



De l'idéologie à la culture : Les géographies coutumières¹

Résumé : Depuis le célèbre article « Système de la coutume » d'Emmanuel Le Roy Ladurie (Annales, 1972), la problématique des géographies coutumières, invention de juristes, est devenue jusqu'à nos jours un territoire commun des historiens, des ethnologues et des historiens du droit. Le présent texte explore les origines intellectuelles de cette problématique dans l'historiographie pour en isoler trois présupposés majeurs : le principe d'autonomie de la parenté, le caractère « photographique » des sources juridiques et la relativité culturelle prêtée aux structures que l'étude des coutumes d'héritage permet de dégager. Ainsi, l'enracinement culturaliste conduit-il, de Herder à Savigny, de Klimrath à Yver et à Le Roy Ladurie lui-même, à une interrogation sur la notion de culture, à la fois signe et cause de la différenciation géographique des normes d'organisation sociale.

Mots clés : Coutume – culture – histoire et histoire du droit – anthropologie historique – relativisme culturel

Abstract: Ever since the famous article “Système de la coutume” by Emmanuel Le Roy Ladurie (Annales, 1972), the customary geographies issue has become a common ground for historians, ethnologists and legal historians. The present paper explores the intellectual origins of this problematic in historiography and stresses three major underlying aspects: the principle of autonomy of kinship systems, the “photographical” character of legal sources and the cultural relativity associated with the structures which the study of inheritance patterns allows to identify. Thus, the culturalist paradigm leads, from Herder to Savigny, from Klimrath to Yver and Le Roy Ladurie himself, to a questioning of the mere idea of culture, altogether as a sign and a cause of the geographical differentiations of the norms of social organisation.

Keywords: Custom – culture – history and legal history – historical anthropology – cultural relativism

1. Vers la fin des années 1950, des esprits majeurs dans leurs disciplines particulières entreprirent un double mouvement de curiosité et d'annexion envers les autres disciplines des sciences de la société. Il s'agissait de mouvements à la fois humbles et expansionnistes, ménageant un débordement de la science d'origine par extension de son objet et de ses méthodes. C'est ainsi l'histoire selon Fernand Braudel (1958), l'anthropologie selon Claude Lévi-Strauss (1958) et l'histoire du droit étendue à la linguistique selon Paul Ourliac (1959)². Or, malgré les emprunts conceptuels et méthodologiques, il n'y eut guère, et il n'y a toujours guère, d'unification scientifique sous l'égide de l'une ou l'autre des bannières, chaque discipline restant jalouse de ses protocoles et de son identité.

2. Il faut sans doute excepter de ce constat la voie ouverte et pratiquée par Emmanuel Le Roy Ladurie en 1972, dans un texte doté d'une postérité considérable : *Système de la coutume. Structures familiales et coutumes d'héritage en France au XVI^e siècle*³. L'auteur revendique d'agir en « ethnographe-historien », dans la perspective d'une « anthropologie historique de la France ». Depuis ce moment fondateur d'une

¹ Ce texte a été préparé au Centre for Advanced Study Recht als Kultur de Bonn dans le cadre d'un fellowship. Je remercie son directeur Werner Gephart pour ses multiples stimulations intellectuelles.

² Fernand Braudel, « Histoire et sciences sociales : la longue durée », *Annales E.S.C.*, 4, oct.-déc. 1958, Débats et combats, p. 725-753 repris dans *Écrits sur l'histoire*, Paris, Flammarion, 1969, p. 41-84 ; Claude Lévi-Strauss, « Place de l'anthropologie dans les sciences sociales et problèmes posés par son enseignement », *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1958, p. 377-418 ; Paul Ourliac, « Coutumes et dialectes gascons (Note sur la géographie coutumière du Sud-Ouest au Moyen Âge) », [1959], *Études d'histoire du droit médiéval*, Paris, Picard, 1979, p. 17-30.

³ *Annales E.S.C.*, 4-5, juil.-oct. 1972, p. 825-846, repris dans *Le territoire de l'historien*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 1973, p. 222-251. Parallèlement, Jacques Le Goff revendiquait également le concept d'« anthropologie historique » (voir le bilan du mouvement dressé par André Burguière, « L'anthropologie historique », *L'histoire et le métier d'historien en France, 1945-1995*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 1995, p. 171-186).

école, qui fut notamment animée côté histoire par Joseph Goy et côté ethnologie par Isac Chiva⁴, une multitude de travaux, essentiellement monographiques, ont été publiés et il ne s'agit pas ici de les inventorier, de les commenter ou d'analyser leurs apports. On veut simplement revenir sur les attendus de cette problématique originale de l'anthropologie historique : la « géographie coutumière », en tant qu'elle fait converger trois disciplines majeures de la pensée sociale (histoire, anthropologie et droit) pour rendre compte des règles successorales et de leur inscription dans le territoire, selon une différenciation qui révélerait la différenciation même des « aires culturelles ». Nous sommes-là non pas dans un simple retour vers le passé historiographique mais dans la perspective du renouveau des études culturalistes du droit tel que récemment loué par Werner Gephart qui parle même de *cultural turn*⁵. Mais voici quel était l'argument méthodologique de Le Roy Ladurie :

[L]'étude rigoureuse des règles successorales relatives à la dévolution des héritages, telles qu'elles sont énoncées dans les coutumes des provinces, fournit l'une des grilles qui permet de départager les aires culturelle : grâce à cette étude se trouvent définies, à partir d'éléments privilégiés, des techniques de transformation qui permettent de passer logiquement d'une aire à l'autre et d'une époque à l'autre [...]. Ces recherches [...] sur l'ethnographie coutumière offrent aussi à l'historien la possibilité de pressentir certaines divergences, ou lignes de fractures essentielles, dans les soubassements de la vie familiale⁶.

3. L'ambition est aussi immense qu'attrayante. Depuis lors, l'anthropologie historique ne cesse de poser le problème fondamental, et énigmatique entre tous, des origines de la culture et de la vie en société, et de tenter de mettre à jour la diversité des façons locales de faire de la société, des manières obstinées dans leur résistance et réprouvées par l'idéologie moderne⁷. La séduction de cette approche semble procéder de deux dimensions, en apparence contradictoires. D'une part, il s'agit d'historiciser les ordres normatifs locaux, souvent dépeints de manière anhistorique et intemporelle par les ethnologues. D'autre part, ces phénomènes sont compris comme relevant du temps long, de la « très longue durée », qui, chez Braudel, est le propre des religions et des institutions⁸. Sous ce dernier jour, il est autorisé et souhaitable de surpasser les contextes et la scansion des périodes pour accéder à la « tradition », au sens propre de « transmission », en vertu de laquelle une population donnée s'inscrit dans le temps et dans l'espace d'une façon spécifique.

4. La part anthropologique de l'anthropologie historique soumet logiquement chaque tradition, ou mode de perpétuation de l'espèce à l'échelle d'une culture, à un principe ultime, qui est celui de la « structure », structure familiale ou structure de parenté, telle que montrée et théorisée par Lévi-Strauss⁹. Cette « assise universelle à l'ethnographie du monde sauvage », Le Roy Ladurie la prend pour modèle afin de mettre à nu l'ethnographie de la France coutumière. Toutefois, tandis que l'anthropologue isolait, à partir des modalités de l'*alliance* entre hommes et femmes, des configurations de « systèmes » et en induisait les principes universels de l'interdiction de l'inceste et de l'obligation de réciprocité dans l'échange de femmes, l'historien prend appui sur les règles de dévolution successorale, soit un attribut de la *filiation*, comme témoin des différences locales, telles qu'exprimées dans les coutumes.

5. Pourquoi ce choix ? « [E]n dépit d'une évidente endogamie villageoise », nous dit Le Roy Ladurie, « les règles du mariage et de la parenté, même paysannes, dans la France classique, sont trop ouvertes et trop "anoniques" pour qu'on puisse chercher parmi elles les critères d'une différenciation régionale,

4 Voir notamment les résultats de l'enquête conjointe sur les Pyrénées : Isac Chiva et Joseph Goy (dir.), *Les baronnies des Pyrénées. Anthropologie et histoire, permanences et changements*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1986.

