

Droit et habitude : une typologie modale des relations possibles entre droit et habitude

Xavier Magnon

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Le sujet, *droit et habitude*, présente, de deux manières au moins, une dimension théorique constitutive.

Il impose, en premier lieu, de définir le droit. Cette question est une question délicate, de théorie du droit, qui ne fait pas l'objet d'une résolution commune par l'ensemble de la science du droit.

Dans le prolongement, et de manière tout aussi décisive, l'opposition des termes, droit et habitude, renvoie, en second lieu, à une question structurante dans la science du droit, à savoir la distinction entre le *droit* et le *fait*, ce que d'autres ont qualifié d'« être » et de « devoir être »¹.

Pour le sujet qui nous occupe, si l'on peut, sans doute, évacuer la question de la définition du droit, il semble difficile de ne pas expliciter la distinction entre le *droit* et le *fait*.

Reprenons chacun de ces deux points.

La question de la définition du droit soulève encore aujourd'hui des discussions, d'autant plus nourries qu'elles se sont régénérées avec l'apparition d'une lecture globalisée du droit et de nouvelles formes de normativité, du droit souple ou droit gazeux, en passant par le droit mou². Il existe un malentendu ontologique des juristes sur leur objet à un niveau inédit au regard des autres sciences sociales. Il n'est pas ici question de résoudre cette difficulté, ni même d'ailleurs de rappeler la définition normativiste, sous-jacente, qui sera la nôtre dans ses quelques lignes, de peur de décourager trop rapidement le lecteur. Retenons simplement que les éléments de la définition normativiste du droit seront savamment distillés au cours des développements qui suivront³. Il n'en reste pas moins que poser une définition du droit n'est sans doute pas

¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles EISENMANN, 2^{ème} édition, 1962, Dalloz, voir, en particulier, pp. 6 et ss.

² Voir sur cette question, relativisant la remise en cause de la définition classique du droit consécutive à ces « nouvelles » formes du droit : « L'ontologie du droit : droit souple c. droit dur », à paraître à la *RFDC*.

³ N'avançons pas pour autant masqué et révélons la définition, sous-jacente, qui sera retenue d'une norme juridique, le droit étant constitué d'un ensemble de normes juridiques. Constitue ainsi une norme juridique la signification d'un énoncé prescriptif qui oblige, interdit, permet ou habilite un certain comportement, qualifiée de norme par une autre norme et qui appartient à un ordre normatif globalement efficace et sanctionné (Voir sur cette définition et, plus largement pour une approche théorique normativiste du droit :

nécessaire pour éclairer les liens que celui-ci entretient avec l'habitude ou, pour le dire de manière plus précise, l'étude de ces relations, entre droit et habitude, ne dépend pas, du moins de manière immédiate, de la définition du droit que l'on retient.

Il est en revanche nécessaire d'éclairer la distinction du *droit* et du *fait* dans la mesure où l'habitude, sans que nous ne l'ayons encore définie, s'inscrit dans le domaine des *faits*, des *comportements effectivement accomplis*. Trois séries de précisions semblent devoir être apportées sur cette distinction.

Le droit est d'abord une réalité objectivement observable en tant que phénomène social. Il existe en effet un objet qualifié de « droit » qui, sans forcément se qualifier, lui-même, comme tel, c'est-à-dire comme du « droit », se concrétise dans des supports physique, recueil, ou immatériel, site internet, formalisant des énoncés de certains types qui prennent la dénomination de loi, de Constitution, de décret ou de contrat et qui forment un ensemble présentant des éléments communs, susceptibles d'être reconnus comme étant le droit. Le concept de droit décrit ainsi une réalité objective : des Constitutions, des lois, des décrets qui prennent la forme d'un support physique ou immatériel réel. Aussi « faire du droit » se distingue-t-il fortement de « faire de l'astrologie » au regard de l'existence d'une réalité physique objectivement observable. Le juriste, la science du droit, observent un objet réel.

