

La coutume dans le *De Legibus ac Deo Legislatore* de Francisco Suarez

Véronique MICHEL

Avocat à la Cour d'Appel de Paris

RÉSUMÉ.- Introduction. I – La forme de la coutume. A. La forme extrinsèque de la **coutume** ; B. La forme intrinsèque de la coutume ; II – Les effets de la coutume. A. L'effet obligatoire de la coutume ; B. L'effet de la coutume par rapport aux autres lois. Conclusion.

Le *Tractatus De Legibus ac Deo Legislatore* de Francisco Suarez, même s'il reproduit le plan de la *Prima Secundae* de la *Somme théologique* de saint Thomas d'Aquin (q. 90 à 109), est reconnu par de nombreux auteurs comme une œuvre novatrice, à l'origine du droit naturel moderne ¹.

Des théologiens, tel Henri Brouillard, considèrent Francisco Suarez comme « un des plus éminents représentants de la philosophie du droit » parce qu'il a su « compléter l'intellectualisme thomiste par une considération plus concrète de la psychologie humaine, et en faisant plus de place à la volonté et à la liberté » ². Il réaliserait alors une « *media sententia* entre l'intellectualisme et le volontarisme » ³. Une telle présentation, par sa cohérence et sa modernité devait s'imposer aux théories du droit du XVII^e et XVIII^e siècle ⁴.

Le *De Legibus* apparaît comme une théorie organisée dont nous rappellerons brièvement les grandes lignes, sans chercher à en déterminer les nuances par rapport à la vision thomiste sur laquelle Suarez s'appuie.

¹ Paru en 1612, comme en réponse à Jacques Ier - qui contestait alors l'autorité du Pape et prônait un pouvoir absolu d'origine divine en faveur du monarque - le *De Legibus* constitue l'exposé scolastique de toutes les idées métaphysiques, politiques et juridiques que suscite le droit. Dans cet article, les références à l'ouvrage seront opérées sans mention d'abréviation en désignant successivement le livre, le chapitre et l'article.

² Article « Suarez », in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, p. 2726 et 2709.

³ Cf. René Sève, *Leibniz et l'École moderne du droit naturel*, p. 46 et s.

⁴ C'est au début du siècle que Suarez a été redécouvert par des universitaires allemands tels que Stammler, Jold ou Kohler, et grâce aux articles parus dans les *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* dans les années 1916-17, lors de la vague d'engouement pour les auteurs de la Contre-Réforme catholique avec le développement du droit international public. Le mérite de ces auteurs a été de reconnaître l'influence des espagnols de la Seconde Scolastique sur la doctrine des penseurs protestants tels que Grotius.

Au sommet est placée la loi divine, loi éternelle et immuable, « source et origine de toute loi »⁵. Les hommes prennent connaissance de la loi divine soit par la lumière de la raison naturelle, soit par le Décalogue. Ils participent à l'élaboration de cette loi divine par l'intermédiaire des lois humaines qu'ils établissent grâce au pouvoir même que Dieu leur a donné à cette fin. Puis, en suivant le plan du Docteur Eximius, apparaît la loi naturelle, la première des lois par l'intermédiaire de laquelle la loi éternelle est appliquée aux hommes. Connaturelle à l'essence humaine en ce qu'elle constitue la « nature rationnelle en soi »⁶, elle est de ce fait immuable. La loi naturelle prohibe quelque chose parce que c'est mal et ordonne autre chose parce que c'est bien, à la différence des autres lois qui rendent mauvais ce qu'elles prohibent et honnête ce qu'elles ordonnent. Les préceptes positifs, sont, en principe, dans la doctrine suarezienne, des déterminations des préceptes divins ou naturels, mais peuvent aussi être issus de principes généraux contenus dans le droit des gens⁷.

La loi humaine est définie par Suarez comme un « précepte commun, juste et stable, suffisamment promulgué »⁸. Enfin, la coutume répond à la même définition que la loi écrite et ne diffère de celle-ci que par sa manifestation extérieure. Elle joue cependant un rôle bien spécifique dans le processus législatif de la République parce que, comme le souligne Rocafull⁹, « son existence est une nouvelle preuve de ce que le peuple n'abdique pas sa souveraineté par le pacte politique et que, même si l'État est déjà constitué, la coutume peut imposer des normes ayant une valeur juridique ».

Suarez s'attache en effet à démontrer que la coutume a toujours existé à côté du droit écrit : par elle et avec elle, la société manifeste sa souveraineté jusque dans l'aire juridique réservée à l'autorité publique. C'est là une illustration de la conception suarezienne du pacte social en vertu de laquelle le pouvoir législatif procède du peuple, lequel, même après l'avoir transféré à une personne ou à un groupe d'individus déterminés, en conserve l'exercice par le biais de la coutume, mais peut aussi se rebeller contre un tyran¹⁰. De

⁵ Cf. II, IV, 4 : « *Lex aeterna est legum omnium fons et origo* ».

⁶ Cf. II, V, 2 : « *naturam rationalem secundum se* ».

⁷ Cf. III, IX et VII, III. Le droit des gens est considéré par Suarez comme un droit quasi naturel en ce qu'il est conforme à l'équité naturelle, par définition générale et universelle. Cependant, il s'agit d'un droit humain et positif parce qu'il est introduit par les hommes et suit une double modalité : la première, réellement distincte du droit civil est celle qui caractérise en propre le droit des gens (immunités diplomatiques, guerre, esclavage, traités de paix et libre échange avec les pays non ennemis) et correspond à l'idée de coopération internationale ; la seconde résulte de l'application de lois similaires dans presque tous les pays (culte de Dieu, usage de la monnaie, péages, divisions de la propriété). Plus précisément, alors que la loi humaine reçoit sa force du droit naturel sous forme de détermination, le droit des gens s'introduit comme une conséquence nécessaire et convenable au regard de la nature humaine ; il ne reçoit pas de détermination en particulier mais se déduit comme un résultat de la nature.

⁸ Cf. livre II.

⁹ Cf. *Doctrina politica de Francisco Suarez*, éd. Jus, Mexico, 1948, p. 261 : « *su existencia es una nueva prueba de que por el pacto politico o de senorio el pueblo no abdica su soberania y, aun constituido ya el Estado, puede imponer normas con validez juridica* ».

¹⁰ La conception suarezienne du pacte social explique à la fois l'origine de la société et l'attribution du pouvoir à une personne déterminée. Le pacte social se décompose en deux phases : la première permet aux hommes de s'unir socialement et former une communauté po-

ce point de vue, le thème de la coutume dans le *De Legibus* présente un intérêt politique. Or, à l'exception d'articles parus sur la forme de la coutume dans des revues théologiques¹¹, Suarez a surtout été l'objet d'études sur le droit international, le concept de propriété ou la notion de loi¹².

I. — LA FORME DE LA COUTUME

La coutume est décrite, dans le *De Legibus*, comme l'un des types d'expression de la communauté parfaite, dont l'originalité réside dans le fait que, même si elle n'a pas de forme sensible particulière en dehors des actes mêmes (forme extrinsèque), elle n'en crée pas moins une obligation par la volonté qu'elle manifeste (forme intrinsèque).

A. — La forme extrinsèque de la coutume

« Une coutume ne peut être introduite que par la fréquence d'actes qui soient publics et volontaires, dans la mesure où est nécessaire le consensus du peuple pour que la coutume soit introduite »¹³.□

Suarez étudie, sous la dénomination de forme extrinsèque, la coutume en tant que répétition d'actes résultant d'une pratique (1), réalisée publiquement par une majorité des membres de la communauté (2).

1) Une pratique constituée par une fréquence d'actes...

a) Terminologie

Suarez considère que la fréquence des actes constitue la raison formelle ou la substance de la coutume¹⁴, ce qui se traduit par trois termes distincts, lesquels, bien que s'appliquant tous trois aux actes libres, ne désignent pas exactement la même réalité¹⁵ : l'usage (*usus*), la pratique (*mos*) et la coutume (*consuetudo*).

litique parfaite, nécessaire pour assurer la paix et permettre le progrès humain ; la deuxième consiste à déterminer le détenteur du pouvoir politique et satisfaire le besoin d'unité manifesté par le corps social, cf. *D. L.* III, II. En cas de perversité du souverain à l'encontre du bien commun, la communauté peut décider d'un commun accord de rescinder les pactes, destituer le Roi et se libérer de l'obéissance civile à son égard : cf. *D. L.*, III, I et *Defensio Fidei*, VI, II.

¹¹ Cf. E. Jansens, « La coutume, source formelle du droit d'après saint Thomas et Suarez », *Revue Théologique*, 1931 ; Jombart, « La coutume d'après Suarez », *Nouvelle Revue Théologique*, 1932.

¹² Cf. J. Brown-Scott, *The Spanish origin of international law*, Washington, 1928 ; M.-F. Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Droz, 1987 ; M. Bastit, *Naissance de la loi moderne*, PUF, 1990.

¹³ Cf. VI, X,1 : « *Consuetudinem non introduci, nisi per frequentiam actum, qui publice et voluntarie fiant, quatenus consensus populi est ad introducendam consuetudinem necessarius* ».

¹⁴ Cf. VII, X, 1.

¹⁵ Cf. VII, I, 2.

Usus s'appliquerait, selon le Docteur Eximius, à tout acte d'user considéré en lui-même, en tant qu'application libre de la faculté d'exécuter le moyen en vue d'une fin ; et *mos* résulterait du fait que, par une inclination naturelle, les hommes suivent la même façon d'agir. Par conséquent, pour Suarez, la différence entre *mos* et *usus* consiste en ce qu'*usus* peut se dire aussi bien pour la fréquence des actes comme pour chaque acte en particulier alors que *mos* ne se dit proprement qu'en ce qui concerne la fréquence d'actes semblables. Pour autant, Suarez reconnaît que si *usus* est utilisé dans le sens de « fréquence d'actes », alors, il ne se différencie pas de *mos*, qui recouvre la même réalité que *consuetudo*. La fréquence même d'actes (*consuetudinem formalem*) s'interprète cependant différemment selon qu'elle revêt une forme physique (*habitus*), ou bien une forme morale¹⁶. Ainsi, *consuetudo* se comprend suivant deux acceptions : il s'agit soit d'une inclination à effectuer des actes similaires (*consuetudo facti*) soit d'un lien moral (*moralem facultatem*) que Suarez appelle *ius*. C'est là que ressurgit la distinction avec *mos*, qui ne se réfère qu'au fait alors qu'*usus* peut être compris de ces deux façons (réalité de fait et réalité de droit). Pour Suarez, cette distinction dépend de la prescription de la coutume¹⁷.

b) *Appréciation de la fréquence des actes*

Suarez estime qu'une période de dix ans suffit pour créer la coutume¹⁸ et qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération la connaissance que le Prince peut avoir de l'usage, puisque la prescription acquise de bonne foi correspond à la nécessité du bien commun¹⁹. Il convient d'observer à cet égard que, pour l'auteur, la coutume qui prescrit crée une véritable loi²⁰. En revanche, la coutume qui ne prescrit pas ne peut créer une loi que si elle est le signe de la volonté et du nouveau consentement du Prince. Une autre condition est requise pour que la coutume de fait se forme : la répétition d'actes par la plus grande partie des membres de la communauté. Cela nous amène à examiner le caractère public de la pratique.

