

La coutume, les mœurs et le rite. Regards croisés sur les catégories occidentales de la norme non écrite

Robert Jacob

Résumé

Dans l'approche des sociétés de l'extrême Orient, le chercheur occidental est déterminé par l'emploi de concepts façonnés par sa propre culture. Loin d'avoir été créées par les sciences humaines et à leur usage, des notions comme « coutume », « mœurs », « rite » ont pris structure au fil d'une longue histoire, qui fut avant tout celle d'une pensée juridique. L'auteur tente ici de baliser cette histoire et d'inscrire, sur la trame qu'elle dessine, le regard croisé entre Orient et Occident que suscite la démarche anthropologique.

Abstract

Custom, Mores, and Rites. Western Categories of the Unwritten Norm from a Cross-cultural Perspective
When studying Far East societies, the Western scholar relies upon concepts indigenous to his own culture. Far from being created by social sciences and to their own usage, notions such as "custom", "mores", "rite" have been refined in the context of the long history of a specific legal thought. The author attempts here to revisit this history and to include in this framework an anthropological and comparative reflexion between the East and the West.

Citer ce document / Cite this document :

Jacob Robert. La coutume, les mœurs et le rite. Regards croisés sur les catégories occidentales de la norme non écrite. In: Extrême-Orient, Extrême-Occident, 2001, n°23. La coutume et la norme en Chine et au Japon. pp. 145-166.

doi : 10.3406/oroc.2001.1142

http://www.persee.fr/doc/oroc_0754-5010_2001_num_23_23_1142

Document généré le 16/10/2015

La coutume, les mœurs et le rite Regards croisés sur les catégories occidentales de la norme non écrite

Robert Jacob
CNRS Paris

Nous ne pouvons penser que ce que nous nommons et, en retour, la façon dont nous nommons donne structure à notre pensée. Lorsqu'il se met en quête d'Orient, le chercheur occidental a à sa disposition un stock limité de mots qui lui sont légués par l'histoire de sa propre culture et dont des interactions, vieilles déjà de plus d'un siècle, ont trouvé ou forgé dans les langues orientales des équivalents approximatifs. Que cette terminologie le laisse régulièrement insatisfait, qu'il en pressente l'inadéquation par rapport à son objet, qu'il entreprenne d'en développer des adaptations nouvelles, rien de tout cela ne suffit à le libérer des contraintes qu'à son insu, le plus souvent, elle lui impose.

Il s'agit ici de mettre en catégories la norme informelle, celle qui procède de pratiques ancestrales, de comportements usuels ou encore de paroles ou de gestes consacrés. En fait, ces réalités ne s'appréhendent jamais en soi mais toujours à travers un jeu d'oppositions, du populaire au savant, du donné au construit, de l'émergence spontanée à l'élaboration rationnelle, de la norme de l'autre peuple à la sienne propre. Dans l'histoire de la pensée occidentale, ces polarisations se sont configurées autour d'une opposition première, de l'écrit et du non-écrit, dont le droit écrit fut lui-même le premier auteur et le principal maître d'œuvre. Telle est bien la difficulté : ce que nous appelons la coutume, les mœurs, les rites, ne tient ses noms que d'un discours normatif dont le propos était d'abord d'ordonner, que ce fût par l'interdiction, l'habilitation, la sélection ou la régulation. En passant du normatif au sociologique, les sciences humaines abandonnent le projet de maîtriser pour s'en tenir à celui de décrire et, si possible, de comprendre. Pourraient-elles assumer sans critique l'héritage des mots ? Supposer que l'essence du réel qu'elles explorent corresponde parfaitement à des catégories qui n'ont été construites que pour le plier aux impératifs du discours juridique dominant ?

Ces questions ont été trop rarement posées. Il revient à Jérôme Bourgon d'avoir entrepris, dans le domaine des langues chinoise et japonaise, une histoire des termes et des concepts, et d'avoir montré à quel point le processus d'occidentalisation, enclenché vers 1870, fut décisif sous ce rapport¹. Il m'a semblé que si la « réaction » d'un médiéviste occidentaliste aux contributions rassemblées dans ce volume pouvait avoir quelque intérêt, c'est en prolongeant cette démarche à la fois vers l'Occident et vers l'amont. Les notions de coutume, mœurs, rite, usage, et quelques autres, ont une histoire. Une histoire dont bien des épisodes sont encore mal connus, mais dont il est possible de présenter quelques jalons. C'est sur la trame de la chronologie de notre lexique et de nos concepts que je voudrais développer le regard croisé entre Orient et Occident auquel me convie ce numéro thématique de la revue.

L'héritage de la culture antique

Dans le latin classique, celui de Cicéron, de Virgile et des premiers jurisconsultes, les mots *consuetudo*, *mos/mores* et *ritus* étaient devenus de quasi-synonymes pour désigner les façons de faire ordinaires. Des trois, c'est le dernier nommé, formé sur une racine apparentée à *ars*, qui a l'acception la plus générale. On a peut-être attaché trop d'importance, rétrospectivement, à quelques passages où il désigne le mode opératoire du sacrifice ou l'ordonnement d'une cérémonie : le mot s'appliquait en fait à toutes sortes de manières et rien ne le prédestinait encore à enfanter ce qui sera plus tard notre « rite ». Quant à *mos*, son sens originel doit probablement être recherché du côté de l'inclination ou de l'exigence, individuelle d'abord, collective ensuite. Surtout, il désigne la norme de comportement extérieure au *ius*, au droit formaliste de la cité, mais à laquelle le *ius* ne peut être indifférent. De bonne heure, un magistrat romain, le censeur, reçut mission de contrôler les *mores* des citoyens et des groupes. Les jurisconsultes refusaient de donner effet aux contrats qui contredisaient les « bonnes mœurs ». Le droit romain consacra de la sorte l'idée que l'ordre juridique devait comporter un *regimen morum*, une régulation des mœurs, appelée à demeurer souple et évolutive puisque les idées de bonnes et mauvaises mœurs s'illustrent par des exemples, mais ne se définissent pas, et restent à la discrétion des autorités en charge de leur contrôle. Le terme *consuetudo*, enfin, correspond au français « habitude » et ne connotait pas à l'origine l'idée que cette habitude pût produire une norme. Jamais, pendant toute la période classique, la jurisprudence n'y reconnut une source du droit.

Cependant, le mot allait être appelé à une fortune nouvelle à la faveur de la rhétorique importée de Grèce. La tradition rhétorique, en effet, avait anciennement posé la distinction entre loi écrite et non écrite. Cherchant à la seconde des

figures quelque peu concrètes, elle aboutit, dans des circonstances mal connues, à avancer l'idée de coutume. Dans les textes les plus anciens de la rhétorique latine, le *De inventione* de Cicéron et l'anonyme *Ad Herennium*, se profile déjà l'opposition *lex/consuetudo* appelée à dominer la théorie des sources du droit dans la pensée juridique occidentale. « On considère comme fondé sur la coutume, écrit Cicéron, le droit qui a été consacré par le temps, en raison du consentement général, sans sanction de la loi² ». Cette définition préfigure ce que sera la définition classique de la doctrine juridique médiévale. Celle-ci repose sur deux éléments : un élément matériel : la répétition au sein du peuple d'actes semblables, ancrée dans le temps long ; et un élément moral : le consentement populaire qui rend l'habitude impérative (ce que l'on appellera plus tard le *consensus populi* ou l'*opinio necessitatis*). La coutume, loi non écrite, était pensée comme un double évanescence de la loi écrite. Les composantes de l'une et de l'autre se répondent : à l'énoncé textuel, la coutume substitue la répétition d'actes non équivoques, tandis que le consentement des sujets est identique dans les deux cas, quoique formellement exprimé dans la loi et tacite dans la coutume. Cependant, il fallut une évolution multiséculaire pour que ces idées fussent accueillies par le discours législatif officiel³. Elles s'y infiltrèrent d'abord à la faveur d'interpolations introduites au IV^e siècle dans le corpus jurisprudentiel classique. Par la suite, la compilation de Justinien, en particulier le livre I^{er} des *Institutes*, fit de l'opposition de la loi et de la coutume la base d'une nouvelle distribution des sources du droit. Reprenant sans changement cette typologie, les *Étymologies* d'Isidore de Séville allaient contribuer à en faire une pierre d'angle de la culture savante du Moyen Âge.

