

COLLOQUE NATIONAL VOIES NOUVELLES EN ETHNOLOGIE DE LA FRANCE

TABLE-RONDE "COUTUME, DROIT ET ORGANISATION SOCIALE"

HISTOIRE ET THEORIE DE LA COUTUME

Trajectoires juridiques et horizons ethnologiques

par

Louis ASSIER-ANDRIEU (CNRS-EHESS, Toulouse)

Jean-Louis GAZZANIGA (Faculté de Droit, Pau)

TOULOUSE

Décembre 1982

## I

L'étude de la coutume offre bien des séductions, source du droit tout à fait originale, elle est pour le juriste, l'historien, l'ethnologue un sujet particulièrement choisi. Source du droit, elle appartient avant tout au juriste, qui la range et la classe après la constitution et la loi, mais avant la jurisprudence et la doctrine. Elle apparaît alors comme un usage local ou professionnel, dont l'importance est tour à tour mise en avant - les usages locaux du droit rural notamment - ou simplement présentée comme une survivance du passé. Le passé revient à l'historien. Il voit dans la coutume, non seulement une source du droit mais une source essentiellement de notre droit - ce qui est bien différent et lui donne un tout autre rôle. L'historien l'étudie au même titre que le droit romain, le droit canonique et la législation royale, comme l'un des fondements de notre législation. Là cependant tout n'est pas dit, car de son histoire on tire de la coutume sa nature, sa doctrine, une "théorie coutumière", et c'est alors qu'elle séduit, qu'elle revient périodiquement à la mode. Parce que l'on voit en elle, souvent fort justement, l'expression parfaite d'un droit accepté et non imposé, d'un droit né du consentement de tous non de la volonté d'un seul. Reflet d'une communauté, d'une mentalité, on la dresse volontiers comme le symbole d'un âge d'or juridique. Plus raisonnablement, on la représente comme le témoin des modèles anciens du droit, les traces d'un passé juridique. On en recherche les survivances pour retrouver les permanences du droit. L'ethnologue tend la main à l'historien. C'est dans cette approche que l'on peut permettre ces quelques développements, bien connus de tous, qui serviront d'introduction à nos réflexions sur la coutume, d'abord entendue dans les termes du droit.

Il est communément admis que le Xe siècle est celui d'un vide juridique. Entendons par là que le droit romain, les vestiges qu'il en restait, ne sont plus ni compris ni appliqués, que la législation royale des capitulaires n'est plus respectée. C'est alors dans notre droit ce que l'on a appelé "le règne universel de la coutume". La coutume est territoriale, vivante et flottante, l'expression est d'Esmein, née d'usages et de pratiques qui tiennent pour chaque pays (le pagus) à une " certaine conception de l'individu, de la propriété et de la famille qui vient du fond du temps " (P. Ourliac). Plus tard, les historiens chercheront les substrats romains ou germaniques, toujours la quête de la tradition et des survivances. Pour la coutume, semble-t-il, les vraies questions sont ailleurs.

La coutume, alors sans doute s'applique à tous, mais ce qui la caractérise est avant tout sa diversité. Chaque "pays" a sa coutume, les nobles ont la leur, les clercs ont leur droit - pourrait-on dire que le droit romain est leur coutume ? - et l'on retrouve des coutumes de villages, de communautés et des coutumes de familles. Divers, le droit coutumier est souple, changeant, susceptible d'être transformé et interprété. ( Il faudrait, nous semble-t-il, fortement nuancer ce propos : on a beaucoup et toujours insisté sur la souplesse et la fragilité de la coutume, c'est compter sans la force et le poids des habitudes bien ancrées dans les mentalités). Puisque la coutume n'est que la répétition dans le temps d'un usage, une habitude de faire, la perte de l'usage efface l'ancien droit, comme l'habitude nouvelle crée un droit nouveau, en dehors de toute règle et de toute théorie. Peu à peu cependant, les usages se précisent, et le contact avec des droits plus savants, le droit romain et le droit canonique, les nécessités de la pratique - le juge est fixateur de coutume - conduisent au système et à l'analyse. Il existe alors une théorie de la coutume. Dès de XIIe siècle, les termes en sont posés. Comment la coutume a-t-elle force de loi ? Comment peut-on prouver les coutumes ? sont les deux questions essentielles. Les problèmes

demeurent actuels pour le juriste. Née en dehors de toute autorité, présentée comme l'expression naturelle de la communauté, la coutume ne paraît tirer sa force obligatoire que d'elle même. Comment la justifier ?

