

## Chapitre I

### La coutume, source inapprivoisable du droit

L'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII marque une rupture radicale de l'ordre juridique : il semble faire table rase du passé, ne laissant plus rien à l'ancien droit. La loi devait s'occuper de l'avenir, par l'intermédiaire du Code civil.

Fallait-il dès lors reléguer la coutume au rang des antiquités du droit, venant compléter ce « vieux vestiaire juridique de la France » dont parle Gabriel Tarde dans *Les transformations du droit* (1893) ? De fait, beaucoup le pensaient dès 1789, la coutume étant indissociable de l'Ancien Régime et donc appelée à rejoindre le caveau comme tous les autres « monuments gothiques » dénoncés par l'abbé Sieyès. De surcroît, compte tenu des qualités prêtées à la loi, aucun député ne songeait sérieusement à lui offrir une concurrence inepte ou, pire, à lui faire subir l'effet destructeur du temps à même de lui retirer toute valeur normative. De tous temps, en effet, la coutume et la désuétude, la *consuetudo* et la *desuetudo*, forment les « deux faces d'une même médaille »<sup>1</sup>.

Le discours de Portalis laissait pourtant entendre l'inverse, en admettant explicitement la coutume parmi les sources du droit, en qualité de « supplément des lois » ; il ne pourrait de toute manière en être autrement, la coutume étant qualifiée de force invisible, émanant du peuple lui-même, donc du souverain.

En réaction, le Tribunal d'appel de Lyon avait sonné l'alarme : « c'est ce qui effraie tous les bons citoyens : leurs vœux, leur but, en demandant un code, est et a toujours été que les lois romaines, les coutumes, les statuts, la jurisprudence, fussent absolument abolis par la publication du Code civil ; que ce code fût seul la règle des droits et des devoirs du citoyen »<sup>2</sup>.

L'unité et l'uniformité du droit étaient le mot d'ordre, au nom de l'unité et de l'indivisibilité républicaines et citoyennes. Le pluralisme juridique, propre de la

---

1. J.-M. Carbasse, « Coutume, temps, interprétation », in *Droits*, n° 30, 2000, p. 16.

2. Fenet, IV, p. 27-28.

France ancienne, morcelée, découpée en provinces, avec ses langues différentes et ses privilèges, n'avait plus droit de cité. La coutume devenait la marque des partisans de l'Ancien Régime, autrement dit l'étendard des contre-révolutionnaires.

Une telle lecture n'était pas forcément fautive. Au contraire, la pensée contre-révolutionnaire, représentée principalement par Louis de Bonald et Joseph de Maistre, ne cachait pas ses faveurs<sup>1</sup>. Pour eux, la coutume, induite de la nature, n'est autre que la manifestation indirecte du Tout-puissant, une *Providentia consuetudinis* :

« La loi écrite n'est que la déclaration de la loi antérieure non écrite. L'homme ne peut se donner des droits à lui-même, il ne peut que défendre ceux qui lui sont attribués par une puissance supérieure, et ces droits sont les *bonnes coutumes*, bonnes parce qu'elles ne sont pas écrites, et parce qu'on ne peut en assigner ni le commencement ni l'auteur »<sup>2</sup>.

Aussi s'étaient-ils prononcés en faveur des constitutions coutumières. La loi, au sens large, ne crée rien ; la constitution, pour sa part, ne constitue rien. Le seul créateur est Dieu ; mais, trop fin pour révéler sa présence, il inspire les hommes, les incite à s'adapter aux conditions de vie de la nature, différente en chaque lieu conformément aux vœux du Créateur. En ce sens, la fameuse *opinio iuris* ne fait que traduire, en langage humain, ce respect que l'on doit à la création indirecte divine<sup>3</sup>.

Pour autant, la coutume pouvait aussi apparaître sous un jour révolutionnaire, en tirant ses racines non plus du temps qui passe et qui défait, mais d'une convention conclue, de façon tacite ou expresse, par les hommes. La force conventionnelle de la coutume fut ainsi mise en exergue par les rédacteurs du Code civil : l'art. 5 du Livre préliminaire pose ainsi que « la coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune ». Ils songeaient par là autant à la mode du contrat social qu'à la définition classique du Digeste (D. I, 3, 35), tirée d'une allégation d'Hermogénien, parlant volontiers d'un pacte tacite des citoyens (« *velut tacita civium conventio* »).

