



HAL
open science

Normativité du sacré ou sacralisation de la norme ? Le débat sur les origines religieuses du droit chez Maine et Fustel de Coulanges

Tristan Pouthier

► **To cite this version:**

Tristan Pouthier. Normativité du sacré ou sacralisation de la norme ? Le débat sur les origines religieuses du droit chez Maine et Fustel de Coulanges. T. Pasquier-Briand (dir.), Les conflits doctrinaux du XIXe siècle. Une analyse des fondements politiques du droit, Mare&Martin, pp.165-181, 2023. hal-03452860

HAL Id: hal-03452860

<https://hal.science/hal-03452860>

Submitted on 6 Dec 2021

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

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

Copyright

Normativité du sacré ou sacralisation de la norme ? Le débat sur les origines religieuses du droit chez Maine et Fustel de Coulanges

Tristan Pouthier

Professeur de droit public à l'Université d'Orléans

Le problème de l'interaction entre droit et religion¹ constitue un thème privilégié de l'anthropologie juridique naissante dans la deuxième moitié du XIX^e siècle. Cette préséance programmatique s'explique aisément. L'époque est celle de l'essor des sciences humaines qui cherchent à dégager des lois d'organisation et de développement des sociétés, comme les sciences naturelles sont parvenues à dégager des lois de la nature. Le droit et la religion apparaissent de ce point de vue comme des objets d'étude privilégiés, en tant qu'ils constituent les deux principales forces connues d'organisation sociale : pas de peuple sans lois, pas de peuple sans religion. Naissent ainsi de façon simultanée le projet de dégager des lois de développement du droit, et des lois de développement de la religion. Or un fait particulièrement saillant, presque banal, s'offre dès l'abord à l'observation et requiert une explication : il s'agit de la place qu'occupent les prescriptions religieuses dans les lois des divers peuples de la terre, singulièrement chez les peuples anciens – rites sacrificiels, rites funéraires, rites matrimoniaux, distinction des activités pures et impures, statut de la caste sacerdotale, punitions liées au sacrilège, calendrier –, une place telle que les règles relatives aux actes de la vie quotidienne qui forment en Occident la matière du droit civil paraissent s'y absorber. Ainsi la science comparée des religions, qui connaît un essor prodigieux dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, est-elle en grande partie une science comparée des *législations* religieuses. On peut le constater par exemple en allant regarder les intitulés des cinquante volumes des *Sacred Books of the East* publiés sous la direction de Max Müller entre 1879 et 1910, volumes qui rassemblent les grands textes religieux du Moyen-Orient, de l'Iran, des Indes et de l'Extrême-Orient. Autrement dit, science comparée des législations et science comparée des religions se rencontrent aux origines de l'anthropologie juridique. Mentionnons également le fait massif de la découverte du sanskrit et des Védas à la fin du XVIII^e siècle qui lance les savants occidentaux en quête d'une *langue* indo-européenne, de *mythes* indo-européens, mais aussi d'*institutions* indo-européennes. N'existerait-il pas un fonds de civilisation primitive commun à tous les peuples depuis le delta du Gange jusqu'à la Scandinavie et l'Irlande en passant par l'Iran et la

1 Nous reprenons cette expression d'Harold Berman qui a intitulé ainsi ses *Lowell Lectures on Theology* données à l'Université de Boston en 1971 : *The Interaction of Law and Religion*, Abingdon Press, 1974. Berman précisait ailleurs que sa démarche consistait à étudier conjointement « la dimension religieuse du droit et la dimension juridique de la religion », v. *Faith and Order. The Reconciliation of Law and Religion*, Emory University, 1993, p. X.

Grèce, une civilisation au sein de laquelle le droit et la religion entretiendraient des rapports beaucoup plus étroits que dans les sociétés modernes ? La « nostalgie des origines », pour reprendre une expression de Mircea Eliade², joue ici à plein.

C'est dans ce contexte, donc, que se noue le problème de l'interaction entre droit et religion dans l'anthropologie juridique naissante. On constate d'abord comme un fait d'observation une sorte de solidarité primitive entre le droit et la religion ; puis on cherche à élucider la nature de cette solidarité en ayant recours de façon conjointe à la science comparée des législations et à la science comparée des religions. Dans le cas spécifique des institutions occidentales, cette démarche conduit de façon compréhensible sur la piste d'un fonds civilisationnel indo-européen qui révélerait, peut-être, la nature et le pourquoi de cette solidarité primitive du droit et de la religion. Or, assez rapidement, des positions distinctes voire inconciliables entre elles vont se dégager sur cette question. Il suffit pour le constater de rapprocher deux chefs d'œuvre qui, si l'on excepte l'*Esprit des lois*, ont véritablement fondé l'anthropologie juridique : *Ancient Law. Its Connection to the History of Early Society, and its Relation to Modern Ideas* de Henry Sumner Maine, paru en 1861³, et *La Cité antique. Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome* de Numa Denis Fustel de Coulanges, paru en 1864⁴. Le rapprochement entre ces deux ouvrages est d'ailleurs une sorte de lieu commun dès les années 1860. Publiés à trois années de distance par des auteurs encore jeunes et inconnus (Maine et Fustel ont respectivement trente-neuf et trente-quatre ans lorsque paraissent leurs livres), ils s'imposent d'un coup comme des classiques qui renouvellent l'histoire du droit et des institutions en y appliquant, chacun à sa manière, la méthode de la sociologie comparative. Avec Maine et Fustel, les lois des Grecs et des Romains perdent aux yeux des lettrés européens la trompeuse apparence de familiarité que leur avait conférée l'enseignement de la culture classique, pour être rapprochées des lois des antiques Aryens de l'Inde du Nord – alors même que celles-ci paraissent enveloppées dans les prescriptions d'une croyance lointaine, la religion brahmanique. Le brusque effet d'exotisme ainsi créé, et l'apparente fécondité scientifique du comparatisme indo-européen, expliquent le parallélisme tôt établi entre les deux livres. « On a insinué », écrit un biographe de Fustel, « qu'il avait emprunté ses principales idées à l'*Ancien droit* de Sumner Maine, paru en 1861 » – fait peu probable, se hâte-t-il d'ajouter, dès lors que Fustel ne savait pas l'anglais et que l'*Ancien droit* ne fut pas traduit avant 1874⁵. En revanche,

2 *The Quest*, Université de Chicago, 1969, tr. fr. : *La nostalgie des origines*, Gallimard, 1971.

3 Londres, J. Murray, 1861 ; éd. fr. : *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, tr. Courcelle-Seneuil, Paris, Guillaumin, 1874.

4 Nous citons dans l'édition Flammarion préfacée par François Hartog, 1984.

5 P. Guiraud, *Fustel de Coulanges*, Hachette, 1896, p. 37.

les ouvrages postérieurs de Maine, notamment les *Dissertations on Early Law and Custom* (1883)⁶, contiennent plus d'une référence à Fustel, au point que l'historien du droit Georges Platon voyait dans ce dernier ouvrage, « sous des formes discrètes et courtoises, une solide réfutation des théories générales de la *Cité antique* de M. Fustel de Coulanges »⁷.

L'aspect qui a peut-être le plus contribué au rapprochement entre les deux livres est l'importance que leurs auteurs paraissent accorder à la religion⁸ dans la compréhension du droit des sociétés anciennes. Dans le cas de Fustel, la chose s'explique sans peine : le culte des ancêtres est bel et bien érigé dans *La Cité antique* au rang de facteur explicatif unique de tous les aspects fondamentaux du droit et des institutions des Romains, des Grecs et des Aryens. Le cas de Maine est sans doute plus surprenant. Certes, l'*Ancien droit* contient des formules qui ne laissent guère de doute sur le fait que Maine considère la solidarité du droit et de la religion comme une dimension essentielle des sociétés anciennes. Cependant, on n'y trouve rien qui se rapproche du prodigieux système explicatif des institutions antiques que Fustel a construit sur le fondement du seul facteur religieux. Il n'en reste pas moins que les quelques passages dispersés que Maine a consacrés aux rapports du droit et de la religion ont suffi à imposer pour des décennies cette thématique dans l'anthropologie du droit anglo-saxonne, ce qui montre l'influence peu commune que son œuvre a exercée ; du même coup, Maine est devenu aux yeux de ses critiques une sorte d'épouvantail passant pour avoir affirmé que tout droit trouvait son origine dans la religion⁹ – ce qu'il n'a jamais fait.

