Elle est une source d'action de ses « géniteurs » ou ses fabricants et son identification déborde la délimitation des auteurs constitutionnellement reconnu à titre de « législateur »⁴⁷.

Dans la perspective formaliste⁴⁸, selon J. Faget, la loi est considérée comme l'expression de la volonté collective des membres d'une société mais dans la perspective instrumentaliste⁴⁹, la loi est considérée comme un enjeu dans la lutte entre classes sociales. Il n'est donc pas neutre mais constitue un instrument de domination au service des plus puissants économiquement ou politiquement⁵⁰. L'expérience congolaise en la matière est fascinante dans le domaine d'élaboration et de production des lois. La création de la loi comme une prise de décision ne repose pas souvent « sur une analyse des besoins sociaux à l'origine de la norme, encore moins sur le diagnostic de problèmes à résoudre ». La production législative congolaise ne reflète pas les réalités socio-culturelles du pays et ne prend pas en compte les recherches doctrinales ou les savoirs scientifiques en la matière. Pourtant, le droit est un enjeu d'un processus et résulte d'un choix provisoire entre des revendications et des solutions diverses où se mêlent valeurs et intérêts.

⁴⁴ Jean Leclaire, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁵ Pierre Issalys, « La loi dans le droit : tradition, critique et transformation », in *Les Cahiers de droit*, Volume 33, numéro 3, 1992, Faculté de droit de l'Université Laval, p. 692.

⁴⁶ J. Faget, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Paris, Eres, 2008, p. 164.

⁴⁷ Dan Kaminski, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁸ Dans une lecture formaliste et consensualiste, la loi apparaît comme production de la volonté collective.

⁴⁹ Dans une lecture instrumentaliste ou conflictualiste, la production normative relève d'une victoire de classe dominante contre les classes dominées, D. Kaminski, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁰ D. Kaminski, *op. cit.*, p. 131.

« Comme l'église et aussi l'école, la justice organise selon une stricte hiérarchie non seulement les instances judiciaires et leurs pouvoirs, donc leurs décisions et les interprétations dont elles s'autorisent, mais aussi les normes et les sources qui confèrent leur autorité à ces décisions »⁵¹. De ce fait, « le droit s'arroge le pouvoir de nomination en ce que le « pouvoir » judiciaire, à travers des verdicts assortis de sanctions qui peuvent consister en actes de contrainte physique tels que le retrait de la vie, de la liberté ou de la propriété, manifeste ce point de vue transcendant aux perspectives particulières qu'est la vision souveraine de l'Etat, détenteur du monopole de la violence symbolique légitime »⁵². « Le droit consacre l'ordre établi en consacrant une vision de cet ordre qui est une vision d'Etat, garante par l'Etat. Il assigne aux agents une identité garantie, un état civil, et surtout des pouvoirs (ou des capacités) socialement reconnus, donc productifs, à travers la distribution des droits d'utiliser ces pouvoirs. Le droit est sans doute la forme par excellence du pouvoir symbolique de nomination »⁵³.

« C'est tout ce travail de construction et de formulation des représentations que le travail juridique consacre, en lui ajoutant l'effet de généralisation et d'universalisation qu'enferment la technique juridique et les moyens de coercition qu'elle permet de mobiliser. Il y a donc bien un effet propre de l'offre juridique, c'est-à-dire de la création juridique » relativement autonome que rend possible l'existence d'un champ de production spécialisé, et qui consacre l'effort des groupes dominants ou en ascension, pour imposer, notamment à la faveur de situations critiques ou révolutionnaires, une représentation officielle du monde social qui soit à leur vision du monde et favorable à leurs intérêts »⁵⁴. « Lorsque l'on prend le contrepied de cette sorte d'idéologie professionnelle du corps des docteurs constituée en corps de « doctrine », c'est pour voir dans le droit et la jurisprudence un reflet direct des rapports de force existants, où s'expriment les déterminations économiques, et en particulier les intérêts des dominants, un instrument de domination »⁵⁵. D'où l'importance de présenter les balises à l'émergence d'une science du droit postmoderne, qui passe par la déconstruction du droit dans sa mythologie dans un prisme empirique, avant de la reconstruire dans une approche juridique pluraliste, qui s'affirme comme une réponse adéquate aux limites mythologiques du droit moderne.

⁵¹ P. BOURDIEU, *op. cit.*, p. 4.

⁵² *Ibid.*,

⁵³ *Ibid.*, p. 13.

⁵⁴ *Ibid.*, P. 17.

⁵⁵ S. Spitzer, Marxist Perspectives in the Sociology of Law, *Annual Review of Sociology*, 1983, 9, pp. 103- 124 cité par BOURDIEU Pierre, *op. cit.*, p. 1.

2. DES BALISES A L'EMERGENCE D'UNE SCIENCE DU DROIT POSTMODERNE

L'émergence d'une science du droit postmoderne passe, avant tout, par la déconstruction de l'idéologie juridique moniste (2.1), en passant par sa construction dans un prisme empirique (2.2) avant de la reconstruire dans une approche juridique pluralisme (2.3).