1. M. Narran, « La coutume à l'épreuve de la Révolution française : réflexions sur la théorie de la coutume chez les contre-révolutionnaires », in *Coutumes, usages et pratiques*, Paris, Mare et Martin, 2014, p. 67-87.

2. *Étude sur la souveraineté*, in J. de Maistre, *Œuvres complètes*, t. I, p. 373-374.

3. Voir O. Ferreira, *Le constitutionnalisme octroyé*, Paris, Eska, 2019.

Du fait de la sécularisation massive de la vie publique française et du caractère suranné de la théorie du contrat social, la place de la coutume parmi les sources du droit paraît aujourd'hui réduite. Elle a d'ailleurs peu préoccupé la doctrine, du moins en droit interne. Certes, nous avons pu observer un léger sursaut au tout début du xx<sup>e</sup> siècle, autour de l'intérêt que lui prodiguaient François Gén<sup>1</sup> et quelques publicistes comme Louis Rolland, René Capitant et Marc Rég<sup>2</sup>, sous doute motivés par la brièveté des lois constitutionnelles de la III<sup>e</sup> République.

Mais nous devons admettre que la question intéresse peu aujourd'hui, à deux exceptions près. La première, en droit privé, provient de la thèse de Pascale Deumier consacrée au droit spontané<sup>3</sup> : elle propose surtout d'éviter les amalgames en dissociant les nouvelles manifestations à la force juridique incertaine (contrats-types, relations d'affaires, résolutions, accords d'entreprise...) de la coutume proprement dite<sup>4</sup>. La seconde, en droit public, est due à l'essai de Pierre Avril sur *Les conventions de la Constitution*. Son but fut de distinguer ces règles de conduite politique de la coutume constitutionnelle proprement dite. Les conventions de la Constitution, à l'image de la « Constitution Grévy », n'engagent ainsi que des sanctions politiques, laissées à la libre appréciation des acteurs du pouvoir ; la coutume constitutionnelle en revanche est une vraie règle de droit, dont la violation peut entraîner une sanction du juge<sup>5</sup>.

Ce désintérêt pour la coutume s'explique très bien : sa fonction de supplément des lois, désirée par Portalis, a fait débat (section I). Nous aurions pourtant tort de la considérer sous son aspect uniquement actif : car la coutume dispose aussi, sous un aspect négatif que l'on nomme désuétude, d'une « puissance invisible »<sup>6</sup> (Portalis) qui risquait d'ébranler l'édifice du Code civil (section II).

- 
1. D. Deroussin, « La coutume dans la doctrine civiliste après l'Exégèse : un renouveau en trompe l'œil ? », in Fl. Garnier/J. Vendrand-Voyer (dir.), *La coutume dans tous ses états*, Paris, La Mémoire du Droit, 2013, pp. 173-216. Trois thèses sont ici répertoriées sur le sujet, soutenues entre 1906 et 1932 (p. 177, note 19).
  2. L. Rolland, « La coutume constitutionnelle française », in *Politique*, n° 15, 1927, p. 679-699 ; R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », in *Gazette du Palais*, 20/12/1929 (reproduit dans la *Revue du droit public*, 1979, p. 959-970) ; M. Rég<sup>2</sup>, *La coutume en droit public interne*, thèse, Bordeaux, 1919 ; Y. Gouet, *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international*, Paris, Pedone, 1932.
  3. P. Deumier, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002.
  4. Nous pourrions toutefois mentionner la thèse de S. Benisty, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Paris, IUV, 2014, qui traite d'un sujet parallèle.
  5. P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, 1997, notamment p. 142-145.
  6. Fenet, I, p. 479.

## Section 1

## Un « supplément des lois » bienvenu

Dans ses observations, le Tribunal de cassation affirma que « les coutumes et usages ne doivent et ne peuvent être que le supplément des lois »<sup>1</sup>. Quel sens faut-il donner à cette expression ? Elle paraît en effet ambiguë :

- soit la coutume est une source du droit à part entière ;
- soit elle ne sert qu'à aiguiller la doctrine et la jurisprudence au moment d'interpréter une loi obscure, la coutume n'ayant dès lors aucune force obligatoire.