La coutume est dit-on, c'est une définition classique, un usage public, répété dans le temps, appliqué à un territoire donné. Le fait constitutif de la coutume doit donc être public, multiple et ancien, délimité dans l'espace. Quatre caractères qui, à l'origine, déterminent la coutume. La publicité lui assure la connaissance, ou plus exactement la reconnaissance, c'est d'elle essentiellement que l'on tire le consentement du peuple, de la communauté. L' "opinio necessitatis" s'exprime au grand jour, la clandestinité ne peut justifier un droit. La multiplicité crée l'habitude, le dicton supplée ici la définition juridique : "une fois n'est pas coutume" est une règle de droit. L'ancienneté confère ses racines à la règle. La longa inveterata consuetudo, "usage dont il n'est mémoire du contraire", trouve-t-on dans les actes de la pratique. La conscience collective de la communauté s'analyse dans la longue durée. Ces trois éléments sont susceptibles d'interprétation souple ou rigide. Le juge appréciera la publicité, la multiplicité et l'ancienneté de la coutume. Les canonistes estimeront qu'il faut dix ans pour faire une coutume conforme à la loi, quarante ans pour une coutume contraire à la loi. Mais c'est déjà parler en termes de hiérarchie de sources. Et les canonistes, qui seront les premiers vrais théoriciens de la coutume vont singulièrement en limiter la souplesse. Ils considéreront que la coutume doit être louable, raisonnable, d'accord avec les bonnes moeurs, le droit naturel et le droit divin. De là les distinctions des bonnes et des

mauvaises coutumes et l'impérieuse nécessité de protéger les premières et d'abolir les secondes. Le droit coutumier "du peuple" est contrôlé par le prince, et il n'y a qu'un pas pour admettre que la coutume aura force obligatoire lorsqu'elle sera approuvée et gardée par le roi. Au XIV<sup>e</sup> siècle, le Grand Coutumier de France résume assez bien la conception que l'on a alors de la coutume :

"Coutume est un raisonnable établissement non escript et pour le commun profit, mis au païs et par le prince gardé et approuvé notoirement par le cours de XL ans."

Cela pourrait être considéré comme l'un des points extrêmes de la théorie de la coutume.

Mais la coutume s'applique à un territoire, le "païs" ou le "détroit", comme on disait tout aussi fréquemment. Là encore, tout est diversité. La coutume s'applique ici à une ville entière, là à un canton ou pas même à un village, ailleurs à l'ensemble d'une province, et n'existe-t-il pas des coutumes de maison ? Il existe des coutumes générales et des coutumes particulières. Elles ont toutes ensemble des airs de ressemblance et des distinctions fondamentales, on établit ainsi des familles de coutumes. Monsieur Yver a magistralement montré ce que l'on pouvait tirer de la géographie coutumière. Et l'on a pu ainsi tracer des frontières où l'on retrouve, tout à la fois et souvent avec une précision troublante : la langue, le droit, les comportements sociaux, les mentalités... Monsieur Ourliac l'a fortement noté pour le droit méridional et les coutumes du Sud-Ouest, et tout récemment pour le "groupe de Marmande". Le champ des recherches est immense et nous y reviendrons. Encore faudrait-il bien distinguer la coutume des juristes de celle des ethnologues, et jeter les fondations d'un dialogue fécond entre les deux disciplines.

Déterminer la coutume n'est pas tout, elle doit être prouvée. La souplesse de la coutume est sa force, c'est aussi dans son application pratique sa faiblesse. Il faut prouver la coutume, et la preuve est d'autant plus difficile à faire qu'il n'est pas ici question de prouver un fait, mais le droit lui-même. Pour un juriste, la distinction est fondamentale, est-il besoin de le rappeler ?