2.1. La déconstruction de l'idéologie juridique moniste

À l'ère postmoderne de la pensée juridique, les théories du monisme juridique apparaîtront moins que les théories du pluralisme juridique comme « l'incarnation même de la Raison »⁵⁶. Le monisme juridique demeure le « paradigme dominant », le pluralisme juridique n'étant toujours qu'un « aspirant paradigme ». Il semble peu conforme à la réalité doctrinale contemporaine de dire que « la conception moniste est dépassée »⁵⁷. La part de la doctrine qui estime que « plusieurs espaces de règlement juridique agissent simultanément »⁵⁸. Que l'on accepte l'idée selon laquelle la modernité a précisément eu pour effet historiquement vérifiable de concentrer entre les mains de l'État la détermination officielle de la juridicité ou que l'on démontre que, dans ce même monde empirique, celui des sociétés occidentales, la juridicité se définirait désormais tout autrement »⁵⁹. Et le pluralisme juridique demeure dominé par le monisme et par l'étatisme juridique.

Par ailleurs, on note qu'« à la quiétude du siècle précédent, ramenant le droit à la loi, a succédé un désordre normatif des plus troublants : enchevêtrement des sources, devenues insaisissables, lois que l'on dit sans droit, règles sans normes, normes sans contrainte, toutes hybrides monstrueux, dénoncées de toutes parts, désavouées par leurs auteurs mêmes et pourtant proliférant, comme par désenchantement »⁶⁰. À l'aune de pareille description du contexte mono-juridique, il faut croire que le monisme juridique n'est plus qu'un paradigme dominant en sursis, que l'idée de « droit au pluriel » appartient à l'avenir de la culture juridique quand celle de « droit au singulier »⁶¹ appartient à son passé⁶².

⁵⁶ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, 3e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 101.

⁵⁷ J. Chevallier, « La régulation juridique en question », *Dr. et société* 2001, p. 835.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 836 ; également, B. de Sousa Santos, « Droit : une carte de lecture déformée – Pour une conception post-moderne du droit », *Dr. et société* 1988, p. 573 s.

⁵⁹ D. de BECHILLON, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in A. Berthoud, É. SEVERIN, (dir.), *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000, p. 71.

⁶⁰ N. MOLFESSIS, « La distinction du normatif et du non-normatif », *RTD civ.*, 1999, p. 729.

⁶¹ F. RIGAUX, « Le droit au singulier et au pluriel », *RIEJ*, 1982, n° 9, p. 51 s.

⁶² Boris Barraud, *Théories du droit et pluralisme juridique. Théories du droit et pluralisme juridique. Tome II: La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016, p. 11.

En effet, « les études du droit fondées sur l'approche sociale « ont atteint un point crucial de leur développement. Le paradigme originel est épuisé »⁶³. « Le juriste doit être à la fois politique, psychologue et sociologue, autant que logicien capable de préserver la cohérence d'un système qui obéit à d'autres fins »⁶⁴. Ce qui montre « l'absurdité des découpages disciplinaires » affirme André Jean Arnaud. « Le juriste est menacé de tourner en rond dans un style d'interprétation désincarné, à la limite de la morbidité : le seul vrai droit est le droit *malade*, celui qu'on appréhende aux marches du palais »⁶⁵ affirme André Jean Arnaud. S'agissant du droit, et à situer ainsi la problématique, on en finit pas de se demander si l'on peut tenir pour science une portion du savoir dont l'objet est à la fois une action et le résultat de cette action ; de toutes manière un objet illusoire, sans réalité tangible et ne présentant pas de régularités stables »⁶⁶.

Les fondements philosophiques du droit, mis en vedette par Hans Kelsen dans sa théorie pure du droit, tracent les frontières d'un droit autonome et statique, mais au demeurant statique, détaché de toute dépendance à d'autres sciences, qui est sensé régir un corps social paradoxalement marqué par une dynamique complexe. A ce sujet, O. Corten⁶⁷ *et al* parlent du droit comme idéologie. Pour ces derniers, du moment où on admet que le droit est un discours qui peut recouvrir des contenus très différents, il est difficilement contestable que tout droit est chargé de valeurs, et que ces valeurs peuvent être rattachées à des idéologies. D'où l'importance de construire le droit à partir des référentiels empiriques.

2.2. La construction du droit postmoderne dans un prisme empirique

Les recours aux modes alternatifs et informels de régulation sociale sont particulièrement perceptibles dans la matière des règlements de conflits. De plus en plus nombreux sont les cas où « le Palais de justice n'est plus en mesure de répondre efficacement aux besoins, aux attentes de justiciables » comme l'affirme André Jean Arnaud⁶⁸. De plus en plus fréquentes sont les hypothèses où les modes formels de résolution des conflits selon la procédure judiciaire ordinaire ne fonctionnent pas ou s'avèrent mal adaptés.

En effet, il faut dire que « l'épistémologie positiviste est fondée sur quelques axiomes qui ne permettent pas de franchir le fossé qui existe entre le droit et

⁶³ A. J. ARNAUD, « Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun », in *Droit et société*, n° 20-21, 1992, p. 18.

