

## **Loi et coutume au XVIII<sup>e</sup> siècle: pour une nouvelle contrainte juridique**

Historiquement, la contrainte juridique a longtemps bénéficié de l'autorité de la tradition. La coutume en fut le symbole. Au XVIII<sup>e</sup> siècle la valeur de la tradition fut mise en question par la critique rationaliste des Lumières, en provoquant une crise de la légitimité du droit.

C'est seulement la loi, considérée comme source unique du droit, qui aurait pu résoudre cette crise, afin d'établir une nouvelle légitimité et une contrainte juridique d'origine rationnelle et volontariste.

### *1. Contrainte et perception subjective*

Quand on traite de la *contrainte juridique* il faut considérer l'importance de sa perception subjective. L'individu a une perception de la contrainte qui le pousse à se conformer aux prescriptions normatives: „*Je dois faire comme cela parce qu'il s'agit d'un commandement juridique*“. C'est l'élément psychologique. Présent et fondamental dans la coutume, on l'appelle alors l'*opinio juris ac necessitatis*.

Cette perception se fondait habituellement sur la *tradition*: „*on fait comme cela, car on a toujours fait comme cela*“. Donc „*il est juste de faire comme cela*“. Droit et tradition étaient ainsi identifiés.

Il est évident que la tradition crée une identité culturelle et sociale. Elle est *rassurante*, car on connaît exactement les conséquences des comportements; elle est *ancienne* ou même *perpétuelle* (*ab immemorabili*); elle est *naturelle* et *spontanée*; les comportements sont répétés (*diuturnitas*) et stables.

Selon la mentalité de l'Ancien Régime le *changement représentait toujours un mal*, car la société se fondait sur un ensemble rigide de pouvoir, religion et société. Tout mouvement effrayait et on attribuait à la tradition le caractère de *rationalité naturelle*.

Le rationalisme au XVIII<sup>e</sup> siècle bouleversa cette perspective en affirmant „*on doit faire comme cela car cela est rationnel*“. En découle un changement de la source de la légitimité du droit: de la *tradition* à la *raison*. La tradition ne suffit plus. Il faut y substituer ou y ajouter une légitimité rationnelle. Cela va modifier profondément la culture et désorienter les mentalités.

## 2. *Loi et Coutume: Raison et Tradition*

L'opposition entre loi et coutume représente depuis toujours un sujet classique de la doctrine juridique. Ceci est encore plus évident dans la doctrine juridique française durant les siècles de l'*Ancien Régime*, quand le développement des *lois du Roi* eut pour intention de réduire progressivement le rôle des coutumes<sup>1</sup>.

Le XVIII<sup>e</sup> siècle est, à juste titre considéré comme le siècle du rationalisme, de l'affirmation de la science et de sa méthode, en opposition à la culture du Moyen-âge. Il s'agit du conflit entre *Raison* et *Tradition*, mené au nom du progrès et du dépassement de la superstition et des croyances irrationnelles des „siècles obscurs“.

On peut estimer que l'opposition entre *Raison* et *Tradition* correspond, du point de vue des sources du droit, à l'opposition entre *Loi et Coutume*. Si la Coutume représente le symbole du passé, de la tradition et de la continuité, la Loi représente au contraire l'instrument de la rationalité, de la nouveauté et du progrès. La lutte contre la coutume devient au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle la lutte contre l'obscurantisme, la superstition et le fanatisme.

La coutume reliait les générations dans le temps et fournissait une justification morale et psychologique au maintien du *status quo*. Cette continuité avait certainement un caractère rassurant, elle garantissait la stabilité des comportements sociaux. La coutume fut ainsi identifiée par les Lumières au „mal“, tandis que la loi devint le symbole du „bien“, lequel allait inévitablement s'affirmer avec la construction d'une société nouvelle et juste.

