



HAL
open science

Montaigne et la question des "doubles loix" (I, 23)

Stéphan Geonget

► **To cite this version:**

Stéphan Geonget. Montaigne et la question des "doubles loix" (I, 23). Bulletin de la Société des amis de Montaigne, 2011, 53, pp.49-66. halshs-00804846

HAL Id: halshs-00804846

<https://shs.hal.science/halshs-00804846>

Submitted on 26 Mar 2013

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

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

MONTAIGNE ET LA QUESTION DES « DOUBLES LOIX » (I, 23)

LA PERPLEXITE DES REGLES

C'est sur un paradoxe bien connu de Montaigne que le magistrat revient dans un chapitre essentiel du livre I, *De la coutume et de ne changer aisément une loi reçue*. Il existe, dit-il en somme dans ce passage, entre les règles qui régissent la vie des hommes des contradictions telles que bien souvent celui qui obéit à l'une, désobéit à l'autre :

Les premières et universelles raisons sont de difficile perscrutation. Et les passent noz maistres en escumant, ou, ne les osant pas seulement taster, se jettent d'abordée dans la franchise de la coutume, où ils s'enflent et triomphent à bon compte. Ceux qui ne se veulent laisser tirer hors de cette originelle source faillent encore plus et s'obligent à des opinions sauvages, comme Chrysippus qui sema en tant de lieux de ses escrits le peu de compte en quoy il tenoit les conjonctions incestueuses, quelles qu'elles fussent. Qui voudra se desfaire de ce violent prejudice de la coutume, il trouvera plusieurs choses receues d'une resolution indubitable, qui n'ont appuy qu'en la barbe chenue et rides de l'usage qui les accompaigne ; mais, ce masque arraché, rapportant les choses à la verité et à la raison, il sentira son jugement comme tout bouleversé, et remis pourtant en bien plus seur estat. Pour exemple, je luy demanderay lors, quelle chose peut estre plus estrange, que de voir un peuple obligé à suivre des loix qu'il n'entendit onques, attaché en tous ses affaires domestiques, mariages, donations, testamens, ventes et achapts, à des regles qu'il ne peut sçavoir, n'estant escrites ny publiées en sa langue, et desquelles par necessité il luy faille acheter l'interpretation et l'usage ? non selon l'ingenieuse opinion d'Isocrates, qui conseille à son Roy de rendre les trafiques et negociations de ses subjects libres, franches et lucratives, et leurs debats et querelles onereuses, les chargeant de poisons subsidies ; mais selon une opinion monstrueuse, de mettre en trafique la raison mesme, et donner aux loix cours de marchandise. Je sçay bon gré à la fortune, dequoy, comme disent nos historiens, ce fut un gentil'homme Gascon et de mon pays, qui le premier s'opposa à Charlemaigne, nous voulant donner les loix Latines et Imperiales. Qu'est-il plus farouche que de voir une nation, où par legitime coutume la charge de juger se vende, et les jugemens soyent payez à purs deniers contans, et où legitiment la justice soit refusée à qui n'a dequoy la payer, et aye cette marchandise si grand credit, qu'il se face en une police un quatriesme estat, de gens manians les procès, pour le joindre aux trois anciens, de l'Eglise, de la Noblesse et du Peuple ; lequel estat, ayant la charge des loix et souveraine autorité des biens et des vies, face un corps à part de celuy de la noblesse : d'où il avienne qu'il y ayt doubles loix, celles

de l'honneur, et celles de la justice, en plusieurs choses fort contraires (aussi rigoureusement condamnent celles-là un démenti souffert, comme celles icy un démenti revanché); par le devoir des armes, celui-là soit dégradé d'honneur et de noblesse qui souffre un'injure, et, par le devoir civil, celui qui s'en venge, encoure une peine capitale (qui s'adresse aux loix, pour avoir raison d'une offence faite à son honneur, il se deshonne; et qui ne s'y adresse, il en est puny et chastié par les loix); et, de ces deux pieces si diverses se raportant toutesfois à un seul chef, ceux-là ayent la paix, ceux-cy la guerre en charge; ceux-là ayent le gaing, ceux-cy l'honneur; ceux-là le sçavoir, ceux-cy la vertu; ceux-là la parole, ceux-cy l'action; ceux-là la justice, ceux-cy la vaillance; ceux-là la raison, ceux-cy la force; ceux-là la robe longue, ceux-cy la courte en partage¹ ?

Si le *corpus* strictement juridique est ici présenté comme un tout globalement cohérent (simple concession dans l'analyse d'ailleurs — si l'on veut argument *a fortiori* — car Montaigne montre explicitement en différents endroits des *Essais* que même dans ce corps de lois les antinomies sont monnaie courante), son adéquation avec d'autres règles — comme les préceptes moraux, terme entendu au sens large — ne va pas de soi.

Cette antinomie des règles porte un nom technique dans la langue du XVI^e siècle, un nom devenu commun aujourd'hui (mais avec un autre sens que le sens ancien), celui de « perplexitas ». Avant même d'en venir à la façon dont Montaigne envisage cette question dans les *Essais* et particulièrement dans cet « essai », il importe de revenir rapidement sur cet important problème juridique (et théologique). La première définition « nette » du problème est donnée — comme nous avons eu l'occasion de l'écrire ailleurs² — par Raymond de Peñaforte († 1275) :

À propos de la perplexité, il faut noter qu'il existe une perplexité de droit et une perplexité de fait. Il y a perplexité de droit quand quelqu'un à propos de ce qu'il se propose de faire trouve différentes autorités absolument contradictoires. Cette perplexité doit être résolue par la mise en concordance des contraires : dans le droit en effet il n'existe aucune contradiction de fond mais seulement des oppositions apparentes³.