À la fin de l'âge antique et à l'aube du Moyen Âge, deux emplois spécialisés du terme *consuetudo* attirent l'attention. Le premier est le fait des sources normatives de l'Église, de la législation pontificale en particulier, qui en use systématiquement pour désigner la liturgie. À ce stade, « coutume » semblait encore devoir assumer une fonction qui est devenue par la suite celle de « rite ». Le second tient à la propension de la législation laïque à l'associer à l'idée de fiscalité, jusqu'à lui donner le sens de « taxe », « impôt ». La fiscalité du bas-empire romain n'était pas sans évoquer celle de la Chine impériale⁴ : dans chaque cité, les élites dirigeantes assumaient le recouvrement de l'impôt, tout en s'ingéniant à alléger ces charges pour elles-mêmes, quand elles ne les détournaient pas à leur profit. Ce fut une des origines de ce que l'on appelle le régime seigneurial ou la féodalité, comme on voudra. Baptiser l'impôt « coutume », c'était esquiver la question des fondements ; éviter de donner à croire que le prélèvement était toujours, comme dans l'Antiquité classique, le tribut imposé au vaincu par le vainqueur ou, à l'inverse, une donation généreuse à la discrétion du contribuable ; c'était occulter la justification du pouvoir effectif du percepteur, noyer la ques-

tion du titre dans un lieu commun de la rhétorique. La coutume-taxe devint un des grands repères culturels des sociétés féodales. Il est remarquable qu'au tournant de l'Antiquité tardive et du haut Moyen Âge, au moment où le lexique romain de la norme disparaissait des langues parlées tandis qu'il se conservait dans le latin des clercs, alors même que *ius, mos, ritus*, n'ont pas laissé de dériver populaire en français, *consuetudo* y subsista sous la forme « coutume », avec le sens général d'« habitude » (non normative) et celui, spécialisé, de redevance. L'anglais *customs*, emprunté au français à l'époque anglo-normande, conserve le souvenir de cet épisode.

Les temps féodaux furent-ils des temps coutumiers ?

Pour autant, le Moyen Âge, en particulier ce Moyen Âge central des XI^e et XII^e siècles qui constitue le moment propre de la féodalité classique, a-t-il été, comme on l'a longtemps prétendu et comme beaucoup le professent encore, un âge d'or du droit coutumier ? Certes, on trouverait pas mal de textes qui ont colporté, à travers les temps carolingiens, l'héritage de la pensée antique. Cela ne signifie pas cependant que ces témoignages aient été le reflet fidèle d'une pratique sociale effective et, de ce point de vue, la réalité de la coutume a été plus souvent affirmée, en quelque sorte faute de preuve contraire, dans le silence des textes et comme par défaut, qu'elle n'a été systématiquement vérifiée. Au contraire, une critique stricte des documents conservés (en ce compris le dépistage de faux fabriqués ultérieurement) fait inférer que, si le terme *consuetudo* reste bien partout associé à l'idée de redevance, il s'écarte rarement de ce sens et que bien peu d'indices plaident pour une extension générale à un genre déterminé de normes juridiques. J'avance l'hypothèse qu'en fait, avant que la renaissance du droit savant, romain et canonique, ne fît sentir ses effets, c'est-à-dire avant le XII^e siècle en Angleterre et le XIII^e en France, la notion de droit coutumier était étrangère à la société féodale. Partout transparaît dans les langues vernaculaires l'idée que la société est gouvernée par un « droit » (*recht, law*), nulle part que ce droit soit d'essence coutumière⁵.

Quels étaient les modes opératoires de ce droit d'avant la loi écrite qu'un usage discutable fait encore qualifier de coutume ? La problématique du médiéviste est ici parallèle à celle du sinologue qui se penche sur la société de l'empire finissant. Prenons l'exemple de la vente d'immeuble. Tout comme l'épigraphie des temples ou les fonds d'archives conservés en Chine⁶, les chartiers des établissements ecclésiastiques du Moyen Âge fournissent en abondance des actes de donation et de vente. Les données sont à beaucoup d'égards comparables. On retrouve en Occident les contraintes qui pèsent sur l'aliénabilité des terres, biens d'Église ou tenures féodales, celles aussi qui procèdent des droits de la parenté.

Les actes multiplient les *laudationes*, c'est-à-dire les approbations données au transfert d'immeuble par le seigneur, par les parents, par tel ou tel tiers, le plus souvent sans indiquer à quel titre ils interviennent. Ils allongent aussi, prophylaxie contre les contestations ultérieures, les listes des témoins. Les chartriers contiennent en outre la relation de nombreux procès entre des abbayes et des laïcs sur la propriété des terres, souvent sur la validité d'une vente antérieure, procès qui se résolvent tous plus ou moins de la même manière : le droit de l'abbaye est affirmé, celui de son adversaire dénié, mais celle-là n'en verse pas moins à celui-ci une compensation financière pour le retrait de sa prétention. Comment interpréter ces documents ? Une tentation constante de l'historien du droit, induite par les représentations classiques de la coutume, est de postuler l'existence d'un droit non écrit qui serait un ersatz de droit écrit des ventes et qui fixerait les règles relatives à l'inaliénabilité ou à l'aliénabilité des terres, les conditions de validité des donations ou des ventes, les droits du seigneur, ceux de la parenté, la distinction du titre et de la possession, de la propriété et des droits d'usage, le moment du transfert de la propriété, les garanties du vendeur contre le vice ou l'éviction, etc. On s'ingénie alors à reconstituer ce que pourrait être un tel droit à partir des bribes qu'on en discerne dans les documents de la pratique. Ce qui paraît accréditer pareille démarche, c'est qu'un tel régime juridique commencera d'être attesté (et prendra le nom de coutume) dès la période suivante, à partir de la seconde moitié du XII^e siècle en Angleterre et du XIII^e en France. Elle n'en repose pas moins sur un anachronisme. Comme dans la Chine des XVIII^e et XIX^e siècles, les tractations qui conduisent à l'aliénation et celles qui président à la résolution des litiges enregistrent des rapports sociaux, et surtout des rapports de force, dont les actes ne disent rien. À l'historien de tenter de les reconstruire par ailleurs en recoupant systématiquement toutes les autres sources dont il dispose.

Faut-il en conclure, comme y inclinent bien des historiens et des anthropologues, découragés par les limites vite atteintes des modèles juridiques traditionnels, que ces sociétés furent des sociétés sans droit ou, pour mieux dire (puisque, après tout, elles ont des mots pour désigner le droit, la loi, etc.) que le lieu du droit n'y était qu'un lieu vide ? J'ai le sentiment que la représentation de la coutume comme un substitut du droit écrit a orienté à tort vers la recherche d'abstractions (l'aliénabilité, les conditions de validité, les obligations de garantie) et détourné de la masse des signaux que livraient ces cultures quant à ce qui faisait à leurs yeux la légitimité des droits sur les fonds. Les terres des abbayes sont consacrées aux saints et sont dites leur appartenir, comme les terres des temples chinois sont celles des dieux qu'on y vénère. Dans un univers encore imprégné de paganisme, il existe entre le droit à la sépulture, le culte des ancêtres, celui des divinités du sol, les rituels d'appropriation et ceux du transfert

de la propriété, des articulations très précises que le christianisme a dissociées en lui substituant ses propres représentations de la terre et du ciel. Il a favorisé par contrecoup l'émergence d'une seigneurie foncière, qui s'est trouvée investie du ministère de la légitimité des appropriations et des transmissions. Le Moyen Âge a développé une foule de rituels d'investiture, de désinvestiture, de transfert, de bornage, auxquels les actes écrits font de fréquentes allusions mais qu'ils s'attardent rarement à décrire. Ces rites sont à la fois bien connus et globalement sous-étudiés parce qu'ils semblent un halo d'apparences, alors qu'il faudrait s'interroger sur leur efficace, sur leurs modalités et leur diversité. L'objet de l'historien, en Occident comme en Orient, se trouve bien dans le non-dit des documents. Mais le paradoxe des représentations occidentales de la coutume est qu'elles font construire le droit non écrit à l'image du droit écrit au lieu de chercher ce que pourrait être un droit sans écriture, qui s'exprime avec des gestes, des symboles et des paroles. Or, à l'inverse de la prétendue coutume, ce champ-là n'a rien d'imaginaire, il est doué d'existence sociale. N'est-ce pas vers lui qu'il faudrait reporter l'effort d'analyse ?