Les réflexions offertes par Maine et Fustel aux sources de l'anthropologie juridique demeurent fécondes pour le projet d'une approche anthropologique croisée de la religion et du droit. Leurs conclusions paraissent pourtant franchement opposées : Maine explique l'interaction

6 Londres, J. Murray, 1883 ; éd. fr. : *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, Ernest Thorin, tr. Kérallain, Paris, Ernest Thorin, 1884.

7 Recension de l'édition française in *Revue historique*, t. 29, 1885, p. 150-156.

8 Maine et Fustel se contentent d'une acception encore peu déterminée du mot « religion ». Ils ne se prêtent pas à un travail de définition mais se contentent d'y rattacher, sur le mode de l'évidence, une constellation de termes et de représentations qui délimitent une dimension suffisamment spécifique à leurs yeux de la vie sociale : croyances, dogmes, rites, prêtres, mystères, sacrifices, sacrilèges, surnaturel, vie après la mort, puissances invisibles... La démarche scientifique visant à dégager un critère d'identification des phénomènes religieux en tant que tels est encore balbutiante au moment où paraissent *Ancient Law* et *La Cité antique* : on peut le constater en parcourant la revue des tentatives de ce genre à laquelle se livre Durkheim dans le premier chapitre (« Définition du phénomène religieux et de la religion ») des *Formes élémentaires de la vie religieuse* (1912), qui ne remonte guère au-delà de 1860.

9 V. notamment A. S. Diamond, *Primitive Law, Past and Present*, Londres, Watts & Co, 1935, *passim* ; ou E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, 2006 [éd. originale 1954], ch. 10. Hoebel, tout en critiquant la thèse de l'origine religieuse du droit, montre bien qu'elle ne se trouve pas chez Maine.

primitive entre droit et religion comme le résultat d'un processus de sacralisation de la norme juridique, tandis que Fustel avance l'idée d'une normativité juridique du sacré dans les sociétés indo-européennes. Pour rendre compte de cette divergence, il convient de montrer la façon dont ces conclusions s'inscrivent dans les démarches scientifiques respectives des deux auteurs. Ce travail d'explicitation théorique et de confrontation vise à mettre pleinement en évidence les forces et les faiblesses des arguments en présence, et donc le côté par lequel ils demeurent viables.

Maine propose ainsi le modèle d'un *entremêlement primitif de la religion et du droit* (I) qui se révèle plus solide empiriquement que le modèle de l'*engendrement du droit par la religion* dessiné par Fustel dans la *Cité antique*. Nous verrons cependant que le modèle de Fustel peut être corrigé de façon à dépasser ce qui, dans la thèse de Maine, reste quelque peu superficiel : la démarche de Fustel met en réalité sur la voie d'une correspondance sémiologique entre religion et droit (II).

I- L'interaction entre religion et droit comme entremêlement : Henry S. Maine

L'attribution à Maine de la thèse d'une origine religieuse du droit, attribution qui fut longtemps admise dans l'anthropologie juridique anglo-américaine, ne repose en réalité que sur une poignée de passages. Les plus connus sont ceux qui figurent dans le célèbre *Ancient Law* : ils s'inscrivent dans la théorie évolutionniste des âges du droit exposée aux premiers chapitres. Il apparaît cependant que Maine ne soutient aucunement l'idée d'un fondement religieux primitif du droit, mais propose bien plutôt ce que l'on peut appeler un modèle de l'entremêlement (A). De ce modèle, Maine a particulièrement développé par la suite un aspect particulier, c'est-à-dire la dynamique de captation religieuse des coutumes sous l'influence de la caste sacerdotale. La théorie de Maine sur l'interaction primitive du droit et de la religion peut ainsi être ramenée en dernière instance à l'idée d'une sacralisation du droit (B).

A- Le modèle de l'entremêlement

L'interprétation de Maine s'inscrit dans un paradigme évolutionniste. La notice nécrologique du *Times*¹⁰ notait à raison qu'il y avait « plus qu'une connexion chronologique » entre la parution de *Ancient Law* en 1861 et celle, deux ans plus tôt chez le même éditeur, de *The Origin of Species* : Darwin avait appliqué l'idée évolutionniste aux phénomènes biologiques, et Maine aux phénomènes juridiques et sociaux. Non pas d'ailleurs que Maine ait bâti une théorie très élaborée de l'évolution sociale. Son appétence pour

10 Reprise dans *Eminent Persons*, vol. IV (1887-1890), Londres, MacMillan and Co., 1893, p. 24-34.

l'évolutionnisme se laisse aisément ramener à quelques grandes propositions qui sont ramassées dans le célèbre chapitre 5 de *Ancient Law* intitulé « La société primitive et l'ancien droit » : d'abord de brèves considérations méthodologiques sur la nécessité d'étudier les sociétés simples avant les sociétés complexes ; puis la grande thèse sur le passage des sociétés organisées sur une base familiale aux sociétés organisées sur une base individualiste, ou, pour reprendre la formule qui est la plus couramment associée au nom de Maine, « du statut au contrat ». Les *Dissertations on Early Law and Custom* sont par ailleurs parsemées de discussions des thèses des anthropologues de son époque (Edward Tylor, Lewis Henry Morgan, le Darwin de *The Descent of Man*) qui montrent que l'évolutionnisme est tout bonnement, pour lui comme pour eux, un présupposé de la culture scientifique. Au sein, donc, de ce cadre évolutionniste très large, Maine multiplie les études empiriques qui ne forment guère au bout du compte un ensemble bien systématique. Même la théorie des stades du droit exposée dans les premiers chapitres de *Ancient Law* (d'abord les décisions d'espèce par inspiration divine ou « thémistes », puis les coutumes non écrites, les codes, les fictions, l'équité, enfin la législation), quelle qu'ait pu être son importance historique, impressionne moins aujourd'hui que l'érudition et le profond mouvement de la pensée qui se donnent à voir dans le détail de chaque étude.

Ce caractère très empirique de la pensée de Maine fait qu'il est risqué de la ramener à des thèses transversales, comme l'ont fait ses interprètes qui lui prêtaient la thèse d'une origine religieuse du droit. Certes, Maine a recours à des formules générales qui peuvent induire en ce sens, par exemple dans *Ancient Law* :

« L'Inde brahmanique n'a pas dépassé un stade que l'on rencontre dans toutes les familles du genre humain, un stade auquel la règle de droit est confondue avec la prescription religieuse [*a rule of law is not yet discriminated from a rule of religion*]. Les membres d'une société semblable estiment que la transgression d'un précepte religieux doit être réprimée par des pénalités civiles, et que la violation des règles du droit civil expose le délinquant à la punition divine. »¹¹

Prises au pied de la lettre, ces formules pourraient laisser entendre qu'une marche régressive vers les sociétés anciennes conduirait nécessairement à un état de pure indifférenciation ou de confusion du droit et de la religion. Mais une lecture plus poussée montre que Maine défend en réalité une thèse assez différente, en vertu de laquelle les situations de

11 *L'Ancien droit*, tr. Courcelle-Seneuil (adaptée), *op. cit.*, p. 23. V. également, *ibid.*, p. 18, l'évocation de cet « état où les obligations civiles et religieuses sont inévitablement confondues ».

confusion primitive complète entre droit et religion, évoquées dans le passage cité, ne représentent que les cas les plus extrêmes. L'idée n'est pas d'abord celle d'une *confusion*, et en aucune manière celle d'une *identité* primitive, mais bien d'un *entremêlement* primitif. On peut l'observer dans le passage suivant des *Dissertations on Early Law and Custom* où Maine utilise tout un champ lexical de l'entremêlement :