¹ Michel de Montaigne, *Les Essais*, I, 23, p. 117-118. Par commodité (et habitude), nous utilisons dans cet article l'édition de Pierre Villey, Paris, PUF, 1992, « Quadrige ». Dans l'édition d'Emmanuel Naya, de Delphine Reguig et d'Alexandre Tarrête, le passage se trouve p. 270.

² S. Geonget, *La notion de perplexité à la Renaissance*, Genève, Droz, 2006, p. 27 et suivantes.

³ Raymond de Peñaforte, *Summa* : « Circa perplexitatem, Nota, quod alia est juris, alia facti. Perplexitas juris est, cum aliquis circa illud, quod sibi occurrit faciendum, invenit diversas auctoritates sibi ad invicem pugnantes. Haec perplexitas per contrariorum concordiam est solvenda : Nam in jure nulla est contrarietas realis, sed superficialis tantum. Perplexitas facti est, cum Diabolus suggestionem suam mala, ut ait Gregorius, plerosque ita facit, quatenus si peccatum fortasse fugere appetant, hoc sine aliquo peccati laqueo non evadant », *Summa [...]*, Avignon, F. Mallard, J. Delorme, J.-C. Chastanier, 1715, III, XXX, II.

L'emploi de ce terme avec ce sens de conflit d'autorités juridiques est banal à la Renaissance et c'est par exemple celui que retient Étienne Pasquier quand il écrit :

Vous voïez deux grands jurisconsultes avoir esté de contraire advis, l'un pour le non, l'autre pour l'ouy qui monstre que cette décision n'est pas sans grande obscurité [...] de manière qu'en cette perplexité qui se trouva entre ces deux grands jurisconsultes, il ne seroit peust estre point hors de propos qu'il faudroit, en cecy, pratiquer, ce que les anciens appeloient *judicium rusticum*⁴.

Que faire donc, question que pose aussi Montaigne, si tel juriste de poids, telle « autorité » pour reprendre les termes du temps, Balde par exemple, recommande telle attitude et que tel autre de ses collègues juristes, Bartole par exemple, prescrit autre chose ?

Nous doubtions sur Ulpian, redoutons encore sur Bartolus et Baldus. Il falloit effacer la trace de cette diversité innumerable d'opinions, non point s'en parer et en entester la posterité⁵.

Que faire donc si, comme on le découvre au XVI^e siècle avec effarement différents passages du *Corpus juris civilis* se contredisent ? Que faire encore si la coutume locale prescrit telle punition et que le droit écrit des Romains prescrit telle autre ? Que faire enfin si les lois écrites interdisent de se venger d'un « démenti » et que les lois de l'honneur obligent le gentilhomme à le faire ? Œuvre d'un juriste, les *Essais* sont d'abord le résultat direct de cette confrontation (Montaigne aurait dit de cette « conférence ») des règles dont le magistrat Montaigne faisait l'expérience quotidienne.

Les cas perplexes sont par définition insolubles. Or, il va de soi que dans le monde juridique réel, une telle situation de blocage n'est pas admissible. Il faut bien décider quelque chose et le juge ne peut pas rester sans prendre parti et accepter de mourir sur place comme l'âne de Buridan. Le célèbre juriste Jean Papon consacre un des titres de son *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France* à ce problème. Il reprend la définition de la perplexité puis il affirme :

⁴ *L'interprétation des Institutes de Justinien*, Paris, Videcoq Ainé, 1847, 55, p. 114.

⁵ Montaigne, *Essais*, III, 13, p. 1067.

[qu'en] proces [où] se trouvent d'une part et d'autre pareilles preuves par tiltres, et tesmoings, et y a concurrence de toutes choses, soit en dignité, et nombre de tesmoins, ou causes, et raisons de science, en leurs depositions, pour obtenir par chacun le possessoire *in solidum* [, en] ce conflict le Juge ne se peut despescher que par expedient hors du proces⁶.

Ce ne sont pas ces expédients — partager le bien en deux, tirer au sort etc. — qu'il importe aujourd'hui d'examiner⁷. Ce qu'il me semble utile de voir c'est le lien que Montaigne opère ici, dans ce texte, entre cette question de la perplexité qui parcourt l'ensemble des *Essais* et la question de la coutume qu'il envisage tout d'abord. Cette réflexion menée dans différents chapitres des *Essais* est ici menée dans un cadre spécifique, une réflexion sur la coutume. Il n'y a en effet de question perplexe qu'à partir du moment où les normes signifient quelque chose et où on leur accorde un certain crédit, c'est-à-dire une certaine autorité. Dès lors que la norme elle-même perd l'efficacité qui doit la caractériser alors le problème perplexe disparaît. Pour le dire un peu différemment, si les lois ne sont plus des lois mais de simples coutumes qui ont pris avec le temps force de lois, si elles ne sont plus finalement que des normes passagères et non l'expression de vérités éternelles, leur perplexité n'a plus beaucoup de sens et le conflit intérieur des « deux pièces » dans un « seul chef » est alors bien moins dramatique. Bref, si l'on sait — parce qu'on est un juriste conscient de l'histoire du droit ou parce que l'on sait regarder les mœurs des peuples d'Amérique — que la norme passera, l'on souffre peut-être plus facilement un déshonneur ou, au choix, l'on se venge plus volontiers.

