

# LE SYSTÈME JURIDIQUE UNITAIRE À L'ÉPREUVE DU DROIT COUTUMIER : LA NÉCESSITÉ D'UNE TERRITORIALISATION DU DROIT

Carine Guémar\*

---

DOI: 10.24193/subeuropaea.2021.1.07

Published Online: 2021-06-30

Published Print: 2021-06-30

---

## Abstract

*The French State is a unitary State as opposed to federal States, in which there is one Constitution providing for provisions applicable throughout the territory of the French Republic. Unity can be found in a legal unity first, in this the unitary Law is the one that does not admit of territorial differentiation. A political and organic unity, since there is only one Parliament, one Government. A social unity eventually, which consists of the admission of a single French people. If the French tradition is based on a centralized system, the implementation of the process of territorial decentralization led to reconsider the uniformity of the Law precisely with the question of territorial differentiation and territorialisation of Law. The present study proposes to return to the consideration by unitary Law of local territories including the overseas territories with the problem of reconciling such a system with customary Law.*

**Keywords:** unitary Law, customary Law, territorial decentralization, territorialisation of Law, the overseas territories

---

\* Carine Guemar est docteur en droit public de la Faculté de droit de Montpellier et enseignante-chercheuse en droit à l'Ecole Supérieure des Professions Immobilières (ESPI).  
Contact: carine.guemar@gmail.com

Comprendre le droit, c'est s'apercevoir que derrière les apparences se cachent d'autres apparences. Si l'on se questionne sur la place et le rôle du droit dans nos sociétés contemporaines, on arrive au constat qu'il y a une sorte de rapport de forces entre les partisans d'un monde ancien, considérant que le droit est statique et figé et ceux d'un monde nouveau, percevant le droit dans une dimension dynamique et vivante. L'on ne peut restreindre le droit à un ensemble de textes positifs sans tomber dans une torpeur idéaliste où le droit serait simplement ce que les lois disent qu'il est. La question de la différenciation territoriale est une réalité qu'il est nécessaire d'aborder lorsque l'on se questionne sur la conciliation au sein d'un système juridique unitaire du droit coutumier.

Pour la première notion, il n'existe pas de modèles figés du droit unitaire puisque pris isolément, ça ne veut rien dire – consentons-le, le droit est par essence unitaire, il a pour mission de rassembler la volonté générale – alors que l'État unitaire lui fait partie de la classification que l'on enseigne en droit constitutionnel et qui renvoie à la distinction entre un État unitaire dans lequel il n'existe en principe qu'une seule Constitution, un gouvernement et un Parlement. L'unité peut se retrouver en une unité juridique d'abord, en cela le droit unitaire est celui qui n'admet pas en principe de différenciation territoriale. Une unité organique ensuite, avec un gouvernement, un parlement et une unité sociale enfin, avec l'admission d'un seul peuple français. On reviendra précisément sur la possibilité d'un pluralisme juridique coexistant avec un système unitaire. À l'inverse, l'État fédéral est celui dans lequel il existe des États fédérés (les USA et les cinquante États fédérés ; l'État fédéral allemand avec les seize länders, etc). La Belgique est intéressante également puisqu'elle démontre que chaque catégorie n'est pas figée et que l'on peut passer d'un État unitaire à un État fédéral (via une réforme constitutionnelle) comme cela a été le cas pour la Belgique en 1993 avec un processus qui a commencé déjà dans les années 60/70. L'article 1<sup>er</sup> de la Constitution belge prévoit que : « *La Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des régions* ».

On le voit la question du système juridique unitaire dépasse le carcan parfois trop étroit de la recherche strictement juridique et des positivistes puisque qu'il y a des critères juridiques qui permettent de distinguer entre le droit unitaire étatique et le droit fédéral mais c'est avant tout une question de droit étatique qui est intimement liée à celle de l'histoire elle-même de l'État.

Lorsque l'on effectue des recherches en droit comparé, la question de la méthodologie se pose. Cette présente étude privilégie une approche qui oscille entre positivisme (c'est-à-dire rechercher dans la règle de droit, dans la loi, la constitution ce qui constitue la caractéristique du droit unitaire) et le culturalisme qui cherche à comprendre ce qu'il y a derrière le droit. Le comparatiste est celui qui prend en compte d'autres disciplines pour contextualiser le droit étudié, pour atteindre en quelque sorte la nature « culturelle » du droit. en cela : *« la pensée comparative contemporaine (...) doit s'enquérir de ce que sacco appelle la « dimension muette » de celui-ci qui mobilise des grilles de lecture aussi différentes que l'histoire, la sociologie, la religion ou l'économie pour pouvoir comprendre, expliquer ses différences, saisir sa dynamique, au lieu de se contenter d'une vision statique fournie par le seul examen des textes ou sources officielles. il faut donc chercher le substrat (le sous-texte) culturel »*<sup>1</sup>. Le sujet de la territorialisation du droit comporte en réalité une double complexité. Il s'agit d'abord sur le plan théorique de comprendre ce qu'est la territorialisation du droit et plus loin le pluralisme juridique. Ce sont des théories qui en France ne sont pas suffisamment prises en compte puisqu'éloignées de la méthodologie classique des positivistes. Et ensuite, après la réflexion théorique, il s'agit de comprendre la pratique et donc de revenir quelque peu sur le sujet qui est présenté aujourd'hui, à savoir le droit coutumier.