« Il n'est pas douteux que si l'on doit comparer Manou à un livre connu des Anglais, ce devrait être à un livre qui leur est bien plus familier que les Institutes romains, le livre du Lévitique. Car Manou, bien qu'il renferme beaucoup de droit, est essentiellement un livre de rituel, de devoirs sacerdotaux et d'observance religieuse ; et c'est précisément à cette combinaison du droit avec la religion [*combination of law with religion*] que toute la famille des ouvrages hindous auxquels se rattache le livre de Manou doit quelques caractères remarquables sur lesquels je me réserve d'insister. Il ne faudrait pas supposer en même temps que cette combinaison soit particulière aux Hindous. Il n'existe littéralement pas de système de droit écrit depuis la Chine jusqu'au Pérou, qui, au moment où il émerge pour la première fois de l'obscurité et s'impose à l'attention, n'apparaisse enchevêtré dans [*entangled with*] le ritualisme et les prescriptions religieuses. Le droit des Romains est celui où l'on estime que les jurisprudences civile et pontificale ont été de meilleure heure et le plus complètement désassociées [*disentangled*]. Et pourtant les maigres fragments des Douze Tables de Rome qui subsistent encore contiennent des règles évidemment religieuses ou ritualistes. »¹²

Le recours au lexique de l'entremêlement laisse entendre qu'aux yeux de Maine le droit et la religion sont deux formes d'activité sociale qui diffèrent à toute époque par leur nature même ; si les prescriptions de l'un et de l'autre paraissent mêlées dans les lois écrites des peuples anciens, cela ne change rien à leur caractère intrinsèque, ce qui autorise l'historien à faire rétrospectivement le départ entre ce qui relève du domaine du droit et ce qui relève du domaine de la religion. Cette idée d'une essence transhistorique du droit et de la religion est clairement exprimée dans *Ancient Law* :

« Les restes de ces collections, tant en Orient qu'en Occident, sont suffisants pour montrer qu'elles mêlaient [*mingled up*] les prescriptions religieuses, civiles et morales sans tenir compte des différences essentielles [*differences in their essential character*] qui existent entre elles. Cette circonstance concorde avec tout ce que nous savons d'ailleurs des idées anciennes, car ce n'est qu'à une

12 *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, tr. Kérallain, *op. cit.*, p. 12-13.

époque de civilisation bien plus avancée que l'on distingue le droit de la morale, et la religion du droit [*the severance of law from morality, and of religion from law, belonging very distinctly to the later stages of mental progress*]. »¹³

Partant ainsi d'un constat de fait – l'enchevêtrement des règles de droit et des préceptes religieux dans les lois des peuples anciens – Maine soutient que cet état révèle une conscience encore primitive qui n'est pas parvenue à une claire distinction entre les domaines, pourtant différents par essence, du droit et de la religion. Il faut encore distinguer cependant entre la simple coexistence, dans un même corps de lois, de règles se rattachant essentiellement au droit civil et de règles ayant trait à la religion et aux rites – comme c'est le cas par exemple dans la loi des Douze Tables –, et des cas de confusion plus poussée. Le point maximal de confusion est atteint dans les hypothèses symétriques où la violation de règles d'essence civile est punie comme une offense religieuse, et où les préceptes d'essence religieuse sont assortis d'une sanction civile. S'agissant de la première hypothèse, elle n'a en réalité chez Maine qu'un seul domaine d'application manifeste, celui du droit pénal, objet du dernier chapitre de *Ancient Law*. Sur ce point, Hoebel faisait crédit à Maine d'avoir défendu l'idée que « la plus grande part du droit pénal trouve son origine dans la religion », car les données ethnographiques recueillies depuis l'époque de Maine montraient effectivement que « le droit pénal primitif coïncide avec certaines notions ayant trait au péché avec une fréquence remarquable, quoique non exclusivement »¹⁴. La seconde hypothèse – celle où des préceptes religieux sont garantis par une sanction civile – nous met cependant sur la piste d'un problème qui paraît avoir plus préoccupé Maine, celui de l'influence qu'exercent les prêtres sur le droit à un certain stade du développement social.

B- Influence sacerdotale et sacralisation du droit

13 *L'Ancien droit*, tr. Courcelle-Seneuil, *op. cit.*, p. 15. Le modèle de l'entremêlement construit par Maine a été repris et développé par Harold Berman pour fonder sa distinction conceptuelle entre les peuples dotés d'un *ordre* juridique et les peuples dotés d'un *système* juridique. Tous les peuples, soutient Berman, sont dotés d'un ordre juridique au sens où il existe toujours des règles communes sanctionnées par des procédures et des autorités établies. Mais chez les peuples anciens, cet ordre juridique entremêle les prescriptions que nous distinguerions en règles juridiques, usages sociaux, rituels et préceptes religieux. Ce n'est que chez certains peuples qu'apparaît un système juridique, c'est-à-dire un ensemble hiérarchisé de normes et d'institutions qui s'autonomise par rapport aux usages et à la religion. V. notamment « The Religious Foundations of Western Law », *Catholic University Law Review*, 24/3, 1975, p. 490-508, particulièrement p. 491 ; et le ch. 1 de *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983.

14 *The Law of Primitive Man*, *op. cit.*, p. 259 (je traduis).

L'état d'enchevêtrement entre règles de droit et prescriptions religieuses évoqué par Maine ne se révèle évidemment aux yeux de l'historien que dans les *textes* juridiques (grecs, romains, indiens et autres) qui lui sont parvenus. Cela signifie que cet état ne devient perceptible qu'à un stade déterminé de l'évolution du droit selon la théorie que Maine en a établie : celui de la codification écrite. Par codification il convient d'entendre la *mise par écrit des coutumes*, que Maine distingue très nettement de la *législation* en ce que les coutumes une fois écrites prétendent chez la plupart des peuples à une intangibilité absolue, tandis que la législation proprement dite n'apparaît que chez les rares peuples susceptibles de progrès. Or, pour Maine, c'est la mise par écrit des coutumes qui importe par elle-même dans l'évolution du droit plus que le statut du « code » qui en résulte. C'est la raison pour laquelle il rapproche des traités de droit sacerdotal, tels que les lois de Manou ou le Lévitique, dont il sait mieux que personne que la valeur normative à telle époque ou en tel lieu pose sérieusement question, et la loi des Douze Tables, dont personne n'a jamais douté qu'elle fût un corps de législation positive¹⁵. L'entremêlement entre règles de droit et prescriptions religieuses qui caractérise les codes des peuples anciens apparaît alors sous un jour nouveau. Il ne révèle pas une quelconque affinité primitive *de nature* entre droit et religion, mais bien plutôt l'influence qu'exerçaient les prêtres sur le droit à l'âge de la coutume non écrite, influence qui peut dans certains cas – typiquement, celui de l'Inde – survivre à l'épreuve de la mise par écrit.

Ce point est développé dans le premier chapitre de *Ancient Law*, lorsque Maine remarque que l'âge de la coutume non écrite (la seule vraie coutume à ses yeux) suppose l'existence d'une aristocratie chargée d'en conserver la mémoire. Cette aristocratie fut-elle toujours de nature sacerdotale ? Maine ne l'affirme pas clairement, ce qui révèle peut-être chez lui une hésitation. D'une part, il marque la différence entre le caractère *essentiellement politique* des aristocraties occidentales et le caractère *essentiellement religieux* des aristocraties orientales qui se sont imposées dans l'antiquité, ce qui explique le « caractère tout différent » des « codes » issus de la mise par écrit – corps de lois positives dans le cas occidental et traités de droit sacerdotal dans le cas oriental¹⁶. La divergence entre la trajectoire du droit occidental et celle du droit oriental est ainsi mise en évidence et expliquée. Mais, d'un autre côté, Maine semble être attiré par un mouvement inverse de rapprochement entre l'histoire du droit occidental et l'histoire du droit oriental, rapprochement qui lui permet de déranger le

15 Le fait que les lois grecques et romaines ne soient parvenues que de façon fragmentaire à travers le commentaire qu'en faisaient historiens ou juristes de l'Antiquité est un problème différent : il ne pose pas *par lui-même* question sur leur qualité de législation effectivement en vigueur en tel lieu et à telle époque. On peut tout au plus supposer des erreurs de la part des commentateurs.

16 *L'Ancien droit, op. cit.*, p. 16-17.

présupposé inconscient selon lequel l'Occident serait préservé par nature du type de captation religieuse du droit qui s'est produite en Orient.