Droit et fait se distinguent, ensuite, non seulement dans les liens qu'ils entretiennent entre eux, mais également dans les principes qui en régissent le fonctionnement. Les liens existants entre droit et fait sont couverts parce qu'il est convenu d'appeler la *loi de Hume*⁴, en vertu de laquelle il n'est pas possible de tirer de conséquences prescriptives à partir de prémisses descriptives. Autrement dit, il n'est pas possible de déduire un « devoir être », le droit, à partir de ce qui « est », un fait. Il n'est pas possible de déduire à partir de l'observation de comportements réels des normes. Le constat selon lequel un groupe de CRS moleste au sol un manifestant désarmé ne permet pas de déduire qu'il existe une norme autorisant ce comportement, ni même d'ailleurs qu'il existe une norme l'interdisant. Il n'y a donc pas de lien logique entre les faits et le droit. Cette dissociation est encore éclairée par les lois qui régissent chacun de ces domaines : le droit, le domaine du « devoir être », est régi par le *principe d'imputation*, en vertu duquel si des conditions sont réunies alors quelque chose *doit advenir*, même si, peut-être, ce quelque chose n'advient jamais, simplement, il doit advenir ; quand le domaine du fait, de l'être, est régi par le *principe de causalité*, propre aux sciences de la nature, en vertu duquel, si certaines conditions sont réunies alors quelque chose *advient* et advient nécessairement⁵. Si celui qui ôte la vie à son prochain *doit*, dans la plupart des systèmes juridiques, *être puni*, sans qu'il n'y ait aucune certitude sur le fait qu'il

Théorie(s) du droit, Ellipses, Collection Universités Droit, 2008, 167 p., p. 33 pour la définition normativiste du droit).

⁴ D. HUME, *Traité sur la nature humaine*, 1777, extrait repris et traduit in *Le positivisme juridique*, sous la direction de C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER, L.G.D.J., La pensée juridique moderne, 1992, pp. 244-245.

⁵ Sur la distinction causalité/imputation, voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 104 et ss.

soit *effectivement* puni ; en revanche, il est certain, qu'au niveau de la mer, lorsque l'on porte la température de l'eau à 100 degré, elle bout. Dans le premier cas quelque chose *doit advenir* ; dans le second, il *advient*.

Il découle enfin du premier constat, *le droit décrit une réalité*, malgré le second, *l'on ne peut identifier le droit à partir de faits*, qu'il doit exister un lien minimum entre le droit et le fait. Plus précisément, l'identification du droit ne saurait se faire sans aucune référence au réel. Ce lien entre fait et droit, ce lien minimum, est établi par la condition de l'efficacité globale d'un ordre normatif. Un ordre normatif ne saurait être un ordre juridique, toutes conditions étant égales par ailleurs, que s'il est globalement efficace, c'est-à-dire si les normes qu'il contient sont plutôt respectées que non respectées. L'efficacité globale des normes du système conditionne l'existence du droit. Le réel, le respect effectif des normes, conditionne la reconnaissance d'un ordre juridique.

Ces questions réglées, il convient d'explicitier ce qu'il faut entendre par « habitude ». Le terme renvoie au latin *habitudo*, coutume, et *habitus*, manière d'être. Dans le langage courant, l'habitude est une « manière ordinaire, habituelle d'agir, de penser, de sentir, propre à quelqu'un ou à un groupe de personnes » ; une « manière de faire, comportements créés chez quelqu'un par une action répétée »⁶ ; une « façon permanente, fréquente, régulière ou attendue, d'agir, de sentir ou de se comporter, acquise volontairement ou non »⁷. L'habitude est donc un comportement qui relève du domaine du fait et qui ne saurait donc, de manière autonome, être confondu avec le droit.

C'est en tant que comportement de fait que l'habitude sera étudiée dans ses rapports avec le droit.

