

***La rédaction des normes juridiques,
source de la métamorphose du droit ?***
*Quelques repères historiques pour une réflexion
contemporaine*

Dominique GAURIER

Le thème de la crise de la définition du droit est un thème à la mode depuis quelques années déjà, pour ne pas dire récurrent, même¹. Cette mode peut pourtant receler un réel malaise qui semble enté pour une bonne part sur un épuisement du droit légiféré et la quête d'une autre normativité juridique, voire d'autres procédés d'édiction de la norme. A la voix des philosophes s'est jointe plus récemment celle des anthropologues du droit dont les approches s'efforcent de renouveler et de dépoussiérer tout un lot de *loci communes*, attestant par leur réflexion même, la fin du légalisme étatique kelsenien².

Ainsi, ce légalisme étatique, pour certains, semble briller de ses derniers feux sans que l'on soit pour autant fixé quant à la date précise de sa mort et de ses funérailles ; il a pourtant été longtemps perçu

1. Cf. *DROITS, Revue française de théorie juridique*, tout spécialement le n° 4 consacré aux crises du droit, nées du déclin de la notion de droit (B. OPPETIT), crise du kelsenisme (P. WACHSMANN), de la technique législative (A. VIANDIER), ou de celle encore des introductions au droit (C. MOULY). Les n° 10 et 11 de la même revue ont été quant à eux, consacrés à une définition multiforme et multifonctionnelle du droit.

2. Cf. notamment l'ouvrage de N. ROULAND, *Aux confins du droit*, éd. Odile Jacob, Paris 1991, qui consacre sa conclusion au "tombeau de Kelsen", pp. 297 ss.

comme Le But à atteindre, comme un signe patent du progrès juridique et moteur du passage d'un état de semi-barbarie à l'état de civilisation et de progrès. Cet état de semi barbarie était alors conçu comme un âge où la norme juridique était plus vécue inconsciemment qu'énoncée formellement et encore moins conceptualisée. L'une des marques de l'état de civilisation et de progrès réside, elle, en l'identification des sources productrices des normes et surtout dans le repérage des normes elles-mêmes ; le justiciable est ainsi à même d'avoir accès à la connaissance de la norme qui enserme ses activités personnelles et sociales et les sanctionne, à la fois de façon positive et négative ; de même, le juge voit son travail de recherche de la norme applicable considérablement facilité à partir du Code qui consigne *ne varietur* l'ensemble des règles à appliquer. Tel pourrait être défini, certes non sans caricature, l'idéal longtemps poursuivi auquel tendait le mouvement des codifications françaises du début du XIX^e siècle qui concluait un long cheminement.

Il reste qu'en Europe, des voix discordantes se laissaient entendre à cet égard. Ce fut tout d'abord celle de l'élément britannique dans sa composante anglaise, qui ignorait et continue assez largement d'ignorer³ la notion de Code à la française ; ce furent aussi les Allemands qui furent effrayés par l'avancée que constitua au début du XIX^e siècle la codification en France pour l'appréhension de la

3. Tempérons cependant le propos : un travail récent vient d'aboutir, conduit par un américain, mais avec l'aval de la Commission anglaise de réforme du droit, en matière de droit des contrats qui tente une codification du Law of Contract ; cf. H. Mc GREGOR, *Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission*, Giuffrè, Milan 1993. Pourtant ce projet n'a pas reçu sanction législative et put alors être considéré comme une formulation repensée d'un corps doctrinal du droit des contrats, un peu à l'image du "restatement" américain.

Sur les difficultés attribuées aux Anglais en matière de codification, cf. J.D. MEIJER, *De la codification en général et de celle de l'Angleterre en particulier*, en une série de lettres adressées à M. C. P. COOPER, Diederichs Frères et Longman & C^o éd., Amsterdam et Londres 1830. C'est surtout la quatrième lettre qui est plus spécialement consacrée à la codification au regard du droit anglais, pp. 210 ss. On peut aussi se reporter à la tentative qu'avait menée A. PAVITT, qui était un *solicitor* licencié de la Faculté de droit de Paris, avec son *Droit anglais codifié*, Librairie A. Chevalier-Marescq éd., Paris 1885. Il faut néanmoins considérer ce dernier ouvrage plus comme une simple tentative de présentation ordonnée du droit anglais à destination d'un public français que comme proposition de code, quoi que le titre laissât entendre.

norme ; ils se replièrent sur une conception romantique d'un *Volksrecht*⁴ et, néanmoins, devaient élaborer à la fin de ce même siècle, un Code civil d'une technicité extrême, consignant un *Professorenrecht*, dont la démarche est singulièrement étrangère aux juristes français⁵.

Le moment paraît donc tout à fait opportun pour tenter de renouer avec les linéaments de ce qui a été considéré comme un progrès tangible, focalisé sur la codification. Ceci paraît d'autant mieux venu qu'un colloque, organisé à Toulouse en octobre 1995, a été consacré au thème de la codification et l'on y a vu intervenir le vice-président de la Commission supérieure de codification, président de section honoraire au Conseil d'État, Guy Braibant qui définit l'actuelle entreprise française de codification comme étant à la fois systématique – en ce sens qu'elle doit couvrir l'ensemble du droit – et thématique – en ce qu'il convient de faire des codes par matière⁶.

Il n'est alors pas inutile de reprendre les arguments qui allaient conduire à la consignation écrite des normes juridiques et qui préludaient à une codification de type moderne : son objectif premier a consisté surtout à faire mémoire, pour faciliter la connaissance de la règle. C'est alors à une approche historique du fait de rédaction, nécessaire cependant si l'on veut appréhender correctement les mécanismes mis en œuvre, que l'on va se livrer. Si l'écriture a pu dès lors enregistrer, la constitution des codes normatifs auxquels elle conduisait a été également le facteur d'un énorme travail d'appropriation de l'ensemble des normes, permettant non seulement leur observation, mais aussi leur étude pour elles-mêmes, favorisant de la sorte la mise en œuvre d'une démarche à visée théorique sur le droit comme objet de science et d'étude ; le droit en tant qu'objet se trouvait ainsi en premier lieu inséré dans un programme de nature philosophique et logique ; l'effort porta ensuite sur une volonté de l'embrasser dans une expression formelle dont l'idéal devait déboucher sur la codification de 1804. Sur le terreau de la simple

4. Cf. P. DUBOUCHET, *La pensée juridique avant et après le Code Civil*, L'Hermès éd., Lyon 1994, pp. 140 ss.

5. Cf. C. WITZ, *Droit privé allemand, I - Actes juridiques, droits subjectifs*, éd. Litec, Paris 1992, pp. 2 ss.

6. Cf. G. BRAIBANT, *La Commission supérieure de codification*, in *La Codification*, Dalloz, Paris 1996, p. 99, également dans le même recueil, de J. FOYER, *Le code après le code - La réforme du Code Civil sous la Vème République*, pp. 63-67.

connaissance facilitée des normes émergeait une volonté de maîtriser le Droit en tant que système destiné à encadrer des comportements individuels à implication sociale. L'on allait dès lors pouvoir assister à une entreprise systématique d'explication, et au-delà du simple commentaire, à la mise en place des éléments d'une épistémologie du droit. Le droit écrit, devenu alors objet observable, se voyait appliquer des méthodes qui n'eussent pas été possibles s'il était resté inscrit seulement dans les conduites humaines, et partant, n'était perçu dans la réalité de ses normes qu'à travers l'aléa des procès qui pouvaient révéler çà et là une règle de la coutume en action. Il lui était possible de dépasser cette approche et d'être organisé par son insertion dans des ensembles codifiés cohérents et portés par une idéologie.

ÉCRIRE POUR CONNAÎTRE : DES RAISONS DE L'ENREGISTREMENT DES NORMES JURIDIQUES PAR L'ÉCRITURE

Lorsque l'on aborde le déroulement de l'histoire du droit privé français, il est un événement majeur qui concentre toute l'attention et mérite effectivement que l'on s'y arrête : le moment de l'Ordonnance de Montil-lès-Tours, dont l'article 125, en 1454 (n. st.)⁷, prescrit la rédaction officielle des coutumes des provinces françaises au lendemain de la longue et grave crise politique et institutionnelle de la Guerre de Cent Ans. Mais le royaume de France ne devait pas être le seul à bénéficier de telles mesures, puisque nous verrons que les Pays-Bas méridionaux, en gros l'actuelle Belgique, en furent également les bénéficiaires, même si ce fut avec un peu de retard par

7. Cette abréviation "n. st." se lit "nouveau style" et renvoie au réajustement des dates rendu obligatoire par la réforme du calendrier sous le roi Charles IX par l'article 39 de l'Ordonnance de Roussillon du mois de janvier 1563. En effet, depuis l'avènement de la dynastie capétienne en 987, l'année commençait le jour de Pâques, ce qui en faisait varier le début depuis le 22 mars jusqu'au 25 avril. Cette ordonnance de 1563 reportait alors le début de l'année à une date fixe, au premier janvier. Dès lors, selon leur date et leur mois de promulgation, les anciennes ordonnances royales, selon qu'on leur donnait leur ancienne date, étaient dites "ancien style de datation" ; mais si on leur attribuait leur date en fonction de ce nouveau calendrier, elles étaient rapportées à la nouvelle datation, dite "nouveau style". Pour le texte dont il s'agit, on aura compris qu'il peut être daté de 1453 "ancien style" ou "a. st." ou de 1454 "nouveau style" ou "n. st.", hypothèse ici retenue.

rapport au grand voisin du Sud. Aussi ne s'avance-t-on pas trop loin en postulant que la mesure prise par le roi de France Charles VII, inscrite dans une ordonnance générale de réformation du royaume, participait d'une volonté affirmée du pouvoir royal d'assurer par elle son emprise sur les institutions publiques, et partant, sur les normes qui encadraient la vie des particuliers. Et cette observation est pleinement valable pour les deux domaines territoriaux que nous allons explorer, puisque, pour les Pays-Bas méridionaux, les rois espagnols entendaient également assurer un étroit contrôle sur des régions qui pouvaient se révéler fort turbulentes, voire hostiles parfois.

Il reste que l'idée de consigner par écrit les coutumes n'est pas neuve, même si ce n'est qu'à partir de ce moment qu'elle devait déboucher sur une production importante ; elle conduisait également à modifier substantiellement l'approche que l'on aurait désormais face à la norme, dès lors qu'elle était accessible à partir de l'écrit qui la consignait. L'aventure de l'écriture des normes du droit allait commencer par le biais des initiatives privées en la matière ; mais le pouvoir royal, alors qu'il se reconstituait autour de la seule fonction royale, désormais dégagée du contre-pouvoir que lui opposaient les princes, possesseurs de gros fiefs et concurrents potentiels de la prépondérance royale, devait lui aussi se saisir des avantages que lui fournirait cette consignation par écrit des normes du droit. Il reprenait l'initiative à l'égard de normes jusque-là laissées au libre jeu de la vie du droit à travers les praticiens, les juges et les populations qui y étaient soumises. Cette écriture du droit qui obéissait à une exigence de certitude et de clarté n'en allait pas moins déboucher sur des conséquences qui ne tarderaient pas à faire apparaître de nouveaux enjeux, alors insoupçonnés.

L'heure des rédactions privées

Dans la France mérovingienne, comme à l'époque carolingienne, les fameuses lois « barbares » dont on sait qu'elles n'ont aucun caractère législatif, mais qu'elles consistent essentiellement en une consignation par écrit d'un certain nombre des règles coutumières qui régissaient les populations germaniques, témoignent de ce souci de voir l'écrit faire mémoire. A cela se joignait également la préoccupation de ne pas paraître inférieur face aux vaincus dont le droit était véhiculé par l'écrit : la rédaction des lois

barbares a donc participé d'un processus d'imitation⁸. Le mode d'élaboration de ces textes témoigne, en tout cas, de leur caractère non législatif, puisque c'est à l'occasion des assemblées qui réunissaient les hommes libres des différentes ethnies, que ces coutumes étaient collationnées : dorénavant écrites, elles devenaient, de par ce fait même, des *Leges*⁹. Ces mêmes procédures présidèrent également aux modifications et aux compléments qui sont intervenus à l'époque carolingienne, conformes en cela au caractère coutumier du droit qui nécessitait la participation de ceux qui le vivaient à toute volonté de le modifier.

8. C'est en tout cas, ce qu'atteste bien le prologue de la Loi salique qui précise que si la loi est rédigée, c'est "*ut quia (Franci) ceteris gentibus juxta se positis fortitudinis brachio præminebant, ita etiam legum auctoritate præcellerent.*" "*parce que les Francs ont dominé les autres peuples qui vivaient à côté d'eux, par la force de leurs bras, ainsi, ils excellèrent même par l'autorité de leurs lois*". Pour ESMEIN, deux autres raisons viennent également s'ajouter : "*La nécessité de fixer le droit des barbares exposé à se décomposer dans ce milieu nouveau ; enfin le système de la personnalité des lois lui-même, dont l'application était rendue plus facile par ces rédactions*" (*Cours élémentaire d'histoire du droit*, rééd. par R. GENESTAL, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1925, p. 92).

Il est difficile de préciser pour certains de ces textes, si les rédactions ont eu un caractère officiel ou si, au contraire, elles sont restées privées. Pour une bonne part, cependant, on peut préjuger qu'elles furent officielles, car elles semblent avoir été réalisées par l'autorité des rois qui se sont aussi assurés de la participation des peuples concernés, ainsi que cela ressort de l'Edit de Pistes de 844 : "*Et quoniam lex consensu populi fit et constitutione regis, Franci jurare debeant quia secundum regium mandatum nostrum ad iustitiam reddendam vel faciendam legibus bannitus vel manitus fuit*" (BALUZE, *Capitularia*, Francis Muguet typographe du Roi et de l'Archevêque de Paris, Paris 1677, t. II, col. 177, § VI). "*Et du fait que la loi se fait par le consentement du peuple et par la constitution du Roi, les Francs doivent jurer parce que, conformément à notre charge royale de rendre ou faire la justice, cela a été commandé ou sommé par les lois*".

9. Cf. A. MAGDELAIN, *La Loi à Rome, histoire d'un concept*, Les Belles Lettres, Paris 1978. L'auteur, examinant les étymologies proposées par divers autres auteurs, rattache le mot *LEX* au couple *LEX - LEGO*, à l'instar de *REX - REGO*, le premier membre figurant une forme de nom d'action signifiant "cueillir, fait de recueillir" en grec, pour par la suite, se développer dans le sens de "dire". Mais en latin, le mot *LEGO* qui signifie "je lis", s'est développé dans un sens indépendant, désignant un mouvement matériel se rattachant à l'idée de "parcourir", d'où le sens de "parcourir des yeux, lire". C'est donc bien à ce seul dernier thème, lié à l'écriture, que le mot *LEX* renvoie, sans acception législative institutionnelle (cf. pp. 12-19).

Cette même époque carolingienne avait cependant vu apparaître un droit légiféré avec les capitulaires qui tous, cependant, n'avaient pas de vocation particulière à être écrits¹⁰. Mais l'affaiblissement rapide du pouvoir carolingien, lié aux empiétements progressifs et toujours plus exigeants de ceux qui deviendront les féodaux, conduisit à la disparition totale de tout droit légiféré à vocation générale pour l'ensemble du royaume ; ne subsista qu'un ensemble de droits locaux, de nature exclusivement coutumière, à l'origine de ce que devaient être, quelque temps plus tard, les coutumes territoriales, tant à ressort provincial que local. Le détroit des seigneuries allait contribuer, avec le développement des institutions féodales qui opéraient une véritable décentralisation du pouvoir, à une extrême diversité des règles en vigueur sur tout le territoire du royaume ; on pourra progressivement repérer de grands ensembles à caractère provincial surtout dans l'Ouest, à la faveur des regroupements politiques conjoncturels. A cet égard, le domaine Plantagenêt, avec les ensembles normand, breton, aquitain, poitevin, angevin et tourangeau, est tout à fait significatif. D'autres régions françaises virent au contraire les ressorts locaux se multiplier, principalement dans le Nord et l'Est où les détroits des coutumes sont plus nombreux et considérablement plus restreints.

C'est à la fin de la période féodale qu'apparaît le sentiment d'une nécessité de mettre par écrit ces ensembles normatifs coutumiers confiés jusqu'alors à la seule mémoire. On trouve l'écho de cette préoccupation chez l'un des plus brillants auteurs coutumiers français du XIII^e siècle ; Philippe de Beaumanoir rédigeait en français, vers 1283, une œuvre tout à fait remarquable d'intelligence, ne se bornant pas à enregistrer seulement la règle coutumière, mais recherchant les solutions données par les précédents judiciaires, justifiant par des comparaisons son propos et utilisant là, fort judicieusement, les apports du droit canonique et du droit romain. Beaucoup plus qu'un simple enregistrement des coutumes, l'œuvre de Beaumanoir s'élevait au niveau de l'analyse et de la théorie. Il reste qu'il entendait justifier son travail de la façon suivante : « *Il m'est avis, et as autres aussi, que pour tous les coutumes qui maintenant sont usées, sont bonnes et pourfitables à escrire et à enregistrer, si*

10. Cf. F.L. GANSHOF, *Recherches sur les capitulaires*, in *Revue Historique de Droit français et étranger (R.H.D.)*, 1957, pp. 50 ss. et A. DUMAS, *La parole et l'écriture dans les capitulaires carolingiens*, in *Mélanges d'histoire du Moyen âge dédiés à la mémoire de Louis Halphen*, P.U.F., Paris 1951, pp. 209-216.

qu'èles soient maintenues sans changier, dès ores en avant que, les mémoires qui sont escourloujans et par les vies as gens qui sont courtes, ce qui n'est pas escrit est tost oublié »¹¹.

D'autres argumentations viendront appuyer cette nécessité : Beaumanoir relevait la diversité coutumière qui rend plus difficile l'accès aux règles¹², alors qu'un contemporain, Pierre de Fontaines, brocarde l'attitude des juges qui, à ses yeux, allient fantaisie et impéritie¹³.

11. Cf. *Coustumes de Beauvaisis*, éditées par Am. SALMON, éd. A et J. Picard, Paris 1970, t. I, § 7, p. 5.

On retrouve une semblable justification chez Eike von REPGOW qui avait entrepris, entre 1220 et 1235, de rédiger son *Sachsenspiegel*. Il écrit en effet : *"Diz recht hân ich selbe nicht erdacht, iz habent von aldere an unsich gebrâcht Unsere gûten vorevaren. Mach ich ouch, ich wil bewaren Daz min scatz under der erde mit mir nicht virwerde"* (Mon. Germ. Hist., *Sachsenspiegel*, Hannover 1933, t. I, fasc. I, p. 8, vers 11 à 18). On peut rendre ainsi ce texte : *ce droit, je ne l'ai pas inventé ; ce sont nos bons ancêtres qui nous l'ont retransmis des anciens. Je veux le faire aussi et je veux veiller à ce que mon trésor ne disparaisse pas avec moi sous terre.*

12. *"Et bien y pert à ce que les coustumes sont si diverses que l'on ne pourroit pas trouver au royaume de France deux chastelenies qui de tous cas usassent d'une meisme coustume."* (*Op. cit.* en note 11, §7, p. 5). Il est amusant de noter qu'à cinq siècles d'intervalle, l'argument se retrouve exposé chez VOLTAIRE qui relevait : *"Nous avons en France plus de lois que toute l'Europe ensemble"* (Dialogue entre un plaideur et son avocat, in *Œuvres*, éd. Paris 1877-1885, t. XVIII, p. 494).