⁶⁴ C. CASTORIADIS, « Science moderne et interrogation philosophique », in *Encyclopédia Universalis, organum*, vol. 17, 1968, pp. 61-62, cité par André Jean Arnaud, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁵ A. J. ARNAUD, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ O. CORTEN *et al.*, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁸ A. J. ARNAUD, *op. cit.*, p. 29.

les sciences sociales »⁶⁹. D'où « l'importance d'une approche interdisciplinaire des problèmes juridiques »⁷⁰. Plus précisément le constructivisme naît au moment où l'on admet que les problèmes ne sont pas nécessairement posés à priori, mais qu'ils doivent être construits. Voilà donc réunies les conditions premières pour la constitution d'une science sociale du droit, pour une épistémologie constitutive.

Il importe de ne pas se laisser emporter par elle, au risque d'en faire un dogme qui, à long terme, desservirait la cause de la justice. Plutôt, il faut utiliser cette donnée comme source d'éclairage afin de découvrir la juste interaction qui prévaut et devrait prévaloir entre le droit étatique et le restant du corps normatif social quant aux rapports entre les membres de la société. L'utilité d'analyses du genre est incontestable, en raison de l'organisation des idées, fussent-elles relativement abstraites, qu'elles assurent. Les acteurs du monde juridique étatique, faut-il le rappeler, sont constamment en quête de raisonnements pour appuyer leurs dires et peuvent donc trouver là ce dont ils ont besoin⁷¹.

Cependant, on a souvent l'impression, en écoutant le discours de ceux qui réclament l'intervention de l'État dans différents secteurs d'activités ou qui en appellent aux tribunaux pour des problèmes des plus variés, qu'ils s'attendent à ce que le droit étatique satisfasse à lui seul leurs revendications. Le droit étatique est pour eux, consciemment ou inconsciemment, une fin en soi. Pourtant, les propos que nous avons tenus jusqu'ici nous amène à penser qu'au contraire, la consécration d'une norme par le système juridique étatique ne représente qu'une étape dans ce qu'il convient de qualifier de recherche incessante de la justice. Nous plaçant au niveau des tribunaux, il faut dans un premier temps reprendre l'analyse de Bourdieu, pour qui: «le champ judiciaire est l'espace social organisé dans et par lequel s'opère la transmutation d'un conflit direct entre parties directement intéressées en débat juridiquement réglé entre professionnels agissant par procuration et ayant en commun de connaître et de reconnaître la règle du jeu juridique»⁷², et y ajouter ce qui suit.

Du moment que la partie du jeu juridique étatique est terminée, son issue se trouve immédiatement projetée au sein de l'espace social et, en conséquence, sujette au mouvement d'internormativité qui sous-tend ce dernier. Les effets espérés du droit étatique ne peuvent jamais découler que de lui seul : ils demeurent, en toutes circonstances, dépendants de la convergence en sa faveur des conditions sociales. C'est dire qu'une éducation à cette réalité serait

⁶⁹ *Ibid.*, p. 21.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 25.

⁷¹ Louis MARQUI, *De la légitimité du règlement alternatif des conflits*, R.D.U.S, 1992, p. 261.

⁷² P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique ». Actes de la recherche en sciences sociales 3, 1986, p. 10.

susceptible de favoriser le développement d'une certaine maturité individuelle et collective face à ce que l'on peut s'attendre du droit étatique et de faire comprendre pourquoi «la phrase banale, que les règles de droit sont faites pour s'appliquer, quoiqu'elle ait l'air d'un truisme, n'est pas une vérité»⁷³. Il devient alors nécessaire d'aller plus loin que la simple constatation, afin d'interroger directement les pratiques. Cela revient à dire, en l'occurrence, de procéder à l'évaluation de la formation et de la mise en œuvre des normes afin d'identifier la place actuelle et potentielle, avec les adaptations requises. Défi passionnant, il n'en est pas moins un de taille. D'abord pour le juriste, car l'observation empirique n'appartient pas à sa culture générale⁷⁴.

Les difficultés inhérentes à ce procédé scientifique sont donc accentuées à son égard vu sa méconnaissance et son inhabileté vis-à-vis de la méthode. Pour celui-ci, accéder aux terrains, réaliser des observations significatives et interpréter le résultat de ces enquêtes constituent autant de repoussoirs à l'analyse empirique parce que synonymes d'inconnu.

La maîtrise de ces actions est pourtant fondamentale car c'est par son entremise que la reconstruction des trajectoires d'informations qui orientent le comportement s'avère possible.

Autrement, le juriste risque d'être aveuglé par la force symbolique associée au droit étatique, laquelle provient de ses dimensions universelle, logique et formelle. Ceci ne signifie pas que cette force n'existe pas. Au contraire, il est naturel que celui qui se trouve au cœur de ce champ d'activités risque de lui prêter davantage de vertus qu'elle n'en a vraiment dans les faits. Pourrait-on voir, dans les difficultés reliées à ce défi, un motif à la création d'une interdisciplinarité par une mise en contribution d'une triangulation méthodologique associant les approches juridiques et sociologiques en vue de tirer des pratiques, telles qu'elles sont mobilisées sur terrain, les enseignements propres à rendre la justice plus accessible. Nul doute qu'une telle approche serait d'une pertinence adéquate et présentera de ce fait un grand intérêt.