La condamnation du passé fut très nette, même si à des degrés différents, selon les sensibilités des différents auteurs, elle caractérisa tous les juristes des Lumières. Condamner le passé signifiait donc, avant toute chose, effacer la coutume du catalogue des sources du droit.

## 3. *Coutume et Tradition*

La coutume – „la loi que l'usage a établi et qui s'est conservée sans écrit par une longue tradition“<sup>2</sup> – exerçait un rôle central dans l'ordre français du Moyen-âge et de l'*Ancien Régime*. Le roi lui-même était considéré comme le *Gardien de la coutume*, c'est-à-dire le gardien des traditions sociales et culturelles de la communauté du Royaume.

---

1 A propos de la coutume on doit toujours se référer aux études de *Norberto Bobbio*, notamment à *La consuetudine come fatto normativo*, Padoue 1942 (réimpr. Turin 2010).

2 Selon la définition de *R.-J. Pothier*, Introduction générale aux coutumes, dans *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans*, n.éd., Paris 1780, n. 1.

Toutefois toutes les coutumes ne méritaient pas la tutelle: à côté des *bonnes et raisonnables coutumes* – garanties par le souverain – il existait aussi *les mauvaises coutumes*, à l'égard desquelles le roi devait intervenir en qualité de *Censeur* et donc de *réformateur*. La loi du roi imposait alors l'abolition de la *mauvaise coutume*, pour la remplacer par une nouvelle règle „juste et raisonnable“. „C'est au roi – affirme clairement Jean-Marie Carbasse – qu'il appartient de lutter contre les mauvaises coutumes et de les extirper pour les remplacer par des règles raisonnables. L'obligation qui lui incombe de *chasser le mauvais droit* est une conséquence directe de son devoir plus général de justice: car une bonne justice implique de bonnes règles: s'il doit 'garder' les bonnes règles, il doit tout autant abolir les mauvaises“<sup>3</sup>.

L'action du roi dérivait donc toujours de l'exercice de la *iurisdictio*, qui était sa prérogative fondamentale en tant que *Grand-justicier*. Comme l'avait affirmé Jean Bodin „tous les anciens et sages politiques sont d'accord que les Rois ne furent onques établis pour autre chose que pour faire iustice, ainsi la vraie science du Prince est de juger son peuple“<sup>4</sup>.

Il existait un „lien indissoluble entre la titularité de *iurisdictio* et la titularité de *potestas* et de *imperium*“<sup>5</sup>. Les deux pouvoirs royaux, „l'un d'administrer la justice et l'autre de légiférer étaient (...) intimement liés, le deuxième étant la conséquence directe du premier et légitimé uniquement par ce dernier. La législation était une forme de justice“<sup>6</sup>.

Dans la société du Moyen-âge et des premières années de l'époque moderne – il faut le rappeler – chaque „nouveau“ (*nouvelleté*) représentait une menace pour le *status quo*. Pour cette raison, elle était condamnée: la défense de la tradition se fondait nécessairement sur le refus de l'innovation. Les rares interventions normatives du souverain se justifiaient seulement par la nécessité de réaliser une administration plus efficace de la justice.

Il fut donc évident que le caractère des interventions du roi fut exceptionnel à l'époque médiévale. Dans l'ensemble, l'autorité du souverain se manifestait alors le plus nettement par son rôle de garant de la coutume.

---

3 J.-M. Carbasse, Manuel d'introduction historique au droit, 5<sup>e</sup> éd., Paris 2013, p. 179–180.

4 J. Bodin, Les six livres de la République (1576), IV/6, Paris 1583 (réimpr., Aalen 1961), p. 610–611.

5 M. Caravale, Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale, Bologne 1994, p. 524. Cf. P. Costa, Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100–1433), Milan, 1969, p. 148.

6 *Ibid.*, p. 527.