13. *"Si que presque toz va par avis commun de IIII ou III, sans exemplaire de costume qu'il tiegnent. Et de ces avis avient-il molt souvent que tex pert qui gaigner devroit (...) Cil qui jugent les quereles ès cors laies ne sont mie legistres dont ne pueent-il mie si soutillement traitier les quereles come la lettre (...)"* (P. DE FONTAINES (qui fut bailli de Vermandois en 1253) *Conseil à un ami ou Traité de l'ancienne jurisprudence française*, publié par M.A.J. MARNIER, A. Durand et Pédone-Lauriel, Paris 1846, p. 3 et p. 151).

On retrouve un jugement identique porté contre les juges par le rédacteur de la Très Ancienne Coutume (T.A.C.) de Bretagne au XIV^{ème} siècle : *"... pour ce que plusieurs juges qui avoient justice à gouverner et ne la gouvernoient pas tout généralement, selon les coustumes qui sont establies en Bretagne, et selon que droit et justice doivent estre faits, pour ce qu'ils ne les sçavoient et devoient les coustumes tout autrement qu'ils ne devoient estre, et faisoient tort à ceux qui avoient droit et le droit à ceux qui avoient tort et devoient estre pugniz, et plusieurs fois avenoit que ce faisoient plusieurs, les uns par non-sçavance et les autres par soutenance..."* (T.A.C. Bretagne, éditée par M. PLANIOL, PLIHON et HERVÉ, Rennes 1896, p. 52).

Ainsi, ce besoin communément ressenti, tant pour les juges que pour les justiciables, devait déboucher sur un mouvement de rédactions privées. Elles furent surtout le fait de clercs ou de juges, eux-mêmes impliqués dans l'application du droit, et ont largement prélué à la rédaction officielle. Le plus ancien ouvrage de cette sorte remonte à la fin du XII^e siècle : il s'agit d'un traité anonyme, poursuivi dans le premier tiers du XIII^e siècle, que la postérité connaîtra sous la dénomination de *Très Ancien Coutumier de Normandie*. Cette première compilation fut suivie d'une autre, de plus grande ampleur, faite dans le cours du XIII^e siècle, que l'on connaît sous le nom de *Grand Coutumier de Normandie*, ou sous son nom latin, *Summa de Legibus Normanniae*¹⁴. Au XIII^e siècle, paraissaient aussi le *Conseil à un ami* de Pierre de Fontaines, qui fut alors, aux dires de Joinville, bailli de Vermandois, le *Livre de Justice et de Plet*, ouvrage qui fut peut-être un produit de l'école d'Orléans, car il mélange droit coutumier et droit savant, tant romain que canonique¹⁵, les *Établissements de Saint Louis* longtemps, et à tort, tenus pour être un code officiel rédigé sur ordre de Louis IX, dont l'auteur, probablement Orléanais, a voulu réunir, tout en les mêlant de considérations peu adroites tirées du droit savant, deux Ordonnances de Saint Louis, une coutume de Touraine-Anjou et une coutume d'Orléanais¹⁶. Ce siècle se concluait sur l'œuvre magistrale de Beaumanoir, composée entre 1283 et 1285.

L'initiative se poursuivit au XIV^e siècle, avec la rédaction de la *Très Ancienne Coutume de Bretagne* que son auteur mêle également à des considérations de droit romain et de droit canonique, mais avec beaucoup plus d'habileté que P. de Fontaines ; on trouve également le

14. Ces deux textes ont été publiés par J. TARDIF, *Le Très Ancien Coutumier de Normandie*, Cagniard éd., Rouen 1881 (pour le texte latin), 1903 (pour le texte français) ; *Summa de Legibus Normanniae in Curia laicali*, Lestrignant à Rouen - A. Picard à Paris 1896. L'éditeur de ce dernier texte pensait que l'auteur devait certainement être un laïc, eu égard à sa bonne connaissance du droit pratiqué en cour laïque, alors qu'ESMEIN penche plutôt pour une attribution à un clerc, plusieurs passages trahissant à ses yeux l'homme d'Eglise (cf. *Cours élémentaire*, *op. cit.* en note 8, note 80 à la p. 697).

15. Pour H. STEIN, son auteur ne serait autre que Philippe de Rémy, bailli de Gâtinais entre 1237 et 1250, qui fut le père de Philippe DE BEAUMANOIR. Cf. *Conjectures sur l'auteur du Livre de Justice et de Plet*, in *Nouvelle Revue d'Histoire du Droit (N.R.H.D.)*, 1917, pp. 346-382.

16. Le texte en a été édité par P. VIOLLET, *Etablissements de Saint Louis*, 4 vol., Renouard éd., Paris 1881-1886.

Livre des droitz et commandemens d'office de justice qui intéresse le droit poitevin¹⁷, le *Grand Coustumier de France* de Jacques d'Ableiges, qui permet d'étudier les origines du droit parisien¹⁸. Avec sa *Somme Rural*, Jan Boteglier, ou Jean Boutillier, qui était lieutenant du bailli de Vermandois à Tournai, ne s'enfermait pas dans le seul droit du Vermandois-Tournais, il tentait une généralisation d'ampleur remarquable si on la compare avec les productions contemporaines¹⁹. Mentionnons encore la *Practica Forensis* ou *Practica senescalliae alverniae* de Jean Masuer, qui embrasse les droits du Bourbonnais et de l'Auvergne²⁰. Le XV^e siècle allait se révéler plus pauvre à l'égard de ces productions : appartient à cette époque le *Vieux Coustumier de Poictou*, composé vers 1417²¹, mais ce ralentissement ne devait avoir aucune conséquence fâcheuse dès lors que l'initiative royale allait bientôt s'attacher à relayer les initiatives particulières.

Il faut cependant relever que le destin de ces rédactions privées fut divers : certaines d'entre elles ne reçurent aucune véritable consécration, notamment auprès des juges auxquels pourtant, elles pouvaient être destinées ; d'autres par contre, furent considérées à l'égal de textes officiels. C'est ainsi que la *Summa de legibus Normanniae* était nommément citée dès 1296 par les juges de l'Échiquier de Rouen qui était la plus haute juridiction du duché de Normandie ; Philippe le Bel s'y référa également expressément dans l'Ordonnance d'août 1302. De la même façon, la *T.A.C.* de Bretagne servit pour fonder les allégations des parties dans le procès entre

17. L'ouvrage a été édité par C.J. BEAUTEMPS - BEAUPRE sous le titre *Livre des droitz et commandemens d'office de justice*, publié d'après le manuscrit inédit de la Bibliothèque de l'Arsenal, en deux volumes, A. Durand et Pédone-Lauriel, Paris 1865.

18. L'oeuvre de D'ABLEIGES, qui était officier royal à Chartres, Saint-Denis et Evreux entre 1380 et 1389, tient à la fois du coutumier, du code et du formulaire de procédure. E. LABOULAYE et R. DARESTE en ont publié l'édition gothique de 1514, A. Durand et Pédone-Lauriel, Paris 1868.

19. Aucune édition critique de ce texte important n'a été proposée depuis celle qu'avait entreprise en 1603, L. CHARONDAS LE CARON.

20. Sur l'oeuvre de MASUER, cf. A. TARDIF, *La Practica forensis de Jean Masuer*, in *NRHD*, 1883, pp. 283 ss.

21. Le texte en a été édité par R. FILHOL, *Le vieux Coustumier de Poictou*, éd. Tardy, Bourges 1956.

Charles de Blois et Jean de Montfort²². Le duc François II lui-même entérinait cette autorité du texte écrit, puisqu'il en cita le texte dans plusieurs de ses constitutions et ordonnances au XV^e siècle²³, restreignant d'autant le détroit de la coutume originelle.

Malgré sa qualité, l'œuvre de Beaumanoir resta par contre, œuvre privée. Il faut dire que le ressort du Beauvaisis devait par la suite, perdre sa cohérence et se diviser : lors de sa rédaction en 1539, la coutume de Beauvaisis fut rattachée au ressort du bailliage de Senlis et, comme Beauvais n'avait jamais été ressort bailliaiger, c'est-à-dire qu'elle n'était pas siège de juridiction, elle perdit son autonomie coutumière. Seule la ville de Clermont conservait un ressort qui lui était spécifique²⁴.

Pour être complet, il ne faudrait pas omettre de mentionner les nombreux statuts urbains qui furent concédés à diverses époques, en lien avec la renaissance urbaine et qui, pour certains d'entre eux, allaient servir de base à des coutumes territoriales. L'exemple le plus typique en est la Coutume de Toulouse, dont le texte fut promulgué en 1286 et sanctionné par l'autorité royale. Les commissaires royaux avaient alors fait procéder à la collation du cahier des coutumes que leur présentèrent les consuls de la ville et terminaient en ordonnant au

22. Jean de Montfort soutenait ses prétentions de fa façon suivante : "*Répond le dit Comte que la Coustume dessus alléguée ne puet estre dite coustume en Bretagne ne avoir force de coustume ; et ce puet apparoir, car les coustumes dont les subgez usent généralement en force de coutumes sont escrites, et ceste-ci n'est pas escrite*" (cf. M. PLANIOL, *La T.A.C...*, op. cit. en note 13, pp. 6-7).

L'argument est tout à fait remarquable en ce qu'il souligne bien le caractère obligatoire qui s'attache au texte écrit, face à ce qui n'est invoqué qu'à titre de simple usage, non enregistré et attesté par l'écrit.

23. Ainsi une constitution ducale du 14 juin 1462 s'appuie sur "*la Coustume de nostre pays*", notamment sur l'article 197 de la T.A.C. concernant ceux "*qui engignent cleins et contredits*", c'est-à-dire ceux qui imaginent des plaintes ou contre-demands pour rallonger les procédures ; cf. Constitutions et Ordonnances, in M. SAUVAGEAU, *La T.A.C. de Bretagne avec les annotations de l'anonyme, les anciennes Constitutions et Ordonnances, Arrests, Réglemens des Rois et Ducs de Bretagne*, J. Vatar éd., Rennes 1737, chap. XII, art. 28, pp. 69-70.

24. Notons qu'à l'occasion de la réformation de la coutume de Normandie en 1583, les vingt-quatre paroisses qui appartenaient au ressort local de Gournay, avaient présenté 24 articles intitulés "spéciautez de Beauvaisis" en raison de leur similitude avec la coutume de Beauvaisis.

notaire royal de faire établir deux exemplaires pour faire foi du texte officiel des coutumes, alors qu'un autre de leurs collaborateurs dressait un procès-verbal des opérations qui avaient présidé à cette rédaction²⁵. La procédure qui avait été ici suivie, préfigurait avec un siècle et demi d'avance, celle qui serait portée par l'Ordonnance de Montil-lès-Tours²⁶.

Si nous nous tournons maintenant vers les Pays-Bas méridionaux, eux-mêmes ne furent pas totalement étrangers à cette vague de rédactions privées. Nous avons déjà relevé le travail de Boutillier, mais il exista aussi un autre travail, qui ne semble jamais avoir fait l'objet d'une publication, celui qui s'intitule *Dit is't recht van Uccle* (Ceci est le droit d'Uccle)²⁷ et qui rassemble une centaine de règles coutumières, presque sous forme d'adages de praticiens ; sa rédaction est sans doute due à l'un de ces *taellieden* (avocats), ou peut-être aussi à un échevin d'Uccle. Le texte est en tout cas antérieur aux années 1300, puisque nous assistons, dans cette même région, à la rédaction de coutumes locales comme celle de Grimbergen (1275), de Gaasbeek (1274) et de Puurs (1292).

Ce fut aussi le *Facet* de Saint-Amand-en-Pévèle²⁸, petite ville située sur la Scarpe au Sud de Tournai, écrit vers 1265 par un praticien local qui ne semblait pas connaître encore le droit romain. Avec cet ouvrage, c'est à une véritable somme de plus de 500 articles que nous avons affaire, abordant tant le droit civil que le droit pénal, le droit public et la procédure.

Ce fut aussi le droit liégeois qui fit l'objet d'un ouvrage, avec le *Paweilhar Giffou* ; après le Mal-Saint-Martin, peu après 1312, des

25. Cf. H. GILLES, *Les coutumes de Toulouse et leur premier commentaire*, Imprimerie M. Espic, Toulouse 1969, pp. 19-20.

26. Il est intéressant de relever que, désireux de maintenir la validité de l'article 11 de la coutume qui portait que l'instance ne se prescrit pas dans le délai de trois ans après le litige, étant en cela contraire à la règle du droit romain, le commentateur a ces mots : "*Et voluntas domini regis in suo regno facit ius*", cf. H. GILLES, *op. cit.* en note 25, p. 169. On peut observer qu'au même moment apparaissait dans l'oeuvre de BEAUMANOIR une véritable théorie du pouvoir législatif royal (cf. *Coutumes de Beauvaisis, op. cit.* en note 11, t. II, § 1513, p. 263).

27. Ce petit coutumier fut repris dans un plus vaste recueil, oeuvre de l'échevin ucclais, Guillaume vanden Mortre (c. 1268 - c. 1340).

28. L'ouvrage a été édité par E. M. MEIJERS et J. J. SALVERDA DE GRAVE, *Des lois et coutumes de Saint-Amand*, Haarlem 1934.

praticiens avaient entrepris de collecter les décisions des échevins de Liège rendues au cours du XIII^e siècle, mais lors des copies successives, ces décisions tendirent à ne plus laisser place qu'aux seules règles de droit²⁹.

Terminons cet aperçu, sans prétendre qu'il puisse être complet³⁰, avec *Le Livre Roisin*, recueil qui reprend la coutume de Lille, établie par Roisin, qui en était clerc secrétaire entre 1292 et 1304³¹. Les parties les plus anciennes peuvent remonter à 1267, mais elles furent, non seulement complétées par Roisin lui-même, mais aussi par d'autres clercs durant le XIV^e siècle. On trouve dans ce recueil un grand nombre de données sur le droit civil, la procédure, mais aussi sur l'administration urbaine, ce qui est du plus haut intérêt pour qui s'intéresse au droit urbain flamand.

La rédaction officielle

L'ordonnance de Montil-lès-Tours, qui commanda, entre autres, la rédaction officielle des coutumes du royaume de France, s'insère dans la longue série des ordonnances de réformation générale du royaume, destinées à promouvoir les réformes nécessaires, demandées après la tenue d'États Généraux, ou pour faire suite à de graves périodes de crises institutionnelles. De fait, la paix avec l'Angleterre est à peine acquise qu'une telle remise en ordre intervient. Parmi les mesures qui doivent y concourir, l'Ordonnance de 1454 (n. st.) consacre un long article 125 à la mise en œuvre d'une procédure officielle de rédaction des coutumes. Pourtant, l'idée d'y procéder ne semblait pas totalement nouvelle. Philippe le Bel, nous rapporte Julien Brodeau, l'un des commentateurs de la Coutume de Paris, aurait prescrit cette même rédaction en des termes non équivoques³²

29. Cf. A. BAGUETTE, *Le Paweilhar Giffou, Edition critique*, Liège 1946.

30. Nous nous contentons de renvoyer ceux qui désirent en savoir plus à l'ouvrage de J. GILISSEN, *Introduction historique au droit. Esquisse d'une histoire universelle du droit. Les sources du droit depuis le XIII^{ème} siècle. Eléments d'histoire du droit privé*, Bruylant, Bruxelles 1979, note 2 p. 258.

31. Cf. R. MONIER, *Le Livre Roisin, Coutumier lillois de la fin du XIII^{ème} siècle*, éd. Domat-Montchrestien, Paris 1932.

32. "*Volumus bonas personas et sufficientes per Seneschalias et Baillivias Regni nostri evocari, ad sciendum de Consuetudinibus antiquis Regni; et quomodo tempore Beate Ludovici utebantur eisdem, volentes quod, si a dicto tempore citra aliquas bonas et approbatas Consuetudines abollitas, aut*

par une Ordonnance « *Pro reformatione regni* », datée de 1302 et donnée à Paris. Il reste que cette mesure, pourtant donnée en termes péremptoires, n'eut pas d'application, sans doute parce que, bien que singulièrement plus forte qu'au début des temps féodaux, la royauté ne pouvait encore disposer des moyens qui lui auraient permis d'assurer l'exécution du projet ; par ailleurs, il eût été certainement fortement contrarié par les péripéties proches que recelaient la crise dynastique et les prémisses du conflit avec l'Angleterre.

L'Ordonnance de Montil-lès-Tours justifiait ainsi la mesure :

« Et que les parties en jugement, tant en Nostre Court de Parlement que par devant les autres juges de nostre Royaume, tant Nostres qu'autres, proposent et allèguent plusieurs usages, stiles et coustumes, qui sont divers selon la diversité des pays de Nostre Royaume, et les leur convient prouver, par quoy les procèz sont souventes foys moult allongez et les parties constituées en grands frais et despens ; et que si les coustumes, usages et stiles des pays de nostredict Royaume estoient rédigez par escrit, les procez en seroient plus briefs et les parties soulevées de despenses et mises, et les juges en jugeroient mieux et plus certainement ; (car souventes foys advient que les parties prennent coustumes contraires en un même pays ; et aucunes foys les coustumes muent et varient à leur appétit, dont grandz dommages et inconveniens adviennent à nos subjectz.).

Nous voulans abrèger les procez et litiges d'entre nos subjetz et les relever des mises et despens, et mettre certaineté ès jugemens tant faire que se pourra, et oster toutes matières de variations et contrariétéz, ordonnons et

aliquas iniquas introductas invenerint, eas revocabunt et facient revocari, et ad antiquum praedictum statum reduci, et ad futuram memoriam registrari". Cf. J. BRODEAU, *Commentaires de la Coutume de Paris*, Paris 1689, t. I, préface, non paginée.

"Voulons que de bonnes et suffisantes personnes, par les bailliages et sénéchausées de notre royaume, soient mandées pour connaître des anciennes coutumes du Royaume, et comment on en usait au temps du Bienheureux Louis ; voulant que, s'ils trouvaient, en deçà de ce dit temps, quelques bonnes et approuvées coutumes qui soient abolies, ou bien d'autres, injustes, qui soient introduites, ils les révoquent et fassent révoquer, et que (les bonnes coutumes) soient ramenées en l'état qu'elles avaient anciennement et qu'elles soient enregistrées pour en faire mémoire pour le futur".

décernons, déclairons et statuons que les coutumes, usages et stiles de tous les pays de nostre Royaume soyent rédigez et mis par escrit, accordez par les coutumiers, praticiens et gens de chascun desdits pays de nostre Royaume, lesquelz coutumes, usages et stiles ainsi accordez seront mis et escritz en livres, lesquels seront apportez par devers Nous, pour les faire veoir et visiter par les gens de nostre Grand Conseil ou de nostre Parlement, et par Nous les décréter et confermer; et iceux usages, coutumes et stiles ainsi décréter et confermez, seront observez et gardez ès pays dont ils seront, et ainsi en nostre Court de Parlement ès causes et procez d'iceux pays; et jugeront les juges de nostre dict Royaume, tant en nostre Court de Parlement, que nos Baillifs, Sénéchaux et autres juges, selon iceux usages, coutumes et stiles, ès pays dont ilz seront, sans en faire aucune preuve que ce qui sera escrit audit livre; et lesquelles coutumes, stiles et usages ainsi escritz, accordez et confermez comme dict est, voulons estre gardez et observez en jugement et dehors.