2.3. La reconstruction du droit postmoderne dans une approche pluraliste

La reconstruction du droit, en contexte congolais, passe par son adaptation aux réalités sociales sous-jacentes. Cela implique la prise en charge du droit dans un pluralisme juridique. A ce sujet, Etienne Le Roy estime que « le pluralisme juridique qui est, dans la tradition juridique civiliste, une sorte d'impensable et dans les travaux anglo-saxons largement impensé se révèle le cadre « normal » de la socialisation et de la juridicisation au sud du Sahara »⁷⁵.

⁷³ J. Carbonnier, *Flexible droit*, 6^e édition, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 136.

⁷⁴ C'est encore Carbonnier qui disait : « On ne s'interroge pas sur l'utilité du droit. Puisqu'il a l'air d'avoir toujours existé, on présume qu'il rend des services », *Sociologie juridique*, Paris, A. Colin, 1972, p. 252.

⁷⁵ E. Le ROY, *op. cit.*, p. 2.

En effet, André Jean Arnaud estime à ce sujet que « la société contemporaine tend à substituer un modèle ouvert, où l'informel gagne du terrain, et où les acteurs jouent un rôle jusque dans l'élaboration de la décision complexe qui fonde la règle du jeu ». « De ces nouveaux rapports fluctuants entre le social et le juridique, naît une nouvelle structure du jeu, qui préfigure ce que pourrait être le Droit d'une société postmoderne »⁷⁶.

Ainsi, « la politique juridique officielle va à l'encontre de la tradition culturelle africaine pluraliste. Elle la déséquilibre sans substituer un principe d'ordonnement qui puisse faire autorité »⁷⁷. « Cette politique juridique ne valorise qu'un fondement, légal, le droit des codes, alors que la tradition africaine est plurale soutient Etienne Le Roy ». « En Afrique noire, la vie juridique est organisée sur la base de modèles de conduites et de comportements, constitutifs de la coutume et de systèmes de dispositions durables, des habitus où « dire c'est faire », et où faire est l'expression d'un « droit pratique »⁷⁸. « Les critiques adressées au droit procèdent aussi d'un regard sociologique visant à arrimer l'enseignement du droit aux transformations de l'Etat et à l'articuler à des enjeux qui sont à la fois politiques et académiques »⁷⁹.

La dynamique du pluralisme juridique permet de considérer les différentes contradictions qui se dégagent des différents points de vue véhiculés par les citoyens sur le droit, la justice et les différentes pratiques, parfois contradictoires, qu'ils mobilisent. Dans cette perspective, le choix de la norme par un individu dépend de l'idée qu'il se fait de son rôle dans la configuration mais également, plus largement, de sa fonction dans le lien social. Il s'ensuit que la norme n'est pas conceptualisée en fonction de son contenu objectif mais plutôt par rapport à la signification que l'acteur lui donne, compte tenu de son propre rôle d'acteur social dans le jeu. Au regard de toutes les transformations qu'a subi l'ensemble de système juridique, il y a lieu d'épingler le fait d'une dynamique d'une pluralité normative qui s'illustre dans les interactions entre les acteurs du système juridique étatique et les citoyens justiciers, en contexte congolais.

Si les critères de la juridicité sont pluriels⁸⁰ et si la validité n'est pas la preuve mais seulement un indice parmi d'autres de la juridicité⁸¹, les normes et institutions pourraient ne pas être soit juridiques, soit non juridiques, mais être,

⁷⁶ Voir à ce sujet le résumé de l'article d'A. J. ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », in *Droit et société*, n°17-18, 1991.

⁷⁷ A ce propos, Etienne Le ROY, qui se réfère à Hobbes, note que « c'est l'autorité, et non la vérité, qui fait le droit.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 4.

⁷⁹ MYRIAM AIT-AOUDIA, Rachel VANNEUVILLE, « Le droit saisi par son enseignement », in *droit et société*, 2013, n°83, p. 10.

⁸⁰ C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599 s.

⁸¹ C. THIBIERGE, « Le concept de force normative », in C. THIBIERGE, (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, Paris-Bruxelles, 2009, p. 837.

à différents niveaux, semi-juridiques. De ce fait, toutes les sources de normes pourraient potentiellement être des sources de normes juridiques, bien que beaucoup seraient des sources de normes faiblement ou moyennement juridiques.

Pourtant, les tenants du pluralisme juridique, à l'identique des tenants du monisme juridique, pensent que les normes sont soit totalement juridiques ou bien elles ne le sont nullement, y compris celles qui appartiennent à ce « droit vulgaire qui court, en clair-obscur, le long du système juridique positif » comme le soutient Jean Carbonnier⁸².