L'USAGE, LA COUTUME ET LA LOI

LA « BARBE CHENUE », ACTUALITE DU PROBLEME

L'allusion à la « barbe chenue » est bien plus précise que ne le disent les différentes éditions, anciennes et récentes, de Montaigne puisqu'il s'agit d'une référence tout à fait explicite au débat qui a lieu alors entre les juristes contemporains de Montaigne sur le temps juridiquement nécessaire pour qu'une pratique sociale, un usage prenne force de loi⁸. Faut-il

⁶ J. Papon, *Recueil d'arrests notables*, 5, p. 891.

⁷ Voir sur ces aspects notre livre cité *supra*.

⁸ É. Pasquier envisage les choses de façon semblable la naissance des coutumes : « Quant aux Coutumes, jamais nation ne fut sans Coustume, & a pu estre sans Loy escrite. Grande chose, qu'en toutes les œuvres d'Homere, on remarque n'estre faicte aucune mention de la Loy. Quoy que soit, je vous puis dire, que la Coustume qui prit sa naissance des mœurs, fut premierement en usage dans les Republicques, puis la Loy redigée par escrit », *Œuvres*,

qu'un usage soit entré dans les mœurs depuis 30 ans ? 40 ans ? 100 ans ? Cette question peut nous sembler un peu byzantine — car après tout aucune réponse n'est vraiment « meilleure » que l'autre — mais elle agite le monde érudit du temps. L'allusion aux *Magistri nostri* indique d'ailleurs, et avec une certaine ironie, le cadre dans lequel doit être compris ce passage : « Les premières et universelles raisons sont de difficile perscrutation. Et les passent *noz maistres* en escumant ».

Louis Le Caron, juriste contemporain de Montaigne, reprend après plusieurs autres cette question dans la perspective particulière des droits du Domaine c'est-à-dire, pour aller vite, des biens (propres ou pas) du Roi. Si les biens du Domaine sont par définition inaliénables, il est toutefois possible d'admettre comme le font les tribunaux certains jugements fondés sur l'équité. Encore faut-il pour en bénéficier pouvoir prouver une « immémoriale possession ».

Toutesfois aucuns ont observé que pour tels droicts patrimoniaux, terres & heritages du domaine, la Cour de Parlement a receu le fait de la centenaire & immémoriale possession, & jugé suivant icelle : ce que j'estime qu'elle fait meü d'autres certaines considerations & circonstances, qui l'induisent à une equitable moderation de l'ordonnance, qui est generale, outre la tres-longue & immémoriale jouissance : combien que telle soit l'opinion des Feudistes & autres Docteurs [...]. Je sçay bien qu'on fait distinction entre la centenaire & l'immémoriale possession : mais on s'y arreste peu en cette question, parce que le temps excedant cent ans, surpasse la memoire des hommes, *cum centum annorum spatium finis vitae longaevi hominis sit, l. an ususfructus. 56. D. de usufructu*⁹.

La loi dit une chose mais l'usage permet autre chose. De la même façon certaines pratiques regrettables sont enterinés par le temps puis par le droit. Il en va ainsi par exemple d'un poste que l'on occuperait à tort... mais depuis longtemps¹⁰. Il en va de même encore dans le cas fameux de l'usucapion, c'est à dire ce que le droit moderne appelle la « prescription

Les recherches de la France, Lettres, Amsterdam, Compagnie des libraires, 1723, tome 1, col. 577, lettre 15, « A Monsieur Robert, Advocat en la Cour de Parlement de Paris ».

⁹ Louis Le Caron, *Ordonnance du domaine et droicts de la couronne de France. Avec les Commentaires de L. Carondas le Caron*, Paris, Pierre Rocolet, 1638, p. 43.

¹⁰ Louis Le Caron, *op. cit.*, p. 143 : « Charles VII. à Rassilly, en May 1446. Ordonnons que ceux qui auront jouy pareillement de leurs offices par le temps & espace de cinq ans, sans interruption, & sans ce qu'à cause d'iceux on leur aye fait question, ou demande durant ledit temps, & qu'on les aye sur ce mis en procez, jouyront & demeureront en leursdits estats, & offices, sans ce qu'en iceux on leur puisse faire, mettre, ou donner aucun empeschement par vertu de dons par nous faits à autres [...]. J'a parlé cy-dessus en autre tiltre du contenu au present article, & iceluy confirmé par arrest de la Cour, donné pour un notaire du Chastellet de Paris, & autre pour le sieur de Maupertuis, pour l'estat de racheuseur des bestes de la forest de Crecy en Brie : & n'est cete prescription de cinq ans sans exemple. *Erat Romae vetus Senatusconsultum, quo vetitum erat de statu defunctorum post quinquennium quaeri. idem constituit Vespasianus, & M. Antonius Philosophus, teste Capitolino, tit. ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.* D. & C. Il y a d'autres exemples qu'on peut veoir au livre de Cujacius, de praescript. & ter. n. cap. 24 ».

acquisitive » (pratique qui existe toujours dans notre Code civil et qui rend légitime la possession d'un bien qui n'est pas nôtre au bout de trente ans). Admettons que vous ayez pris possession d'un bien et que personne ne vienne vous faire un procès pour contester cette situation, le droit ancien, autorise — *ne lites fiant pene immortales* — la légitimation de votre propriété. Il en va de même d'ailleurs que vous soyez de bonne ou de mauvaise foi... Sur ces enjeux moraux, le droit ne se prononce pas. Cette façon de faire a pour elle d'être parfaitement légale mais est tout de même tout à fait inéquitable. Ce n'est pas en effet parce que vous êtes un voleur depuis longtemps que le bien volé doit désormais vous appartenir. Et les exemples de ce type, à en croire Solon, le personnage que Le Caron invente sont nombreux :

Ainsi l'usucapion a été principalement introduite pour l'utilité des hommes, & sans icelle ne peut moins estre gardée la commune société : mais son premier fondement n'est l'équitable simplicité [...] ¹¹.