La seconde naissance de la coutume

Cependant, avec le renforcement des régulations judiciaires, le second Moyen Âge allait assurer à l'idée de coutume un nouvel essor. Dès la deuxième moitié du XII^e siècle, la *common law* naissante se donne pour une coutume générale du royaume d'Angleterre, ciment d'unité juridique par-dessus les nombreuses coutumes de villes ou de villages (*borough* et *manorial customs*). Dans la France de Saint Louis apparaissent partout des coutumes locales, régionales ou provinciales dont des hommes nouveaux, les juristes, brossent les premiers exposés. La présentation traditionnelle de ce phénomène y voit l'émergence d'un déjà-là coutumier antérieur, la saisie par l'écriture d'une juridicité auparavant inscrite dans la tradition orale. Je soutiens pour ma part que la naissance d'un droit coutumier dans l'Europe médiévale fut une innovation. Un processus non d'émergence, mais d'acculturation, tout à fait comparable, déjà, à celui qui vit l'Occident imposer à l'Afrique et à l'Asie des XIX^e et XX^e siècles la rédaction de « droits coutumiers » censés représenter les ordres juridiques ancestraux. Les agents du changement furent les élites nouvelles, nées de la renaissance dans le monde universitaire des études juridiques et aussitôt affectées au service de l'État naissant. Le concept de coutume fut d'emblée un concept savant. C'est aux glossateurs, puis aux commentateurs des textes romains et à leurs élèves qu'il incomba de reformuler la définition classique de la coutume, puis de lui donner application sur le terrain. Ils surent traduire dans la pratique judiciaire et donner corps à ces nébuleuses que constituaient « une série continue d'actes sem-

blables » et le « consentement présumé du peuple ». Quoique dans des configurations assez différentes dans l'Angleterre de la *common law* et une France ouverte à la romanisation, la « coutume » fut toujours en réalité une construction, dont l'agent était en dernière analyse l'appareil judiciaire et qui s'inscrivait dans une hiérarchie de normes contrôlée par l'État. Les enjeux du processus étaient multiples. Il s'agissait à la fois d'accréditer l'idée du droit écrit comme paradigme de toute juridicité et de donner relevance à des normes de rang inférieur, paraissant répondre, et quelquefois répondant en effet, à des spécificités locales, tout en gardant prise sur elles. Le pouvoir politique se vit reconnaître le droit d'abolir les « mauvaises coutumes » (*malae consuetudines*). En France, la jurisprudence entreprit de classer les règles coutumières en « odieuses » ou « favorables », selon qu'elles répondaient ou non aux prescriptions majeures du corpus romano-canonique, de manière à restreindre l'application des premières et à étendre le champ des secondes. On manque totalement la réalité du droit coutumier médiéval si l'on ne saisit pas qu'il fut d'abord un instrument forgé pour les besoins de la régulation imposée à la société par le droit étatique⁷.

Un tel phénomène n'a pas eu d'équivalent en Extrême-Orient, au moins avant le processus d'occidentalisation de la fin du XIX^e siècle. À la racine de cet écart, ici considérable, le comparatisme suggère de placer les attentes différentes, dans la très longue période, à l'égard du rôle de l'État dans les conflits privés. En Occident, le détenteur du pouvoir, seigneur ou roi, est débiteur de justice. En quelque façon vicaire de Dieu sur la terre, il lui appartient de prêter l'oreille à « ceux qui ont soif de justice », de mettre en scène les débats contradictoires, d'instruire les causes et de les trancher de la manière la plus exacte, en donnant au moins les apparences de l'impartialité. De bonne heure, en France comme en Angleterre, la chancellerie fut perçue comme le ministère chargé d'effectuer la vertu royale de justice. Du développement de la régulation judiciaire naquit le « droit privé », tantôt sous la forme de la réception par les juges des règles antiques du droit écrit, tantôt grâce à la création par eux de nouveaux corps de règles, dites coutumières. Rien de tel en Orient. Dans le monde sinisé (au moins à travers ce que peut en appréhender un médiéviste occidentaliste, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une information de seconde main), l'État est comptable des équilibres sociaux, des subsistances et de l'ordre, mais non de la justice au sens que deux millénaires d'imprégnation chrétienne ont conféré à ce terme. Le Ministère des Châtiments est un ministère de l'ordre, non de la justice. Le représentant du pouvoir central intervient dans le litige privé à sa discrétion, sans débat contradictoire et fréquemment sans être lié à aucune norme préconstituée. Un droit privé, conçu comme un ensemble de règles supplétives appliquées par le juge aux relations privées, lorsqu'elles deviennent conflictuelles, ne pourrait naître de pareilles pratiques. Le regard d'un occidental chercherait en vain dans

l'Extrême-Orient l'équivalent de cette régulation judiciaire qui lui semble une fonction élémentaire de l'État et du corps de droit privé où il situe le cœur d'un système juridique.

L'invention du rite et des mœurs

À partir du XIII^e siècle, le mot « coutume », tout en conservant le sens courant d'habitude, individuelle et collective, se trouva donc surdéterminé dans les langues européennes par son affectation toujours plus affirmée à la désignation d'une source du droit, mise au rang de la loi. Se creusait ainsi une sorte de vide pour qualifier des comportements habituels étrangers, sinon contraires, à cette forme nouvelle de normalité juridique. Survinrent alors des mots nouveaux, façonnés par des lettrés sur la langue latine. L'histoire du rite et des mœurs commence à ce moment.

Sur *ritus*, le français médiéval créa d'abord le « rit », terme d'un emploi fort rare et dont le sens était encore celui du latin classique. Sous la plume des juristes français du bas Moyen Âge, le terme se rencontre pour désigner ce que nous appelons aujourd'hui les mœurs. Ainsi, Boutillier peut écrire, peu avant 1400, que c'est le « rit » d'une province que les gens y circulent régulièrement armés, ou que l'homicide y est plus fréquent que dans la province voisine. Tout se passe comme si, partis en quête de façons de parler des habitudes qui ne peuvent créer la norme mais leur sont parfois contraires, et n'ayant pas eu encore la révélation des mœurs, les premiers auteurs de la littérature juridique en langue française s'en étaient allés naturellement chercher le terme latin de sens le plus proche. Cette tentative tourna court, sans doute en raison de la concurrence de « mœurs », plus répandu. « Rite » ne reparut qu'aux Temps modernes, manifestement sous l'influence du latin des clercs et pour désigner cette fois la liturgie. Il conviendrait d'étudier de plus près l'abandon progressif dans les sources ecclésiastiques du terme *consuetudo*, encore bien attesté dans ce sens aux XI^e et XII^e siècles, au profit de *ritus*. On peut penser que dans l'Église aussi, la genèse d'une coutume-source du droit dans les textes canoniques n'est pas étrangère à un déplacement qui prévenait les confusions. On parla donc de « rite romain » et de « rite anglican » là où on disait autrefois *consuetudo romana*, *consuetudo anglicana*, et le terme resta longtemps fixé dans ce seul sens. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, les dictionnaires du français ne le connaissent encore que pour dénoter la liturgie. C'est au XX^e siècle seulement, probablement sous l'influence déterminante des sciences humaines, qu'il sortit du monde des églises pour s'étendre par métonymie à tout ce que nous appelons aujourd'hui les rites, un univers alors tout neuf dans la pensée occidentale. Un univers aussi dont les contours sont plus discutés encore que ceux des coutumes ou des mœurs : qu'est-ce qu'un rite ? comment

distinguer le « rite » du « rituel », du « ritualisé » et du « non-rituel » ? Bien des auteurs, sur ces questions, comme sur la pertinence d'une histoire et d'une anthropologie du rite, se divisent.

