

LES USAGES : UN DROIT HORS LA LOI

Pierre MOUSSERON
Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier
Président de l'Institut des Usages

1. La relation entre les usages et la loi semble trop connue pour mériter qu'on y revienne. L'opinion dominante positiviste range les usages (ici définis comme des pratiques généralisées assorties d'une sanction) et la loi (ici entendue comme l'acte normatif émanant du Parlement) dans un ordre juridique dans lequel la loi impérative¹ ou d'ordre public² prévaudrait sur l'usage sauf cas d'éviction précis en Droit civil, en Droit commercial ou en Droit du travail³.

2. En France, le culte voué à la loi depuis la Révolution de 1789 expliquerait largement cette prévalence. Depuis lors, le fait que les professeurs de Droit soient des fonctionnaires d'Etat et l'oeuvre simplificatrice des médias contribuent à entretenir cette flamme légale. Seul investi de la souveraineté nationale, le Parlement aurait le monopole ou tout au moins le dernier mot du Droit. Les articles 1100 et suivants du Code civil issus de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 illustrent bien la primauté que le législateur français entend conférer à la loi quant à l'édiction du Droit; le nouvel article 1100-2 du Code civil dispose ainsi : « *les faits juridiques sont des agissements ou des évènements auxquels la loi attache des effets de droit* » ; même en matière de faits juridiques, la loi dominerait.

La cause n'est pourtant pas aussi nette.

3. Dans le passé, et à la suite d'Aristote, Cicéron faisait prévaloir la coutume sur la loi.⁴ Cette seconde⁵ hiérarchie était fondée sur l'idée selon laquelle l'ordre des lois suppose une

¹ Dans ce sens : B. Beignier, C. Blery et A.-L. Thomat-Raynaud, *Introduction au droit*, LGDJ, Collection Cours, 5^{ème} éd. 2016, n°135.

² Dans son manuel d'introduction au Droit, François Terré conclut ainsi que « *si l'on doit admettre sans difficulté qu'une coutume puisse détruire une loi interprétative ou supplétive de volonté, on peut hésiter à admettre l'existence de coutumes contraires à des lois impératives... On en cite pourtant des cas, par exemple la coutume en vertu de laquelle, malgré l'exigence d'un acte notarié en matière de donations (C. civ. art. 931), la pratique du don manuel est valable. Mais le doute grandit lorsque la règle impérative présente un caractère d'ordre public (...). Certaines décisions isolées donnent quand même à penser que des coutumes contra legem peuvent exister (subsister ?) « sur le terreau des particularismes locaux » (F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz 10^{ème} éd, 2015, n°396).*

³ Dans ce sens : Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit, in Droit Civil*, Ph. Malaurie et L. Aynès, 6^{ème} éd. 2016 par Ph. Malaurie et P. Morvan, n°378.

⁴ Cicéron, *De inventione* Livre 2, 160. Sur le sujet : J.B. Murphy, *Habit and convention at the foundation of custom, in The Nature of Customary Law, Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press 2009, p. 53.

⁵ La première hiérarchie, imposant la subordination de toute règle à l'ordre naturel des choses pourrait justifier un regain d'intérêt vers le Droit naturel (dans ce sens : Y. Lemoine et J.-P. Mignard, *Le défi d'Antigone, Promenade parmi les figures du droit naturel*, Editions Michel de Maule, 2012). Les rappels météorologiques à notre précaire condition humaine militent notamment en ce sens.

adhésion coutumière, laquelle présuppose l'existence d'un ordre naturel. L'ordre légal ne pourrait donc exister sans l'ordre coutumier lequel ne pourrait exister sans l'ordre naturel des choses.

Le Droit romain paraissait ambivalent sur cette question. Le Digeste permettait de donner priorité à la coutume⁶. La règle romaine *Provisio hominis facit cessare provisionem legis* s'inscrivait dans cette première voie. Le Codex préférait la solution inverse⁷.