Les rapports entre droit et habitude sont susceptibles d'être appréhendés sous deux angles différents, selon le point de vue du droit, et donc, du *devoir être* ou selon le point de vue de l'habitude, et donc, du *fait*. Il s'agira de dresser une classification des différents rapports possibles entre ces deux éléments à partir de chacun de ces deux points de vue. Cette classification se veut exhaustive de toutes les situations possibles, qu'elles existent ou qu'elles n'existent pas en réalité. Elle s'inscrit dans une démarche théorique, consistant en une modélisation générale, indépendante du droit positif ou de situations concrètes. Elle ne manquera toutefois pas d'être nourrie par des illustrations issues des différentes interventions qui se succéderont dans cet ouvrage. Nous n'en userons pas moins, dans notre propos, d'un exemple, fictif, un seul, que l'on supposera être une habitude, et non pas une norme juridique : le plan en deux parties des juristes.

⁶ Ces définitions sont celles du Larousse en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/habitude/38783>.

⁷ Cette définition est celle proposée par le Centre national de Ressources Textuelles et Lexicales : <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/habitudes>.

Du point de vue de la norme, celle-ci et, plus largement, *le droit, face l'habitude*, est susceptible de la saisir, comme tout fait (§ I). Du point de vue de *l'habitude, face au droit*, elle est susceptible d'entretenir plusieurs rapports avec le droit (§ II).

Sous ces deux angles, il est encore important de mettre en évidence un élément susceptible d'avoir une incidence sur les rapports entretenus entre l'habitude et le droit. L'on pourrait parler d'un *seuil de visibilité* de l'habitude. Le droit est susceptible de réagir face à une habitude ou, à l'inverse, l'habitude peut influencer sur le droit que si cette habitude revêt une certaine ampleur. Cette dimension n'est pas seulement quantitative, à savoir le nombre de personnes concernées par l'habitude, mais aussi qualitative, le domaine plus ou moins sensible de la vie sociale couvert par l'habitude, les deux dimensions étant, à l'évidence, mêlées. Il n'en reste pas moins que le seuil est difficile à mesurer. L'on comprendra cependant aisément que, dans le domaine de la santé, par exemple, les rapports et les tensions potentiels entre droit et habitude ne sont pas de la même ampleur, selon qu'il s'agisse de gérer l'usage de drogues⁸ légales dangereuses pour la santé ou de gérer des drogues illégales plus ou moins dangereuses pour la santé et dont l'usage peut être, malgré l'illégalité, banalisé. Les habitudes ne sauraient être gérées de la même manière selon le type de drogue, légale ou illégale, le nombre d'usagers de ces drogues et la perception des drogues comme celle de leur usage par les membres de la société.

§ I - Le droit face à l'habitude : le droit saisit le fait

L'appréhension par le droit de l'habitude renvoie aux énoncés déontiques susceptibles d'être contenus dans un énoncé prescriptif dont la signification constitue une norme. Quatre situations sont donc potentiellement envisageables lorsque le droit saisit un comportement, un fait, et, pour ce qui nous intéresse ici, l'habitude : la permission, l'interdiction, le caractère obligatoire ou l'habilitation. Ces quatre situations peuvent être regroupées selon qu'elles constituent une *option radicale* (interdire ou rendre obligatoire) ou une *option souple* (permettre ou habiliter). Qu'il nous soit d'ailleurs permis ici d'évoquer, brièvement, pour acter un projet scientifique personnel en cours, qu'il nous semble possible de formuler tous les concepts mobilisés par les juristes par l'usage ou le renvoi aux critères de définition de la norme juridique, et, en particulier, en énonçant ces concepts à partir des énoncés déontiques, ou par des renvois à la norme juridique ou à l'ordre juridique⁹.

L'*option radicale*, interdire ou rendre obligatoire, pourrait être discutée en tant qu'option offrant une alternative. En effet, toute interdiction peut être formulée en une obligation et

⁸ Retenons-en ici une définition courante, l'un de celles proposée par le Larousse en ligne : « substance dont l'usage excessif est toxique en raison aussi de la dépendance qu'il crée chez l'utilisateur ».