Quels modes de preuve ? Le Moyen Age, l'ancien droit, et notre droit positif actuel en ont connu et en connaissent plusieurs : la notoriété, le précédent judiciaire et l'enquête par turbe, techniques qu'il n'est pas utile ici de développer. Mais l'écrit tend à devenir la preuve parfaite, aussi est-ce avant tout pour la pratique que l'on a commencé à rédiger les coutumes. Les coutumiers célèbres du XIIIe siècle au XVe siècle ont été élaborés pour les tribunaux, leur autorité est d'abord limitée, peu à peu elle a vocation de s'étendre. Les premières rédactions ont en outre un caractère très imparfait, par la suite elles se précisent et s'améliorent. Mais on doit toujours constater qu'il s'agit plus d'oeuvre synthétique. Plus qu'une rédaction de la coutume, l'auteur, toujours un praticien, donne son interprétation, on y sent l'influence de la pratique, et l'influence de l'école : çà et là le coutumier n'est que la traduction d'un traité de droit romain, ou l'utilisation abondante de règles canoniques. Parmi les plus célèbres citons pour ces deux siècles Le conseil à un ami de Pierre de Fontaines, le Livre de justice et de plet, les Etablissements de Saint Louis et, bien sûr, les Coutumes de Beauvaisis, puis la Somme rurale de Boutillier, la Très ancienne coutume de Bretagne, plus au XVe siècle la Practica Forensis de Masuer.

Mais la rédaction, même partielle et imparfaite, pose d'autres problèmes, et notamment celui d'une rédaction générale, pour que l'on possède enfin l'ensemble des coutumes. C'est la monarchie, et le fait est très

significatif, qui va entreprendre la rédaction officielle des coutumes. Son histoire est fort bien connue, depuis l'ordonnance de Montil-les-Tours, de Charles VII, en 1454 (n.s.), jusqu'aux dernières rédactions et réformations à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle. Ne retenons ici que ce qui fait, au fond, le cœur de notre sujet : on essaie d'associer le plus possible les provinces, les Etats, les représentants des trois ordres à la rédaction des coutumes - même si l'avis du Parlement de Paris demeure souvent déterminant. Guy Coquille, fidèle observateur, le notera : "le premier mouvement, la première naissance et vie de ce droit civil est en la volonté des états de province ... c'est le peuple qui fait la loi."

Les coutumes sont toutes officiellement rédigées, mais nous ne sommes pas au terme de l'évolution. On doit d'une part considérer que la rédaction fige, limite, c'est une évidence et les nombreuses réformations en font foi. Mais on doit surtout admettre que pour l'ensemble du droit, la rédaction fait apparaître les difficultés mêmes de la coutume : sa diversité, ses disparités. On a là à la fois ce qui pour beaucoup fait la richesse du droit coutumier, le droit près du peuple, et ce qui fait sa faiblesse, un droit divers dans un pays qui a atteint l'unité. De là la recherche des juristes d'un droit commun coutumier, et la marche vers la codification.

Et les coutumes sont passées dans nos lois. Peut-on envisager de retrouver les "survivances" d'un droit coutumier original ? Que reste-t-il, en effet, de nos coutumes ? Certes, les usages auxquels renvoient officiellement nos codes, mais aussi, et surtout, une certaine conception de propriété plus que des biens, de la famille plus que des personnes, de la parole donnée plus que du contrat, dont on peut sans doute encore

suivre la trace dans certains milieux préservés qui demeurent les réceptacles de traditions anciennes. Champ de recherche privilégié, certes, mais à condition de ne se tromper ni de méthode, ni d'objectif ! La coutume a en droit un sens précis et les classifications juridiques demeurent, même pour l'ethnologue, fondamentales. Il convient certes de partir à la recherche des coutumes, encore faut-il savoir de quoi on parle.