Les auteurs du Moyen-Age comme Irnerius et Placentin donnaient priorité à la *lex* sur la *consuetudo*⁸.

Au 12^{ème} siècle, le Décret de Gratien invitait à dépasser cette présentation pyramidale en invitant à une application combinée de la loi et des usages. Dans une fine analyse contemporaine de ce texte, un auteur américain écrit ainsi: « *Because written laws serve to formulate and correct custom, they will normally supercede and override customary law ; yet, because they find their context and point within a broader framework of customary law, the customs of a people will provide the necessary context for their interpretation* »⁹. Elargissant son analyse, J. Porter conclut sur les rapports entre lois et coutumes: « *Far from being a minor adjunct to the law properly so called, custom is seen from this perspective as the one essential component of any legal system, sufficient to sustain a rule of law under some circumstance, and one essential component of the rule of law under any and every circumstance.* »

Sous l'Ancien-Régime, lois et coutumes entretenaient des rapports complexes liés notamment au partage du royaume entre pays de droit écrit et pays coutumiers. Même dans les provinces méridionales où dominait le Droit écrit, l'adage "*Coutume passe droit*"¹⁰ permettait à la coutume de l'emporter¹¹.

L'article 7 de la loi du 30 Ventôse an XII (1804) portant promulgation du Code civil était de facture très légaliste : « *À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code.* ». Toutefois, le fait coutumier était toujours admis sous le terme d'«usage». Ainsi, dans son Discours préliminaire, Portalis écrivait : « *à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi* ».

4. Aujourd'hui, en Droit français, la loi paraît résister comme en atteste notamment l'opposition des juges devant l'abrogation par désuétude¹².

⁶ D.1.3.32.

⁷ C.8.52.2. De la même façon, une Constitution de Constantin (C.J.8, 52) énonçait la supériorité de la loi sur la coutume.

⁸ D. Ibbetson, *Custom in Medieval Law in The Nature of Customary Law, Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press 2009, p. 151, sp. p. 157.

⁹ J. Porter, *Custom, ordinance and natural right in Gratian's Decretum, in The Nature of Customary Law, Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press 2009, p. 79.

¹⁰ H. Roland et L. Boyer, *Adages du Droit Français*, Litec 4^{ème} éd. 1999, p.115.

¹¹ Ce Droit coutumier va perdre de sa spontanéité avec l'entreprise de rédaction des coutumes au XVI^{ème} siècle.

¹² A. Desrayaud, *Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ?*, RRJ 2008-1, p. 41 et s.

Toutefois, des fissures apparaissent dans l'édifice législatif sous l'effet de phénomènes aussi divers que l'extension du pouvoir réglementaire, de la force interprétative de la jurisprudence¹³ et de la primauté du Droit de l'Union européenne. La loi fait en outre l'objet d'attaques plus radicales liées aux phénomènes de dérégulation, de désobéissance civile¹⁴ ou d'autonomie¹⁵.

On peut se demander si cet affaiblissement de la loi pourrait ouvrir la porte à la coutume ou plus généralement aux usages. Cela suppose un effort de clarification de l'autorité contemporaine respective de la loi et des usages.

5. Cet objectif ici entrepris en hommage à un Maître¹⁶ nous invitera à présenter successivement une approche classique d'opposition (I) et une seconde plus riche à nos yeux, de conciliation (II) des usages et de la loi.

I L'OPPOSITION DES USAGES ET DE LA LOI

Pour examiner les usages par rapport à la loi, il nous paraît nécessaire, de façon liminaire, de préciser que notre approche sera ici favorable au pluralisme juridique. Il nous semble en effet nécessaire de prendre conscience de la finitude de l'ordre juridique étatique entendu comme l'ensemble des prescriptions découlant des textes (législatifs, réglementaires ou jurisprudentiels) reconnus par l'Etat et appliqués par la justice étatique. Même si certains ont la fâcheuse tendance d'assimiler règle de Droit et Etat de Droit¹⁷, une approche plus globale nous paraît aujourd'hui préférable.