Le remarquable, c'est que, pendant des siècles, l'Occident n'a littéralement pas eu de mot pour nommer ce que le chinois appelle *li* et que nous rendons aujourd'hui par « rite ». L'écart des cultures est ici au paroxysme. Dans le monde sinisé, l'État est comptable des rites et gouverne par les rites. La sinologie récente a développé le concept d'« orthopraxie » (par opposition à l'« orthodoxie » occidentale) pour qualifier cette attitude caractéristique d'indifférence relative à la diversité des croyances, que compense l'exigence la plus ferme dans l'exécution uniforme des rites. Rien de semblable en Occident. Un Ministère des Rites y serait inimaginable. C'est que la charge de l'uniformité rituelle y a été massivement dévolue à l'Église. Et c'est pourquoi l'idée de rite ne put s'y développer qu'à partir de la liturgie. Mais la liturgie, précisément – et en particulier cet acte liturgique central que constitue l'eucharistie –, n'est pas pensable en dehors de l'orthodoxie qui en fixe le sens. En Occident, le rite ne fut traditionnellement pensé que par le dogme et comme une pratique par nature étrangère à l'État et à son droit. Ce facteur n'a pas peu contribué au désarroi des juristes occidentaux devant une civilisation chinoise où, à l'inverse, le rite était détaché de tout dogme, tandis que la norme et le rite, inséparables, ne pouvaient se comprendre l'un sans l'autre.

En somme, l'évolution des langues occidentales au Moyen Âge et aux Temps modernes réélabore la terminologie du latin en la hiérarchisant. Au sommet se trouve le rite, désormais si chargé de sacré qu'il se situe hors du droit. Au niveau médian, la coutume est devenue une source du droit de rang subalterne. L'étage inférieur, celui des comportements usuels qui ne font pas la règle juridique, fut occupé par les mœurs. En français, l'apparition du terme remonte au plus tard au XII^e siècle. La prononciation de l's final, qui s'entend encore aujourd'hui malgré le canon de la diction correcte, atteste qu'il fut à l'origine une adaptation à peine francisée du latin *mores*, l'œuvre de lettrés, probablement de prédicateurs. Il est significatif que le singulier *mos*, qui était en latin, plus que *consuetudo*, porteur d'impératif, n'ait laissé aucun dérivé. Les mœurs ne sont pas source, mais objet de la règle. La correction des mauvaises mœurs, la promotion des bonnes, a sans doute été une tâche de la pastorale avant de devenir (ou de redevenir comme elle l'était à Rome) un rouage du droit. Le langage juridique et le langage courant évoluèrent au même pas. À ce registre inférieur des habitudes liées à la norme, l'homme et l'animal pouvaient d'ailleurs se rejoindre. Il fut admis que les singes et les abeilles ont des mœurs, mais non des coutumes (comme en latin classique) et moins encore des rites (comme c'eût été le cas si les options lexicales des juristes du bas Moyen Âge l'avaient emporté).

Cependant, la renaissance des *mores* est un phénomène propre au français. Le mot « mœurs » n'a d'équivalent qu'en allemand (*Sitten*) et il reste aujourd'hui encore intraduisible en espagnol ou en italien. En anglais aussi, on use en général d'approximations (*customs, habits, behaviours*), quoique l'emprunt au français (*the mœurs*) ou au latin (*the mores*) soit attesté depuis près d'un siècle. Resté longtemps d'un emploi rare, il semble que le terme connaisse en anglo-américain actuel une vogue ascendante, sur laquelle il conviendrait de s'interroger. Comme il conviendrait aussi de s'interroger, de manière générale, sur la capacité du français d'exporter son lexique de la norme informelle, au point de le rendre universel. À la coutume et aux mœurs, il faudrait ajouter ici l'ordre public. Dans le langage juridique des XIX^e et XX^e siècles, et d'abord dans celui du droit français, ces trois indéterminés font système. Les mœurs représentent la partie de soi ou d'autrui qui fonctionne indépendamment de la règle, quoique de manière usuelle ; si elles font norme, ce ne peut être qu'une norme de fréquence, non un impératif ; c'est au droit qu'il appartient de les régler. La coutume au contraire est règle, mais c'est essentiellement la règle de l'autre. La nommer ainsi, c'est postuler l'altérité par rapport à un référent identitaire, raison ou écriture, loi ou code, en même temps qu'on signifie sa prédisposition à la reconnaître, du moins à certaines conditions. L'ordre public, au contraire, est la partie intangible de soi, qui marque les limites de sa tolérance, pour écarter les mœurs et les coutumes contraires. Des trois, seule la coutume peut sortir de l'indétermination, par ces processus de « rédaction coutumière » ou d'« enquête sur les coutumes », qui reproduisent au XIX^e siècle les épisodes semblables du Moyen Âge et du XVI^e siècle européens. L'ordre public et les mœurs, à l'inverse, sont voués à rester des lieux vagues, à la disposition du juge. Les rédacteurs du Code français de 1804 conçurent l'idée de les apparier dans une formule célèbre, pour fonder la police jurisprudentielle des contrats⁸ : ce fut le départ d'un succès que les critiques récurrentes n'ont jamais entravé durablement. À travers les traités internationaux et la pratique du droit international privé, la notion d'ordre public, quoique typiquement française et parfois difficile à rendre dans d'autres langues, se répand peu à peu sur toute la surface de la planète. Le code japonais, pourtant élaboré sur un modèle allemand, fait de l'ordre public et des bonnes mœurs la raison de la réception ou du rejet des coutumes⁹. Autant que la coutume et les mœurs, le développement aux XIX^e et XX^e siècles de la notion d'ordre public mériterait une enquête historique et comparative approfondie. Sa présence dans le discours juridique, et le jeu d'opposition-complémentarité qui tantôt l'articule aux mœurs et aux coutumes et tantôt le dresse devant elles, confirment, si besoin en était, qu'aucune de ces notions ne fonctionne de manière indépendante et que toutes concourent au projet étatique de régulation du social.

La coutume, mythe de l'enfance du droit

Cependant, pour saisir pleinement le rôle du concept de coutume dans les représentations contemporaines du juridique et de son rapport au social, il reste à prendre en compte le dernier épisode de sa reconstruction théorique : son inscription dans une histoire du droit à prétention scientifique. Ce fut l'œuvre de l'école historique allemande ou École Historique de Droit (*Historische Rechtsschule*) au début du XIX^e siècle. On connaît les fondements que cette école s'est donnée sur le terrain de la philosophie de l'histoire. Contrairement à ce qu'enseigne le droit naturel, professent ses tenants, le droit n'est pas, ne peut pas être, un universel. Tout comme la langue, les symboles et les mythes, il n'a d'existence que dans des configurations nationales, propres à chaque peuple. À leur image, il procède de l'« esprit du peuple » ou « génie national » (*Volksgeist*). Sur ce postulat se développe une théorie du droit qui porte en germe, non seulement le projet d'une histoire juridique aux méthodes rigoureuses (et de fait, l'ensemble de nos connaissances dans ce domaine lui est encore très largement redevable), mais aussi celui d'une régénération du droit positif, c'est-à-dire, dans un cadre nécessairement national sinon nationaliste, du droit allemand. L'historicisme juridique contenait en lui tous les opposés : le travail scrupuleux de l'historien et une politique juridique fondée sur le présupposé que l'histoire a un sens et se trouve donc en mesure de guider et le présent et l'avenir ; le romantisme le plus échevelé et le pandectisme le plus technique¹⁰ ; un courant romaniste, porté par la conviction qu'il revenait au peuple allemand de continuer l'œuvre du peuple romain, et un autre, germaniste, déterminé à répudier cet héritage au nom de l'authenticité allemande. À terme, il devait enfanter du code allemand de 1896-1900, aboutissement du romanisme et du pandectisme, tandis qu'à l'opposé, son empreinte se lit aussi dans la dérive nazie de 1933-1945, imprégnée de l'esprit de la réaction germaniste.