Une première mise en parallèle de ce type se trouve à la fin du premier chapitre d'*Ancient Law*. Maine y formule la thèse selon laquelle la codification du droit est arrivée trop tard dans la civilisation hindoue, ce qui fait que la « coutume raisonnable » a eu le temps d'y « engendrer la coutume déraisonnable ». Il évoque par là un processus de dégénérescence par lequel la superstition populaire étend progressivement par analogie à des aspects toujours plus larges de la vie sociale les prohibitions originellement portées par la coutume juridique, par exemple les interdits alimentaires, les pratiques de purification, ou encore la division de la société en classes, qui avaient pu avoir à un certain moment leur justification pratique. La religion joue dans ce cas un rôle délétère de développement, de renforcement et d'ossification de prescriptions qui relevaient originellement d'une normativité juridique, celle de la coutume. Maine vise évidemment la myriade d'interdits rituels qui à son époque caractérise en Inde la société de castes (« la plus désastreuse et la plus abrutissante des institutions humaines »). Or il conclut sur un parallélisme surprenant entre la société indienne et la société romaine :

« La destinée du droit hindou nous fait apprécier toute la valeur du droit romain. L'ethnologie nous montre que les Romains et les Hindous sont sortis de la même souche, et il existe en réalité des ressemblances frappantes dans ce qui semble avoir été leurs coutumes primitives. [...] Les Romains ont été protégés par leur code contre cette corruption. Il fut rédigé lorsque leurs coutumes étaient encore saines, et cent ans après il aurait peut-être été trop tard. [...] Nous ne pouvons pas affirmer que si les douze tables n'avaient pas été publiées, les Romains auraient été condamnés à une civilisation aussi faible et corrompue que celles des Hindous ; mais il est indubitable que leur code les a affranchis du risque d'avoir une aussi malheureuse destinée. »¹⁷

Maine n'insiste pas ici sur le rôle spécifique des prêtres dans la trajectoire du droit en Inde. Ce rôle est rapidement évoqué cependant dans un autre passage d'*Ancient Law* où Maine souligne deux points essentiels. D'une part, ce sont les « oligarchies sacerdotales » qui, en Orient, ont mis les coutumes par écrit dans des traités de droit religieux. Point essentiel, car le droit fait sa première apparition au regard de l'historien de l'Inde sous la forme d'une *science juridique* dont les brahmanes avaient le monopole, et non sous la forme d'une législation positive. D'autre part, ces traités par leur caractère même contenaient « moins les règles qui étaient observées que les

17 *L'Ancien droit*, tr. Courcelle-Seneuil, *op. cit.*, p. 19.

règles que la caste sacerdotale jugeait à propos de faire observer »¹⁸. Autrement dit, le droit effectivement observé par les peuples de l'Inde ancienne et le droit systématisé dans les traités de droit sacerdotal ne se superposent pas, il y a entre eux l'espace qui sépare la société réelle de la société à laquelle aspirent les prêtres. Pourtant, ce hiatus entre droit réel et droit idéal n'est pas une séparation étanche car le droit a trouvé dans cette élaboration sacerdotale sa première forme scientifique, ce qui n'a pas été sans action sur le droit effectif. Cette question est reprise et développée dans la deuxième des *Dissertations on Early Law and Custom* intitulée, précisément, « *Religion and Law* ». Maine ouvre ce chapitre en affirmant fortement que l'étude des traités antiques de droit hindou n'est d'aucune aide pour éclairer « l'origine absolue du droit ». Il est probable en effet que le droit concrètement observé par les Indiens de la période antique consistait en un « système de coutumes ou d'usages » qui n'avait pas de caractère sacerdotal particulier, système qui serait l'ancêtre du droit coutumier encore appliqué dans le Pendjab du XIX^e siècle, « dont le caractère sacerdotal est encore très imparfait ». En revanche, cette littérature est riche d'enseignements selon Maine pour éclairer l'origine des juristes (*lawyers*)¹⁹. Maine peut alors opérer un nouveau rapprochement entre les droits d'Orient et d'Occident :

« [Ces traités] nous permettent de voir comment le droit fut d'abord envisagé, en tant qu'objet défini de la pensée, par une classe de savants spéciaux, classe composée d'abord de juristes appartenant tous au clergé. Les plus vieux documents sur les usages des diverses races, celtique, romaine ou grecque, ont conservé la trace de l'identité des deux professions. Nul, par exemple, ne comprendra le juriste de la vieille Rome, avec cette obstination d'attachement aux textes qui a caractérisé sa profession durant tant de siècles, et sa méthode de présenter les faits en les enchâssant dans des formules inflexibles, [...] si l'on ne se représente que le juriste est sorti du prêtre ou du pontife. Pendant tout le moyen âge, le juriste, appartenant ouvertement à la cléricature, tint ferme contre le juriste de profession laïque [...]. Si l'empire romain avait simplement transmis au monde d'Occident son organisation administrative, et s'il ne lui avait pas légué un code de droit séculier d'une cohésion remarquable et d'une richesse approchant fort de la perfection, il n'est guère douteux qu'en général le droit occidental eût réfléchi, même aujourd'hui, une certaine

18 *Ibid.*, p. 17.

19 Kérallain traduit ici *lawyers* par « légistes » – traduction peut-être un peu forcée dès lors qu'elle ne peut rendre le jeu de Maine entre *beginning of law* et *beginning of lawyers*, et que Maine utilise *jurisconsults* dans le reste du chapitre.

catégorie d'idées religieuses, aussi clairement que le droit hindou réfléchit les conceptions sacerdotales des brahmanes. »²⁰

Le parallélisme avec le droit canonique médiéval est très suggestif. Maine propose en effet dans la suite du chapitre une reconstruction de l'évolution historique du corpus des traités de droit hindou sur la seule base de leur contenu – leur datation étant impossible à établir autrement avec un quelconque degré de précision. Il soutient ainsi que ceux-ci ont probablement été d'abord de purs traités d'orthopraxie religieuse s'inscrivant dans une doctrine du salut. Ils ne contenaient que des règles de conduite et ne prévoyaient comme sanction que des peines post-mortem et des pratiques pénitentielles. Selon Maine, ce n'est qu'à un stade avancé, repérable dans le changement de teneur des traités étudiés, que les Brahmanes se sont appuyés sur le pouvoir des rois pour donner aux règles de conduite de la religion hindoue une sanction institutionnelle, ce qui les a transformées en règles de droit proprement dites (*true civil law*)²¹. On observe ainsi un mouvement d'extension du sacré au civil qui voit les Brahmanes se subordonner de façon toujours plus étroite le pouvoir des princes afin d'imposer par la contrainte les préceptes de leur religion. Mais ce mouvement a nécessairement eu pour corollaire l'attraction de domaines de plus en plus étendus de la vie sociale dans l'orbite du droit sacerdotal et donc l'absorption de pans entiers du droit coutumier dans le système juridique sacerdotal où ils ont acquis un caractère religieux²². Et Maine de revenir au bout du compte sur le parallélisme avec les canonistes du Moyen-Âge, en imaginant ce qu'aurait pu être la trajectoire du droit occidental s'ils avaient pris l'ascendant sur les romanistes et les légistes coutumiers :

« Ils auraient été obligés, à la longue, de construire un système de droit civil et criminel avec des sanctions convenables appliquées par des cours judiciaires. Mais les idées ecclésiastiques auraient profondément déteint sur toutes les parties de ce système [*the system would have been deeply tinged in all its parts with ecclesiastical*

20 *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, tr. Kérallain, *op. cit.*, p. 41-42.

21 *Ibid.*, p. 57-60. Quoique Maine ait critiqué dans une certaine mesure Bentham et Austin, il les rejoint pleinement sur la nécessité de la sanction comme condition d'existence de la règle de droit. Sur le rapport nuancé de Maine à ces deux auteurs, v. Marc Goëtzmann, « La *comparative jurisprudence* de Henry Sumner Maine. Entre critique et approfondissement de la théorie impérativiste du droit », *Droit&Philosophie*, vol. 12, 2021, p. 39-71.