5 Werner Gephart, *Law as Culture. For a Study of Law in the Process of Globalization from the Perspective of the Humanities*, Francfort, Vittorio Klostermann, 2010, p. II.

6 *Art. cit.*, p. 222-223.

7 Voir la discussion épistémologique de la démarche d'anthropologie historique de Jacques Le Goff, Jean-Claude Schmitt et André Burguière par Misgav Har-Peled, « Décoloniser l'histoire occidentale : les naissances politiques de l'anthropologie historique », *L'atelier du Centre de recherches historiques*, 06/2010, 6, <http://acrh.revues.org/1914>.

8 *Art. cit.*, p. 47.

9 Claude Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, [1947], 2^e éd. Paris-La Haye, Mouton, 1967.

comparables à ceux qu'a proposés Claude Lévi-Strauss dans le domaine des sociétés indigènes »¹⁰. La base du travail de l'historien, c'est le désormais célèbre *Essai de géographie coutumière* de l'historien du droit Jean Yver (1966), et les sources de celui-ci, les *Études sur les coutumes* de Henri Klimrath (1837) et le *Nouveau coutumier général* composé en 1724 par Charles Bourdot de Richebourg¹¹. Notons tout de suite que de cet heureux emboîtement, ou de cette perspective gigogne, ressortent deux idées maîtresses, l'une exprimée par Klimrath, l'autre par Yver.

6. Klimrath affirme au fil de ses travaux, rédigés entre 1833 et son trépas à trente ans en 1837, que « le législateur ne saurait se soustraire à l'élément historique, aux usages, aux coutumes [...] parce que tout cela répond à des besoins et à des habitudes qu'il est hors de son pouvoir de changer »¹². Ainsi, en attestant que « l'élément historique » repose sur des « besoins » et des « habitudes », et que ceux-ci s'impriment dans les usages, les coutumes et la législation, le jeune savant strasbourgeois lie le droit au substrat social dont il ne saurait être que l'expression. Dans les années 1830, l'idée n'est pas nouvelle, mais on ne saurait la confondre avec l'« esprit » des lois selon Montesquieu, chez qui, loin de se fonder sur l'usage, la loi exprime ou doit exprimer la « raison primitive » – on y reviendra. C'est, semble-t-il, un disciple du baron de la Brède, Pierre-Jean Grosley, assurément l'un des fondateurs de l'histoire du droit français¹³, qui en 1757 affirme que les « coutumes traditionnelles » et les « lois non écrites » des Gaulois et des Germains ont été conservées dans la France coutumière¹⁴. C'est certainement aussi chez Grosley, qui disserte sur « l'influence qu'ont sur les Mœurs les diverses manières de partager établies par les diverses coutumes »¹⁵, que Jean Yver, spécialiste des coutumes de l'Ouest, tire cet argument de généralité, repris par Emmanuel Le Roy Ladurie, que les deux phénomènes de « l'égalité entre héritiers » et de « l'exclusion des enfants dotés », c'est-à-dire les règles successorales, forment le critère de base qui permet de remonter jusqu'à « l'esprit des coutumes », selon Yver, ou jusqu'aux « aires culturelles », selon Le Roy Ladurie.

7. Considérons donc ce que cette problématique suppose et implique en tant que méthode d'accès à la tradition, à la fois comme transmission et comme culture. Sur quoi, en d'autres termes, repose la portée scientifique de cette idée qui fait de la succession fixée par le droit le témoin immédiat de la différenciation des cultures ? L'appel à l'idée de « culture », tel qu'il sous-tend l'anthropologie historique, requiert que l'on subordonne l'existant singulier à ce qui l'englobe et le caractérise. Cette opération si usuelle ne va pourtant pas de soi. La collision de l'héritage et du tout social relève, pour devenir significative, de cette procédure intellectuelle qui consiste à définir le particulier local à la fois comme le fruit et l'indice d'une détermination plus large. En outre, pour alimenter de données cette induction, il convient de tenir pour acquises deux vérités complémentaires : l'autonomie de la parenté et le caractère neutre du droit. L'immédiateté de la relation de l'héritage à la culture ou à l'« aire culturelle » suppose que les règles organisatrices de la parenté ne relèvent que d'elles-mêmes, sans aucune interférence, et que les actes et les documents juridiques, que l'on rencontre inévitablement dans toute enquête sur l'Occident, ne servent qu'à les refléter, à les enregistrer, à les valider, sans exercer elles-mêmes de puissance organisatrice. Nous allons examiner ces deux points avant d'envisager la question de la « culture » en domaine européen.

¹⁰ *Art. cit.*, p. 222.

¹¹ Jean Yver, *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés. Essai de géographie coutumière*, Paris, Sirey, Société d'histoire du droit, 1966 ; Henri Klimrath, « Études sur les coutumes », *Travaux sur l'histoire du droit français par feu Henri Klimrath*, Paris-Strasbourg, 1843, II, p. 133-338 ; Charles Bourdot de Richebourg, *Nouveau Coutumier Général ou Corps des coutumes générales et particulières de France et des provinces connues sous le nom des Gaules*, Paris, 1724.

¹² Henri Klimrath, « Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil », *Travaux, Ibidem*, I, p. 12-13. On trouve diverses exploitations de la problématique, entre Klimrath et Yver, sans apport théorique majeur (voir Émile Jarriand, « La succession coutumière dans les pays de droit écrit », *Revue historique de droit français et étranger*, 14, 1890, p. 20-79 et 222-268 et Alexandre de Brandt, *Droit et coutumes des populations rurales de la France en matière successorale*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901).

¹³ Pierre-Jean Grosley, *Recherches pour servir à l'histoire du droit français*, Paris, 1752.

¹⁴ Pierre-Jean Grosley, *De l'influence des lois sur les mœurs*, Nancy-Paris, 1757, p. 27.

¹⁵ *Id.*, p. 33.

I. Autonomie de la parenté ?

8. La discussion du rôle de la parenté constitue l'un des enjeux les plus puissants de l'anthropologie. Quid de la part du biologique et du social ? En mettant à jour des « systèmes » d'alliance et de filiation, sommes-nous en présence d'un ordre de faits issus de règles automatiquement obéies par les êtres au sein de chaque groupement ou ces faits dépendent-ils, pour leur accomplissement, d'une dimension qui les commande, d'une norme supérieure ? Dans un article célèbre, Marshall Sahlins faisait dépendre la filiation de l'idéologie du groupe : « l'idéologie de la filiation suit un cours autonome, qui échappe aux contradictions internes du recrutement des groupes »¹⁶. Si la parenté est autonome et dans la mesure où elle obéit universellement à des règles, peut-on aller jusqu'à affirmer l'existence d'une normativité transculturelle ? La problématique générale se heurte inéluctablement à l'expérience des sociétés lettrées et particulièrement à l'expérience occidentale, où demeure vivant le comput romain de la parenté.

9. Comme l'écrit récemment Gérard Delille, dans une étude lévi-straussienne de l'alliance en Europe occidentale, « s'il y a échange de femmes, il y a présence de groupes échangistes et il faut alors comprendre comment ceux-ci se construisent et s'articulent »¹⁷. Nous sommes ici au cœur de la question que Maurice Godelier réglait en ces termes : « dans aucune [société] les rapports de parenté entre les individus et les groupes ne fournissent une base suffisante pour en faire des sociétés » ; et l'anthropologue d'insister sur l'importance de ce qu'il nomme « le politico-religieux », c'est-à-dire d'un étage supérieur de normativité, connecté au pouvoir et à la transcendance, qui conditionne la parenté¹⁸. Le prédicat de Lévi-Strauss, selon lequel la prohibition de l'inceste « constitue la démarche fondamentale grâce à laquelle, par laquelle, mais surtout en laquelle, s'accomplit le passage de la nature à la culture »¹⁹, vient nous rappeler que toute alliance, toute filiation, toute parenté, et donc toute société, exige un dogme de groupe avant d'en créer les composantes et les individualités.