L'ambiguïté existe en fait depuis le début, et gêne encore aujourd'hui la doctrine :

- Si Portalis s'est prononcé en faveur de la première option, les assemblées politiques (tribunat et corps législatif) ont clairement indiqué leur désapprobation, en refusant de voter le Livre préliminaire du Code civil – sous couvert, malgré tout, d'arguments purement techniques.
- La loi du 30 ventôse an XII a aboli toutes les coutumes, du moins en droit civil ; et pourtant, il faut bien reconnaître que le Code civil a en fait récupéré un grand nombre d'entre elles, transformant bien des usages locaux en loi. Il s'agit d'ailleurs d'une des marques de la coutume : c'est la plus faible des sources du droit, en ce sens qu'elle peut être récupérée par le législateur, qui la transforme en loi, ou par le juge, qui la transforme en jurisprudence.
- Mais le Code civil a fait encore mieux : il existe, aujourd'hui encore, de nombreux renvois aux usages locaux dans ses articles. Certes, d'aucuns pourraient objecter qu'il ne faut point confondre coutume et usage : depuis l'ancien droit, en effet, le premier terme renvoie aux habitudes sociales approuvées par le juge, tandis que le second mot décrit de simples faits juridiques, que le juge n'a pas sanctionnés. Le processus de rédaction des coutumes, entamé par l'ordonnance de Montils-les-Tours de 1454<sup>2</sup>, a sans

---

1. Fenet, X, p. 415.

2. J. Moreau-David, « La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil : les avatars de la norme coutumière », in *Revue d'histoire des Facultés de Droit*, n° 18, 1997, p. 125-157.

doute focalisé l'attention sur les coutumes écrites, celles que vise certainement l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII. Mais la frontière entre usage et coutume n'en demeure pas moins complexe, surtout si l'on conserve l'élément psychologique comme condition nécessaire à sa formation ; et il serait erroné de croire qu'un usage largement partagé nécessite la reconnaissance officielle d'un magistrat pour s'imposer.

Tout ceci nous fait dire que la coutume, sauf en droit pénal où elle demeure définitivement exclue pour des motifs liés à la sûreté individuelle<sup>1</sup>, est en vérité une règle de droit subsidiaire (§1), revêtue d'une autorité purement doctrinale (§2).

## §1. Une norme subsidiaire

En fonction de la branche du droit considérée, le sort et la réception de la coutume diffèrent du tout au tout. Considérée comme anachronique par les privatistes, qui la dédaignent volontiers sauf dans leurs études de droit international, la coutume en droit privé continua pourtant d'exister en tant que norme, presque à son corps défendant (A). La donne en droit constitutionnel est quelque peu différente, en raison d'un héritage assumé, mais non sans une polémique puissante réapparaissant à intervalles réguliers (B).

### A. Une survie inaperçue en droit privé

La survie des usages locaux en qualité de règle de droit subsidiaire (2°) doit beaucoup à une certaine condescendance politique et doctrinale vis-à-vis du monde rural (1.).

#### 1. Le fruit d'une condescendance politique et doctrinale

Le Code civil renvoyait, et renvoie encore pour une bonne part, aux usages locaux. C'est le cas pour le droit de l'usufruitier sur les bois taillis (art. 590, 591 et 593), pour l'utilisation des eaux (art. 645), pour la hauteur des clôtures (art. 663), pour les distances entre les plantations ou entre certaines constructions (art. 671 et 674).

1. Bien qu'il convienne de mentionner l'art. 484 du Code pénal de 1810 qui reconnaît la non-abrogation de textes antérieurs portant sur des matières non codifiées. Le juge a ainsi pu en apprécier la force juridique, et donc aussi leur éventuelle désuétude, au gré des cas : voir Cl. Bouglé-Le Roux, *Le Code pénal de 1810 et la Cour de cassation. Le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence*, Paris, LGDJ, 2005.