Toutefois, Nous n'entendons aucunement déroguer au stile de nostre Court de Parlement et prohibons et defendons à tous les advocatz de nostre Royaume, qu'ilz n'alleguent ne proposent autres coutumes, usages et stiles, que ceux qui seront escritz, accordez et décréter comme dict est; et enjoignons ausdictz juges qu'ils punissent et corrigent ceux qui feront le contraire, et qu'ils n'oyent, ne reçoivent aucunes personnes à alleguer, proposer, ne dire le contraire »³³.

Malgré sa longueur, le texte méritait d'être cité en entier, parce qu'il fait clairement apparaître les buts poursuivis par le Roi, buts que nous pouvons ramener à ce qui suit. Charles VII prend d'abord prétexte de la diversité des coutumes et des ressorts qui suscite d'importantes difficultés pour prouver la règle coutumière qui servirait de base à une action en justice. Or, cette preuve est très coûteuse et conduit à retarder les procédures. On peut relever à cet égard que la règle coutumière n'était alors attestée avec certitude qu'en deux occasions : lorsqu'à l'occasion d'un jugement³⁴, le juge la

33. ISAMBERT, DECRUSY et alii, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Belin-Leprieur, Paris 1814-1832, t. X, pp. 252-253.

34. Il semble cependant bien qu'aux XIV^{ème} et XV^{ème} siècles, les juridictions n'aient pas eu de vision aussi nette et tranchée que l'avaient développée les

déclarait notoire, ou bien lorsqu'à l'issue de la longue, lourde et coûteuse procédure de l'enquête par turbe, la règle était attestée³⁵. Mettre les coutumes par écrit aurait en conséquence, un triple avantage : réduire en longueur et en coût les procédures, faciliter la recherche de la règle par le juge qui, disposant d'un recueil écrit incontestable, saurait où puiser avec certitude la règle, enfin, et il y a là un élément sur lequel on insiste généralement trop peu et pourtant d'importance, l'écriture mettrait fin aux variations et aux évolutions susceptibles d'affecter la norme coutumière. L'écriture est ainsi clairement envisagée comme un facteur de cristallisation et d'immobilisation de la norme.

Par ailleurs, l'Ordonnance inclut, à côté des coutumes, les « styles » qui ne sont autres que les coutumes procédurales des différentes juridictions du Royaume. À l'instar des coutumes territoriales, les juridictions locales, même royales, possédaient en effet leurs propres usages, dont certains avaient également fait l'objet

romanistes et les canonistes qui distinguaient entre coutume notoire et coutume privée. Les auteurs coutumiers ne reprenaient cette distinction à leur compte que dans le cours du XIV^{ème} siècle. Si tous, dès lors, s'accordaient pour reconnaître qu'une coutume notoire n'a pas besoin de démonstration, la question restait délicate quand il fallait déterminer les caractères qui identifiaient une coutume notoire. Aussi, la notoriété d'une coutume n'a-t-elle tenu bien souvent qu'au seul point de vue du juge, qui avait le pouvoir de la déclarer telle ou non, dispensant le plaideur de la charge de la preuve, ou au contraire, l'y assujettissant. Cf. H. PISSARD, *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes*, thèse D.E., Arthur Rousseau éd., Paris 1910, pp. 71 ss. ; également, R. FILHOL, *La preuve de la coutume dans l'ancien droit français*, in *Recueils de la Société J. Bodin*, La Preuve, t. XVIII, Bruxelles 1963, pp. 350-373.

35. Cf. H. PISSARD, *Essai sur la connaissance ...*, *op. cit.* en note 34, pp. 122-159. On peut relever à cet égard qu'à la même période, la procédure anglaise avait en partie levé cette difficulté en commandant la réunion des jurys d'enquête, formés des gens du voisinage, et donc mieux au fait des circonstances des espèces. Reste que ces derniers n'avaient cependant pas pour rôle de déclarer la règle applicable, qui était du seul ressort du juge, mais d'attester des circonstances du fait. Cependant, l'essor de la juridiction centrale du Roi, sise à Westminster, de même que la technicité croissante du droit rendaient progressivement l'usage des jurys locaux de plus en plus difficile. La procédure de Common Law prolongeait ainsi à certains égards les pratiques de l'époque carolingienne concernant le recours aux *Boni homines*.

Cf. J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 3d ed., Butterworths, London 1990, pp. 84 ss.

de rédactions privées : c'est ainsi que le Parlement de Paris avait eu son rédacteur privé en la personne de Guillaume du Breuil, avocat peu scrupuleux semble-t-il, mais qui n'en connaissait pas moins fort bien les règles procédurales de la Cour auprès de laquelle il exerçait son office. Il codifiait ainsi vers 1330 l'ensemble de ces règles, en les appuyant de nombreuses décisions, produisant un travail de grande qualité aussi bien quant à son fond que quant à la logique de l'exposé³⁶.

Dernière remarque sur ce long texte : bien que peu précise, la procédure de rédaction envisageait d'aborder les coutumes selon leur ressort véritable. Le Roi fait en effet, une expresse référence aux « pays » ; l'expression est certes vague, mais en tout cas, elle s'entend du ressort territorial de la coutume, provincial ou local, sans s'arrêter à d'autres considérations. Or, la pratique allait conduire à ne retenir pour cadre de cette entreprise, que les ressorts judiciaires, bailliages ou sénéchaussées, qui tous, loin s'en faut, ne collaient pas avec les détroits des coutumes.

L'Ordonnance ne suscita pas véritablement d'empressement pour mettre en œuvre cette entreprise et à la fin du XV^e siècle, bien peu nombreux étaient les bailliages qui avaient procédé aux rédactions prescrites. Il faut d'ailleurs reconnaître que les procédures, peu précises au départ, souvent bien lourdes et conduisant à des goulots d'étranglement, ne favorisaient guère une rapidité d'exécution, notamment avec la référence faite à un renvoi devant la cour de Parlement de Paris de l'ensemble des textes qui auraient été mis en forme par les praticiens des détroits concernés. Aussi, la procédure se chercha-t-elle quelque temps avant de déboucher sur une efficacité

36. Cf. F. AUBERT, *Stilus Curiae Parlamenti de G. du Breuil*, Librairie Alphonse Picard et Fils éd., Paris 1909, introd. pp. VI ss. La qualité de ce travail justifia qu'il connût un succès durable. Charles DUMOULIN en publiait encore le texte en 1551 ; pourtant, l'actualité du *Stilus* avait beaucoup perdu en importance du fait des grandes ordonnances intervenues sur les matières procédurales

On ne sera pas surpris de retrouver des raisons déjà avancées par d'autres auteurs, pour justifier l'entreprise : "*Quoniam hominum memoria labilis est, et de stilo curie Francie pauca reperiuntur, et dictum stilus quandoque diversificatum fuit...*" (Caroli MOLINÆI opera omnia, t. I, *Commentarii in Consuetudines Parisienses*, Chez Sébastien Cramoisy, Paris 1625, Proemium, p. 1). "*Parce que la mémoire des hommes est labile, que l'on retrouve peu de choses du style de la cour de France et que le dit style s'est trouvé être parfois distinct*".

plus grande, mais il fallut attendre pour cela 1498³⁷. Dorénavant, celle-ci s'organisait autour de quatre étapes :

– rédaction de l'avant-projet, sous la responsabilité du principal juge royal du pays ou du bailliage, après délibération avec les autres juges royaux du ressort, les avocats, procureurs et notables ;

– nomination par lettres patentes émanées du Roi, des commissaires royaux, chargés de se rendre sur les lieux pour procéder à la publication du texte définitif ;

– publication faite à l'occasion d'un débat contradictoire au sein d'une assemblée des Trois États du ressort, les articles accordés étant immédiatement publiés et reçus pour coutume, les articles discordés étant réservés pour solution devant le Parlement du ressort³⁸ ;

– enregistrement du texte par le Parlement dont dépend le ressort coutumier, qui, à cette occasion, pouvait régler le cas des articles laissés en suspens lors de la publication faite par les commissaires³⁹.

Il est donc tout à fait incontestable que ces modifications apportées au texte initial si peu précis, il faut bien le dire,

37. Il n'est pas utile d'insister ici sur des étapes bien connues et bien répertoriées. On se contente de renvoyer aux manuels auxquels on pourra joindre la contribution de R. FILHOL, in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, U.L.B., Bruxelles 1962, pp. 64 ss. et D. GAURIER, *La mise par écrit des normes juridiques et ses conséquences sur la formation de la pensée juridique*, thèse D.E. Nantes 1989 (multigraphiée), t. I, pp. 147-166.

Ce sont précisément les lettres patentes du 15 mars 1498 (n. st.), données sur le procès-verbal de la Coutume de Touraine, qui établirent la procédure définitive. Cf. BOURDOT DE RICHEBOURG, *Coutumier Général*, Michel Brunet éd., Paris 1724, t. IV, p. 639.

38. Cette solution procède d'une amélioration ultérieure qui se produisit sous Louis XII.

39. Il faut remarquer que la masse de ceux-ci a pu parfois inciter les Parlements à reporter à plus tard, quand ce n'était *sine die*, les articles restés contestés par l'un ou l'autre des États. A titre d'exemple, douze seigneuries dépendant du ressort général provincial de Bretagne, prétendaient posséder des usages particuliers qu'elles cherchaient à faire valoir contre la coutume générale : jamais les juges n'en débattirent, ce qui contraignit ces seigneurs, chaque fois qu'ils voulaient se prévaloir de ces usages exorbitants, d'en prouver le bien-fondé, car ils ne furent jamais reçus comme coutumes, même locales (cf. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. IV, p. 407).

améliorèrent le déroulement des opérations : sous Louis XII et sous François I^{er}, une accélération se produisit qui mena à la consignation écrite de presque tous les textes. Ce ne fut pas Charles VII, pourtant l'initiateur du mouvement, qui eut le bonheur de voir déboucher ce grand œuvre. Le paradoxe est de constater que ce n'est pas même un territoire français⁴⁰ qui fut pionnier, puisque ce fut dans le Duché de Bourgogne, à l'époque du duc Philippe le Bon, que fut réalisée la première rédaction officielle : le Duc s'était inspiré de la procédure qu'avait envisagée le Roi de France, et testa ce qu'elle pouvait donner en pratique. La Bourgogne obtint ses coutumes écrites dès 1459⁴¹. C'est encore un autre grand feudataire, le duc René d'Anjou qui devait suivre : la coutume du Duché était promulguée en 1463⁴². C'est

40. Le duché de Bourgogne avait été donné par Jean II le Bon à son fils cadet Philippe le Hardi (1364-1404), frère de Charles V, permettant ainsi de recréer sous la houlette de ses princes une forme d'Etat dans l'Etat. Le petit-fils de ce prince, Philippe le Bon (1419-1467) réussit à incorporer à son domaine initial (Flandre et Artois) les éléments des Pays-Bas : comté de Boulogne en 1419, Picardie à la suite d'un marchandage avec le roi de France Charles VII en 1435, comté de Namur, duché de Brabant, comté de Hainaut, duché de Luxembourg, comtés de Hollande, de Zélande et de Frise. C'est en tirant parti des difficultés françaises et en s'appuyant sur les Anglais que le Duc put ainsi, entre 1419 et 1435, se créer un Etat assez considérable. D'ailleurs en 1435, il obtenait, à la suite de tractations de paix et d'arrangements marchandés avec Charles VII pour faire annuler le Traité de Troyes qui, en 1420, avait poussé le roi Charles VI à déshériter son fils le futur Charles VII au profit du roi d'Angleterre Henri V (on retrouve ce thème traité par Shakespeare dans sa pièce *Henry V*), un nouveau traité négocié à Arras qui annulait le Traité de Troyes, mais reconnaissait à la maison ducale de Bourgogne une quasi-autonomie, presque à l'égal d'une royauté autonome. Ce danger de la puissance bourguignonne qui pesa longtemps sur le destin du royaume de France par ses constantes compromissions avec la puissance anglaise durant la Guerre de Cent Ans ne cessa qu'avec la mort de Charles le Téméraire en 1477, permettant au roi de France Louis XI de récupérer définitivement la Bourgogne elle-même autrefois détenue par la maison ducale. Les terres des Pays-Bas passaient alors sous le contrôle de la maison de Habsbourg pour constituer au siècle suivant ce que l'on appela les Pays-Bas espagnols.

41. La même année, la Franche-Comté de Bourgogne obtint également ses coutumes rédigées. Pour le texte de ces coutumes, cf. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. II, pp. 1169 ss.

42. René d'Anjou avait ordonné la rédaction des coutumes de son Duché dès 1457, mais face à la résistance des juges et des praticiens, il avait dû renouveler son ordre l'année suivante. Cf. C.J. BEAUTEMPS-BEAUPRE,

toujours dans une région limitrophe que le troisième texte fut décrété : en 1484 (n. st.), Maximilien d'Autriche promulgua la Coutume du Comté de Hainaut⁴³.

Il ne faut pas cependant croire qu'à l'intérieur du royaume, rien n'ait été entrepris en ce sens : dès Charles VII, le bailliage de Touraine mettait en œuvre la procédure de rédaction de ses coutumes et en 1461 (n. st.), une rédaction avait été réalisée à Langeais, alors que Louis XI en confirmait le texte l'année suivante ; mais le Parlement n'intervint jamais pour en homologuer le texte qui ne fut alors retravaillé que sous Louis XII pour être finalement publié en 1507⁴⁴.

Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine antérieures au XVI^{ème} siècle, textes et documents avec notes et dissertations, 8 volumes, A. Durand et Pédone-Lauriel, Paris 1877-1897, t. III (1879), pp. 156 ss.

43. Pour son texte, cf. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. II, pp. 1 ss. ; également, Ch. FAIDER, *Coutumes du Pays et Comté de Hainaut*, t. I, Bruxelles 1871, pp. 176-242.

44. Assez curieusement, les manuels répètent à l'envi que la première coutume à avoir été rédigée en France, fut celle de Ponthieu. Or, outre que celle-ci ne le fut que sur des lettres patentes délivrées en 1495 par Charles VIII, ses publication et homologation n'intervinrent qu'en 1507. La Coutume de Touraine l'emporte donc haut la main dans l'antériorité. On connaît d'ailleurs bien le texte de cette dernière pour avoir été publié par le dernier commentateur du texte J. DUFREMENTEL, *Conférence de la rédaction de la coutume de Touraine en 1460 (a. st.) et de ses deux réformations en 1507 et 1559*, F. Letourmy le jeune, Libraire, Tours 1786.

En ce qui intéresse les dates de rédaction de coutumes de France et des Pays-Bas méridionaux, on pourra se reporter au tableau général, en annexe au travail de D. GAURIER, *La mise par écrit ...*, *op. cit.* en note 37, t. III, pp. 204-276. On peut noter que la première vague des rédactions officielles touchait à sa fin en France, qu'elle s'amorçait seulement dans les Pays-Bas méridionaux : Charles Quint, par deux Ordonnances du 22 août 1531, prescrivait pour la Flandre et les Pays-Bas méridionaux (correspondant à peu près au territoire de la Belgique actuelle) la rédaction des coutumes. Mais eu égard à la résistance qu'y opposèrent les autorités locales, plusieurs renouvellements furent nécessaires, en 1532, 1540, 1546 et 1569, enfin en 1611 sous les Archiducs Albert et Isabelle. Ces renouvellements ne modifièrent pas les procédures qui devaient être suivies et qui restèrent ce qu'elles avaient été fixées dès l'origine ; elles différaient assez largement de ce qu'elles avaient été en France du fait d'une organisation administrative différente et elles ne varièrent pas tout au long des rédactions entreprises, dont la dernière le fut en 1732. Cf. J. GILISSEN, *La rédaction des coutumes en Belgique*, in *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*,

Sur un plan purement technique, durant la seconde moitié du XVI^e siècle, alors que la première vague des rédactions qui s'achevait permettait de faire ressortir le caractère désuet ou inapproprié de bon nombre de règles que l'on avait cru bon de consigner, une entreprise de révision de certains textes fut à son tour mise en œuvre, modernisant et adaptant parfois les textes, tout en en améliorant l'ordre et l'expression, mais sans qu'intervînt un changement au niveau de la procédure suivie ; ce fut en effet la même procédure, déjà bien rodée, qui fut reprise pour procéder à ce que l'on connaît comme étant le mouvement de Réformation des coutumes⁴⁵. Rien n'interdit de penser que ce processus eût pu se poursuivre dans les époques suivantes, en empruntant les mêmes voies. Pourtant, à de rares occasions près, cela ne se fit point. Le vieillissement des textes ne tarda alors pas de nouveau à se faire sentir. Mais plutôt que de recourir à des révisions systématiques par le biais de lourdes et coûteuses procédures, l'évolution nécessaire et l'adaptation des normes coutumières aux circonstances nouvelles se fit dorénavant par une voie ressentie par tous comme normale, savoir la jurisprudence des arrêts des cours souveraines qui rendit pratiquement inutile la révision systématique des textes.

La procédure fut commandée plus tardivement dans les Pays-Bas méridionaux. L'initiative en revient à Charles Quint, même si certaines rédactions avaient déjà été entreprises officiellement, dès le XV^e siècle, mais de façon isolée, comme à Cassel en 1431, ou dans le Franc de Bruges en 1461. Dans une ordonnance du 7 octobre 1531, l'empereur ordonne de faire rédiger toutes les coutumes dans un délai de six mois en ces termes :

« art. 3 : Et pour remédier aux abuz procedans de la diversité des coutumes de nosdits pays et autres inconveniens qui journallement en adviennent, en ce que souventes foiz plusieurs coutumes pures contraires en ung pays se soustiennent et veriffient par divers praticiens et audit moyen, plusieurs de nos subgetz perdent leur bon droit, à leur grand interrest et de la chose publique, le tout a faulte de ce que lesdites coutumes ne soient arrestees, approuvees et reduites par escript, nous avons ordonne et

op. cit. en note 37, pp. 87-111 et du même, *Les phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII Provinces des Pays-Bas*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. 18, 1950, pp. 36-67 et 239-290.

45. Cf. à cet égard R. FILHOL, *Le Premier Président Christophe de Thou et la réformation des coutumes*, Librairie du recueil Sirey, Paris 1937.

ordonnons que les coutumes de tous nos pays de pardeca endedans six mois prouchainement venans seront reduites et redigees par escript : assavoir par les officiers et gens des loix de toutes les villes de nosdits pays, grandes et petites, et chascune d'icelles, pour lesdites villes, leurs echevinaiges et banlieues, par les bailliz, prevotz et autres officiers et gens des loix desdits bailliaiges, prevostez ou chastellenies, et par tous autres quartiers, par ceulx qui en ont le gouvernement et administracion, et par chascun deulx respectivement en son endroit, et que icelles coutumes reduites et redigees par escript et accordees en chascun quartier nous seront apportees et presentees, et en nostre absence, à nostre treschiere et tresamé seur la Royne, pour nous regente, pour les faire visiter et deument examiner et sur icelles avoir ladvis des gens de noz consaulx provinciaux et autres que besoing sera, et a bonne et meure deliberacion de conseil resouldre et ordonner desdites coutumes et de lobservance dicelles, selon que en equite et raison et pour le plus grand bien, utilite et commodite de noz vassaulx et subjectz sera trouve appartenir »⁴⁶.