## II

Le sens du mot "coutume" est sans doute moins clair pour les ethnologues qu'il ne l'est pour les juristes, qui ont eu le temps depuis le Décret de Gratien d'affiner leur pensée sur la question. Ils en font cependant grand usage dès qu'il s'agit, en domaine européen, d'exprimer le fond de l'originalité des structures sociales, de signifier le pourquoi et le comment de leur permanence, de distinguer enfin les sources de comportements juridiques hétérogènes. Il ne semble pas toutefois - et cette rencontre pourrait parvenir à le démontrer - que les deux traditions soient résolument étrangères. Les folkloristes prennent pour objet des pratiques que les différents mouvements de rédaction des coutumes ou, plus récemment, de codification des "usages locaux" ont pris en compte ici ou là, tels certains charivaris juvéniles ou rituels funéraires. Des associations ethnographiques

locales rééditent par ailleurs significativement des "recueils d'usages locaux" presque centenaires dont l'essentiel traite de matières aussi peu folkloriques que la durée des baux à loyer ou la hauteur des haies mitoyennes. Notre droit n'est-il pas, d'un autre côté, lui-même, ce que Paul Bohannan appelait un "folk system" qu'il serait illégitime d'élever au statut de système analytique ? Plus largement, la coutume fait office de concept unificateur de réalités sociales distinguées par une tendance actuelle de la recherche, majoritairement, pour ne pas dire exclusivement, conduite en milieu rural. Parmi les oeuvres achevées, les travaux en cours ou les simples projets, certaines options se dégagent, que nous voudrions ici présenter. Ces options ne sont certes pas les seules voies d'une ethnologie de la coutume, voire d'une ethnologie du champ juridique en domaine français. On nous permettra d'en suivre les contours en tâchant d'abolir les clivages disciplinaires stériles, sans négliger de respecter la cohérence des traditions intellectuelles.

Tout notre propos, en somme, concerne cette zone opaque où s'élabore la distinction du fait et du droit. Le problème de la coutume n'est pas seulement un problème terminologique - comme les juristes, les ethnologues savent habituellement bien de quoi ils parlent, et leurs incertitudes témoignent des promesses de leur démarche. On voudrait croire qu'il introduit, au delà de la diversité des termes (la Coutume, les coutumes, le droit coutumier) et surtout des sens, un débat de fond sur la formation, les limites et l'évolution du champ juridique par rapport aux sociétés qui le produisent et le subissent. Les axes cardinaux de la problématique en jeu relèvent de la dichotomie que Gluckman aperçut dans la définition de la coutume, à la fois facteur d'ordre et expression d'interactions sociales.

La coutume est l'instrument d'un vaste projet, enraciné dans une longue tradition de recherches juridiques, dont l'esprit a de quoi séduire la discipline anthropologique. Peut-on par l'étude de la répartition géographique des formes coutumières proposer un schéma explicatif de la différenciation des aires culturelles en domaine européen ? En popularisant en 1972 l'Essai de géographie coutumière de Jean Yver, Emmanuel Le Roy Ladurie associait clairement l'entreprise aux perspectives qu'avaient ouvertes les Structures élémentaires de la parenté de Claude Lévi-Strauss pour la compréhension des sociétés primitives. Dès sa formulation en 1837 par Henri Klimrath, ce projet donne la mesure de son envergure : il s'agit d'une part d'explorer dans les sources majeures que constituent les coutumiers généraux - surtout celui de Bourdot de Richebourg (1724) - les délimitations géographiques d'aires dotées de traits sociaux particuliers qui fondent leur identité, d'autre part de rechercher les causes de cette différenciation dans l'influence de structures sociales distinctes enracinées dans l'histoire. Pour l'ethnologue, la démarche est riche et précieuse. Tentons d'en saisir les étapes.

On admet tout d'abord que l'unité d'un système social ou d'une "aire culturelle" puisse être exprimée par certains de ses aspects. Il faut ensuite accepter que ces éléments, qui fournissent le code du tout social, figurent précisément parmi ces phénomènes sociaux pris en compte par les coutumes médiévales lors de leur rédaction, étendue à l'ensemble du royaume, aux terres d'Empire et aux Pays-Bas. Sous ce regard, le choix des "traits de discrimination" destinés à saisir les "lignes fondamentales de brisure" (J. Yver) entre les systèmes coutumiers prend une singulière importance.