22 Cette thèse avait déjà été défendue par Maine dans *Village Communities in the East and West*, Londres, J. Murray, 1871, publié en français dans *Études sur l'histoire du droit*, tr. Kérallain, Paris, Ernest Thorin, 1889, en particulier p. 72 : « On peut affirmer qu'au fond le Droit hindou se compose d'un très grand nombre d'usages locaux et d'une série de coutumes écrites, qui prétendent à une autorité plus divine que le reste, et, par suite, exercent une grande influence sur les autres règles, ou tendent à les absorber, si rien ne vient entraver cette assimilation. »

ideas], et, bien qu'il eût peut-être emprunté plus ou moins ses règles à une coutume antérieure, en découvrir la source et la forme précise à l'origine aurait été fort difficile. »²³

Les *Dissertations on Early Law and Custom* ont été publiées en 1883, soit vingt-deux ans après *Ancient Law* et postérieurement aux sept années (1862-1869) passées au cabinet du vice-roi des Indes qui ont permis à Maine d'acquérir une connaissance intime du droit indien. Or on constate que le chapitre « *religion and law* » distend encore la connexion primitive entre droit et religion qui déjà dans *Ancient Law* était présentée comme un entremêlement beaucoup plus que comme une confusion. La dernière position de Maine sur la question, nourrie par sa pratique directe du droit indien, est ainsi que l'apparence d'une indifférenciation primitive du droit et de la religion est en réalité la résultante d'un processus de sacralisation de coutumes et usage préexistants, sous l'action de l'oligarchie sacerdotale qui détient le monopole de la connaissance du droit à l'âge de la coutume. Si donc Maine soutient bien l'existence d'une certaine solidarité primitive du droit et de la religion chez les peuples anciens, sa thèse est à l'exact opposé de celle d'une *origine* religieuse du droit. En cela, écrivait Georges Platon dans sa recension de l'édition française des *Dissertations*, la démonstration de Maine « tend à renverser par la base la théorie de M. Fustel de Coulanges »²⁴. Il est bien certain que Fustel a défendu dans la *Cité antique* l'idée d'un engendrement primitif de la religion par le droit, au point que les deux se seraient confondus dans une identité primitive. La critique de Maine, « sous des formes discrètes et courtoises », ruine-t-elle alors entièrement le système de Fustel ? Ou bien la théorie de Fustel ne se prête-t-elle pas à une lecture qui permettrait d'en dépasser l'apparente fragilité ?

II- L'interaction entre religion et droit comme correspondance sémiologique : Fustel de Coulanges

Les passages que Fustel consacre à l'interaction de la religion et du droit chez les Grecs, les Romains et les Aryens semblent en première approche consacrer un modèle de l'engendrement, fort différent du modèle de l'entremêlement proposé par Maine. Cette idée d'un engendrement du droit par la religion s'est montrée vulnérable, non seulement à la critique de Maine, mais encore aux découvertes postérieures de l'anthropologie juridique fondées sur des données ethnographiques. Il convient cependant de cerner le problème que Fustel a cherché à résoudre au moyen de son modèle de l'engendrement : celui de la dimension instituante de la religion et du droit (A). En reprenant sous cet angle la question de l'interaction du droit et de la religion, on peut surmonter l'idée d'un engendrement primitif

²³ *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, tr. Kérallain, *op. cit.*, p. 66.

²⁴ *Revue historique*, t. 29, 1885, p. 150-151.

au profit d'un modèle plus durable : celui d'une correspondance sémiologique (B).

A- Le modèle de l'engendrement

L'objectif de *La Cité antique* est de démontrer que les institutions grecques et romaines de l'Antiquité ne deviennent intelligibles qu'une fois mises en rapport avec les croyances religieuses qui les ont sous-tendues à leur origine, et plus particulièrement avec la religion des ancêtres autour de laquelle s'était bâtie la famille patriarcale primitive, commune à tous les peuples indo-européens. Partant de cette famille patriarcale ou *gens* centrée sur le culte du foyer et des morts, Fustel soutient que le cercle de l'association humaine s'est progressivement étendu par synœcismes successifs et toujours par le truchement d'un culte nouveau – les *gentes* se réunissant en curies, puis les curies en tribus, enfin les tribus en cités. Les trois premiers livres de la *Cité antique* sont ainsi construits selon le schéma d'un mouvement ascendant d'organisation sociale qui a la religion pour unique puissance formatrice. Vient ensuite dans les deux derniers livres le temps des révolutions, suscitées, d'une part, par la révolte des invisibles de l'organisation religieuse – les clients, les plébéiens – et, d'autre part, par la divergence croissante entre le progrès des croyances, qui s'élargissent et s'adoucissent, et l'inertie des institutions et des lois héritées des temps primitifs. Ainsi, la césure révolutionnaire qui marque habituellement le commencement de l'histoire au regard de la culture politique et juridique occidentale – les réformes de Dracon et de Solon à Athènes, la chute des rois et la loi des Douze tables à Rome – est dans la perspective de Fustel le commencement de la désagrégation de l'organisation politico-religieuse dont il a montré la formation séculaire. Les passages relatifs à la relation primitive du droit et de la religion se trouvent donc logiquement dans la partie « ascendante » de *La Cité antique*.

Plus précisément, le propos de Fustel sur cette question se déploie en deux temps. Le premier temps se trouve au livre II consacré à la famille antique ou *gens* dont Fustel suppose, comme Maine, qu'elle fut une forme primitive et pré-civile d'association humaine. Il cherche à montrer que les règles fondamentales du droit privé relatives au mariage, à la filiation, à l'adoption, à l'émancipation, à la propriété, à la succession, à la puissance paternelle, peuvent être ramenées originellement à une concrétisation multiforme des croyances relatives au culte du foyer et des ancêtres. Aucune de ces règles ne se modèle sur les liens familiaux naturels et sur la volonté individuelle : le mariage est une union sacrée qui enlève la femme à son culte familial et l'intègre à celui du mari ; la filiation, l'adoption et la succession se structurent entièrement autour de l'exigence de transmission du culte familial par primogéniture agnatique ; les règles relatives à la propriété découlent de la sacralité du champ où sont enterrés les ancêtres.

Fustel dessine donc une genèse religieuse des règles et des cérémonies du droit privé, parallèle à la genèse des rites domestiques – rites funéraires, entretien du feu sacré, repas – retracée au livre I. Le deuxième temps de la démonstration de Fustel se situe au livre III consacré à la cité, plus particulièrement au chapitre 11 intitulé « la loi ». C'est dans ce passage que se trouvent les affirmations les plus fortes de Fustel sur la question de la relation primitive de la religion et du droit : celle-ci n'est rien d'autre, en réalité, qu'une *identité* primitive. « Les pontifes furent longtemps les seuls juristes » écrit Fustel, d'accord en cela avec Maine ; mais pour la bonne raison que « droit et religion ne faisaient qu'un ». Au point de vue matériel, qui plus est, la loi ne fait que consacrer les règles d'origine religieuses qui structuraient déjà la *gens* dans son état pré-civil :

« L'homme n'a pas eu à étudier sa conscience et à dire : Ceci est juste ; ceci ne l'est pas. Ce n'est pas ainsi qu'est né le droit antique. Mais l'homme croyait que le foyer sacré, en vertu de la loi religieuse, passait du père au fils ; il en est résulté que la maison a été un bien héréditaire. L'homme qui avait enseveli son père dans son champ croyait que l'esprit du mort prenait à jamais possession de ce champ et réclamait de sa postérité un culte perpétuel ; il en est résulté que le champ, domaine du mort et lieu des sacrifices, est devenu la propriété inaliénable d'une famille. La religion disait : Le fils continue le culte, non la fille ; et la loi a dit avec la religion : Le fils hérite, la fille n'hérite pas ; le neveu par les mâles hérite, non pas le neveu par les femmes. Voilà comment la loi s'est faite ; elle s'est présentée d'elle-même et sans qu'on eût à la chercher. Elle était la conséquence directe et nécessaire de la croyance ; elle était la religion même s'appliquant aux relations des hommes entre eux. »²⁵

On peut difficilement être plus clair. Fustel défend la thèse d'une genèse religieuse du droit : un modèle de l'engendrement s'oppose ici au modèle de l'entremêlement défendu par Maine. Le droit est né de la religion ; la normativité juridique a d'abord été une normativité religieuse, elle en est historiquement dérivée. Les croyances afférentes au culte du foyer et des ancêtres ont directement, transitivement engendré les règles du droit privé, aussi bien pour la *gens* dans sa condition pré-civile que dans la cité une fois constituée. Ce modèle de l'engendrement est assurément simple et lumineux ; sans doute trop simple, cependant, pour soutenir la critique. Il semble bien pour reprendre l'expression de Georges Platon que la théorie de Fustel ait été « renversée par la base » par la démonstration de Maine selon laquelle la compénétration du droit et de la religion chez les peuples anciens est en réalité le produit d'un processus de sacralisation de coutumes préexistantes sous l'action de la caste sacerdotale. Hoebel ne dit

25 *La Cité antique, op. cit.*, p. 221.

pas autre chose lorsqu'il écrit qu'au regard des données ethnographiques il convient de répondre « largement par la négative » à la question de savoir « si les préceptes et les croyances religieuses sont la racine des normes juridiques »²⁶.