Dans cette perspective, il nous paraît nécessaire de distinguer la force des usages selon que l'on se place dans l'ordre étatique (A) ou non-étatique (B)¹⁸.

A LA FORCE DES USAGES DANS L'ORDRE JURIDIQUE ETATIQUE

1. Certaines règles spéciales permettent aux usages de l'emporter sur la loi¹⁹.

¹³ On lit ainsi dans le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats : «*La sécurité juridique impose également la prise en considération de la jurisprudence développée depuis deux cents ans. Force et de constater que les textes actuels ne permettent pas d'appréhender le droit positif, tant la jurisprudence a dû les interpréter, par analogie, a contrario, voire contra legem*». (p. 3).

¹⁴ S. Turenne, *Le juge face à la désobéissance civile en Droits américain et français comparé*, Bibl. dr. privé, t. 479, LGDJ, 2007.

¹⁵ Voir notamment loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

¹⁶ L'auteur renouvelle ici ses remerciements au dédicataire de ces Mélanges pour les stimulantes séances de préparation à l'agrégation qu'il proposait le samedi après-midi non seulement à « ses » étudiants aixois mais bien au-delà.

¹⁷ La version française du paragraphe 64 du préambule de la directive 2015-849 du 20 mai 2015 sur la prévention de l'utilisation du système financier à des fins de blanchiment de capitaux traduit ainsi « *Rule of Law* » par « *Etat de Droit* ».

¹⁸ Les concepts d'ordre juridique ne nous paraissent pas excessifs dès lors que les systèmes étatique et coutumier ont chacun des sources et des mécanismes de sanction (judiciaire pour l'un, judiciaire et social pour l'autre) qui sont distincts.

¹⁹ *Les usages, L'autre Droit de l'entreprise*, (dir. P. Mousseron) LexisNexis 2014, n°377 et s.

C'est le cas en en Droit du travail en présence d'un usage plus favorable au salarié.

En Droit international public, la primauté de la coutume internationale sur la loi nationale, est reconnue tout au moins devant la Cour de cassation²⁰

En Droit commercial, on connaît le fondement coutumier de la solidarité passive²¹. Pour cette discipline, nos collègues Yves Reinhard, Sylvie Thomasset-Pierre et Cyril Nourissat concluent: « *En somme, les rapports entre la loi et l'usage ne sont pas hiérarchiques. En cas de contrariété, la règle la plus juste, la plus raisonnable doit l'emporter* »²². En dépit de la reconnaissance spéciale d'usages *contra legem*, les décisions qui aboutissent à une solution favorable aux usages n'y parviennent généralement qu'à contre-cœur en sollicitant des fondements contractuels. Ainsi, dans l'arrêt *L'Ami des Jardins* de 1982, la Cour de cassation n'admet la primauté des usages sur la solution découlant de la loi et plus particulièrement le versement d'une indemnité de création de clientèle en l'absence de droit légal à ce titre à une agence de publicité prévue par le Code des usages de la publicité que parce que le client avait « *accepté que le litige soit réglé selon les usages de la profession* »²³.

2. De façon générale, on admet la primauté de la loi impérative sur l'usage.

Si l'on devait synthétiser les autorités respectives de la loi et de l'usage en Droit étatique contemporain, on pourrait ainsi affirmer que mis à part le cas particulier du Droit du travail, la loi prévaut sur l'usage lorsqu'elle est impérative ; dans ce cas, l'usage qui serait allégué en sens contraire serait illégitime ce qui le priverait d'existence. En présence d'une loi supplétive, l'adage « *Convenances vainquent loi* »²⁴ serait encore justifié même si les tribunaux sont souvent réticents à l'affirmer. La question centrale consisterait alors à définir les cas dans lesquelles une loi serait impérative et ceux dans lesquels elle serait supplétive. A cet égard, on lit avec intérêt dans le Rapport au Président de la République qui accompagne l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 réformant le Droit des contrats : « *...dans la tradition (sic) du code civil, l'ordonnance n'affirme pas dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception* ».