⁹ Le concept de souveraineté, pour ne retenir qu'un seul exemple, dont on sait qu'il s'agit d'un concept éminemment politique, mettant en relief, en particulier, le caractère suprême d'une puissance, peut être formulé sous la forme d'une *habilitation* de l'*ordre juridique* international à une entité que d'être un organe de cet *ordre juridique* susceptible de produire les *normes* de cet *ordre*.

réciroquement. La norme tirée de l'énoncé - la norme étant la signification d'un énoncé - « *il est obligatoire de s'arrêter au feu rouge* », énoncé posant une obligation, peut être également formulée par un énoncé posant une interdiction du type : « *il est interdit de circuler au feu rouge* ». Il n'en reste pas moins que, d'un point plus symbolique, la formulation des normes sous la forme d'énoncés d'interdiction ou de caractère obligatoire traduit des intentions cachées d'inspiration différente soit qu'il s'agisse d'écarter un comportement possible, soit qu'il s'agisse d'en imposer un. Le ressort psychologique n'est pas le même, tant du côté de l'auteur de la norme, que de celui qui en est le destinataire.

A partir de l'exemple retenu, il est possible de formuler une norme d'interdiction de la manière suivante : « *il est interdit de présenter un plan en plus de deux parties* » (et qu'il nous soit permis de supposer, pour que cette formulation soit valable, qu'en dessous de deux parties, l'on ne saurait considérer qu'il existe un « plan ») ; sous l'angle du caractère obligatoire, l'énoncé pourrait être le suivant « *il est obligatoire de présenter un plan en deux parties* ».

A côté de cette option radicale, et sans doute peu libérale sous l'angle des libertés universitaires, il est possible de retenir une *option souple*, sous la forme d'une habilitation ou d'une permission. Cette dernière est sans doute la situation la plus simple. Il serait ainsi possible de retenir l'énoncé suivant : « *il est permis de présenter un plan en deux parties* ». La liberté d'action est alors couverte par une norme. La question susceptible de se poser ensuite est celle de savoir dans quelle mesure le bénéficiaire de la norme pourra revendiquer le respect de cette norme de la part de ceux qu'elle oblige et, le cas échéant, obtenir une éventuelle sanction en cas de méconnaissance de cette norme par ceux-ci. Il reste que la formulation sous la forme d'une permission est une autorisation d'adopter un certain comportement matériel posée par la norme.

L'habilitation recouvre une situation plus complexe, en particulier parce qu'elle recouvre en partie la situation précédente, même si elle ne saurait être confondue avec elle. Avec notre exemple, elle peut elle-même se décomposer en deux sous situations. L'habitude sera considérée comme une norme, sur habilitation d'une autre norme, soit de manière générale, soit de manière ponctuelle. Dans les deux cas, l'exercice de la permission d'agir accordée à un groupe de personnes est ainsi constitutive d'une norme juridique. Le comportement adopté dans le cadre de la permission, « *il est permis de présenter un plan en deux parties* », se traduit seulement par un agissement matériel ; il est constitutif d'une norme dans le cadre de l'habilitation. L'habilitation générale pourrait être formulée de la manière suivante : « *les juristes agissent en fonction de leurs usages* », les termes d'« usage » et d'« habitude » étant utilisés en tant que synonymes ; l'habilitation spéciale : « *les juristes produisent des plans en fonction de leurs usages* ». Ces énoncés visent à permettre aux juristes de régir leur comportement en fonction de leurs usages et leur permet donc de fixer eux-mêmes les règles qui régissent leur propre comportement, soit en général, dans la première formulation, soit à propos du plan, dans la seconde. Dans la première formulation, l'habitude est une catégorie générale de normes susceptible d'être produite par les juristes, quel qu'en soit le contenu ; dans la seconde, le domaine de la norme produite est restreint puisqu'il ne concerne que le plan.

Plus généralement, dans le premier cas, l'on reconnaît la coutume, dont l'un des deux éléments constitutifs est la répétition d'un comportement constant pendant une certaine durée, ce qui renvoie à l'habitude, qui peut être une catégorie normative de droit positif si celui-ci la reconnaît comme telle. La coutume étant un mode de production des normes décentralisé, les destinataires des normes sont habilités à poser ces normes sur habilitation normative. Dans le second cas, il faut voir un renvoi ponctuel par le droit positif à une habitude, à une pratique, si nous retenons les deux expressions pour synonymes, pour régir un comportement. Une norme, plutôt que de préciser de manière précise quel comportement sera imposé, peut renvoyer au comportement que les acteurs ont pris l'habitude d'avoir comme modèle de comportement obligatoire. Les destinataires de la règle fixent eux-mêmes la règle, sur habilitation normative.