La partie du Code civil consacrée aux servitudes en ont plein, comme on peut le constater : il s'agissait, pour les rédacteurs, de tenir compte de la diversité des climats, des modes de culture et d'habitation. Montesquieu, encore et toujours<sup>1</sup>...

Mais ce n'est pas le seul domaine concerné. En matière contractuelle, les rédacteurs ont eu le souci de respecter les usages professionnels et régionaux, afin de compléter ou interpréter les contrats (anciens art. 1135, 1159, 1160), en particulier ceux de société (ancien art. 1873). Certes, ces articles ont été abrogés par la récente réforme de 2016 au profit d'une interprétation « selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation » (nouvel art. 1188). Nous notons toutefois que la réforme de 2016 n'est pas allée jusqu'au bout : le recours aux usages subsiste ainsi pour le délai-congé en matière de bail des maisons et des biens ruraux (art. 1736, 1745, 1748), pour le paiement du loyer par le sous-locataire (art. 1753), pour la durée du bail (art. 1757 et 1758). Le Code civil prend donc acte de clauses qui, initialement toujours stipulées dans plusieurs types de contrats, étaient devenues au fil du temps des clauses tacites qui ne figuraient plus au contrat, mais étaient malgré tout tenues pour obligatoires aux yeux des contractants.

De surcroît, il convient de noter ici un effet de mode, lié au droit international. Depuis la Convention de Paris pour la protection de la liberté industrielle (20 mars 1883), l'expression « usages honnêtes en matière industrielle et commerciale », initialement présente dans son article 10 *bis*, a eu tendance à se répandre ; elle figure désormais dans la législation européenne, notamment pour le droit des marques. Son sens n'en demeure pas moins disputé<sup>2</sup> : faut-il y voir des usages professionnels, dans la lignée du Code civil, dotés d'un caractère moral, perception qui a historiquement reçu les faveurs de la Cour de cassation ? Ou l'expression ne dévoile-t-elle pas une simple obligation de loyauté, comme l'entend la jurisprudence européenne ?

Ces incompréhensions illustrent bien le fond d'un problème ancien. Car ces concessions faites au pluralisme juridique, y compris à l'échelle européenne, déplaisent en 1804 comme aujourd'hui. Les tribunaux d'appel de Lyon, Paris, Rouen

---

1. Le droit intermédiaire avait fait de même. La loi des 28 septembre-6 octobre 1791 sur la propriété rurale et celle du 14 floréal an XI sur le régime des cours d'eaux effectuent des renvois aux usages et règlements locaux.

2. P. Deumier, « De l'usage prudent des « usages honnêtes ». Réflexions sur un – éventuel – malentendu », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 119-133.

et surtout Limoges en appelaient à l'unité de la législation<sup>1</sup>, à une loi qui permettait à chaque citoyen « d'y trouver la règle de sa conduite, quelle que soit la partie du territoire de la république où on veuille fixer son domicile »<sup>2</sup>. L'usage local faisait figure de recueil de faits.

De surcroît, les tribunaux d'appel avaient le sentiment d'une certaine condescendance (au sens ancien de complaisance) du pouvoir central à l'égard du monde rural. Pourquoi refuser d'établir un Code rural en annexe, qui aurait au moins eu le mérite de fixer une loi uniforme pour toute la France ? Le 10 août 1801, le Consulat avait pourtant demandé à une commission de s'en occuper, donnant naissance au projet de Joseph Verneilh-Puyraseau ; celui-ci ne sera finalement pas adopté, faute d'intérêt pour le sujet<sup>3</sup>. Au lieu de cela, le Code civil, aujourd'hui encore, laissait une place aux coutumes *secundum legem*, sans toutefois aller jusqu'à tolérer les coutumes *contra legem*. Le Tribunal de cassation en convenait : la coutume est un supplément des lois, mais sous la condition expresse de ne jamais leur être contraire, ni de pouvoir les abroger. Et les exemples ne manquent pas : bail à domaine congéable issu de la coutume de Bretagne, bail à complant ou encore droit de bandite dans les Alpes maritimes, sont des coutumes qui ont duré, parfois pendant plus d'un siècle<sup>4</sup>.