Ce texte arguait donc de la diversité des coutumes, beaucoup plus importante d'ailleurs qu'en France, puisque les ressorts territoriaux en étaient considérablement plus étroits et, par conséquent, multipliés ; mais était aussi avancée la difficulté de faire la preuve des règles invoquées en justice, comme en France. Reste que la résistance des autorités locales entravait fortement le travail et l'empereur dut renouveler son ordonnance à plusieurs reprises, en 1532, en 1540, puis en 1546 ; son successeur lui-même, Philippe II, envoyant dans ces provinces le duc d'Albe, lui ordonnait de faire procéder d'urgence, en 1569, à la rédaction de toutes les coutumes, ce qui est constater que le travail tardait sérieusement à avancer, mais sans plus de succès. Ce furent enfin Albert et Isabelle qui, dans leur Édité perpétuel de 1611⁴⁷, renouvelèrent ces mêmes instructions, en ces termes :

« Comme par la malice des temps, plusieurs choses bien ordonnées tant par les Placards des Princes nos

46. Cf. J. LAMEERE, *Recueil des ordonnances des Pays-Bas*, 2^{ème} série, t. III, Bruxelles 1902, p. 266.

47. Sur cet Édité perpétuel de 1611, on se reportera avec profit à l'ouvrage de G. MARTYN, *Het Eeuwige Edict van 12 juli 1611. Zijn genese en zijn rol in de verschriftelijking van het privaatrecht*, Bruxelles 2000.

Prédécesseurs, que par le droit civil en divers endroits receu en usage, ne sont si exactement observées comme il convient, et que d'autre part par la diversité d'humeur et opinions des hommes en matières disputables, y ont amené de l'ambiguïté : Nous désirans y remédier, ensuite de la bonne intention de feu d'heureuse mémoire le roi Philippe deuxiesme de ce nom, nostre très-honoré Seigneur et Père que Dieu absolve, et ayans à ces fins fait joindre aucuns de ses principaux Ministres sous le gouvernement général de feu de bonne mémoire nostre très-cher et très-ami bon Frère l'Archiduc Ernest, par lesquels, qui lors furent sur ce consultez, ont esté conceus plusieurs points et articles aux fins que dessus, après avoir le tout fait revisiter en nostre Conseil privé. Et sur ce autrefois eu les avis desdits Consaux et raport de tout : Avons statué et ordonné, statuons et ordonnons par ces présentes, par forme d'Edit perpétuel, et pour le bien public de nos Estats et sujets, les points qui s'ensuivent.

Art. 1 : Premièrement, enchargeons et commandons à toutes les Villes, Chastellenies de nosdits Pays et Estats qui, depuis l'an 1540, ont négligé d'obtenir Décret et Emologation de leurs Coustumes et usances, selon qu'avoit lors esté ordonné, par feu Sa Majesté Impériale, ayent à envoyer leurs Coustumes, au Conseil de leur Province, le Cayer de leursdites Coustumes, dont elles ont usé jusques ores ; à peine que Commissaires pour, par après, estre envoyez par lesdits Consaux, avec leur avis, respectivement, à Nous, ou à ceux de nostredit Conseil privé, afin d'estre décrétées en la forme que trouveront convenir au bien de nostre Peuple, et, par ce moyen, rendre chacun certain de la Loy de son Quartier, et obvier aux grands despens qu'on souffre à l'occasion des preuves desdites Coustumes et usances, accompagnées, souventes fois, d'incertitudes et de contrariétez.

Art. 2 : Ordonnons en outre ausdits Consaux, respectivement, lesquelles Coustumes ils tiennes pour communes et notoires, afin de les faire aussi publier et tenir pour telles, sans que soit besoin d'en faire autre preuve ny allégation ; Et, en ce cas quez autres Coustumes décrétées cy-dévant, ils ont remarqué autre chose qui mériteroit éclaircissement, ou changement, Nous en advertir, avec leur avis sur ce servant.

Art. 3 : Enchargeons, bien sérieusement, à tous nosdits Consaux et autres Sièges, où Nous avons des Officiers Fiscaux, de s'acquitter deuement et diligemment de leurs charges et soi régler selon les termes de leurs instructions, respectivement ; Et, s'ils y rencontrent chose méritant changement, Nous en advertiront.

Art. 4 : Le mesme enchargeons à tous Juges subalternes, qui ont leur Style et Ordre judiciaire par escript, émologué par Nous ou Nos Prédécesseurs.

Art. 5 : Et quant à ceux, signamment au Plat Pays, qui n'en ont aucun émologué, lesdits Consaux et Sièges supérieurs leur ordonneront de leur envoyer par escript, celui dont ils usent, pour y estre décrété, ou leur donné autre : Cependant, ils se régleront selon le style dont usent les bailliages, Gouvernances, Chastellenies, Ammanies, ou autres Sièges supérieurs de leur Ressort.

(...)

Art. 46 : Et pour ce qu'entendons que le style, au fait des procédures criminelles, est fort différent et diversement pratiqué es Sièges subalternes, Nous ordonnons que tous Juges inférieurs n'ayans style arrêté, seront tenus d'ensuire le style décrété du Conseil Provincial sous lequel ils ressortent »⁴⁸.

Une nouvelle fois, on nous pardonnera la longueur du passage repris ici, mais nous ne pouvions le passer sous silence, d'autant qu'il fournit de précieuses informations. C'est, tout d'abord, l'observation que les textes précédents étaient restés, pour certaines régions, sans grand effet et que les archiducs entendaient, dès lors, que les choses changeassent de tournure et que le mouvement de rédaction soit, une bonne fois pour toutes, activé ou achevé ; par ailleurs, la procédure qui allait être suivie dans les Pays-Bas méridionaux était différente de celle qui fut retenue en France. Ici également, nous trouverons quatre étapes, mais qui furent dès le départ fixées comme telles, sans aucun tâtonnement :

- ce furent les officiers de justice et magistrats locaux qui étaient chargés de la rédaction du projet, baillis, prévôts, ammans, échevins, etc. ;

- le projet était alors examiné par le Conseil de justice provincial, Brabant, Flandre, Gueldre, Luxembourg, Hainaut, etc. ;

48. Cf. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. I, p. 459.

– le projet ainsi amendé parvenait pour examen devant le Conseil Privé, avec, éventuellement, renvoi au Conseil provincial, voire aux autorités locales pour nouvel examen ;

– étape finale, avec l’homologation du texte par le souverain qui ordonnait que la coutume rédigée fût observée pour « loi et coutume générale » dans le ressort qu’il précisait, interdisant le recours à d’autres règles coutumières, et se réservant le droit d’interpréter, d’abroger ou de compléter, si besoin était, le texte.

À la différence de ce qui se passait en France, où est reconnue une participation des organes représentatifs, ce sont ici principalement, pour ne pas dire exclusivement, des organes judiciaires et politiques qui interviennent.

Au-delà des attentes, la vérité d'un bilan

Il est peut-être maintenant utile de dresser un bilan général des entreprises royale et impériale pour les Pays-Bas méridionaux, mais nous nous limiterons ici à quelques éléments externes particulièrement remarquables.

La première observation qui peut être facilement faite concerne le nombre des coutumes que le travail de rédaction affecta. On a pu voir que le travail avait, en France d’abord, commencé plutôt lentement : sous Charles VIII, seuls sept textes avaient été publiés alors que vingt-cinq devaient l’être sous Louis XII, dont Orléans et Paris, et d’autres encore sous François I^{er}. Par la suite, la seconde moitié du siècle fut essentiellement consacrée à ce travail de réformation. Il reste que quelques textes allaient connaître une publication initiale assez tardive : tel fut le cas pour la Normandie, sa coutume étant rédigée entre 1577 et 1583 ; d’autres textes paraissaient encore plus tardivement, mais de façon exceptionnelle, puisque certaines régions n’obtenaient leurs coutumes rédigées qu’au XVIII^e siècle, notamment en Lorraine, ou encore en Artois⁴⁹. À la veille de la Révolution française, on travaillait encore à la rédaction de coutumes locales de Lorraine, la Révolution rendant désormais caduc ce travail

49. Le Comté d’Artois faisait retour à la France à la suite de divers traités, dont celui d’Utrecht en 1713. A cette occasion, le pouvoir royal fut en mesure de constater que bon nombre des coutumes locales avaient été rédigées sans qu’aucun procès-verbal ne vienne attester de leur publication effective. Aussi Louis XV commanda-t-il une nouvelle rédaction de ces coutumes locales d’Artois qui furent enregistrées en 1740.

par suite de l'abolition des privilèges, et partant des coutumes en tant que *Leges privatae*⁵⁰.

Le bilan général, si l'on y inclut également les diverses réformations ultérieurement intervenues, devait conduire sur un plan quantitatif, à un total de 65 coutumes générales rédigées en France, auxquelles il faut ajouter quelque 300 coutumes locales, ces dernières consistant principalement en dérogations particulières, propres à certaines localités ou seigneuries, vis-à-vis de la coutume générale auxquelles ces mêmes localités restaient soumises pour le surplus. Il est donc incontestable que, malgré ce qui peut sembler être encore une grande diversité, cette entreprise avait eu aussi pour résultat de procéder à certaines éliminations⁵¹ qui ont principalement visé les divergences locales. Les commissaires s'y prirent assez adroitement en la matière : les procédures concernant la discussion des coutumes locales avaient été très généralement renvoyées en fin de travaux et on ne mit pas le même soin à les collecter que celui qui avait présidé à l'établissement du texte général ; les commissaires, à leur tour, ne mettant aucune bonne volonté pour procéder à leur examen, beaucoup d'entre elles passèrent à la trappe, purement et simplement, sans autre forme de procès. Bien que réduite par rapport à ce qu'elle avait pu être à l'époque médiévale, la diversité restait quand même relativement importante⁵². Mais on peut également dire que, toutes proportions gardées, une certaine uniformisation s'était produite, même si celle-ci allait concerner essentiellement les coutumes locales dont, d'ailleurs, beaucoup n'étaient plus en application dès le XVII^e siècle. Par contre,

50. Cf. J. COUDERT, *La dernière rédaction de coutume avant la Révolution Française : la difficile réformation des usages de Hattonchâtel (1784-1788)*, in *R.H.D.*, 1989, pp. 237-272.

51. Tel fut le cas flagrant de la Coutume d'Eu : alors qu'un texte en avait été discuté, rédigé à la suite des lettres patentes décernées par Henri III en 1579 pour y procéder, le Comte et la Comtesse d'Eu, assignés au bailliage d'Eu par les commissaires royaux et en leur présence, prétextèrent avoir leur propres coutumes et dénièrent aux commissaires du Roi leur pouvoir en ce qui les intéressait. Ces derniers devaient finalement déclarer le bailliage d'Eu soumis à la coutume générale de Normandie, avec défense d'en alléguer d'autres lors de la séance tenue le 17 mai 1586. Le Roi n'a jamais cru bon de revenir sur la décision de ses commissaires en la matière. Cf. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. IV, p. 166 en note.

52. Elle fut beaucoup plus considérable encore dans les Pays-Bas méridionaux : entre 1500 et 1700, furent rédigées 691 coutumes, dont seulement 88 étaient homologuées. Cf. J. GILISSEN, *Introduction historique...*, *op. cit.* note 30, p. 264.

on ne peut négliger le fait que la rédaction des coutumes conduisait aussi à maintenir fortement celles qui avaient été ainsi enregistrées.

Les commissaires eussent pu parfois faire l'économie d'une trop grande multiplicité des ressorts retenus pour les rédactions. On a déjà dit que le cadre presque naturel qui servit de base, avait été celui des bailliages et sénéchaussées, plutôt que celui des « pays », expression vague que retenait l'Ordonnance, mais qui en aucun cas, n'entendait signifier les bailliages. La raison peut facilement en être trouvée : qui, si ce n'est le Bailli ou le Sénéchal, était le plus qualifié localement, pour assurer la convocation des assemblées des États, et par voie de conséquence, ne s'est-on pas alors simplifié la tâche en faisant correspondre ressort judiciaire, retenu pour la discussion et la publication des textes, et ressort coutumier, assurant en quelque sorte une forme de cohérence ?⁵³

Une autre difficulté survenait qui incitait certains sièges particulièrement importants au sein des bailliages à affirmer leur particularisme : le bailliage de Vermandois eût ainsi pu avoir une coutume unique pour tout le ressort ; mais la compétition qui existait entre les sept centres urbains, aucun ne voulant admettre la prééminence de l'autre, conduisit à doter le Vermandois de sept coutumes, une pour Laon, une pour Châlons, une pour Reims, une pour Noyon, une pour Saint-Quentin, une pour Ribemont et une pour Coucy. Il faut joindre à cela l'ignorance des limites précises des bailliages dans laquelle se trouvaient bien souvent les commissaires royaux eux-mêmes, favorisant alors bien des partitions artificielles⁵⁴. Ils ont aussi poussé, à force de vouloir faire coïncider à tout prix le

53. Les procès-verbaux de rédactions fourmillent d'exemples montrant souvent les difficultés que l'on pouvait même rencontrer pour déterminer les limites territoriales des bailliages : à titre d'exemple, prenons le Seigneur de Denisy qui affirmait dépendre du bailliage de Dourdan et auquel les Procureurs du Roi rétorquèrent "*Que ledit Denisy est sujet et enclavé au dedans dudit bailliage et comté de Montfort ; qu'à ce moyen, il doit estre réglé et soy gouverné suivant les coutumes dudit bailliage et comté de Montfort*" (cf. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. III, p. 163 au procès-verbal de la coutume de Montfort-Lamaury, rédaction de 1536).

54. Toujours à propos du Vermandois, BOURDOT DE RICHEBOURG s'étonne de cet émiettement du ressort, soulignant deux avantages que procurerait le fait de n'avoir qu'une seule coutume : d'abord, cela eût permis de rassembler dans un seul texte bon nombre de dispositions utiles qui se trouvent disséminées dans sept textes ; en outre, cela eût évité les redondances et répétitions, "*ce qui rendrait les coutumes de Vermandois plus courtes de deux tiers*" (t. II, p. 455 en note).

détroit des coutumes avec celui des bailliages, à scinder artificiellement des ressorts provinciaux, sans autre avantage que de multiplier en cela les textes : un cas exemplaire est fourni par le ressort parisien qui vit ainsi naître, pour suivre les bailliages, les coutumes de Montfort, Étampes et Dourdan, pourtant si proches de celle de Paris qu'elles eussent facilement pu y être intégrées⁵⁵. On vit de la même manière, le Premier Président Thibaut Baillet, départi commissaire, découper le ressort champenois alors qu'il avait été auparavant régi par une seule et même coutume dont une compilation remontait au XIII^e siècle sous le titre « *Li droict et li coutumes de Champagne et Brie que li roys Thiebaultx establi* », divers compléments y étant apportés au long du XIV^e siècle, en ses quatre ressorts bailliagers, Troyes, Vitry-le-François, Chaumont-en-Bassigny et Meaux⁵⁶.

La question se révèle plus complexe pour les Pays-Bas méridionaux, l'actuelle Belgique. Tout d'abord, le nombre de textes produits y fut beaucoup plus considérable qu'en France, puisque nous obtenons pas loin de 700 coutumes rédigées ! Certains ressorts connurent deux, voire trois et même quatre vagues de rédactions, comme par exemple à Anvers, où il y eut quatre rédactions, la première en 1547, suivie de trois autres, en 1570, en 1582 et en 1608. Mais aussi, le nombre, en proportion, des coutumes finalement homologuées y fut bien moindre, puisqu'il ne dépasse pas 88.

Il faut dire que les Conseils provinciaux, ainsi que le Conseil privé, n'avaient pas voulu sanctionner la plupart des coutumes locales, opérant ainsi une unification partielle, si l'on peut employer ce terme. Près de 600 coutumes locales furent ainsi supprimées de manière définitive, bien qu'il en restât cependant encore une centaine.

Toutefois, la situation fut différente selon les régions : alors que certaines provinces ne connurent qu'une seule coutume homologuée, comme Namur, Luxembourg et la Frise, éliminant toutes autres coutumes locales, pour d'autres, dans lesquelles une coutume provinciale avait été homologuée, comme en Hainaut ou en Artois, certaines coutumes locales, plus ou moins dérogatoires, avaient cependant été maintenues. Ainsi, pour nous limiter au Hainaut, la coutume générale de la province avait été homologuée, d'abord en 1534, puis en 1619, en même temps que deux coutumes

55. Cf. ce que dit à cet égard, F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, Ernest Leroux éd., Paris 1930, t. I, p. 60.

56. Cf. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. III, pp. 209-236.

régionales, celle de Mons (pour la partie orientale de la province) et de Valenciennes (pour la partie occidentale de la province). Par la suite, quelques autres coutumes locales furent également homologuées, s'écartant de la coutume provinciale, voire des coutumes régionales : Binche en 1589, Prisches en 1564 et 1612, Chimay et Le Rœulx en 1612, Enghien en 1620, Lessines en 1622 et Wodecq en 1732.

Par contre, en Flandre, presque chaque châellenie ou chaque ville eut sa coutume. Le Brabant connut une situation tout à fait particulière, puisque le pouvoir central s'y heurta à la résistance du Conseil souverain qui, invoquant la Joyeuse Entrée, – disposition établissant que les questions relatives au Brabant ne pourront être traitées que par les Brabançons eux-mêmes –, se refusa à transmettre au Conseil Privé, au sein duquel des non-Brabançons siégeaient, les projets de coutumes : cela eut pour résultat que la plupart des coutumes brabançonnnes ne furent jamais homologuées, ainsi pour Anvers, Bruxelles, Uccle. Terminons ce panorama avec la principauté de Liège, qui ne faisait pas partie des Pays-Bas méridionaux, mais y était enclavée : elle connut également une volonté de voir rédiger ses coutumes et de les faire décréter officiellement, mais sans toutefois y parvenir. En effet, sur ordre du prince-évêque Ferdinand de Bavière donné en 1642, Pierre de Méan, qui était échevin et commissaire décideur au Conseil de Maastricht, entreprit de rédiger un *Recueil des points marquez pour coutumes du Pays de Liège*. Cependant, malgré une décision prise par les États du Pays de Liège et Comté de Looz, ce texte ne fut jamais décrété et resta une rédaction privée, certes de grande autorité, mais parfois contestée⁵⁷.