10. Les études pyrénéennes, riches de contributions d'anthropologie historique, témoignent du caractère illusoire de l'autonomie de la parenté. Ainsi Anne Zink a-t-elle attesté « [l]e rôle que joue la propriété communautaire des pacages à l'origine des coutumes d'aïnesse »²⁰. On peut aller plus loin qu'attribuer à la seule « propriété des pacages » un rôle déterminant. Nous pouvons en effet envisager chaque « pays » de ce massif comme le siège d'une organisation collective qui conditionne l'existence de familles créées essentiellement par réciprocité intervillageoise, plus rarement entre pays, jusqu'à l'avènement de l'individualisme foncier et du phénomène concomitant d'aliénation des communaux et d'effritement des solidarités : c'est ainsi qu'une organisation dont la base communautaire garantissait un système à héritier unique (malgré de Code civil « partageux »), les cadets pouvant vivre du communal, s'est altéré avec la modernité par la dissolution du consentement des exclus à leur exclusion. Quand les biens cessent d'être usagers pour devenir marchands, les cadets ou issus de cadets réclament leur part et valident le Code²¹. Élargissons le cadre à d'autres horizons : ceux des populations qui n'étaient en rien propriétaires de leurs moyens d'existence, à la différence des Pyrénées où ce que l'on n'obtenait pas de la famille, il était possible

16 Marshall Sahlins, « The Segmentary Linkage : An Organization of Predatory Expansion », *American Anthropologist*, 1961, 63, p. 321-345; voir la discussion de ce point par Francis Zimmermann, *Enquête sur la parenté*, Paris, Presses universitaires de France, 1993, p. 63-68.

17 Gérard Delille, « Parenté et alliance en Europe occidentale. Essai d'interprétation générale », *L'homme*, 1, 193, 2010, p. 75-135, ici p. 77.

18 Maurice Godelier, *Au fondement des sociétés humaines. Ce que nous apprend l'anthropologie*, Paris, Albin Michel, Bibliothèque Idées, 2007, p. 53-54.

19 *Op. cit.*, p. 29.

20 Anne Zink, *L'héritier de la maison. Géographie coutumière du Sud-Ouest de la France sous l'Ancien Régime*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, Civilisations et sociétés, 1993, p. 18.

21 « L'esprit de la maison pyrénéenne », *Los Pirineos : Estudios de Antropología social e histórica*, Madrid, Casa de Velazquez-Universidad Complutense, 1986, p. 95-112. Pour une analyse des dynamiques du système dans un pays socialement très hiérarchisé, voir la récente thèse de Marc Conesa, *D'herbe, de terre et de sang. La Cerdagne du XIV^e au XIX^e siècle*, Perpignan, Presses universitaires de Perpignan, Études, 2012, surtout p. 308-334.

de l'obtenir de la communauté.

11. Dans son *Essai* de 1966, Jean Yver déplorait avoir laissé dans l'ombre cette « énorme partie de la population qui vivait dans le cadre des grands domaines ruraux »²². L'argument est de poids : de la condition servile à celle de tenancier à part de fruit, ce que souvent laissent les parents en mourant c'est un trousseau étique de mère à fille et le « souvenir d'une bonne gestion », de père à fils. Dans ce contexte, qui intéresse la majorité des populations rurales, elles-mêmes majoritaires jusqu'aux années 1950²³, le juridique ne se saisit guère de la vie des hommes ou, lorsqu'il le fait, c'est par l'action du seigneur et propriétaire, garant de sa propre lignée avant d'y soumettre celles de ses tenanciers. En nous préoccupant de ces derniers, nous touchons à « [ces] niveaux sociaux où l'on ne rédigeait pas d'actes et dont ce que l'on ose à peine appeler la vie juridique était marquée plus par des situations de fait que de droit »²⁴.

12. Parmi les multiples régimes des paysans exclus de la propriété, celui des *maîtres-valets* du Lauragais – qui s'est perpétué au-delà de son abolition par réforme du statut du fermage et du métayage après 1945 – témoigne de cet arraisonnement de la parenté par le domaine.

13. Disciple de Le Play, Félicien Pariset les a finement observés dans les années 1860 et en brosse ce portrait :

Il faut autant de valets mariés ou chefs de ménage qu'il y a d'attelages ou de paires de bœufs. Un ménage de valets correspond à une surface à exploiter de douze hectares. Le maître-valet qui prend une métairie de trente six hectares (trois paires de labourage) doit fournir trois hommes ou valets – lui compris – pour faire les travaux [...] que le maître peut lui commander, car il est entièrement à la disposition du propriétaire et lui doit tout son temps [...]. La réunion d'un nombre de ménages proportionné à l'importance du domaine (un ménage pour douze hectares), étant la base de ce mode d'exploitation, l'association est l'essence même de ce mode [...]. [C]'est ainsi que les familles d'agriculteurs se sont constituées en communautés dans le Languedoc, et que les communautés et le maître-valetage ne font qu'une seule et même chose »²⁵.

14. Pourquoi douze hectares ? Parce que c'est la superficie moyenne qu'un travailleur doté d'un attelage de bœufs est à même d'exploiter en une année. Pariset décrit des « communautés familiales » de vingt à vingt-cinq personnes, regroupant quatre ou cinq ménages apparentés et fixés sur une même exploitation. Comment la propriété, par l'intermédiaire du contrat, détermine-t-elle la formation de telles communautés, comment imprime-t-elle la parenté ? Région de grands propriétaires ruraux issus de la physiocratie, le Lauragais fait l'objet de leur part d'une régie directe. Selon les besoins de ses domaines – chacun étant toujours multiple de douze hectares – le propriétaire contracte avec autant d'hommes valides, les seuls cocontractants nominaux, que le requiert chaque exploitation particulière, dont le nombre d'arceaux de la bâtisse principale, destinés à abriter chaque attelage, indique à quiconque le nombre de postes à pourvoir. Ils seront seuls rémunérés, le reste de la famille, dite « surnuméraire » (épouses, enfants, vieillards), sera autorisée à cultiver un lopin vivrier et à élever un ou deux cochons, le tout soit intégralement, soit à portion de fruits. La coïncidence rigoureuse du régime d'exploitation à la physiologie du domaine conduit les maîtres-valets à y adapter leur structure familiale sous peine de se trouver chaque année sur les routes, aux dates symboliques de l'échéance des baux, dès lors que la famille s'est plus en adéquation avec la nécessité économique²⁶. Ainsi s'organisent des communautés fondées sur des mariages proches et la corésidence de plusieurs ménages apparentés qui permettent de se maintenir sur tel domaine avec un ratio suffisant de maîtres-valets et de « surnuméraires ». Dans le langage des contrats, les propriétaires parlent d'une « famille de trois ou quatre hommes ». Si l'on peut dire, dans les Pyrénées, que la communauté de village, de vallée ou de pays, gouverne la parenté, il semble en Lauragais que ce soit

22 *Op. cit.*, p. 297.

23 E. Le Roy Ladurie, « La paysannerie d'Occident, 1500-1950 », *Inventaire des campagnes*, Paris, Lattès, 1980, p. 13-86.

24 J. Yver, *op. cit.*, p. 296.

25 Félicien Pariset, *Économie rurale, mœurs et usages du Lauragais*, Paris, Bouchard-Huzard, 1867, p. 64-65.

26 Marcel Maget note la fréquence en Languedoc des saints cavaliers (Michel, Martin, Georges) ou de la Toussaint pour protéger l'entrée des tenanciers dans leur nouveau logis : le cheval étant tenu pour le véhicule des âmes sert à invoquer la protection des défunts ainsi fixés par le calendrier, face à l'errance toujours possible de leurs descendants (« Les dates de mutations locatives de biens ruraux. Esquisses cartographiques d'après les recueils d'usages locaux », *Études agricoles d'économie corporative*, 1942, 4, *Le folklore paysan*, p. 317-344).

la propriété privée qui la commande en suscitant son adaptation à la morphologie des domaines.