Il convient de définir ce que l'on entend derrière la territorialisation du droit ou plus exactement de la nécessité pour le

---

<sup>1</sup> H. Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, n°3, p. 518.

droit étatique unitaire de s'adapter, de se territorialiser, c'est-à-dire en prenant en considération les territoires locaux, l'exemple de l'outre-mer est par excellence un exemple qui illustre cette adaptation, cependant les territoires de la France métropolitaine représentent également un laboratoire intéressant dans la recherche de l'adaptation du droit unitaire. D'autant plus que si l'on considère qu'il existe juridiquement des territoires locaux en dehors du territoire strictement étatique, on dépasse déjà la vision moniste du droit et on entre dans une forme de pluralisme juridique comme l'avait déjà envisagé le doyen Maurice Hauriou lorsqu'il parlait de son hypothèse d'équilibres de superposition.

Selon Maurice Hauriou, le droit administratif en tant que droit vivant est la meilleure manière de se rendre compte de l'évolution de l'État moderne. Pour l'auteur, l'État libéral est une société politique ordonnée, l'idée d'équilibre est l'hypothèse selon laquelle on prend en compte d'autres équilibres que ceux constitutionnels pour étudier l'État, on regarde les équilibres entre la force politique et la force économique ; la vie publique et la vie privée ; l'activité de l'administration publique et privée. Pour lui les équilibres de superposition sont ceux entre la nation et le gouvernement de l'État.

Pour Maurice Hauriou, la nation est une population déjà organisée par des institutions primaires elle est ce à quoi s'est superposée historiquement le gouvernement de l'État. Le concept juridique de la décentralisation doit être établi sur la base de l'opposition et de l'équilibre de la nation et du gouvernement de l'État. L'État n'est pas une formation primaire mais s'établit chez des populations possédant déjà des institutions politiques (on voit clairement ici le parallèle entre le pluralisme sociojuridique de Georges Gurvitch et l'ordre juridique de Santi Romano).

Nous allons donc évoquer d'abord les enjeux de la territorialisation du droit, évoquer brièvement les grandes théories du pluralisme juridique puis terminer sur l'application de ces théories avec

l'exemple du droit coutumier et plus précisément avec l'articulation du droit commun et du droit coutumier.

## I. La territorialisation du droit : signification et portée

L'idée de la territorialisation du droit consiste à renouveler l'approche classique de la conception du système juridique unitaire en considérant que les règles de droit appréhendent les territoires. Le constat de la diversité territoriale – de ces « *situations territoriales et juridiques complexes* »<sup>2</sup> – entraîne nécessairement une adaptation du système juridique unitaire, les territoires d'outre-mer constituent un exemple de cette adaptation pour tenir compte du principe de réalité<sup>3</sup>.

La prise en compte du territoire a eu une influence sur le droit, puisqu'il a permis au discours juridique d'intégrer la territorialisation du droit, pour comprendre de manière plus globale le phénomène de décentralisation dans son aspect de réorganisation du territoire<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> J.-B. Auby, *La décentralisation et le droit*, LGDJ, 2006, p. 15 : « D'un point de vue très général, on peut dire que le pouvoir politique, et les règles juridiques qu'il produit, peuvent appréhender – et appréhendent effectivement – les territoires vers lesquels ils orientent leur action de deux manières : comme des ensembles uniformes ou comme des complexes de situations diverses ».

<sup>3</sup> En effet, le Professeur Jean-Bernard Auby livre une approche précise de ce que signifie l'idée de territorialisation du droit et quelques exemples quotidiens de sa réalisation pratique dans le domaine de l'action publique, *id.*, pp. 15-16 : « (...) Ils les voient parfois comme des complexes de situations diverses, qui doivent être gérés par des moyens variables : lorsque cette seconde solution est choisie, il se produit, sur le terrain qui nous intéresse ici, une territorialisation, plus ou moins accentuée du droit. L'époque contemporaine nous donne l'occasion de contempler de nombreuses manifestations de cette seconde situation. L'action publique ne cesse de se démultiplier territorialement. Dans le cadre des politiques d'aménagement du territoire ou de la ville, tous les jours ou presque, telle ou telle portion de l'espace national se voit doter de particularités fiscales, budgétaires, institutionnelles, etc. au nom d'impératifs d'une politique publique ou d'une autre. La multiplication des territoires administratifs – des pays aux « territoires de santé » du Code de la santé publique, en passant par les « zones franches urbaines », ou les « pôles de développement »... - est le signe de cette évolution (...) ».

