

LA PLACE DE LA COUTUME DANS L'ORDRE JURIDIQUE HAÏTIEN

(Bilan et perspectives à la lumière du droit comparé)

Rapport introductif*

Gilles PAISANT
Professeur à l'Université de Savoie
Doyen honoraire de la Faculté de Droit
et d'Économie de Chambéry

1. Messieurs les Ministres, Mesdames, Messieurs les représentants des missions diplomatiques, Monsieur le Recteur, Mesdames, Messieurs, Chers collègues, je voudrais dire tout d'abord combien je suis honoré d'introduire ce colloque international en terre d'Haïti et de vous faire part du plaisir que j'éprouve à constater, au vu de l'assistance aussi prestigieuse que nombreuse qu'il rassemble, l'intérêt qu'il suscite. J'espère que vos « attentes légitimes » seront comblées et que cette manifestation ne constituera qu'une étape sur la voie de notre coopération.

2. Mais pourquoi s'être fixé sur ce thème de la coutume dont on se plaît à dire, dans la doctrine française actuelle¹, qu'il est plutôt en sommeil ?

Vérité, ou semi-vérité² en France, n'est toutefois pas nécessairement réalité en Haïti. Les coutumes en ce pays sont en effet à la fois vivantes et vivaces.

Certes, Haïti a connu et connaît encore l'influence du droit français et, notamment, celle de son Code civil. On pourrait donc être tenté d'en inférer que la place et l'importance qu'y occupent les coutumes dans son ordre juridique sont également secondaires. Pourtant, les haïtiens peuvent constater que la solution concrète aux problèmes juridiques qui les concernent ne réside pas toujours, loin s'en faut, dans la loi, source d'un droit formel et, en l'occurrence, peu évolutif, mais aussi dans des usages et des coutumes qui constituent un droit à la fois plus informel et plus proche des réalités.

* La forme orale de ce rapport a été conservée.

1 Ce thème a pu être considéré comme « essentiellement inactuel » : J. Combacau, *Droits*, n°3, 1986, p. 3.

2 Des travaux récents ont contribué à conférer un regain d'intérêt à la notion de coutume ; cf. par exemple : n° spécial de la *Revue Droits*, 3, 1986 : la coutume.

La question est ainsi régulièrement posée de savoir selon quelle règle de droit on sera jugé. L'idée d'une sorte de rivalité ou de compétition entre ces deux types de normes se fait ainsi jour au détriment de l'idée de sécurité juridique indispensable au développement de l'État de droit.

3. Cette confrontation, avant d'être au cœur de nos deux journées d'étude, avait déjà retenu en particulier l'attention de deux auteurs haïtiens contemporains : Jacquelin Montalvo Despeignes avec son ouvrage sur le *droit informel* (1976) et Serge Henri Vieux sur *Plaçage et famille en Haïti* (1988). Elle va d'ici quelques instants s'enrichir des rapports de Messieurs les professeurs Monferrier Dorval et Léon Saint Louis.

Mais, s'interroger sur l'autorité respective de la loi et des coutumes dans l'ordre juridique haïtien (II) suppose qu'au préalable soit précisée la notion même de coutume (I).

I.

LA NOTION DE COUTUME

4. La notion est ancienne. Sans doute précède-t-elle celle de la loi dans l'histoire du droit. Il n'empêche que, contrairement à la loi, elle est plus délicate à caractériser. On la dit volontiers « fuyante »³ ; elle est aussi d'acception variable selon les continents et les systèmes juridiques considérés⁴.

5. Dans un système romano-germaniste, auquel adhère Haïti via l'influence du Code civil français, la coutume se présente tout d'abord comme une source de droit à côté de la loi. C'est une source de droit dite « secondaire »⁵, « très subsidiaire »⁶, par rapport à la source première que représente la loi.