II. Un droit « photographique » ?

15. Dans son texte manifeste, Emmanuel Le Roy Ladurie écrit que « les coutumiers régionaux [...] photographient une certaine image du royaume, à la fois traditionnelle et nouvelle, tel qu'il s'est progressivement reconstruit et défini après les guerres de Cent ans »²⁷. En conclusion de ce même texte, consacré comme les travaux de Klimrath et d'Yver à l'étude des dispositions successorales des coutumes rédigées, Le Roy Ladurie convie les « ethnographes-historiens » à aller plus loin, « par des enquêtes sur le terrain au moyen des registres notariaux et des actes de la pratique »²⁸. Reprenant à son compte les « tentantes » hypothèses qui imputent la diversité coutumière aux différences de peuplement, « dans un très lointain passé », il admet néanmoins que « l'exclusion des enfants dotés, et le privilège successoral aux enfants co-résidents répond spécialement bien, quelle que soit l'ethnie d'origine, aux besoins d'une société agricole et seigneuriale très exigeante ». « Ces contraintes », ajoute-t-il, « sont porteuses d'une structure : elles engendrent un droit successoral »²⁹.

16. Nous voici écartelés entre la structure comme ultime matrice et la structure comme effet du contexte, à moins que nous n'ayons assisté, par l'effet du régime social, à la germination d'institutions que les coutumes sont venues avaliser. Par delà cette imputation causale, c'est la question de la neutralité ou du caractère purement instrumental, d'art d'exécution, du droit qui se trouve posée. C'est ce que reconnaît a contrario Gérard Delille quand il écrit qu'il « faut prendre garde [...] à ne pas limiter l'analyse à l'étude des textes juridiques ou religieux, qui peuvent s'avérer fort éloignés des comportements réels »³⁰. Mais le juridique et le religieux ne sont-ils pas aussi « réels » que les conduites matrimoniales dont Delille dépeint et interprète les agencements ?

17. La question de l'origine des coutumes fut, aux XVII^e et XVIII^e siècles, avant tout une question d'idéologie ou de représentation du passé, avant de devenir, au XIX^e siècle, une question scientifique majeure, puis le territoire commun à présent du juriste, de l'ethnologue et de l'historien. L'opinion paraît avoir oscillé (et continuer d'osciller) entre la minoration de cet héritage des « siècles d'ignorance » et son élévation au sommet de l'ordre des valeurs³¹. Bornons-nous ici, pour l'instant, à considérer les « sources juridiques », et à travers elles le droit lui-même, comme dimension indiscutable de l'expérience occidentale, en tant qu'elles servent à louer le tréfonds originel de l'existant, incarné notamment par les coutumes, et à en critiquer le rôle de travestissement et de manipulation de la réalité sociale.

18. Les coutumes ont commencé à être mises par écrit entre les XII^e et XIV^e siècles pour attester de spécificités locales envers le droit romain ou, à l'inverse, pour s'empressement de l'imiter³². Ce furent d'abord des rédactions privées, initiatives d'officiels ou de juristes et s'adressant aux officiels et aux juristes³³. Elles devinrent systématiquement recueillies, en France septentrionale, en vertu de l'ordonnance de Montil-les-

²⁷ *Op. cit.*, [1972], 1973, p. 223.

²⁸ *Id.*, p. 250.

²⁹ *Ibid.*, p. 229.

³⁰ *Art. cit.*, p. 79.

³¹ *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common Law*, Paris, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2011, voir Ch. 6 « Le passé réprouvé : regard sur le cas français », p. 187-216.

³² Henri Gilles, *Les coutumes de Toulouse (1286) et leur premier commentaire (1296)*, Toulouse, Académie de législation, 1969.

³³ C'est notamment le *Très ancien coutumier de Normandie*, les *Etablissements de Saint-Louis*, le *Livre de justice et de plet*, le *Conseil à un ami* de Pierre de Fontaines, les *Assises de Jérusalem* de Jean d'Ibelin, les *Coutumes de Beauvaisis* de Philippe de Beaumanoir ou la *Somme rurale* de Jean Boutiller ; voir la lecture littéraire de ces œuvres par Hannah Skoda, « Legal Performances in Late Medieval France », *Legalism. Anthropology and History*, Paul Dresch & Hannah Skoda (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 279-306.

Tours de 1453, qui marqua en quelque sorte un point de départ dans le lent processus d'harmonisation et d'unification du droit français, qui trouvera son aboutissement, sinon son achèvement, avec la promulgation du Code civil³⁴. Peut-on comprendre ce double mouvement sous une même qualification ?

19. Le droit, en Europe occidentale, est avant tout un phénomène d'écriture, de *literacy*, qui, loin d'être neutre, accroît l'abstraction conceptuelle de la pensée, autorise le commentaire et permet d'isoler la règle du cas. Au haut Moyen Âge, c'est même le support de l'écriture, le parchemin, qui prend, comme *carta sine litteris*, une valeur symbolique autonome, un pouvoir par lui-même, répercutant la puissance acquise par l'écrit signifié : « Un souverain qui voulait s'assurer de l'obéissance de ses sujets ou leur transmettre ses ordres pouvait leur envoyer un simple morceau de parchemin [...] sans y ajouter aucun texte. Ce symbole de sa puissance était suffisant »³⁵. C'est parce que l'écriture est *en elle-même* un signe d'autorité que celle-ci, pour se manifester et s'exercer, n'a pas besoin, dans ces temps primitifs de l'Occident post-romain, d'être verbalisé : l'expression du contenu est superflue quand elle est incluse, par hypothèse, dans le parchemin qui n'existe que comme le moyen d'abriter des textes. L'efficacité du symbole appartient non pas à son versant pratique d'ordre ou d'édit précis modifiant le cours des choses, mais à son versant pour ainsi dire abstrait, à cette convention passée dans l'imaginaire qui veut que, quoiqu'il soit écrit ou ne soit pas écrit sur le parchemin, celui-ci possède une propriété normative. Ne nous approchons-nous pas ici de ce dont parle Lévi-Strauss quand il affirme que « les symboles sont plus réels que ce qu'ils symbolisent » ?³⁶

20. Au-delà de ce type de propriété symbolique, il y a la matérialité des textes eux-mêmes et les conditions de leur production : pour avoir des écrits, il faut des scribes. Les coutumes étudiées par l'anthropologie historique et les « géographes coutumiers » sont des lois produites par des légistes : « une coutume n'est pas un usage ou une habitude mais une loi qui s'impose localement »³⁷. Comme toute loi, cependant, elle agit sur le réel par l'intermédiaire d'agents spécifiques, parmi lesquels figurent ces professionnels de la mise par écrit du réel normalisé que sont les notaires³⁸. Dans son étude du pays bigouden de 1720 à 1980, l'ethnologue Martine Segalen affirmait ce que croient nombre d'ethnologues et historiens tacitement, à savoir que « le recours à l'acte notarié s'avère [...] indispensable si l'on souhaite connaître les pratiques sur une assez longue période »³⁹. N'y a-t-il pas confusion terminologique entre « les pratiques » qu'étudient sociologues et ethnologues, à savoir la praxis, et les « actes de la pratique » des juristes, qui concernent cet étage particulier de l'activité normative qui incombe aux notaires ? Les premiers ont tendance à jubiler devant ces enchaînements (parfois d'une profondeur historique vertigineuse) d'actes sur les successions, les contrats de mariage, les testaments, les donations, les inventaires après décès etc., qui leur semblent ajouter en définition et en précision du grain à la « photographie » des structures familiales révélée par la coutume. Les seconds, les juristes, sont plus circonspects mais, à l'exception d'un Yver ou d'un Ourliac, dont les préoccupations sont clairement anthropologiques, la plupart étudient le droit, tout le droit mais rien que le droit.

21. Inspirée par Yver et Ourliac, avant l'anthropologie historique de Le Roy Ladurie, la thèse de Jacques Poumarède, par exemple, joint les actes de la pratique à l'étude des régimes successoraux des coutumes du Sud-Ouest au XIII^e siècle pour en conclure qu'elles ont « un air de famille », sans prétendre lier ce trait à une causalité supérieure, à une détermination du droit⁴⁰. Il faut néanmoins posséder une conscience

34 « Coutume et usage », *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Paris, Puf, 2003, p. 317-326.