Dans ce contexte, il se trouverait nombre de foyers normatifs extra-étatiques desquels jaillirait une juridicité identique à la juridicité étatique. Malgré ses faiblesses et ses incertitudes, la révolution de la culture juridique présenterait l'avantage de répondre en partie au souhait de Carbonnier « que le droit retrouve un peu de l'esprit de vie »⁸³. Surtout, elle permettrait aux juristes de prendre en considération, dans leurs travaux, ces normes non étatiques multiples qui, aujourd'hui, jouent un rôle fondamental dans tout ce qui relève de la « gouvernance » ou du « règlement » ; Or n'a-t-on pas déjà qualifié l'idée de pluralisme juridique de « folie »⁸⁴? Ce terrain périlleux et dangereux n'est pas un autre que celui de la définition du droit et, plus précisément, que celui de sa définition par le prisme exclusif ou non exclusif de l'État.

Il est évident que l'État tolère et même parfois encourage les formes non étatiques de règlement et que ce sont des rapports de complémentarité et d'interdépendance. Il est même relevé que le règlement public serait l'exception quand le règlement privé serait le principe⁸⁵. On reconnaît que « les sources du droit ne sont pas toutes d'égale qualité pour poser des règles de droit »⁸⁶. A ce sujet, Aristote observait que « le droit issu de la loi est supérieur à celui qui naît des jugements particuliers »⁸⁷. Aux yeux de la théorie syncrétique, toutes les sources de normes sociales sont des sources de normes juridiques, mais toutes, loin s'en faut, ne sont pas des sources de normes fortement ou absolument juridiques. Il se trouve, entre les diverses normes sociales, des variations de degré mais non des variations de nature⁸⁸.

⁸² J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 371.

⁸³ R. DRAI, « La gouvernance négative », cités 2004, n° 18, p. 86.

⁸⁴ B. Z. TAMANAHA, « The Folly of the "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, 1993, p. 192 s.

⁸⁵ J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, 1986, vol. XVIII, p. 30.

⁸⁶ P. DEMIER, *Introduction générale au droit*, 2e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p. 55.

⁸⁷ ARISTOTE, *Rhétorique*, 323 av. J.-C., L. I, chap. 1 (cité par Ph. Raynaud, « Anciens et modernes », in D. Alland, S. Rials, (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003, p. 50).

⁸⁸ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004, p. 360 (« le juridique et l'infra-juridique ne font pas un pluriel parce qu'ils ne sont pas d'identique nature »).

Cette théorie encourt le reproche adressé aux conceptions émergentes du droit⁸⁹ qui ne feraient que « standardiser » et « niveler » le droit⁹⁰ ou celui selon lequel il s'agirait d'une vision diluée et approximative de la juridicité dans laquelle toute forme d'expression normative pourrait être juridique⁹¹, tout cela ne contribuant qu'à renforcer le « désordre juridique »⁹² et, in fine, à mener à la « mort du droit »⁹³ par la disparition de tout signifié assorti au signifiant « droit », lequel ne serait plus qu'une coquille vide à ranger au banc de l'histoire. Il est vrai, à l'aune de la définition syncrétique du droit, que les frontières de ce dernier sont aujourd'hui excessivement floues et incertaines⁹⁴.

À l'heure de la « nébulisation de la frontière du droit et du non-droit »⁹⁵, il est impossible d'établir par quelque moyen scientifique que ce soit ladite frontière. Tout pluralisme se définit comme la « garantie d'une diversité dans le respect d'un cadre commun »⁹⁶. Ainsi, pour ne pas tomber dans une catastrophe, le pouvoir étatique devrait établir les articulations possibles en établissant des balises et frontières infranchissables, pour éviter tout débordement qui plongerait la société dans une jungle indescriptible qui briserait ainsi la stabilité sociale et qui consacrerait finalement un droit sans justice, où la loi du plus fort l'emporterait. Il s'agirait donc de consacrer la coexistence aux autres formes de normativité aux côtés du système étatique, qui servira de garde-fou.

⁸⁹ Par exemple, A.-J. ARNAUD, Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation, LGDJ, coll. *Droit et société*, 2003, spéc. p. 242-243 (« polycentricité et pluralisme s'étudient en fonction de l'émergence de plus en plus visible de formes alternatives, voire informelles, de régulation juridique, qui constituent autant de foyers de production de droit. Toute procédure ne relevant pas du droit étatique et visant à régler une situation ou à donner une solution à un conflit crée du droit alternatif. Les lieux du droit deviennent, sinon infinis, du moins aussi nombreux qu'il y a, sur la planète, d'êtres humains capables de régler par eux-mêmes une situation ou de donner une solution à un conflit »).

⁹⁰ J.-F. RIFFARD, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », in M. Behartou Chais, N. Martial-Braz, J.-F. RIFFARD, (dir.), *Les mutations de la norme*, Economica, coll. *Études juridiques*, 2011, p. 103.

⁹¹ M. VIRALLY, *Le phénomène juridique*, RDP, 1966, p. 13.

⁹² A. DECOCQ, « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, Puf, 1997, p. 149 s. ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur le "désordre juridique français" », in *Mélanges André Decocq*, Litec, 2004, p. 405 s. ; C. SAMPFORD, *The Disorder of Law*, Basil Blackwell (Oxford), 1989.

⁹³ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3e éd., LGDJ, coll. *Droit et société*, 2008, p. 146.

⁹⁴ J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in J. ClaM, G. Martin, (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. *Droit et société*, 1998, p. 37.

⁹⁵ D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 223.