L'école inscrivit à son credo une phylogenèse du droit que son principal représentant, Friedrich Carl von Savigny, énonça brièvement en 1814, à l'occasion d'un écrit polémique dirigé à la fois contre le Code français et les projets de code allemand, que l'auteur jugeait prématurés. Schématiquement, le droit de chaque peuple passe par trois stades successifs, auxquels correspond dans chaque cas la prépondérance d'une source du droit déterminée : celui de l'enfance (*Jugendzeit*), caractérisé par le règne de la coutume, une adolescence troublée qui est par excellence le temps de la loi, enfin la maturité, que domine la doctrine, celle-ci se donnant en Allemagne la stature de la science (*Rechtswissenschaft*). La thèse n'était avancée que pour justifier que l'on postpose les projets de codification en attendant l'âge mûr. Au sujet du stade primitif, elle comportait une difficulté (dont Savigny lui-même était le premier conscient), en

ce qu'elle assimilait l'idée d'un droit spontané, auréolé de la pureté de sa naissance, la révélation immédiate de l'« esprit du peuple », à une notion de « coutume » et de « droit coutumier » qui restait emprisonnée dans le cadre scolastique construit pour elle par les glossateurs et les commentateurs du Moyen Âge. Cependant, ces idées ne reçurent jamais la révision critique qu'elles eussent méritées. Elles connurent même un retentissement dont on peut penser qu'il dépassait en fait le propos de leur auteur.

Je ne puis envisager de retracer ici l'histoire de leur réception à la fois dans la doctrine juridique, la législation des différents États et l'historiographie du droit, qui, hors d'Allemagne parfois plus encore qu'en Allemagne, en a été profondément influencée. Tandis que les historiens du droit découvraient la coutume dans le passé de toutes les civilisations, les administrateurs coloniaux s'ingénierent à transcrire les coutumes de leurs administrés, qui par nature ne pouvaient avoir dépassé le stade de l'enfance. Un droit colonial comme celui de la Belgique, par exemple, distinguait, parmi les « indigènes », les « coutumiers » et les « évolués » : ainsi guidait-on le progrès de l'indigène vers l'âge adulte. Partout, en Afrique, des « chefs coutumiers » furent installés en intermédiaire entre le colonisé et le pouvoir colonisateur. L'État postcolonial a d'ailleurs conservé ces chefferies et perpétué, avec plus de ferveur parfois que l'ancien colonisateur, l'idéologie de la coutume. Dans le monde sinisé, c'est le Japon de l'ère Meiji, l'un des plus fidèles élèves de la leçon de droit dispensée par l'Allemagne, qui se chargea de l'assimiler et de la diffuser aussitôt à son profit. Entre 1870 et 1898, il organisa à marche forcée son propre passage de l'enfance à la maturité, de la coutume à la science, puis il transposa la méthode à ses propres expériences de colonisation sur le continent asiatique. Des populations entières apprirent ainsi qu'elles avaient des coutumes et s'étonnèrent du genre de message que l'administrateur attendait d'y trouver. En outre, parallèlement à ces acculturations et dans de tout autres ordres d'idées, des branches entières du droit en expansion, comme le droit commercial, le droit administratif, le droit international, se trouvèrent régulièrement pourvues par les spécialistes, et quelquefois par des textes officiels, de « coutumes », généralement annonciatrices du passage à la mise en texte. Éternels recommencements de l'enfance !

Parmi les raisons du succès de la coutume figurent deux éléments dont la rhétorique antique avait déjà pressenti la puissance de séduction et que la doctrine juridique médiévale avait systématisés. Le premier est que la coutume est un droit sans auteur. La part du pouvoir dans l'émission de la norme y est déniée. La coutume est une règle que personne ne veut en particulier mais à laquelle chacun est censé adhérer, sans pour autant que quiconque ait la possibilité de retirer ou de réviser son consentement. Elle a la puissance de la pure objectivité, elle fait l'économie du débat sur la légitimité de la norme. Le second trait qui

concourt à son charme est qu'elle est un hybride de fait et de droit. Les commentateurs du Moyen Âge avaient longuement développé ce point : le droit n'est plus ici un monde séparé des faits, mais il sourd des faits comme par osmose. Ceci contribue à expliquer que les sciences humaines et le discours juridique, si souvent en opposition par ailleurs, suspendent volontiers leurs antagonismes à propos d'un être qui confond parfaitement le social et le juridique. La coutume montre souvent sous la plume des historiens, des sociologues ou des anthropologues le même visage que chez les juristes. Le lieu commun de la rhétorique joue à plein son rôle de lieu consensuel.

Devant tant d'opinions convergentes, la critique est-elle encore possible ? Les mêmes thèmes ont été si souvent rebattus, de Cicéron à Savigny et au-delà, ils ont été si fréquemment repris dans tant de contextes différents, l'idée reçue a tant couru qu'elle semble indépassable. La coutume est la forme première de tout ordre juridique et, réciproquement, tout ordre juridique a commencé par être coutumier. En 1984, la Société Jean Bodin pour l'histoire comparée du droit et des institutions organisait le colloque de son cinquantième anniversaire autour de cette conviction de l'universalité de la coutume. Publiés dans les années 1990, les quatre volumes d'actes ne l'ont pas démentie, malgré bien des dissonances et des divergences. D'autres colloques ont suivi, d'autres suivront, qui recréeront inlassablement le même consensus autour de la même idée. Et pourtant...

La coutume à l'épreuve des pratiques matrimoniales

Et pourtant le problème de la pertinence de la coutume comme catégorie générale d'analyse, et non plus comme instrument d'un ordre normatif déterminé, se trouve toujours posé. Je l'ai abordé incidemment à propos de la vente. Les contributions réunies dans ce numéro invitent à le reprendre à partir de l'exemple du mariage. À leur manière, les études relatives à l'union *naïen* du Japon, à la phase de résidence natolocale de l'épouse Zheyuanren, aux pratiques matrimoniales des musulmans chinois, aux offrandes au sanctuaire d'Izumo, illustrent dans le monde sinisé des questions d'épistémologie inhérentes à toute démarche d'anthropologie juridique, l'oscillation constante entre la tendance à utiliser la coutume comme représentation adéquate du réel et les difficultés auxquelles expose cette attitude. En fait, chaque auteur aurait pu se dispenser de recourir à la coutume, ou ne l'évoquer que de manière très limitée, sans pour autant appauvrir ni les données qu'il présente ni l'analyse qu'il en propose. Pourtant, tous lui ont réservé une place plus ou moins importante, peut-être simplement en raison des contraintes d'une entreprise collective qui, après tout, le leur avait assigné en thème.