35 Aaron Gourevitch, *Les catégories de la culture médiévale*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 1983, p. 176.

36 Claude Lévi-Strauss, « Introduction à l'œuvre de Marcel Mauss », dans Marcel Mauss, *Sociologie et anthropologie*, Paris, Puf, 1950, p. XXXII.

37 Anne Zink, *op. cit.*, p. 21.

38 Leur présence et leur influence sont variables selon les époques, les régions et leur degré de romanisation. Voir les travaux pionniers de Jean-Paul Poisson, *Notaires et sociétés. Travaux d'histoire et de sociologie notariales*, Paris, Economica, 1985 (préface de Georges Dumézil).

39 Martine Segalen, *Quinze générations de Bas-Bretons. Parenté et société dans le pays bigouden sud*, Paris, Puf, Les chemins de l'histoire, 1985, p. 88.

40 Jacques Poumarède, *Les successions dans le Sud-Ouest de la France au Moyen Âge*, Toulouse, Espic, 1972, p. 11-12.

concrète de ce qu'est la pratique notariale pour en mesurer le rôle. Jean Hilaire, qui s'est immergé dans les actes médiévaux et modernes⁴¹, définit ce rôle comme une façon « d'utiliser le système dans sa globalité au profit de leurs clients ». Pour lui, les notaires ne sont pas les relais objectifs d'une norme coutumière qui s'impose à tous ou – ce qui est la même chose – les exécutants des « stratégies successorales matrimoniales » dictées par les possibilités de la structure⁴², mais ils sont eux-mêmes les auteurs de « stratégies » mises en œuvre « par la combinaison de divers moyens de technique juridique pour atteindre en fin de compte... un certain résultat matériel, soutien d'un ordre familial déterminé »⁴³.

22. Hilaire déplace ainsi le lieu opératoire des stratégies par lesquelles et dans lesquelles se perpétue « un ordre familial déterminé » du milieu de la parenté – par le choix du conjoint, du ou des héritiers – à celui des notaires, acteurs décisifs et non pas enregistreurs passifs des vœux du système. Ajoutons un élément d'enquête ethnographique. Invité à dépouiller les archives notariales du Capcir par le notaire qui les détenait, celui-ci m'installa un bureau au sein de celui-là même où il recevait ses clients, m'offrant un point d'observation inestimable. Concernant les successions rurales locales, les demandes des « chefs de maison » étaient précises et impératives : le préciput absolu ; et le notaire, qui ne manquait pas de commenter les situations particulières après le départ des intéressés, expliquait avoir accompli les actes de « partage » comportant des versements de soultes mais ces versements, dûment notariés, étaient la plupart du temps totalement fictifs. De cette façon, la lecture des actes de la pratique aurait révélé une déférence ordinaire à la législation, mais la réalité du terrain était tout autre : un respect de l'ancien modèle catalan, permis par l'habileté du notaire, stratège émérite⁴⁴.

23. Ainsi est-il délicat ou abusif de tenir les sources juridiques pour de simples témoignages photographiques permettant de visualiser une structure dans l'aménagement de laquelle le droit n'aurait aucune part. Peut-on prendre le parti absolument inverse de cette exclusion du droit et le considérer comme la cause ultime des structures familiales ? L'œuvre de Pierre Legendre y invite. Pour lui, la normativité (*dogmaticité*) de type occidental ressortit du « système juridique – la civilisation du droit civil – comme une version particulière, historiquement repérable, de la structure »⁴⁵. Elle est une façon d'« instituer la vie » (*vitam instituere*), pensée par le droit romano-canonique, tel que déployé dans tous les aspects que possède jusqu'à nos jours le « principe généalogique »⁴⁶. Fondée sur l'expertise cumulative du droit savant et de la psychanalyse, la leçon de Legendre traite expressément de ce que Lévi-Strauss n'a pas traité : les « structures complexes » qui ne sont pas la structure elle-même mais un visage daté et localisé de la structure, soit l'Occident organisé par le droit romain de Justinien et par le décret de Gratien, l'ensemble formant « raison écrite » (*ratio scripta*). Le droit est, dans cet esprit, une façon originale d'institutionnaliser la succession des générations selon une pensée englobante (la dogmatique) et de multiples mécanismes de cadrage et de répétition : « il s'agit de faire recommencer l'oedipe à chaque génération »⁴⁷.

24. Legendre dépeint les manières dont la culture occidentale a réglé par le moyen du droit « l'impératif de séparation » entre sexes, entre catégories d'âges, entre pouvoirs, sans lequel, selon lui, il ne saurait y avoir de *vitam instituere*, ni même de vie sociale. Malgré la séduction considérable de cette approche majeure, reste posée la question, objective, de la diversité des manières de penser et de vivre l'organisation familiale. À suivre Legendre, nous sommes dans le cadre d'une partition commune qui, par « l'invention du

41 Jean Hilaire, *Le régime des biens entre époux dans la région de Montpellier du début du XIII^e siècle à la fin du XVI^e siècle*, Paris, Montchrestien, 1957.

42 Pierre Bourdieu, « Les stratégies matrimoniales dans le système de reproduction », *Annales E.S.C.*, 1972, 4-5, juil.-oct., p. 1105-1127.

43 Jean Hilaire, *La vie du droit. Coutumes et droit écrit*, Paris, Puf, coll. Droit, éthique, société, 1994, p. 293.

44 Pour des raisons évidentes, tenant aux possibles mises en cause des héritages, cette dimension de l'enquête n'a encore fait l'objet d'aucune autre publication *Coutume et rapports sociaux. Étude anthropologique des communautés paysannes du Capcir*, Paris, Éditions du CNRS, 1981, où toutes les sources et les cas sont anonymisés.

45 Pierre Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, p. 78.

46 Pierre Legendre, *L'inévitable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985.

47 *Id.*, p. 146.

droit »⁴⁸ et la double influence du droit romain et du droit canonique, contient les éventuelles autres traditions au sein de ses propres limites. Mais ces traditions, styles d'interprétation de la dogmatique ou ouvrages culturels originaux, peuvent s'écarter de la norme commune, le *ius commune*, ou même relever d'une normativité propre, comme ces pays pyrénéens que nous avons évoqués. Legendre a cependant le mérite de dire et d'expliquer pourquoi le droit organise en Occident la parenté et le pouvoir, donc l'État⁴⁹. Sous ce regard en surplomb, les études régionales en Europe sont susceptibles de prendre un relief plus prononcé, comme versions particulières de la dogmatique ou comme créations originales des cultures, de la culture, qui reste le principe et l'horizon de la problématique des géographies coutumières.

III. Culture et relativisme

25. En quoi les géographies coutumières sont-elles des géographies *culturelles* ? En quoi le but, explicite ou non, de toute anthropologie historique est en Europe de révéler les « substrats » des règles et des pratiques étudiés ? Ces substrats – que Le Roy Ladurie aborde avec prudence mais appétit – sont avant tout des substrats de peuplement, dont les historiens du droit traitent avec plus de facilité que les historiens, plus enclins à envisager les logiques évolutives⁵⁰. Voyons ce propos de Jacques Flach, qui fut après Eugène Lerminier et Édouard Laboulaye professeur d'histoire des législations comparées au Collège de France, et pour qui « sous les flux historiques », il fallait voir, comme chez Michelet, la permanence des « groupes primordiaux » : « Quels sont ces groupes naturels ? Leurs lignes principales n'ont pas varié. On les retrouve sous les agitations les plus violentes de la surface, sous la division ancienne de la France en provinces, jusque sous la division en départements qui en est sortie [...]. Ces divisions se montreront indélébiles, elles traverseront toutes les phases de notre histoire »⁵¹. Le géographe Maximilien Sorre liait de même façon les causes de la « géographie des institutions juridiques » aux « conditions d'établissement des groupes humains »⁵².