Il s'agit là en effet d'un euphémisme... puisque son premier fondement est le vol pur et simple.

Si la question de la durée exacte n'est pas essentielle pour notre propos, en revanche la motivation de ce choix nous intéresse et tout particulièrement ce que signifie cette durée car ce dont il s'agit c'est de déterminer le passage d'une pratique — singulière dans le cas de l'usucapion ou collective dans le cas de la coutume — à la norme, c'est-à-dire de voir comment les lois naissent et meurent pour désacraliser leur origine et leur autorité.

Le *Lexicon juridicum* de Kalh rejoint Montaigne et Le Caron sur ce point. Ce qui compte est le rapport entre la pratique sociale en question et la question de l'origine de la norme. Ce qu'il faut déterminer c'est finalement le temps exact à partir duquel l'on a « oublié » l'origine de la pratique, donc le moment à partir duquel l'on a perdu la trace des fondements juridiques de l'usage et finalement le temps nécessaire pour qu'une apparence de parfaite juridicité se mette en place :

Consuetudo est jus non scriptum, moribus utentium comprobatum, Brissoni definitio. [...] Jus quod usu diuturno & majorum moribus sine ullis literis constitutum, non minus quam quod scriptum est, usurpatur [...]. Usus enim diuturnitas ejus juris firmamentum est.

¹¹ Louis Le Caron, *La Claire ou, De la prudence de droit, Dialogue premier. Plus, la clarté amoureuse par Lois le Caron, Droitconseillant Parisien, Et advocat au souverain Senat des Gaulles*, Paris, Guillaume Cavellat, 1554, p. 53 v°.

Diuturnitas autem ex majorum moribus repetenda est [...]. Sequitur ut minimum 100. annor. spatium requiratur. [...] Consuetudo tanti temporis cujus initium non tenetur in hominum memoria [...] ¹².

La coutume est un droit non écrit, approuvé par les usages de ceux qui l'utilisent, selon la définition de Brisson. [...] On ne recourt pas moins à ce droit qui s'est élaboré sans aucun recours à l'écrit à partir d'un long usage et des habitudes des ancêtres qu'au droit écrit. [...] En effet la longue durée d'usage de ce droit est ce qui fait sa force. Cette longue durée doit être établie à partir de la façon de vivre des ancêtres. [...] Il s'ensuit qu'il faut au moins 100 ans. La coutume est d'un temps si long que la mémoire humaine ne sait pas en placer le début.

La mémoire doit se perdre pour que le respect dû aux ancêtres — ces hommes à « la barbe chenue » — assure désormais l'« auctoritas » de la coutume car, en somme, qui manquerait de respect à son père ? La coutume par le temps parvient à faire oublier l'infamie de son origine et à cacher la souillure de sa naissance. Cette métaphore peut sembler outrancière, elle n'est pas nôtre, elle vient du *Lexicon* de Kalh :

Consuetudo differt a lege, quod illa clam & obscure nascitur : Haec repente suam auctoritatem obtinet.

La coutume diffère de la loi, parce que la première naît en cachette et obscurément tandis que la seconde obtient d'un coup toute son autorité ¹³.

Le problème est bien celui de la « naissance » des normes et de la façon dont peu à peu elles acquièrent l'autorité nécessaire à leur efficacité et à leur survie.

LA VIE DES REGLES

Ce que l'on voit donc se mettre peu à peu en place dans cet essai c'est un *continuum* juridique entre l'usage pur et simple, la coutume (qui n'en est pas qualitativement différente) et la loi (qui n'en est finalement que la trace désormais écrite). Il n'existe plus alors aucune vraie différence de nature entre ces trois strates mais une suite continue d'états normatifs plus ou moins contraignants. Montaigne envisage donc ici le monde juridique un peu à la façon

¹² Jean Calvin (alias Kahl), *Lexicon juridicum juris romani, simul et canonici, feudalis item civilis, criminalis [...]*, Francfort, A. Wechel, 1600, , p. 233.

¹³ *Ibid.*

d'une végétation touffue et diverse dans laquelle naîtraient en permanence des règles nouvelles et où d'autres tomberaient aussi peu à peu en désuétude. Si des lois apparaissent, grandissent et meurent, il se peut fort bien alors, semble dire le texte, qu'une loi d'honneur puisse à la longue se transformer peu à peu en une loi tout court. Nul ne peut dire pour le moment laquelle des deux normes s'imposera à l'autre.

Leur conflit ne doit donc plus être envisagé comme un blocage définitif du système juridique mais comme un état transitoire lié à ce que l'on pourrait appeler la vie des règles. Envisagée dans cet espace dynamique, l'antinomie désolante des normes n'est que le signe le plus évident d'un processus de transformation toujours en cours. Ce coup d'œil rapide sur le panorama juridique restitue aux lois leur caractère peu définitif, provisoire, éphémère et les replace dans un flux biotique qui les rend par contrecoup bien incertaines et, pour tout dire, assez peu réellement normatives.

Il n'est sans doute qu'à peine besoin de dire combien cette vision des choses correspond aux perspectives des sceptiques. Le corpus juridique n'est qu'un donné phénoménal comme les autres auquel il faut évidemment se soumettre pour éviter les difficultés de la vie (nul n'a envie de finir sa vie en prison) mais sans lui accorder une valeur absolue. Comme le note E. Naya :

Sextus est allé plus avant dans l'élaboration de cette idée d'adhésion à une route que tracerait la vie elle-même, avec sa notion de « règles de l'existence » (*tèrèsis biôtikè*, notamment *H.P.* I, 23-24) : la vie proposerait un ensemble de repères auxquels il s'agit d'adhérer sur le mode de l'affect sans aucune surdétermination intellectuelle, et qui comprennent [notamment] la traditions des lois et coutumes¹⁴.