1. L'union *naien* est celle qui s'est nouée sans que l'on procède à l'enregistrement prévu par le code japonais et qui, en conséquence, n'est pas tenue par ce code pour un mariage valide (art. 775). Elle concernait au début du xx^e siècle quelque 10 % de la population, principalement dans la classe ouvrière, et elle n'intéresse plus aujourd'hui que 2 % des couples. On notera que ces chiffres n'ont rien d'exceptionnel : les populations ouvrières des pays industrialisés ont généralement connu à la même époque des taux comparables de concubinages et de naissances illégitimes. En fait, le Japon se trouvait dans la situation classique d'un ordre juridique qui, liant l'existence du mariage à des conditions de forme, éprouve le risque de l'ineffectivité chaque fois que, quelle qu'en soit la cause, une partie plus ou moins importante de ses sujets ignore les formalités officielles. Toutes proportions gardées, le droit japonais semblait pourtant moins compromis que celui de la Turquie contemporaine de Mustafa Kemal, qui, faute d'habituer la population à l'État civil, ou même de pouvoir l'organiser, se vit contrainte à plusieurs reprises de légitimer par centaines de milliers les enfants naturels. Devant ce genre de conjoncture historique, un médiéviste rappellera le précédent du droit canonique. Après avoir imposé à partir du Concile de Latran de 1215 des formes rituelles obligatoires, l'Église fut confrontée au même problème, la proportion de la déviance comme sa distribution sociale ou géographique se trouvant, dans l'état de la documentation médiévale, très difficiles à évaluer. La solution de la difficulté reposait sur un double dispositif. D'une part, les formes canoniques ne furent pas prescrites à peine de nullité (au moins avant le Concile de Trente de 1563), ce qui permettait la preuve du consentement des époux par toutes voies de droit. D'autre part, les canonistes élaborèrent la construction du mariage dit présumé, qui se formait par le seul fait des fiançailles (promesse de mariage futur ou *verba de futuro*), lorsque celles-ci étaient suivies de relations sexuelles entre les fiancés. Bien entendu, alors même qu'au tournant des xii^e et xiii^e siècles, l'Église nommait encore volontiers *consuetudo* ses propres liturgies, y compris sa liturgie nuptiale, il ne fut jamais question de tenir pour « coutumier » le mariage présumé, qui présentait le même caractère sacramentel que tout mariage reconnu par l'Église. À l'examen, le système retenu par la jurisprudence japonaise n'est pas sans évoquer la solution canonique. Il consiste à présumer dans l'union *naien* une promesse de mariage enregistré, à laquelle la jurisprudence attache des effets spécifiques. Cette union *naien* est-elle pour autant coutumière ? L'affirmer, c'eût été pour les juges nippons compromettre le caractère d'ordre public de l'article 775, prescrivant l'enregistrement à peine d'invalidité, et il n'apparaît pas qu'ils se soient engagés dans cette voie. L'observateur extérieur, que ne lie pas l'impératif de cohérence du discours officiel du droit japonais, ne serait-il pas fondé, pour sa part, à l'avancer ? Du mariage *naien*, Éric Seizelet propose trois lectures : l'adaptation pragmatique du droit éta-

tique, la coexistence au sein du même système juridique de deux ordres normatifs, enfin l'existence d'un pluralisme juridique. Relevons qu'aucune des trois ne rend indispensable le recours à la notion de coutume. Postuler que le cérémonial du mariage *shintô* serait d'essence coutumière alors que les formes imposées par une Église ou un État occidentalisé ne le seraient pas relèverait simplement de l'arbitraire. La véritable question est de savoir en quoi peut consister « la coexistence et l'interaction de deux systèmes normatifs au sein d'un même système juridique » ou le « pluralisme juridique », c'est-à-dire, en définitive, ce qu'est une règle et ce qu'est un droit. Question que la nébuleuse coutumière contribue au mieux à occulter.

2. Le cas des Zheyuanren illustre le conflit entre une culture locale, que ses repères identitaires situent dans une combinaison complexe d'allogénéité et d'autochtonie, et la culture de l'État chinois. Là où la première favorise les relations extra-conjugales pendant la phase initiale de résidence natolocale de l'épouse, la seconde tend à imposer partout la discipline confucéenne de la virginité des filles et de la fidélité des femmes. Pendant la période impériale, le conflit se noue autour de la « rectification des mœurs », une mission ordinaire de la bureaucratie, qui tient dans la confrontation dialectique du bon genre ou du bon ton (littéralement du [bon] vent : *feng*), attribut des élites dirigeantes, et du mauvais genre (*su*), lequel, comme c'est souvent le cas du vulgaire, est marqué de provincialisme et de localisme. Les armes de l'État sont l'interdiction, la sanction pénale et l'éducation par l'exemple. C'est pourquoi, s'il faut choisir une traduction, « correction des mœurs » me paraît préférable à « lutte contre les mauvaises coutumes ». Dans l'Occident médiéval ou moderne, la lutte contre les coutumes mauvaises ou odieuses postule une reconnaissance de leur juridicité, qui confère au pouvoir législatif la prérogative de les abolir et au judiciaire de les interpréter restrictivement ou de refuser l'habilitation des actes juridiques qui les appliquent. Le mal est identifié, et le remède construit, dans les cadres techniques du droit civil, étrangers à l'Orient. La pratique chinoise est ici plus proche de la correction par le censeur ou par l'Église des mauvaises mœurs que du rejet par la loi ou la jurisprudence de l'État des mauvaises coutumes. Béatrice David observe qu'après la chute de l'empire, la Chine nationaliste tenta d'emprunter à la tradition juridique occidentale sa terminologie et ses méthodes, avec beaucoup de confusion, tandis que la Chine communiste revient au vocabulaire de l'empire et aussi à ses méthodes. Avec plus d'efficacité cette fois, car la propagande s'intensifie et les sanctions s'alourdissent. Au total, les données confirment, avec les malentendus nés de l'occidentalisation, que le concept de « coutume » intervient essentiellement dans les relations de dominant à dominé. Une autre question serait de savoir si le fait de reconnaître une « coutume Zheyuanren » dans la pratique de la rési-

dence natolocale de l'épouse, en soi et abstraction faite de tout rapport conflictuel avec l'État chinois, serait de nature à contribuer à l'intelligence de cette pratique. Nous y reviendrons.

3. Dans l'observation des musulmans de Chine, le modèle coutumier traditionnel suggère à Élisabeth Allès la distinction de trois couches normatives plus ou moins superposées : les règles nées de l'Islam, les usages locaux et les lois de l'État chinois. Parmi les premières, on ne relève guère que des traces de l'union préférentielle entre cousins parallèles (à laquelle le droit musulman écrit est d'ailleurs étranger) et les singularités de la cérémonie nuptiale. Quant aux seconds, ils semblent inconsistants, si l'on attend d'eux un contenu prescriptif, et comme subsumés dans les comportements nouveaux qu'induit la croissance économique. Dès lors, reconnaître l'efficacité de la loi et de la propagande étatiques, pour conclure à la position dominante de cette loi et de ces usages, c'est seulement constater l'absence apparente de conflit de normes. Quelle place alors pour la coutume ?

4. Sur la pratique des offrandes au sanctuaire d'Izumo, la contribution de Jean-Michel Butel transpose le modèle issu de l'histoire et de l'anthropologie juridiques à un domaine d'où le droit étatique est cette fois absent. Il s'agit des plaquettes votives déposées au temple, par lesquelles les pèlerins demandent à la divinité qu'elle leur procure qu'une époux ou une épouse, qu'un gendre ou une bru, en tout cas un mariage heureux. L'auteur postule l'existence d'une « coutume », norme sociale qui ne semble pas avoir d'ancrage local précis (elle est, si l'on peut dire, pannipponne) et qui prescrit les mariages traditionnels, arrangés par les familles. Dans la crise actuelle de ce modèle, l'offrande au temple apparaît tantôt comme l'expression d'une transgression individuelle de la coutume (le jeune homme ou la jeune fille aspire à un choix personnel), tantôt comme le remède à la détresse des anciens devant son déclin (les parents, inquiets du célibat persistant de leur enfant, réclament pour lui un bon mariage). La coutume reprend ici la figure dont rêvait le romantisme allemand : elle émane du corps social sans intermédiaire, immatérielle, innommée de ses sujets, imprécise et pourtant impérieuse au point que l'individu est sans défense devant elle¹¹, qu'il ne se déprend de sa puissance lieuse, d'ordre quasi magique, qu'en invoquant la puissance contraire des dieux. La coutume transcende à nouveau les frontières du social, du normatif et du juridique¹². Et à nouveau, elle fonctionne dans un jeu d'opposition, par rapport non plus au droit étatique mais à des choix individuels, et pour fournir d'une pratique sociale, ici celle des plaquettes votives, une explication sociologique. Sans me prononcer sur la pertinence de la thèse, j'en retiens qu'elle a le double intérêt de porter la coutume sur un territoire

propre de l'anthropologie, apparemment exempt de toute problématique juridique, et de poser la question de l'articulation de l'individuel et du social. Une question qui est au centre de tout débat sur la règle.