2)... réalisés publiquement par une majorité des membres de la communauté.

a) *Le caractère public de la pratique*

Pour Suarez, le caractère public de la pratique se vérifie de deux façons²¹ :

- par une notoriété de fait, lorsque l'acte, même s'il est réalisé par une personne ou un pouvoir particulier, s'effectue à la vue de tous publiquement, et non pas clandestinement ;

- par une notoriété de droit, lorsque l'acte reçoit l'assentiment d'une autorité publique ou est constaté de manière juridique (c'est le cas notamment lorsqu'il est reconnu par la doctrine ou la jurisprudence)²².

¹⁶ Cf. VII, I, 4.

¹⁷ Cf. VII, I, 5.

¹⁸ De la sorte, comme le souligne Jombart, p. 769 de l'article précité, Suarez se détache de saint Thomas pour lequel la durée n'est pas fixée à une période déterminée.

¹⁹ Cf. VII, XV, 5 et 8.

²⁰ Illustration du fait que Suarez conçoit la coutume comme une forme de loi.

²¹ Cf. VII, X, 5.

²² Cf. VII, XI, 8 et 14 ; et VII, XV, 9.

Dans tous les cas, Suarez considère les actes résultant d'une coutume particulière (c'est-à-dire la pratique d'une seule personne) ou d'une communauté imparfaite (une famille ou les gens d'une maison) ne suffisent pas à introduire une coutume, malgré leur fréquence et la volonté de faire une loi qu'ils expriment, sauf à être réalisés publiquement d'une manière notoire de fait. En effet, de tels actes ne peuvent pas indiquer la concordance du peuple ou la connaissance du Prince, ce qui pose la question de l'aptitude de la communauté à imposer une loi par la manifestation de sa volonté.

b) *L'aptitude législative de la communauté*

Suarez développe ici l'idée selon laquelle la communauté parfaite est la seule dépositaire naturelle du pouvoir d'édicter les lois, à moins qu'elle n'ait transféré ce pouvoir au Prince²³. Il y a donc lieu d'observer trois cas de figure :

- le souverain suprême est la République en son entier : le peuple est donc le seul législateur²⁴□;
- après le transfert du pouvoir législatif par la République, la Cité a reçu une délégation de pouvoir en matière de statuts municipaux²⁵ ;
- le peuple a abdiqué tout pouvoir législatif entre les mains du Prince et ne peut donc introduire de coutume qu'avec le consentement tacite de ce dernier²⁶□

Dans la dernière hypothèse (la plus courante), la question de l'existence de la coutume ne peut donc se résoudre qu'à la lumière de la volonté d'introduire une coutume raisonnable et non pas par une simple répétition d'actes (une coutume de fait) dépourvue de toute force obligatoire.

B. — *La forme intrinsèque de la coutume*

« La volonté du législateur est intrinsèque à la forme et à l'esprit de la loi. La preuve en est que la loi dépend essentiellement dans son être et son institution de l'intention du législateur. La raison en est que tout acte moral dépend essentiellement de l'intention sans laquelle il n'est pas véritablement un acte, mais un acte feint dans son ordre ou dans son apparence »²⁷. Parce que le bien de l'être humain est la raison finale de ses actes dans la tradition scolastique, la recherche de ce bien est la première loi de l'agir²⁸. Fidèle à cette tradition, Suarez considère que l'essence de la loi réside ainsi dans son ordination rationnelle au bien commun, fonction des préceptes de la loi naturelle²⁹□ (1), tels que déterminés par le libre arbitre des hommes (2).

²³ Cf. note 10 : la conception suarezienne du pacte social.

²⁴ Cf. VII, XIII, 1.

²⁵ Cf. VII, XIII, 2.

²⁶ Cf. VII, XIII, 3.

²⁷ Cf. II, XX, 3 : « *Voluntas legislatoris est intrinseca forma et anima legis. Probatur quia lex essentialiter pendet in suo esse ac institutione ab intentione legislatoris [...]. Ratio est, quia omnis actus moralis pendet essentialiter ab intentione, sine qua non est verus actus, sed fictus in suo ordine, seu in sua specie* ».

²⁸ Cf. *Somme théologique*, Ia, IIae, q. 90 a. 1.

²⁹ Cf. I, XIII, 1 et 3 ; et le commentaire de M. André Vincent, « La notion moderne de droit naturel et le volontarisme de Vitoria et Suarez à Rousseau », *Arch. phil. droit*, 1963.

1) L'ordination rationnelle de la coutume au bien commun.

a) *La coutume doit être raisonnable*

« Le droit coutumier ne peut pas être introduit sans raison »³⁰. Suarez affirme que toute loi qui existe procède de la loi éternelle, en laquelle réside la droite raison (*recta ratio*), qui est placée dans le cœur des hommes pour discerner le Bien et le Mal, par l'intermédiaire de la loi naturelle, participation de la loi éternelle dans la créature rationnelle³¹. Telle qu'elle existe en l'homme, la loi naturelle n'est pas seulement une indication de ce qui est mal, mais aussi l'obligation de s'en préserver, et par conséquent, elle ne montre pas seulement l'inadaptation naturelle de tel acte ou objet à la nature rationnelle, mais elle signale ce qui est prohibé par la volonté divine. Par conséquent, la matière de toute loi consiste en l'ensemble des préceptes ou principes moraux qui ont une honnêteté évidente. Ils sont d'autant plus nécessaires pour assurer la droiture morale que leurs contraires contiennent désordre et malice morale, ce qui va à l'encontre de la paix et de la justice³². Suarez procède à une énumération de ces différents préceptes³³, lesquels se divisent en trois catégories :

- Les premiers principes moraux généraux tels « il faut faire le Bien et éviter le Mal », « ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas que l'on te fasse ».
- Des principes plus déterminés mais évidents par leurs termes même, tels que « la Justice doit être observée », « il faut vivre avec Tempérance ».
- Et enfin, les conclusions qui se déduisent des principes naturels par une déduction rationnelle, comme la nature mauvaise de l'adultère, du vol ou de l'usure.

À l'instar de saint Thomas, le Jésuite explique la diversité des préceptes naturels par les différentes inclinations naturelles de l'homme, être individuel, et comme tel, soucieux de la conservation de son être à sa convenance, mais mortel, et comme tel, s'appliquant à agir pour conserver son espèce. C'est donc la fragilité et l'indolence intrinsèques à la nature humaine qui expliquent pourquoi la loi doit être modérée et porter sur un objet possible³⁴. Les qualités requises pour qu'un acte soit bon relativement à la loi naturelle seront donc que l'acte soit effectué en connaissance de cause, de manière libre et spontanée, et que son objet soit honnête, en considération de celui qui agit et des circonstances dans lesquelles l'acte honnête est réalisé³⁵.

b) *La coutume doit être utile et tendre au Bien commun.*

Il s'agit là de la justification même de l'existence de la coutume. Ainsi une coutume qui imposerait une obligation intolérable et inutile au regard du bien commun est considérée par Suarez comme irrationnelle. Le législateur doit-il alors rechercher ce bien intentionnellement ? Suarez répond que l'utilité et la convenance de la loi ne dépendent

³⁰ Cf. VII, XII, 6 : « *Ius consuetudinis induci non potest sine ratione* ».

³¹ Cf. II, IV, V.

³² Cf. II, VII, 1 et 4.

³³ Cf. II, VII, 5.

³⁴ Cf. II, VII, 5.

³⁵ Cf. II, X, 9.

pas de l'intention du législateur mais sont supposées être respectées par lui ³⁶. Si donc le législateur édicte une loi animé par la haine ou tout autre mauvais motif, la loi n'en sera pas moins valable à condition qu'elle respecte le Bien commun. En effet, cette mauvaise intention est purement personnelle et ne se communique pas à l'acte ordonné au Bien commun ³⁷. Le Bien commun doit être considéré dans la loi même et non pas dans l'intention extrinsèque du législateur ³⁸. Cette prise de position permet à Suarez de justifier notamment l'existence des lois tributaires ³⁹.

2) La volonté : cause efficiente de la coutume.

Suarez considère que la répétition d'actes entraînant la création de la coutume de fait ne suffit pas à constituer la coutume proprement dite. Celle-ci n'apparaît que lorsque l'intention de créer une pratique qui oblige en droit se manifeste dans la communauté parfaite ou de par la volonté du Prince ⁴⁰. Ce point nous donne l'occasion d'aborder un des aspects les plus controversés de la théorie du droit de Suarez et que de nombreux auteurs considèrent être le plus original et novateur, car cet élément volontaire qui permet à la loi d'exister serait une des prémisses du positivisme du droit naturel moderne ⁴¹. □

³⁶ Cf. I, VII, 9.

³⁷ Suarez illustre cette idée par une comparaison avec la mauvaise intention d'un magistrat qui n'affecte pas la valeur de la décision si elle ne va pas à l'encontre de l'équité.

³⁸ Cf., I, VII, 9.

³⁹ Les lois tributaires semblent profiter au Prince et être injustes, néanmoins elles constituent de véritables lois dès lors qu'elles permettent à une personne morale publique d'œuvrer pour le Bien commun. La loi peut donc ne pas toujours avoir pour matière prochaine le Bien commun, lequel de lui-même et originairement est en la communauté. Elle peut également porter sur des biens particuliers dès lors qu'ils incluent en eux le Bien commun (I, VII, 10). Il s'agit là d'une propriété fondamentale de la loi en tant que règle de ce qui est juste ou injuste (II, VI, 12).

⁴⁰ Cette conception est une conséquence logique de la position prise par Suarez au sujet de l'acte humain selon laquelle le caractère volontaire de l'action est nécessaire afin d'observer la loi naturelle sans quoi l'acte n'est pas libre et donc n'est pas humain. Cf II, X, 4.

⁴¹ Nous nous reportons notamment à la critique de Michel Villey, en conclusion de son chapitre sur Suarez dans ses *Cours d'histoire de la philosophie du droit*, « malgré ce qu'il conserve de la *Somme théologique*, malgré sa volonté de synthèse, Suarez me paraît incliner dans le même sens que Luther et Calvin [...] sans doute fallait-il que la pensée de saint Thomas d'Aquin fût accommodée aux courants d'idées à la mode et trahie dans ses profondeurs pour revenir à la surface. Désormais, jusqu'aux prétendus jusnaturalistes vont être conquis aux prémisses du positivisme ».