Parfois, on ajoute que si la loi exprime un droit écrit, il en va différemment de la coutume. Mais, s'il est vrai que, le plus souvent, les coutumes ne sont pas rédigées - c'est bien le cas en Haïti -, des recueils de coutumes sont parfois établis, comme dans la France de l'Ancien Régime⁷, pour en favoriser à la fois la connaissance et l'application. L'opportunité d'une telle entreprise pourrait d'ailleurs être discutée en Haïti aujourd'hui.

3 B. Oppetit, Sur la coutume en droit privé, *Droits*, n°3, 1986, p. 46.

4 F. Terré, *Introduction générale au droit*, 5e éd. Dalloz, 2000, n° 202. Adde : A. Tunc, *Coutume et Common Law*, *Droits*, n°3, 1986, p. 51 s. ; D. Garnier, La coutume dans la Chine impériale : contrainte d'une norme idéalisée du comportement, in *Coutume et libertés*, Univ. Sc. Soc. Toulouse, Centre d'histoire contemporaine des institutions, 1988 ; J. Vanderlinden, Aspects de la règle de droit dans l'Afrique traditionnelle, in *La règle de droit*, Études publiées par Ch. Perelman, Bruylant, 1971, p. 131 s.

5 Par exemple, G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 10^e éd. Domat Montchrestien, 2001, n° 76.

6 Voy. B. Oppetit, art. préc. , p. 40.

7 J.M. Carbasse, La coutume de droit privé jusqu'à la Révolution, *Droits*, n° 3, 1986, p. 25 s.

Pour autant, même rédigée, la coutume n'est pas devenue loi. Elle peut en effet continuer d'évoluer et même disparaître par désuétude⁸ ; ce qui reste interdit au texte même de la loi.

6. L'opposition entre la loi et la coutume peut être plus justement recherchée dans la différence entre droit conscient ou voulu et droit inconscient ou révélé⁹. La loi et la coutume présentent en effet des origines différentes. Tandis que la première est l'expression de la volonté d'un État, des gouvernants, donc du sommet, la seconde émane de la base, c'est à dire des comportements de la population des gouvernés. La coutume est d'origine populaire alors que la loi est d'essence étatique.

Plus précisément, il est usuel d'enseigner que la coutume comprend deux éléments constitutifs, l'un matériel, l'autre psychologique.

7. D'un **point de vue matériel**, la coutume naît de comportements humains répétés de manière constante par les intéressés eux-mêmes dans des situations déterminées. Les coutumes sont des pratiques qui se répètent ; elles sont le fruit de l'habitude et de l'imitation. Pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier, on dira en ce sens que « la coutume, c'est ce qui s'est toujours fait »¹⁰.

Cette formule ne doit toutefois pas être prise au pied de la lettre car on n'exige pas que les coutumes remontent à la nuit des temps pour être reconnues en tant que sources de droit. L'Ancien Droit français avait parfois, pour sa part, fourni un repère dans la durée avec l'exigence d'une pratique répétée pendant un minimum de quarante années¹¹.

Mais, pour devenir coutume, la pratique considérée doit aussi bénéficier d'une certaine étendue dans l'espace. À cet égard, la portée des coutumes est très variable. Alors que certaines présentent un caractère général comme, par exemple, la faculté reconnue aux mineurs d'effectuer de menus achats courants malgré leur incapacité juridique, d'autres ne se constatent que dans des zones géographiques restreintes, spécialement en matière rurale. Il est évidemment impossible de préciser la portée géographique minima en deçà de laquelle une pratique ne pourra plus être reconnue en tant que coutume.

Quoiqu'il en soit, si les coutumes n'étaient appréciées qu'à l'aune de leurs éléments matériels, elles ne resteraient que des pratiques en principe impuissantes à constituer de véritables règles de droit¹². La différence entre une pratique et une coutume tient à l'exigence pour cette dernière d'un élément psychologique complémentaire¹³.

8 J.-P. Gridel, *Introduction au droit et au droit français*, Dalloz, 1994, p. 283.

9 Cf. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, Thémis, 26^e éd. 1999, n° 6.

10 J. Carbonnier, *op. et loc. cit.*

11 J. Carbonnier, *op. et loc. cit.*

12 Sur cette question, cf. Le rôle de la pratique dans la formation du droit, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 34, 1983, *Economica*, 1985.