<sup>4</sup> Aujourd'hui encore la question du territoire dans le droit de la décentralisation est d'actualité. La loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF n°0182 du 8 août 2015, p. 13705, texte n°1, vient supprimer la clause générale de compétence pour les départements et les régions. Elle revalorise ainsi les deux autres critères traditionnels de définition de la collectivité, constitués d'une part de l'origine

Ainsi, si la juridicité du territoire peut être le fait de créer des espaces juridiques nouveaux, la territorialisation du droit quant à elle, apporte à la sphère juridique, une sorte de gage de qualité. Le territoire apporte une dimension « spatiale » au droit, que celui-ci ne possédait pas, avant la mise en œuvre de la décentralisation territoriale, ou de manière insuffisante. C'est ce que le Professeur Yves Madiot nomme : « *la territorialisation ou la contribution à un droit de qualité* »<sup>5</sup>.

L'approche territoriale du droit est perçue comme une évolution évidente et nécessaire, inhérente à la transformation même du droit contemporain et paraît d'autant plus importante dans le droit de la décentralisation : « *Donner au droit une dimension territoriale, ce n'est donc pas lui faire perdre sa substance. C'est l'enrichir dans les domaines où il peut l'être : ni plus, ni moins. Ce serait aussi donner, au développement local, un considérable coup d'accélérateur* »<sup>6</sup>.

Concernant la question de la dimension territoriale du droit, le rôle du territoire est désormais pris en compte par la doctrine juridique qui en analyse les effets sur le droit. Par exemple, Élisabeth Mella consacre son analyse à l'approche territoriale du droit concernant la nature de la délibération locale et étudie les influences des facteurs territoriaux sur l'étendue et le contenu de la règle de droit<sup>7</sup>. L'auteure complète l'analyse du Professeur Yves Madiot sur la théorie de la territorialisation du droit puisqu'elle considère que le territoire agit sur le contenu matériel de la règle juridique. Elle prend en compte le caractère extraterritorial d'un acte juridique, tout comme l'avait envisagé Charles Eisenmann, justifié par des « besoins locaux territoriaux » ou en d'autres termes, par la spécificité territoriale.

---

élective, c'est-à-dire par la mise en place de la démocratie locale et d'autre part, par son territoire. Voir en ce sens, l'article de la Professeure Laëticia Janicot, « Les collectivités territoriales, une définition doctrinale menacée ? », *RFDA*, 2011, p. 227.

<sup>5</sup> Y. Madiot, « L'aménagement du territoire et le droit », *RFDA*, 1994, p. 955.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 963.

<sup>7</sup> E. Mella, *Essai sur la nature de la délibération locale*, préface de Jean du Bois de Gaudusson, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2003.

Le territoire est devenu un générateur juridique, une force de production juridique. C'est l'opinion défendue par les Professeurs Jean-Bernard Auby et Jacques Caillosse. Ce dernier considère le territoire dans sa fonction de « *générateur juridique* »<sup>8</sup>, comme une force de production juridique.

De manière générale, l'appréhension des territoires peut être considérée par le droit de deux manières. C'est d'une part, une considération « uniforme », dans le sens où « *les ensembles uniformes* »<sup>9</sup> sont l'objet sur lequel le droit apporte une réglementation égale et uniforme. D'autre part, les territoires peuvent être appréhendés par le droit, comme « *des complexes de situations diverses* »<sup>10</sup>, qui doivent par là même être gérés de manière distincte, par des « *moyens variables* »<sup>11</sup>. C'est lors de cette deuxième hypothèse d'appréhension que la territorialisation du droit apparaît<sup>12</sup>.

Partant, le Professeur Jacques Moreau considère la territorialisation du droit comme une rupture justifiée ou justifiable de l'égalité normative, incluant un régime juridique dérogatoire. En d'autres termes, l'auteur

---

<sup>8</sup> J. Caillosse, *Les mises en scène juridiques de la décentralisation*, LGDJ, 2009, p. 91 : « Il a surtout été question jusqu'à présent de juridicité du territoire, au sens où ce dernier nous est surtout apparu comme un espace de réception et de circonscription de la règle juridique. Prétendre traiter des rapports qu'entretiennent ces deux données oblige à considérer aussi le territoire dans sa fonction de générateur juridique. Loin de se réduire à un espace informé par le droit, le territoire se fait, le cas échéant, condition d'un droit applicable qui tient, de cette territorialisation, son origine comme sa signification. Changement de décors. Ce n'est plus le juridique qui donne figure aux territoires : après leur avoir imprimé ses marques en les soumettant à sa raison, le droit a joué – et ne cesse d'ailleurs de le faire – un rôle décisif dans le procès d'organisation de l'espace, autant son économie interne semble aujourd'hui fonction des territoires. Production juridique, le territoire est devenu à son tour force de production juridique. Nul doute qu'il y ait là pour le juriste une évolution riche d'implications théoriques. (...) ».