La controverse quant au volontarisme suarezien a opposé deux théologiens, Jansens et Jombart, le premier défendant à force de citations l'aspect volontariste de l'œuvre de Suarez, le second arguant de la fidélité du Jésuite à saint Thomas par sa théorie équilibrée similaire au Docteur Angélique. André Vincent considère, à la suite de Jansens que « la conception suarezienne de la loi infléchit la tradition scolastique dans le sens du volontarisme ». Ambrosetti, dans *Il diritto naturale della reforma catolica*, Milan, 1951, affirme que la coutume est la « *tipica espressione del termine oggettivo che Suarez riconosce alla volonta giuridica* ». Enfin, Michel Bastit dans *La Naissance de la loi moderne* (p. 357-358), estime que la loi, chez Suarez, « est seulement une forme d'extension de la volonté » ce qui permet d'atteindre « le moment de l'avènement définitif de la conception moderne de la loi ».

a) *L'intention du peuple d'introduire une coutume*

Le Jésuite conçoit l'acceptation commune de la coutume de fait comme la manifestation naturelle de la volonté du peuple quand elle s'est prolongée durant un temps suffisant et avec une certaine fréquence d'actes. Il faut noter que cette acceptation commune relève du libre jugement des hommes sages⁴² chargés de déterminer l'intention de créer la coutume grâce aux indices suivants :

- lorsqu'une coutume, ayant une matière grave et difficile, est observée par la plus grande partie du peuple d'une manière prolongée, Suarez estime que le peuple ne peut pas adopter uniformément de tels actes s'ils ne sont pas obligatoires. L'idée de l'obligation qui existe déjà ou qui est en train de se former, permet alors de déterminer l'intention de légiférer ;
- lorsqu'il existe un mauvais jugement des hommes prudents vis-à-vis de tous ceux qui ne suivent pas la coutume ;
- lorsqu'un châtement est réservé par les gouvernants à ceux qui ne respectent pas la coutume ;
- lorsque, par sa matière même, la coutume contribue au Bien commun de telle sorte que son obligatorité peut raisonnablement être supposée.

Suarez ajoute qu'on doit s'attacher au consentement manifesté par la majorité du peuple, y compris par les femmes et les mineurs de 25 ans⁴³. Cependant les enfants et les déments sont inhabilités car ils ne peuvent pas indiquer clairement leur intention. Une fois l'intention du peuple déterminée, il faut encore considérer le consentement du Prince, parce que celui-ci est nécessaire à la force de la coutume.

b) *Le consentement du Prince*

Pour Suarez, le consentement du Prince ou de celui qui détient la « *superiorem potestatem* » est la cause principale de la coutume, à la différence de la coutume de fait, introduite par des actions continues des hommes, laquelle représente la « *causa proxima* ». Toutefois, comme le souligne Jansens : « le concours de leurs volontés (celles du peuple et du Prince), agissant chacune dans son ordre, est nécessaire pour produire ce résultat d'ensemble que constitue le droit coutumier »⁴⁴. Le consentement du Prince est donné, selon le Docteur de Coïmbre, de deux manières différentes⁴⁵:

Nous sommes plutôt de l'avis de Jombart car nous considérons que même si Suarez accorde plus d'importance à l'élément volitif, ce n'est pas pour autant qu'il s'oppose à saint Thomas, lequel dans la Ia IIae q. 97 art. 3, estime que la coutume de fait ne devient coutume de droit que moyennant le consentement au moins tacite du Prince « *toleratur... videtur approbare* ». Pour reprendre Jombart : « imaginer une telle opposition (comme le fait Jansens), c'est, suivant le mot de Pascal faire des fausses fenêtres pour la symétrie [...]. En général, la doctrine suarezienne complète et précise celle de saint Thomas d'Aquin ». (art. cit., p. 769-783).

⁴² Cf. VII, XV, 13.

⁴³ Il convient de noter que Suarez ne souscrit pas à l'avis d'autres auteurs à la même époque sur le consentement des femmes et des mineurs.

⁴⁴ Art. cit., p. 705.

⁴⁵ Cf. VII, XII, 6 et l'analyse de Jansens, p. 708-709.

- Une manière personnelle, parce que le consentement est donné en personne par le Prince, soit expressément, par une autorisation préalable pour introduire une coutume, à moins que ce soit, par une approbation postérieure ou simultanée à l'apparition de l'usage ; soit tacitement, en ne l'empêchant pas alors qu'il en a connaissance.

- Une manière légale, parce que le consentement est donné par le droit même, c'est-à-dire que la coutume s'introduit en vertu d'une loi qui l'autorise ou qu'elle répond aux critères exigés juridiquement.

Suarez considère que la coutume résultant d'une prescription est une illustration du consentement du Prince ⁴⁶. Le Prince a donné une loi générale selon laquelle la coutume résulte d'un usage prolongé durant dix ans. C'est pourquoi son consentement personnel n'a aucune raison d'être, la loi générale démontrant d'une manière suffisante la volonté de se manifester. En outre, le Jésuite souligne que ce cas est rendu nécessaire en raison de l'impossibilité tenant à ce que toutes les coutumes parviennent à la connaissance du Prince. Or, Suarez estime très souhaitable que les coutumes raisonnables soient respectées et conservent une valeur juridique. Quant au consentement personnel, le Docteur Eximius considère, à la suite de saint Thomas, que le consentement tacite du Prince est suffisant ⁴⁷.

En effet, il faut seulement que soit moralement constaté que la tolérance du Prince n'est pas seulement permissive mais encore approbatrice et opérative, ce qui découlera des circonstances et de l'usage en cause. C'est pourquoi, la coutume qui ne prescrit pas peut faire loi dans un espace de temps inférieur à dix ans lorsque le Prince lui donne son consentement tacite. À ce sujet, il faut cependant, distinguer selon que le Prince a connaissance ou non de la pratique. Car ce n'est que si le Prince est amené à connaître la coutume que celle-ci peut avoir un effet juridique avant que la prescription décennale soit acquise ⁴⁸. Suarez explique que la connaissance de l'usage constitue un signe suffisant de la volonté du législateur ⁴⁹. Ainsi, la manifestation de la volonté du Prince revêt deux formes différentes selon que la coutume a prescrit, auquel cas, elle n'entraîne d'obligation que parce qu'elle obéit à toutes les conditions de la loi, laquelle porte en elle l'ancienne volonté du Prince ; ou bien qu'elle n'a pas prescrit, auquel cas, une telle coutume ne peut être efficiente qu'en tant que signe de la volonté et du nouveau consentement du Prince, signe dont l'appréciation relève de la compétence des hommes prudents ⁵⁰. Suarez, dans ce cadre, estime que le Prince peut, par son consentement exprès, donner un effet juridique à une coutume en prenant en considération un usage qui émane de quelques gouvernés, mais alors il créera une loi écrite, et non pas un droit coutumier. Car le consentement du Prince, en ce qui concerne la coutume de droit, est formulé de manière tacite, lequel ne peut se présumer raisonnablement par les sages qu'avec une coutume de fait respectée par la majorité du peuple. C'est ce que met en relief Jansens : « si le Prince agissait seul, à l'exclusion de la multitude, il élaborerait

⁴⁶ Cf. VII, XIII, 8.

⁴⁷ Cf. VII, IX, 12.

⁴⁸ Cf. VII, XV, 8. En tant que signe du consentement du peuple pour adopter une règle de comportement, Suarez assimile la coutume à la promulgation de la loi écrite puisqu'elle permet à la communauté de connaître l'usage que la majorité a engendré.

⁴⁹ Cf. VII, XV, 8 et VII, IX, XII.

⁵⁰ Cf. VII, XX, 13.

et promulguerait une loi ; si le peuple n'obtient pas le consentement du Prince, ses usages mêmes introduits avec l'intention de s'obliger, demeurent au stade inférieur des coutumes de fait. La rencontre des deux consentements, du Prince et de la multitude, à seul le pouvoir d'engendrer une coutume légale »⁵¹.

Toute collaboration harmonieuse entre le peuple et le Prince s'exprime à travers leur volonté commune d'élaborer une coutume légale. La volonté de l'un ne peut se concevoir sans celle de l'autre : preuve de l'étroite communication et de l'interdépendance qui demeure entre le nouveau détenteur du pouvoir suprême et le détenteur originaire. C'est la raison pour laquelle la coutume ne diffère de la loi que par sa manifestation extérieure (ou signe sensible) et du fait qu'étant par elle-même un signe public et notoire, elle ne requiert pas de promulgation. Car, pour le reste, que ce soient ses causes ou son effet obligatoire, il n'existe pas de différences entre elle et la loi.

II. — LES EFFETS DE LA COUTUME

Parce que la coutume se forme grâce à une volonté concordante du peuple et du Prince dans l'intention d'obliger chacun à agir conformément au Bien commun, elle se distingue de la loi, au sens métaphorique, qui soumet les êtres irrationnels à une nécessité par instinct naturel ou par inclination. Elle constitue ainsi ce que Suarez regarde comme l'effet le plus substantiel et adéquat de la loi (A). De ce fait, la coutume ayant une force juridique, va se trouver confrontée aux autres règles du droit, ce qui nous amènera à examiner son effet par rapport aux autres lois (B).