Si nous regardons maintenant vers les Pays-Bas septentrionaux, bien qu'originellement inclus dans les dispositions prises par Charles Quint, aucune coutume n'y fut jamais homologuée du fait de la guerre menée par les États de Hollande contre Philippe II d'Espagne. C'est

57. On peut en trouver le texte dans BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. II, pp. 321-338, également dans G. DE LOUVREX, *Recueil contenant les Edits et Réglemens faits pour le Pays de Liège et Comté de Looz*, par Bauduin Hodin, chez Everard Kints, Liège 1752, t. IV, pp. 346-366. Un sort semblable était réservé à un projet de coutumes du Pays de Looz, dans l'actuelle province de Limbourg, rédigé par Hubert Govaerts, *Consuetudines lossenses*, in L. CRAHAY, *Coutumes du comté de Looz, de la seigneurie de Saint-Trond et du duché impérial de Reckheim*, Bruxelles 1871, t. I, pp. 86-109.

ce qui explique que le droit romain y prenne aussitôt son essor et s'y soit développé à partir du XVII^e siècle.

Envisagée maintenant sous un autre angle, la rédaction des coutumes françaises, si l'on suit bien les termes de l'Ordonnance de Montil-lès-Tours, n'excluait *a priori* de cette entreprise aucune région du royaume. Pourtant, les régions méridionales y ont très largement échappé alors qu'elles avaient paradoxalement très tôt joui de statuts urbains, concédant des coutumes, parfois même constituant de véritables petits codes urbains assez complets. Ces statuts urbains, surtout dans le Sud de la France, ont souvent été fort détaillés, abordant de nombreux domaines du droit. Nous retrouvons d'ailleurs, quelquefois, ce même détail dans les statuts urbains du pays flamand. Ces statuts allaient cependant, dans le Sud, quelque peu souffrir de la renaissance du droit romain, réduisant alors, dans les droits locaux, la part reconnue au droit coutumier qui ne devait recevoir qu'une interprétation stricte⁵⁸. Il reste que ce droit romain des codifications justiniennes n'allait pas être utilisé tel quel, mais adapté par les juridictions locales, à tel point qu'il n'est pas possible de prétendre que ce droit, tel que pratiqué dans les régions réputées être de « droit écrit », y ait jamais été une copie servile du droit de Justinien, mais seulement un droit qui en tirait son inspiration principale. Aussi, ne serait-il pas faux d'affirmer qu'il ressortait largement à l'usage et à l'interprétation des cours. Pourtant, cet usage-là n'a jamais été pris en compte, à ce titre, pour faire l'objet de la rédaction commandée par le Roi. Certes, quelques régions, surtout dans le Sud-Ouest, participèrent à ce mouvement de rédaction des coutumes : Bordeaux en 1521, Dax et Saint-Sever en 1514, le Béarn en 1551, Bayonne, le pays de Labour et la Soule en 1514 et 1520. Elles ont cependant été une exception.

On a pu prétendre que la mise à l'écart de la plupart des coutumes locales qui dérogeaient au droit romain, par rapport à l'entreprise de rédaction, était due à plusieurs facteurs⁵⁹. D'abord leur détroit d'application était très restreint, souvent limité à une ville ou

58. Cf. M.L. CARLIN, *La pénétration du droit romain dans les actes de la pratique provençale (XI^{ème}-XIII^{ème} siècles)*, L.G.D.J., Paris 1967, pp. 39 ss. : l'auteur montre notamment que les praticiens avaient d'abord utilisé, alors que s'accomplissait la première renaissance du droit romain à la fin du XII^{ème} siècle, un recueil d'origine lombarde qui s'inspirait du plan des collections justiniennes ; ce n'est que par la suite qu'ils recoururent aux ouvrages exposant de façon systématique le droit de Justinien.

59. Cf. F. GARRISSON, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, licence 1^{ère} année, Cours de Droit 1967-1968, p. 831.

un bourg ; une telle situation se trouvait également en zone de pays de coutumes, notamment dans l'Est et dans le Nord, et cela n'avait pourtant pas empêché ces territoires d'être dotés de coutumes officiellement rédigées. Ensuite, leurs dispositions se trouvaient dépassées : il est vrai que pour beaucoup, ces statuts urbains qui avaient été concédés à l'époque de l'émergence urbaine lors des XII^e-XIII^e siècles, non amendés ou systématiquement complétés et réadaptés par la suite, comme ce fut le cas pour les villes du Nord de la France ou celles de l'actuelle Belgique, étaient dès lors, éloignés des besoins contemporains⁶⁰. Ce peut être là une des raisons majeures qui contribua à les négliger, hormis quelques exceptions. Mais ces coutumes ne représentèrent jamais que des statuts particuliers, vus comme déroatoires au droit commun romain, tel qu'on en use dans la pratique, et donc, d'interprétation stricte. Il reste que la pratique romaine, modernisée et réadaptée en fonction des nécessités, aux besoins de chacun des ressorts sous la forme d'un *usus modernus Pandectarum*, resta à l'écart des rédactions officielles.

Peut-être faudrait-il alors corriger les tics de langage qui conduisent à partager traditionnellement la France en deux zones : la France du Nord étant dénommée « pays coutumier », la France du Sud, « pays de droit écrit », en prenant pour argument la seule origine des règles qui se trouvent y être d'application majoritaire. On pourrait tout aussi bien dire, et avec plus de certitude et de justesse en ce qui concerne la réalité de la vie du droit, que les seuls et véritables pays de droit écrit ont été, depuis le XVI^e siècle, les pays dont les coutumes avaient fait l'objet d'une rédaction officielle ; le Midi restait par contre assez largement un pays coutumier dont le droit n'a jamais fait l'objet d'une fixation écrite pour consigner et enregistrer ce qu'il était, si ce n'est au regard de quelques-unes de ses exceptions.

60. A titre d'exemple, la Coutume de Toulouse, à la fin du XVIII^{ème} siècle, voyait 65 de ses 160 articles remontant au XIII^{ème} siècle, cesser d'être observés, à la fois en raison de l'emprise croissante de la royauté dont les réformes de justice allaient grignoter les pouvoirs et les libertés municipaux, et sous l'influence, cependant non prépondérante, du droit romain. Ainsi, alors qu'en 1298, Philippe le Bel affranchissait tous les sujets de la sénéchaussée de Toulouse, les coutumes concernant les serfs devenaient sans objet. D'autres articles se trouvèrent, au fil du temps, être caducs. Mais malgré cela, l'existence même de la Coutume permit au pays toulousain de n'être pas envahi par le droit romain et même de lui résister efficacement sur bien des plans. Cf. M. SICARD, *Survie et désuétude de la Coutume de Toulouse au XVIII^{ème} siècle*, in *Coutumes et libertés*, Actes des journées internationales de Toulouse 4-7 juin 1987, Montpellier 1988, pp. 17 ss.

À l'égard du contenu des coutumes rédigées, deux remarques peuvent être proposées, l'une quant à l'esprit qui présida à la sélection des normes retenues pour être consignées par écrit et intégrer alors le corps de la Coutume officielle, l'autre quant au fond même du droit.

Lorsque furent établis les projets pour être ensuite présentés aux assemblées locales des trois États convoquées par les Commissaires royaux, ceux qui participèrent à leur établissement furent, on l'a dit, les praticiens locaux, en contact, à divers titres, avec la vie juridique par le biais des contentieux qu'ils avaient à connaître. Or, le monde rural participait bien peu à ce contentieux et c'est donc un monde essentiellement préoccupé d'une vision urbaine des choses, peu sensible au mode de vie du monde de la campagne, qui intervint. Aussi les cahiers préparatoires n'ont-ils essentiellement reflété, quant aux normes qu'ils proposaient à la ratification, qu'une manière d'appréhender les normes qui ignorait largement les pratiques spécifiques du monde rural⁶¹.

La diversité coutumière subsistant et reflétant aussi ce qu'avaient pu être les diversités régionales ou locales, une autre question peut se poser : quelle fut la langue retenue pour les

61. On en a un exemple frappant avec le laconisme, quand ce n'est pas le silence, des textes, dans le centre ou l'ouest, Nivernais, Berry, Aunis, Angoumois, Saintonge et Poitou, en ce qui intéresse la pratique des affiliations, ou celle des sociétés taisibles. Les affiliations, dont SOUCHET, le dernier commentateur de la coutume d'Angoumois dit qu'elles étaient "*trop communes dans la campagne*" permettaient d'intégrer au sein du groupe familial, des étrangers, réalisant une forme de substitut d'adoption, autorisant alors la poursuite d'une exploitation agricole sans recourir à de ruineux partages. Cf. SOUCHET, *Coutume d'Angoumois commentée et conférée avec le droit commun du Royaume de France*, Au bureau de l'abonnement littéraire, Paris 1780, t. 2, sous art. 86-87 du chap. VII Des successions, pp. 226 ss. Les sociétés taisibles réalisaient la même fin en permettant aux héritiers d'un même auteur, de constituer une communauté de biens entre eux pour préserver l'unité du patrimoine. Cf. SOUCHET, id., t. I, sous art. 41 du chap. III De la communauté de biens, pp. 447-448 ; également BOUCHEUL, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume du comté et pays de Poitou*, Jacques Faulcon libraire imprimeur, Poitiers 1727, t. I, sous art. 231 du tit. III Des droits appartenans à gens mariés, pp. 796 ss ; cf. également C. BECHET, *L'usage de Saintonge entre mer et Charente*, Chez Simon Boé, Bordeaux 1701, Digression sur les affiliations, pp. 226-238 et encore MAICHIN, *Commentaires sur la coutume de Saint-Jean d'Angély*, Chez Théodore Delpéch, Saintes 1708, sous l'art. I, pp. 3-12. Sur l'ensemble de la question, cf. J. HILAIRE, *Coutumes rédigées et "gens des champs"*, in *R.H.D.*, 1987, pp. 545-573.

rédactions ? La réponse peut surprendre : alors que l'on eût pu croire que l'esprit régional l'emportât facilement et imposât aisément la langue des populations locales, – après tout, le droit consigné n'était-il pas le leur ? –, le recours aux langues locales fut, en France, exceptionnel⁶². À cela, on peut donner deux raisons : d'abord, eu égard au retard pris par l'œuvre de rédaction, puisqu'il faudra quelque cinquante années pour qu'elle débouche réellement, l'opportunité d'un possible recours à la langue locale perdait en intérêt, et ce, d'autant que la langue française avait été reconnue comme un facteur d'unification politique et que sa promotion avait été assurée en conséquence. Ce ne fut donc qu'à titre exceptionnel que les coutumes furent enregistrées dans une langue locale : seuls les Fors de Béarn et les coutumes de Soule furent notés en dialecte béarnais, alors que la coutume de Bayonne, celle du Labour, mais aussi pour l'Ouest, celle de Bretagne, toutes rédactions confondues, le furent en langue française⁶³.

À titre de contre-exemple, alors qu'une version bilingue eût pu largement s'imposer pour la Bretagne, puisque les dialectes du breton continental y sont communément parlés dans l'ouest de la province, c'est le français qui, a-t-on déjà dit, a prévalu⁶⁴ à l'exclusion de tout autre idiome.

62. Tel ne fut pas le cas dans les Pays-Bas méridionaux au sein desquels passe une frontière linguistique, séparant francophones, néerlandophones et germanophones. Aussi, toutes les coutumes furent-elles rédigées dans les langues locales. Seules les coutumes dont le ressort d'application s'étendait de part et d'autre de la frontière linguistique, purent recevoir une rédaction dans les deux langues : tel fut le cas pour Nivelles, le Limbourg et le Luxembourg. Par ailleurs, certains textes néerlandais ont reçu une traduction française, mais faite à titre privé et sans aucun caractère officiel, et bien souvent fautive. La coutume de Malines (Mechelen) fut pour sa part, traduite en latin par P. NANNING, *Leges municipales civium Mechliniensium e lingua theutonica in latinem translate*, Louvain 1552. C'est ce dernier texte que rapporte BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. I, pp. 1207-1233.

63. Relevons que les textes des statuts urbains conservés par la suite au titre des coutumes du lieu, tel celui de Toulouse, ont pu connaître, à côté d'une version savante en latin, une version dans les langues locales, le plus souvent d'ailleurs, pour traduire le latin. Le texte officiel de la coutume de Toulouse reste la version latine originelle et c'est ce texte que publie BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. IV, pp. 1037 ss.

64. La limite qui sépare la Bretagne gallo parlant français, de la Bretagne bretonnante passait sous l'Ancien Régime par une frontière qui allait en gros de Saint-Brieuc au Nord, à l'Est de Mur-de-Bretagne pour le centre pour

La seconde raison est encore plus simple et plus évidente : intervenue au moment de la première vague de rédactions, l'Ordonnance de Villers-Cotterêts qui, en 1539, rendait obligatoire l'usage du français, non seulement pour les arrêts de toutes les cours, mais aussi pour tous les actes de la pratique, contrats, testaments et autres, allait contribuer à renforcer encore la position dominante de la langue du Roi comme langue nationale pour la vie du droit, au détriment des langues des pays⁶⁵. Il s'en faut cependant que cette obligation ait recelé la même agressivité qui fut celle qui suivit la fameuse enquête Grégoire sous la Révolution française et qu'allait

atteindre les limites orientales du Golfe du Morbihan. Cette frontière devait encore reculer vers l'Ouest aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles. Les quatre dialectes bretons qui se partagent le breton continental sont, pour le Nord, le trégorrois et le léonard, et pour le Sud, le cornouaillais et le vannetais. L'existence d'un breton commun n'a été que le fruit d'une reconstruction romantique faite au XIX^{ème} siècle. Cf. H. WALTER, *L'aventure des langues en Occident*, Robert Laffont éd., Paris 1994, p. 95.

65. Outre que son article 110 contraint à rendre les décisions de justice "claires et entendibles", l'article 111 de l'Ordonnance de 1539 avait pour objet premier de proscrire tout recours au latin, ainsi que le souligne la paraphrase, elle-même écrite en latin, faite par G. BOURDIN, Président au Parlement de Paris : "*Antiquo more Galliae arresta ipsa, ut augustiora essent et abditiorum quamdam et sacrasanctiorum fidem amplecterentur, verbis latinis concipiebantur, ex quibus sane plurimae lites oriebantur. Tandiu verbi latini interpretatio et controversia torquebat homines contentionis plerumque cupidiores quam veritatis. Propterea ad hujusmodi liticulas praecidendas hoc caput statuti edictum est*" (cf. *Code Louis XIII* de J. CORBIN, Chez Michel Soly, Paris 1628, t. I, p. 642). "*Par l'antique usage de la Gaule, ces arrêts avaient été rédigés en termes latins, afin qu'ils soient plus vénérables et qu'ils aient égard à une certaine foi plus secrète et plus sacro-sainte. (De ces mots latins) naissent véritablement de nombreux litiges. L'interprétation des mots latins et la controverse tourmentèrent si longtemps les hommes, ordinairement plus avides de conflit que de vérité. C'est pourquoi, pour couper aux petits litiges de cette sorte, ce chapitre de la loi a été édicté*". On ne peut se priver de relever le paradoxe dans lequel s'enferme l'auteur de cette paraphrase : il exprime en latin les avantages que recherche le texte de loi qui commande la rédaction des actes en langue française... D'ailleurs MONTAIGNE dans ses *Essais* ne relevait-il pas les difficultés de la langue du droit lorsqu'il notait : "*Pourquoy est-ce que nostre langage commun, si aisé à tout autre usage, devient obscur et non intelligible en contract et testament, et que celui qui s'exprime si clairement, quoy qu'il die et escrive, ne trouve en cela aucune manière de se déclarer qui ne tombe en trouble et contradiction ?*", cf. *Essais*, Liv. III, chap. XIII, éd. préparée par P. VILLEY, P.U.F., Paris 1978, t. II, p. 1066.

relayer, contre les parlers locaux, l'école des débuts de la III^e République⁶⁶. Il est par ailleurs utile de faire observer que deux mouvements liés à l'écriture allaient converger, à peu près au même moment, même s'il existe un court écart de temps : l'Ordonnance de 1454 commandait une écriture *du* droit, celle de 1539 abordait l'écriture *en* droit.

Chaque texte officiellement publié devait obligatoirement être accompagné de son annexe, le Procès-Verbal de rédaction, dont la fonction était de rappeler les phases essentielles d'élaboration, de garder trace des débats auxquels la publication par les commissaires avaient donné lieu, les solutions retenues en cas de litige sur tel ou tel autre article, mais aussi de servir tant aux juges qu'aux parties pour lever les possibles ambiguïtés que les textes pouvaient receler⁶⁷. C'est en raison de l'importance de ce document que le juriste du XVI^e siècle, René Choppin, lui assignait la fonction d'être « *l'âme de la coutume* »⁶⁸. Notons que l'on ne trouve pas de document de ce type à la suite des coutumes belges.

À relire les manuels lorsqu'ils abordent le thème de la rédaction officielle des coutumes, il n'en est aucun qui ne souligne que celle-ci a contribué à fixer le droit coutumier, qui acquit ainsi un caractère de certitude ; mais le caractère officiel de l'entreprise de rédaction contribua également à lui conférer valeur de loi : la royauté avait en effet trouvé par la rédaction le moyen d'intervenir directement dans un secteur du droit qui, traditionnellement, lui échappait assez largement⁶⁹.

66. Sur l'enquête Grégoire, cf. M. DE CERTEAU, D. JULIA et J. REVEL, *Une politique de la langue. La révolution française et les patois*, collect. Bibliothèque des histoires, Nrf - Gallimard, Paris 1975. Faudrait-il rappeler, plus près de nous, l'entreprise de "débochisation" qui affecta les trois départements d'Alsace - Lorraine récupérés en 1918, et qui eut une influence aussi bien sur le droit que sur la permanence des langues locales ?

67. Il s'en faut de beaucoup que ce compte rendu soit toujours aussi complet et fidèle et c'est trop souvent uniquement en filigrane que l'on perçoit ce qu'a dû être l'âpreté de certains débats avec les commissaires. Reste que l'absence d'un tel document a souvent justifié, comme on l'a déjà vu, la reprise d'un processus complet de rédaction.

68. Cf. *Commentaires sur la Coutume d'Anjou*, Avant-propos touchant les règles communes des coutumes de France, Partie II, quest. sixiesme, Chez Estienne Richer, Paris 1635, p. 35.

69. La loi du Roi, traditionnellement, interférait peu dans le domaine du droit privé, son aire privilégiée intéressant plutôt les matières de droit public

Ce caractère est encore plus évident dans les Pays-Bas méridionaux, puisque, comme cela a déjà été souligné, les populations ne furent jamais convoquées pour entériner en assemblée d'États leurs coutumes, pour lesquelles n'intervinrent jamais que les

concernant la police générale du royaume, corrigeant ainsi, les dysfonctionnements de l'administration royale ou proposant de nouvelles institutions pour les pallier. Mais cette pratique garantissait néanmoins au Roi la possibilité d'intervenir pour censurer la *mala consuetudo*, comme découlant de la mission qui lui incombe de garantir une bonne justice. Cf. à ce sujet, F. OLIVIER-MARTIN, *Le Roi de France et les mauvaises coutumes au Moyen-Age*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, vol. LVIII, 1938, pp. 108-137.