Cette profusion des règles est à la fois bien sûr le signe de notre imperfection fondamentale mais aussi le symptôme du temps présent. À l'image d'une société en désordre répond celle d'un monde juridique tout aussi incertain, tout aussi trouble et tout aussi perplexe. Mais ces aspects sont bien connus.

LE RESPECT DES LOIS MALGRE TOUT

IMPERFECTIONS

¹⁴ E. Naya, *Vocabulaire des sceptiques*, Paris, Ellipses, 2002, « Vie ».

La loi n'est donc plus une parole tombée du ciel et gravée dans le marbre des Tables mais une quelconque coutume dont l'origine excède la mémoire des hommes et cette coutume n'est en outre la plupart du temps fondée sur aucune ferme raison comme l'explicite, un peu avant le passage commenté, ce qu'on pourrait appeler l'« apologue du kleenex » :

Un Gentil-homme François se mouchoit tousjours de sa main : chose tresennemie de nostre *usage*. Defendant là-dessus son faict (et estoit fameux en bonnes rencontres) il me demanda quel privilege avoit ce salle excrement que nous allassions lui apprestant un beau linge delicat à le recevoir, et puis, qui plus est, à l'empaqueter et serrer soigneusement sur nous ; que cela devoit faire plus de horreur et de mal au cœur, que de le voir verser où que ce fust, comme nous faisons tous autres excremens. Je trouvay qu'il ne parloit pas du tout sans raison : et m'avoit la *coustume* osté l'apperceance de cette estrangeté, laquelle pourtant nous trouvons si hideuse, quand elle est recitée d'un autre païs¹⁵.

On pourrait penser étant donné cette analyse que Montaigne va entamer alors un réquisitoire en bonne et due forme contre la coutume. Cela n'aurait d'ailleurs rien d'étonnant pour le lecteur du temps qui connaît déjà, surtout s'il est juriste, de nombreux exemples du même genre. Montaigne s'incrinerait alors dans la droite ligne des juristes néoplatociniens du temps. C'est ainsi par exemple le cas d'un de ses collègues, Louis Le Caron, qui déclare :

Toutesfois y a grande difference entre la loy & la coustume : car la loy est une ordonnance genereale, laquelle à la descrire proprement, si elle n'est juste, & produite de la droicte raison ne peut estre telle reputeée : mais la coustume est une commune observance, qui s'est coulee doucement par un taisible consentement de ceux qui en ont usé & quelquefois plustost pour le profit ou commodité des plus puissans que par juste & droicte raison & souvent n'est generale, ains particuliere du pays, où elle a prins force & auctorité : tellement que contre l'opinion de Dion, je compare la loy au Roy, & la coustume au tyran. Car (comme dit Platon) le tyran s'insinue doucement, & peu à peu s'establit, refusant le nom de tyran : mais s'estant fortifié il use de force & commandement. Au contraire le Roy gouverne de pleine puissance, non par force, ains par les loix¹⁶.

« Je compare la loy au Roy, & la coustume au tyran ». À l'évidence, la formule est ciselée de façon à frapper les esprits et à mettre d'une paronomase en rapport de quasi intimité le roi et la loi. Image déformée du roi, le tyran en est à la fois la parodie sinistre et l'indice. La

¹⁵ *Ibid.*, I, 23, p. 112. Nous soulignons.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 391.

coutume de la même façon prétend, selon Louis Le Caron, dire le juste tout en favorisant les intérêts de ceux qui l'édicte. On ne peut donc construire sur elle le droit du Royaume. Aussi est-il possible d'affirmer avec Louis le Caron que « Le vray fondement de toute Republique est la Loy » (p. 388). Et l'auteur de multiplier alors les exemples de coutumes iniques :

Aussi les Cours souveraines ont quelquefois corrigé la coutume, en ce qu'elle estoit contraire au droit de nature : comme appert par un notable arrest du Parlement de Rouën, pour les enfans de ceux qui estoient nez du sang damné, c'est à dire, de pere ou mere condamné à mort, lesquels sans l'avoir merité, estoient par la coutume de Normandie privez des successions de leurs ayeuls, ou autres leurs parens mourans apres : Mais le Parlement a abrogé ladicté coutume barbare, incivile & desraisonnable¹⁷.

On retrouve aussi chez Montaigne cette critique de la coutume et les listes des bigarrures juridico-sociales des contrées lointaines sont assez fréquentes dans son œuvre pour qu'on n'y revienne pas. On lit ainsi dans le même chapitre une très longue liste qui commence ainsi :

Il en est où il se void des bordeaux publicz de masles, voire et des mariages ; où les femmes vont à la guerre quand et leurs maris, et ont rang, non au combat seulement, mais aussi au commandement. Où non seulement les bagues se portent au nez, aux levres, aux joues, et aux orteils des pieds, mais des verges d'or bien poissantes, au travers des tetins et des fesses. Où en mangeant on s'essuye les doigts aux cuisses et à la bourse des genitoires et à la plante des pieds. Où les enfans ne sont pas heritiers, ce sont les freres et nepveux ; et ailleurs les nepveux seulement, sauf en la succession du Prince. Où pour reigler la communauté des biens, qui s'y observe, certains Magistrats souverains ont charge universelle de la culture des terres et de la distribution des fruits, selon le besoing d'un chacun¹⁸.