13 Dans le même sens, J.-P. Gridel, *op. cit.*, p. 277.

8. Cet élément psychologique, c'est la conviction bien établie, parmi les membres du groupe social considéré, que telle pratique ou tel comportement est obligatoire et doit être respecté. En termes latins, on parle d'*opinio juris* ou d'*opinio necessitatis*. Il s'agit, en l'occurrence, d'une référence à la psychologie collective. Par exemple, l'idée est communément admise qu'au guichet d'une administration ou à la caisse d'un grand magasin, le premier arrivé est le premier servi. On peut y voir une règle coutumière¹⁴. Celle-ci peut se recommander de l'adage latin *prior tempore, potior jure*. Certains parleront alors de coutume savante¹⁵.

9. Sous leur double aspect, on l'a bien compris, les coutumes sont de contenu et de portée très divers. Leur domaine d'élection ne se réduit pas au droit privé même si elles sont encore vivantes en droit civil, en droit rural et en droit commercial, dans les relations d'affaires. À des degrés divers, selon les systèmes juridiques, on peut aussi les rencontrer en droit pénal, en droit constitutionnel, en droit administratif et, naturellement, en droit international, cette liste n'étant nullement limitative.

Mais si, de par leurs caractéristiques mêmes, les coutumes révèlent les traditions et les mœurs d'un peuple ou d'un groupe social déterminé, la première difficulté consiste à les identifier en tant que telles. Il convient d'abord de les connaître pour les inventorier et les faire reconnaître, au besoin, par le juge.

En Haïti même, cette tâche est considérable et la recherche qui, en l'espèce, a été entreprise avec le concours du Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) incluait la réalisation d'une enquête sur le terrain. C'est le Professeur Pierre Florival qui aura la lourde tâche de nous initier à cette diversité, avec l'appui de la cellule de recherche.

Une fois la coutume reconnue comme telle, reste alors à déterminer son autorité. C'est le cœur du sujet.

II.

L'AUTORITÉ DE LA COUTUME

10. La question essentielle est la suivante : quelles relations la coutume entretient-elle avec la loi ? La réponse varie nécessairement selon le rang occupé par la coutume dans la hiérarchie des normes en vigueur dans le système juridique considéré.

Plusieurs rapports, au cours de ce colloque, seront consacrés au droit comparé. Si le tour d'horizon auquel nous vous convions reste incomplet puisque feront notamment défaut des représentants de l'Extrême Orient, du Pacifique Sud et de l'Afrique Centrale, il n'en sera pas moins significatif. Il nous conduira successivement en France et en Suisse pour les pays de tradition

¹⁴ J.P. Gridel, *op. et loc. cit.*

¹⁵ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 137.

romano-germaniste (Professeur J.P. Sortais) , en Angleterre et aux États-Unis pour les traditions de *Common law* (Professeur X. Blanc-Jouvan) et au Québec pour les systèmes mixtes (Doyen L. Marquis), avant d'aborder les rivages du Maroc (Professeur M. Rousset) et ceux, particulièrement attendus, de la République Dominicaine voisine (Professeur Mayra Rodriguez-Rodriguez).

Au risque peut-être d'être contredit, il me paraît vraisemblable que la prédominance des systèmes accordant la première place à la loi sera établie. C'est bien le cas, en toute hypothèse, dans la généralité des pays de tradition romano-germaniste.