§ II – L'habitude face au droit : le fait par rapport au droit

Il est à présent nécessaire de renverser la perspective et de retenir une approche factuelle, une approche sociale de l'habitude, et établir quels peuvent être alors les rapports entre le droit et l'habitude sous le point de vue de cette dernière. Deux situations seulement sont identifiables dans le rapport qu'entretient l'habitude avec le droit et, plus précisément, avec la norme : soit l'habitude est conforme à la norme, soit elle est contraire. De manière plus souple, l'on dira que soit *l'habitude est avec le droit*, soit elle est *contre le droit*.

Plusieurs situations peuvent être rangées sous la catégorie générale « *l'habitude avec le droit* ». L'habitude peut tout d'abord être à l'origine du droit. Ce peut être un comportement habituel qui est à l'origine du choix de l'autorité normative compétente de saisir d'un point de vue normatif cette habitude. L'arrêté relatif au premier concours national d'agrégation pourrait ainsi imposer le plan en deux parties dans les épreuves du concours afin de consacrer juridiquement l'existence d'une habitude. Plus largement, il peut être utile de rappeler que l'habitude est également à l'origine du droit, on l'a vu, lorsqu'un système juridique prévoit que la coutume est une catégorie normative du système.

L'habitude est ensuite avec le droit lorsque les comportements habituels sont conformes aux normes qui les régissent. Autrement dit, la norme est respectée, il y a même une habitude dans le sens du respect de la norme, celle-ci est efficace. L'habitude suit le droit. S'il existe une norme qui impose le plan en deux parties et que tous les destinataires de la norme produisent effectivement un plan en deux parties et prennent même l'habitude d'adopter un tel plan, les comportements suivent les prescriptions normatives.

A l'opposé, *l'habitude* peut être *contre le droit*. Les comportements peuvent en premier lieu résister à la norme. Le comportement des personnes obligées par la norme est différent de celui qui est prescrit par la norme. La norme n'est pas respectée. Si une norme impose un plan en deux parties, mais que les comportements des juristes traduisent un comportement, et même une

habitude différente, un plan en trois parties, par exemple, les comportements s'opposent à la norme.

De manière plus générale, plus qu'à une norme en particulier, l'habitude peut s'opposer à un ordre normatif de manière globale. Les habitudes peuvent alors conduire à une perte d'efficacité globale d'un système normatif et donc à un renversement de l'ordre normatif en vigueur. Les systèmes de type mafieux, par exemple, entendent s'opposer de manière globale, par des pratiques contraires, aux règles posées par le système normatif étatique dominant. Ils peuvent renverser celui-ci dès lors qu'ils parviennent à ce que les comportements adoptés, plutôt que d'être globalement conformes aux règles du système normatif étatique, sont conformes à celles du système normatif mafieux.

Imaginons, même s'il faut beaucoup d'imagination, que la communauté des juristes refusent non seulement d'appliquer le plan en deux parties (beaucoup d'imagination disions-nous), mais qu'elle ne mette plus ses robes d'apparat, qu'elle n'écrive plus qu'en anglais, des articles de fond, s'appuyant sur un cadre théorique et épistémologique rigoureux, qu'elle témoigne, dans le prolongement, d'une culture scientifique dans toutes ses activités, des thèses aux soutenances de thèse, aux colloques, à la rédaction d'ouvrages, c'est bien l'ordre normatif universitaire dans son ensemble qui serait remis en cause et non plus, seulement, l'une des règles qu'elle s'impose.

Les catégories ainsi posées, seront, dans le meilleur des cas, illustrées, dans le pire, remises en cause, et selon une voie médiane, éprouvées par les contributions qui suivront. La mise à l'épreuve de cette classification échappe ainsi à celui qui la propose. Il faut y voir le privilège d'intervenir en premier. Qu'il nous soit permis de remercier encore celles qui sont à l'initiative de cet ouvrage également pour nous avoir accordé ce privilège.