26. Au moment où paraissent, grâce à la grande enquête du CNRS, les premiers atlas systématiques des parlers régionaux, Paul Ourliac écrivit, dans la note de géographie coutumière qu'il offrit à Henry Lévy-Brühl pour ses mélanges, que « les catégories grammaticales répond[ent] aux catégories juridiques : on constate plus qu'on explique »⁵³. Et s'il faut vraiment hasarder une explication, on retrouve le déterminisme du peuplement : « La distribution des anciennes populations, celtes, ibères, ligures, nous demeure inconnue et nous ne pouvons apprécier exactement l'influence du substrat : il n'empêche que cette influence nous apparaît certaine »⁵⁴. L'argument tiré de la coïncidence des détroits linguistiques et des ressorts coutumiers, utilisé par Ourliac, est certes un argument puissant, dans lequel se lovent jusqu'à nos jours les sentiments identitaires. Yver, après Ficker et Meijers, tutoie aussi l'hypothèse des peuples premiers pour expliquer les différences coutumières⁵⁵. Mais les deux savants juristes vont aller plus loin, jusqu'aux origines des coutumes et de *la* coutume, c'est-à-dire de la norme sociale elle-même.

27. Leurs thèses sont radicalement opposées et rejoignent significativement les oppositions majeures de l'anthropologie, dès lors qu'elle se préoccupe du juridique. Dans ses *Réflexions sur l'origine de la*

48 Voir sur ce thème Aldo Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. Paris, Belin, 2008.

49 Pierre Legendre, *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Paris, Fayard, 1992.

50 Anne Zink suppose que « chaque trait culturel est le fruit d'une histoire [...] plutôt que d'y voir une donnée ethnique et congénitale », *op. cit.*, p. 12, ce qui ne fait que renvoyer à une définition de la culture.

51 Jacques Flach, *Les origines de l'ancienne France*, Paris, Larose & Forcel, 1893, II, p. 21.

52 Maximilien Sorre, *Les fondements de la géographie humaine*, Paris, Armand Colin, 1948, II, p. 143.

53 *Art. cit.*, p. 17.

54 *Id.*, p. 29.

55 *Op. cit.*, p. 293.

*coutume*⁵⁶, Paul Ourliac s'inspire de François Génys pour associer la formation de la coutume à des « habitudes provinciales ou autochtones qui se seraient maintenues obscurément [...] et qui s'imposeraient sans même qu'aucun juge ait eu à les définir ou même à les appliquer »⁵⁷. Pour lui, « l'idée de paix » précède celle de justice, la paix relevant de « la coutume originaire qui n'est qu'une manière d'être, de vivre, de penser unanimement respectée et acceptée »⁵⁸. Par un chemin qui lui est propre et relève sans doute de sa science de chartiste, l'historien du droit rejoint, sans le dire, la thèse que Malinowski formulait en 1926, après son long terrain en Mélanésie, selon laquelle la norme sociale naît, en dehors de toute sanction institutionnelle, de la « soumission automatique à la coutume » qui soude les membres de la communauté par une même conception de l'ordre social⁵⁹.

28. Dans une même quête de l'origine, qui est au principe de son travail et dont l'*Essai de géographie coutumière* n'est pour lui qu'une étape, Jean Yver défend, avec Édouard Lambert, la thèse inverse d'une création jurisprudentielle des coutumes. Pour expliquer leurs ressemblances et leur diversité, il conviendrait de « remonter dans le passé, au moins jusqu'au moment crucial ou des pratiques et un sentiment du droit, jusque là indéfinis, ont commencé ici et là, dans l'orbite des cours de justice, à se cristalliser [...] donnant naissance à un ensemble d'institutions dont les lignes majeures [...] ne seront plus remises en cause par la suite ». « Plus haut encore, ajoute Yver, il faudrait remonter [...] jusqu'aux sources mêmes de ces pratiques et de ces sentiments »⁶⁰. Par ce regard, Yver rejoint, lui aussi sans le dire, une autre thèse majeure de l'anthropologie du droit, celle de l'un des fondateurs du réalisme juridique, Karl Llewellyn, qui, en 1941, conçoit l'avènement de la norme comme le résultat des frictions, disruptions et « cas de trouble » qui poussent les forces sociales à « faire quelque chose » à propos du conflit ; la récurrence prêtée à ce quelque chose de juridictionnel accouchant en fin de compte d'un système d'ordre⁶¹.

29. Peut-on concevoir un système social parfait, exempté de conflits, de résistances ou de révoltes ? Peut-on concevoir la prise en charge d'un litige ou d'une transgression sans que ne soient définies au préalable les valeurs et représentations qui vont faire en sorte que ce litige ou cette transgression soient considérés comme tels ? Cette double interrogation s'adresse aux fondements de la société et à la jurisprudence singulière de chaque culture. Évoquons simplement ici le comment historique de ce passage de la géographie coutumière aux questionnements anthropologiques fondamentaux, et le pourquoi épistémologique de l'affirmation, plus ou moins explicite, de la rémanence des formations culturelles comme autant d'expériences uniques.

30. Quand Emmanuel Le Roy Ladurie parle des « aires culturelles » dont les coutumes sont le fruit et l'indice, il met à nu à la fois l'implicite et le propre d'une réflexion juridique de longue haleine, une réflexion discontinue qui semble trouver son origine dans la pensée allemande du XVIII^e siècle et du début du XIX^e siècle. Cette pensée donnera naissance à la *Kulturkreislehre* (l'étude des aires culturelles) qui, traversant l'Atlantique pour cartographier les Indiens, deviendra *area studies* avec l'anthropologie culturelle naissante⁶². Cette acception allemande de la culture comme ce qui rassemble et distingue, ce qui agit collectivement et qui identifie, est présente en histoire du droit à travers le terme d'« esprit »⁶³. Jean Yver tient « l'esprit » des coutumes pour l'horizon de sa quête et, pour ses mélanges, Ourliac lui offre un texte, sur les coutumes du Midi au XIII^e siècle, qu'il intitule *L'esprit du droit méridional* (1976). Cette notion n'est pas l'esprit de *L'esprit des lois* car Montesquieu, comme on le sait, et même s'il sacrifie à la

56 Paul Ourliac, « Réflexions sur l'origine de la coutume » [1988], *Les pays de Garonne vers l'an mil. La société et le droit. Recueil d'études*, Toulouse, Privat, 1993, p. 271-284.

57 *Id.*, p. 291.

58 *Ibid.*

59 Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1926, p. 9.

60 *Op. cit.*, p. 4-5.

61 Karl N. Llewellyn & E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941, voir III, «The Law-Jobs and Juristic Method», p. 273-309.

62 P. Bénétou, *Histoire de mots : culture et civilisation*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1975.

63 Il faut signaler en Angleterre la piste originale de Frederick Seebohm qui s'efforce de retracer l'emprise des « lois anglo-saxonnes » au travers des métrologies coutumières (*Tribal Custom in Anglo-Saxon Law*, New York-Bombay, Longmans, 1902 et *Customary Acres and their Historical Importance*, New York-Bombay, Longmans, 1914).

polysémie du terme (bel esprit, conscience, principe), l'emploie plutôt comme « raison primitive » et vérité digne d'universalité⁶⁴. L'acception du mot chez les juristes semble en revanche de même saveur que celle de la « culture » chez les historiens et les ethnologues.

31. Au vrai, « culture » ou « esprit » expriment une nécessité formée par la conjonction de plusieurs dimensions : une dimension *idéologique* – incarner un ensemble de valeurs ; une dimension *traditionnelle* – en assurer la transmission dans le temps ; une dimension *identitaire* – permettre le sentiment d'appartenance et l'identification des groupes les uns par rapport aux autres ; enfin une dimension d'*indisponibilité* – rester relativement inaccessible au changement par acte conscient de volonté⁶⁵. Cet ensemble de propriétés émane de la problématique coutumière où dominent les idées de valeurs singulières, de succession, de distinction et de récurrence. On ne saurait toutefois sans faillir réduire cet entrelacs au *Volksgeist*, du moins dans son acception de principe, raciste, d'identité absolue et d'intégrité intangible. Cette version est justement dénoncée par Zeev Sternhell, mais il y englobe toute l'oeuvre de Herder, usager de termes voisins, qui, selon lui, « n'est pas un innocent exercice intellectuel », tandis qu'elle semble influencer, *nolens volens*, le cœur de la problématique culturelle⁶⁶.