Faut-il reconstruire notre lexique de la norme ?

Car aucune « norme », coutumière ou non, n'existe, ne se reproduit ni ne se transforme, sans qu'une série de décisions individuelles ne choisissent à chaque instant de s'y conformer ou de s'en écarter. La somme des écarts et des adhésions individuels par rapport à ce qui est tenu pour la norme pose précisément le problème de l'identification, du mode opératoire et de l'effectivité de celle-ci.

Soit le paradigme classique en anthropologie d'une société qui se divise en deux moitiés, pour prescrire aux hommes de l'Aigle d'épouser des femmes du Corbeau, et réciproquement, et pour prohiber les relations sexuelles entre partenaires de la même moitié. Soit, encore, le cas des Zheyuanren qui interdisent à la femme mariée, jusqu'à la naissance de son premier enfant, les relations sexuelles avec son mari, ce qui revient à lui imposer pendant cette période le choix d'un ou plusieurs amants. La question principale sera toujours celle du pourquoi. Pourquoi tant de sociétés différentes et sans lien entre elles ont-elles adopté la structure dualiste ? Pourquoi, alors que tant de sociétés prescrivent la virginité des filles et la fidélité des épouses, celle-là précisément a-t-elle consacré la règle contraire ? Mais la réponse à ces interrogations ne permet pas d'évacuer une question préalable, qui tient au statut de la règle et aux modalités de son fonctionnement. Comment, au sein de ces sociétés, l'individu la connaît-il ? d'où vient sa propension supposée à y obéir ? jusqu'à quel point lui est-il permis de l'interpréter et quel risque court-il à l'enfreindre ? quel est d'ailleurs le taux de déviance toléré à son égard ? et la règle est-elle en définitive autre chose que l'impression produite par la convergence apparente de comportements individuels indépendants ?

Sur cette question, qui ne s'intéresse plus à ce que la règle dit mais à ce qu'elle est, les juristes déclinent volontiers leur compétence. Ces sociétés, lit-on souvent et entend-on plus souvent encore, sont des sociétés sans droit, elles ont des règles, mais non des règles juridiques, ou encore elles ont des règles religieuses mais non juridiques (propos d'ailleurs de nature à surprendre tout anthropologue informé des débats auxquels donne lieu la reconnaissance en leur sein d'un fait religieux), ou encore l'existence du droit suppose l'un ou l'autre critère de juridicité qu'elles ne rencontrent pas, comme par exemple un minimum de rationalité, ou l'écriture, ou une procédure judiciaire, ou une autorité qui préfigure l'État, ou encore..., etc. Qu'au contraire le juriste ne récuse pas la question – qu'il accepte donc la maxime *ubi societas ibi ius* –, et il ne peut y répondre

que par la coutume : c'est le seul instrument que lui fournissent ses théories de référence. Revoici alors la vieille scolastique médiévale : la règle est la règle parce qu'elle procède d'une répétition continue et ancienne d'actes semblables, doublée d'un consentement minimal et présumé des acteurs. À peine posée, la question est évacuée par une réponse toute prête et invérifiable.

Sur la même problématique, les anthropologues se sont naguère divisés, Claude Lévi-Strauss et Pierre Bourdieu tenant les positions opposées. Confronté aux critiques qu'avaient soulevées les *Structures élémentaires de la parenté*, en ce qu'elles lui faisaient grief d'avoir sous-estimé l'écart de la pratique sociale à la norme proclamée, Lévi-Strauss rejeta l'objection en soutenant qu'elle ne compromettait pas l'herméneutique sociologique de la règle : « La question de savoir jusqu'à quel point et dans quelle proportion les membres d'une société donnée respectent la norme est intéressante, mais différente de celle de la place qu'il convient de faire à cette société dans une typologie¹³. » Dans la lecture qu'il fait de ces pages, et de quelques autres, Bourdieu observe que la démarche de Lévi-Strauss le conduit à annuler successivement les distances entre la norme affirmée et la pratique effective, puis entre l'énoncé produit par l'observé et le modèle construit après coup par l'observateur¹⁴, enfin entre la norme consciemment affirmée par les sujets et l'inconsciente, à laquelle ils obéissent à leur insu¹⁵. Bref à proposer à la sociologie un objet distinct du réel social. Avant de rendre leur place à tous les réseaux des stratégies individuelles, avant d'opposer, par exemple, la « parenté pratique » à la « parenté de représentation », pour montrer que la sociologie ne peut expliquer l'une sans l'autre, Bourdieu avait noté que le débat des anthropologues sur la norme ramène en dernière analyse à la question du droit :

L'inadéquation du langage de la prescription et de la règle est si évidente dans le cas du mariage patrilatéral que l'on ne peut manquer de retrouver les interrogations de Rodney Needham sur les conditions de validité, peut-être jamais remplies, d'un tel langage, qui n'est autre que celui du droit. Mais cette interrogation sur le statut épistémologique de concepts d'usage aussi courant que ceux de règle, de prescription ou de préférence, ne peut manquer d'atteindre la théorie de la pratique qu'ils présupposent : peut-on donner, même implicitement, l'« algèbre de la parenté », comme disait Malinowski, pour une théorie des pratiques de parenté et de la parenté « pratique » sans postuler tacitement qu'il existe une relation déductive entre les noms de parenté et les « attitudes de parenté » ? Et peut-on donner une signification anthropologique à cette relation sans postuler que les relations réglées et régulières entre les parents sont le produit de l'obéissance à des règles qui, bien qu'un dernier scrupule durkheimien porte à les appeler « jurales » (*jural*) plutôt que juridiques ou légales, sont censées commander à la pratique à la façon des règles de droit¹⁶ ?

Ce problème, on ne saurait le différer indéfiniment au seul motif qu'anthropologues et juristes déclareraient les uns et les autres leur incompetence ou leur

inappétence. Que peut être une « norme », ou l'équivalent d'un « droit », dans une société sans écriture ? Ou, pour dire les choses autrement, comment appréhenderions-nous la norme s'il nous était imposé de faire abstraction de l'arsenal conceptuel que nous imposent plus de deux millénaires de droit écrit ? À mon sens, deux voies complémentaires s'ouvrent à la résolution de cette difficulté, qui relèvent respectivement, dans le découpage actuel des savoirs, la première de l'anthropologie au sens large et la seconde de la théorie du droit.

La première supposerait une attention plus grande que celle qu'on leur a jusqu'ici portée tant à l'émission des messages qui, dans une société donnée, commandent l'obéissance qu'aux modalités des sanctions infligées à ceux qui y contreviennent. Il s'agit de déplacer un moment l'observation du propos tenu par l'informateur à l'ethnologue, de données terminologiques comme la nomenclature de la parenté (qui n'est prescriptive qu'indirectement puisque son objet premier est de classer), des mythes et des symboles (qui reflètent assurément la norme, mais en soi n'ordonnent rien), pour la tourner vers les paroles et les gestes qui, dans des contextes déterminés, proviennent d'individus déterminés et commandent l'obéissance des autres. Les chants alternés des Zheyuanren, par exemple, dans les conditions rituelles où ils sont entonnés, participent assurément de la production et de la reproduction de la norme de la résidence natolocale. Aussi n'est-ce pas sans raison que des fonctionnaires chinois pouvaient juger leur interdiction aussi expédiente et peut-être plus efficace que les édits de prohibition des relations extraconjugales, qui les exposaient au ridicule¹⁷. En ce sens, la pensée chinoise, parce qu'elle ne dissocie pas la norme du rite, a encore beaucoup à nous apprendre. Reste que la variété de ce que j'appellerais les messages normatifs est potentiellement très grande, que le chant n'en est pas *a priori* la plus typique et que, de manière générale, une anthropologie de ces messages fait encore défaut, comme fait aussi défaut l'étude systématique des processus de sanction¹⁸.

