



**HAL**  
open science

## Penser le temps culturel du droit - le destin anthropologique du concept de coutume

Louis Assier Andrieu

► **To cite this version:**

Louis Assier Andrieu. Penser le temps culturel du droit - le destin anthropologique du concept de coutume. *L'homme*, 2001, 160, pp.67 - 90. hal-01016959

**HAL Id: hal-01016959**

**<https://sciencespo.hal.science/hal-01016959v1>**

Submitted on 1 Jul 2014

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Penser le temps culturel du droit

## Le destin anthropologique du concept de coutume

Louis Assier-Andrieu

« Si la loi peut garantir l'exercice des libertés, celles-ci n'existent que par un contenu concret qui ne provient pas de la loi, mais des mœurs »

Claude Lévi-Strauss (1976)

EN 1942, dans son tout dernier texte, Bronislaw Malinowski annonça que la science du droit ne pourrait se passer dans le futur de l'anthropologie, parce qu'il revenait à celle-ci de révéler la dynamique normative propre à chaque communauté et de relier cette normativité aux lois générales de la culture humaine<sup>1</sup>. L'appel théorique à l'idée de coutume témoigne, comme on va tenter de le montrer, de l'imbrication conceptuelle du droit et de l'anthropologie sur laquelle Malinowski fut l'un des premiers à attirer l'attention<sup>2</sup>. Cet appel procède de la volonté d'appréhender conjointement la norme locale, la juridicité humaine et la théorie du droit. Longtemps vouée aux thèmes ruraux ou « primitifs », l'idée de coutume connaît un regain de validité sur le terrain de la « question sociale » où semble se poursuivre son destin densément paradoxal, riche d'une pluralité de façons d'appréhender le temps et le droit de l'identité collective.

Tributaire de la réflexion juridique, le destin de l'idée de coutume, comme les théories, parcourt les siècles, innerve en son cœur ou sur ses confins l'analyse historique et politique pour accompagner la genèse de

1. Bronislaw Malinowski, « A New Instrument for the Interpretation of Law – Especially Primitive », *Lawyers Guild Review*, 1942, II : 1-12 (texte publié après le décès de l'auteur).

2. Voir B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1926, et surtout son « Introduction », in Herbert I. Hogbin, *Law and Order in Polynesia. A Study of Primitive Legal Institutions*, Londres, Christophers, 1934 : I-LXXII.

————— Une première version de ce texte a fait l'objet d'une communication au colloque « La loi et la coutume », XX<sup>e</sup> Journées internationales d'histoire de Flaran, septembre 1998 ; une version abrégée a été publiée en italien dans la livraison de *Sociologia del Diritto* consacrée à l'anthropologie du droit (1999, 3 : 15-50). Je remercie Maurice Aymard, Jacques Commaille et Anne Gotman pour les commentaires et suggestions qu'ils ont bien voulu me faire.

l'anthropologie sociale. Les juristes lui attachent le prix d'« un ensemble de règles, à l'origine non écrites, qui, grâce à un usage constant et répété, acquièrent force obligatoire »<sup>3</sup>. Les sciences sociales restent durablement fascinées par le caractère « populaire » de la source coutumière que les historiens du droit jugent toutefois aujourd'hui « largement mythique »<sup>4</sup>. On doit rappeler cependant que ce sont les juristes eux-mêmes qui, en faisant l'histoire de leur matière, ont forgé ce destin mythique de la coutume qui, selon les points de vue, pollue ou fertilise le débat théorique. Principale voie d'accès des profanes dans le domaine du droit, la coutume est en même temps *en droit* l'horizon conceptuel d'une pensée antidogmatique et antipositiviste, reformulée aujourd'hui sous les traits postmodernes du pluralisme juridique ou du droit informel et inofficiel. Polysémique, l'idée de coutume désigne aussi bien l'essence du droit que l'essence de la culture – elle est alors universelle –, elle traduit aussi bien la relativité ethnique et la diversité populaire qu'elle est le vecteur d'une unification nationale qui fait litière de cette diversité. Elle est pratique et théorie de la pratique, comme un rite qui emporterait le sens et l'identité globale d'une religion. C'est l'agencement de ces paradoxes que nous souhaitons tenter de restituer dans cet aperçu d'un concept à l'architecture si hospitalière qu'elle héberge volontiers une doctrine positive du droit, la critique de cette doctrine et une alternative anthropologique à la pensée juridique.

Une précision préalable quant à l'optique choisie : toute approche anthropologique de la part juridique de l'existence humaine n'est pas réductible au courant d'« ethnologie juridique », né et nourri des préoccupations politiques de donner aux droits « autres » des formes intelligibles par les droits institués<sup>5</sup>. L'objet « droit » se présente à l'observateur à la fois comme un ensemble de textes, de faits qualifiés par ces textes et de modes de raisonnement sur la nature des relations entre les faits et les textes. La posture anthropologique s'acquiert, croyons-nous, par un processus permanent d'objectivation de montages intellectuels qui se livrent eux-mêmes comme autant d'« anthropologies », comme autant de visions juridiques de la réalité. La relation ethnographique classique, entre le sujet observant et son objet, est délicate voire impossible à instaurer en raison de la propension du droit à être sa propre science et à imprégner quiconque en entreprend l'étude des

3. Jean Bart, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Montchrestien, 1998 : 107 ; voir aussi, sur le positionnement des historiens du droit, Jean Gaudemet, *Les Naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Montchrestien, 1996 ; et sur « la genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume », Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1995 : 107-119.

4. J. Bart, *op. cit.*, 1998.

5. Cf. Louis Assier-Andrieu, « L'anthropologie, entre la négation et l'imitation du droit. Contribution à une approche pluridisciplinaire des politiques normatives », in Jacques Commaille, ed., *La Juridicisation du politique*, Paris, LGDJ-Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 1999.

doctrines, des fictions et des cohérences conceptuelles forgées dans ses ateliers séculaires. La difficulté peut être éventuellement contournée ou négligée dans quelques espaces dont on s'attachera à démarquer la « pureté » exotique. Elle s'impose à quiconque prend l'Europe pour territoire d'observation. C'est l'analyse de l'un de ces concepts issus du patrimoine juridique occidental qui est ici proposée, avec le souhait de contribuer ponctuellement à la définition des moyens de l'intervention anthropologique sur la part juridique de la vie de l'homme en société<sup>6</sup>.

## Le phénomène coutumier et le temps de la juridicité

Le problème de la coutume naît de sa propension à déborder du champ juridique où elle trouve ses racines. C'est sur elle que s'articule au XVIII<sup>e</sup> siècle une philosophie politique qui, selon Tocqueville, ne consiste à proprement parler qu'en l'affirmation de la nécessité de « substituer des règles simples et élémentaires puisées dans la raison et dans la loi naturelle aux coutumes compliquées et traditionnelles qui régissent la société »<sup>7</sup>. « Coutume » est alors synonyme de tradition figée, et le physiocrate Louis de Brancas en appelle contre elle à la prévalence des « mœurs » :

« S'il est vrai que les lois doivent être gravées dans le cœur et non pas sur l'airain, il sera vrai que nous autres, barbares étourdis, attachons si peu l'idée de mœurs à ce que nous appelons coutume, que ce mot au contraire signifiera chez nous *usage, mode, autorité transmise, exemple consacré par le temps*, et qu'enfin on croira définir le mot *coutumes* en disant de leur autorité : qu'y faire ? C'est ainsi que nos pères l'ont voulu. »<sup>8</sup>

C'est l'argument d'ancienneté ou d'habitude acquise, aussi bien que la diversité objective des détours où elle se cristallise, que Voltaire stigmatise dans la coutume : autant la sédimentation que la prolifération du « fatras de nos différentes coutumes »<sup>9</sup>. L'idée de coutume et la mosaïque objective des coutumes ayant force de loi dans l'ancienne France s'amalgament dans un même opprobre qui frappe l'état du droit en général, mais dont la coutume synthétise le plus cruel des travers : l'arbitraire, de l'intérêt, de l'ignorance ou de la superstition des faiseurs de lois, des juges interprètes de commentaires trop nombreux et contradictoires<sup>10</sup>, du temps lui-même enfin qui a réuni « dans une seule province de l'Europe, entre les Alpes et

6. Ce positionnement est développé dans L. Assier-Andrieu, *Le Droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan (« Essais et recherches »), 1996 : première partie « Penser la part du droit ».

7. Alexis de Tocqueville, *L'Ancien régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1967 : 230-231 (1<sup>re</sup> éd. 1856).

8. L. de Brancas, *Traité des lois publiques*, Londres, 1771 : 83-84.

9. Voltaire, « Lettre à Étienne de Beaumont (7 juin 1771) », in *Œuvres*, 1820, XXXVIII : 332 ; voir J. Carbonnier, « Voltaire ou l'artificialisme juridique », in *Flexible droit*, *op. cit.*, 1995 : 107-124.

10. « Je n'aime le pouvoir arbitraire nulle part et surtout je le hais dans les juges », Voltaire, *op. cit.*, 1820, XXXVIII : 332.

les Pyrénées, plus de quarante petits peuples qui s'appellent compatriotes et qui sont réellement étrangers les uns pour les autres, comme le Tonkin l'est pour la Cochinchine »<sup>11</sup>.