Mais rien au niveau de la pratique "constitutionnelle" de la monarchie française, ne venait s'opposer à une interférence législative royale dans le domaine proprement coutumier : si le Roi pouvait redresser un tort causé par une *lex privata*, pourquoi n'aurait-il pu proposer une législation nouvelle sur un point contesté ? J. BODIN, théoricien de l'absolutisme royal, explique la réserve des Rois en la matière, de la façon suivante : "*Mais quant aux coutumes générales et particulières, qui ne concernent point l'établissement du Royaume, on n'a pas accoustumé d'y rien changer, sinon après avoir bien et deuëment assemblés les trois Estats de France en général, ou de chacun Bailliage en particulier, non pas qu'il soit nécessaire de s'arrester à leur avis, ou que le roy ne puisse faire le contraire de ce qu'on demandera, si la raison naturelle et la justice de son vouloir luy assiste. Et en cela se cognoist la grandeur et majesté d'un vray Prince souverain, quand les Estats de tout le peuple sont assemblez, présentans requeste et supplications à leur Prince en toute humilité, sans avoir aucune puissance de rien commander, ni décerner, ni voix délibérative ; ains ce qu'il plaist au Roy consentir ou dissentir, commander ou defendre, est tenu pour loy, pour édict, pour ordonnance*" (*Les six Livres de la République*, liv. Ier, chap.8, p. 198, éd. Fayard, Paris 1986, t. I).

Relevons que la question de la modification du caractère coutumier de la norme du fait de sa mise par écrit avait été déjà envisagée par BARTOLE. A ses yeux, la rédaction n'affecte en rien le caractère coutumier d'une norme qui n'est pas nécessairement non écrite (cf. W. ULLMANN, *Bartolus on customary law*, 52 *Juridical Review* 1940 pp. 265-267). A l'opposé, le juriste anglais John FORTESCUE, au XV^{ème} siècle, relevait dans son *De Laudibus* que "*les coutumes (...) après qu'elles ont été mises par écrit (...) se sont changées en une constitution ou quelquechose de la nature d'un statut*" (*De Laudibus Legum Angliae*, édité et traduit par S.B. CHRIMES, C.U.P., Cambridge 1942, cap. 15, p. 37) Il semble cependant que cette opinion ne corresponde point à ce qu'était la réalité puisque les coutumes des bourgs, pourtant codifiées, étaient toujours considérées comme des coutumes (cf. N. DOE, *Fundamental Authority in Late Medieval English Law*, C.U.P., Cambridge 1990, p. 40, en note).

professionnels du droit et les conseils de justice. En France, il est toujours resté une forme d'ambiguïté : certes, c'est le roi qui donne son aval au texte coutumier et lui confère le caractère de loi obligatoire à l'exclusion de tout autre, mais il ne le fait qu'avec l'assentiment des gens de ses États dans les bailliages. Il est néanmoins indéniable que le caractère légiféré allait affecter dorénavant le droit coutumier, se renforçant même au fur et à mesure que la pensée legaliste se faisait plus forte, même si l'on était prêt à concéder que le roi ne pouvait modifier ce droit local de sa seule initiative et qu'il lui fallait donc, de nouveau, solliciter le consentement de ceux qui vivaient ce droit pour opérer les nécessaires retouches.

Le droit coutumier n'embrassait cependant pas tous les domaines, loin s'en faut⁷⁰, mais, sanctionnée par l'écrit, son observation devenait possible sous le contrôle des juridictions royales et ne tardait pas à susciter un énorme travail théorique de construction d'un droit national, perceptible au-delà des divergences locales constatées, aspirant enfin à une unité qui devait encore attendre pour être consacrée plus tard dans l'idéal des Codes.

Alors que la force de l'usage provenait du caractère obligatoire qui s'attachait à une norme en raison de la pratique commune, continue et immémoriale qu'elle avait fait naître, le non-respect

70. Les coutumes rédigées renfermèrent deux grands groupes de règles : le premier reprenait des dispositions relatives aux institutions féodales, mêlant droit public, notamment en ce qui concernait la distribution des justices, et droit privé, pour ce qui intéressait la nature et la condition des terres et des droits y afférant selon qu'elles étaient nobles ou roturières. Dans les Pays-Bas méridionaux, certains des textes rédigés ne se préoccupaient que de ce seul domaine des fiefs et des règles particulières qui commandaient les successions et les régimes matrimoniaux à leur égard ; telles seront les coutumes de la Cour féodale de Furnes (1615), Termonde (1628) ou Bruges (1667), rapportées par BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. II.

Le second groupe ne concerne que le droit privé en abordant, de façon plus ou moins complète selon les aires coutumières, la condition des personnes, les effets de la communauté conjugale, la distinction entre les différentes catégories de biens, le régime successoral, les ventes et retraits lignagers, parfois quelques types de contrats, l'usage des biens communaux, les modalités du louage, les servitudes réelles, la saisine en matière immobilière et les actions possessoires, et enfin, les prescriptions. Quelques textes incluaient aussi des dispositions de droit judiciaire privé et de droit criminel, mais la législation royale devait ici largement se substituer aux coutumes. Cf. D. GAURIER, *La mise par écrit ...*, *op. cit.* en note 37, t. I, p. 169.

entraînant sanction du comportement contraire⁷¹, la force de la coutume rédigée dérive non plus du seul *consensus populi*, mais de l'autorité royale qui les décrétait. Le texte de l'Ordonnance de 1454 était à cet égard tout à fait clair, qui insérait le droit coutumier rédigé suivant les procédures prévues dans la sphère du droit légiféré, en énonçant que ne seraient observés à l'avenir que les textes qui auraient été vus et visités par « *les gens de nostre Grand Conseil ou de nostre Parlement* » et qui auraient été « *par Nous décretez et confermez* ». La sanction royale donnée aux textes semble ainsi se substituer au seul usage pour obliger les juges à se référer au seul texte rédigé, revêtu de la sanction du Roi, pour fonder leurs jugements. La loi coutumière semble ainsi tirer, au moins pour le royaume de France, son autorité de la combinaison du *consensus populi*, à la fois formateur et origine légitime de l'usage, avec la promulgation officielle de la recension écrite faite sous l'autorité des commissaires royaux.

L'importance qui s'attache à l'autorité royale dans ce processus est bien soulignée par les auteurs ; parmi ceux-ci, Challine relevait que « *les coutumes sont des conventions publiques accordées du consentement des trois ordres du Royaume (...) qui ont été consacrés par l'autorité souveraine du Roi qui leur donne le sceau et la vigueur* »⁷². Nos auteurs n'ont cependant pas oublié de relever que la

71. C'est là, on le sait, la définition classique de la règle coutumière. Le droit anglais ajoutait à ces caractères, un autre critère que le droit français ne recevait pas : "*Customs must be consistent with each other ; one custom cannot be set up in opposition to another. For if both are really customs, then both are of equal antiquity and both established by mutual consent ; which is to say of contradictory customs is absurd*" (BLACKSTONE, *Commentaries upon the Laws of England*, introd., sect. III., rééd. Professional Books Ltd, London 1985). La raison de l'argument est intéressante, d'autant qu'il suppose l'intervention d'un organe régulateur, rôle que jouèrent les cours de Westminster. Il faut d'ailleurs observer que le terme "custom" utilisé par BLACKSTONE, beaucoup plus que la coutume en son sens d'usage invétéré, symbolise la Coutume du Royaume telle qu'elle s'exprime dans le jugement des cours royales, et l'on comprend alors mieux le sens de cette exigence de cohérence entre les règles, cohérence garantie par les cours elles-mêmes, notamment par le biais du recours au précédent qui assure au moins une unité d'interprétation.

72. Cf. P. CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Chez Michel Bodin, Paris 1666, p. 13. On peut aussi rapprocher de ce texte l'opinion soutenue par BODIN qui rattachait l'autorité des coutumes en tant que lois, à l'autorité souveraine du prince : "*La coutume n'a force*

population avait joué un rôle important dans la rédaction des coutumes et Guy Coquille insiste nettement sur ce fait : « *Mais en effet, c'est le peuple qui fait la loi, qui est une marque de l'ancien établissement de ceste République françoise meslée de démocratie, aristocratie et monarchie. Car faire loi est droict de souveraineté* »⁷³.

Proche de la loi légiférée, la coutume ne suivait cependant pas un régime tout à fait identique à celle-ci, dans la mesure où, si la coutume rédigée était soumise à la formalité de l'enregistrement devant les Cours souveraines, ce n'était pas la vérification faite par les Parlements qui opérait matériellement la mise en vigueur des textes. Les articles accordés ne tiraient leur force obligatoire que du seul fait de leur décrètement auquel les commissaires procédaient lors de la tenue des assemblées de bailliage, et ce, lors même que ces mêmes articles n'auraient pas été enregistrés⁷⁴.

que par la souffrance, et tant qu'il plaist au Prince souverain, qui peut faire une loi, y adjoustant son émolocation. Et ainsi toute la force des loix civiles et coutumes gist au pouvoir du Prince souverain" (Les Six livres..., Liv. I^{er}, chap. 10, p. 308). Dans ce passage, Bodin souligne que la puissance souveraine est double : sans elle, la coutume ne vaudrait pas véritablement loi, tout au plus vaut-elle par la seule licence du Roi ; reste que c'est lui et lui seul qui peut aussi lui conférer ce caractère de loi qu'il n'appartient qu'au Prince d'accorder.

73. *Questions sur les Coutumes*, in *Œuvres de Maître Guy Coquille, Sieur de Romenay*, Chez Henry Le Gras, Paris 1646, § I, p. 1.

G. DE GHEWIET distinguait nettement entre coutume homologuée et coutume non homologuée pour en déduire la qualité de Loi. Il écrivait en effet : "Avant que nos coutumes fussent homologuées, leurs dispositions ne consistoient que dans un simple usage sujet à être contesté, mais depuis leurs homologations qui ont commencé dans la Flandre du tems de l'Empereur Charles Quint et fini du tems de Charles II Roy d'Espagne, nos coutumes ont eu force de loi (...) Comme celles qui ne sont point homologuées tiennent toute leur force de l'usage, il n'est pas douteux qu'elles ne puissent souffrir de changement par un usage contraire (...) mais il n'en est pas de même des coutumes homologuées. Ce qui devrait d'autant plus avoir lieu où les homologations des coutumes défendent d'introduire ou alléguer aucuns autres usages" (*Institutions au droit belgique par rapport tant aux XVII Provinces qu'au pays de Liège*, De l'imprimerie de Charles-Maurice Cramé, Lille 1736, Part. 1^{ère}, tit. 1 § V, art. 1 et 16, pp. 6 et 10).

74. C'est bien ce qui semble résulter de deux décisions rendues en 1571 et 1573, que rapporte (Georges) LOUET, *Recueil de plusieurs notables arrests donnez en la Cour de Parlement de Paris*, Chez la veuve de Damien Foucault et Jean Guignard, Paris 1678, lettre C, chap. XX, p. 160 : "Jugé (...) que la coutume réformée a lieu et se doit observer du jour qu'elle est résolüe,

Cette présentation, somme toute classique, peut être nuancée, renforçant par là même l'aspect légiféré du droit coutumier ayant fait l'objet de rédaction officielle : s'il est vrai que les coutumes ont été publiées *consensu populi*, les commissaires royaux ont pu parfois jouer un rôle qui pouvait aller bien au-delà de ce que les trois États réunis attendaient d'eux, voire de ce que leurs lettres de commission semblaient leur assigner comme tâche.

Dans les Pays-Bas méridionaux, qui correspondent *grosso modo* à l'actuelle Belgique, toute une part du travail, notamment à l'échelon des Conseils Provinciaux de Justice qui étaient composés de juristes universitaires nommés par le Prince et qui jouèrent surtout un rôle de juridiction d'appel, consista principalement à écarter toute coutume susceptible de porter atteinte à l'autorité souveraine ou à l'ordre public⁷⁵ ; de même, les autorités locales chargées de préparer le projet et qui, par ailleurs, exerçaient dans leur ressort des fonctions judiciaires ou administratives, ne puisèrent pas à la seule source coutumière. Les grandes villes avaient acquis dès le XIII^e siècle, le droit de légiférer ; elles en avaient alors largement usé, tant en matière économique et sociale, qu'en matière civile ou pénale, voire sur les procédures. Aussi certaines rédactions ne se trouvaient-elles être rien d'autre qu'un classement plus ou moins systématique de ces ordonnances urbaines⁷⁶. En outre, dans une lettre qu'il avait adressée

arrêtée et publiée en l'assemblée des Estats, encore que de longtemps après elle ne soit apportée au greffe de la Cour, d'autant que les coutumes ne s'homologuent et ne se vérifient pas en la Cour, mais seulement s'apportent au greffe d'icelle pour y avoir recours. Autre chose seroit si les trois Estats avoient renvoyé la résolution de quelques articles à la Cour, car en tel cas, tels articles n'auroient lieu que du jour que la Cour y auroit prononcé son arrest".

75. Il faut observer que la procédure de rédaction des coutumes, mise en place par Charles Quint en 1531 et réactivée par les Archiducs Albert et Isabelle pour les provinces restées espagnoles en 1611, s'articulait autour d'organes différents de ceux qui étaient intervenus en France. La procédure d'homologation s'y déroulait en quatre phases : élaboration d'un projet par les autorités locales, examen par le Conseil provincial de Justice, puis par le Conseil Privé, enfin, décrètement par le souverain. Ce ne fut alors qu'à titre exceptionnel que les États provinciaux furent appelés à intervenir : ce ne fut le cas qu'à l'occasion des trois seules coutumes rédigées dans un cadre provincial, à Namur, Luxembourg et pour le Hainaut. Cf. J. GILISSEN, *Les phases de la codification des coutumes dans les XVII Provinces des Pays-Bas*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. 18, 1950, pp. 36-67.

76. Tel fut le cas des "Coutumes, loix et statuts de la ville et bourgeoisie

en janvier 1546 au Conseil de Flandre pour renouveler l'ordre concernant la rédaction des coutumes, Charles Quint avait même précisé quels étaient les domaines qui devaient faire l'objet des rédactions ; il spécifiait qu'il s'agissait de rédiger les coutumes intéressant les juridictions, les successions, les contrats de mariage, les testaments, les douaires, les donations et autres contrats entre vifs, le retrait lignager, la préférence et enfin, le droit criminel. On observe que les coutumes qui ont été rédigées après ce rappel, ont suivi ce même ordre des matières qui semble s'être alors imposé à l'esprit des commissaires⁷⁷.

Par ailleurs, ces coutumes belges rédigées ont parfois constitué de véritables petits codes, à la fois systématiques et complets, à la différence de leurs homologues françaises. Si nous nous arrêtons au seul exemple de la coutume d'Anvers, dans sa version de 1582, on constate qu'elle contient 1838 articles et celle de 1608, 3832 articles⁷⁸, dont on rappelle qu'ils ne furent d'ailleurs point

d'Ypres", décrétés en 1535. Cf. J. GILISSEN, *Loi et coutume, quelques aspects de l'interpénétration des sources dans l'ancien droit belge*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. 21, 1953, pp. 257-296. De même pour la coutume de Gand de 1563, qui intégrait plusieurs ordonnances urbaines relatives à la tutelle, l'éviction, l'exécution des condamnations civiles ; cf. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. I, pp. 991 ss.

77. Cf. J. GILISSEN, *Les phases de la codification ...*, *op. cit.*, p. 42. Les termes de cette lettre sont les suivants : les baillis et les officiers et gens de loi des villes et autres grandes juridictions doivent rapporter au Conseil "leurs dictes coutumes, telles qu'ilz prétendent avoir usé jusques à présent, tant en matière de jurisdiction, succession, tant de fiefz que de cottières, contractz de mariaige, testamens, douaires, donations et autres contractz d'entre-vifz, retraite lignagère, préférence, comme en matière criminelle et autres semblables esquelles ilz prétendent aulcune coutume locale". Il faut relever, par ailleurs, que l'ordonnance de 1531 n'avait pas suscité d'empressement et que le travail de rédaction ne devait véritablement commencer, dans les XVII Provinces des Pays-Bas, qu'à la suite de cette injonction qui entraîna la rédaction de 220 coutumes, dont 166 pour la seule Flandre.

78. Voici le plan de la version donnée en 1608 : la coutume se compose de sept parties, la première intéressant la Ville, ses limites, ses droits et ses autorités, ainsi que ses bourgeois ; la seconde, le droit des gens mariés, avec les conventions matrimoniales, le douaire, la puissance paternelle, les enfants illégitimes, la tutelle et la curatelle ; la troisième, les biens et la manière de les acquérir, avec la distinction des biens, les retraits, les servitudes, l'usufruit, les cens et les rentes, les prescriptions, les donations, testaments et successions *ab intestat* ; la quatrième, les obligations et les contrats, avec notamment les lettres scabinales, lettres de change, louage, société,

homologués ! Mais c'est sans doute là un exemple unique, car bon nombre des autres coutumes homologuées portent sur des matières assez proches de celles qui avaient été traitées dans la coutume de Paris dans sa version de 1580, qui passait pour la meilleure et la plus complète.

Reste qu'au regard de leur mission de codification, la situation des commissaires français était à cet égard bien différente de celle de leurs homologues belges : leur commission, conçue en termes souvent fort vagues, ne leur enjoignait simplement que de faire procéder à la rédaction des usages et coutumes ; ils n'eurent donc pas la tentation de mêler de façon systématique aux normes coutumières les normes issues d'un droit législatif, au demeurant bien maigre sur les matières visées par les coutumes. Il reste que parfois ils prirent en compte les données de la législation royale dès lors que celles-ci leur apparaissaient comme devant s'imposer. L'exemple le plus net en est fourni par l'abandon rapide des procédures visant à la rédaction des styles de procédure qui étaient devenus inutiles en raison des entreprises de la législation royale dans ce domaine qui tendait à unifier les procédures usitées dans les juridictions royales.

L'article 125 de l'Ordonnance de Montil-lès-Tours incluait expressément dans les procédures de rédaction les styles propres à chacun des ressorts concernés par les rédactions coutumières ; en application de cette disposition, on avait vu le Premier Président Liset être chargé en 1539 de réunir officiers et praticiens du Berry pour procéder à la confection du style de la province. Or, l'intervention dès le mois d'août 1539 de l'Ordonnance de Villers-Cotterêts qui, finalement, réservait cette question à la seule compétence royale au titre de l'organisation de la justice, allait mettre fin à cette entreprise à peine commencée et la faire dorénavant échapper à la seule maîtrise des coutumes des juges qui régnaient en la matière⁷⁹.

assurances, caution, faillite, tous thèmes qui échappaient très largement aux coutumes françaises et qui tenaient à la vocation marchande de cette ville ; la cinquième, la procédure civile ; la sixième, les infractions et les peines, la septième et dernière portait sur la procédure pénale. La coutume d'Anvers est très certainement la plus complète de toutes les coutumes belges jamais rédigées, incluant droit civil, droit commercial, droit pénal, procédure civile et pénale, ainsi que le droit propre de la ville. Cf. G. DE LONGE, *Quartier d'Anvers*, Commission Royale des Anciennes Lois et Ordonnances de Belgique (C.R.A.L.O.), Bruxelles 1870-1878, 7 vol.

⁷⁹. Cf. la commission décernée à P. Liset, in BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. III, p. 973.