<sup>9</sup> J.-B. Auby, *op.*, p. 1.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> « Même si le phénomène est à certains égards de tout temps, il est clair qu'à notre époque, l'action publique tend à se démultiplier territorialement de façon croissante. C'est une façon de mieux adhérer aux problèmes à régler, de se rapprocher d'eux comme des citoyens qui les vivent (...). Et pourtant, la roue tourne, et notre droit public fait, comme d'autres, après d'autres souvent, lui aussi l'apprentissage du pluralisme juridique territorial » : *Ibidem*, p. 15.

explique que la territorialisation du droit est due aux spécificités territoriales, la règle de droit s'adapte à la diversité de la situation donnée. En France par exemple dans les territoires d'outre-mer les lois et les règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités. On voit ici une application de l'adaptation de la loi et du règlement. Cependant, certains domaines ne peuvent pas faire l'objet d'une telle adaptation, il s'agit de la nationalité, des droits civiques, des libertés publiques, de l'organisation de la justice, du droit pénal de la sécurité, etc.

Comme le Professeur Jean-Bernard Auby le précise : « *quiconque observe le fonctionnement juridique concret des collectivités territoriales ne peut qu'être frappé par la diversité des pratiques, les changements dans la forme et le contenu des mêmes actes, les variations dans la tonalité des relations juridiques. Passant d'une collectivité à une autre, on a facilement le sentiment que ce qui est interdit ici est permis là, que tel service public qui a tel régime ici, obéit, là, à un autre. Il ne faut sûrement pas exagérer cette part de différenciation juridique territoriale, mais on ne peut pas nier qu'elle existe* »<sup>13</sup>.

La territorialisation du droit a indirectement pour effet d'engendrer une multiplication d'outils permettant de répondre directement au besoin local, par la coopération entre les entités infra-étatiques elles-mêmes ou entre le pouvoir central et le pouvoir périphérique. Cela produit ainsi de manière concrète, une innovation dans la création d'outils juridiques locaux et par là même, de manière globale une évolution des rapports entre l'État et les collectivités territoriales, crée par ce nouveau « *polycentrisme juridique* »<sup>14</sup>.

Maurice Hauriou encore une fois évoquait la triple fonction de la notion juridique de territoire en le prenant dans sa fonction de circonscription territoriale pour le régime de l'État. Les individus pris comme appartenant à un territoire ont la qualité d'habitant, c'est cette

---

<sup>13</sup> J.-B. Auby, *La décentralisation et le droit*, op. cit., p. 57.

<sup>14</sup> C. Gallo, « Recherches sur la territorialisation du droit », *Jurisdoctoria* n°10, 2013, p. 36.

qualité qui fait qu'ils sont soumis à la législation de l'État, à ses règles, à sa police à ses services publics. La notion juridique du territoire est ensuite caractérisée pour Maurice Hauriou comme une absence de droit de patrimonialité, le territoire caractérise ce qui relève de la vie publique et de la vie privée, l'État n'a pas en principe d'appropriation sur les terres privées. Enfin, le territoire a un rôle juridique puisqu'il délimite le pouvoir de l'État. L'État ne commande en principe que sur son territoire.

Maurice Hauriou envisageait déjà dans ses théories l'idée d'une certaine forme de pluralisme juridique avec l'idée de nation et d'institutions primaires organisées, c'est ce que l'on retrouve chez Georges Gurvitch et son idée de droit social organisé et inorganisé.

## II. Les théories du pluralisme juridique

On a souvent reproché à Georges Gurvitch d'être anthropologue ou sociologue du droit, on revient sur le débat qui consiste à sortir de l'idée d'un monisme ou d'une centralité du droit basée sur celle du droit de l'état. Cependant, au lieu d'exclure l'analyse des anthropologues sur leur méthodologie je pense au contraire qu'ils ont beaucoup à apporter à la recherche sur le fond par leurs idées.

L'idée de ces anthropologues du droit est d'exclure la seule analyse de la centralité juridique basée sur le droit de l'État : « *Pour les anthropologues du Droit, c'est la confrontation aux cultures « non modernes », et spécialement dans le contexte colonial, qui a fait éclater l'idéologie du « centralisme juridique » (legal centralism) et a ouvert les portes d'une prise de conscience du pluralisme juridique. Selon John Griffiths, dans son texte fondateur sur le pluralisme juridique, le centralisme juridique est la perspective du juriste selon laquelle seul existe le droit de l'État à l'exclusion de tout autre. C'est une idéologie en ce sens qu'elle véhicule une vision du monde du juriste qui ne correspond pas à la réalité factuelle observable, telle qu'elle ressort par exemple clairement dans les anciennes situations coloniales occidentales où cohabitaient parallèlement au droit étatique d'autres formes de Droit, « coutumières ». Ces situations étaient*

*clairement des situations de pluralisme juridique, caractérisées par la présence dans un même champ social de différents ordres juridiques* »<sup>15</sup>.