Cette situation atypique allait initier un mouvement doctrinal lui-même condescendant, mais au sens moderne cette fois : les traités de droit civil laisseront désormais de côté les usages locaux, réservés à de petits juristes provinciaux qui en feraient leur affaire...

Car la coutume a en effet perduré, n'en déplaisent aux civilistes, peu enclins à se soucier de la France rurale pourtant bien vivante du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle. La doctrine, en effet, ne souhaitait pas s'occuper des usages locaux au nom de la hauteur et de la majesté de la loi, qui ne voit que l'objet général et jamais les cas particuliers. À l'image de Jean de Dieu d'Olivier (1753-1823), les civilistes estimaient ainsi de leur devoir d'épargner leur auditoire d'une foule d'articles portant sur

---

1. Pour ne citer que le tribunal de Paris : « il ne doit pas être mention d'usages dans un Code destiné à les remplacer par des lois uniformes et écrites ». Fenet, V, p. 92.

2. Observations du Tribunal de Limoges, in Fenet, IV, p. 5.

3. S. Aberdam, *Aux origines du « Code rural ». 1789-1900, un siècle de débat*, Nantes, INRA, 1982.

4. Voir Fr. Zenati-Castaing, « Le Code civil et la coutume », in *Mélanges Jestaz*, op. cit., p. 617 note 34.

des petits objets particuliers; ils laissaient cela « aux délibérations des plus petites communes, de celles qui sont composées des gens les plus ignares »<sup>1</sup>...

## 2. La perpétuation des usages ruraux

L'absence de code rural, qui ne verra finalement le jour qu'en 1955, et d'intérêt de la part de la doctrine, ont en effet favorisé la persistance des usages locaux. Ce phénomène s'observe en particulier dans les terroirs français, zones montagneuses et de petite culture, où subsista pendant longtemps l'agriculture traditionnelle, peu ouverte à la modernisation faute de capitaux. La persistance du droit d'assec et d'évolage dans la Dombes l'illustre bien. De surcroît, ces usages correspondaient bien aux particularités de ces régions où persistaient encore le patois et le recours aux anciennes mesures (aunes, brasses, toises, arpents, pintes, livres...) que les professeurs de droit ne soupçonnaient même pas! Avouons, de surcroît, que nos paysans contrevenaient ici à la loi. Nous l'avons oublié, mais l'adoption du système métrique décimal par la loi du 18 germinal an III repose sur une idée d'unité et d'indivisibilité du pays; son article 1 dispose en effet: « les citoyens sont [...] invités de donner une preuve de leur attachement à l'unité et à l'indivisibilité de la République en se servant dès à présent des nouvelles mesures dans leurs calculs et transactions commerciales ».

Cette situation s'annonçait donc problématique au regard de l'unité nationale et de l'accessibilité du droit. Les usages locaux se sont, comme sous l'Ancien Régime, montrés surtout utiles pour les praticiens du droit adeptes de la chicane... Aussi, même si des projets de code rural ont été esquissés, mais vite avortés, en particulier sous le Second Empire et sous la Troisième République, le législateur a bien fini par voir l'importance de son action en ce domaine.

Sa méthode n'en demeure pas moins particulière: dès la monarchie de Juillet, il a préféré rédiger les usages locaux, en précisant leur aire d'application, qui pouvait aller du canton au département. Ainsi, d'après la circulaire du 26 juillet 1844, les préfets étaient invités à compiler et à mettre par écrit les usages locaux. Près d'un siècle plus tard, en 1939, 75 départements avaient ainsi publié ou actualisé leurs recueils d'usages locaux. Afin d'en faciliter la connaissance, la loi du 3 janvier 1924 (art. 24) confiait aux chambres d'agriculture la mission de coordonner et de codifier les coutumes et usages locaux à caractère agricole.

---

1. J. de Dieu d'Olivier, *De la réforme des lois civiles*, Paris, 1786, t. II, p. 188. Sur cet auteur, voir J. Leal, *Théorie et pratique de la codification dans l'œuvre de Jean de Dieu d'Olivier (1753-1823)*, thèse, droit, UPEC, 2010.