Mais certains auteurs continuent aujourd'hui à défendre la primauté de la loi même supplétive sur les usages conventionnels²⁵. Une des explications à cette complexité persistante quant à l'autorité respective de la loi et des usages tient à la diversité des autorités que l'on consultera en la matière. Il ne faut notamment pas attendre du pouvoir législatif qu'il

²⁰ Cass. crim. 13 mars 2001, n°00-87215 (D. 2001, p. 2631, note J.-F. Roulot) à propos de l'immunité des chefs d'Etat. La Cour administrative d'appel de Versailles a une lecture plus favorable à la primauté de la loi sur la coutume internationale en matière d'extraterritorialité des ambassades : CAA 7^{ème} ch. 29 juin 2017, n°16VE00158, Rev. dr. fiscal 2017, 455, note A. Revel.

²¹ Celle-ci paraît avoir passé le cap de la réforme du Droit des contrats : Ph. Grignon, JCP 2016, 1684, *Chronique Usages*, n°10.

²² *Droit commercial*, Lexis Nexis 8^{ème} éd. 2012, n°60.

²³ Cass. com. 27 avril 1982, n°81-11766. Pour une approche plus favorable à une invocabilité directe sans référence au contrat: M. Bourdeau, JCP 2017, 1253, *Chronique usages*, n°4.

²⁴ H. Roland et L. Boyer, *Adages du Droit Français*, Litec 4^{ème} éd. 1999, p. 113.

²⁵ J. Julien et A. Mendoza-Caminade, *Droit commercial*, LGDJ 2017, n°29.

reconnaisse son "concurrent coutumier" dans le Code civil. De la même façon, le juge n'est pas nécessairement le meilleur ambassadeur de la norme coutumière. Parmi les juges et au-delà des sensibilités personnelles, on devine qu'un tribunal administratif n'aura pas la même approche de l'autorité respective de la loi et des usages qu'un tribunal arbitral. Une autre différence tient aux disciplines juridiques en cause. La matière commerciale est ainsi traditionnellement plus bienveillante vis à vis des usages que la matière civile. Enfin, une dernière différence tiendra au contexte interne ou international de la question posée. La plus forte neutralité parfois reconnue aux usages leur confère ainsi un rôle plus fort dans un cadre international.

B LA FORCE DES USAGES HORS DE L'ORDRE JURIDIQUE ETATIQUE

Les usages se manifestent aussi hors de l'ordre juridique étatique. Cet au-delà se rencontre dans deux grandes familles de situations.

1 Les usages dans le Droit spontané.

L'ordre juridique spontané s'entend d'abord de situations relevant de pratiques qui ne sont pas visées par l'Etat.

La vie quotidienne offre heureusement encore de nombreux exemples de comportements qui ne ressortent pas expressément du Droit étatique : bonnes manières, orthographe...²⁶ La vie professionnelle relève aussi parfois de ces situations non régies par les textes. Pensons ici par exemple aux comportements attendus durant les réunions ou dans les courriers professionnels, ou au choix de la langue dans la négociation ou l'exécution des contrats. Dans ces situations, les professionnels observent que certaines pratiques relèvent du professionnalisme même si elles ne sont pas prescrites par des textes. Ces situations de non-Droit étatique se raréfient toutefois. On peut ainsi constater que des comportements qui relevaient jusqu'à maintenant de la solidarité familiale ou amicale sont progressivement saisis par des contrats ou des règlements. Quoiqu'il en soit, dans la mesure où il n'y a pas de loi, la situation est simplifiée et il n'y a pas de conflit entre usages et loi.