La liste est encore bien plus longue que l'extrait cité et capable de faire vaciller les certitudes du plus assuré des dogmatistes. Montaigne renouvellera d'ailleurs jusqu'au vertige cette salutaire leçon de relativisme dans l'essai 49 « Des coutumes anciennes ». Aller, après cela, défendre la coutume, toutes les formes de coutume d'ailleurs, car habilement, la liste glisse des mœurs si étranges des contrées lointaines qu'elles nous concernent assez peu (cela va tout de même jusqu'à la cuisson des trépassés) aux questions juridiques bien moins exotiques et bien plus immédiatement compréhensibles par les lecteurs du temps du partage des biens, des

¹⁷ *Op. cit.*, p. 394.

¹⁸ Montaigne, *Essais*, I, 23, p. 112.

mariages et des divorces, du cérémonial qui accompagne les serments, etc. Ces coutumes « étranges » jettent évidemment par contrecoup une lumière crue sur nos propres mœurs car après tout, pourquoi les femmes ne pourraient-elles pas avoir part à la guerre ? Pourquoi les neveux et les frères ne pourraient-ils pas être héritiers à la place des enfants ? Il faut donc faire tomber le « masque » des coutumes et au besoin des lois car il est clair ici que les deux niveaux normatifs ne sont pas dissociés ici : la loi n'est pas pour Montaigne, comme nous l'avons dit *supra*, l'expression d'une vérité transcendante que la coutume ne ferait que travestir comme ce pourrait être le cas pour Louis Le Caron. Elle n'est simplement qu'une coutume qui a réussi à s'imposer (l'existence de véritables lois universelles n'est pas remise en question mais elles sont presque hors d'atteinte, en tous les cas de « de difficile perscrutation »). Voilà tout le mystère de cette « originelle source » que Montaigne évoque.

Le magistrat bordelais emploie d'ailleurs à son propos un terme juridique technique, peu ou pas glosé par les différentes éditions. Il parle en effet du « violent préjudice » de la coutume, ce qui ne signifie pas exactement « préjugé » de la coutume comme le disent plusieurs éditions, du moins pas si l'on donne à ce terme son sens moderne. « Préjudice » vient en effet évidemment de « praejudicium » et signifie techniquement comme le note le *Lexicon juridicum* de Kalh, exact contemporain de Montaigne :

Praejudicium dicitur, quicquid prius judicatum sequentibus judiciis exemplum aliquod allaturum est, Briss. [...] Praejudicium quoque effectum quendam habet. Si enim jungatur aliis probationibus vel praesumptionibus eas facit robustiores [...] ¹⁹.

On appelle « préjudice » tout ce qui, jugé auparavant, est susceptible d'apporter quelque exemplarité aux jugements à venir, selon Brisson. Le « préjudice » a aussi une certaine force. Si en effet il est associé à d'autres preuves ou présomptions, il les rend plus fortes.

Bref, quand Montaigne s'en prend au « violent préjudice » de la coutume, il conteste tout simplement l'un des fondements premiers du droit, la jurisprudence. La coutume est « pré-jugée » dire le droit mais cela est effectivement peut-être, pour le coup, un préjugé contestable. Une fois ce « pré-jugé » remis en question, l'esprit, affirme Montaigne, se retrouve dans un état bien plus sûr et bien plus favorable :

ce masque arraché, rapportant les choses à la vérité et à la raison, il sentira son jugement comme tout bouleversé, et remis pourtant en bien plus seur estat.

¹⁹ Kahl, p. 729-730.

Remettre le jugement « en plus seur estat » certes mais encore faut-il s'entendre sur le sens des mots car ce « plus sûr état » n'est pas forcément l'état de certitude qu'apporte la contemplation de la loi ni surtout un état plus confortable. En fait, il me semble que ce passage est souvent mal compris pour une simple raison de grammaire. Bien souvent l'on donne à « pourtant » le sens d'opposition que l'adverbe a effectivement aujourd'hui mais au XVI^e siècle, « pourtant » signifie d'abord comme on le sait « pour cela » et c'est, me semble-t-il, le cas ici. Cet état « plus seur » du jugement est donc paradoxalement un état d'incertitude ou, plus justement, de « bouleversement ». Voilà qui rappelle des formules importantes de l'Apologie de Raymond Sebond sur le « cuider » des hommes qu'il faut abattre²⁰ et sur la « royauté imaginaire » que nous nous attribuons à tort.

Une fois que l'on a compris la relativité des règles et notre incapacité à dire avec certitude le juste, l'on a fait, dit Montaigne, un grand pas²¹. Prendre conscience de la diversité des normes et de la perte donc de la vérité est une première étape salutaire, première étape toutefois seulement car cette critique de la coutume n'est pas le terme de sa pensée de Montaigne — et c'est ici qu'il se distingue de la tourbe de ses collègues et que s'affirme sa position particulière, position sceptique en même temps que catholique²². S'il n'y a pas de règles justes en soi (pas plus d'ailleurs les coutumes que les lois), il y a toutefois — et c'est heureux — des règles qui à un moment donné « forment » la justice. La nuance est de taille :

Tout cecy me faict souvenir [...] de ce que tiennent les Cyrenaïques, qu'il n'y a rien juste de soy, que les coustumes et loix forment la justice²³.

« Former la justice » cela signifie, nous semble-t-il, que la coutume provisoire, incertaine et infondée est tout de même parce qu'elle est reçue comme une norme qui règle effectivement la vie de la communauté une certaine image de la justice. Elle donne « forme » (une forme particulière, provisoire et partiellement impropre si l'on veut mais une forme tout de même) à cette idée de justice. Ce qui compte n'est donc pas tant le contenu prescriptif particulier (toujours critiquable) de telle ou telle norme que l'intention qu'a cette règle de dire le juste. Dès lors obéir à des coutumes (ou même à des règles qu'on peut — à tort ou à raison — penser

²⁰ *Ibid.*, II, 12 : « Abbattons ce cuider, premier fondement de la tyrannie du maling esprit : “Deus superbis resistit ; humilibus autem dat gratiam” », p. 449.