Ne reste-t-il rien alors à retenir de Fustel de Coulanges sur la question de l'interaction primitive du droit et de la religion ? Il faut à tout le moins prendre du recul par rapport aux formulations tranchantes que nous avons relevées. Si l'on ne peut soutenir avec Fustel que « droit et religion ne faisaient qu'un », que la loi « était la religion même s'appliquant aux relations des hommes entre eux », on peut tout au moins chercher à identifier le problème que Fustel a voulu résoudre au moyen de sa thèse sur l'identité primitive de la religion et du droit. Sur ce point encore, les critiques formulées par Maine à l'endroit de Fustel dans les *Dissertations on Early Law and Custom* peuvent nous aider – mais peut-être plus cette fois par leur côté faible que par leur côté fort.

Une divergence fondamentale apparaît en effet entre les deux auteurs sur ce qu'on peut appeler la dimension instituante de la religion et du droit. L'illustration la plus frappante est donnée par leurs interprétations respectives de l'organisation patriarcale de la famille antique. Fustel, on le sait, fait du culte des ancêtres le principe créateur de cette organisation. Maine conteste cette thèse en s'appuyant sur des données ethnographiques relatives au modèle familial du Pendjab qui est entièrement agnatique alors que le culte des ancêtres n'y est qu'une « superstition relativement obscure ». Cette croyance n'aurait eu tout au plus qu'un effet subsidiaire de consolidation de rapports familiaux préexistants²⁷. Maine situe pour sa part l'origine de la famille patriarcale dans la puissance matérielle du père de famille – « la figure la plus éminente, on pourrait même dire la plus redoutable » de la maison²⁸. Ce n'est pas en soi une explication originale de la *patria potestas* à son époque ; mais Maine la renouvelle et la radicalise au moyen d'une analyse évolutionniste dans un chapitre postérieur des *Dissertations*²⁹. Il érige ainsi la jalousie sexuelle, dont la prégnance dans le règne animal est révélé par l'éthologie, au rang de facteur explicatif primordial dans la structuration de la famille patriarcale – celle-ci étant, en tant que forme primitive de l'organisation sociale³⁰, toute proche de la condition animale. Maine se livre alors à un exercice d'analogie entre ce groupe patriarcal dans son état le plus proche de l'animalité qui soit envisageable – tel que symbolisé chez Homère par la figure des Cyclopes –

26 *The Law of Primitive Man*, *op. cit.*, p. 257.

27 *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, tr. Kérallain, *op. cit.*, p. 106.

28 *Ibid.*

29 V. le chapitre 7 consacré aux « théories sur la société primitive ».

30 Maine défend la thèse sur l'origine patriarcale de l'organisation sociale à l'encontre des tenants de la théorie de la horde primitive. L'idée de la horde est incompatible selon Maine avec le phénomène de la jalousie sexuelle.

et le *pater familias* à Rome à travers les diverses déclinaisons juridiques de sa puissance :

« Le mâle le plus fort et le plus sage gouverne. Il garde jalousement sa femme ou ses femmes. Tous ceux sur qui s'étend sa protection sont sur un pied d'égalité. L'enfant étranger qu'elle couvre de son ombre, l'étranger que les circonstances amènent sous cette ombre pour servir, ne se distinguent pas de l'enfant né à son abri. Mais quiconque s'en échappe, femme, enfant, esclave, voit s'arrêter toutes ses relations avec le groupe, et la parenté qui signifie soumission au pouvoir, participation à la protection, s'anéantit. Telle est, pour emprunter l'expression énergique de Sir George Cox, la famille de la bête fauve dans son antre. Mais lorsque ces diverses relations sont décorées des noms scientifiques romains de *patria potestas*, *manus*, *dominium*, *adoption*, *divorce*, *agnation*, *émancipation* (qui signifient précisément ces mêmes choses), une impression de modernité s'en dégage dont quelques esprits sont incapables de s'affranchir. »³¹

L'analyse de Maine se constitue de façon frappante en miroir inversé de celle de Fustel : Maine résorbe dans la matérialité des relations animales les mêmes rapports juridiques du droit privé romain que Fustel fait entièrement dériver des croyances religieuses. S'aperçoit-il de l'implication radicale de la critique qu'il adresse comme en passant à Fustel sur la question de la puissance paternelle – radicale pour la compréhension même de ce qu'est le droit ? Il touche en tout cas à un problème qui est de toute évidence essentiel aux yeux de Fustel. À plusieurs reprises dans la *Cité antique* celui-ci rejette avec une particulière vigueur l'interprétation de la *patria potestas* et de la *manus* comme une dérivation de la puissance matérielle du père de famille : « c'est se tromper gravement que de placer ainsi la force à l'origine du droit »³² ; « la puissance du mari sur la femme ne résultait nullement de la force plus grande du premier »³³ ; « tant il est vrai que ce n'est pas le droit du plus fort qui a constitué la famille ! »³⁴ ; « le mot *manus* implique l'idée, non de force brutale, mais d'autorité »³⁵. On devine certes dans ces formules une forme de protestation morale, très commune dans l'élite intellectuelle française du XIX^e siècle, contre toute réduction du droit à la force. Mais l'enjeu est plus profond.

L'étude des sociétés antiques et notamment de la famille révèle en effet aux yeux de Fustel une forme d'organisation sociale qui est véritablement d'une autre nature que celle qu'il a sous les yeux ; une

31 *Ibid.*, p. 263-264

32 *La Cité antique, op. cit.*, p. 40.

33 *Ibid.*, p. 95.

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*, p. 108, n. 1.

organisation dont l'exotisme même ne peut s'expliquer et se révéler qu'à condition que l'on reconnaisse la cohérence de ses principes fondamentaux – notamment la filiation agnatique, l'exclusion des filles de la succession, les règles de l'adoption, toutes institutions qui n'ont rien à voir avec une organisation familiale fondée sur la nature ou le sentiment. La filiation agnatique ne se satisfait pas d'à peu près, elle ne relève pas un petit peu de la nature et un petit peu de la croyance : les faits eux-mêmes contraignent à reconnaître l'action d'un principe instituant ou créateur qui ordonne les relations humaines de façon implacable. Fustel n'a pu expliquer la cohérence profonde d'une telle organisation sociale qu'en la rattachant à un système de croyances religieuses. Il reste en cela un penseur classique et pas une sorte de pré-structuraliste, au sens où l'organisation sociale relève pour lui en dernière instance de motifs et de significations qui, quoiqu'ils ne soient pas toujours immédiatement présents à la conscience des acteurs, sont cependant essentiellement intelligibles : les hommes ne sont pas mus par des structures impersonnelles foncièrement hétérogènes à leurs croyances. Cela vaut, dans le cas de l'organisation familiale fondée sur le culte des ancêtres, pour tous les rapports de droit qui s'y rattachent – *patria potestas*, *manus*, succession, adoption, propriété et autres. Les rapports de droit ne sont tels qu'à condition qu'il soit possible de leur attribuer une signification au sein d'un système de croyances : voilà ce qui interdit fondamentalement aux yeux de Fustel de faire de la puissance du père de famille une dérivation de la force matérielle. On peut écrire en ce sens que pour lui, à la différence de Maine, les rapports de droit sont par essence des rapports institués par des significations³⁶. Or il est possible, en reprenant sous cet angle la question de