#### 4. Coutume et droit naturel

Le XVIII<sup>e</sup> siècle vit la radicalisation de l'opposition entre „coutume“ et „loi“, symbole de la lutte entreprise par la *Raison* contre la *Tradition*. Dans ce cadre, apparaît significatif, et certainement ambigu, le recours au droit naturel souhaité par les doctrines des Lumières. Le droit naturel, considéré par la doctrine du droit commun comme une référence constante et inéluctable du droit positif, représentait un élément conservateur du système. En effet on tendait à attribuer à la réalité factuelle le caractère de rationalité et de naturalité intrinsèque. La coutume qu'il fallait préserver était la coutume *bonne et raisonnable*, point de référence fondamental de l'action du juge et du législateur.

La doctrine du droit commun se fondait donc sur le droit naturel, identifié avec la tradition et profondément lié à des éléments théologiques et organicistes.

Les Lumières, en s'appuyant sur la doctrine des jusnaturalistes du XVII<sup>e</sup> siècle – tels que Grotius, Hobbes, Thomasius et Pufendorf –, théorisèrent un nouveau droit naturel, fondement de tout ordre juridique. Son caractère rationaliste et individualiste le différenciait beaucoup du jusnaturalisme du Moyen Age, théologique et holistique.

On pourrait affirmer que cette théorisation réalisa une *invention de la nature*, car la nature dont on parlait était artificielle et purement théorique. Est-ce qu'on a dû „inventer“ (ou bien réinventer) la nature afin de mieux comprendre la réalité des choses? Les notions mêmes de „nature“, „individu“, „égalité“, „liberté“ etc. ont une valeur profondément symbolique, mais elles dérivent d'une création intellectuelle et artificielle.

Les Lumières proposent une reconstruction radicale du système juridique et de la société en utilisant des institutions et des principes tirés du droit naturel (ou, pour mieux dire, de ce qu'on estime être le droit naturel). Est-ce qu'il s'agit d'un *procédé naturel* ou bien *artificiel*? En d'autres termes, la „nature“ inventée par les Lumières est-elle „naturelle“?

On pourrait affirmer que la „nature“ décrite par les juristes est toujours le fruit d'une création intellectuelle, car chaque époque historique invente sa propre conception de la nature<sup>7</sup>.

Il faut se rappeler que tout changement rapide est certainement le produit d'un acte de volonté artificielle. Une volonté, peut-être rationnelle, mais certainement *non-*

---

7 Cela est très évident aujourd'hui dans le discours politique à propos, par exemple, de la bioéthique. La nature ne peut pas répondre aux questions délicates et inimaginables que nous sommes obligés de nous poser.

*naturelle*, était à la base de la transformation de la société souhaitée au XVIII<sup>e</sup> siècle. Au nom de la nature on imposait une transformation artificielle.

La question concernait finalement le caractère „rationnel“, ou bien „irrationnel“, de la tradition et de la coutume. Il s’agit du problème de la *rationalité du réel*, soulevé par l’affirmation célèbre et controversée, de Hegel: „ce qui est rationnel est réel; et ce qui est réel est rationnel“<sup>8</sup>.

### 5. *La loi rationnelle*

Fruit d’un rationalisme exacerbé, théorique et loin de la réalité, la doctrine des Lumières dérivait de l’imitation et de l’exaltation des sciences naturelles et de leur méthode<sup>9</sup>. Au nom de la séparation des pouvoirs, les juristes du XVIII<sup>e</sup> siècle attribuèrent un caractère „sacré“ au législateur et à la loi, source unique du droit, tandis que la juridiction aurait dû se borner à appliquer la règle juridique sans l’interpréter, grâce au syllogisme judiciaire<sup>10</sup>. Face au *juge créateur* de l’Ancien Régime – caractérisé par l’ampleur des pouvoirs interprétatifs dont il disposait – les Lumières théorisaient le juge „bouche de la loi“. Le but était d’assurer la prédictibilité absolue des jugements. C’était réaliser l’illusion scientifique: la création des „machines jugeantes“<sup>11</sup>.