La seconde situation relevant de l'ordre juridique spontané se rencontre lorsqu'il existe un texte, mais que celui-ci est faiblement sanctionné. Pensons aux sanctions qui assortissent de nombreuses infractions pénales. Si l'article 311-3 du code pénal énonce que « *le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende* », il suffit d'observer la rubrique des faits divers ou la chronique judiciaire d'un journal local pour constater que tel n'est en pratique que rarement le cas : entre les voleurs qui ne sont pas poursuivis, ceux qui ne sont pas arrêtés, ceux qui ne sont pas condamnés, ceux qui sont condamnés avec sursis et ceux qui n'exécutent pas leur peine, on peut ranger l'article 311-3 du Code pénal au rang des dispositions de Droit positif peu effectives. Au-delà des règles de prononcé des peines figurant aux articles 132-17 et s. du code pénal, des usages judiciaires relevant de l'ordre juridique spontané viennent neutraliser ce texte pénal. La connaissance de cette effectivité concrète nous paraît tout à fait pertinente pour la connaissance du Droit entendu non pas comme un ensemble de textes mais comme un ensemble de règles sanctionnées.

²⁶ Certains préfèrent laisser ces comportements en dehors du Droit pour n'y voir que des normes sociales (Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit, in Droit Civil*, Ph. Malaurie et L. Aynès, 6ème éd. 2016 par Ph. Malaurie et P. Morvan, n°27). Dans le cadre d'une approche plus attachée aux effets qu'aux causes, nous préférons ne pas exclure du Droit ces règles dès lors qu'elles sont dotées d'une véritable sanction, fût-elle sociale sous forme d'ostracisme notamment.

2 Les usages dans le Droit a-national.

Un second type de situation pourrait se développer en dehors du cadre étatique du fait du choix de personnes de recourir à l'arbitrage²⁷. Un détachement complet vis-à-vis de l'ordre juridique étatique n'est généralement pas admis eu égard à la nécessité de recourir à l'Etat pour certaines dispositions d'ordre public ou pour contrôler l'exécution forcée de la sentence²⁸. Ceci étant dit, le Droit étatique n'a pas le monopole d'édiction de la règle de Droit. Que ce soit en matière d'arbitrage interne ou international, le Code de procédure civile donne mission aux arbitres d'appliquer les « règles de droit » et non pas la seule loi.

Cela est facilement admissible en matière d'arbitrage international²⁹. C'est notamment ce qui a été admis en matière de conventions d'honoraires. Dans l'affaire El Khoury, la Cour d'appel de Paris a ainsi admis que les usages du commerce international permettaient la rémunération d'un avocat selon une clause de *quota litis* même si cette formule dérogeait à une règle déontologique française³⁰.

On peut aussi l'admettre en matière d'arbitrage interne. Comme le résume Laurent Aynès, « *l'arbitre n'a pas en principe à appliquer un droit étatique déterminé ; il n'est pas l'organe d'un Etat, ni le serviteur d'une loi. C'est à l'accord des parties qu'il doit essentiellement se référer. Mais une loi étique peut précisément avoir été choisie par les parties. A défaut, l'arbitre peut s'y référer, si elle lui paraît appropriée à la solution du litige* »³¹. Dans leur rôle de complément naturel du contrat, les usages trouveront ici un moyen de jouer un rôle indépendamment de la loi. Pierre Mayer illustre cette réalité : « *Par son acceptation, l'arbitre monte en quelque sorte dans la barque contractuelle. Il répugne à la faire couler. Chargé, par exemple de régler les différends qui peuvent survenir pendant la durée d'un pacte d'actionnaires, il aura tendance à y borner sa mission, sans trop se préoccuper des entorses qu'il peut comporter aux règles légales relatives aux cessions d'actions ou au vote dans les assemblées d'actionnaires* »³². Une sentence arbitrale portée devant la Cour d'appel de Grenoble qui l'a validée illustre bien cette faculté en permettant l'exclusion d'un associé au visa notamment des « *usages en vigueur dans les réseaux de distribution* ». ³³ En l'espèce, le savoir-faire des arbitres a consisté pour « faire passer » cette entorse manifeste à la loi à accompagner la référence aux usages de celle à l'intention des parties. Cette référence conforte la solution en l'appuyant sur la norme ultime qui on le voit en arbitrage n'est pas la loi mais la volonté des parties. Si l'ordre public menace toujours la sentence en application de l'article 1492-5 du Code civil, cette menace est faible en matière contractuelle. Comme l'observent Sylvain Bolée et Cécile Pérès : « *la quasi-totalité des règles du droit civil des contrats, même impératives à l'égard des parties, sont des règles protectrices de simples intérêts privés ; elles ne concernent donc pas l'ordre public du droit de l'arbitrage, dont la fonction principale est*