Comme en France, dans de nombreux cas, les styles de procédure furent bien souvent, dans les Pays-Bas méridionaux, rédigés en même temps que les coutumes, plus ou moins bien intégrés à celles-ci. Mais, à partir du XV^e siècle, les hautes juridictions possédaient leur style propre et tentèrent de l'imposer aux juridictions subalternes : il y avait ainsi le style du Grand Conseil de Malines, de 1559, celui du Conseil de Brabant qui connut trois versions, en 1531, 1558 et 1604, du Conseil de Namur, de 1620, du Conseil de Flandre, avec également trois versions, en 1483, 1522 et 1531, de la Cour de Hainaut avec deux versions, en 1464 et 1611, du Conseil de Luxembourg avec quatre versions, en 1532, 1694, 1752 et 1756, et enfin du Conseil ordinaire de Liège⁸⁰, en 1551 et 1572.

De façon plus large et affectant directement le contenu même des coutumes, les commissaires, qui agissaient sur délégation directe du pouvoir royal, ne pouvaient pas ignorer délibérément la législation. Aussi furent-ils conduits à agir de deux façons quand la coutume et les ordonnances se trouvaient en opposition sur un même point : ou bien la disposition coutumière se trouvait abrogée dans tout ce qu'elle recelait de contraire à la loi du prince, ou bien les commissaires tentaient de faire admettre une adaptation du texte de la coutume aux dispositions des ordonnances, ces deux attitudes n'étant d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre⁸¹. Toutefois, les adaptations des textes coutumiers aux ordonnances n'ont souvent concerné que des points de détail, puisque, comme on l'a déjà vu, la législation n'intervenait que rarement dans un domaine qui restait principalement soumis aux

80. Rappelons que la principauté de Liège ne faisait pas partie des Pays-Bas méridionaux.

81. Ainsi, plusieurs coutumes contenaient un titre consacré aux criées, alors que les articles 75 à 81 de l'Ordonnance de Villers-Cotterêts et l'Ordonnance de 1551 en avaient organisé la procédure. Lors de la réformation en 1558 de la coutume de Poitou, les commissaires furent donc conduits à recopier presque mot pour mot les quatre premiers articles de l'Ordonnance de 1551 dans les articles 434 à 437 de la coutume, intégrant alors au sein de la coutume les dispositions d'origine législative. Par contre, lorsqu'ils rédigèrent la coutume d'Amiens en 1560, tout en reprenant quelques articles empruntés à l'ancienne coutume s'appliquant à la forme des criées, les commissaires firent ajouter au procès-verbal ces observations : "*Quant aux autres articles qui estoient audict ancien coustumier soubz ledict tiltre de Criées, ont esté rayez, et enjoinct aux juges et officiers dudict bailliage d'Amiens d'observer au lieu desdicts articles rayez l'Ordonnance du Roy faicte sur les criées en l'an 1551, publiée et vérifiée en la Court*" (BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. I, p. 219).

sources coutumières⁸². Il faut cependant observer que ces ajustements furent réalisés surtout lors du mouvement de réformation qui devait occuper la deuxième moitié du XVI^{ème} siècle, mais sans qu'il y ait exclusive⁸³.

Le mouvement de réformation allait par ailleurs également susciter tout un travail d'épuration des textes, de remise en ordre. Quelques textes majeurs allaient d'ailleurs être réformés sous la direction de Christophe de Thou (1508-1582), notamment celui de la Coutume de Paris auquel devait être accordée une attention particulière afin d'en faire une forme d'archétype ou de modèle⁸⁴.

Proche de la loi du Prince, la coutume rédigée conservait cependant des éléments de son caractère propre dans la mesure où, issue de l'usage invétéré, un usage contraire pouvait naître qui la

82. A titre d'exemple, l'Edit de secondes nocés s'est ainsi trouvé inséré dans le texte de quelques coutumes : l'article 293 de la Coutume de Reims a été mis en conformité avec cet Edit de 1560 (cf. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. II, p. 560), ainsi qu'à Amiens, pour l'article 107 (cf. BOURDOT DE RICHEBOURG, t. I, p. 597).

83. Lors de la rédaction de la coutume du Berry en 1539, le Premier Président Liset avait tenu compte aussi de l'article 132 de l'Ordonnance de 1539, relatif à l'insinuation des donations : l'article 11 du titre VII de la coutume porte en effet obligation d'enregistrer les donations devant les juges ordinaires, mesure qui s'inspire directement de l'Ordonnance, comme le remarque (Charles) DUMOULIN dans ses *Notae solemnes* (cf. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.* note 37, t. III, p. 947, note e).

84. Cf. R. FILHOL, *Le Premier Président C. de Thou et la réformation des coutumes*, *op. cit.* en note 45, pp. 208 ss. La Coutume de Paris fut expressément choisie comme modèle pour la rédaction de celle de Calais, ville et pays reconquis, en 1583. Elle fut également retenue pour régir le droit de la colonie française installée au Québec. L'article 33 (et non 23 comme le dit Mc Carthy) de l'Edit de Mai 1664 qui créait la Compagnie des Indes Occidentales posait en effet que "*les juges établis en tous lesdits lieux (i.e. en Nouvelle France) seront tenus de juger suivant les loix et ordonnances du Royaume et les officiers de suivre et se conformer à la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris, suivant laquelle les habitans pourront contracter sans que l'on puisse y introduire aucune autre coutume pour éviter la diversité*" (cf. J. MC CARTHY, *Dictionnaire de l'ancien droit du Canada ou Compilation des Edits, ... concernant le Canada*, Chez John Neilson Imprimeur-libraire, Québec 1809, vbis Coutume de Paris, p. 68 ; également *Edits, Ordonnances royaux, déclarations et Arrêts du Conseil d'Etat du Roi concernant le Canada*, De la presse à vapeur de E.R. Fréchette, Québec 1854, vol. 1, p. 46).

rendait inopérante par désuétude en l'un de ses points et faire apparaître une nouvelle coutume. L'on vit alors réapparaître la lancinante question de la preuve que la rédaction avait pourtant voulu résoudre ; mais celle-ci avait eu l'inconvénient de constater l'état de la règle au seul moment de sa consignation écrite. Pour constater les évolutions, il eût fallu procéder à des révisions ou à des réformes systématiques en recourant aux mêmes procédures que celles qui avaient présidé aux rédactions initiales, ce qui n'a jamais été le cas, hormis quelques rares exemples⁸⁵. C'est, sans nul doute cette lancinante question, qui favorisa dans les Pays-Bas méridionaux la multiplication, dans certaines régions, des rédactions, par souci de disposer d'un texte à jour.

La rédaction officielle a néanmoins fortement contribué à modifier progressivement l'appréhension que l'on pouvait se faire de la règle, même coutumière, puisqu'elle était dorénavant observable, ou constatable, principalement au travers du seul texte revêtu de la

85. Alors que la Coutume de Normandie n'était homologuée qu'en 1585, Henri IV prenait de nouvelles lettres patentes pour commettre de nouveaux commissaires et faire procéder à la réformation de 51 articles portés au titre des Exécutions par décret : ces articles furent arrêtés en 1600. Dans le cadre de la réforme qu'avait annoncée le chancelier Maupeou en avril 1771 et qui visait à uniformiser les lois, un cahier anonyme, intitulé "Observations sur la Coutume de Normandie" présentait un projet de réforme proposant un réaménagement des titres sur le bénéfice d'inventaire, les successions aux propres, les donations, les retraits, les meubles et les servitudes ; en outre, était proposée la création d'un titre nouveau rassemblant les dispositions relatives aux droits des gens mariés, dispersées dans plusieurs autres titres de la coutume, aux droits du conjoint survivant et aux contrats de mariage, toujours dans le cadre de la Coutume de Normandie. Cf. R. VILLERS, *Un projet de réforme de la coutume de Normandie sous le ministère Maupeou*, in *R.H.D.*, 1956, pp. 356-375. A l'époque où les réformes coutumières battaient leur plein, il en fut pourtant une autre qui ne put déboucher aussi complètement que les commissaires l'avaient initialement envisagée. En 1569, en effet, Charles IX députait ses commissaires pour procéder à la réformation de la Coutume de Bourgogne, rédigée depuis déjà plus d'une centaine d'années. Ces commissaires avaient alors produit un cahier préparatoire, confectionnant un texte de 391 articles répartis en quinze titres, le texte originel n'en possédant que 138. Les ajouts et modifications ont donc été assez considérables. Pourtant, après plusieurs interventions des gens des trois Etats auprès du Roi, ce ne furent que quelques articles qui seront modifiés, un peu plus d'une dizaine en tout, qui ne seront homologués en Parlement qu'en 1575. Cf. *Œuvres de jurisprudence de M. (Jean) BOUHIER*, Chez Louis-Nicolas Frantin, Dijon 1787, t. I, pp. 26-123.

sanction royale ; c'est bien ainsi qu'elle se laissait dorénavant voir par les juristes étrangers qui pouvaient s'y référer⁸⁶. La rédaction avait dès lors contribué à modifier la nature même de la règle : alors que la coutume s'imposait par le seul usage immémorial et la sanction qui l'accompagne, une même norme, cette fois-ci consignée dans un écrit, acquérait de ce fait même une force obligatoire tout en se figeant dans un texte. Mais l'avantage retiré de la consignation écrite était aussi assez largement contrebalancé par l'inconvénient de voir la règle risquer l'obsolescence, sans plus pouvoir s'adapter de façon souple, lentement, aux modifications commandées par les changements de l'usage. Reste que le contrôle sur l'effectivité de la norme et son application en était singulièrement facilité.

Mais il est un aspect qui, dès lors que la norme était consignée par écrit, devait induire des conséquences de grande importance : le droit coutumier devenait objet d'étude.

CONNAÎTRE POUR ÉTUDIER : DE L'APPROPRIATION DU DROIT PAR LES JURISTES

L'étude pouvait alors être entreprise qui allait consister d'abord à opérer une exégèse des textes, mais ensuite et très rapidement, à les décloisonner les uns par rapport aux autres pour les rapprocher entre eux et faire émerger l'idée d'un esprit du droit national. Ce travail devait aussi conduire à une amélioration de la formulation des textes, voire des normes elles-mêmes, pour répondre aux exigences nouvelles de rationalité : le droit éclosait de façon encore plus systématique que cela avait été le cas pour le droit romain à la

86. Voici ce qu'écrivait à cet égard John ERSKINE OF CARNOCK, l'un des trois grands auteurs d'*Institutes* du droit écossais, au milieu du XVIII^{ème} siècle : *"Where the customary law of a state is, by the sovereign's order, collected into one body to preserve its remembrance the more incorrupt, and confirmed by him, it becomes thereby the explicit enactment of the supreme power, and consequently makes part of the written law of that state. Instances of this occur in the customary law of Normandy, Brittany and some other provinces of France, which, after several alterations and amendments, made by commisionners appointed for that purpose by the French King, have been confirmed by the royal authority, and now make up the body of the written law of these provinces"* (*Institute of the Law of Scotland in four books*, Printed for Bell and Bradfute, Edinburgh, 1828, 6th ed., t. I, Book 1, tit. I, n. 30, p. 11).

méthode scientifique, et ce travail fut entrepris par les commentateurs dans la lignée d'un Bartole de Sassoferrato (1313-1356).

Au XVI^e siècle, tout un travail de remise en ordre du droit romain était en effet entrepris et l'on vit alors paraître des traités qui entendaient offrir une présentation logique reconstruite des normes d'un droit qui, avant la période impériale, n'avaient été posées par les jurisconsultes classiques que pour répondre à des situations particulières. Telle fut notamment l'intention déclarée de François de Connan (1508-1551) qui composait ses *Commentariorum Juris Civilis Libri X*, publiés à l'initiative de François Hotman à Lyon en 1566. Pierre Mesnard, qui fut l'éditeur de l'œuvre de Jean Bodin, écrivait que Connan avait voulu « *remettre dans un ordre rationnel toutes les lois éparses dans l'immense corpus du droit romain et donner à ce code nouveau la valeur d'une législation universelle* »⁸⁷, affirmant là une idée que d'autres avaient partagée avant lui, et plus tard, au XVII^e siècle Domat et au XVIII^e siècle Pothier. À côté de Connan, d'autres auteurs avaient dénoncé le foisonnement touffu des normes romaines dispersées dans le *Digeste*, cette compilation assez peu ordonnée de la littérature juridique classique romaine composée à l'instigation de l'empereur byzantin Justinien au VI^e siècle de notre ère.

Tel avait été notamment le cas de ce même François Hotman qui, à la demande du chancelier Michel de l'Hospital, publiait en 1567 son *Antitribonian ou Discours d'un grand et renommé jurisconsulte de nostre temps sur l'estude des loix, faict par l'avis de Monsieur de l'Hospital chancelier de France*. Ce titre est à lui seul tout un programme, surtout quand on sait que Tribonien fut l'un des principaux maîtres d'œuvre de cette encyclopédie de la littérature juridique romaine qu'est le *Digeste*. Pothier lui-même, a-t-on déjà remarqué, devait s'atteler, deux siècles plus tard, à cette même tâche de remise en ordre du *Digeste*, ainsi qu'on le verra un peu plus loin.

Le droit coutumier n'échappa bien évidemment pas à cette démarche et la méthode qui se fondait sur une recherche de la rationalité du droit ne pouvait bien évidemment manquer de créer, voire de rendre plus complexe, un vocabulaire qui parfois prenait figure de jargon. On ne tarda alors pas à prendre conscience qu'existait, à défaut d'une uniformité, au moins une unité du droit

87. Cf. P. MESNARD, *Introduction à la Juris universi Distributio de Jean Bodin*, Corpus général des philosophes français, t. V, 3, P.U.F., Paris 1951, p. 69.

français, suscitant toute une réflexion pour envisager les possibilités d'une unification. Cette réflexion donnait aussi naissance à une exigence d'ordre qui, pour reprendre un concept déjà ancien, celui de code, assignait progressivement à ce dernier de nouvelles fonctions, le conduisant à ne plus être seulement une simple compilation de textes législatifs.

La coutume rédigée et ses commentateurs

Il ne fallut pas attendre longtemps pour que paraissent en France, sur les textes officiellement publiés, des études approfondies autour des normes qu'ils enfermaient par la voie des commentaires ; les commentateurs, dans un premier temps, opérèrent à la manière des gloses, procédant à une explication des mots ou expressions, mais sans s'y enfermer de façon trop stricte et, surtout, sans que cela devienne un modèle *ne varietur*. Il faut cependant relever que les commentateurs ne furent jamais issus du milieu des Universités : seuls les praticiens, magistrats ou le plus souvent avocats, devaient s'attacher à produire des commentaires sur les normes du droit vécu. On peut expliquer assez facilement cette prédominance du monde des praticiens : ce sont eux qui sont au contact avec le droit coutumier et sont alors les premiers destinataires de ces commentaires, alors que le monde universitaire ignore largement le droit vécu pour privilégier l'enseignement du droit romain et du droit canonique⁸⁸, donnant plus de poids aux méthodes et à la formation intellectuelle de leur public étudiant, qu'à l'enseignement d'un droit substantiel qui ne devait être abordé qu'à l'occasion d'une insertion dans la vie professionnelle,

88. Rappelons que le droit français ne fut enseigné dans les Universités qu'à partir de l'Edit de Saint Germain-en-Laye du mois d'avril 1679. Son article 14 porte en effet que "*afin de ne rien omettre de ce qui peut servir à la parfaite instruction de ceux qui entrent dans les charges de judicature, Nous voulons que le droit français, contenu dans nos Ordonnances et dans les Coutumes, soit publiquement enseigné (...)*". Cf. A. DE CURZON, *L'enseignement du droit français dans les Universités de France aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles*, Paris 1920, pp. 27 ss. et sur le contenu de ces cours de droit français, pp. 57 ss. ; également, C. CHENE, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, thèse D.E. Montpellier, multigraphiée, 1978 et du même, *La place des professionnels dans la formation des juristes aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles*, in *Annales d'histoire des Facultés de droit*, n° 2, 1985, pp. 51-62.

et partant, ne pouvait être appris qu'en contact étroit avec la pratique⁸⁹.

On s'accorde pour reconnaître que le premier commentaire paru pour accompagner un texte officiellement rédigé, a été celui de Nicolas Boyer, ou sous sa dénomination latine *Boerius*, qui, en 1508, publiait des commentaires sur les anciennes coutumes de la ville et septaine de Bourges. Il était ainsi l'initiateur d'une longue lignée de commentateurs, donnant lieu à un travail d'exploration systématique qui n'allait cesser qu'avec la Révolution⁹⁰.

89. Tel fut le cas également en Angleterre où l'enseignement universitaire du droit n'est que d'introduction relativement récente. La formation des juristes était à la charge des *Inns of Court* et des *Inns of Chancery*, en lien étroit avec la pratique des cours royales. La création d'Ecoles de droit, à l'image de ce que peuvent être nos facultés, procède exclusivement d'emprunts faits aux habitudes du continent. Pourtant BLACKSTONE lui-même, dans la leçon inaugurale qu'il fit, alors qu'il entra en possession de la *Vinerian Chair* à l'Université d'Oxford en 1758, plaidait déjà vigoureusement pour un progrès de l'enseignement du droit au sein des universités insulaires et la question fut longtemps débattue dans le cadre de commissions qui œuvrèrent tout au long du XIX^{ème} siècle, pour trouver une formule idoine qui satisfît toutes les parties, dont les *Inns of Court*. C'est cependant l'apathie qui semble avoir durablement dominé la question, alors que les Etats-Unis avaient su instituer d'importantes Ecoles de droit ; cf. A.H. MANCHESTER, *Modern Legal History*, Butterworths, London 1980, pp. 54 ss. ; cf. également W.S. HOLDSWORTH, *History of English Law*, vol. XV, Methuen ed., London 1965, pp. 223-247. L'Ecosse, par contre, a une tradition ancienne universitaire, à l'image de ce qu'elle était en Europe continentale. Trois Universités écossaises étaient fondées au XV^{ème} siècle, à l'initiative d'un conseiller du Roi Jacques IV, proposant un enseignement du droit romain et du droit canon. La mort prématurée de ce Roi et le désastre de Flodden en 1513, arrêtaient cette renaissance, sans compter avec la Réforme qui écarta le droit canon pour lui substituer un cours de droit écossais. A la fin du XVII^{ème} et début XVIII^{ème} siècle, les Universités écossaises connaissaient un véritable renouveau, attirant les juristes qui recevaient là leur entière formation, en lien avec le continent, conduisant à faire incorporer dans le droit écossais une bonne part du droit romain tel que l'enseignaient les professeurs de *Jus civile* français ou hollandais ; cf. H. DAVID, *Introduction à l'étude du droit écossais*, L.G.D.J., Paris 1972, pp. 19 ss.

90. Quelques commentateurs furent bien malheureux dans leurs entreprises, à l'image de J. DUFREMENTEL qui avait voulu offrir un *Nouveau Commentaire sur la Coutume de Touraine* dont seuls les deux premiers volumes devaient paraître en 1788, la Révolution rendant caduque la poursuite de la publication, à laquelle manquent, si l'on considère les projets de l'auteur dans sa préface, au moins un volume, si ce n'est deux. Cf. J.