11. Mais, même à s'en tenir à ce modèle, trois configurations au moins peuvent être envisagées.

12. Dans une première série d'hypothèses, l'harmonie sera parfaite entre la loi et la coutume.

Ainsi en est-il, tout d'abord, quand le texte de la loi s'inspire directement d'une coutume reconnue. Le droit français des régimes matrimoniaux en fournit un parfait exemple quand il décide que les personnes qui se marient sans avoir fait précéder leur union d'un contrat de mariage se trouvent soumises au régime de la communauté de biens. Il ne s'agit, en l'occurrence, que de la reprise d'une coutume de l'Ancien Droit. La loi a pris ici le relais des coutumes. Remarquons alors que ces relations d'harmonie trouvent leurs limites en ce que la règle de droit considérée et désormais appliquée sera la règle légale. La loi s'est substituée à la coutume ; elle connaîtra son propre destin.

L'harmonie se rencontre également lorsque le texte de loi lui-même renvoie aux coutumes ou aux usages. On parlera, dans ces conditions, de coutumes *secundum legem*. Ces renvois sont parfois exprès quand il apparaît inopportun au législateur d'établir une règle uniforme dans des domaines, comme ceux de la ruralité, où les disparités géographiques peuvent être importantes, ou du commerce, dont les pratiques varient d'une profession à l'autre. En d'autres circonstances, ces renvois ne sont que tacites quand la loi se réfère à des notions générales que les juges appliqueront en fonction des conduites sociales communément admises et reconnues. Citons, en particulier, les notions de « bon père de famille », de « consommateur moyen » , de bonne foi, voire de faute, sans aucun esprit d'exhaustivité.

13. Dans une deuxième situation, la coutume sera dite *praeter legem*. Des relations de complémentarité se nouent alors entre la loi et la coutume, celle-ci étant prise en considération lorsque la première garde le silence sur la difficulté à résoudre. La coutume peut servir à combler les lacunes de la loi.

14. Enfin, on en arrive aux hypothèses de conflits entre la loi et la coutume. Celle-ci peut être contraire à la loi. Cette situation est celle qui soulève le plus de difficultés ; elle menace la sécurité juridique.

L'issue d'un tel conflit est souvent douteuse. En un sens, comment admettre qu'une source de droit secondaire ou subsidiaire puisse l'emporter sur la source de droit première ? Cette logique conduit à privilégier la loi sur la coutume. Mais, en sens inverse, comment appliquer sans état d'âme un texte de loi qui, contrairement à la coutume, ne serait pas ou plus en harmonie avec l'état de la société qu'il est destiné à régir ? Un tel raisonnement fait alors préférer la règle coutumière plus adaptée et, par voie de conséquence, mieux reçue et mieux à même d'apaiser les conflits. Et le débat pourrait se poursuivre, par exemple, en opposant la règle coutumière, par essence conservatrice en raison du renvoi aux habitudes qu'elle implique, à une règle légale qui, éventuellement plus novatrice, permettrait précisément de faire évoluer la société.

15. Au titre des perspectives, les trois rapports de Messieurs Pierre-Louis, Mayard Paul et Djacaman Charles, auront pour objet de porter un jugement de valeur sur la place respective de la loi et de la coutume en Haïti. Peut-on se satisfaire de l'existant ou un effort de clarification s'impose-t-il ? Et, si oui, dans quelle(s) direction (s) ?

Dans ce système qui recourt aux sources de droit aussi bien formelles qu'informelles, un difficile équilibre est à trouver entre les premières (la loi) qui, par leur permanence et leur caractère écrit, sont mieux à même d'être connues et appliquées mais qui, faute d'adaptation dans le temps et dans l'espace, présentent le risque de ne plus être en harmonie avec l'état de la société et les secondes (les coutumes) qui renvoient à des traditions sans doute acceptées mais souvent imprécises et pas forcément opportunes.

Ces deux journées de colloque n'épuiseront vraisemblablement pas le sujet. Si, en un sens, elles constituent l'aboutissement d'un projet, on peut aussi souhaiter qu'elles marquent le point de départ d'une volonté d'améliorer l'existant dans une dynamique d'État de droit. Le présent colloque doit connaître un futur. Et pourquoi pas un autre colloque à Port au Prince parce que, justement, on sait bien qu'« une fois n'est pas coutume » et qu'il peut y avoir de bonnes coutumes !