⁹⁶ M.-A. COHENDET, « Synthèse et conclusion », in L. Fontaine, (dir.), *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. *Droit et justice*, 2007, p. 371.

CONCLUSION

La présente étude, consacrée à une lecture socio criminologique du droit positif moderne, a poursuivi l'objectif de renouveler les questionnements à propos des mutations que connaît la science du droit aujourd'hui, à la suite des dérives mythologiques du monisme juridique déclaré, qui constituent des limites à l'émergence d'une science de droit postmoderne.

En effet, de manière générale, le droit évolue parce que les mutations sociales appellent une adaptation constante des règles juridiques aux aspirations des citoyens⁹⁷. Ainsi affirme Patrice Kouam, « les finalités de la règle de droit sont ainsi devenues des outils de mesure incontestables de la qualité du droit »⁹⁸. On ne peut véritablement appréhender, dans le domaine du savoir, les changements, que sous la condition d'être entré dans une nouvelle ère de la connaissance.⁹⁹ Ceci démontre que les influences et les mouvements à l'œuvre dans les champs du savoir ne peuvent que nous échapper, dès lors que nous évoluons encore dans une positivité¹⁰⁰ dont nous ne sommes pas entièrement sortis. Autrement dit, tant que nous ne serons pas « libérés du connu »¹⁰¹, nous resterons attaché au conformisme d'une pensée plus répandue que « l'exigence d'inventivité ».¹⁰²

A ce jour, les juristes doivent prendre conscience de l'éclatement du monolithisme du droit, et d'une nécessaire diversification des modes de régulation de la sphère jusqu'ici considérée comme « juridique », allant jusqu'à affirmer que le droit était le mode par excellence d'assurer la régulation de la société¹⁰³. Cependant, il vient d'être démontré, à partir de l'analyse de dérives mythologiques comme limites de la science du droit postmoderne, qu'il se pose le problème d'indigénisation du transfert du droit moderne en contexte congolais, marquée par un idéalisme fantasmé de la science du droit tout en montrant que le monisme juridique est une construction sociale au service de pouvoir. De ce fait, l'émergence d'une science du droit postmoderne passe par la déconstruction de l'idéologie juridique moniste avant de construire le droit

⁹⁷ J. Paul JEAN, *Le système pénal*, Paris, la Découverte, 2008, p. 8.

⁹⁸ S. Patrice KOUAM, « la définition du juriste et la redéfinition de la dogmatique juridique (à propos du syncrétisme méthodologique », in *les Cahiers de droit*, Volume 55, numéro 4, décembre 2014, pp. 829-969.

⁹⁹ P. Jérôme DELACE, « L'apport de la philosophie dans la théorisation du droit pénal », in *Faut-il rethéoriser le droit pénal*, J. Leroy (Dir), Paris, Lexis Nexis, 2017, p. 18.

¹⁰⁰ Le présupposé selon lequel dans notre société contemporaine, le droit positif en général a un rôle important à jouer dans la régulation de certains problèmes et conflits sociaux même s'il ne constitue pas, en règle générale, la solution définitive ni nécessairement la plus efficace ou encore la plus souhaitable à ces problèmes. A. Pires quelques obstacles à une mutation du droit pénal, Volume 26, N°1, Mars 1995.

¹⁰¹ KRISNAMURTI, se libérer du connu, parle de la libération intérieure. Selon Lui, L'homme en cage, prisonnier des dogmatismes et des conformismes de pensée, est une ombre illusoire.

¹⁰² BERTHOUD, (2004) cité par Margarida GARCIA, « Innovation et obstacles à l'innovation : la réception des droits de la personne par le système de droit criminel », *Champ pénal/ Penal field*, Séminaire Innovations Pénales, mis en ligne le 29 septembre 2007, consulté le 07/03/2023.

¹⁰³ Maria Eduarda Gonçalves, « ciencia e Direito ; de um Paradigma a Outro », in *Revista Critica de Ciencias Sociais*, 31/1991, p. 89-113, Cité par André Jean ARNAUD, *op. cit.*, p. 28.

postmoderne dans un prisme empirique et de penser, enfin, sa reconstruction, dans une approche pluraliste.

Ce parcours a permis de voir que « la production de la norme n'a plus un centre unique, l'Etat ; elle est le fait d'une multiplicité d'organes de régulation, au nombre desquels ceux de la traditionnelle régulation juridique ne sont pas toujours ni forcément prédominants »¹⁰⁴.

Si certains auteurs pensent que les normes ne peuvent exister qu'à travers le lien social, pour d'autres, elles participent plutôt d'un processus identitaire¹⁰⁵. À partir de ces constats, il nous semble évident que la réflexion en théorie et en épistémologie du droit doit évoluer vers une modélisation qui permette de rendre compte des mutations juridiques et sociales actuelles. Pour dépasser la contradiction, il faut réussir à respecter la diversité tout en permettant une harmonie d'ensemble¹⁰⁶. Il faut retenir que le pluralisme juridique est le fait que les phénomènes normatifs ne sont pas statiques et unifiés, mais plutôt vivants et dynamiques. La normativité devient sous cet angle à la fois un repère par lequel est déterminé le traitement réservé à l'autre, une mise en lien avec la collectivité et une légitimation.