32. Il paraît y avoir, dans la genèse des idées scientifiques, une correspondance entre le *Geist* de Herder et la définition des aires coutumières ou culturelles, en tant que cette définition revendique méthodologiquement, dans un bain d'universalisme propre à la pensée juridique qui répugne à imaginer une société sans droit, un relativisme consubstantiel de l'étude sérieuse des cultures. Comme l'affirme Lévi-Strauss, « une culture ne peut s'évader d'elle-même et son appréciation reste donc prisonnière d'un relativisme contre lequel il n'y a pas de recours »⁶⁷. Cette réalité sans appel expose ainsi au risque de cultiver, comme l'écrit Clifford Geertz, « notre insistance sur le différent, le divers, l'étrange [...], l'incommensurable, le particulier »⁶⁸.

33. Au point de départ de la préoccupation française pour « l'esprit des coutumes », on trouve ce développement de Henri Klimrath, estimé par la postérité comme l'auteur du « schéma directeur » de l'histoire du droit privé⁶⁹ :

Par leur diversité, [les coutumes] retracent, mieux qu'aucun ordre de faits, la vive image de cette France du moyen âge, si morcelée dans son territoire, si bigarrée en apparence, parce qu'elle était riche et inépuisable dans les manifestations spontanées de son activité nationale.

Par leur unité, au contraire, par l'identité de leur esprit, elles ont pu aspirer à se fondre dans un Droit commun consigné dans un texte unique sous la sanction législative, elles ont pu devenir la source où ont puisé largement les rédacteurs du Code civil⁷⁰.

34. Une problématique qui réunissait dans une même pensée l'unité des coutumes, « l'identité de leur esprit », et leur diversité, la pluralité de leurs manifestations, tout en enracinant dans le Moyen Âge l'origine du Code civil, possédait, *in utero*, certaines caractéristiques d'un quasi programme d'étude structurale de la France : une variété soudée par une logique commune, étudiable dans la multiplicité de ses expressions et dotée d'un pouvoir de permanence. Un dossier prédestiné à la lecture anthropologique

64 Dominique Giovacchini & Gilles Vannier, « Que veut dire “esprit” dans *Esprit des lois* ? », *Analyses et réflexions sur Montesquieu, De l'esprit des lois*, Paris, Ellipses, 1987, p. 92-98.

65 « Le crépuscule des cultures ? L'affaire Pitcairn et l'idéologie des droits humains », *Droit et société*, 82, 2012, p. 763-787.

66 Zeev Sternhell, *Les anti-Lumières. Du XVIII^e siècle à la guerre froide*, Paris, Fayard, coll. L'espace du politique, 2006, p. III.

67 Claude Lévi-Strauss, *L'anthropologie face aux problèmes du monde moderne*, Paris, Seuil, Librairie du XXI^e siècle, 2011, p. 139-140.

68 Clifford Geertz, *Available Light. Anthropological Reflections on Philosophical Topics*, Princeton & Oxford, Princeton University Press, 2000, p. 50.

69 Jean Hilaire, « Les orientations de l'historiographie du droit privé de 1850 à 1950 », *Histoire de l'histoire du droit*, J. Poumarède (dir.), Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales, 2006, p. 237-255.

70 Henri Klimrath, « Études sur les coutumes » [1837], *Travaux sur l'histoire du droit français*, Paris-Strasbourg, 1843, II, p. 134-135.

car, on l'a vu, en distinguant une « stratégie successorale », on entend accéder à l'authenticité culturelle dont la coutume rend compte. Nous savons, par une lecture contextuelle, que les intentions de Klimrath étaient autres. Les « systèmes » coutumiers n'étaient pour lui aucunement le moyen de valoriser « l'inscription locale du normatif et les formes juridiques autochtones »⁷¹, mais de légitimer le Code en témoignant de l'ancienneté de ses dispositions. Le génie de Klimrath anticipait sur le pacte faustien que semble avoir passé l'histoire du droit telle qu'elle s'institutionnalise au XIX^e siècle : la capacité d'étudier et d'enseigner l'Ancien droit à la condition de tenir le Code pour son aboutissement logique, son point de perfection, la fin de l'histoire⁷².

35. Prenons au sérieux la part structuraliste avant l'heure de la géographie coutumière. Maître et ami de Klimrath, Leopold August Warnkönig affirme en introduction à l'édition posthume de ses travaux qu'on « ne peut saisir l'esprit du Droit d'un temps quelconque qu'en remontant jusqu'à son origine ». Le droit est, dans sa substance, « une émanation progressive des idées morales qui dominaient les nations à toutes les époques de leur histoire, avec un caractère particulier selon la diversité des nationalités elles-mêmes »⁷³. Autrement dit, le droit est partie intégrante et distinctive de la culture et celle-ci s'inscrit dans la temporalité. L'influence de Savigny se manifeste dans cette conception. Le fondateur de l'École historique allemande estime, dans le *Vom Beruf* de 1814, son fameux manifeste anti-français et anti-code, que « le droit civil présente déjà un caractère déterminé propre à chaque peuple, comme le sont sa langue, ses mœurs, sa constitution », ces dimensions formant « les diverses façons et activités du peuple considéré » : « elles sont indissociables dans la réalité et n'apparaissent comme des caractères particuliers qu'à notre observation »⁷⁴. Sa version du *Volksgeist*, il la nomme « conviction commune du peuple », en tant qu'elle est animée du même « sentiment de nécessité interne ». Cette nécessité gouverne une « évolution » qui a pu accoucher, à certaine période historique, d'une « double vie » du droit : « d'une part comme partie de la totalité de la vie du peuple – ce qu'il ne cesse pas d'être – d'autre part comme science spécifique entre les mains des juristes »⁷⁵. La matrice du droit, c'est le peuple et chaque peuple doit être considéré avec son « caractère », acquis par « conviction commune » et « nécessité interne ».

36. Le processus qui donne naissance au droit, comme dimension propre de l'existence servie par une caste de spécialistes, est, ainsi que le montreront plus tard Gernet, Gourevitch ou Schiavone, un processus de *spécification*⁷⁶. On suppose, avec Savigny, l'existence, unitaire à l'origine, des attributs de la culture, dont la langue et le droit, les mœurs et la constitution. L'évolution, avant tout intellectuelle, d'Aristote aux savants allemands, crée une spécialisation des institutions mais surtout la faculté de les classer sous des rubriques différentes. Ces classements sont les produits de « notre observation », pas les conséquences d'une différenciation réelle. Ainsi le droit est-il indissociable de la culture. Au surplus, les conditions de l'observation deviennent elles-mêmes objectivables. La distanciation produite entre conditions et objet de l'observation tient cette dernière pour l'effet, non seulement d'universaux cognitifs, mais d'une pensée historique, contingente et relative, qui peut dès lors devenir à son tour objet d'observation. Les fondements de la culture, au sens anthropologique contemporain, deviennent des objets tangibles⁷⁷.

71 Frédéric Audren, « Écrire l'histoire du droit français : science du politique, histoire et géographie chez Henri Klimrath », *Histoire de l'histoire du droit*, op. cit., J. Poumarède (dir.), p. 131.

72 *L'autorité du passé*, op. cit., spécialement « La symbolique du Code et l'histoire du droit », p. 217-238.

73 *Travaux*, op. cit., I, p. XXX-XXXI.

74 Friedrich Carl von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* [1814], Alfred Dufour (éd.), Paris, Puf, coll. Léviathan, 2006, p. 53.

75 *Id.*, p. 55. Sur la philosophie de Savigny et de son disciple Puchta, voir Olivier Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, Puf, coll. Léviathan, 2005, spécialement, p. 97-164.

76 Louis Gernet, « Droit et prédroit en Grèce ancienne » [1951], *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris, Flammarion, 1982, p. 7-120 ; Aaron Gourevitch, op. cit., p. 155-212 ; Aldo Schiavone, op. cit.