A. — *L'effet substantiel de la coutume : la force obligatoire*

Pour Suarez, la force obligatoire de la coutume résulte de la volonté de ceux qui détiennent le pouvoir législatif d'introduire du droit. Par conséquent, la validité et

⁵¹ Art. cit., p. 705. Il convient de préciser que cette conception se conçoit dans tous les régimes autres que la démocratie, c'est-à-dire au sein de communautés qui n'ont pas gardé le pouvoir législatif et l'ont délégué à un titulaire distinct. De nombreux auteurs ont omis de procéder à cette mise en situation de la question, ce qui, à notre avis, a faussé l'interprétation qu'ils ont proposé de la coutume. Notamment, Michel Bastit, p. 354 de son ouvrage, même s'il mentionne ce contexte, a pu affirmer que « en une seule émission de volonté, le législatif (peut atteindre) toute une classe de faits réduits à l'identique » et « aussi bien la connaissance de la situation que la volonté qui y correspond éventuellement ne peuvent être comprises que comme des décisions purement arbitraires par lesquelles le législateur décide de relâcher sa volonté dans tel ou tel cas » (p. 356). C'est oublier que si le Créateur a laissé un certain jeu à l'initiative et à la liberté du Prince, ce n'est que parce qu'il est l'interprète désigné et l'organe du Bien commun. Jombart l'a bien compris : « le Bien commun veut qu'un ordre soit observé au sein de la société, mais les déterminations de cet ordre, même quand elles sont rationnelles, sont en partie arbitraires ». Il convient également de mentionner que Suarez dénie toute force obligatoire à la coutume particulière du Prince ; celui-ci doit nécessairement respecter la coutume de fait sous peine de violer le pacte social et de risquer une insurrection en imposant sa seule volonté.

l'efficacité de la coutume découlent de son caractère obligatoire, lui-même fonction de l'élément volitif qu'elle contient : ce qui fait dire au Jésuite que « la proposition d'une loi et l'obligation par cette loi sont une seule et même intention, ou, si l'on veut, l'une inclut l'autre »⁵². Et réciproquement, il ne peut pas y avoir de véritable loi sans que ne se produise une quelconque obligation⁵³ à agir ou ne pas agir dans un sens déterminé par le Bien commun. Ainsi, la loi, dotée de tous ses éléments, a comme effet « *proximus* » et « *adequatus* » d'obliger les sujets. « *Proximus* » au sens d'effet que la loi peut produire par elle-même, et « *adequatus* » soit parce qu'il n'existe encore aucune loi pourvue d'un tel effet, soit parce que cet effet ne peut que découler de la loi en question. Suarez, à la suite de saint Thomas, considère que parce que les actes humains sont bons, mauvais ou indifférents, la loi a trois effets : ordonner les actes bons, prohiber les mauvais et permettre les indifférents ; auxquels il faut ajouter le quatrième effet qui est de punir, lequel est nécessaire à l'efficacité de la loi. De la sorte, l'obligation va de pair avec chacun de ces quatre effets. Ce qui correspond à la distinction opérée par saint Thomas (*Somme théologique*, Ia, IIae, q. 17 art. 3 ad. 2) entre l'obligation en conscience ou effet directif et l'obligation à la peine ou effet coercitif. À la première, correspond la volonté de commander ce qu'il faut faire et ce qu'il ne faut pas faire au regard de l'honnêteté des mœurs (distinction entre lois préceptives et prohibitives). À la seconde, il incombe de forcer moralement les membres de la communauté à l'obéissance à la loi⁵⁴. Après un aperçu de chacun de ces effets, nous nous attacherons à déterminer leur étendue à la fois dans l'espace et dans le temps afin de pouvoir apprécier pleinement la force obligatoire de la coutume.

1) La nature de l'obligation engendrée par la coutume

a) *L'obligation en conscience*

« Il faut dire en vérité que la loi humaine civile a force et efficace d'obligation en conscience »⁵⁵. Selon le Docteur Eximius, cette position se justifie par les raisons suivantes⁵⁶. La première est que le législateur civil donne les lois en tant que ministre de Dieu, en vertu du pouvoir qu'il en a reçu. La seconde est que le droit divin et naturel dictent qu'il faut observer les lois justes établies par les princes légitimes. En conséquence, « celui qui ne les respecte pas, agit contrairement à la volonté divine [...] une telle transgression est une véritable faute, contraire à une obligation en conscience ». Suarez s'appuie sur les arguments développés par saint Thomas pour lequel la loi humaine oblige en conscience parce qu'elle repose sur le *dictamen* de la raison naturelle, guide et frein de toutes ses actions. Enfin, cet effet de la loi est nécessaire pour le bon gouvernement de la République en ce que l'obligation en conscience

⁵² Cf. III, XX, V : « *intentionem ferendi legem et obligandi per illam, esse unam et eandem, vel unam includere aliam* ».

⁵³ Cf. I, XIV, 1.

⁵⁴ Cf. I, XVII.

⁵⁵ Cf. III, XXI, 5 : « *Dicendum vera est legem humanam civilem habere vim et efficaciam obligandi in conscientia* ».

⁵⁶ Cf. III, XXI, 6 et 7.

donne les moyens à l'homme d'atteindre sa fin. Suarez estime donc qu'un pouvoir coercitif est nécessaire.

b) *L'obligation à la peine*

Au chapitre XVI du livre VII, Suarez s'interroge dans l'article 3 sur la question de savoir si la coutume peut obliger à une peine de la même façon qu'elle oblige en conscience (sous peine de faute). Et il répond que le transgresseur de la coutume, par le fait même d'être obligé en conscience, est sujet à une peine qui résulte de la faute qu'il a commise en transgressant la loi. Suarez envisage l'obligation à la peine en fonction du caractère pénal que revêt une loi⁵⁷. En effet, il adopte la position de Vitoria et Castro qui distinguent : la loi purement morale qui n'indique aucune peine ni ne l'impose directement, c'est-à-dire qui est non pénale ; la loi mixte, à la fois pénale et morale, qui inclut virtuellement deux préceptes, celui de pratiquer ou d'omettre tel acte, et celui de souffrir telle peine au cas où il ne fasse pas l'acte commandé et, enfin, la loi purement pénale qui ne contient que le précepte de souffrir telle peine dans tel cas. Le Docteur Eximius ajoute que ce caractère plus ou moins pénal de la loi humaine dépend du prudent arbitre du législateur, lequel a le pouvoir de créer une loi purement pénale qui oblige à réaliser l'acte commandé non pas en conscience, mais seulement en raison de la peine⁵⁸. Pour déterminer ce même caractère, il faut, selon Suarez, observer la gravité de la matière⁵⁹. Si la matière est morale, c'est-à-dire qu'elle touche directement les bonnes mœurs de la communauté et la répression des vices, et qu'elle est jugée nécessaire pour la paix de la République, on peut présumer que la loi est donnée avec l'intention d'obliger en conscience même si la manière d'ordonner n'est pas explicite ni la peine assez grave. En revanche, quand la matière est politique et que la manière de commander est conditionnelle, sans qu'il existe de peine considérable, cela est un signe suffisant du fait que la loi n'oblige pas en conscience.

Par ailleurs, le Docteur Eximius estime que la loi humaine peut obliger à la peine et à l'exécution de la peine avant toute sentence en raison de son utilité pour le Bien commun. Peu importe alors la sévérité de la peine (méritée par l'auteur du délit), étant donné que le législateur a un pouvoir similaire à celui du juge en ce domaine⁶⁰. Cette règle supporte cependant une limite conséquente en ce que certaines peines sont si dures et contraires à la Nature que cela dépasse le pouvoir humain. Cependant le législateur n'utilise pas toujours de la faculté qu'il a d'obliger les sujets à la peine. Dans cette hypothèse, la loi ne produira cet effet que par décision du juge⁶¹. En ce qui concerne la coutume proprement dite, elle renferme le plus souvent l'obligation à la peine. Le Jésuite maintient une différence entre, d'une part, les peines qui requièrent l'intervention humaine, et d'autre part, celles qui s'exécutent par l'effet moral de la loi même⁶². Les premières

⁵⁷ Cf. V, IV, 2.

⁵⁸ Cf. V, IV, 3. Voir par exemple, le paiement d'une amende lors de la transgression de la coutume.

⁵⁹ Cf. V, IV, 11.

⁶⁰ Il s'agit en effet d'une sentence déclaratoire.

⁶¹ Cf. V, VI, 1.

⁶² Cf. V, VII, 1 ; et V, X, 4.

s'appliquent aux lois qui n'obligent qu'à la peine (peines positives) ⁶³ tandis que les secondes (privatives) concernent les lois qui renferment en elles l'exécution de la peine (comme les lois de nullité ou bien les lois invalidantes) ⁶⁴. La peine apparaît ainsi comme un moyen de rétablir l'ordre violé par le délinquant. Il s'agit d'un acte de justice très utile et qui convient au Bien commun, dont l'objet est d'éradiquer le mal de la faute par le mal de la peine, toujours par référence à la justice légale. C'est au regard de ce précepte même de justice légale que l'obligation à la peine, de même que l'obligation en conscience, est encadrée dans certaines limites à la fois spatiales et temporelles.

2) L'étendue de l'effet obligatoire de la coutume.

En principe, une fois qu'une loi est promulguée par le Prince, elle oblige toute personne qui vit sur le territoire où s'exerce le pouvoir de juridiction du législateur ⁶⁵. En ce qui concerne la coutume, qui diffère précisément des autres lois humaines du fait qu'elle ne requiert pas de promulgation, son application résulte de sa reconnaissance publique, laquelle lui donne force obligatoire juridique immédiate. L'obligation ainsi engendrée rayonne sur l'ensemble du territoire auquel appartient la communauté parfaite (a) jusqu'à ce qu'une nouvelle manifestation du législateur vienne y mettre un terme (b).

a) *L'effet obligatoire de la coutume dans l'espace*

D'une manière générale, Suarez estime que le corollaire du pouvoir du souverain est la sujétion juridique des personnes qui se trouvent dans sa sphère d'activité législative. La coutume touche ainsi l'ensemble de la communauté puisque, comme toute loi humaine, elle est donnée pour le Bien commun des sujets. Le Jésuite précise cependant que son obligatorité s'étend même aux sujets qui se trouveraient en dehors du territoire concerné, de même qu'aux étrangers de passage. Il rejette de la sorte tout le courant de pensée selon lequel les lois d'un pays n'obligent que ceux qui y ont leur domicile ⁶⁶. À son avis, il est nécessaire de prendre en considération quatre cas ⁶⁷ :

- le sujet est habitant du territoire où s'applique la coutume et il y habite de fait : sa soumission à la loi ne fait alors aucun doute ;
- la personne en cause n'habite pas le pays considéré et n'y a aucun élément de rattachement : il n'existe alors aucune raison pour qu'elle soit obligée à la coutume ;
- le troisième cas reprend le premier, avec cependant une variante : l'individu concerné se trouve en fait dans un autre territoire ;
- enfin, bien qu'étant sur le territoire de la coutume, le particulier n'y a aucun domicile.

⁶³ L'intervention judiciaire est de nature à empêcher le sujet puni d'exercer son droit.

⁶⁴ Étant précisé que cela ne vaut que pour la sentence qui est juste dans le for externe en conformité avec ce qui a été allégué et prouvé ; dans le cas contraire, le coupable conserve le droit d'échapper à la peine sans scandale public.

⁶⁵ Cf. III, XVII, 2.

⁶⁶ Cf. III, XXXIII, 1.

⁶⁷ Cf. III, XXXII, 1.