La problématique principale de la pensée qui a entouré ces courants, peut être résumée comme une interrogation sur la science du droit épurée de la volonté des gouvernants et de l'assimilation au droit de l'État. Le pluralisme juridique conçoit donc un droit en dehors de la loi et en dehors de l'État. Très rapidement pour Georges Gurvitch, l'auteur analyse le droit de l'État comme faisant partie du droit social. Selon l'auteur, l'analyse du droit ne se limite donc pas à une simple étude du droit de l'État mais inclut celle du droit émanant de la société. Par conséquent, l'auteur considère la notion de droit positif similaire à celle du droit social. Il distingue deux grands types de droit social<sup>16</sup>. D'une part le droit social inorganisé, qui est un droit attaché à des communautés. Le droit social inorganisé apparaît pour l'auteur, à chaque fois que se forme un groupe, composé de principes et de valeurs, la création d'une communauté entraîne la formation d'un droit social inorganisé<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> G. Otis (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Éditions Karthala, 2012, p. 76. V. aussi Levente Salat, Sergiu Mișcoiu, "Roma autonomous lawmaking – the Romanian case", in Tove Malloy and Levente Salat (eds.), *Non-Territorial Autonomy and Decentralization. Ethno-Cultural Diversity Governance*, Abingdon. New York, Routledge, 2021, pp. 67-94 ; Ioana-Cristina Hrițcu, Sergiu Mișcoiu, « Le Kriss : peut-on parler de pluralisme normatif en Roumanie dans le cas de la minorité rom ? » in *Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Studia Europaea*, nr. 1, 2014, pp. 243-262.

<sup>16</sup> G. Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Dalloz, 2012 (reproduction de l'édition parue en 1940 aux Éditions Aubier).

<sup>17</sup> Voir en ce sens, l'article de J.-G. Belley concernant l'analyse du droit social inorganisé de Georges Gurvitch : « (...) surgissent du « droit social inorganisé » à travers les conduites « novatrices » et les « expériences immédiates de la justice » dans des groupes sociaux plus ou moins durables ; dynamique du « psychisme collectif » dans les nouveaux phénomènes de « masse » (les manifestations...), de « communauté » (les assemblées générales, les communes) et de « communion » (les groupuscules militants) où s'affrontent les « croyances morales, mystico-extatiques et juridiques » ; contestation des « symboles réfléchis et figés » du « droit organisé » au nom de la fluidité du « droit vivant » et d'une symbolique social plus intuitive, émotionnelle ou esthétique que rationnelle », J.-G. Belley, « Le « droit social » de Gurvitch : trop beau pour être vrai ? », *Droit et société*, 2014/3, n°88, p. 731-732.

D'autre part, le droit social organisé est pour Georges Gurvitch, le droit d'une communauté qui s'est institutionnalisée et qui trouve sa source dans le droit social inorganisé. Le droit social organisé est le seul à rendre compte pour l'auteur des inventions juridiques modernes et met par conséquence en avant un changement d'objet de la science du droit : une science du droit social. La démarche de Georges Gurvitch consiste à analyser juridiquement la société et à rapprocher ce qui est habituellement en droit opposé. Pour l'auteur, la place des faits est importante dans le droit. Le droit social est ainsi une valeur qui se réalise dans les comportements ou la conduite des membres d'un groupe déterminé. Georges Gurvitch voit le droit positif comme un univers dans lequel s'observe un agrégat de groupes sociaux avec une pluralité éthique, la société étant socialement et moralement plurielle. La question qui se pose alors à l'auteur est de comprendre quel est le concept qui permet d'identifier la formation d'un ordre de droit social. Il recourt dans son analyse à la notion de « *fait normatif* » – de la force normative des faits – et à la notion de valeur, la mise en valeur du fait normatif s'impose devant celle des règles de droit<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Le concept de « fait normatif » est un concept clé de la philosophie du droit de Georges Gurvitch, qu'il rapproche notamment du concept « d'institution » de Maurice Hauriou. Il considère que les « valeurs » relèvent du champ de l'expérience et « *inclus dans les données immédiatement perceptibles par la conscience et accessibles à la connaissance intuitive* », J. Le Goff, G. Gurvitch, *Le pluralisme créateur*, Michalon, collection « Le bien commun », 2012, p. 57. Voir également en ce sens, l'analyse de J.-G. Belley, « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique », in *Droit et société*, n°4, 1986, p. 358-359 : « (...) Pour Gurvitch, un ordre juridique émerge avec l'expérience sociale de la justice. Il se structure par l'élaboration de règles et de modèles préétablis des conduites. Il s'organise par la mise en place de superstructures plus ou moins autonomes. Respectant le sens profond de la vie sociale, la sociologie du droit aborde son objet d'étude de bas en haut, du primaire au secondaire, du matériel au formel, du spontané à l'organisé, du sentiment de justice à la rationalité juridique, de l'intuitif au réfléchi dans le droit. La sociologie du droit se tourne ainsi vers la valeur de justice plutôt que vers les règles de droit pour construire son objet premier. Elle inverse l'ordre dans lequel les éléments constitutifs de la réalité sociale du droit interagissent les uns sur les autres. Dans la perspective ascendante suggérée, la prise en compte du sentiment de justice précède conceptuellement celle de la pensée juridique, l'étude des manifestations de valeur de justice et des conduites collectives novatrices tend à

Deux concepts fondamentaux sont présents dans la pensée du pluralisme sociojuridique de Georges Gurvitch, constitués par le concept de droit social et de fait normatif. La communauté au sens de l'auteur se distingue du groupe social et est l'équivalent d'un ordre juridique social avec l'imbrication du droit et du fait. Ce qui est important pour le sociologue du droit est de décrire juridiquement la société.