La loi, claire et précise, parce que rationnelle et inspirée du droit naturel, devient ainsi l’instrument par excellence du changement et de la modernisation de la société. Ce culte de la loi se révèle fascinant, schématique et simple à comprendre.

### 6. *Conclusion: une nouvelle perception de la contrainte*

Le changement de paradigme ne fut évidemment ni simple, ni rapide. À partir des Lumières – et notamment pendant la Révolution – on propose d’obéir à la *raison* afin d’abandonner la *tradition*. Du point de vue subjectif on impose de modifier la perception de la contrainte: „*je fais comme cela car il s’agit d’un comportement rationnel*“, ou bien simplement „*car je suis obligé de le faire (donc, il est obligatoire)*“.

---

8 Hegel, „Préface“, dans *Principes de la philosophie du droit*.

9 À ce propos, voir les considérations de P. Serrand, *La loi dans la pensée des rédacteurs du Code Napoléon*, *Droits*, XLII (2006), p. 31–48.

10 Cf. J. Krynen, *Le problème et la querelle de l’interprétation de la loi en France, avant la Révolution: essai de rétrospective médiévale et moderne*, *Revue historique de droit français et étranger*, LXXXVI (2008), p. 161–197; *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment. From the Rule of the King to the Rule of the Law*, sous la dir. de Yasutomo Morigiwa, Michael Stolleis, Jean-Louis Halpérin, London-New York 2011.

11 Cfr. R. Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Paris 2006.

On peut affirmer qu'on passe de la *rationalité naturelle* à la *rationalité artificielle*. Il s'agit du début du *positivisme juridique*.

Le paradoxe est qu'on prétend que cette rationalité artificielle est fondée sur le droit naturel. Par conséquent on doit inventer une *nature artificielle*. Le changement devient maintenant „le bien“, et il faut en persuader la société afin de vaincre la peur du „mouvement“.

La Révolution représente le triomphe de la „Loi rationnelle et artificielle“ face à la „Coutume traditionnelle et naturelle“. L'ambiguïté du rôle du Roi de l'Ancien Régime – en même temps garant de la tradition et législateur – l'empêchait de réaliser cette transformation radicale effectuée par la Révolution.

Après la Révolution et l'époque napoléonienne, le XIX<sup>e</sup> siècle représente la période du compromis: on assure la primauté de la loi, mais on réalise une réhabilitation progressive de la jurisprudence et, indirectement, de la coutume. Il suffit, à cet égard, de rappeler l'article 4 du Code civil qui attribue au juge une grande amplitude de fonctions interprétatives. Comme l'affirme justement Pierre Serrand: „l'idée que les rédacteurs du Code Napoléon ont de la loi est finalement assez éloignée de la tendance dominante des Lumières françaises [...] le législateur doit faire œuvre de prudence, c'est-à-dire doit modérer l'exercice de son pouvoir en se méfiant des faiseurs d'utopie et en maintenant, dans la mesure du possible, les choses telles qu'elles sont. Il explique aussi la place de l'usage et de l'équité parmi les sources du droit, ainsi que la réhabilitation de la jurisprudence [...] En définitive, de la Révolution au Code Napoléon, l'histoire de la loi semble être déjà celle d'une espérance déçue“<sup>12</sup>.

La transition du droit traditionnel au droit entièrement rationnel n'a pas été réalisée, et – à mon avis – ne le sera jamais. On pouvait même se demander si le rationnel devait nécessairement prévaloir<sup>13</sup>. Le poids et l'importance culturelle, psychologique et sociale de la tradition ne peuvent pas être effacés.

---

12 P. Serrand, *La loi dans la pensée des rédacteurs du Code Napoléon*, op. cit., p. 47–48.

13 A cet égard, la célèbre citation de *J.-J. Rousseau* nous force à réfléchir: „quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps: ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre“ (*Contrat Social*, I/7).