Ce sont donc les deux derniers cas qui font difficulté et qu'il s'agit de résoudre. En effet, le sujet qui habite ou qui est de passage sur un autre territoire n'en demeure pas moins sujet du pays considéré à partir du moment où il y conserve son domicile. En outre, il a été précisé que la loi oblige tous les sujets et tous les membres de la communauté, y compris les voyageurs. Dans la première hypothèse, Suarez suit la doctrine générale, représentée par Covarrubias, selon laquelle le Prince manque de volonté et de pouvoir pour obliger en conscience les absents. Quant à la force coercitive de la coutume qui s'exerce par le châtement, le Docteur Eximius considère que le sujet qui a manqué à la loi en dehors du territoire où celle-ci s'applique, peut être puni par le souverain à condition que le délit commis soit réprimé sur son territoire. Suarez justifie cet argument en avançant la raison suivant laquelle la punition alors ne s'impose pas en dehors du territoire, mais bien à l'intérieur de celui-ci lorsque le coupable est revenu dans son pays. Cette thèse a le mérite d'éclaircir la distinction que nous avons exposée plus haut entre la loi qui impose la peine automatiquement, *ipso facto*, et celle qui ne fait que déterminer ce qui doit être appliqué. La première loi doit toucher par son efficacité aussi bien l'obligation que son exécution en dehors du territoire, ce qui ne peut pas avoir lieu en raison des motifs avancés *supra*, à savoir que si elle ne peut pas obliger à l'acte ni le prohiber, encore moins elle sera susceptible d'obliger à l'exécution de la peine. En revanche, la loi qui impose une peine doit appliquer le juge concernera celui qui a été absent du pays, du fait qu'à son retour, le délinquant sera obligé par la sentence. Le Jésuite observe, avec Nicolas de Tudeschis, que cette situation ne pourra se présenter que dans les cas où le délit réprimé est naturellement mauvais et non pas mauvais du fait de sa prohibition par une loi ⁶⁸. Dans la seconde hypothèse, Suarez considère que la loi oblige tous ceux qui vivent ou qui séjournent sur le territoire, y compris les étrangers de passage parce que la loi est donnée généralement pour un territoire déterminé. Même si l'obligation est rendue transitoire et limitée en raison d'une présence qui n'est pas durable, elle a lieu du fait d'une sujétion transitoire ⁶⁹. En effet, « celui qui veut habiter quelque part pour une période déterminée, de ce fait veut - ou doit vouloir - se soumettre au régime de ce lieu en ce qui concerne les mœurs coutumières et les lois générales ». De la sorte, l'étranger doit observer par exemple la forme prescrite en un lieu pour faire un testament ou un contrat dans ce lieu ⁷⁰ ; de même, il doit payer les contributions qui s'appliquent aux choses ou aux actes dans l'endroit où il séjourne ⁷¹. Ces trois raisons convergent vers une même fin : le Bien commun de la République dont la charge incombe au gouvernant. Cela motive l'édiction de lois qui obligent l'étranger à s'adapter aux mœurs du pays pour éviter tout scandale et par l'effet obligatoire même de la loi. Il convient cependant de nuancer l'ensemble de ces propos compte tenu de la durée de l'obligation.

⁶⁸ Cf. III, XXXII, 3 et 6.

⁶⁹ Cf. III, XXXIII, 3 et 4.

⁷⁰ Cf. III, XXXIII, 13.

⁷¹ Cf. V, XV.

b) *L'effet obligatoire de la coutume dans le temps*

La coutume, de même que toute loi humaine positive, est amenée à être modifiée de par la condition naturelle des choses humaines. Aussi, l'effet obligatoire qui lui est intrinsèquement attaché disparaîtra avec elle. Suarez distingue deux types de changement pour la coutume : l'un d'origine interne, lorsque la coutume d'elle-même cesse d'obliger, l'autre d'origine externe, sous l'impulsion de l'action contraire d'un quelconque agent.

Au sujet du premier, le Jésuite considère que par le seul changement de la matière relatif à l'honnêteté ou à l'utilité publique de la coutume, celle-ci peut prendre fin, sans que soit nécessaire sa révocation extrinsèque. En effet, le changement en question peut être si important que la coutume perd alors immédiatement son effet obligatoire étant donné qu'il est indispensable à sa validité qu'elle soit fondée sur une quelconque raison et introduite en vue d'une fin adéquate. La révocation de la coutume, en revanche, nécessite la volonté expresse du Prince, ou bien la volonté contraire du peuple. Suarez précise que dans le terme de révocation, il comprend aussi bien l'abrogation complète du droit coutumier que la dérogation partielle. Ainsi, une loi postérieure du Prince, contraire à la coutume, la révoque. Cela résulte du fait que la coutume n'a de force juridique que de par la volonté - au moins tacite - de celui qui a le pouvoir de légiférer.

Quel que soit le cas retenu, Suarez, très attaché à la permanence de la loi, a une vision très stricte de la modification de la coutume. De manière générale, il estime qu'il vaut mieux que les interprètes de la loi essaient de concilier la loi du Prince de façon à ce qu'elle ne déroge pas à la coutume, laquelle est considérée comme une seconde nature de l'homme. Ainsi les lois doivent s'ajuster aux pratiques⁷². C'est pourquoi, pour que la loi révoque la coutume de son propre chef et sans clause expresse, il faut qu'il existe une entière incompatibilité entre elles⁷³. En outre, suivant la même logique, une loi générale ne peut pas révoquer des coutumes particulières, parce que le législateur n'est pas censé connaître les faits particuliers auxquels se rattachent les coutumes de chaque lieu. De la même façon, le Prince est censé ne pas souhaiter révoquer les coutumes à moins qu'il n'en fasse expressément mention dans une clause précise⁷⁴. Pour déterminer la connaissance que le Prince peut avoir d'une coutume propre à une province ou un lieu déterminé, de même que pour mesurer la force de la coutume qui ne prescrit pas, il est fait recours à la sagesse des juges qui trancheront en fonction des circonstances propres à chaque cas d'espèce.

Enfin, selon Suarez⁷⁵, une coutume postérieure peut déroger à la coutume antérieure. Dans ce cas, il est requis une coutume qui ait prescrit ou qui soit suffisante pour révoquer une loi. En effet, aucune coutume ne peut créer de droit si elle n'a pas prescrit ou si elle n'a pas été approuvée par le consentement du Prince. Par conséquent, elle ne pourra pas plus abroger une coutume antérieure si elle n'a pas recueilli le consentement du même Prince. Aussi, il est nécessaire que s'écoule au moins dix ans si le Prince méconnaît la coutume, où un temps prudentiel si le Prince a connaissance de

⁷² Cf. VII, XX, 5.

⁷³ Cf. VII, XX, 6.

⁷⁴ Cf. VII, XX, 9.

⁷⁵ Cf. VII, XX, 20.

la nouvelle coutume. La coutume dotée d'un plein effet obligatoire, en considération de ce qui vient d'être exposé, est alors considérée par Suarez comme une véritable loi. De ce fait, elle s'inscrit dans l'ordre établi par le législateur et peut, à ce titre avoir divers effets. C'est l'objet de la suite de notre étude.

B. — *L'effet de la coutume par rapport aux autres lois*

La coutume, dans la doctrine de Suarez, est une loi humaine positive qui s'insère dans une hiérarchie voulue par le législateur suprême, lequel donne à sa créature la liberté d'édicter ses propres lois dans la mesure où elles constituent des déterminations de ses préceptes. De la sorte, le droit coutumier est susceptible d'être appliqué à condition qu'il respecte l'ordre naturel des décrets divins. La loi divine surplombe ainsi l'ensemble de l'édifice construit par les hommes et s'impose à eux de par son autorité supérieure, que ce soit à travers la loi naturelle ou le droit des gens. La loi humaine, dernier maillon de cette chaîne divine, se décompose elle-même en loi écrite et loi non écrite, deux moitiés qui se complètent et ne peuvent pas se concevoir l'une sans l'autre. Compte tenu de cette pyramide de préceptes qui découlent tous d'une source unique, pour apprécier la valeur de la coutume, il apparaît nécessaire de la resituer dans la hiérarchie des lois instaurée par la divine Providence ⁷⁶. Aussi, nous verrons l'effet de la coutume par rapport à la loi naturelle (1) et par rapport au droit des gens (2), avant d'étudier les conséquences qu'elle produit sur la loi écrite (3). Et cela au travers des différentes confrontations que la coutume peut avoir avec les lois selon qu'elle est conforme, contraire ou marginale vis-à-vis des règles supérieures.

1) La coutume et la loi naturelle.

a) *La coutume secundum legem naturalem*

Pour Suarez, la coutume conforme à la loi naturelle, si elle n'ajoute pas d'obligation, contribue cependant à la détermination convenable des droits naturels et divins, afin de permettre leur juste application. Elle participe de cette façon à un perfectionnement ampliatore (*perfectio extensiva*) adapté à l'utilité humaine telle que la conçoivent Ulpian et saint Thomas ⁷⁷. De la sorte, la loi naturelle peut être modifiée par la coutume, en ce sens qu'elle en précise les contours jusqu'à l'étendre à certains cas qui n'ont pas été prévus par la loi primitive. La coutume a ainsi un rôle de consolidation de la loi naturelle dans toutes ses virtualités : elle ne change pas à proprement parler la loi originaire, mais en assure la conservation entière ⁷⁸.

En effet, le Docteur Eximius considère que la loi naturelle, dans certains de ses préceptes éloignés des principes premiers, concerne des matières muables qui sont, par défi-

⁷⁶ Sur ce qui suit, cf. R. Sève, *op. cit.*, p. 154-163.

⁷⁷ Cf. II, XIII, 1.

⁷⁸ Cf. VII, IV, 4.

dition, très souvent susceptibles de changement ⁷⁹. Ainsi, pour comprendre le véritable sens d'un précepte naturel, il faut rechercher les conditions et les circonstances dans lesquelles l'action est mauvaise ou bonne en elle-même, étant donné que la loi naturelle, en elle-même, commande une action supposée intrinsèquement bonne, ou mauvaise. C'est pourquoi *les hommes ont besoin d'une interprétation de la loi naturelle*. Il incombe à l'homme, lui-même, de rechercher et comprendre le véritable sens de la loi naturelle, avec l'aide de la droite raison.

L'équité, quant à elle, ne peut s'appliquer à aucun des préceptes naturels considérés en eux-mêmes ⁸⁰, parce qu'alors, ce serait ajouter quelque chose à la loi naturelle. Or, celle-ci n'est susceptible d'aucun amendement puisqu'elle consiste en la droite raison, laquelle ne peut être déviée de la vérité sinon elle ne serait plus droite. En effet, le *dic-tamen* de la droite raison, considéré en lui-même, se réfère à l'universel non pas en ce qu'il est susceptible de faire défaut, mais en ce qu'il est toujours intangible malgré les circonstances qui l'environnent. Suarez affine encore sa pensée en discernant les différents préceptes en fonction de leur nature ⁸¹. Les préceptes affirmatifs sont ainsi de nature à toujours obliger mais pas à n'importe quel moment. De ce fait, ils ne peuvent pas être interprétés sauf lorsque la détermination des moments durant lesquels ils obligent résulte d'une loi positive, auquel cas, Suarez laisse une place à l'équité. Ce qui ne peut pas se concevoir pour les préceptes négatifs ⁸² qui obligent toujours et à tous moments.