Somme politique d'indignité juridique<sup>12</sup>, la coutume possède néanmoins dès le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle les attributs de sa future portée théorique : une dimension phénoménologique et une dimension « génétique ». Phénoménologiquement, la coutume *représente* l'état des manières régulières de faire dans un groupe donné, elle incarne une cristallisation primitive du juridique. Montesquieu assimilait la formation des coutumes à « de nouveaux règlements », « des remèdes qui indiquent un mal présent », « des cas continuellement fortuits devant introduire naturellement de nouveaux usages »<sup>13</sup>. Le réceptacle en était « la mémoire des vieillards », des *boni viri* ou *boni homines*, qu'à la différence de ses contemporains, il ne songeait à critiquer ; son acquiescement au pouvoir des anciens relevant probablement de son « scepticisme et désespoir de trouver dans le peuple assez de vertus pour être son propre roi »<sup>14</sup>. On n'observe cependant nulle trace chez Montesquieu d'une théorie du développement des institutions et du droit en ce « siècle incroyable » qui donne leur unité aux idées sur les façons universelles qu'ont les sociétés d'évoluer<sup>15</sup>. Si l'anthropologie moderne le revendique volontiers comme père fondateur, c'est essentiellement pour avoir établi que « dans toute société, les formes d'organisation constituent un système aux composantes interdépendantes »<sup>16</sup> et pour avoir « lié les différences en droit aux différences des conditions sociales et économiques d'une société »<sup>17</sup>. Il faut attendre la décennie qui suit la parution de *l'Esprit des lois* pour voir germer une conception génétique de la juridicité ancrée dans la coutume, en particulier dans les œuvres de Pierre-Jean Grosley (1718-1785) et d'Antoine-Yves Goguet (1716-1758).

## Une dialectique des “lois” et des “mœurs”

Lecteur, commentateur, correspondant et continuateur de Montesquieu, Grosley en reprend et en systématise la phénoménologie de la coutume

11. Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, *sub verbo* « Lois », in *Ceuvres*, 1818, XIX : 366 sq.

12. Le mot fait si mal à Brancas (*op. cit.*, 1771 : 85) qu'il formule ce regret : « Les Latins avaient *consuetudo*, dont nous avons fait coutume, et j'aurais voulu qu'on prît la coutume de dire consuetude ».

13. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Amsterdam, 1748, XXVIII : chap. 12 et 45.

14. Ce mot est de l'abbé Joseph Dedieu, *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France. Les sources anglaises de l'Esprit des lois*, Paris, 1909 : 266.

15. Sur la genèse de la fameuse théorie des « quatre étapes » au siècle des Lumières, cf. Ronald L. Meek, *Social Science and the Ignoble Savage*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976.

16. Edward E. Evans-Pritchard, *A History of Anthropological Thought*, Londres, Faber & Faber, 1981 : 4.

17. Peter Stein, *Legal Evolution. The Story of an Idea*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980 : 18.

dans un mémoire sur l'*Influence des lois sur les mœurs*<sup>18</sup>. Les « mœurs » ne sont pas pour lui ce qu'elles seront pour Brancas, à savoir les « bonnes mœurs » universellement fondées en raison, mais une représentation des normes d'organisation des rapports sociaux distincte de la norme légale, opposable à elle tout en lui étant soumise. Une conception binaire du champ normatif apparaît, qui sépare « les mœurs » et « les lois », mais dont l'agencement obéit à une dialectique qui permet de l'abstraire des contingences de l'histoire et des spécificités d'une société donnée. « Si les lois influent sur les mœurs, les mœurs influent aussi sur les lois », écrit Grosley, et « quand les mœurs sont changées, les lois se trouvent anéanties et abrogées par le fait »<sup>19</sup>. Cette logique des causalités installe l'état mouvant des rapports sociaux au principe des mécanismes de transformation du droit et promeut l'idée, déjà présente chez Montesquieu, d'une réduction du droit à ses sources factuelles, qui va donner toute sa mesure au XX<sup>e</sup> siècle dans la théorie et l'anthropologie du droit, via les écoles américaines de la *jurisprudence sociologique* et du *réalisme juridique*, en faisant du conflit ou du « cas de trouble » l'atome social de la juridicité<sup>20</sup>.

C'est par cette voie que, comme l'a relevé Paul Ourliac, « le point de vue du juriste s'oppose forcément au point de vue du sociologue qui s'attache au fait, c'est-à-dire à l'usage plus qu'au droit en le qualifiant souvent de coutume »<sup>21</sup>. La qualification « coutumière » offre sous ce jour un habitacle commode pour l'observateur des faits qui, en s'en prévalant, revendiquera d'avoir observé la vérité du droit puisqu'il en aura scruté la matière la plus vive et la plus essentielle. Alors que les « primitifs de l'ethnologie » des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, ces compilateurs de faits « curieux » étudiés par Margaret Hodgen, devaient régler *par eux-mêmes*, consciemment ou pas, les séries de questions leur permettant de critériser les faits susceptibles de constituer des « usages » ou des « coutumes » dignes d'être recueillis<sup>22</sup>, Grosley fournit un système abstrait dans lequel cohabitent un statut du fait originaire du droit en même temps qu'une doctrine de l'identité des peuples fondée sur la juridicité. Les « mœurs », explique-t-il, sont réglées par des « lois fon-

18. Pierre-Jean Grosley, *De l'influence des lois sur les mœurs*, Nancy, Mémoire à la Société royale de Nancy, 1757.

19. *Ibid.* : 9-10.

20. Voir L. Assier-Andrieu, « Présentation : La genèse réaliste de l'anthropologie du droit. Étude sur *La Voie cheyenne* », in Karl N. Llewellyn & E. Adamson Hoebel, *La Voie cheyenne. Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, Paris-Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 1999 : VII-XXIX ; ainsi que Françoise Michaut, *L'École de la Sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain*, Lille, Université de Lille I, thèse, 1985, et William L. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1973.

21. Paul Ourliac, « Réflexions sur l'origine de la coutume », in P. Ourliac, *Les Pays de Garonne vers l'an mil. La société et le droit*, Toulouse, Privat, 1993 : 293.

22. Margaret T. Hodgen, *Early Anthropologists in the 16th and 17th Centuries*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1964 : 165-167.

damentales » qui ont servi à les fixer et à leur conférer un caractère « coutumier ». Ainsi les « *lois primitives* » ont-elles « tiré les hommes des antres et des forêts » et « commencé à les unir », et les « *lois politiques* » ont-elles perfectionné les premières sociétés et y « ont introduit une forme certaine de gouvernement et les mœurs qui lui étaient le plus analogues »<sup>23</sup>. Le champ normatif qu'il postule réintroduit dans l'origine des sociétés la fonction structurante du juridique que sa phénoménologie factuelle des « mœurs » avait singulièrement relativisée ou évacuée.

La coutume affirme ici les deux visages de son concept : un élément d'adéquation à la réalité changeante des rapports humains, immédiatement déductible de l'observation empirique des faits sociaux, et un élément d'essentialité fondatrice de ces mêmes rapports, inscrit dans une régularité indisponible et une permanence négatrice de toute historicité. Elle est le lieu vivant du changement et le rappel impérieux de l'obéissance aux origines ou, dirait-on à présent, à la *structure*, intemporelle et anhistorique par définition. Universelle dans son principe, la coutume est l'agent et l'indice de la diversité des sociétés « en différenciant les peuples, [en] leur imprim[a]nt un caractère national qui les distingue encore plus que la diversité des langues »<sup>24</sup>.

## La recherche d'un code des différenciations culturelles

Avant Johann-Gottfried Herder, Friedrich-Carl von Savigny et l'école allemande du droit historique, Grosley démarque le territoire intellectuel où va prospérer l'idée de coutume : un fait témoin d'un droit qui s'oppose au droit officiel et l'illégitime en ce qu'il témoigne de l'origine même des « lois primitives » qui sont à la source de toute société humaine et dont les différences agencent et expliquent la variété planétaire des sociétés. Nous devons revenir sur ce montage qui inscrit la juridicité au cœur des contradictions entre « relativisme culturel » et « universalisme individualiste » qui ne cesseront d'agiter la réflexion sur la modernité jusqu'à ménager de nos jours un nouvel espace de pertinence de la « coutume » dans les politiques de la « nouvelle question sociale ».

L'agenda de la recherche d'un code des différenciations culturelles semble fixé avec précision dès 1757. Si « la forme et le caractère des lois sont souvent un tableau dans lequel on peut reconnaître le caractère [...] des peuples à qui elles ont été données ou chez lesquels elles se sont conservées »<sup>25</sup>, c'est dans les « variations à l'infini [...] des diverses

23. P.-J. Grosley, *op. cit.*, 1757 : 11.

24. *Ibid.*

25. P.-J. Grosley, *op. cit.*, 1757 : 26.

manières de partager établies par nos diverses coutumes » qu'il convient de rechercher les moyens de restituer ce « tableau » et d'en induire « les mœurs et l'esprit, le génie et le caractère » des différents peuples de France<sup>26</sup>. Un projet de géographie coutumière est ainsi formulé, avec sa méthode d'enquête sur les règles des partages successoraux, et ses implications, structuralistes avant l'heure, qui exerceront plus tard une si forte séduction sur les sciences sociales (voir *infra*). Il est avancé par Grosley que les « manières de partager » sont sujettes à une infinité de possibles et présentent « presque tous les ordres imaginables », mais que ces « manières » sont rapportables à un « tableau » qui délivre le code d'une différenciation des « mœurs » d'un ensemble déterminé de collectivités humaines. Privilégiant les relations d'alliance sur la filiation, l'entreprise de Claude Lévi-Strauss dans *Les Structures élémentaires de la parenté*<sup>27</sup> n'emprunte pas d'autre logique. La faculté de s'appuyer sur les règles de partage pour en induire des structures familiales, et, au-delà, la personnalité même de la société soumise à ces règles et dont ces règles émanent, est donc clairement attestée, un siècle avant que Frédéric Le Play ne reformule lui-même cette hypothèse, qu'il ne l'expérimente en inventant la méthode monographique et qu'il n'en formule une sociologie générale<sup>28</sup>, jugée féconde jusque dans les débats les plus contemporains sur le sort des sociétés occidentales<sup>29</sup>. La « coutume successorale » apparaît ainsi comme le point empirique d'ancrage d'une théorie des possibilités humaines de façonner des sociétés différentes, comme le marqueur le plus révélateur de l'agencement social et territorial de ces différences, et enfin comme le symbole même de l'identité des groupes différenciés.