²¹ *Ibid.*, I, 26, p. 158.

²² C'est ce que dit d'ailleurs tout à fait sérieusement la citation précédente.

²³ *Ibid.*, III, 13, p. 1071.

iniques), c'est se soumettre non pas à des normes particulières mais à une certaine image — plus ou moins grossière — de la justice. C'est d'ailleurs ce que dit Cicéron que se plaît à citer Montaigne :

Nous ne possédons point de modèle solide et exact d'un véritable droit et d'une justice parfaite ; nous n'en avons pour notre usage qu'une ombre [et] qu'une *image*²⁴.

Pascal, excellent lecteur de Montaigne, s'en souvient parfaitement quand il écrit : « La nature a des perfections pour montrer qu'elle est l'image de Dieu, et des défauts pour montrer qu'elle n'en est que l'image²⁵ ». C'est évidemment un autre contexte mais l'idée est pourtant la même. Les lois n'ont pas à être justes. Il suffit qu'elles soient promulguées pour être ce qu'elles doivent être, des régulateurs de la vie sociale, justice si l'on veut et « fondement mystique de leur autorité » :

Or les loix se maintiennent en credit, non par ce qu'elles sont justes, mais par ce qu'elles sont loix. C'est le fondement mystique de leur autorité ; elles n'en ont point d'autre. Qui bien leur sert. Elles sont souvent faictes par des sots, plus souvent par des gens qui, en haine d'égalité, ont faute d'équité, mais tousjours par des hommes, auteurs vains et irresolus. Il n'est rien si lourdement et largement fautier que les loix, ny si ordinairement. Quiconque leur obeyt parce qu'elles sont justes, ne leur obeyt pas justement par où il doit²⁶.

Les lois ne se respectent pas parce qu'elles sont justes mais parce qu'elles « sont » et qu'en tant que telles elles expriment une vérité qui les dépassent. Leur imperfection n'autorise en rien l'insoumission. En ce sens la coutume n'est pas qu'une loi dénaturée, elle est aussi la « forme » vide qui la suppose sans jamais pouvoir l'atteindre.

SOUSSION VOLONTAIRE

Cette « soumission volontaire » aux lois et aux usages — qu'il s'agisse d'ailleurs des règles juridiques ou ecclésiastiques — est pour Montaigne un des propres de la grande âme, comme en témoigne l'exemple du très magnifié La Boétie :

²⁴ Passage de Cicéron traduit par P. Villey. Cicéron, *De officiis*, III, 17. Nous soulignons.

²⁵ *Pensées*, Paris, Garnier, 1964, « Classiques », n° 580.

²⁶ Montaigne, *Essais*, III, 13, p. 1072.

Et sçay d'avantage que, s'il eut eu à choisir, il eut mieux aimé estre nay à Venise qu'à Sarlac : et avec raison. Mais il avoit une autre maxime souverainement empreinte en son ame, d'obeyr et de se soubmettre tres-religieusement aux loix sous lesquelles il estoit nay. Il ne fut jamais un meilleur citoyen, ny plus affectionné au repos de son païs, ny plus ennemy des remuements et nouvelletez de son temps. Il eut bien plustost employé sa suffisance à les esteindre, que à leur fournir dequoy les émouvoir d'avantage²⁷.

et de Socrate son très illustre précédesseur :

La societé publique n'a que faire de nos pensées ; mais le demeurant, comme nos actions, nostre travail, nos fortunes et nostre vie propre, il la faut prêter et abandonner à son service et aux opinions communes, comme ce bon et grand Socrates refusa de sauver sa vie par la desobeissance du magistrat, voire d'un magistrat tres-injuste et tres-inique. Car c'est la regle des regles, et generale loy des loix, que chacun observe celles du lieu où il est²⁸.

Que sont donc ces lois auxquelles il faut se soumettre ? « des opinions communes », rien de plus, des « opinions » vaines que le temps rendra caduques mais des opinions qui expriment tout de même — de façon nécessairement approximative — la justice.

Cette attitude par rapport à la coutume et à la loi, cette soumission volontaire au fait social, est typiquement sceptique car comme on le sait, Pyrrhon peut tout à fait, tout en restant le sceptique qu'il est, accepter une charge d'archiprêtre — ô combien sociale puisqu'elle s'accompagne d'une exemption perpétuelle d'impôt —, parce que la question de la « valeur » ne se pose plus au niveau de sa définition mais du consensus général qu'entérine la tradition. Comme le montre très bien E. Naya :

Définies par l'adhésion subjective de représentants d'une société à un ensemble de valeurs, les lois et coutumes orientent le regard du sage qui y adhère comme à un phénomène nécessaire : « par la tradition des lois et des coutumes, nous *considérons* la piété dans la vie quotidienne *comme* bonne et l'impiété *comme* mauvaise » (nous soulignons) ; il ne s'agit pas d'assentir à une représentation de la valeur réelle de la piété, mais à une simple apparence. Toute recherche sur la valeur réelle de la convention entraînerait les individus à rechercher dogmatiquement au milieu de la diaphonie une réforme idéale, objet de contestation perpétuelle. La légitimité véritable d'un usage rentre dans le domaine du *ou*

²⁷ *Ibid.*, I, 28, p. 194.