Mais la loi naturelle, à partir du moment où elle est concrétisée par des lois positives, admet l'équité ⁸³. Suarez ajoute que cela se fera surtout en considération de l'intention du législateur humain. Celui-ci, en effet, se borne souvent à commander tel acte, sans rien préciser, par exemple « respecter ce qui est promis », « restituer le dépôt » ; cela ne signifie pas pour autant que le législateur n'a pas songé à une exception, mais plutôt que par la formulation générale de la loi, il comptait atteindre tous les cas d'application possibles. Cette interprétation, souligne Suarez, du point de vue de la volonté du législateur humain, est une manifestation de l'équité, parce qu'elle constitue un amendement à celle-là. Cependant, en elle-même, respectivement à la loi naturelle, il ne s'agit que d'une explication du changement réalisé dans la matière ⁸⁴,

⁷⁹ Cf. II, XIV, 4. Sur ce point, Suarez adopte la même position qu'Aristote et distingue soigneusement les termes d'équité et d'interprétation, car l'une et l'autre ne s'appliquent pas dans les mêmes conditions. Dans le même esprit, le Jésuite, suivant Thomas de Vio, attire l'attention sur les deux aspects sous lesquels peut être envisagée la loi naturelle, à savoir en elle-même (*secundum se*) ou bien au travers des lois positives (*per aliquam legem positivam*). Celles-ci peuvent être créatrices de nouveaux droits ou alors seulement déclaratives du droit naturel ; les dernières rappellent la loi naturelle, ainsi, par exemple les préceptes moraux du Décalogue contenus dans la loi ancienne, et toutes les lois humaines exprimant la Justice naturelle. À titre d'exemple, le précepte de ne pas tuer ne vise pas une quelconque mort humaine mais seulement celle qui s'accomplit avec l'intention de donner la mort, sous forme d'agression, de son propre chef, et non pas par légitime défense, ou en raison de l'autorité publique. De même, la règle selon laquelle tout dépôt doit être restitué n'oblige pas au cas où la dévolution serait contraire à la charité.

⁸⁰ Cf. II, XVI, 7.

⁸¹ Cf. II, XVI, 10.

⁸² Cf. II, XVI, 15.

⁸³ Cf. II, XVI, 16.

⁸⁴ Cf. II, XVI, 16.

qui est toujours compris et sous-entendu dans la loi naturelle. C'est pourquoi, si en apparence, le droit naturel semble être modifié, en aucun cas, il n'existe de changement véritable et intrinsèque, car le droit naturel est immuable. Le précepte naturel n'ordonne pas d'une manière absolue dans une matière déterminée, mais en sous-entendant les conditions requises. De la sorte, la matière peut changer tout en maintenant immuable le droit naturel⁸⁵. À cause de ce caractère immuable, il n'est pas possible de concevoir une coutume qui vienne modifier le droit naturel par l'imposition d'autres obligations, qu'elles soient conformes ou contraires à la loi naturelle.

b) *La coutume contra legem naturalem*

Suarez n'accorde aucun effet à une coutume qui surgirait en violation du droit naturel, et cela pour deux raisons, l'une tenant au caractère immuable de la loi naturelle, et l'autre à la malice qui s'attache inexorablement aux actes contraires au droit naturel. Quant à la première raison, le Docteur de Coïmbre la justifie par un postulat qui sous-tend l'ensemble de sa doctrine, à savoir que la caractéristique fondamentale de la loi naturelle est d'être unique pour toutes les époques et dans toutes les situations de la nature humaine⁸⁶ : en effet, il est toujours supposé que la loi naturelle est comme une propriété de la nature rationnelle. Ainsi, si cette dernière venait à disparaître, l'existence même de la loi naturelle serait remise en question⁸⁷. C'est la raison pour laquelle ce qui va à l'encontre du droit naturel est intrinsèquement mauvais et ne peut pas constituer de loi. Cependant, comme nous l'avons exposé *infra*, le droit humain peut réaliser un changement dans la matière de la loi naturelle de telle sorte qu'il entraîne une variation de l'obligation du droit naturel. Ce changement s'expliquant en raison de la fréquente nécessité de modifications dans la vie humaine et ne touchant qu'un type de préceptes, ceux qui s'appliquent directement à une matière muable et contingente, les préceptes du « *ius dominativum* », à la différence des préceptes du « *ius praeceptivum* »⁸⁸.

Suarez illustre sa position avec divers exemples, tels que la division de la propriété, l'esclavage ou le vol⁸⁹. Dans le premier cas, en vertu du droit naturel, toutes les choses étaient communes, ce qui n'a pas empêché les hommes d'introduire la répartition des biens. De la même façon, la liberté appartient naturellement à tous les hommes,

⁸⁵ Sur ce point, nous ne pouvons que nous rallier à la critique de Michel Bastit sur le caractère artificiel de cette théorie : « ceci conduit évidemment à construire une loi naturelle qui se déploie dans l'abstraction. Sans doute, le surgissement des variations matérielles s'impose-t-il comme un fait, mais c'est un fait qui ne s'intègre pas dans un ordre finalisé. Il vient perturber l'ordre formel. Le seul moyen de l'y intégrer, consiste à recourir à une unité abstraite supérieure, qui permet de dire que la loi elle-même contient le principe et son contraire. Au lieu de considérer l'imperfection de la loi par rapport à ce qui est, et donc d'admettre une certaine souplesse liée à sa nature de loi, c'est au contraire sa nature qui impose d'y introduire une dialectique totalisante, seul artifice susceptible de conserver sa complète immuabilité » (p. 344).

⁸⁶ Cf. I, XIII, 3 ; II, IX, 8 et II, XIII, 3.

⁸⁷ De la même façon, la pyramide de Kelsen s'écroulerait si la loi fondamentale venait à faire défaut alors qu'elle constitue le fondement de l'édifice.

⁸⁸ Cf. II, XIV, 18.

⁸⁹ Cf. II, XIV, 2.

pourtant les lois humaines peuvent en priver certains individus. Et encore, la chose d'autrui peut s'acquérir par l'usucapion et la prescription. Suarez considère en effet que même si la nature a donné la liberté et la propriété, ce n'est pas pour autant qu'elle en a défendu la privation. En premier lieu, par le fait même que l'homme est maître de sa liberté, il peut la vendre ou s'en séparer. En outre, la République, de par son autorité suprême, peut, pour un juste motif, afin d'assurer un bon gouvernement de la Cité, priver un de ses sujets de la liberté⁹⁰.

c) *La coutume praeter legem naturalem*

Suarez conçoit cette coutume de deux manières : l'une, constituée d'actes honnêtes par eux-mêmes, est proprement apte à créer du droit d'elle-même, supposées les autres conditions ; l'autre, composée d'actes indifférents, est de ce fait inutile et impropre à introduire du droit, à moins que ces actes présentent une quelconque utilité. Dans ce dernier cas, elle pourra créer un droit ou au moins abroger un droit humain comme nous allons le voir avec l'effet de la coutume à l'encontre du droit des gens et de la loi humaine⁹¹.

2) La coutume et le droit des gens⁹².

Par sa nature hybride, le droit des gens n'est muable qu'en partie alors que le droit civil peut totalement être modifié. Pour observer l'effet de la coutume sur le droit des gens, il nous faut donc, à l'instar de Suarez, distinguer selon qu'il s'agit du droit des gens entendu comme droit civil commun à plusieurs nations, ou bien du droit des gens proprement dit. Dans ce paragraphe, nous ne nous attacherons qu'à la coutume contraire au droit des gens puisque la coutume conforme n'est qu'une prolongation de la coutume universelle et qu'elle ne crée pas de droit nouveau, et que la coutume marginale, si elle est bonne et apte en elle-même à créer du droit, peut tout à fait produire ses effets⁹³.

a) *La coutume et le droit des gens dans sa première acception*

La coutume particulière d'une République est susceptible de modifier le droit des gens pour ce qui la concerne, « parce qu'intrinsèquement, dans sa première modalité, ce

⁹⁰ Le Jésuite justifie son raisonnement par la différence entre le *ius praeceptivum* qui contient les règles et les principes des bonnes actions - lesquelles ont une vérité nécessaire et sont immuables car fondées sur la rectitude ou la laideur intrinsèques des objets - et, le *ius dominativum* ou droit de propriété - lequel est l'objet d'un autre *ius praeceptivum* et consiste en un fait ou en une qualité déterminée, ou en relation entre les choses. Or il va de soi pour Suarez que ce dernier droit, comme toutes les choses créées, a reçu de la nature de nombreuses qualités qui sont muables, et d'autres peuvent disparaître.

⁹¹ Cf. VII, IV, 4.

⁹² Le droit des gens apparaît dans le *De Legibus* comme « une espèce de moyen terme entre le droit naturel et le droit civil ». En effet, « il coïncide avec le premier par sa généralité et son universalité et la facilité avec laquelle il dérive des principes naturels même si ce n'est pas par nécessité ou par une évidence absolue, ce en quoi il coïncide avec le droit humain ».

⁹³ Cf. VII, IV, V.

dernier est un droit civil, appelé droit des gens, soit en raison de sa relation ou concomitance par rapport au droit appliqué dans d'autres pays, soit en raison de ce qui procède de sa proximité du droit naturel qui entraîne une universalité dans tous ou presque tous les peuples »⁹⁴. Par sa nature, cette modalité du droit des gens dépend de la détermination effectuée par la loi du pays en cause. En conséquence, une coutume de droit peut le changer dans les limites du territoire où elle s'applique. De la sorte, Suarez estime qu'une République pourrait déterminer que les femmes publiques ne doivent pas être tolérées, ou bien qu'il faut rescinder toutes les ventes injustes quel que soit leur degré d'injustice, ou encore exiger l'utilisation d'un autre moyen d'échange que la monnaie. Même si, de fait, ces changements semblent assez difficiles à mettre en œuvre et ne sont pas justifiés, il ne fait aucun doute que du point de vue de l'honnêteté de la matière, et en raison de son pouvoir, la République a la possibilité de le faire⁹⁵.

b) *La coutume et le droit des gens dans sa deuxième acception*

Le changement de la deuxième modalité du droit des gens apparaît beaucoup plus difficile, même si, dans l'absolu, il peut être imaginé. Il apparaît moralement impossible en tous les cas selon le Docteur Eximius. En effet, ce droit appartient au droit commun de tous les peuples et paraît introduit par l'autorité de chacun d'eux, et pour cela, il ne semble pas pouvoir être supprimé sans le consentement de tous⁹⁶. Malgré tout, comme pour le droit naturel, Suarez n'exclut pas un changement dû à la modification de la matière au cas où tous les peuples y consentiraient, ou par l'effet de l'introduction progressive de la coutume contraire. C'est ainsi qu'il explique le régime juridique propre à certaines régions en ce qui concerne l'esclavage d'un prisonnier de guerre ou la division de la propriété⁹⁷. Toujours est-il qu'un tel changement demeure strictement limité par le Jésuite parce qu'il ne peut exister que s'il ne cause pas un préjudice ou une injustice à une nation⁹⁸. Pour préciser ce point, Suarez cite l'exemple d'une concession de passage sur des chemins publics, qui ne serait octroyée dans une région que s'il existe le paiement d'un tribut. Une telle coutume ne peut être étendue à des étrangers qui, eux, autorisent le passage sur leur territoire sans cette condition. À ce propos, Brown Scott souligne qu'il s'agit là du respect de la condition de réciprocité telle qu'elle existe dans notre droit international moderne⁹⁹. Suarez ajoute cependant que si le tribut est juste, décidé pour un motif raisonnable, alors son extension aux étrangers ne sera pas contraire au droit des gens. Il ne nous reste plus alors qu'à déterminer quels sont les effets de la coutume par rapport à la loi humaine.