La question de l'identité collective se positionne dans la problématique de la coutume en exact contrepoint du « tableau des possibles » que présente la pluralité coutumière, selon un axe logique opposant raison subjective, endogène, autochtone et relative, et raison objective, abstraite, universelle et scientifique. Le concept accueille ici cet autre paradoxe, en forme de tour

26. *Ibid.* : 32-35.

27. Cf. Claude Lévi-Strauss, *Les Structures élémentaires de la parenté*, Paris-La Haye, Mouton, 1967 (1<sup>re</sup> éd. 1949).

28. Cf. de Frédéric Le Play, « Paysans en communauté du Lavedan » (in *Les Ouvriers des deux mondes*, Paris, 1857 ; voir la réédition commentée par A. Chenu, F. Le Play, *Les Mèlouga. Une famille pyrénéenne au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Nathan [« Essais et recherches »], 1994), *La Réforme sociale en France déduite de l'observation comparée des peuples européens*, Paris, Plon, 1864 ; et *L'Organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, Paris, Téqui, 1871 ; et sur F. Le Play, cf. Louis Assier-Andrieu, « L'héritage anthropologique de Frédéric Le Play », *Études sociales*, 1997, 126 : 55-76, et Francis Zimmerman, *Enquête sur la parenté*, Paris, PUF, 1993 : 156-159.

29. Voir les renvois récents d'Emmanuel Todd à l'« action souterraine » des structures familiales forgées par les « coutumes d'héritage » qui interviennent comme des « matrices anthropologiques » dans la régulation actuelle de la vie économique et sociale des sociétés développées (*L'illusion économique. Essai sur la stagnation des sociétés développées*, Paris, Gallimard, 1998 : 29-44).

de force sémantique, qui consiste à désigner tout ensemble une théorie des sources de la différenciation des « peuples » et la notion, irréductiblement propre à chacun d'entre eux, de personnalité « nationale », « ethnique » ou « culturelle ». C'est même *parce qu'*elle véhicule un protocole d'appréhension des disparités que l'idée de coutume permet d'affirmer l'unité et la singularité d'un groupe, comme un principe classificatoire est seul à même de donner vie aux catégories qu'il isole et rassemble d'un même élan logique<sup>30</sup>. La modernité du constat d'une diversité coutumière issue des façons de régler la litigiosité inhérente à chaque groupe humain – on aperçoit ici les bases de la future *sociological jurisprudence* – n'en sert pas moins un projet pour lequel la « certitude » juridique issue de la fixation des coutumes par l'écriture n'est qu'une étape du « grand dessein » de composer les lois du royaume : à l'horizon se profile le code. La méthode de Berroyer et Laurière, qui entreprennent à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle la confection d'un « nouveau coutumier général », est délibérément orientée vers la recherche des propriétés *communes* et *spécifiques* des coutumes de France. La quête des origines de *la* coutume est associée à la compilation comparative *des* coutumes dans une ample tentative de « conférer les coutumes les unes avec les autres » pour « tirer de cette conférence certains principes généraux qui règnent par toute la France » et donner à son droit une carnation digne de la majesté du règne de Louis le Grand<sup>31</sup>. Les interrogations sur la validité du terme de « coutume » et sa déroutante polysémie sont ici posées, développées et tranchées dans un sens que Grosley fera sien et qu'adoptera la science du XIX<sup>e</sup> siècle. La coutume s'abstrait désormais de l'histoire des coutumes : le « droit coutumier » possède par hypothèse un « *esprit général* » qui forme la grammaire de ses manifestations (styles de procédure, chartes municipales, résultats des enquêtes par turbes, témoignages des « anciens

30. D'une même volonté d'embrasser, d'attester et d'expliquer la mosaïque coutumière du royaume précèdent les démarches qui, aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, avaient pour mobile essentiel de construire une représentation de l'unité juridique nationale. Quand Antoine Loisel aborde dans les coutumes et les usages « ce qui avait apparence de règle ou sentence », c'est pour les « arranger en meilleur ordre » dans la perspective de les pouvoir « enfin réduire à la conformité, raison et équité d'une seule loi, coutume, poids et mesure ». Chez Laurens Bouchel, dans sa *Bibliothèque ou Trésor du droit François* (1629), la coutume est populaire dans la mesure où les « gens coutumiers » sont les sujets d'un seigneur justicier ou féodal, elle est factuelle car elle « se coule doucement et sans force », mais elle se trouve néanmoins subordonnée à « la vérité et à la raison », propriétés du souverain, que son existence contrarie : si « coutumes se doivent interpréter selon la propriété de leurs mots », le monopole de leur lecture appartient à l'œil unique du prince. « Les mêmes causes qui produisirent les coutumes les produisirent différentes en chaque pays », affirme Fleury un peu plus tard, donnant acte de ce qu'en rédigeant les coutumes « toutes les questions de droit se réduisaient en faits » et que ces « faits », causes des coutumes et de leurs différences, consistaient dans « ce que les peuples avaient accoutumé de suivre dans le jugement de leurs différends » (cf. A. Loisel, « Avant-Propos », in *Institutes coutumières*, Paris, 1607 ; L. Bouchel, *La Bibliothèque ou Trésor du droit François*, Paris, 1629, I : 700, 704 ; C. Fleury, *Histoire du droit français*, Paris, 1674 : 46, 164-168, 190).

31. Claude Berroyer & Eusèbe de Laurière, « Préface d'un nouveau coutumier général avec des conjectures sur l'origine du droit français », in *Bibliothèque des coutumes*, Paris, 1699 : 2, 48.

praticiens », institutions successorales, bornages des limites des ressorts territoriaux...), qui n'est saisissable qu'en « conférant toutes les coutumes du royaume », c'est-à-dire toutes les manifestations possibles de cet « esprit », et au nom duquel il est permis de faire le tri, parmi la multitude des occurrences, entre ce qui en relève et ce qui n'en relève pas.

Les phénomènes coutumiers sont ainsi mis à plat dans une même équivalence de sens et une même négation de la durée historique. Apparaît avec une grandeur semble-t-il inédite le rôle de l'analyste, du détenteur de la perspective, qui, affranchi des pesanteurs de la chronologie, de la généalogie des dominations et des chaînes du peuplement, s'applique à dessiner les contours de « *l'esprit des coutumes* », à savoir du code ultime du droit national, avec pour unique légitimité épistémologique d'en avoir postulé l'existence. Le souci politique de fonder la nationalité du droit français accouche d'une construction théorique par laquelle la coutume s'échappe de la gangue de ses définitions historiques, comme de son appartenance au droit positif de l'ancienne France, pour acquérir une dimension authentiquement conceptuelle. La vertu du concept est de désigner à la fois un ensemble d'artefacts, dont l'étendue est fonction de l'acuité du regard de l'enquêteur, et un code de lecture de cet ensemble tendu vers le décryptage de sa raison profonde, réductible à une structure de causalité. En s'arrogeant le pouvoir exorbitant d'être lui-même l'agent de sa propre compréhension, il affiche son autonomie. C'est, croyons-nous, cette circularité logique, autrement nommée par Niklas Luhman à propos du droit en général « *symbolisation de l'autoréférence* »<sup>32</sup>, qui fait du concept de coutume une systématique des amphibologies lui permettant de mener une vie scientifique en même temps que d'être l'une des fictions les plus efficaces du droit<sup>33</sup>.

En traçant à rebours une ligne droite et rétrospective entre le droit national et les « mœurs et usages des anciens Gaulois », les réflexions de Grosley sur l'origine des coutumes élisent le *paramètre ethnique* comme référentiel principal, parmi l'éventail des possibilités ouvertes à la détermination de l'« esprit des coutumes ». Le problème du développement historique est ainsi aveuglé par le scintillement d'un instant originel qui permet de nouer toute juridicité présente à la puissance récurrente d'un creuset matriciel, censément lisible par les effets qu'on lui prête (« témoins irréprochables [d'une] succession constante et ininterrompue »<sup>34</sup>), mais aussi fictif et inaccessible que l'est un point de fuite dans les règles de la perspective.

32. Niklas Luhman, *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985 : 287.

33. Pour une approche anthropologique des fictions juridiques, voir L. Assier-Andrieu, *Le Droit dans les sociétés humaines*, op. cit., 1996 : 48 sq.