²⁸ *Ibid.*, I, 23, p. 118.

mallon ; en débattre conduit forcément à la suspension du jugement, comme l'illustre le dixième mode chez Sextus (le cinquième chez Diogène, *V.P.* 83)²⁹.

C'est ainsi que Montaigne peut à la fois maintenir le flux du divers et du relatif en même temps qu'il respecte comme homme et fait respecter comme magistrat des règles dont il connaît évidemment le caractère douteux. C'est ainsi aussi qu'il peut voir la diversité des usages en matière de foi et se soumettre pourtant au magistère de l'Église. Bref, c'est ainsi qu'il peut être à la fois parfaitement « sceptique », parfaitement légaliste et parfaitement « catholique ».

En ce qui concerne le respect des règles, aucune dispense n'est donc admissible. Seule l'obéissance scrupuleuse à l'institution, voulue par les hommes ou voulue par Dieu peut permettre de sauver sa vie ou de faire son salut. Les coutumes de sa province ou les usages de sa paroisse importent alors au plus haut point.

Or ce qui me semble apporter autant de désordre en nos consciences, en ces troubles où nous sommes, de la religion, c'est cette dispensation que les Catholiques font de leur créance. Il leur semble faire bien les modèrez et les entenduz, quand ils quittent aux adversaires aucuns articles de ceux qui sont en debat. Mais, outre ce, qu'ils ne voyent pas quel avantage c'est à celui qui vous charge, de commencer à luy ceder et vous tirer arriere, et combien cela l'anime à poursuivre sa pointe, ces articles là qu'ils choisissent pour les plus legiers, sont aucunesfois tres-importans. *Ou il faut se submittre du tout à l'autorité de nostre police ecclesiastique, ou du tout s'en dispenser.* Ce n'est pas à nous à établir la part que nous luy devons d'obeissance. Et davantage, je le puis dire pour l'avoir essayé, ayant autrefois usé de cette liberté de mon choix et triage particulier, mettant à nonchaloir certains points de l'observance de nostre Église, qui semblent avoir un visage ou plus vain ou plus estrange, venant à en communiquer aux hommes sçavans, j'ay trouvé que ces choses là ont un fondement massif et tressolide et que ce n'est que bestise et ignorance qui nous fait les recevoir avec moindre reverence que le reste³⁰.

Dès lors s'éclaire, fort différemment, ce qu'on a appelé — d'un terme assez impropre — le « conservatisme » de Montaigne. En effet, si Montaigne se plie à des coutumes dont il perçoit pourtant clairement le caractère arbitraire, sans jamais manifester la moindre rébellion, c'est parce que, pour se révolter ou même pour simplement faire le « triage » parmi les règles (séparer les bonnes des mauvaises), il faudrait être en mesure de proposer une « meilleure »

²⁹ E. Naya, *op. cit.* « Vie ».

³⁰ *Ibid.*, I, 27, p. 182. Nous soulignons.

solution et l'on voit mal au nom de quelle règle transcendante, de quel critère, l'on pourrait juger ici-bas du meilleur et du pire. Ce n'est donc pas parce que les lois positives ne sont au fond que de mauvaises coutumes vieilles de plusieurs décennies, qu'on peut se dispenser de les respecter et, de la même façon, ce n'est pas parce que l'Église a toujours raison qu'elle ne peut errer, mais parce qu'on doit croire qu'elle ne peut errer qu'elle a toujours raison — ce qui ne revient pas au même.

Voilà qui explique que Montaigne peut tout à la fois très facilement critiquer des coutumes qui n'ont de valeur que par la folie des hommes tout en les respectant et en les faisant respecter très scrupuleusement. On peut tout à fait douter, dans son for intérieur — Montaigne distingue soigneusement dans une des citations précédentes le monde des « pensées » du « demeurant, comme nos actions, notre travail, nos fortunes et notre vie propre » —, du bien fondé de telle ou telle règle tout en décidant pourtant, car l'on n'est pas capable de trouver mieux, d'en suivre les prescriptions concrètes. L'on peut donc critiquer les coutumes au nom des lois tout en sachant qu'on ne le fait que parce ces coutumes et ces lois sont devenues « indubitables » par le seul fait qu'elles ont, à un moment donné, été admises :

Tu ne crains point d'offencer ses loix universelles et indubitables, et te piques aux tiennes, partisans et fantastiques ; et d'autant plus qu'elles sont particulieres, incertaines, et plus contredictes, d'autant plus tu fais là ton effort. Les regles positives de ton invention t'occupent et attachent, et les regles de ta parroisse : celles de Dieu et du monde ne te touchent point. Cours un peu par les exemples de cette consideration, ta vie en est toute³¹.

« Courir par les exemples » apprend à se méfier d'abord des normes de son pays (ou des règles sa foi) puis des normes de tous les pays y compris du sien (et donc de sa foi). Mais cela apprend aussi que toute recherche d'un progrès, toute recherche d'un « meilleur » est une illusion (la critique de toute forme de « nouveauté » est permanente chez Montaigne et c'est d'ailleurs une des grandes qualités qu'il reconnaît à son ami La Boétie que de s'en tenir éloigné) et qu'il faut donc se fier simplement et humblement à ce qui nous est donné et croire — c'est ici que Montaigne est un sceptique catholique — que Dieu, par une « faveur » inouïe, a fait à l'homme la grâce de lui laisser l'Église et ses commandements pour le mener à bon port.

Stéphane GEONGET

³¹ *Ibid.*, III, 5, p. 880.

Université François-Rabelais, Tours
Centre d'Études Supérieures de la Renaissance
Institut Universitaire de France
ANR « Juslittera »