Le pluralisme sociojuridique permet à la théorie juridique de sortir de l'idéologie étatiste tout en restant dans le champ de la réflexion juridique. L'auteur a eu une influence sur le courant des anthropologues du droit, notamment avec John Griffiths considérant le pluralisme juridique comme un fait et le centralisme juridique, un mythe<sup>19</sup>. Les anthropologues ayant considéré que les sociétés ont connu une diversité des ordres juridiques et donc de juridicité. Ils observent que dans toute société, différentes formes de juridicité peuvent être créées par des processus sociaux-culturels d'émergence des normes. À partir du moment où les pratiques sociales procèdent de l'apparition de règles, il y a un processus juridique. Dans ce sens, le pluralisme juridique désigne une réalité sociale et culturelle du droit dans lequel apparaissent différents cadres du droit qui sont en relation les uns avec les autres.

---

*précéder celle des conduites régulières et des superstructures organisées, la mise en valeur du fait normatif s'impose avant celle des règles de droit ».*

<sup>19</sup> J. Griffiths, « What is Legal Pluralism ? », in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 24, 1, 1986. L'idée de ces anthropologues du droit est d'exclure la seule analyse de la centralité juridique basée sur le droit de l'État : « Pour les anthropologues du Droit, c'est la confrontation aux cultures « non modernes », et spécialement dans le contexte colonial, qui a fait éclater l'idéologie du « centralisme juridique » (legal centralism) et a ouvert les portes d'une prise de conscience du pluralisme juridique. Selon John Griffiths, dans son texte fondateur sur le pluralisme juridique, le centralisme juridique est la perspective du juriste selon laquelle seul existe le droit de l'État à l'exclusion de tout autre. C'est une idéologie en ce sens qu'elle véhicule une vision du monde du juriste qui ne correspond pas à la réalité factuelle observable, telle qu'elle ressort par exemple clairement dans les anciennes situations coloniales occidentales où cohabitaient parallèlement au droit étatique d'autres formes de Droit, « coutumières ». Ces situations étaient clairement des situations de pluralisme juridique, caractérisées par la présence dans un même champ social de différents ordres juridiques », G. Otis (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Éditions Karthala, 2012, p. 76.

Georges Gurvitch a amené à repenser la réalité objective du droit en société. Pour l'auteur, la pensée juridique n'est plus une structure d'analyse du droit mais bien un fait structurel des analyses humaines dans lesquelles des faits juridiques peuvent entrer en dissonance et où des normes peuvent circuler d'un système à l'autre. La postérité du courant de Georges Gurvitch s'inscrit également dans la pensée post-moderne du droit et de l'État avec l'idée du passage d'un droit imposé à un droit négocié où l'État perd de sa centralité au sein de la société et tend alors à déléguer sa puissance normative à différentes instances dont les collectivités territoriales. Au regard des critiques relatives à l'observation de la société et non du droit pour Gurvitch, c'est sans conteste le juriste italien Santi Romano et son œuvre majeure concernant *L'ordre juridique*, publiée pour la première fois en 1978 qui a relancé le débat sur le pluralisme juridique en tant que pluralisme des ordres juridiques.

La théorie de Santi Romano se base sur deux concepts clés. Il s'agit d'une part de la notion d'ordre juridique et d'autre part du concept de relevance pour expliquer les relations qu'entretiennent entre eux les différentes institutions étatiques et non étatiques. Santi Romano considère l'existence d'un ordre juridique constitué par les normes étatiques mais pas seulement puisque selon l'auteur, à côté de cet ordre juridique, coexistent différents ordres juridiques normatifs en concurrence sur un même territoire et en rapport avec une même population. Santi Romano se rapproche de Maurice Hauriou puisqu'il a analysé la notion d'institution et plus précisément d'organisation. Pour l'auteur, chaque institution est un ordre juridique qui a la caractéristique d'être autonome et spécifique. L'institution est alors assimilée à une organisation ou à une structure sociale. Pour le juriste, le critère d'organisation est indispensable à la définition d'un ordre juridique. En cela, il a une conception holiste de l'ordre juridique qui sera normatif à partir du moment où il est organisé<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> « (...) si l'on veut définir un ordre juridique dans son entier, il ne faut pas avoir égard seulement à ce qu'on croit être ses différentes parties, c'est-à-dire aux normes qui y sont comprises, et dire ensuite que c'est l'ensemble de ces parties. Il est au contraire indispensable d'atteindre la caractéristique, la

Le pluralisme juridique a été influencé par la théorie de l'institution dérogée par Maurice Hauriou. L'institution, étant le fondement juridique de l'État, elle est avant tout caractérisée par toute « *organisation sociale créée par un pouvoir qui dure parce qu'elle contient une idée fondamentale acceptée par la majorité des membres du groupe* »<sup>21</sup>. Dans cette conception, c'est l'institution qui crée le droit alors que pour Santi Romano l'institution est le droit. Santi Romano utilise la notion d'institution qu'il attribue alors à la notion d'organisation et a ouvert la voie à une nouvelle approche du pluralisme juridique.