Par ailleurs, étant donné que le recours aux modes alternatifs et informels de régulation est particulièrement perceptible dans le règlement des conflits, on voit émerger des solutions juridiques et judiciaires qui relèvent d'un véritable pluralisme qu'il s'agit maintenant d'organiser si l'on veut s'inscrire dans l'exigence de l'Etat de Droit¹⁰⁷. « Le pluralisme, jusqu'ici catalogué par les juristes comme relevant des études sociologiques et anthropologiques, émerge en conséquence dans le mécanisme de production même de la norme juridique »¹⁰⁸.

Ainsi, « le respect de ce pluralisme, qui suppose une appréciation relativiste et flexible de la nécessité et de la réalité des régulations juridiques, entraînera, à son tour, un retour, dans le droit, du pragmatisme. Il ne s'agit pas de transformer une observation des faits en règles de droit. Il s'agit de reconnaître que la règle du jeu ne se borne plus à dire comment fonctionne le jeu, mais inclut un certain nombre de possibilités, pour les joueurs eux-mêmes, de dire quelle sera la règle du jeu »¹⁰⁹. Par le paradigme du pluralisme juridique, nous accéderions à un monde qui correspond à nos croyances et aux diversités culturelles, mêlant les vertus de l'efficacité et de la légitimité des normes, replacées dans leur contexte social, culturel et axiologique et une coexistence de logiques à la fois juridiques, sociales, morales et religieuses capable d'assurer à chacun un rapport harmonieux au droit.

¹⁰⁴ A. J. ARNAUD, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁵ Roderick A. MACDONALD, *Pluralisme juridique, op.cit.*, p. 144.

¹⁰⁶ Lire Mireille DELMAS - MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, tome 2, Paris, Seuil, 2006.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 10.

¹⁰⁸ A. J. ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », in *Droit et société*, n°17-18, 1991, p. 46.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 46.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- ALLIOT M., « Religion d'Afrique et droits d'expression française », in *le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Karthala, Paris, 2001.
- ARNAUD André Jean, « Critique de la raison juridique 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation », LGDJ, coll. *Droit et société*, 2003.
- ARNAUD André-Jean et José FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- ARNAUD André-Jean, « Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne », in *Droit et société*, n°17-18, 1991.
- ARNAUD André-Jean, « Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun », in *Droit et société*, n° 20-21, 1992.
- BARRAUD Boris, « Théories du droit et pluralisme juridique: Introduction et conclusion. Théories du droit et pluralisme juridique », Tome II: *La théorie syncrétique du droit et la possibilité du pluralisme juridique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016.
- BELLEY J.-G. (dir.), *Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996.
- BELLEY J.-G., « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », in *Sociologie et sociétés*, 1986, vol. XVIII.
- BELLEY J.-G., « Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité », in *Le droit soluble*, Paris, LGDJ, 1996.
- BONNECASE J., *La pensée juridique française, de 1804 à l'heure présente, les variations et les traits essentiels*, 2 vol., Bordeaux, Delmas, 1933.
- BOURDIEU P., « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64.
- BOURDIEU P., « La force du droit », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, septembre 1986.
- BOURDIEU P., *Habitus, code et codification*.
- CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2001.
- CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2004.
- CASTORIADIS C., « science moderne et interrogation philosophique », in *encyclopédia universalis, organum*, vol. 17, 1968.
- CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », coll. *Droit et société*, 2001.
- CHEVALLIER J., « Vers un droit postmoderne ? », in J. ClaM, G. Martin, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. *Droit et société*, 1998.

- CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, 3e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008.
- COHENDET M.-A., « Synthèse et conclusion », in L. Fontaine, (dir.), *Droit et pluralisme*, Nemesis-Bruylant (Bruxelles), coll. Droit et justice, 2007.
- COMMAILLE J., « La sociologie et les sens du droit », in *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10.
- COMMAILLE J., « Normes juridiques et régulation sociale: retour à la sociologie générale », in François Chazel et Jacques Commaille.
- COMMAILLE J., *L'esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994.
- COTTERRELL R., « In legal studies, a sociological perspective is a necessary corrective to legal romanticism »: *Law's Community: legal theory in sociological perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.
- De BECHILLON D., « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in A. Berthoud, É. SEVERIN, (dir.), *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre État et sociétés civiles*, L'Harmattan, 2000.
- De SOUSA SANTOS B., « Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, 1988.
- DECOCQ A., « Le désordre juridique français », in *Mélanges Jean Foyer*, Puf, 1997.
- DELACE P.-J., « L'apport de la philosophie dans la théorisation du droit pénal », in *Faut-il rethéoriser le droit pénal*, J. Leroy (Dir), Paris, Lexis Nexis, 2017.
- DELMAS - MARTY M., *Les forces imaginantes du droit*, tome 2, Paris, Seuil, 2006.
- DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986.
- DESLAURIER J.-P. et al., « Le devis de la recherche qualitative », in *Recherche qualitative*, Montréal, Gaétan Morin, 1997.
- DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, 2e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013.
- DOOAT M., Jacques Le Goff et Philippe Pédrot (dir.), *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, 2007.
- DRAI R., « La gouvernance négative », n° 18, 2004.
- EDUARDA GONCALVES M., « Ciencia e Direito ; de um Paradigma a Outro », in *Revista Critica de Ciencias Sociais*, 31/1991.
- FAGET J., *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Paris, Eres, 2008.
- GARCIA M., « Innovation et obstacles à l'innovation : la réception des droits de la personne par le système de droit criminel », *Champ pénal/ Penal field*, Séminaire Innovations Pénales, mis en ligne le 29 septembre 2007, consulté le 07/03/2023.
- Hendrik Philip VISSER 'T HOOFT, « Pour une mise en valeur non positiviste de la positivité du droit », *Droits Rev Fr*, 1989, n° 10.