²⁷ V. notamment Sentence CCI n°8501, Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007, Wolters Kluwer 2009, p. 529.

²⁸ B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF 1998, p. 86.

²⁹ F. Gelinas, *Trade Usages as Transnational Law, in Trade Usages And Implied terms In The Age Of Arbitration*, Oxford University Press, 2016, p. 253.

³⁰ CA Paris 10 juillet 1992, n°91/21340.

³¹ L. Aynès, *Le contrat devant l'arbitre à l'épreuve de la réforme française du droit des contrats, Présentation générale*, in Rev. arb. 2017, n°1, p. 5, sp. p. 6.

³² P. Mayer, *L'arbitre et la loi, in Etudes offertes à Pierre Catala, Le Droit privé français à la fin du XXè siècle*, Litec, 2001, p. 225, sp. p. 237.

³³ CA Grenoble 16 septembre 2010, JCP éd. G, 273, note P. Mousseron.

de garantir le respect de normes protectrices de l'intérêt général.... La méconnaissance par l'arbitre du caractère impératif d'une règle du droit des contrats n'est donc pas en général, un motif d'annulation de la sentence ...»³⁴. On peut conclure sur ce point avec Pierre Mayer que « ...la loi dans l'arbitrage, change de statut : de fondement obligatoire de la décision individuelle, elle devient un modèle, privilégié certes, mais qu'il pourrait y avoir de bonnes raisons d'écarter »³⁵.

Pour examiner l'autorité respective des usages et de la loi dans une approche globale du Droit, il nous a paru nécessaire de distinguer selon que l'on se place dans l'ordre étatique (en Droit dit « positif ») ou non-étatique en intégrant l'observation de la réalité des faits (en Droit dit « objectif »³⁶). Dans le premier ordre, la place des usages est subordonnée ; dans le second, elle apparaît primordiale. Même si elle satisfait le souci de l'opposition dichotomique, cette approche d'opposition appauvrit le Droit. C'est donc vers une meilleure conciliation des lois et des usages que l'on peut maintenant se tourner.

II LA CONCILIATION DES USAGES ET DE LA LOI

Après avoir brièvement justifié l'intérêt de concilier les usages et la loi (A), nous présenterons les techniques (B) de pareille démarche.

A LE BESOIN DE CONCILIATION

La conciliation de la loi et des usages peut se recommander de plusieurs arguments.

L'unité du Droit, étatique et non-étatique gagnerait à ne pas laisser s'élargir le fossé entre le Droit étatique où les usages auraient une place secondaire et le Droit non-étatique où ils auraient un rôle primordial.

Le Droit ne doit pas renseigner sur les seules prescriptions sans égard pour leur effectivité. La règle de Droit et notamment les rapports entre l'usage et la loi ne peuvent se définir et s'enseigner éternellement par référence aux seules autorités administratives et judiciaires. Il doit aussi prendre en compte des règles d'origine non-étatique. Au sein de ce Droit non-étatique, les usages jouent un rôle majeur largement à l'abri des lois. En sens inverse, les usages ne peuvent naturellement se désintéresser de l'ordre étatique et notamment de l'impact des textes sur l'exigence de légitimité.

La primauté trop largement reconnue à la loi conduit pratiquement la majorité des juristes à négliger les usages dans leur argumentation, offrant là un dangereux angle mort à leurs analyses.