34. P.-J. Grosley, *Recherches pour servir à l'histoire du droit français*, Paris, 1752 : 182.

## L'appropriation anthropologique du lexique juridique

76

C'est, semble-t-il, Antoine-Yves Goguet qui introduit en 1758 la première théorie méthodique des progrès du droit dans la société<sup>35</sup>. Sa vision est, pour Peter Stein, « plus globale, plus historique et plus systématique que celle de Montesquieu »<sup>36</sup>. Surtout, il installe « les arts de la subsistance », le mode matériel de vie, à l'origine du développement socio-économique et à la source des coutumes, « établies naturellement par l'effet des conventions tacites » et dont les « conditions » d'établissement doivent être regardées comme « les premières lois »<sup>37</sup>. La variable économique, l'adaptation de l'homme au milieu naturel, son inventivité technologique, la nature de ses productions, déterminent dans cette optique la variété des coutumes et des lois, considérées comme des stades d'évolution des concrétions normatives attachées aux contextes matériels.

Ainsi, les conventions coutumières – dont la notion est visiblement empruntée à Rousseau<sup>38</sup> – suffisent aux sociétés nomades de chasseurs-cueilleurs tandis que les sociétés sédentarisées par l'agriculture supposent l'institution du droit de propriété, les lois sur le mariage et les successions, et, avec le développement du commerce et de l'industrie, le droit des contrats et des obligations<sup>39</sup>. Son échantillon humain est dit « historique » dans le sens où il explore l'Antiquité et où il met sur un même plan que les mœurs antiques les « manières et usages des peuples sauvages » décrits par ses contemporains ou les voyageurs du XVII<sup>e</sup> siècle. Les Indiens d'Amérique le passionnent. Il est possible, estime-t-il, de mesurer l'état du monde antique à l'aune de « la condition de la plus grande partie du Nouveau Monde au moment de sa découverte »<sup>40</sup>. Moins inspiré et original que *Le Principi di una scienza nuova* de Giambattista Vico (1725), l'ouvrage de Goguet séduit un large public et reflète plus fidèlement que celui de son prédécesseur le niveau général de curiosité de l'opinion euro-

35. A.-Y. Goguet, *De l'origine des lois, des arts et des sciences et de leurs progrès chez les anciens peuples*, Paris, 1758, 3 vol.

36. Peter Stein, *op. cit.*, 1980 : 20.

37. A.-Y. Goguet, *op. cit.*, 1758, I : 23.

38. Cf. Jean-Jacques Rousseau, « Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes » (1754), in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1964, vol. III ; voir p. 166 sur les façons « dont les hommes purent insensiblement acquérir quelque idée grossière des engagements mutuels, et de l'avantage de les remplir ».

39. Goguet, *op. cit.*, 1758, I : 40-41.

40. *Ibid.*, I : xv. A.-Y. Goguet ne dédaigne pas de pratiquer lui-même l'ethnographie et d'y trouver moyen de dépasser l'ethnocentrisme. Tandis que la coutume des « nations sauvages » de boire tout chaud le sang d'animaux chassés révolte ses contemporains, il interroge les « gens qui sont dans l'usage de chasser sur les Alpes aux bouquetins et aux chamois » : « [ils] ne manquent jamais, aussitôt que la bête est abattue, d'en boire le sang ; leur ayant demandé la raison d'un pareil usage, ils m'ont répondu que rien ne les fortifiait plus que ce sang bu tout chaud ». Et Goguet de conclure sur la nécessité énergétique de cet usage (*ibid.*, I : 127-128).

péenne du moment<sup>41</sup>. Par son schéma d'évolution et de diversification des institutions humaines fondé sur une lecture de la coutume en rapport avec la « subsistance », il influencera vivement les premiers théoriciens de l'anthropologie sociale et culturelle du XIX<sup>e</sup> siècle, notamment Edward Burnett Tylor<sup>42</sup> et Lewis Henry Morgan<sup>43</sup>.

Avec Goguet la coutume devient résolument pratique<sup>44</sup> et, en se déplaçant du terrain génétique au terrain des logiques de causalité, la question de son origine gagne paradoxalement en historicité. Si la recherche de sa source première conduit, comme on l'a vu, à une représentation intemporelle de la coutume, la recherche de ses causes matérielles invite à en relativiser l'emprise au contexte d'une société donnée, à un moment donné de son évolution, et à la situer par rapport à une pluralité de déterminants sociaux qu'elle cesse dès lors d'englober. La coutume n'est plus signe et principe de toute normativité sociale, elle incarne un stade primitif du juridique associé à l'état d'une société ou d'un groupe dans son ensemble, en même temps que la part juridique, empiriquement sensible, de la « *cultur e* » que Edward Tylor, lecteur de Goguet, définit comme « un tout complexe qui comporte la connaissance, la croyance, l'art, la morale, le droit, la coutume et toutes les autres possibilités et habitudes acquises par l'homme en tant que membre d'une société »<sup>45</sup>. Sous l'égide de cette évolution sémantique, le terme de coutume acquiert une portée conceptuelle distincte du registre de l'interprétation juridique et, avec lui, un corpus conséquent du vocabulaire du droit déserte l'éventail originel de ses significations pour servir d'instrument de description et d'analyse au service des sciences naissantes de l'homme et de la société. Ainsi, la méthode d'enquête sur l'alliance et la filiation que propose Tylor en 1889 mobilise-t-elle le terme de « *institution* » pour désigner un système de parenté, celui de « *lois* » pour qualifier les principes invariants selon lesquels s'organisent les différents systèmes, celui de « *règles* » pour signifier la synthèse des comportements réguliers et enfin celui de « *coutumes* » pour dépeindre les pratiques visibles, directement observables et descriptibles<sup>46</sup>.

41. Margaret Hodgen, *op. cit.*, 1964 : 497. Dès 1761 paraît en Écosse une traduction anglaise de l'opus, *The Origin of Laws, Arts and Sciences, and Their Progress among the Most Ancient Nations*, Edimbourg, Donaldson & Reid.

42. Edward B. Tylor, *Primitive Culture. Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom*, Londres, Murray, 1871.

43. Lewis H. Morgan, *Ancient Society*, New York, Henry Holt & Co., 1877.

44. Le futur notable d'Empire Jean-Nicolas Démeunier, plus préoccupé par les effets d'altérité, les « usages singuliers », utilise cette conception pratique de la substance coutumière : « Le climat, la stérilité du pays, l'âpreté du ciel, l'organisation physique, les besoins et la position des peuplades, établissent [...] des coutumes très différentes » (in *L'Esprit des usages et des coutumes des différens peuples ou observations tirées des voyageurs et des historiens*, Londres, 1776, I : VI).

45. E. B. Tylor, *op. cit.*, 1871 : 1.

46. E. B. Tylor, « On a Method of Investigating the Development of Institutions Applied to Laws of Marriage and Descent », *Journal of the Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*, 1889, XVIII : 245-269.

La coutume relève dès lors si bien d'une typologie technique de la pensée anthropologique que, pour évoquer l'intemporalité ou la récurrence de cadres sociaux assimilés aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles à son action silencieuse, Edward B. Tylor lui substitue l'idée de « *survivance* » qualifiant « des processus [...] qui ont persisté par la force de l'habitude dans un nouvel état de la société, différent de celui dans lequel ils ont pris naissance »<sup>47</sup>. C'est sans doute aussi à l'acquisition, pour la science anthropologique, de ce visage technique qu'elle doit sa lente descente dans la vulgarisation pratique. Ne désignant qu'une partie du tout complexe qu'elle incarnait seule avant que ce tout ne soit requalifié comme « culture », la coutume verra une fraction substantielle de son destin associée désormais par l'ethnographie à la perception indistincte des « comportements populaires », en un mot : au folklore<sup>48</sup>. L'enfermement de celui-ci dans un moment de l'histoire anthropologique – la découverte et la valorisation du « populaire » – et dans une dimension de sa méthode – le recueil des « curiosités » – vouera durablement la « coutume » à ne plus incarner, pour une partie des sciences sociales, qu'une marginalité factuelle expurgée de toute capacité théorique. Elle sera sous ce jour tantôt synonyme de l'objet même de l'attention des folkloristes, à savoir « la mentalité populaire dans une nation civilisée », tantôt le fragment de juridicité procédant de cette mentalité, comme l'écrivit Pierre Saintyves, par effet de « tradition »<sup>49</sup>.

La question de la subsistance reste centrale chez Lewis H. Morgan<sup>50</sup>. La séquence totale de l'évolution humaine représente dans *Ancient Society* (1877), comme l'a noté Marshall Sahlins, « la sédimentation dans la culture de la logique de la nature » : Morgan explique la pratique et sa « formulation coutumière », au sens de modèle d'organisation sociale, par la logique des circonstances objectives<sup>51</sup>. La coutume est diluée dans le foisonnement des faits ethnographiques que le savant s'attache à classer dans un ordre explicatif des voies, multilinéaires, selon lesquelles les sociétés se transforment. On retrouve, dans le raisonnement de Morgan, la trame générale de Goguet, mais si le juriste L. Morgan considère les formes de « gouvernement », de « famille » et de « propriété » parmi les « idées, les passions et les opinions » dont la croissance témoignent de la « formation graduelle » du développement humain<sup>52</sup>, on cherchera vainement chez lui

47. E. B. Tylor, *op. cit.*, 1871 : 16.

48. Cf. Mona Ozouf, « L'invention de l'ethnographie française : le questionnaire de l'Académie celtique », *Annales ESC*, 1981, 36 : 210-230.

49. Pierre Saintyves, « Le folklore, sa définition et sa place dans les sciences anthropologiques » (1931), texte reproduit dans Tiphaine Barthelemy & Florence Weber, eds, *Les Campagnes à livre ouvert. Regards sur la France rurale des années trente*, Paris, Presses de l'ENS-Éditions de l'EHESS, 1989 : 161.