36 On trouve une tentative de voie moyenne entre l'approche matérialiste incarnée par Maine et l'approche idéaliste incarnée par Fustel dans la première version de la théorie de l'institution de Maurice Hauriou, v. *La science sociale traditionnelle* (1896) in M. Hauriou, *Écrits sociologiques*, Paris, Dalloz, 2008. Selon Hauriou, ce ne sont pas les croyances et les idéaux des hommes qui jouent le rôle primitif dans la genèse des institutions sociales. Les « organisations » humaines naissent, non pas des croyances, non pas d'idéaux élevés de nature religieuse ou philosophique, mais de la lutte des égoïsmes, des conquêtes de la force. Ce n'est que dans un second temps que les croyances vont pénétrer ces organisations originellement engendrées par la force, les rendre acceptables dans la durée, les rendre moins dures, les pénétrer de justice – en un mot, les instituer, car « s'instituer c'est se donner un principe interne, une âme » (*ibid.*, p. 194). Le « phénomène de l'institution » consiste dans ce processus de spiritualisation *a posteriori* des organisations humaines engendrées initialement par la force. Il en va ainsi pour la famille antique, *ibid.*, p. 203 : « Nous ne disons pas que la religion crée la société, mais seulement qu'elle contribue à l'instituer et à la sauver. C'est en ce sens, sans doute, qu'il convient d'entendre la célèbre doctrine de Fustel de Coulanges dans la *Cité antique*. Il est clair que la famille antique, une fois qu'elle a été une institution, s'est trouvée soutenue par le culte des ancêtres. Mais ce n'est pas ce culte qui avait créé le groupe familial. L'organisation s'était faite à coups de force. Plus tard était venue la religion, qui avait institué l'organisation, donné le sentiment de ses devoirs au chef de la famille, induit les subordonnés à accepter le pouvoir du chef par l'idée du culte des ancêtres, et il en était résulté une institution durable. » Sur cette première théorie de

l'interaction entre droit et religion chez Fustel, de dépasser le modèle de l'engendrement et ses faiblesses.

B- Au-delà de l'engendrement : la correspondance sémiologique entre religion et droit

Le problème qui se pose à Fustel est celui de l'institution des relations humaines dans la *gens* et dans la cité antique. Il faut comprendre par là que ces relations sont toujours médiatisées par une signification qui s'inscrit elle-même au sein d'un système cohérent de représentations, ou de croyances pour employer le langage de Fustel. Les relations humaines, en tant qu'humaines, sont douées de sens. Cette idée ressort de la célèbre définition que Fustel donne de l'histoire : « L'histoire n'étudie pas seulement les faits matériels et les institutions ; son véritable objet est l'âme humaine ; elle doit aspirer à connaître ce que cette âme a cru, a pensé, a senti aux différents âges de la vie du genre humain. »³⁷ Ce qui justifie l'histoire en tant que science est cependant que ce sens ne se donne pas directement mais doit être reconstruit, interprété par l'historien : les institutions humaines doivent faire l'objet d'un déchiffrement en tant que signes de croyances sous-jacentes. De cela, la *gens* et la cité antique donnent un exemple particulièrement éloquent. D'une part, Fustel évoque un processus d'engendrement en vertu duquel les croyances religieuses se traduisent par une sorte de correspondance sémantique parfaite dans des rituels domestiques (Fustel soutient par exemple qu'à l'origine les oblations visaient *littéralement* à nourrir l'ancêtre qui repose sous terre³⁸) et dans des rapports juridiques – de mari à femme, de père à enfants, de propriétaire à propriétaire. Mais d'autre part, Fustel décrit la religion antique et le droit antique comme des pratiques entièrement chiffrées. Ce qu'il écrit des rites, des lois, des formules d'action, des procédures, contredit diamétralement le réalisme sémantique naïf qui donne à croire que les croyances religieuses se traduisent terme à terme en pratiques rituelles et en rapports de droit, réalisme qui pourtant ressort indiscutablement d'une foule de formulations de la *Cité antique*. Ainsi, comme l'a montré François Héran, « la *Cité* forme un dyptique qui se prête à deux lectures opposées »³⁹. La même religion antique que Fustel nous montre comme un système fortement lié de croyances engendrant des rites, des institutions et des lois à la manière d'un

l'institution chez Hauriou, nous nous permettons de renvoyer à T. Pouthier, « Les sources théologiques de la théorie de l'institution chez Maurice Hauriou. L'institution dans *La science sociale traditionnelle* » in E. Djordjevic, S. Tortorella, M. Unger (dir.), *Les équivoques de l'institution. Normes, individu et pouvoir*, Paris, Classiques Garnier, 2021, p. 97-125.

37 *La Cité antique*, p. 103.

38 *Ibid.*, p. 12-14, 18-19.

39 « L'institution démotivée. De Fustel de Coulanges à Durkheim et au-delà », *Revue française de sociologie*, vol. 28, n°1, 1987, p. 67-97 (p. 77 pour la citation).

esprit produisant un texte, est dite ailleurs ne pas consister en « un corps de dogmes, une doctrine sur Dieu, un symbole de foi » mais seulement en des « rites, cérémonies, actes de culte extérieur » : « La doctrine était peu de choses ; c'étaient les pratiques qui étaient l'important ; c'étaient elles qui étaient obligatoires et impérieuses. »⁴⁰

Cette tension entre les deux lectures possibles de la *Cité antique* est à son paroxysme au chapitre 11 du livre III consacré à la loi de la cité. D'une part, Fustel y emploie ses formules les plus radicales relativement à la genèse religieuse du droit comme nous l'avons vu plus haut : « droit et religion ne faisaient qu'un », « la loi était la conséquence directe et nécessaire de la croyance ; elle était la religion même s'appliquant aux relations des hommes entre eux ». Ce modèle de l'engendrement est illustré par la correspondance sémantique transparente entre les croyances relatives au culte des ancêtres et les rapports de droit privé en matière de puissance paternelle, de succession, d'adoption, de propriété. Mais par un contraste frappant, le reste du chapitre décrit la loi antique comme un code sans chiffre qui se caractérise précisément par l'oblitération complète du sens. Étant réputée d'origine divine (même lorsqu'elle est « posée » par un législateur) elle « n'est pas tenue de donner ses raisons », elle « n'a pas de considérants »⁴¹. Surtout, elle n'existe que sous une forme sacrée similaire à celle d'un rite : elle a le rythme d'un chant sacré comme l'indique l'étymologie de *nomoi* ; elle ne vaut que par ses mots et non par son sens car « la lettre est tout », « il n'y a pas à chercher l'esprit ou le sens de la loi » ; étant tout extérieure, elle s'accompagne nécessairement de gestes – le cuivre et la balance, la baguette posée sur l'objet du litige ; participant au mystère du sacré, elle est tenue secrète⁴². Ce contraste entre transparence du sens et mutisme de la forme invite à interpréter différemment la démarche d'ensemble de Fustel et aussi, par conséquent, sa conception des rapports entre religion et droit.

Tout d'abord, Fustel s'appuie sur un postulat méthodologique voire philosophique : les pratiques religieuses et le droit, étant choses humaines, sont douées de sens alors même que celui-ci serait entièrement dérobé à la compréhension de leurs acteurs. Le mutisme des formes sacrées de la religion et du droit antiques impose par conséquent à l'historien un travail d'interprétation au moyen d'une démarche sémiologique : il doit en rendre raison parce qu'il est possible, en droit, d'en rendre raison. Sans doute convient-il de lire ainsi ce passage d'une lettre adressée à Warnkœnig : « Comme j'étais porté à croire que, dans ces grands corps vivants qu'on appelle sociétés, il y a toujours un principe invisible qui fait la vie, je cherchais, au-dessous des formes extérieures et des phénomènes, les idées

40 *La Cité antique, op. cit.*, p. 195.

41 *Ibid.*, p. 223.

42 *Ibid.*, p. 224-225.

qui avaient dû engendrer et soutenir l'ordre social. »⁴³ De ce point de vue, les formules naïves qui parsèment la *Cité antique* sur l'engendrement direct des rites, des pratiques et des règles par les croyances religieuses ne sont qu'une reconstruction *a posteriori* rendue possible par le travail sémiologique préalable de l'historien. Ces formules induisent en erreur dans la mesure où elles font croire que rites, pratiques et règles sont institués par une donation directe de sens, alors que celle-ci n'est qu'une reconstruction hypothétique. Hans Joas a parfaitement résumé cette ambivalence du propos de Fustel : au-delà des formules sur « l'engendrement » des rites et des institutions par les croyances, celui-ci « ne cherchait nullement à identifier des croyances en tant que telles, distinctes des rituels ; il se contentait d'extrapoler à partir des pratiques obligatoires les représentations qui les faisaient paraître sensées aux participants »⁴⁴. Cette remise à l'endroit de la démarche de Fustel incite à lire autrement le modèle de l'engendrement en tant qu'il s'applique à la relation primitive de la religion et du droit. L'idée d'un engendrement des règles de droit par les croyances religieuses est en réalité une reconstruction à la fois hypothétique et nécessaire selon la compréhension que se fait Fustel du travail historique : elle est justifiée par l'exigence méthodologique de rendre raison de ces règles en leur assignant un sens au sein d'un système de croyances.