3) *La coutume et la loi humaine.*

Ce cas de figure est considéré par Suarez comme le plus fréquent en pratique, et celui qui revêt la plus grande importance. Aussi, il y consacre l'essentiel de ses développe-

⁹⁴ Cf. II, XX, 7.

⁹⁵ Cf. II, XX, 7.

⁹⁶ Cf. II, XX, 8.

⁹⁷ Cf. VII, IV, 6.

⁹⁸ Cf. VII, IV, 7.

⁹⁹ Cf. p. 116 de *The Spanish conception of international law and sanctions*.

ments sur l'effet de la coutume ¹⁰⁰. Bien qu'il procède à la distinction classique de la coutume conforme à la loi, marginale à la loi et contraire à la loi, c'est cette dernière qui retient toute son attention, notamment en ce qu'elle est susceptible d'abroger la loi.

a) *La coutume secundum legem*

Le Jésuite estime qu'une telle coutume n'est pas de nature à introduire un droit pour la bonne raison qu'elle se réduit à observer une loi préexistante ¹⁰¹. Cet argument respecte la logique à laquelle obéit la coutume pour avoir un effet obligatoire : elle doit commencer et continuer avec l'intention de créer une nouvelle loi. Or, dans cette hypothèse, l'intention du peuple consiste à vouloir respecter la loi édictée par le Prince. Ce comportement n'est constitutif que d'une coutume de fait ¹⁰². Pour autant, Suarez ne lui dénie pas tout effet. Au contraire, une telle coutume permettra d'expérimenter la loi et de l'interpréter : elle aura un effet exécutif (et non pas dispositif) ¹⁰³.

1) La consolidation de la loi par la coutume.

Le Jésuite précise sa position avec une citation de Gratien selon laquelle : « les lois sont données quand elles se promulguent et sont confirmées quand elles sont approuvées par la pratique de ceux qui les usent ». Il précise encore que la coutume confirme la loi en écartant les usages contraires et son abrogation. En définitive, il rejoint les *Décrétales* qui considèrent la coutume comme un appui de la loi, parce qu'elle rend plus facile son respect, ce qui lui donne un caractère plus immuable. Or, il ne faut pas perdre de vue que le caractère perpétuel de la loi fait partie de son essence dans la théorie suarezienne des lois, parce qu'il est propre à lui conférer la stabilité morale qui est nécessaire au bon gouvernement des hommes ¹⁰⁴. Cette perpétuité se décline en trois modalités pour lesquelles la coutume est un facteur commun. En effet, Suarez soutient qu'il existe une triple perpétuité de loi humaine :

- la première provient de celui qui légifère : la loi ne disparaît pas quand il disparaît, ni ne meurt quand il meurt ; cela tient également à la perpétuité de la communauté ¹⁰⁵.

- la seconde résulte des sujets de la loi, en ce que la loi oblige non seulement les sujets actuels mais aussi les sujets futurs aussitôt qu'ils commencent à faire partie de la communauté ¹⁰⁶. □

- la troisième naît de la nature de la loi : la loi dure tant qu'elle n'est pas révoquée et que sa matière ne change pas parce que des préceptes stables sont nécessaires pour un bon gouvernement ¹⁰⁷.

C'est en ce sens que, selon Suarez, il convient d'interpréter saint Thomas, suivant Aristote, dans la question 95 art. 1 ad. 2, sur le caractère permanent et stable des lois qui

¹⁰⁰ Cf. VII, IV, 14 et VII, XVIII.

¹⁰¹ Cf. VII, IV, 14.

¹⁰² Cf. VII, II, 4.

¹⁰³ Cf. VII, IV, 15.

¹⁰⁴ Cf. I, X, 8.

¹⁰⁵ Cf. I, X, 14.

¹⁰⁶ Cf. I, X, 15.

¹⁰⁷ Cf. I, X, 17.

ne peuvent pas être changées tant que dure une même situation au sein de la République ¹⁰⁸. La coutume de fait est ainsi un parfait révélateur de l'acceptation de la loi par le peuple, laquelle, si elle n'est pas indispensable à la formation de la loi, est néanmoins la meilleure démonstration de son utilité pour le Bien commun ¹⁰⁹. *A contrario*, si une majorité du peuple en venait à ne plus respecter la loi au vu et au su du Prince, la loi perdrait alors toute force obligatoire sous peine de scandale ou d'une sédition ¹¹⁰.

2) L'interprétation de la loi par la coutume.

Suarez voit en la coutume le meilleur interprète de la loi ¹¹¹ car elle indique le sens dans lequel a été acceptée la loi depuis l'origine, sens qui, précise le Docteur Eximius, doit être apprécié de deux manières distinctes. En premier lieu, la coutume indique l'intention du législateur. C'est pourquoi, son interprétation est prudente et repose largement sur la doctrine, conformément à la coutume du lieu. Quant à l'autre mode d'interprétation, la coutume intervient comme une cause qui concourt à l'introduction et à l'établissement de l'obligation de la loi dans un sens déterminé ¹¹². Ce mode d'interprétation n'a vocation à être appliqué qu'à condition que la coutume réunisse tous les éléments requis pour acquérir une force obligatoire. Par conséquent, en principe, il sera nécessaire d'attendre dix ans pour que la coutume produise cet effet, à moins que la jurisprudence légitime une pratique sous forme de règles générales, par des sentences qui coïncident entre elles, sans se contredire ni s'opposer, attestant de la sorte l'usage commun, approuvé par le peuple ¹¹³. De la sorte, l'efficacité de la coutume pour interpréter la loi est alors si grande que, même si les paroles ou la matière laissent un doute sur le contenu du précepte, néanmoins la pratique permettra de déterminer s'il existe ou non une obligation. Ainsi, la coutume pourra aussi bien signifier une création de droit qu'une abrogation de celui-ci.

b) *La coutume contra legem*

Il y a lieu de rappeler que Suarez conçoit la coutume de manière générale comme un droit qui se forme en l'absence de droit écrit ¹¹⁴. Aussi, il est contraire au concept de coutume de supposer que cette dernière puisse introduire un droit qui a déjà été posé par une loi ¹¹⁵. En revanche la coutume peut abroger la loi. Cette abrogation résulte d'une coutume privative ou de la désuétude qui consiste en la fréquence de l'omission, laquelle indique suffisamment la volonté de ne pas suivre le précepte en cause. Pour ce faire, le Jésuite insiste sur la nécessité d'une véritable omission, c'est-à-dire opposée à l'obligation de la loi durant la période d'obligation du précepte. En effet, « la négation

¹⁰⁸ Cf. I, X, 17.

¹⁰⁹ Cf. II, XIX.

¹¹⁰ Cf. III, XIX, 10 et 13.

¹¹¹ Cf. VII, IV, 16.

¹¹² Cf. VII, XVII, 3.

¹¹³ Cf. VII, XVII, 4.

¹¹⁴ Cf. VII, II, 2.

¹¹⁵ Cf. VII, II, 5.

de l'acte en un temps non obligatoire n'est pas un indice de la volonté de ne pas se soumettre à la loi »¹¹⁶. □ Suivant cette idée, il convient en conséquence que de telles omissions soient volontaires au moins au début, car si elles procédaient d'un cas de nécessité, d'une méconnaissance de la loi ou d'une crainte grave, elles ne pourraient pas démontrer suffisamment la volonté contraire à la loi : elles constitueraient un pur non usage et non pas une désuétude comme cela est requis pour qu'elles produisent un effet abrogatoire. Cela tient à la conception générale de la loi exposée par Suarez dans le livre III. Il considère en effet qu'une fois que la loi a été suffisamment promulguée, les sujets qui ne la respectent pas commettent une faute s'ils ne veulent pas l'accepter. Néanmoins, si cette violation de la loi perdure dans la majorité du peuple et que le Prince y donne son consentement tacite, alors la loi cessera d'obliger¹¹⁷. Ce qui conduit à réexaminer d'une autre façon les deux conditions essentielles à l'établissement d'une coutume, à savoir, qu'elle soit raisonnable et qu'elle ait prescrit¹¹⁸.

1) Le caractère raisonnable de la coutume *contra legem*.

La coutume *contra legem* requiert une raison moindre que la coutume *praeter legem*, selon Suarez, parce qu'il n'est pas requis une condition particulière d'utilité ou d'honnêteté dans la matière pour supprimer la loi (à la différence de l'honnêteté exigée pour la créer), et qu'il suffit que la suppression de l'obligation en cause ne soit pas contraire à l'utilité publique¹¹⁹. À partir du moment où les actes contraires à la loi deviennent fréquents et se répètent par la majorité du peuple, ils démontrent largement que la loi est devenue injuste et nulle en elle-même avec la disparition de sa fin et qu'elle est de ce fait abrogée par la coutume. Le Jésuite estime que dans un tel cas, il s'agit plus d'une expression de la fin de la loi, par un changement de la matière que d'une véritable abrogation. Pourtant, il demeure nécessaire que cette coutume s'appuie sur une raison. En effet, de même qu'une loi juste ne peut pas être abrogée expressément sans une honnête cause, l'abrogation tacite résultant de la coutume doit être raisonnable. Ainsi, il ne suffit pas que la coutume soit conforme au droit divin, au droit naturel et qu'elle ne soit pas réprouvée par le droit pour qu'elle puisse abroger la coutume, elle doit en outre recueillir le consentement du Prince¹²⁰. Or, pour apprécier le consentement du Prince, il faut examiner la prescription de la coutume.

2) La prescription nécessaire à la coutume *contra legem*.

Suarez rappelle que la prescription est requise dans l'hypothèse où le Prince ignore l'existence de la coutume¹²¹. Dans l'autre cas, à partir du moment où il existe une loi qui concède cette efficacité à la coutume raisonnable et qui prescrit, le consentement du Prince pour abroger les lois par sa volonté tacite est tenu pour suffisant. Il n'est pas

¹¹⁶ Cf. VII, XVIII, 7.