50. Lewis H. Morgan, *Ancient Society*, New York, Henry Holt & Co., 1877.

51. Marshall Sahlins, *Au cœur des sociétés. Raison utilitaire et raison culturelle*, trad. Paris, Gallimard, 1980 : 84-85.

52. L.H. Morgan, *op. cit.*, 1877 : 4-5.

une réflexion propre sur la part prise par le juridique, qu'il fusse « légal » ou « coutumier », dans ce développement.

## L'« esprit » du droit comme trait culturel

Dans l'anthropologie moderne, le terme de « coutume » ou de « coutumes », dépouillé de toute connotation juridique, continuera longtemps de désigner l'ensemble des pratiques humaines vouées au regard ethnographique en même temps que le principe général, le système ou le code, qui donne sens à l'assemblage de ces pratiques. Pour Franz Boas par exemple, « il ne faut pas chercher l'origine des coutumes de l'homme primitif dans les processus rationnels »<sup>53</sup>, à quoi Marshall Sahlins répondra en écho qu'on « pourrait néanmoins rechercher l'origine de certains processus rationnels dans la coutume »<sup>54</sup>. La rhétorique à l'œuvre chez ces découvreurs et descripteurs des frontières de l'humain n'est toutefois guère éloignée de celle qui animait Hincmar de Reims au IX<sup>e</sup> siècle – et après lui la plupart des éradicateurs des « mauvaises coutumes » – lorsqu'il triait les pratiques judiciaires entre celles qui appartenaient à la raison humaine et celles qui n'en relevaient pas. Comme le signale Pierre Legendre, ne s'agissait-il pas d'objectiver, de conjurer et de « mater » quelque chose « de l'ordre de la pensée sauvage »<sup>55</sup>? Chez les anthropologues, le discours est moins prescriptif mais le souci de mettre à jour le propre de la primitivité, berceau commun de l'humanité, reste une préoccupation majeure que traduit volontiers la référence à la « coutume » – jusqu'aux évolutions toutes récentes de la discipline, autocritiques et tournées vers une analyse de l'Occident<sup>56</sup>. Au vrai, ne retrouve-t-on pas dans la célèbre distinction de Claude Lévi-Strauss entre les « sociétés chaudes » et les « sociétés froides » le même critère du rapport à l'histoire qui sert au XVIII<sup>e</sup> siècle à cliver les deux visages de la coutume entre, d'une part, l'agent du développement historique, la source active du droit et le repère vivant de l'identité nationale, et, d'autre part, l'esprit intemporel de l'organisation d'un peuple<sup>57</sup>?

Le « paramètre ethnique » de la coutume, dont on a aperçu la présence dans l'œuvre de Grosley, connaît un destin singulier en anthropologie grâce au relief que lui a donné la doctrine du droit historique de Savigny, son expérimentation par Henri Klimrath, et les travaux plus contempo-

53. Franz Boas, *The Mind of Primitive Man*, New York, Free Press, 1965 (1<sup>re</sup> éd. 1938) : 215.

54. M. Sahlins, *op. cit.*, 1980 : 97.

55. Pierre Legendre, *Le Désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du droit. Leçons VII*, Paris, Fayard, 1988 : 320.

56. Voir par exemple Marc Augé, *Non lieux. Introduction à une anthropologie de la surmodernité*, Paris, Le Seuil, 1992.

57. Claude Lévi-Strauss, *Leçon inaugurale faite le mardi 5 janvier 1960*, Paris, Collège de France, Chaire d'Anthropologie sociale, 1960 : 41-43, et *La Pensée sauvage*, Paris, Plon, 1962 : 309-310.

rains des historiens du droit et de la société<sup>58</sup>. Le romantisme et le mysticisme dont Savigny, et plus encore Puchta, avaient investi la coutume ont depuis longtemps été passés au crible de la critique théorique et historique. L'incertitude de la coutume couvrait ainsi pour Michel Miaille l'arbitraire possible<sup>59</sup>, Lucien Tanon dénonçait cette façon de « faire de la conscience commune le droit en soi, indépendamment du processus législatif ou coutumier par lequel il arrive à la positivité »<sup>60</sup>, et Paul Vinogradoff rejetait l'essentialisme organiciste que dégageait l'idée de « sentiment national », associée par Savigny à l'idée d'une coutume conçue par lui comme l'élément « politique », authentique et récurrent, du droit, par opposition à l'élément « technique », propriété de la classe des juristes<sup>61</sup>.

Le jeune Henri Klimrath, le disciple de Savigny évoqué plus haut, ouvre sur cette base la voie d'une anthropologie de la différenciation de l'Europe en aires culturelles, « sous-jacentes » à la configuration des souverainetés et des droits officiels ; des aires lisibles dans les coutumes et déductibles de la coutume. Relevant le legs de Grosley<sup>62</sup>, il avoue devoir « circonscire [...] dans les limites bien vastes encore des coutumes rédigées » un projet d'étude scientifique des « coutumes » qui représentent pour lui une double réalité : la diversité d'un « ordre de faits » donnant accès à la « vive image » d'une France « morcelée dans son territoire », « bigarrée en apparence », « riche et inépuisable dans les manifestations spontanées de son activité nationale » ; et une « identité d'esprit », une unité fondamentale qui, à l'opposé de leur diversité, est inaccessible à l'œil nu car « obscurcie et voilée par la multiplicité des formes »<sup>63</sup>. Le dualisme du collectif et de l'individuel, du statut et du contrat ou de la communauté et de la société, comme le formulera Ferdinand Tönnies en s'inspirant de Henry Sumner Maine<sup>64</sup>, est présent chez Klimrath sous la forme d'une opposition de la

58. Voir Paul Ourliac, « Le retrait lignager dans le sud-ouest de la France », *Revue d'Histoire du Droit français et étranger*, 1952, XXX : 328-355 ; Jacques Poumarède, *Les Successions dans le Sud-Ouest de la France au Moyen Âge*, Paris, PUF, 1972 ; Jean Yver, *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés. Essai de géographie coutumière*, Paris, Sirey, 1966 ; Jean Hilaire, *La Vie du droit. Coutumes et droit écrit*, Paris, PUF, 1994 ; A. Zink, *L'Héritier de la maison. Géographie coutumière du Sud-Ouest de la France sous l'Ancien Régime*, Paris, Éditions de l'EHESS, 1993.

59. Michel Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1977 : 232.

60. Lucien Tanon, *L'Évolution du droit et la conscience sociale*, Paris, Alcan, 1900 : 19.

61. Paul Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence*, Londres, Oxford University Press, 1920, I : 140 ; F. C. von Savigny, *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence* (1814), trad. Hayward (1831), New York, Arno Press, 1975 : 24-30 (Reprint), et voir la critique de ce « sommet du nationalisme teuto-nique » chez Hermann Kantorowicz, *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe, Muller, 1970 : 428 (1<sup>re</sup> éd. 1937).

62. Henri Klimrath, « Le droit français considéré dans son origine, ses caractères distinctifs, sa géographie, son histoire et ses monuments » (1837), *Travaux pour servir à l'histoire du droit français*, Paris-Strasbourg, 1843, I : 159. Son maître et ami Warnkoenig, qui se chargea d'éditer ces *Travaux* après le décès précoce de Klimrath, affirme dans sa préface qu'« ils se rattachent tous à son grand projet de doter la France d'un ouvrage que les jurisconsultes du dix-huitième siècle avaient en vain tenté de produire, et que personne jusqu'à ce jour n'avait conçu un plan aussi vaste que lui » (*ibid.* : XIX).

63. H. Klimrath, « Études sur les coutumes » (1837), *Travaux...*, *op. cit.*, 1843, II : 134-135.

64. Ferdinand Tönnies, *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure*, Paris, .../...

coutume, droit véritable, à la loi, droit arbitraire, explicitée par un argumentaire *sociologique* : « le Droit dérive des rapports nécessaires des choses ; il existe indépendamment de la loi, qui n'est que la reconnaissance par le législateur de cette nécessité même » et « les rapports nécessaires, à leur tour, résultent de tout le développement social et politique d'un peuple, de ses mœurs, de ses besoins, et, pour appeler les choses par leur nom, de son histoire »<sup>65</sup>.

Par cet amarrage à l'« ordre des faits » et aux rapports sociaux, la problématique de Klimrath assujettit l'expression juridique des rapports humains à la « nécessité » sociale et en fait, par renversement de la perspective, la représentation symbolique d'un ordre caché, d'indicateur d'une structure invisible dont le dévoilement est le but réel de la recherche. La diversité des coutumes écrites ne vaut pas *en soi* mais *pour ce* qu'elle révèle de modes autochtones d'organisation sociale, de régimes de domination politique, de schèmes culturels. C'est de cet aspect que se saisit, en 1972, Emmanuel Le Roy Ladurie – à partir de l'exploitation faite par Jean Yver du programme de Klimrath<sup>66</sup> – pour indiquer la voie d'une « anthropologie historique de la France » qu'il inscrit sur l'agenda général de l'anthropologie sociale, et de l'école structuraliste tout particulièrement<sup>67</sup>. À la différence de Klimrath, d'Yver et des historiens du droit soucieux de contextualiser les conditions de rédaction des coutumes et de mesurer leurs degrés d'effectivité<sup>68</sup>, E. Le Roy Ladurie considère les « coutumiers régionaux » comme des photographies rassemblant plusieurs strates temporelles et permettant à l'« ethnographe-historien » de « sélectionner quelques critères pertinents dont la présence, l'absence ou les modalités diverses sont associées à toute une famille de *traits culturels*, qui donnent eux-mêmes, à chaque aire coutumière, sa configuration originale »<sup>69</sup>. La

Retz, 1977 (1<sup>re</sup> éd. all. 1887) ; Henry S. Maine, *Village Communities in the East and West*, Londres, Murray, 1871, et *Ancient Law*, Londres, Murray, 1861.