Il y a un pluralisme des ordres juridiques puisque les institutions sont constituées en ordre juridique, et qu'à partir du moment où « *ces institutions structurées sont inévitablement assorties d'une production juridique* »<sup>22</sup> et qu'au sein même de l'État « *les mêmes personnes sont soumises à plusieurs ordres juridiques indépendants les uns des autres* »<sup>23</sup>, et qu'il existe « *un ensemble de normes situées à la fois à côté de et contre l'ordre juridique étatique* »<sup>24</sup>, alors il y a pluralisme des ordres juridiques. C'est d'ailleurs le Professeur Pascale Deumier qui a intitulé l'un de ces articles relatifs au droit coutumier kanake de pluralisme des sources et des ordres juridiques pour évoquer ces « *territoires de droit* »<sup>25</sup>.

---

*nature, de ce tout* », S. Romano, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 7.

<sup>21</sup> M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Librairie du recueil Sirey, 2<sup>ème</sup> édition, 1930, p. 73.

<sup>22</sup> J. Chevallier, « Droit, ordre, institution », *Droits*, 1989, n°10, p. 21.

<sup>23</sup> F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, 1977, p. 439, cité par F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 2002, p. 185.

<sup>24</sup> H. Dumont, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, t. I, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles), 1996, p. 47, cité par M. Van de Kerchove, « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture », in J.-L. Bergel (dir.), *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-Marseille), 2005, p. 38.

<sup>25</sup> P. Deumier, « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », *RTD civ.*, 2006, p. 516.

### III. Le droit coutumier : une exemple d'adaptation du droit étatique unitaire

Il faut rappeler que la coutume est une source du droit et du droit français. La coutume naît d'une répétition et d'un sentiment d'obligation. C'est donc la question du pluralisme des sources et du pluralisme des ordres juridiques qui se pose ici et de l'articulation entre ces différentes sources et ordres juridiques.

Dans le cadre d'un pluralisme des ordres juridiques, la référence à nouveau aux travaux de Santi Romano est présente. La coutume kanake peut constituer un ordre juridique complet avec une organisation sociale accomplie. Pour relever quelques caractéristiques de cet ordre juridique coutumier, on peut déterminer le lien communautaire, la racine ancestrale, le respect des traditions, la prééminence des clans et l'esprit d'harmonie.

On voit très nettement une première classification entre un droit civil de droit commun et un droit naturel des communautés, cette classification étant importante par-delà les aspects juridiques puisqu'elle va concerner davantage l'identité culturelle. En quelque sorte, une intuition peut se dégager de ces constats puisque lorsque le droit naturel des communautés prend le pas sur le droit civil on est dans une situation qui se rapproche d'une autonomisation poussée de la communauté en question et donc des problématiques relatives à l'indépendance.

Pour terminer sur l'adaptation du droit unitaire et du droit coutumier, deux perspectives de recherche peuvent être relevées. Sur l'adaptation du droit étatique unitaire, elle peut se retrouver dans le raisonnement même des juges par exemple. En cela, peut-être privilégier plutôt une logique basée sur une répartition des compétences entre ordres juridiques (ce qui sous-entend une reconnaissance du pluralisme et de l'ordre juridique coutumier), plutôt que d'une logique qui s'appuie sur une méthode classique avec une hiérarchie des normes (loi/coutume) ou une articulation des normes entre le droit commun et le droit spécial : « *la*

*coutume n'accède à la positivité que par le truchement de l'action des tribunaux qui a été favorisée par l'action de magistrats militants* »<sup>26</sup>.

Sur l'adaptation du droit coutumier, l'une des perspectives de recherche pour terminer cette communication concernerait non plus la seule adaptation du droit unitaire étatique mais l'adaptation cette fois-ci du droit coutumier, avec en exemple la modernisation des instruments juridiques de la coutume kanake et l'introduction du mode électoral et non plus héréditaire pour la composition du sénat coutumier et des conseils coutumiers.

On peut repartir sur un débat identitaire qui n'est pas facile à traiter pour le juriste mais qui consiste tout de même à se poser la question de la reconnaissance de la coutume kanake dans le sens où il ne s'agit d'enfermer l'individu dans une communauté mais plutôt de lui donner les moyens de choisir : entre appartenir à la communauté ou non pas de s'y retirer mais de la dépasser.

L'État a une mission qui est clairement relevée en droit international et qui consiste à individualiser le droit pour permettre une protection effective des individus. En cela, il s'agit de rechercher l'effectivité du droit individuel, c'est l'idée qu'un « État qui ne promulgue pas les lois nécessaires pour garantir [à l'individu] la jouissance des droits et de la protection qu'il est tenu de leur octroyer (...) »<sup>27</sup> est responsable de cette non-effectivité. C'est bien la question du « vivre ensemble » qui se cache derrière ce débat et du rôle du droit, le Professeur Alexandre Viala dans son dernier ouvrage sur *Le*

---

<sup>26</sup> S. Gerry-Vernières, *RTD civ.*, 2018, p. 1008, dans son étude sur *Les décisionnaires et la coutume : contribution à la fabrique de la norme*, G. Cazals, F. Garnier (dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Études d'histoire du droit et des idées politiques, n°23/2017, p. 500.