Nous sommes conduits par là à une seconde relativisation du modèle de l'engendrement. Pratiques religieuses et pratiques juridiques présentent dans l'Antiquité le même caractère ésotérique et supposent par conséquent de la part de l'historien un même travail d'interprétation sémiologique pour en extrapoler un système cohérent de croyances. Fustel qualifie ce système, reconstruit par lui, de « religion ». Mais il y a là un raccourci qui n'est pas intrinsèquement nécessaire. Fustel a voulu rattacher directement les pratiques juridiques au système de croyances qu'il avait préalablement extrapolé à partir de l'interprétation des rites domestiques liés au culte du foyer et des ancêtres. À partir de là, le modèle de l'engendrement du droit par la religion devait logiquement s'imposer alors qu'il s'agit, encore une fois, d'une forme d'escamotage : pourquoi ne pas reconstruire, par interprétation des pratiques juridiques, un système de croyances relatives au droit qui ne se confondrait pas *directement* avec les croyances religieuses ? La première réponse que l'on peut donner est que Fustel attribuait aux croyances spécifiquement religieuses une force instituante particulière, et qu'il ne concevait pas que des croyances morales ou juridiques puissent avoir une force créatrice autonome dans le monde antique. Comme l'écrit Georges Dumézil dans ses « Réflexions sur la Cité antique », Fustel « attribue à la religion une puissance créatrice, formatrice, sans rivale »⁴⁵. Une seconde réponse permet cependant de voir comment le modèle de

43 Lettre du 4 novembre 1864 reproduite en annexe à *La Cité antique*, *op. cit.*, p. 476 s.

44 *Les pouvoirs du sacré. Une alternative au récit du désenchantement*, tr. de l'allemand par J.-M. Tétaz, Seuil, 2020, p. 100.

l'engendrement pourrait être corrigé pour offrir un enseignement durable sur l'interaction entre religion et droit. Fustel s'est convaincu, sur le fondement d'un travail de dix années, que les pratiques religieuses et les pratiques juridiques des peuples anciens renvoyaient les unes et les autres à un système de croyances *cohérent*. Il n'a apparemment pu expliquer cette cohérence qu'au moyen d'un modèle génétique : les règles de droit étaient cohérentes avec les croyances religieuses parce qu'elles en dérivait directement. Georges Dumézil a soutenu cependant que ce modèle génétique, qu'il attribuait à une conception dépassée de la psychologie chez Fustel, n'était pas nécessaire pour expliquer la cohérence des croyances sous-jacentes aux pratiques religieuses et aux pratiques juridiques :

« D'autres [faiblesses] viennent de ce que [Fustel] se fait de l'activité et des manifestations de l'esprit humain une idée mécaniciste, et de l'esprit lui-même une image compartimentée, articulée, conformes elles aussi à la psychologie de l'époque. La religion, considérée comme autonome et première, produit selon lui, puis commande le droit et les institutions, alors que nous savons aujourd'hui que ces trois *corpus* ne sont que trois expressions solidaires d'une même philosophie implicite, d'une même « idéologie », sans qu'on ait à chercher à établir entre elles des priorités ou des filiations, trois expressions qui s'interpénètrent et s'entraînent dans leurs évolutions, en sorte qu'il faut parler, à côté des faits proprement religieux ou magico-religieux, de faits « juridico-religieux » et « politico-religieux ». »⁴⁶

La *Cité antique* demeure donc d'un apport précieux pour la compréhension de l'interaction entre religion et droit – dans les sociétés anciennes et au-delà – pourvu que les idées de Fustel soient, d'une part, rattachées à la démarche sémiologique qui les sous-tend et, d'autre part, débarrassées de l'idée trop simple et mécanique d'engendrement. Demeure la thèse d'une correspondance sémiologique entre les *corpus* que sont la religion et le droit pour reprendre l'expression de Dumézil. En reconstruisant les croyances sur la base des pratiques, à la fois religieuses et juridiques, l'historien peut constater entre elles des recoupements, des correspondances, et tenter d'en dessiner un système cohérent. Cette

45 Présentation de Numa Denis Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, Paris, Albatros/Valmonde, 1982, p. 7-30 (p. 27 pour la citation). V. aussi F. Héran, « De la *Cité antique* à la sociologie des institutions », *Revue de synthèse*, IV^e s., n° 3-4, 1989, p. 363-390, en particulier p. 371 : « [La religion] a « constitué » la famille, « établi » le mariage, « fixé » la parenté, « consacré » le droit de propriété et, enfin, « formé » la cité. L'emploi récurrent de ces verbes performatifs tout au long de l'ouvrage suggère que ce n'est pas la religion en tant que telle qui intéresse Fustel, mais le principe instituant désigné sous ce nom. »

46 *Ibid.*, p. 18.

démarche inductive prémunit contre l'idée d'une traduction directe des croyances en pratiques, qui fait la faiblesse de nombreuses formulations de la *Cité antique* ; mais elle permet symétriquement de répondre aux critiques adressées par l'anthropologie juridique du XX^e siècle, de A. S. Diamond à E. A. Hoebel, à l'idée même d'interaction entre religion et droit. Cette critique repose en réalité sur un présupposé qui assigne aux pratiques religieuses et aux pratiques juridiques des champs nettement séparés qui ne se recouperaient, même chez les peuples dits primitifs, que de façon très limitée. Ainsi, selon Diamond, seule la *sanction* des règles juridiques prendrait une forme religieuse à l'exemple de l'ordalie – et encore, dans certains cas seulement – tandis que la *matière* en serait purement civile : quel rapport par exemple entre le fait que l'on doit donner telle somme en compensation pour la fracture d'un os, et la prétendue domination de la religion dans le droit de ces peuples, alors que les prescriptions de ce type en constituent la majeure partie ? Diamond en arrive par là à soutenir que les lois des peuples anciens sont, au fond, entièrement séculières. Harold Berman a montré cependant le caractère superficiel de ces critiques en mettant au jour leur présupposé séparatiste :

« L'essentiel est que l'intégralité du système germanique de compositions pécuniaires en cas de blessure s'inscrivait dans le paradigme du *wyrd* et du *lof*, du *wer* et du *bot*, du *mund*, du *frith*, du *borh*, du *wed* – du système de la *destinée* et de l'*honneur* qui fusionnait le droit avec la religion, la politique, l'économie, le clan et les loyautés de la maisonnée. Diamond réduit son propre argument à l'absurde lorsqu'il soutient que la majeure partie du droit hébreu de l'Ancien testament est également du « droit séculier », entièrement distinct de la religion. Les Hébreux n'auraient jamais reconnu une telle distinction et l'auraient dénoncée ; pour eux chaque mot de la Bible était sacré. »⁴⁷

Berman s'emploie dans ce passage à réhabiliter Maine qui était justement la cible des critiques de Diamond. Il lui prête ainsi la thèse, non pas seulement d'un entremêlement, mais d'une véritable intégration du droit et de la religion chez les peuples anciens. Cette lecture est peut-être discutable dans la mesure où Maine, comme nous l'avons vu, s'en tient à une conception quelque peu superficielle des croyances qui ne permet pas d'en étudier la dimension instituante. L'intégration de l'ordre juridique des peuples germaniques à un système total de croyances relatives à la destinée et à l'honneur, telle que Berman la propose, ne peut selon nous être justifiée que par une démarche reconstructive de l'historien dont Maine ne fournit pas la clé. Nous avons souhaité montrer que les fondements

47 *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, op. cit., p. 80, je traduis.

méthodologiques de l'anthropologie croisée de la religion et du droit à laquelle songe Berman se trouvaient en réalité chez Fustel de Coulanges.