Enfin, un dernier argument est plus politique. Devant le morcellement croissant de nos sociétés en de multiples communautés, on peut douter de la totale pertinence de la suprématie

³⁴ S. Bollée et C. Peres, *Le caractère impératif ou supplétif des nouvelles règles du droit des contrats devant l'arbitre*, Rev. arb. 2017, p. 92, sp. p. 95.

³⁵ *Ibidem*, sp. p. 228.

³⁶ Nous trouvons cette référence au « *Droit objectif* » sous la plume de L. Le Fur, *Précis de droit international public*, 1931, p. 13 cité par Y. Gouet, *La coutume en Droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international*, A Pedone, 1932, p. 154. Eu égard à l'autre acception de ce terme que l'on oppose parfois aux « droits subjectifs », on pourrait lui préférer la formule de « *Droit brut* ».

légaliste à l'avenir. Comme l'écrit Jean-Louis Amselle, « *Dans la phase d'exacerbation de identités que nous vivons actuellement, qu'il s'agisse d'ethnismes, de nationalismes ou de fondamentalismes religieux, il ne s'agit pas d'éradiquer les différences au nom d'un intégrisme laïque qui ne serait que la forme symétrique et inverse des travers que celui-ci prétend dénoncer* »³⁷.

Dans le sens d'une meilleure prise en compte des comportements et des besoins humains, on peut appeler à revitaliser le Droit coutumier, point naturellement en opérant une substitution, ni un retour à l'Ancien-Régime mais en analysant les techniques de conciliation du Droit coutumier et du Droit législatif.

B LES TECHNIQUES DE LA CONCILIATION

1 Dans un premier temps, on peut proposer des moyens de conciliation généraux définis *a priori*.

On pourrait ainsi suggérer de concilier usage et loi par un moyen hiérarchique ; la loi prévaudrait sur l'usage, mais là où la loi n'existerait pas, l'usage s'imposerait. La solution est celle admise par le Code civil chinois dont l'article 10 énonce : « *les litiges civils doivent être résolus conformément à la loi. Si la loi est silencieuse, la coutume peut s'appliquer si elle n'est pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Cette méthode de conciliation hiérarchique présente deux faiblesses. D'une part, elle suppose que les deux normes appartiennent au même ordre juridique³⁸ ; or, si l'on peut effectivement présenter les usages comme étant inclus dans l'ordre étatique, on peut aussi le concevoir comme appartenant (aussi ou alternativement) à un ordre juridique distinct³⁹. D'autre part, cette technique présente l'inconvénient de donner préférence à l'ordre étatique sans que cette priorité découle d'un fondement précis.

On pourrait également proposer une technique de conciliation distributive réservant certaines matières aux usages et d'autres à la loi. C'est une approche de ce type qui prévalait en matière de rang sous l'Ancien Régime. Aussi bien pour trancher des questions protocolaires de préséance mais aussi de Droit successoral, les règles découlaient des usages sans que le Roi lui-même ne puisse modifier les règles coutumières qu'il devait simplement appliquer⁴⁰. La méthode est séduisante par la place qu'elle réserve aux deux techniques juridiques. Cette approche distributive est d'ailleurs reconnue aujourd'hui en Droit français pour gérer la situation en Nouvelle-Calédonie⁴¹ ou à Mayotte ; certaines questions y relèvent du Droit

³⁷ *Vers un multiculturalisme français, L'empire de la coutume*, Flammarion, Champs, Essais 2ème éd. 2001, p. 178.

³⁸ P. Mayer, *L'arbitre international et la hiérarchie des normes*, Rev. arb. 2011, p. 361, sp. n°2.

³⁹ Pour une première présentation de cet ordre social spontané : P. Roubier, *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : Etudes offertes à Georges Ripert*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, p. 9 et s. spéc. p. 17 et s. : pour une approche contemporaine concluant aussi à l'insuffisance de l'ordre juridique étatique et appelant à cet ordre spontané : P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002 et P. Puig, *Hiérarchie des normes : du système au principe*, RTDCiv 2001, p. 749.