Cependant, même si de telles préoccupations venaient à se faire plus présentes dans les recherches historiques ou anthropologiques, n'en subsisterait pas moins la nécessité d'une révision des concepts fondamentaux qui articuleraient toujours l'analyse. Une fois écartée la coutume, éprouvée l'incongruité d'un « droit » Zheyuanren ou Nambikwara, qui en abolissant la distance au référent occidental induirait des confusions du même ordre que celles que l'on accepte en l'exagérant, répétés les avertissements relatifs à la polysémie redoutable des norme, règle, prescription, préférence, modèle, il reste à faire le constat d'un vide théorique que seules des théories nouvelles pourraient venir combler. C'est là rejoindre le projet de théoriciens du droit, lassés de voir les prétendues « sciences juridiques » se réduire en pratique à des « doctrines », qui ne sont souvent que la paraphrase, l'anticipation ou le prolongement du discours impératif officiel

d'un pouvoir donné. Extraire les sciences juridiques de l'horizon théologique qui les tient enfermées pour les rendre à la sociologie largement comprise ou, si l'on veut aux sciences humaines, c'est leur prêter la capacité de se donner un objet universel. Pourraient-elles y parvenir au seul moyen des instruments conceptuels créés par *une* tradition juridique, non pour comprendre ce qu'est un ordre juridique ou normatif mais pour assurer sa propre efficacité ?

L'intérêt d'un livre comme l'*Essai de microscopie du droit* que vient de publier Lucien François¹⁹ est de proposer à la problématique développée ici des réponses nouvelles et précises. La signification du titre est que l'auteur, prenant à revers la démarche commune des théories du droit, qui saisissent le droit dans sa globalité et découvrent l'individu au cours de la route ou à son terme, choisit de suivre le chemin inverse. Le microscope est d'abord braqué sur l'individu, sa capacité d'élaborer l'impératif et d'y faire obéir, de le recevoir et de choisir de s'y plier ou de le refuser. L'observation s'élargit ensuite, par champs successifs, pour déboucher sur le global. L'antinomie de l'individuel et du social cesse alors d'être un obstacle épistémologique, puisque la relation interindividuelle est pensée avant la construction du social et la détermine. En cours de route, l'auteur, pour des raisons d'ailleurs largement différentes de celles qui viennent d'être avancées, récuse le lexique usuel, au point d'écarter jusqu'aux termes « droit » et « norme ». De même que les linguistes ont autrefois répudié le son et le mot au profit du phonème et du lexème, il fait choix d'un corps de néologismes, forgés pour rendre compte de réalités différemment comprises. Je ne puis songer à résumer ici cet ouvrage ni à en discuter toutes les thèses. Je tiens surtout à lui préserver son statut de théorie. L'anthropologie et l'histoire du droit ne pourraient dans leur propre champ ni la confirmer ni l'invalider, pas plus qu'elles ne pourraient songer à « l'appliquer » simplement à leur objet. Mais je me réjouis qu'il ouvre, enfin, une alternative sérieuse à l'aporie où l'histoire et l'anthropologie juridiques se sont empêtrées depuis deux siècles.

NOTES

1. J. Bourgon, 1999 ; voir aussi sa contribution au présent volume.
2. *Consuetudine autem ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit* (« On considère comme fondé sur la coutume le droit qui a été consacré par le temps, en raison du consentement général, sans sanction de la loi ») : Cicéron, *De inventione*, II, 67, éd. et trad. G. Achard, Paris, 1994, p. 177.
3. B. Schmiedel, 1966.
4. Voir la contribution de Vincent Goossaert dans ce volume.
5. R. Jacob, 2001(a).
6. Voir les contributions de Vincent Goossaert et Sucheta Mazumdar dans ce volume.

7. En ce sens : J. Krynen, 1998 ; R. Jacob, 2001(b).
8. Article 6 : On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.
9. J.-M. Butel, ci-dessus, p. 44, n. 2 ; É. Seizelet, ci-dessus, p. 115 et 118.
10. Au XIX^e siècle, avant la promulgation du code civil de 1900, le droit positif de l'Allemagne était le « droit romain actuel » (*heutiges römisches Recht*). On appelle pandectisme (all. *Pandektistik*) la doctrine qui s'attacha alors à la mise en système et à l'actualisation du droit romain, ouvrant ainsi la voie à la future codification.
11. « Quelle qu'ait été la prégnance réelle de la coutume et la force de coercition des principes plus ou moins conscients qui la structuraient, le Japon pré-moderne offrait des voies permettant de l'enfreindre... », ci-dessus, p. 30.
12. En ne marquant aucune distance entre la coutume que reconnaît la loi japonaise et celle dont il parle, l'auteur l'inscrit exactement dans les perspectives tracées par l'École Historique de Droit du XIX^e siècle.
13. C. Lévi-Strauss, 1967, p. XX.
14. « Qu'un écart existe entre ce modèle théorique et la réalité empirique n'est pas une nouveauté [...]. Il n'en reste pas moins que la réalité empirique des systèmes dits prescriptifs ne prend son sens qu'en la rapportant à un modèle théorique élaboré par les indigènes eux-mêmes avant les ethnologues. » (C. Lévi-Strauss, *ibid.*, p. XIX.)
15. P. Bourdieu, 1980, p. 64-66.
16. P. Bourdieu, 1980, p. 272-273.
17. B. David, ci-dessus, p. 73.
18. C'est un des enseignements que l'on peut retirer de l'article d'Alain Testart, 1994, un des rares essais qu'un anthropologue ait consacré à la recherche de l'équivalent d'un droit dans une société sans écriture. Dans leurs rapports avec les européens, y compris avec l'ethnologue, les aborigènes tendent à occulter les formes du recours par eux à la violence, laquelle demeure toujours, malgré quelques informations dispersées et difficilement vérifiables, la face obscure de la vie sociale.
19. L. François, 2001.

BIBLIOGRAPHIE

- BOURDIEU Pierre, *Le Sens pratique*, Paris, Minuit, 1980.
- BOURGON Jérôme, « La coutume et le droit en Chine à la fin de l'empire », *Annales HSS*, 1999, p. 1073-1107.
- FRANÇOIS Lucien, *Le cap des tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant et LGDJ, 2001.
- JACOB Robert, 2001(a), « Les coutumiers du XIII^e siècle ont-ils connu la coutume ? », *La coutume au village. Actes des XX^e journées de l'abbaye de Flaran*, septembre 1998, (à paraître en 2001).
- JACOB Robert, 2001(b), « Beaumanoir versus Révigny. The two Faces of Customary Law in Philip the Bold's France », Sarah-Grace HELLER et Michelle REICHERT (eds.), *The*

Robert Jacob

Literary and Legal Writings of Philippe de Remy and Philippe de Beaumanoir, Lewinston N.Y., Mellen Press (à paraître en 2001).

KRYNEN Jacques, « “*Voluntas domini regis in suo regno facit ius*”. Le Roi de France et la coutume », *El dret comu i Catalunya. Actes del VII Simposi internacional*, Barcelone, 1998, p. 59-89.

LÉVI-STRAUSS Claude, *Les Structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton, 1967, 2^e éd.

SCHMIEDEL B., *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht*, Graz, 1966.

TESTART Alain, 1994, « Le droit aborigène australien », *Droit et Cultures*, 27 (1994), p. 7-52.