65. H. Klimrath, « Programme d'une histoire du droit français » (1835), *Travaux...*, *op. cit.*, 1843, I : 92-93.  
66. Jean Yver, *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés. Essai de géographie coutumière*, Paris, Sirey, 1966.

67. Emmanuel Le Roy Ladurie, « Système de la coutume. Structures familiales et coutume d'héritage en France au XVI<sup>e</sup> siècle », *Annales ESC*, 1972, 27 (4-5) : 825-846 (repris dans *Le Territoire de l'historien*, Paris, Gallimard, 1973 : 222-251). C'est à l'occasion d'une invitation que lui fit Claude Lévi-Strauss de participer à son séminaire sur les systèmes de parenté au Collège de France que Emmanuel Le Roy Ladurie composa cet article resté fameux. Largement diffusé, traduit et commenté, il rendit la problématique des géographies coutumières familière aux non juristes, historiens, sociologues et anthropologues des deux mondes. La fortune de cette orientation en France est largement due au double magistère exercé de façon coordonnée en histoire sociale et en ethnologie par Isac Chiva et Joseph Goy à l'École des hautes études en sciences sociales (cf., parmi une ample série de travaux, I. Chiva & J. Goy, eds, *Les Baronnie des Pyrénées. Anthropologie et histoire, permanences et changements*, Paris, Éditions de l'EHESS, vol. I, 1981, vol. II, 1986).

68. Cf. notamment la méthodologie développée par Jacques Poumarède, *Les Successions dans le Sud-Ouest de la France au Moyen-Âge*, Paris, PUF, 1972.

69. *Ibid.* : 223-224.

géographie coutumière est ici subsumée par une perspective structurelle-fonctionnelle : les coutumes sont des « traits culturels » formant système avec les autres composantes de la culture dont elles révèlent les manifestations différenciées et l'architecture commune.

## L'horizon incertain du pluralisme normatif

De prescriptive, la règle coutumière devient indicative. Sous cette acception, le juridique ne règle pas l'ordre social, il est le témoin neutre de la distribution séculaire de communautés culturelles sur un espace. L'élément ethnique investit la dimension coutumière tandis que l'abandonnent les questionnements juridiques. Le géographe Frederic Seebohm attestait ainsi, au début de ce siècle, de l'aire d'influence celtique en Europe en s'appuyant sur l'étude comparative des unités de mesure agraires censées traduire la « coutume tribale » qui s'attache au moindre cultivateur « depuis des temps immémoriaux »<sup>70</sup>. L'ethnologue Marcel Maget exploita les dates de mutations locatives des biens ruraux contenues dans les recueils d'usages locaux<sup>71</sup> pour dresser une cartographie de pratiques dont les divisions sont expliquées par les structures agraires, la technologie et les croyances populaires<sup>72</sup>. Les critères de discrimination peuvent varier, de même que les optiques théoriques des chercheurs, la répartition géographique de traits juridiques envisagés, à l'instar des phénomènes linguistiques ou religieux, comme des traits culturels demeure fortement imprégnée par les conditions d'établissement des groupes humains<sup>73</sup>. Paul Ourliac notait ainsi dans un texte pionnier sur les frontières coutumières et les frontières linguistiques que « la distribution des anciennes populations [...] nous demeure inconnue et nous ne pouvons apprécier exactement l'influence du substrat : il n'empêche que cette influence nous apparaît manifeste »<sup>74</sup>. Qu'elle soit d'inspiration structuraliste ou strictement historique, l'interrogation sur la coutume heurte ce butoir des origines, astucieusement converti par ces deux postures en horizon théorique.

70. Frederic Seebohm, *Customary Acres and their Historical Importance*, New York-Bombay, Longmans, 1914 ; voir du même et dans le même esprit *Tribal Custom in Anglo-Saxon Law*, New York-Bombay, Longmans, 1902.

71. Recueils d'abord spontanés puis administratifs d'« usages ruraux » destinés à fixer selon les terroirs les pratiques abandonnées par le Code civil à l'application de règles locales ; cf. L. Assier-Andrieu, ed., *Une France coutumière. Enquête sur les "usages locaux" et leur codification (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Paris, Éditions du CNRS, 1990.

72. Marcel Maget, « Les dates de mutations locatives des biens ruraux. Esquisses cartographiques d'après les recueils d'usages locaux », *Études agricoles d'économie corporative*, 1942, 4 : *Le Folklore paysan* (préface de Georges-Henri Rivière) ; voir notre analyse dans *Une France coutumière, op.cit.*, 1990.

73. Sur la géographie du droit vue par un géographe, cf. Maximilien Sorre, *Les Fondements de la géographie humaine*, Paris, A. Colin, 1948, II : 142 sq.

74. Paul Ourliac, « Coutumes et dialectes gascons. Note sur la géographie coutumière du Sud-Ouest au Moyen-Âge », in *Études d'histoire du droit médiéval*, Paris, Picard, 1979 : 29.

C'est singulièrement avec le développement en anthropologie d'une branche spécialisée dans l'étude du droit que le concept de coutume se trouve confronté aux multiples contradictions et paradoxes qu'il convoyait avec un certain bonheur. Le bât blesse particulièrement avec la revendication d'incarner à la fois l'essence du droit, sa substance première et donc universelle, et une forme spécifique de juridicité propre aux sociétés traditionnelles, holistes, sans écriture, sans État. Dans son *Droit de l'homme primitif*, E. Adamson Hoebel répudie ainsi la coutume pour péché d'ethnocentrisme : le concept est selon lui le fruit d'une manigance des juristes traditionnels pour dénier aux sociétés primitives le bénéfice de la possession d'un droit<sup>75</sup>. C'est, dans un essai récent de l'anthropologue juriste Carol Greenhouse, la pertinence de l'opposition loi/coutume qui est rejetée car issue de la dogmatique juridique occidentale<sup>76</sup>. Des approches alternatives sont proposées et la notion de « norme » semble tendre, dans le vocabulaire des sciences du droit, à occuper le terrain apparemment laissé vacant par le concept de coutume. Le maître du réalisme juridique, Karl Llewellyn, suggérait déjà en 1941 que l'on se dispensât de manier un outil si prompt à nous échapper des mains<sup>77</sup>. Que faire d'un concept qui mélange à l'envi les notions de « pratique » (c'est-à-dire de ligne de conduite effectivement discernable) et de « modèle » (c'est-à-dire d'idéal de ce qu'une ligne de conduite appropriée devrait être) ? Que faire d'un concept qui se répand si volontiers sur l'ensemble du réel social qu'il en obscurcit les nuances et les complexités par sa puissance d'incarnation ? Doit-on pour autant accepter la dilution des authentiques problématiques que recèle le concept de coutume dans le flou de la créativité normative tous azimuts, du « pluralisme juridique » et du « droit postmoderne » ? Face à ce courant de pensée oublieux de l'histoire, peut-être convient-il de réhabiliter, comme nous y invite Pierre Legendre<sup>78</sup>, l'allégeance aux fondements du droit, de « relancer » les concepts classiques, et, pourquoi pas, de réinvestir à nouveau la coutume de nos interrogations contemporaines.

### La relance de la coutume par la “question sociale”

Dans la façon dont le « social » interpelle le droit émerge un nouvel espace pour le concept de coutume. Sa faculté d'incarner la récurrence des modèles d'organisation sociale dans la longue durée se retrouve dans les

75. E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge, Harvard University Press, 1954 : 20.

76. Carol J. Greenhouse, *A Moment's Notice. Time Politics across Cultures*, Ithaca, Cornell University Press, 1996 : 57.

77. Karl N. Llewellyn & E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941 : chap. 10 (par Llewellyn). [Trad. *La Voie Cheyenne. Conflit et jurisprudence dans la science primitive du droit*, Paris, Bruylant-LGDJ, 1999.]

78. Sur le « tapage postmoderniste » dans la réflexion sur le droit, voir Pierre Legendre, *Dieu au miroir. Étude sur l'institution des images. Leçons III*, Paris, Fayard, 1994 : 267-268

sociologies actuelles des *temporalités du lien social*. Robert Castel insiste ainsi sur la permanence d'une distinction entre « bon pauvre » et « mauvais pauvre », très anciennement institutionnalisée, au principe des modes de gestion de l'exclusion sociale<sup>79</sup>. Jacques Commaille constate par ailleurs l'effritement d'un temps judiciaire couplé au « continuum de légalité » sous les assauts d'urgences sociales fragmentées en autant de situations auxquelles institutions et normes sont sommées de répondre au péril de leur cohérence<sup>80</sup>. La double appartenance juridique et anthropologique du concept<sup>81</sup> lui confère, comme on l'a vu, une capacité de lier une pratique régulière à l'idée de culture ; une capacité utile pour penser la complexité des formes d'appartenance dans les sociétés modernes, en particulier lorsque resurgit sur le plan politique l'opposition de la communauté à la société, traduite en droit comme une opposition de la coutume à la loi.