¹¹⁷ On retrouve là le caractère démocratique de la théorie de Suarez.

¹¹⁸ Cf. VII, XVIII, 9.

¹¹⁹ Cf. VII, XVIII, 23.

¹²⁰ Cf. VII, XVIII, 10.

¹²¹ Peu importe s'il est présent ou absent, la même durée de dix ans est prise en compte aussi bien pour la création que pour l'abrogation de la coutume.

nécessaire que le Prince ait une connaissance nouvelle de la coutume, comme ce serait le cas s'il s'agissait de sa volonté personnelle ¹²².

Pour Suarez, chaque fois que surgira une situation de nature à manifester la résistance du peuple à une des lois posées par le Prince, il sera présumé que le Prince en a connaissance et qu'il permet l'abrogation de la loi en cause, car la prudence incline à penser que le maintien d'une telle loi serait irrationnel et mauvais pour le peuple ¹²³. Une fois admis le principe de l'abrogation de la loi par la coutume dû à une nécessaire adaptation des lois aux mœurs humaines, Suarez s'interroge sur le point de savoir si ce principe supporte des exceptions ou des ampliations.

3) Les exceptions et les ampliations à l'effet abrogatif de la coutume *contra legem*.

α) Les exceptions

Suarez étudie trois exceptions généralement reconnues par la doctrine ¹²⁴.

- La première est que la loi pénale qui impose une peine automatiquement ne peut pas être abrogée par la coutume. Pour le Docteur de Coïmbre, la véritable problématique réside alors dans la possibilité pour la coutume de déroger à une telle loi quant à la peine, en laissant l'obligation quant à la faute ¹²⁵. À cet égard, il cite certains auteurs qui préconisent de distinguer la loi qui impose une peine automatiquement et celle qui désigne la peine qui doit être appliquée, seule la première pouvant être abrogée.

- La seconde exception concerne les lois invalidantes, en matière de mariage. De nombreux auteurs croient que la coutume n'a aucun effet abrogatoire sur ces lois. Cependant, Suarez ne juge pas cette exception admissible, car, la loi, même si elle annule un acte, demeure humaine et comme toute loi humaine, elle peut être abrogée par la coutume. Ainsi, une personne est susceptible de devenir capable en vertu d'une coutume par abrogation de la loi qui imposait l'incapacité.

- Quant à la troisième exception, elle s'attache à la loi qui prohibe la coutume contraire ou celle qui lui déroge, non seulement celle qui lui est antérieure, mais également la postérieure.

¹²² Cf. VII, XVIII, 15.

¹²³ Cf. VII, XVIII, 20. Sur ce point, nous ne pouvons que nous opposer à l'interprétation de Jansens (art. cit. p.715) qui estime que Suarez accorde un rôle exclusif à la volonté du Prince dans la formation de la coutume de droit, notamment en ce que « les actes multiples de dérogation servent à révéler la volonté du Prince : la coutume qu'ils introduisent est, non pas la cause de l'abrogation du droit écrit auquel elle s'oppose, mais l'indice ou le signe du consentement du souverain auquel seul incombe la mission de légiférer », car cela revient à omettre que la décision du Prince est fonction des mœurs de son pays et non pas le fruit d'une volonté arbitraire. De plus, si la coutume n'était qu'un complément de la loi, soumis à l'empire de la loi, comment pourrait-elle tant de fois infléchir et contredire la loi ? C'est pourquoi également, nous ne sommes pas d'accord avec le commentaire de Michel Bastit, p. 329 : « les phénomènes juridiques qui cherchent à prendre en compte le devenir : interprétation, coutume, désuétude, n'ont plus alors de signification positive, ils sont conçus comme des fatalités qu'il faut s'efforcer de ramener à la volonté du législateur, fabricatrice de l'ordre stable, au lieu de les considérer comme des éléments d'un ordre à la fois stable et dynamique [...] ».

¹²⁴ Cf. VII, XIX.

¹²⁵ Cf. VII, XIX, 2.

Pour renverser cette exception, Suarez énumère trois types d'interdiction de la coutume par la loi : la révocation, la prohibition et la réprobation de la coutume. En premier lieu, le Jésuite soutient que la seule révocation de la coutume expressément énoncée par la loi humaine n'empêche pas la coutume subséquente d'y déroger¹²⁶. En effet, cette loi n'a pas vocation à prohiber les coutumes futures mais elle est de nature à abroger la coutume en ce qu'elle ne paraît pas convenable au Prince. Par conséquent, une coutume postérieure peut être honnête et raisonnable et ne pas être prohibée ni être mauvaise par sa nature¹²⁷. En second lieu, si la loi s'arrête à une pure prohibition des coutumes futures et ne les réprovoque pas, la coutume subséquente peut être introduite avec la force nécessaire pour l'abrogation de cette même loi¹²⁸. En troisième lieu, même la coutume réprovoquée par la loi peut vaincre cette dernière¹²⁹. Mais Suarez délimite précisément cette faculté car, en principe, une telle coutume est toujours irrationnelle. Reste alors à déterminer si la coutume contraire à une loi peut être étendue à d'autres lois.

β) Les ampliations

Suarez indique sur ce point qu'en général la doctrine n'admet pas d'ampliation de la coutume contraire à la loi pour éviter la modification des lois. Ce principe comporte cependant une exception lorsque le changement des mœurs est de telle nature que la coutume est jugée nécessaire. Alors, il sera admis qu'elle puisse être étendue dans la limite de ses termes, comme c'est la règle ordinaire en matière d'interprétation¹³⁰. Cette exception se comprend d'autant mieux du fait que Suarez considère que la coutume *contra legem*, de même que la coutume *praeter legem*, est susceptible d'avoir un effet créateur de droit¹³¹. Ainsi, dans un même temps et par l'œuvre de la même coutume, une loi peut être supprimée et la loi contraire introduite. La preuve en est pour Suarez que la coutume peut être raisonnable sous ces deux aspects et être pratiquée en ces deux formes ; par conséquent, elle pourra exister en ces deux modalités, à condition de respecter l'ordre naturel des choses, c'est à dire que l'abrogation de la première loi est censée intervenir avant la création de la seconde. Par ces dernières considérations, force est de constater, avec Jansens, que Suarez procède à une singulière assimilation de la coutume à la loi¹³². C'est qu'en effet, il ne faut pas oublier que le Docteur Eximius y voit une loi non écrite¹³³. Ainsi, l'une comme l'autre obéissent aux mêmes règles et ne diffèrent que par le fait que l'une soit écrite alors que l'autre ne l'est pas. Ce qui nous ramène au début de notre étude où nous donnions la définition de la loi humaine par Suarez en tant que « *commune praeceptum, justum ac stabile, sufficienter promulgatum* ».

¹²⁶ Cf. VII, XIX, 18.

¹²⁷ Cf. VII, XIX, 3.

¹²⁸ Cf., VII, XIX, 21.

¹²⁹ Cf. VII, VII, 24.

¹³⁰ Cf. VII, II, 6.

¹³¹ Comme le souligne Jansens p 713 de son commentaire, « Suarez pour la coutume *contra legem* raisonne constamment par assimilation avec la coutume *praeter legem* ».

¹³² Cf. page 717 de l'article précité.

¹³³ Cf. VII, II, 2.

CONCLUSION

Reijo Wilenius, dans une thèse consacrée à la doctrine politique de Suarez ¹³⁴ a souligné que le principal apport du *De Legibus* est de considérer les relations sociales essentiellement comme des relations légales ¹³⁵. En effet, cette participation que tout homme a dans la réalisation des desseins de Dieu constitue d'une part, le fondement que donne Suarez à son concept de démocratie, et, d'autre part, la raison d'être du droit au respect de sa liberté qu'il détient envers le pouvoir détenteur de l'autorité suprême. Le « *factum humanum* » □ ¹³⁶ joue ainsi un rôle fondamental dans la théologie de Suarez, comme le souligne Madame M.-F. Renoux-Zagamé dans son étude ¹³⁷. Tous les hommes doivent être libres pour s'épanouir et contribuer à la réalisation de la divine Providence, c'est pourquoi ils participent tous au gouvernement de la République par leur coopération en vue du bien commun. De la sorte, le détenteur du pouvoir est chargé d'assurer à chacun d'eux les moyens d'effectuer leur mission au sein de la société. Par la loi, les hommes s'adaptent ainsi à l'ordre décrété éternellement par Dieu et bénéficient de la féconde harmonie qu'Il établit entre toutes les parties. Dans la pensée suarezienne, l'existence même de l'homme répond à une nécessité de convivialité avec les autres pour acquérir les moyens de se réaliser soi-même. Il convient de rappeler à cet égard que la communauté est conçue par le Docteur de Coïmbre comme un véritable organisme, « corps mystique », animé par l'amour du prochain qui appartient principalement à la loi de la nature, car sans lui, cette même nature ne peut pas se conserver. De la sorte, la République a le devoir de réaliser le Bien commun par le biais de justes lois auxquelles ses membres obéissent naturellement puisque ces lois entraînent un profit pour l'ensemble de la communauté. Cause finale de la Cité en ce que la félicité de la communauté consiste à suivre des coutumes honnêtes, la coutume permet de créer une unité entre les hommes et de les diriger vers le Bien commun. La coutume apparaît parmi les autres sources du droit comme la formule la plus souple de l'expression du droit naturel : reflet de la liberté divine, elle puise sa raison d'être dans la libre volonté des hommes. Phénomène spontané du droit, elle inclut dans les lois un élément d'irrationalité qui contribue pourtant à la rationalité du droit, parce qu'elle est morale et que, par l'*habitus* qu'elle engendre, elle rend plus facile et agréable l'obéissance des sujets aux lois établies par l'autorité, ce qui en fait le principale maître d'œuvre de la justice légale et la plus parfaite illustration du caractère imbriqué de la morale et de la politique.

7 rue de Vaugirard - 75006 PARIS

¹³⁴ Cf. *The Social and Political Theory of Francisco Suarez*, Helsinki, 1963.

¹³⁵ « *Suarez was the first to involve a detailed doctrine of custom as a law norm. This doctrine includes a careful conceptual analysis of factual and legal customs and expresses one aspect of his democratic ideology* », p. 4.

¹³⁶ Pour Michel Villey, c'est avec la garantie des droits de l'homme que commence à s'estomper le rôle de Dieu. C'est pourquoi il considère Suarez comme un des précurseurs du positivisme moderne. Mais, comme le rappelle Rocafull p. 335 de son étude, la démocratie et le libéralisme de Suarez procède de Dieu, et non pas de l'homme, comme pour les modernes : « *su democracia y su liberalismo arrancan del mismo Dios y no del hombre, como los modernos* ».

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 362.