- ISSALYS P., « La loi dans le droit : tradition, critique et transformation », in *Les Cahiers de droit*, Volume 33, numéro 3, 1992, Faculté de droit de l'Université Laval.
- JEAN J.-P., *Le système pénal*, Paris, la Découverte, 2008.
- KAMINSKI Dan, *Condamner, Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, Eres, 2015.
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999.
- KOUAM S.-P., « la définition du juriste et la redéfinition de la dogmatique juridique (à propos du syncrétisme méthodologique) », in *les Cahiers de droit*, Volume 55, numéro 4, décembre 2014.
- LACROIX André, Louise LALONDE et Georges A. LEGAULT, *Les transformations sociales et la théorie normative du droit*, R.D.U.S., n°33, 2002 - 2003.
- Le ROY Etienne, « la face cachée du complexe normatif en Afrique noire francophone », in Robert Ph., van de Kerchove M., (éds), *Normes, normes juridiques, Normes pénales. Pour une sociologie des frontières*. Tome I, CEE, L'Harmattan, Col. Logiques Sociales, Séries Déviance/GERN, 1997.
- LE ROY Etienne, *Les Africains et l'institution de la justice*, Paris, éd. Dalloz, 2004.
- LENOBLE J. et F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980.
- LIBCHABER R., « Réflexions sur le « désordre juridique français », in *Mélanges André Decocq*, Litec, 2004.
- LOSCHAK Daniel, *Droit, normalité et normalisation*.
- MACDONALD R., *Pluralisme juridique*.
- MANACORDA S., « Internormativité dans l'espace pénal », *L'annuaire du Collège de France* 2013, mis en ligne le 22 novembre 2013, URL : <http://journals.openedition.org/annuaire-cdf/1267>, consulté le 29 avril 2023.
- MIAILLE M., *Introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976.
- MOCKLE Daniel, « La gouvernance publique et le droit », n° 47, 2006.
- MOLFESSIS N., « La distinction du normatif et du non-normatif », *RTD civ.*, 1999.
- MYRIAM AIT-AOUDIA, Rachel VANNEUVILLE, « le droit saisi par son enseignement », in *droit et société*, 2013, n°83.
- OST François et Michel van de KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in François Chazel et Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991.

- OST François et Michel van de KERCHOVE, « Les bougées de la pyramide: l'ébranlement d'un paradigme », in *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint - Louis, 2002.
- OST François et Michel van de KERCHOVE, « De la scène au balcon », in *de la pyramide au réseau, Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint -Louis, 2002.
- OST François, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in Pierre Bouretz (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991.
- OST François, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995.
- PERRIN J.-F., « Définir le droit selon une pluralité de perspectives », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n° 10.
- Raymond QUIVY et Luc Van CAMPENHOUDT, *Manuel de recherche en sciences sociales*, Paris, Dunod, 1995.
- RIFFARD J.-F., « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », in M. Behartou Chais, N. Martial-Braz, J.-F. Riffard, (dir.), *Les mutations de la norme*, Economica, coll. Études juridiques, 2011.
- RIGAUX F., *Le droit au singulier et au pluriel*, RIEJ, 1982, n° 9.
- ROCHER Guy, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996.
- ROCHER Guy, Le «regard oblique » du sociologue sur le droit, Conférence présentée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal le 23 novembre 2004. Disponible sur http://www.crdp.umontreal.ca/fr/activites/evenements/041123GR_texte.pdf, Consulté le 8 avril 2023. Max WEBER dit que le sociologue se demande ce que le droit « advient en fait dans la communauté », p. 321.
- ROULAND N., *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Odile Jacob, 1995.
- SAMPFORD C., *The Disorder of Law*, Basil Blackwell (Oxford), 1989.
- SPITZER S., « Marxist Perspectives in the Sociology of Law », *Annual Review of Sociology*, 1983.
- TAMANAHA B.Z., « The Folly of the "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society* 1993.
- THIBIERGE C., « Le concept de force normative », in C. thibierge, (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant (Paris-Bruxelles), 2009.
- THIBIERGE C., *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, RTD civ. 2003.

- TIMSIT Gérard, « Sept propositions (plus une) pour une définition systémale du droit », *Droits Rev. Fr.*, 1989, n ° 10.
- VAN de KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1992.
- VIRALLY M., *Le phénomène juridique*, RDP, 1966.
- WEBER M., *Économie et société*, t. 1, Paris, Plon, 1971.