Le nouveau régime des politiques sociales françaises, marqué depuis plus d'une décennie, par le recours généralisé au contrat et par la localisation des problèmes renvoie, pour Robert Castel, « à la situation d'avant les protections »<sup>82</sup>, c'est-à-dire d'avant la déclinaison par l'État des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles de l'architecture normative de la solidarité d'une société unifiée dans l'égalité individuelle – jamais sans doute formulée aussi rationnellement et systématiquement que dans les décrets de 1793 sur les secours publics, sous l'autorité de Robespierre. Les « pauvres » ou « indigents » y figurent comme créanciers de la collectivité nationale, l'assistance qui leur est portée leur est donc due et nulle autre cause n'intervient à l'origine de l'acquittement de cette dette que le handicap objectif, y compris économique « toutes les fois que le produit [du] travail n'est plus en proportion avec les besoins »<sup>83</sup>. Avant ? C'est en Occident la famille, « table de détresse » où tous les parents peuvent trouver refuge en cas de besoin, les solidarités nées du voisinage, en ville comme à la campagne, les corporations de métiers, primitivement nommées « *caritates* », à la fois unions de prière et associations d'entraide, les établissements voués aux *miserabiles personae* et la reconnaissance générale du « droit des pauvres » sous l'égide idéologique de la charité chrétienne<sup>84</sup>.

79. Robert Castel, *Les Métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995.

80. Jacques Commaille, « La régulation des temporalités juridiques par le social et le politique », in François Ost & Mark Van Hoecke, eds, *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998 : 317-337.

81. René Maunier avait fixé cette existence duelle du concept en assumant le clivage entre un « sens légal » et un « sens social », dont les interpénétrations n'étaient cependant pas envisagées ; cf. R. Maunier, « Coutume », *Revue de Synthèse*, 1932, 3 (3) : 269-283.

82. R. Castel, *op. cit.*, 1995 : 470.

83. Décret du 19-24 mars 1793 concernant la nouvelle organisation des secours publics (§ 1, art. 1<sup>er</sup>) et Décret du 28 juin-8 juillet 1793 relatif à l'organisation des secours à accorder annuellement aux enfants, aux vieillards et aux indigents.

84. Cf. Paul Ourliac, « Le droit social au Moyen Âge », in *Histoire du droit social. Mélanges Jean Imbert*, Paris, PUF, 1989 : 447-456.

C'est, pour Marx<sup>85</sup>, la notion de coutume qui permet le mieux de caractériser et la pauvreté, et les droits subjectifs de la « classe pauvre » : les droits coutumiers des pauvres sur cette « aumône de la nature » qu'est le bois mort tombé à terre, « abandonné par toute vie organique », se fondent sur l'existence même de la classe pauvre comme « *simple coutume* de la société civile qui n'a pas encore trouvé une position adéquate au sein de l'organisation consciente de l'État »<sup>86</sup>. En affirmant le lien organique de la pauvreté et de la coutume, un lien déjà avéré par la tradition juridique<sup>87</sup>, Marx dissocie ce que l'on nomme aujourd'hui précarisation, désinsertion ou exclusion, des cadres traditionnels de l'appartenance sociale (famille, voisinage, communauté) pour y voir les effets d'une *condition collective*, inscrite dans l'inégalité des rapports sociaux mais néanmoins dotée d'une juridicité propre, exprimable sous la forme de droits subjectifs et opposable au droit législatif tout en restant intelligible au travers des pratiques mêmes qui en signifient à la fois le fondement et le résultat – selon un schéma que nous avons déjà vu à l'œuvre chez Grosley. Le *temps de la coutume* est ainsi désolidarisé du temps des institutions et du droit pour faire corps avec le corps social tout entier : là où il y a pauvreté, il y a coutume, c'est-à-dire droit de la « classe pauvre » à subsister. Par delà le voile installé par la mythologie du contrat dans les procédures actuelles d'assistance et d'insertion, cette optique nous invite à restituer à la « question sociale » son caractère de globalité – masqué par une tendance idéologiquement envahissante à l'individualisation extrême du problème : on considère des êtres en situations urgentes ou inédites<sup>88</sup> –, ainsi qu'à nous interroger sur la temporalité réelle qu'évoque l'inscription de ce « droit de subsister » dans le champ de la coutume.

### L'idéologie française du lien social face aux appartenances coutumières

Un ministre français préoccupé par la condition des « gens du voyage » (l'euphémisme qui, en droit, désigne la pluralité des communautés tsi-

85. Karl Marx, « Débats sur la loi relative au vol de bois », in Pierre Lascoumes & Hartwig Zander, eds, *Marx : du « vol de bois » à la critique du droit. Karl Marx à la Gazette Rhénane : Naissance d'une méthode*, Paris, PUF, 1984.

86. *Ibid.* : 142.

87. Cf. aux XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles la formalisation catégorielle des protections juridiques accordées aux « miséreux », aux « rustiques » et aux « innocents » (Agostino M. Hespanha, « Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique », *Ius Commune*, 1983, 10 : 1-48 ; L. Assier-Andrieu, « Coutume savante et droit rustique. Sur la légalité paysanne », *Études rurales*, 1986, 103-104 : 105-137).

88. Par un autre cheminement (sur la notion d'imprescriptibilité), Yan Thomas parle d'une « extension de la contemporanéité » en droit ; voir « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, 1998, 102 : 29. Cette tendance vers une normativité *ut singuli* et instantanée est particulièrement bien relevée par Jacques Commaille dans l'article précité (1998) et dans *Les Nouveaux enjeux de la question sociale*, Paris, Hachette, 1997 : 44-51 ; voir également, sur le mythe du contrat, l'étude sociologique des mesures d'insertion en France par Isabelle Astier, *Revenu minimum et souci d'insertion*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997.

ganes) définissait récemment la « solidarité républicaine » comme le droit qu'a tout citoyen « d'être membre de la communauté nationale sans avoir à renoncer à des modes de vie différents liés à des coutumes ancestrales »<sup>89</sup>, attendu, comme le veut la loi, que « la lutte contre toutes les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la Nation »<sup>90</sup>. Ce curieux énoncé témoigne de la réapparition sur le devant de la scène institutionnelle d'une contradiction fondamentale de l'idéologie française qui est en même temps la contradiction créatrice de l'anthropologie<sup>91</sup> – et c'est l'idée de coutume qui vient le plus naturellement à l'esprit des gouvernants pour en témoigner. La contradiction dont il s'agit tient à la conception de l'homme, des sociétés humaines et de leur concert. La Révolution française a légué aux institutions de la République<sup>92</sup> une conception valable à la fois pour le territoire français mais aussi pour tous les territoires possibles parce qu'elle constitue « une conception cohérente de la *totalité* des rapports de toutes sortes qui existent ou peuvent exister entre les hommes »<sup>93</sup>. C'est cet universalisme fondateur, assorti de son corollaire, l'individualisme négateur de tous les particularismes de groupe – « il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général ; il n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire »<sup>94</sup> – qui innerve la démocratie française, dans ses textes comme dans la praxis de ses institutions, et la confronte aujourd'hui de manière aiguë à ce que les sociologues identifient comme une revendication nouvelle d'identités collectives<sup>95</sup>. Cette revendication de spécificités légitimes revêt les apparences les plus diverses, depuis la revitalisation de réseaux d'entraide fondés sur le lien religieux (aspira-

89. Déclaration de Louis Besson, Secrétaire d'État au Logement, au Congrès de l'Association des maires de France, Paris, 19 novembre 1998 ; c'est l'esprit de la nouvelle loi sur le stationnement et l'accueil des Gens du voyage (4-6 juillet 2000).

90. Loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (art. 1<sup>er</sup>).

91. L'anthropologie pose l'unité du genre humain qui, pour ce que Louis Dumont appelle « l'idéologie moderne », est constitué d'« hommes individuels à un bout, et, à l'autre bout [de] l'espèce humaine », mais par sa considération des « différences », elle pénètre dans un autre univers mental qui postule, avec Rousseau, « que les hommes ne sont des hommes que par leur appartenance à une société globale déterminée, concrète » (L. Dumont, « La communauté anthropologique et l'idéologie », in *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Le Seuil-Esprit, 1983 : 191).

92. Il faut bien sûr mettre entre parenthèses le régime de l'État français (1940-1944), issu de la défaite militaire.

93. Claude Nicolet, *L'Idée républicaine en France (1789-1924). Essai d'histoire critique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Gallimard, 1995 : 322.

94. Loi du 14 juin 1791, dite « Loi Le Chapelier », portant suppression des corporations dans l'État.

95. Voir notamment Michel Wieviorka, *La Démocratie à l'épreuve. Nationalisme, populisme, ethnicité*, Paris, La Découverte, 1993, et, du même, la récente mise au point, « Identités culturelles et sociales », *Informations sociales*, 1998, 66 : *Individualisme et lien social* : 14-23 ; voir aussi sur la revitalisation des identités de groupe comme stratégie d'adaptation à la « crise » : Adam Smith, *The Ethnical Revival in the Modern World*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981 et, pour la France, Jacques Ion & Michel Peroni, eds, *Engagement public et exposition de la personne*, La Tour d'Aigues, Éditions de l'Aube, 1997.

tions, par exemple, à vivre la religion musulmane sur la base de communautés territorialisées) jusqu'à l'affirmation collective des personnes atteintes par le virus du sida<sup>96</sup>. Très généralement, la logique permettant à des groupes de s'identifier comme tels et de réclamer un statut ou des droits spécifiques au nom de la particularité qui les fonde, si elle est contraire à l'idéologie républicaine<sup>97</sup>, n'en est pas moins concrètement encouragée par la profusion des montages institutionnels qui s'attachent depuis deux décennies à « lutter contre l'exclusion » et à favoriser la « cohésion sociale »<sup>98</sup>.