⁴⁰ F. Cosandey, *Le rang, Préséances et hiérarchies dans la France d'Ancien Régime*, Bibliothèque des histoires, NRF, Gallimard 2016, p. 268.

⁴¹ L'article 18 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie énonce : « *Sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux*

législatif alors que d'autres et notamment les questions de statut civil ou de régime de la propriété sont soumises au statut coutumier. Cette technique est toutefois entravée par le découpage du Droit en matières qui susciterait inévitablement des conflits de qualification.

2. Dans un second temps, il paraît plus réaliste de régler les conflits entre lois et usages de façon casuistique *a posteriori*.

Une première piste préventive consisterait dans la mesure du possible à aménager contractuellement la force des usages. Cette voie présente l'inconvénient de fragiliser les usages en les faisant reposer sur les contrats dont la fragilité au stade de la formation et l'inefficacité au moment de l'exécution sont aujourd'hui consternants.

Une deuxième technique plus curative inviterait dans un premier temps à rechercher des éléments de solution de nature légale et dans un second à appliquer d'éventuels correctifs liés à l'existence d'usages. On retrouverait ici l'approche correctrice des mécanismes légaux par l'équité connue en matière d'amiable composition. Ces mécanismes permettent notamment d'écarter les lois supplétives et sous certaines conditions les lois impératives de protection⁴².

Cette voie mettrait en valeur le caractère variable du modèle coutumier. Cette variabilité fait écho aux travaux de Catherine Thibierge sur la force normative⁴³. Alors que le modèle normatif classique s'inscrit dans un cadre essentiellement binaire (légal ou illégal), le modèle coutumier propose un mode de traitement variable⁴⁴. Cette approche variable permet notamment de régler des différends non pas en « tranchant » un litige en déterminant où la légalité se situait mais en le « résorbant », fût-ce en la complétant au moyen d'une approche médiatrice, symbolique et d'une extension à d'autres personnes que les seuls protagonistes initiaux.

En conclusion, on pourra s'inquiéter de ce retour du Droit coutumier. La force de celui-ci tient à ce qu'il repose sur la prise en compte systématique de la loi ; l'exigence de légitimité (à distinguer de celle de légalité) impose en effet une prise en compte de la norme légale comme élément d'appréciation. La primauté au Droit étatique n'aurait pas cet avantage dans la mesure où elle ne confère au Droit coutumier qu'une place partielle et aléatoire. On pourra aussi se

personnes ayant le statut civil coutumier. Les terres coutumières sont constituées des réserves, des terres attribuées aux groupements de droit particulier local et des terres qui ont été ou sont attribuées par les collectivités territoriales ou les établissements publics fonciers, pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre. Elles incluent les immeubles domaniaux cédés aux propriétaires coutumiers. Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables. »

⁴² E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international, Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairies Techniques Paris 1980, n°428 et s.

⁴³ C. Thibierge et alii, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ - Bruylant, 2009, sp. p.757 et s. L

⁴⁴ D'abord, cette variabilité fait référence au champ d'application de l'usage qu'il soit territorial ou temporel ; ce domaine n'est pas nécessairement identifié de façon nationale et immuable; là où la Loi est nationale, l'usage s'applique aux frontières territoriales et temporelles d'une communauté. Ensuite, cette variabilité fait référence à la plus ou moins grande netteté des conditions de formation de l'usage et notamment de celle tenant à la généralité du comportement sous-jacent. Selon ce mode de création, un comportement ne sera pas légal ou illégal, mais contraire à un usage plus ou moins établi. Cette variabilité désigne enfin l'intensité variable des effets de l'usage.

réjouir des perspectives qu'ouvre cette redécouverte du Droit coutumier vers un Droit plus universel, humain, vivant et accueillant⁴⁵.

⁴⁵ J. Mestre, *Droit africain : l'OHADA mais aussi les droits civils nationaux ! quelques mots introductifs*, RLDC 2016, p. 3.