On suppose également qu'il existe dans une société un lieu d'où s'en exprime toute l'authenticité, une matrice qui procure à l'ensemble sa configuration originale, une racine où sa permanence puise sa légitimité. Dès la première moitié du XIXe siècle, l'Ecole historique allemande (Hugo, Savigny, Puchta) a remis à l'honneur l'étude des aspects coutumiers du droit, qu'avait condamné l'esprit des Lumières, pour prendre "chaque institution à son berceau" et la suivre jusqu'à l'époque actuelle. C'est la conception qu'avait Klimrath de l'histoire, dont la coutume fournissait l'essence même : "la coutume est le produit de l'histoire : c'est l'histoire elle-même résumée en maximes générales et abstraites". Au sein du mouvement d'inspiration romantique qui incitait à rechercher les racines tribales et vernaculaires de la société européenne, l'unité de la coutume pouvait appartenir à la communauté éternelle ou à cette famille-souche qui, selon Le Play, conservait intacte depuis vingt-cinq siècles l'organisation sociale lavedanaise.

Dans cet attachement pour les classes populaires, dont les institutions étaient réputées fournir à l'édifice social toute sa vérité passée et présente, la famille occupa une place privilégiée, certainement par le rayonnement de Le Play et de son école. Attendu que "la description d'une famille ouvrière ... mentionne tous les éléments essentiels à la constitution de la société (Le Play) et que le mode successoral de transmission des biens matériels est lui-même l'indice du type de l'organisation familiale, il devient licite de prétendre expliquer la société par l'héritage. Alors que Klimrath n'entend pas privilégier, dans sa géographie de 1837, une disposition coutumière plutôt qu'une autre, la problématique semble après lui se circonscrire autour d'une approche comparative des

systèmes successoraux. En 1890, Emile Jarriand met l'accent sur le "lien intime" qui unit le droit des successions à la constitution de la famille dans les coutumes des pays de droit écrit. Il en dégage le principe unitaire, aujourd'hui familial, "la conservation des biens dans une même souche". C'est dès lors dans les règles juridiques qui entourent la reproduction familiale que vont apparaître les traits discriminatoires, les marqueurs d'identité, les plus efficaces des systèmes coutumiers, comme l'ont montré plusieurs aspects de l'oeuvre de Monsieur Ourliac et l'ouvrage de Jacques Poumarède sur le Sud-Ouest, pour ne parler que des pays de droit écrit. C'est également au coeur de l'institution familiale qu'une tradition ancienne situe "la force obligatoire de la coutume" (J. Carbonnier), soit les mécanismes de perpétuation de l'imitation des comportements de la génération précédente (G. de Tarde) qui assure le succès de ce que Pierre Bourdieu désigne comme l'habitus dans un "système de reproduction".

Il est fréquemment fait appel à l'anthropologie sociale pour expliquer les "césures décisives" que les historiens du droit découvrent dans les configurations coutumières. Ce qui permet de souligner l'utilité réciproque des deux disciplines ; l'histoire des institutions guidant les ethnologues dans la longue durée des structures qu'ils pratiquent, et l'ethnologie dévoilant les conditions de fonctionnement et la logique profonde de ces structures. Antérieures à la féodalité, les "institutions germaniques" lui ont, pour Klimrath, survécu et recèlent "un principe un et identique, qui ramène toutes les modifications particulières à un grand ensemble". Plus près de nous, la communauté familiale, qui

suscite périodiquement un regain d'intérêt parmi les ethnologues, fournit par exemple à Charles Donahue la clé de la différenciation au XIII<sup>e</sup> siècle du statut de la propriété conjugale en France et en Angleterre, alors que Jean Yver associe le principe d'exclusion de l'enfant établi à des "modes de possession communautaires", situations de fait dont le contenu s'avère inaccessible, sinon par hypothèse, à l'historien juriste. Les règles juridiques trouvent ainsi leur raison dans les structures sociales qui les déterminent.