En bref, si la lettre des textes législatifs ou réglementaires demeure globalement fidèle à l'idéologie fondatrice du corps social et politique, les modalités réelles de leur mise en œuvre supposent ou favorisent la reconnaissance de groupes spécifiques. Au surplus, ils *suscitent* la formulation des revendications d'insertion *en termes de spécificités de groupes*<sup>99</sup>. En s'exprimant sur le mode du contrat, les politiques sociales exigent, comme condition préalable de leur intervention assistantielle, que « les individus les plus déstabilisés », comme les nomme Robert Castel, manifestent une *volonté d'appartenir*, c'est-à-dire qu'ils expriment un *sentiment préalable d'appartenance*. S'agit-il vraiment, comme R. Castel en fait l'hypothèse, d'une « recomposition de l'échange social sur un mode de plus en plus individualiste »<sup>100</sup>, c'est-à-dire du parachèvement de l'idéal révolutionnaire par adhésion pleine et entière de l'individu au corps social dans son ensemble en exprimant sa profession de foi citoyenne ? Sous cet aspect, nous aurions affaire à l'accouchement, dans les douleurs de la question sociale, d'un individualisme *réel*, d'une société faite d'individus authentiquement autonomes, fondés en droit comme porteurs de leurs propres lois et normes<sup>101</sup>, réunis par la communion de l'insertion.

On peut considérer, à l'inverse, que la promotion du contrat comme outil de politique sociale restaure la logique selon laquelle le solliciteur d'un secours a la charge de « faire reconnaître son appartenance communautaire »<sup>102</sup> ; une logique intensifiée par « l'individualisation des secours et le pouvoir de déci-

96. Cf. P. Lascoumes, « Le collectif comme condition de l'engagement public : l'exemple de l'association AIDES », in J. Ion & M. Peroni, *op. cit.*, 1997 : 135-138.

97. « Du moment qu'il est citoyen [...], le Français ne peut réclamer, pour lui-même, pour son groupe ethnique ou pour son Église, aucun traitement particulier qui relâche les liens du contrat implicite avec la communauté nationale » (C. Nicolet, *op. cit.*, 1995 : 368).

98. Pour une vision « positive » de ces montages, voir le manuel de Marie-Thérèse Join-Lambert *et al.*, *Politiques sociales*, Paris, Dalloz & Presses de Sciences Po, 1994.

99. Cf. L. Assier-Andrieu, « Remarques sur la culture dans l'idéologie républicaine », in Jean Métral, ed., *Cultures en ville*, La Tour d'Aigues, Éditions de l'Aube, 2000 : 227-240.

100. R. Castel, *op. cit.*, 1995 : 470.

101. Selon la définition d'Alain Renaut, *L'Ère de l'individu. Contribution à une histoire de la subjectivité*, Paris, Gallimard, 1989 : 84-85.

102. R. Castel, *op. cit.*, 1995 : 471.

sion fondé sur des interconnaissances donné aux instances locales »<sup>103</sup>. Du bénévole associatif au délégué de l'État, chaque détenteur d'une parcelle de sollicitude publique est objectivement investi de la mission de formuler un *jugement de valeur* sur les destinataires de son action, sur leur mérite ou leur « insérabilité » : pour assumer cette mission, il est idéologiquement confronté à une multitude de choix normatifs<sup>104</sup> dont les références subsument le modèle légal de la « solidarité républicaine » pour décliner, selon les ressorts de l'action et les « populations » traitées, une combinaison de représentations de l'appartenance, étrangères à l'idéal individualiste – pauvre par essence en capacités d'emprise sur le concret<sup>105</sup> – et de représentations qui lui sont délivrées par l'histoire longue du temps social.

Convergent ainsi sur les deux versants de l'« insertion » en mode contractuel le versant du souci public et celui de la « classe pauvre », les éléments traditionnellement constitutifs d'un espace sociologiquement « coutumier » : un ensemble de pratiques alternatives à la légalité surplombante, une théorie de l'appartenance au plus près du « peuple » et du territoire, l'affirmation d'une continuité normative. En attestant l'existence de « coutumes ancestrales » propres à un groupe culturel et en intégrant la nécessité de les préserver dans la définition même de la « solidarité républicaine », le ministre de la République cité plus haut porte atteinte à l'idéologie républicaine qui, comme on l'a vu, nie que des particularismes puissent générer quelque normativité. Il révèle, en même temps, la portée nouvelle de l'idée de coutume : sa capacité pratique de formaliser conceptuellement l'inaptitude de l'idéologie individualiste à adhérer aux situations concrètes que l'urgence de la question sociale enjoint néanmoins de penser. À travers la préservation des « coutumes » et les pressions convergentes à reformuler le contrat social en termes d'appartenances « coutumières », la question posée à la législation, aux institutions publiques et au pouvoir politique est, au fond, la question, fondatrice de l'anthropologie de la place faite à la diversité des cultures et à la culture comme source de normes face à l'abstraction rationnelle du légalisme universaliste<sup>106</sup>. En affirmant que « la liberté réelle est celle des longues habitudes, des préférences, en un mot des usages, c'est-à-dire [...] une forme de liberté contre quoi toutes les idées théoriques qu'on proclame rationnelles s'acharnent »,

103. *Ibid.* : 472.

104. Ce qu'Isabelle Astier appelle l'exercice d'une « magistrature sociale » (*op. cit.*, 1997).

105. Pour Louis Dumont, « l'existence réelle d'aucune société ne se laisse réduire au principe individualiste » (*Homo Aequalis II. L'Idéologie allemande. France-Allemagne et retour*, Paris, Gallimard, 1991 : 256 ; voir chap. 8 : « L'idéologie politique française vue à la lumière d'un début de comparaison des cultures nationales »).

106. Cf. L. Assier-Andrieu, « Réflexions sur le droit du "social" », *Cités. Philosophie, politique, histoire* 2000, 1 : 9-38.

Claude Lévi-Strauss avait opposé la place de la coutume au culte de la loi abstraite. « La multitude de petites appartenances, de menues solidarités [...] qui intègrent chacun dans un genre de vie, un terroir, une tradition, une forme de croyance ou d'incroyance » lui semblaient offrir « un dernier moyen pour rendre aux libertés malades un peu de santé et de vigueur »<sup>107</sup>. L'irruption de la problématique coutumière dans l'intensité de la question sociale n'invite-t-elle pas à actualiser ce propos en soumettant de nouveau au politique la question de savoir si la solidarité nationale peut se passer, en droit, des appartenances plurielles et des « menues solidarités » que l'anthropologie discerne comme autant de foyers normatifs ?

MOTS CLÉS/KEYWORDS: coutume et droit/*custom and law* – politique des normes/*normative policies* – théorie de la culture/*theories of culture* – identités collectives/*group identities*.

#### RÉSUMÉ/ABSTRACT

Louis Assier-Andrieu, *Penser le temps culturel du droit. Le destin anthropologique du concept de coutume.* — Longtemps vouée aux thèmes ruraux ou « primitifs », l'idée de coutume connaît un regain de validité sur le terrain de la « question sociale » où semble se poursuivre son destin densément paradoxal, riche d'une pluralité de façons d'appréhender le temps et le droit de l'identité collective. Tributaire de la réflexion juridique, la coutume parcourt les siècles comme les théories, innerve en son cœur ou sur ses confins l'analyse historique et politique pour accompagner la genèse de l'anthropologie sociale et culturelle. Principale voie d'accès des profanes dans le domaine du droit, la coutume est en même temps en droit l'horizon conceptuel d'une pensée antidogmatique et antipositiviste. Polysémique, l'idée de coutume désigne aussi bien l'essence du droit que l'essence de la culture – elle est alors universelle –, elle traduit aussi bien la relativité ethnique et la diversité populaire que le vecteur d'une unification nationale qui fait litière de cette diversité. C'est l'agencement de ces paradoxes que nous souhaitons tenter de restituer dans cet aperçu d'un concept à l'architecture si hospitalière qu'elle héberge volontiers une doctrine positive du droit, la critique de cette doctrine et une alternative anthropologique à la pensée juridique.

Louis Assier-Andrieu, *Thinking the Cultural Time of Law. The Anthropological Destiny of the Concept of Custom.* — Related for a long time to rural or primitive themes, the concept of custom is being revived in the field of « social questions », where it continues its quite paradoxical destiny laden with a variety of ways of conceiving of group identities over time and in terms of the law. This concept, a subject of legal thought for centuries, runs through theories, innerves historical and political analysis at its core and along its edges, and has attended the genesis of social and cultural anthropology. As the main access for non-jurists to the legal field, custom has set conceptual limits of antidogmatic and anti-substantive approaches to law. This polysemous concept refers to the postulated essences of both law and culture, the latter thus taken to be universal. It also conveys the notion of ethnic and social diversity, and can serve as the vector of a national unification grounded therein. Light is shed on the theoretical and historical settings of the paradoxical elements contained in a concept that harbors a doctrine of substantive law, as well as radical criticism of it, and an anthropological alternative to legal thought.

107. C. Lévi-Strauss, « Réflexions sur la liberté », Déposition à la Commission spéciale sur les libertés de l'Assemblée nationale, 19 mai 1976 (reprise dans *Le Regard éloigné*, Paris, Plon, 1983 : 371-382).