77 Citons la définition de Tylor, dont on ne semble guère s'être éloignés : « La culture ou la civilisation, prise dans son sens ethnographique le plus large, est ce tout complexe qui comprend la connaissance, la croyance, l'art, la morale, le droit, la coutume et toutes les autres facultés acquises par l'homme en tant que membre de la société » (Edward Burnett Tylor, *Primitive Culture. Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art, and Custom* [1871], Cambridge Library Collection, 2010, I, p. 1).

37. Assistant de Savigny à Paris en 1805, lors de ses recherches sur l'histoire du droit romain au Moyen Âge, Jacob Grimm attachera la linguistique allemande au destin du peuple, en se défiant de la haute culture lettrée. Lien populaire et tradition sont, dans la veine romantique, facteurs d'identité en même temps que d'authenticité. Ainsi écrit-il en 1811 que « les hommes du passé furent plus grands, plus purs et plus sains que nous... Je vois donc dans la poésie savante de l'apprêt et dans la poésie naturelle de la spontanéité ; dans celle-là une chambrette immaculée ; dans celle-ci un pays tout entier »⁷⁸. Pour l'auteur de *De la poésie en droit* (1816), des *Antiquités du droit allemand* (1828) et le compilateur des fameux *Contes de l'enfance et du foyer* (avec son frère Wilhelm à partir de 1812), le populaire est supérieur au savant car plus attaché à ce passé qui ne peut que vivre dans le présent, comme l'ancienneté de la langue rythme son usage quotidien. Avec les romantiques, la culture commence à prendre le visage empirique qui autorise de la trouver dans les coutumiers et dans les actes de la pratique. La possibilité de cette approche paraît en revanche plus ancienne que la floraison romantique, elle semble déjà présente dans la pensée de Herder.

38. En réaction à la philosophie universaliste, essentiellement à l'*Essai sur les mœurs et l'esprit des nations* de Voltaire (commencé en 1741), Herder compose *Une autre philosophie de l'histoire* (1774), précédée en 1772 d'un traité sur l'origine du langage⁷⁹. C'est sa philosophie de l'histoire qui intéresse la problématique coutumière. Résumons sa conception, dérogeant aux Lumières et au subjectivisme de Kant, dont il fut l'élève et le critique. Pour Herder, l'humanité se compose de « nations » ou de « peuples » dotés sous tous leurs aspects de caractères singuliers. Et ces peuples sont insusceptibles de hiérarchie : la singularité de chacun s'oppose à l'idée d'un « universel de fait » comme à celle d'un jugement de valeur qui les classerait par ordre d'importance⁸⁰. Les peuples ou les nations sont les individualités d'une diversité en vertu de laquelle chacun a le droit d'exister pour atteindre son « centre de félicité » : « toute perfection humaine est celle d'une nation, d'un siècle »⁸¹. La course du temps intéresse intégralement le caractère de la nation. À l'inverse de la doctrine de la transmission des pouvoirs, qui prévalait depuis la Renaissance en tenant le Moyen Âge pour une « période intermédiaire » entre l'antique et le moderne, chaque période, comme chaque peuple, est digne d'intérêt, légitime devant l'histoire et comparable aux autres. Herder admire les Barbares et considère que « leurs lois [...] respiration le courage viril, le sens de l'honneur, la confiance en l'intelligence, en la loyauté [...], la vénération des dieux ! »⁸² et la « sainte vénération du sexe féminin »⁸³. Le paysan appartient à la *Kultur* tout autant que le prince, et Herder recueille les « chants populaires » (*Volkslieder*).

39. L'« art de la législation » est, pour lui, une « philosophie générale de l'humanité, un codex de la raison, de l'humanité », en quoi on « épuisait bien [...] tous les lieux communs sur le Juste et le Bien, les maximes de philanthropie et de sagesse, les perspectives tirées de tous les temps et de tous les peuples »⁸⁴. Or, en vertu du « caractère national » des peuples et en raison de la légitimité de chaque époque, de telles généralisations universalisantes ne peuvent que procéder de l'arbitraire d'une puissance qui se sent seule détentrice de la raison. « Par tous les temps et tous les peuples ? », reprend-il, « et par conséquent, hélas ! justement pas pour le peuple à qui le code de lois doit être fait sur mesures comme son habit ». On doit par conséquent se défier de « tous nos raisonneurs en matière de législation, chez qui tout est vrai et tout est faux – une misérable généralité fantôme »⁸⁵. On retrouvera cette défiance du droit abstrait législatif, au bénéfice de la coutume concrète et historique, chez Savigny, chez les différentes écoles d'histoire du droit, et bien sûr dans l'ethnologie culturaliste.

40. Adversaire de tous les impérialismes et avocat des appartenances, Herder ouvre la voie à l'empirisme, ce

78 Lettre à Achim von Arnim, 20 mai 1811 (*Romantiques allemands*, Paris, Pléiade, 1979, II, p. 1653-1654).

79 Isaiah Berlin, *Three Critics of the Enlightenment : Vico, Hamann, Herder*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 168-169.

80 Pierre Pénisson, *J.G. Herder. La raison dans les peuples*, Paris, Cerf, 1992, p. 49.

81 Johann Gottfried Herder, *Une autre philosophie de l'histoire* [1774], Max Rouché (éd.), Paris, Aubier, 1964, [505] p. 175.

82 *Id.*, [515] p. 199.

83 *Ibid.*, [523] p. 225.

84 *Ibid.*, [541] p. 259.

85 *Ibid.*, [542] p. 261.

qui le distingue de Leibniz, Kant ou Hegel, et pave la route des sciences humaines⁸⁶, cette route elle-même, interdisciplinaire, qu'empruntent l'anthropologie historique et les géographies coutumières. Avec Herder, on ne généralise qu'au détriment de l'objet de la généralisation. N'est-ce pas, au fond, le propos de la problématique évoquée que d'établir un lien direct de correspondance entre les faits successoraux et matrimoniaux, leur formulation juridique et la culture dont ils sont censés procéder et qu'ils permettent d'identifier ? Cette opération fait toutefois l'économie de ses postulats : que le fait soit isolable du droit, que le droit reflète plus le fait qu'il ne l'oriente et enfin que la culture soit le cadre de la vie historique, irréductible et indisponible.

41. Cet ensemble de logiques relativistes ou, selon Louis Dumont, cet « universalisme individualiste transposé »⁸⁷, conduit à une ambition paradoxale voire aporétique. Herder et Lévi-Strauss pensent la relativité des moyens d'expression en tant qu'ils sont inévitablement les fruits des cultures qui les ont formulés, des univers où ils prennent sens. Charles Taylor a associé les deux auteurs dans une réflexion sur le langage qui, comme tout fait de culture, émane de et agit sur la « communauté de discours » car « la langue que je parle ne peut jamais être seulement *ma* langue ; c'est toujours *notre* langue »⁸⁸. Ici se situe le paradoxe ou l'aporie. La relativité du droit exprimée dans la problématique des coutumes est, par hypothèse, transposable aux moyens par lesquels s'exprime le discours de la relativité. On lutte par empirisme contre l'abstractionnisme excessif mais on le fait au moyen de concepts, de généralisations, qui s'abstraient des réalités qu'ils évoquent, d'où l'importance de l'« esprit » chez les juristes, de la « culture » chez les historiens et les ethnologues. En outre, le registre sémantique de ces abstractions appartient à la communauté de discours qui les emploie et les comprend. Ainsi touchons-nous, par l'intermédiaire des coutumes, à ce fait coutumier que « [l]es catégories grâce auxquelles nous nous référons au temps historique n'échappent elles-mêmes pas au temps »⁸⁹.

Louis Assier-Andrieu
CNRS École de droit, Sciences Po, Paris.

86 Sur la place de Herder dans l'histoire de la philosophie, voir surtout Ernst Cassirer, *Logique des sciences de la culture* [1942], trad. Paris, Cerf, 1991, p. 86 et s.

87 Louis Dumont, *L'idéologie allemande. France-Allemagne et retour*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1991, p. 25.

88 Charles Taylor, *Philosophical Arguments*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 98.

89 Nicolas Piqué, *Les ordres de l'histoire. Origine, discontinuité, nouveauté*, Paris, Cned-Puf, 2010, p. 40.