<sup>27</sup> D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des États en raison des dommages soufferts par les étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 8 cité par S. Touzé, « Pour une lecture « anzilottienne » de la convention européenne des droits de l'homme. À travers la subsidiarité, un dualisme oublié », Presses universitaires de France, « Droits », 2012/2, n°56, p. 265.

*pessimisme est un humanisme* aborde cette question de la place du droit dans le vivre ensemble :

« Loin de tuer la vie, le droit est l'un des chemins nécessaires pour alléger le poids qu'exerce sur les individus la pression du vouloir-vivre qui les incite à commettre l'injustice. Il est le passage obligé pour instituer le principe de responsabilité et garantir, par voie de conséquence, le vivre-ensemble. Le « vivre-ensemble » telle est l'obsession du pessimisme libéral. Voilà une expression qui désigne implicitement, par son énonciation, toute la difficulté de vivre ensemble. Ne dit-on pas trivialement que la Constitution garantit le vivre-ensemble, comme si le vivre-ensemble, sans appui artificiel de la raison juridique, n'allait pas de soi ? »<sup>28</sup>.

## **Bibliographie:**

1. Anzilotti, Dionisio (1906), « La responsabilité internationale des États en raison des dommages soufferts par les étrangers », *RGDIP*.
2. Auby, Jean-Bernard (2006), *La décentralisation et le droit*, LGDJ.
3. Belley, Jean-Guy (1986), « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique », in *Droit et société*, 4.
4. Belley, Jean-Guy (2014), « Le « droit social » de Gurvitch : trop beau pour être vrai ? », *Droit et société*, 3(88).
5. Caillousse, Jacques (2009), *Les mises en scène juridiques de la décentralisation*, LGDJ.
6. Chevallier, Jacques (1989), « Droit, ordre, institution », *Droits*, 10.
7. Deumier, Pascale (2006), « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », *RTD civ*.
8. Doat, Mathieu ; Rios-Rodriguez, Jacobo (2021), *L'unité de l'État dans un système juridique pluriel*, Éd. Mare & Martin, Collection Droit public.

---

<sup>28</sup> A. Viala, *Le pessimisme est un humanisme, Schopenhauer et la raison juridique*, Éditions Mare et Martin, 2017, p. 284.

9. Dumont, Hugues (1996), *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, t. I, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles.
10. Gallo, Carole (2013), « Recherches sur la territorialisation du droit », *Juridoxia*, 10.
11. Gerry-Vernières, Stéphane (2018), *RTD civ.*, p. 1008, dans son étude sur *Les décisionnaires et la coutume : contribution à la fabrique de la norme*, G. Cazals, F. Garnier (dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Études d'histoire du droit et des idées politiques, 23.
12. Griffiths, John (1986), « What is Legal Pluralism ? », in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 24(1).
13. Gurvitch, Georges (1940), *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Dalloz, 2012 (reproduction de l'édition parue en 1940 aux Éditions Aubier).
14. Hauriou, Maurice (1930), *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Librairie du recueil Sirey, 2<sup>ème</sup> édition.
15. Hrițcu, Ioana-Cristina; Mișcoiu, Sergiu (2014), « Le Kriss : peut-on parler de pluralisme normatif en Roumanie dans le cas de la minorité rom ? », *Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Studia Europaea*, 1, 243-262.
16. Janicot, Laetitia (2011), « Les collectivités territoriales, une définition doctrinale menacée ? », *RFDA*.
17. Le Goff, Jacques ; Gurvitch, Georges (2012), *Le pluralisme créateur*, Michalon, collection « Le bien commun ».
18. Madiot, Yves (1994), « L'aménagement du territoire et le droit », *RFDA*.
19. Mella, Elisabeth (2003), *Essai sur la nature de la délibération locale*, préface de Jean du Bois de Gaudusson, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public.
20. Muir-Watt, Horatia (2000), « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 3.

21. Ost, François ; Van De Kerchove, Michel (2002), *De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles.
22. Otis, Ghislain (2012) (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Éditions Karthala.
23. Rigaux, François (1977), *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone.
24. Romano, Santi (1946) , *L'ordre juridique* (trad. L. François, P. Gothot, Dalloz), coll. Philosophie du droit.
25. Salat, Levente ; Mişcoiu, Sergiu (2021), "Roma Autonomous Lawmaking – The Romanian Case", in Tove Malloy and Levente Salat (eds.), *Non-Territorial Autonomy and Decentralization. Ethno-Cultural Diversity Governance*, New York: Routledge, 67-94.
26. Touzé, Sébastien (2012), « Pour une lecture « anzilottienne » de la convention européenne des droits de l'homme. À travers la subsidiarité, un dualisme oublié », Presses universitaires de France, « Droits », 2(56).
27. Van de Kerchove, Michel (2005), « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture », in J.-L. BERGEL (dir.), *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-Marseille).
28. Viala, Alexandre (2017), *Le pessimisme est un humanisme, Schopenhauer et la raison juridique*, Éditions Mare et Martin.