C'est donc d'une vaste sociologie de la production du droit que relève l'approche comparative des coutumes qui entend trouver un fondement à leur diversité. Peut-on à cet égard se contenter d'admettre que la coutume "cristallise" - c'est l'expression consacrée - dans sa forme écrite certains aspects des rapports sociaux ? Certainement vouées à demeurer insatisfaites, les exigences de l'ethnologue répugnent à adopter, sans critique, que l'on envisage de dresser un schéma explicatif des différenciations entre systèmes autochtones par le moyen des traits mêmes de ces systèmes retenus par le jeu d'un processus étranger à leur nature, puisque lié à l'émergence et à la consolidation de l'appareil d'Etat. Klimrath, pionnier lucide, parlait de la rédaction des coutumes comme de leur "conversion en lois". Des rédactions médiévales aux codifications contemporaines d'usages locaux, le domaine français témoigne de l'importance et de la relative accessibilité de ces niveaux intermédiaires où s'élabore l'incorporation de certaines franges de la vie sociale dans un système de droit. L'intensification des recherches sur la construction du droit permettra sans doute à une ethnologie juridique d'éliminer la tentation ethnocentrique qui consiste,

comme le faisait Maunier, à porter l'attention sur les manifestations "populaires" d'un phénomène classé comme juridique dans notre conception du droit, et, inversement, de considérer un trait partiel du système social inclus dans un corpus juridique comme le code de ce système.

On retrouve ici l'alternative théorique maintes fois développée par l'anthropologie juridique anglo-saxonne (Hoebel, Bohannan, Pospisil, Moore) entre formalisme et essentialisme : la coutume n'existe-t-elle que dans la mesure où elle est constatée, c'est-à-dire incluse dans un système de droit ? ou bien existe-t-elle en dehors de toute reconnaissance formelle, comme un droit latent ? Comme le disait Coquille du traitement des coutumes par "les Docteurs", il conviendrait de "faire plus état du bien faire que du bien dire et plus du corps que de l'ombre". Une troisième voie, plus fournie et plus diverse, semble devoir concilier ces deux thèses : l'analyse de la coutume comme phénomène d'interaction.

A l'idéalisme et au positivisme juridiques peut être substituée une analyse dynamique du champ juridique, à la confluence de la coutume et du droit, qui aurait pour objet la formation, la superposition, la dominance et la dissolution des systèmes juridiques envisagés dans leur relation avec les modes objectifs qu'ont les groupes sociaux de se reproduire. La coutume n'est dès lors plus considérée comme le produit statique d'un passé révolu, mais comme le visage actif d'une histoire en construction, le négatif, en quelque sorte, du progrès complexe des institutions de l'Etat. Compte tenu de la multiplicité des axes qui relèvent de cette approche pour tout ou partie, nous ne suggérerons que quelques orientations.

Si la coutume est, pour les juristes, une source du droit, le droit peut inversement apparaître aux ethnologues comme un instrument de légalisation de la coutume. Ainsi un courant de l'ethnologie italienne, visiblement influencé par Gramsci, préconise-t-il d'interpréter le rapport entre "droit hégémonique" et "droits populaires" comme l'expression d'un conflit de classes qui se développe au niveau de la superstructure (Lombardi Satriani). Le dossier de la subordination des usages collectifs des communautés villageoises à une législation contraignante a pu, en France, faire ressortir avec force les contradictions nées de l'application depuis le début du XIXe siècle d'une notion moderne de la propriété dans un milieu plus enclin à admettre le concept médiéval de saisine. De même la législation forestière transforma en vol ce qui n'était qu'usage naturel d'une ressource commune.

Plus largement, le statut de l'écrit juridique dans un monde rural longtemps resté l'empire de l'oralité, les usages sociaux de relais du droit comme les notaires, la pratique des cours de justice, attirent l'attention vers un problème d'ample envergure : quel est le statut culturel des pratiques soumises au droit dans les sociétés que nous étudions ? Il semble en effet malaisé d'induire quoi que ce soit par exemple de l'héritage des biens matériels si l'on ignore la place qu'occupent les autres aspects, culturels, idéologiques et symboliques, de la transmission successorale dans la reproduction des familles, des maisons, des communautés de tous ordres.

On voudra bien excuser les lacunes ou les préférences de cette présentation bien brève d'un vaste domaine et d'un vaste projet. Elle aura néanmoins atteint son but si l'on en retire un

sentiment moins abrupt des catégories qui servent usuellement à penser le champ juridique et, croyons-nous, à l'enclorre par des oppositions binaires. Comme il en va souvent des commodités de langage, les distinctions du droit et de la coutume ou de la règle et de sa pratique finissent par obscurcir le domaine qu'elles avaient prétention d'éclairer.

° ° °