Si les professeurs ne se sont pas directement attachés au travail de commentaires sur les coutumes, il reste que leurs méthodes devaient durablement marquer le style de ces commentaires : les commentateurs ont recouru aux méthodes auxquelles leur formation les avait familiarisés et on les voit encombrer leurs analyses de citations empruntées au droit romain ou au droit canonique pour appuyer, bien paradoxalement il faut le dire, des règles qui ne devaient rien ni à l'un ni à l'autre droit⁹¹. Bien plus, la production des commentateurs privilégia de façon systématique les exposés en langue latine, quitte à traduire pour le besoin des explications à fournir, les textes français originels des coutumes en langue latine. Tout au long du XVI^e siècle, c'est le latin qui régna en maître absolu dans les commentaires. Ce n'est qu'à l'extrême fin de ce siècle que l'on s'avisera de proposer des traductions françaises de certains de ces commentaires, mais il s'en faut de beaucoup que cela ait visé toujours des textes majeurs qui ne furent accessibles qu'en latin⁹². Le recours au français ne devait s'imposer qu'au cours du siècle suivant.

Malgré ces inconvénients, le XVI^e siècle devait rester la grande époque des commentaires, car c'est elle qui vit naître un travail de pionniers véritablement créateurs et bâtisseurs de la théorie des principales institutions coutumières. Les grands noms abondent :

DUFREMENTEL, *Nouveau Commentaire ...*, 2 vol., Chez F. Letourmy le jeune, Libraire, Tours 1788.

91. Charles Dumoulin qui commenta les deux premiers titres de la Coutume de Paris, allait ainsi, non sans quelque inconséquence, étudier le fief, certes en s'appuyant sur la spécificité de la matière féodale, mais aussi en se référant au droit romain pour tout ce qui concerne la condition même du bien patrimonial, appliquant à un bien qui ne pouvait intégrer les analyses romaines, une idée de propriété romaine à laquelle pourtant, le droit féodal répugnait. Cf. *Caroli Molinæi Commentarii in Consuetudines Parisienses*, in *Opera omnia, op. cit.* en note 36, t. I, Epitome, n. 3, col. 45. Guy Coquille ne devait pas manquer de relever chez Dumoulin ces contradictions, le déplorant d'autant plus même, que ce dernier constituait l'oracle des juges : "*Quelquesfois ledit Du Molin s'est rendu grand sectateur des opinions communes des Docteurs ultramontains, comme sur la succession des nepveux, enfans de plusieurs frères, à leur oncle (...) et quelques autres cas*" (cf. G. COQUILLE, *Institution au droict des François*, Chez Abel Langelier, Paris 1607, p. 65).

92. Charles Dumoulin n'eut pas le bonheur de bénéficier d'une traduction, et pourtant son latin n'est pas absolument évident, souvent assez rocailleux même, alors que Choppin fut traduit. On ne sait trop quels critères ont pu présider à ces choix chez les traducteurs.

Nicolas Boyer ou Bohier (1469-1539), Charles Dumoulin (1500-1566), René Choppin (1537-1606), Barthélémy de Chasseneuz (1480-1541), etc.⁹³

À côté de ce travail d'explication de textes, les auteurs procédèrent vite à une comparaison entre textes et de ce travail de « conférences » naissait bientôt le sentiment partagé d'une forme d'esprit commun qui animait les coutumes, transcendant les différences immédiates. Dès 1512 apparaissait un premier « agrégatoire » de coutumes qui intéressait le nord de la France et réunissait les coutumes du Comté de Guines, de Saint-Pol, Hesdin, Aire, Théroüanne et de l'Artois. Il n'était presque aucun commentateur qui ne citât désormais *a pari* ou *a contrario*, la disposition d'une ou plusieurs coutumes, à titre de comparaison. En 1595, P. Guesnois publiait sa *Conférence des Coutumes de France* qui rassemblait de façon systématique l'ensemble des principales dispositions coutumières. Charles Dumoulin allait lui aussi s'attacher à l'étude de l'ensemble des coutumes : tous les textes qui avaient été publiés à son époque, firent l'objet d'annotations qui devaient former la collection des *Notæ solemnes*⁹⁴ ; tout ce travail le conduisit à formuler l'idée qu'existait, au-delà des différences, un droit commun coutumier équivalent à un droit national ; dans le même temps, il proposait une méthode qui permettrait de combler les lacunes des textes en puisant aux textes des coutumes des régions voisines, ou à défaut, en recourant à la coutume de Paris⁹⁵. Ce fut alors l'occasion de

93. Cf. A. GOURON, *Coutumes et commentateurs, essai d'analyse quantitative*, in *Droit privé et institutions régionales, Etudes d'histoire offertes à J. Yver*, Publications de l'Université de Rouen, Rouen 1976, pp. 321-332.

94. Elles accompagnèrent la parution d'un Coutumier général de France et des Gaules, qui fut publié en 1567 après sa mort.

95. "*Franci et Galli semper habuerunt consuetudines quasdam generales et communes ; præsertim in successionibus, hæredis et lucris nuptialibus, feudis, censibus, retractibus, prorsus discrepantes a iure communi Romanorum, cui Franci nunquam subditi fuerunt, et illæ consuetudines generales et communes erant ius peculiare et commune Francorum et Gallorum ; et initio rariores erant consuetudines locales, ut unicum in toto regno erat summum auditorium, sive Parlamentum ambulatorium, et quamquam tractum temporum multiplicatæ sint et diversificatæ consuetudines locales, cuiusquæ præfecturæ : tamen semper remanserunt iura quaedam generalia et pecularia Francorum, ut cum heredia deferuntur stirpe seu linea a qua processerunt, quod posset ipso iure transire in hæredem legitimum ; quum dominus feudi manu iniecta ex defectu hominis,*

fructus suos facit ; quod propinquus stirpis hæredum venditum retrahat. Deficiente vero, vel dubia consuetudine localis præfecturæ, tum in materia consuetudinum nostrarum non est recurrandum ad ius Romanum, sed vicinas et generales, et promiscuas consuetudines Galliæ. Ius autem Romanum nullo modo hic est, nec esse potest commune, nisi in locis, (ut in hoc regno) quæ iure scripto reguntur, ubi maior adhuc pars scripti iuris exoleuit. (...) Ergo consuetudines nostræ sunt ius commune. Verum est quod quædam sunt generaliores aliis, quædam kuriai ad quas cum vicinis recurrandum. Ultimo vero loco e iure scripto Romano mutuamur, quod et æquitati consonum et negotio quo de agitur, aptum congruumque invenitur, non quod unquam fuerimus subditi Iustiniano magno, aut successoribus eius ; sed quia ius illo auctore a sapientissimis viris ordinatum, tam est æquum, rationabile et undequaque absolutum, ut omnium fere christianarum gentium usu, et approbatione commune sit effectum" (C. DUMOULIN, Opera omnia, t. I, Commentarii in Consuetudines Parisienses, op. cit. en note 36, tit. primus, De Fiefs, n. 107-110, col. 44-45).

"Les Francs et les Gaulois eurent toujours des coutumes générales et communes, notamment dans le domaine des successions, des héritages et gains nuptiaux, des fiefs, des censives, des retraits, , tout à fait dérogoratoires au droit des Romains auquel les Francs ne furent jamais soumis ; et ces coutumes générales et communes constituaient le droit particulier et commun des Francs et des Gaulois. Au départ, les coutumes locales étaient plus rares, alors que le tribunal suprême, ou Parlement ambulatorie, était unique dans tout le Royaume, quoique les coutumes locales aient pu se multiplier et se diversifier au cours des temps, de même que leurs détroits : cependant, ces droits généraux et particuliers des Francs subsistèrent toujours, comme quand les héritages étaient déférés aux souches et aux lignes desquels ils procédaient, du fait qu'ils peuvent passer par ce même droit aux héritiers légitimes ; quand le seigneur du fief fait siens les fruits par prise de possession du fait de la défaillance de mâle ; en ce que le proche parent de la souche opère retrait du bien d'héritage vendu. De fait, face à une coutume locale douteuse ou manquante, alors on ne doit pas recourir au droit romain pour ce qui est de la matière de nos coutumes, mais aux coutumes de Gaule, voisines, proches et générales. Ici le droit des Romains n'est d'aucun usage et ne peut être droit commun, si ce n'est dans les lieux (comme dans ce Royaume) qui sont régis par le droit écrit, où une grande part du droit écrit est encore développée. (...) Donc, ce sont nos coutumes qui sont le droit commun. Il est vrai que certaines sont plus générales par rapport aux autres, ce sont les coutumes maîtresses (souligné par nous), auxquelles, avec les voisines, il faut recourir. Ce n'est qu'en dernier ressort, à la vérité, que nous empruntons au droit écrit romain, parce qu'on le trouve conforme à l'équité et apte à s'appliquer à la tâche dont il est question, et congruent, non parce que nous aurions jamais été soumis au grand Justinien, ou à ses successeurs ; mais parce que , du fait de cet auteur, le droit fut ordonné par de très savants personnages, parce qu'il est équitable et parfait en toutes choses, afin que tout soit fait par l'usage des peuples chrétiens et par accord

mettre fin à un conflit qui opposait les tenants du droit coutumier, considéré comme seul droit commun, avec les romanistes, aux yeux desquels le seul *Jus commune* était et devait rester le droit romain. Il faut bien reconnaître qu'au-delà de la simple analyse juridique, l'enjeu était également politique : un nationalisme altier soutenait assez largement les thèses gallicanes⁹⁶, de même qu'il permettait d'affirmer la totale indépendance du royaume par rapport aux prétentions impériales appuyées sur le droit romain qui s'était, depuis le XIII^e siècle, imposé comme le *Jus commune* de l'Empire au détriment du droit coutumier.

Dans les Pays-Bas méridionaux, avant même les travaux consacrés aux commentaires coutumiers, l'un des plus remarquables auteurs de l'ancien droit belge fut certainement Philips Wielant

commun".

Si nous avons cité ce texte tout du long, c'est parce que l'auteur y exprime clairement les raisons qui, à ses yeux, récusent au droit romain un rôle de droit commun pour la France : nous ne fûmes jamais soumis à Justinien ou à ses successeurs, quelles raisons viendraient alors fonder que nous puissions nous en réclamer à ce titre ? C'est aussi parce qu'il propose là une méthode destinée à combler les lacunes possibles de certains textes, montrant comment recourir aux textes des coutumes voisines, dont certaines sont réputées "maîtresses", plutôt qu'au droit romain qui ne peut servir de référence que si les coutumes n'offrent aucune réponse possible, eu égard à l'équité qui fonde ses règles.

96. Cf. D. GAURIER, *La revendication d'un droit national contre le droit romain : le droit commun coutumier en France, fin XVI^{ème} - début XVII^{ème} siècle*, in *Droit romain et identité européenne*, Actes du colloque organisé les 12-14 mai 1992 à l'U.L.B. et à la V.U.B. Bruxelles, publiés par J.H. MICHEL, R.I.D.A. 3ème série, supplément au t. XLI (1994), pp. 29-47.

On peut prolonger cependant la réflexion : l'opinion communément présentée qui énonce que la rédaction des coutumes constitua un frein à la propagation du droit romain, ne tient pas compte du fait que les commentateurs, souvent soucieux de montrer le caractère raisonnable du droit coutumier, ont pu le présenter en traçant des parallèles hasardeux avec le droit romain. Il ne faut pas non plus oublier que les juges, tous également formés à l'aune de ce dernier, se sont tout naturellement référés à ses méthodes et ses concepts pour appréhender la matière coutumière ; malgré eux, ils ont pu alors l'affecter de catégories qui n'étaient pas nécessairement superposables. Enfin, certains secteurs pouvaient voir régner le droit romain en maître incontesté, là où le droit coutumier était singulièrement laconique ou muet : ainsi dans le domaine du droit des obligations, peu ou pas du tout abordé par les coutumes, ainsi que celui de la responsabilité, domaine dans lequel les coutumes sont loin de présenter une théorie ou une vue d'ensemble.

(1440-1520), qui fut d'abord avocat à Gand, puis successivement conseiller au Parlement de Malines sous Charles le Téméraire, conseiller au Conseil de Flandre et au Grand Conseil de Malines. Il exposa de façon systématique et presque complète le droit flamand de son époque, réalisant ainsi une synthèse quasi unique de l'ancien droit coutumier. Bien que de droit positif, ses ouvrages tentèrent toujours de dégager des principes généraux pour un droit commun flamand. Parmi ceux-ci, on peut retenir le *Tractaet van de leenrechten, nae de hoven van Vlaenderen* ou *Traité des droit féodaux, d'après les cours de Flandre*, de 1492⁹⁷, une *Practijke criminele*, vers 1506, et une *Practijke civile*, entre 1506 et 1516, deux ouvrages destinés avant tout à fournir aux jeunes praticiens un manuel pour connaître le droit coutumier non enseigné dans les universités⁹⁸.

C'est entre 1580 et 1650 que se situe la grande période des commentaires coutumiers ; il faut observer que, vu les efforts engagés pour l'homologation des coutumes et l'unification du droit à la suite de l'Édit perpétuel d'Albert et Isabelle, la doctrine s'attacha à l'étude du droit des provinces belges dans son ensemble, mais sans nécessairement rechercher son unification systématique, quand bien même certains voulurent mettre en évidence tout ce qui était commun, tant dans les coutumes que dans la législation. Tous nos

97. Il y eut six éditions de cet ouvrage entre 1554 et 1699. Une traduction française en avait été faite, éditée par J. KETELE, sous le titre *Beau traicté de la diversité de nature des fiefs en Flandre*, Gand 1839.

98. Le premier de ces deux ouvrages ne fut publié qu'en 1872 par A. ORTS, *Practijke criminele van Philips Wielant, naar het eenig bekende handschrift*, Gent (Gand) ou *La pratique criminelle de Philippe Wielant, d'après le seul manuscrit connu* ; la *Pratique civile* eut plus de chance, car elle connut huit éditions entre 1558 et 1642. Il est à noter que la *Practijke criminele* de Wielant fut largement traduite en latin par un plagiaire, Josse de DAMHOUDER (1507-1581), qui la publia en 1554 sous le titre de *Praxis rerum criminalium*, mais lui ajouta également un commentaire de droit savant et quelques chapitres supplémentaires. L'ouvrage de Damhouder devait connaître une large diffusion tant en Belgique qu'en France, en Allemagne, en Italie et en Pologne, car il inspirait encore au XVIII^{ème} siècle les plus grands criminalistes qui ne manquaient jamais de le citer. L'ouvrage est toujours d'ailleurs fort recherché pour d'admirables gravures sur bois qui illustrent le texte.

On a également attribué à Philips Wielant un projet de coutume générale pour la Flandre flamingante, cf. D. BERTEN, *Ancien projet de coutume générale du pays et comté de Flandre flamingante*, in *Bull. C.R.A.L.O.*, t. 9, 1913, pp. 161-227 et 233-326.

auteurs sont donc, pour beaucoup, à la charnière des XVI^e et XVII^e siècles.

Ce fut d'abord Pierre Goudelin (1550-1619), originaire d'Ath, qui enseignait à la faculté de droit de Louvain, avec son *De jure novissimo*, paru en 1620 et dans lequel il fit un sommaire exposé du droit privé des provinces belges, en le comparant au droit romain, ainsi qu'avec son *De jure feudorum commentarii, ad mores Belgii et Franciæ conscripti* ou *Commentaires sur le droit des fiefs, rapporté aux usages de Belgique et de France*, paru en 1624. Entretenant dans ce dernier ouvrage de comparer les coutumes des différents pays d'Europe, il y fait un exposé du droit féodal belge et français sur la base des *Libri feudorum*, mais aussi sous l'influence certaine des commentateurs de la coutume de Paris.

Nicolas de Bourgogne (1586-1649), connu sous le nom de *Burgundus*, avocat gantois, enseignant le droit romain par la suite à Ingolstadt en Bavière, pour terminer sa carrière comme conseiller au Conseil de Brabant, publiait en 1621 un *Tractatus controversiarum ad consuetudines Flandriæ* ou *Traité des controverses concernant les coutumes de Flandre*. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un commentaire des coutumes de Flandre, mais plutôt d'une étude de leur diversité et des moyens pour tenter de résoudre les difficultés qui peuvent en naître. L'auteur s'est pour cela beaucoup appuyé sur la théorie des statuts posée par Bartole et d'Argentré, le grand commentateur de la coutume de Bretagne de 1539. *Burgundus* peut donc passer pour avoir nettement contribué à la formulation des principes, toujours valables en droit international privé moderne.

Pour le pays de Liège, Charles de Méan (1604-1674), qui était membre du Conseil privé du prince-évêque de Liège, consacra un volumineux ouvrage, en cinq volumes in-folio, à une analyse systématique du droit coutumier liégeois, en le comparant au droit romain et au droit canonique. Intitulé *Ad jus civile Leodiensium* ou *Sur le droit civil des Liégeois*, l'ouvrage parut entre 1652 et 1674. Bien que publié en plein XVII^e siècle, l'ouvrage le fut en latin, alors qu'à la même époque en France, les commentateurs avaient pris le parti presque général d'écrire leurs commentaires en langue française. La coutume de Bruxelles eut également son commentateur avec J. B. Christyn (env. 1635-1707) qui publia en latin, en 1689, ses *Consuetudines Bruxellenses ... commentariis ac notis tam ex jure Romanorum quam edictis Principum* ou *Coutumes de Bruxelles ... avec des commentaires et des notes (tirées) tant du droit des Romains que des édits des princes*. Terminons avec la province de Hainaut,

pour laquelle A. Boulé (env. 1650-1722) publiait une *Institution au droit coutumier du pays de Hainaut*, ouvrage qui ne parut qu'en 1780 à Mons en deux volumes.

Il s'en faut de beaucoup que ces commentateurs aient démérité par rapport à leurs confrères français et leurs œuvres sont d'un niveau tout à fait comparable à celui de la production moyenne des commentaires, tant en France qu'en Belgique, d'autant qu'ils étaient destinés aux praticiens qui, comme en France, ne bénéficiaient guère de lumières sur les règles du droit coutumier local dans lequel ils étaient appelés à exercer leur profession, lumières que les universités n'avaient pas pour mission première de leur fournir. Eu égard au nombre assez considérable des coutumes, il est en tout cas évident que toutes n'ont pas bénéficié d'un commentaire ; seules les plus importantes en firent l'objet.

De l'unité à la possible unification

C'est C. Dumoulin qui allait finalement logiquement aborder la question d'une possible unification du droit coutumier : il produisit en ce sens son *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciæ* entre 1544 et 1548, esquissant une démarche pour y arriver, mais cette unification devait rester au niveau des seuls projets⁹⁹.

C'est à la charnière du nouveau siècle, en 1607, que paraissait alors, cette fois-ci en français, un petit ouvrage remarquable qui réalisait, sous forme d'un texte composé et non en commentaire sous articles, ce travail de conférence coutumière et de clarification sur les institutions coutumières : l'*Institution au droit des François*, de Guy Coquille (1523-1603), sieur de Romenay, à laquelle étaient jointes, dès 1607, comme son indispensable complément, les fameuses *Institutes coutumières* d'Antoine Loisel (1536-1617)¹⁰⁰. On voyait

99. Dumoulin ne fut pas le premier à aborder l'unification des coutumes. L'idée semble remonter à Louis XI que Commynes avait longtemps crédité d'un tel projet dont les traces manquaient. Or, ce projet a été confirmé dans sa réalité par la découverte de documents attestant clairement qu'un début de démarche en ce sens avait été entrepris, mais n'avait pu être menée à terme en raison de la mort du Roi en 1483, nonobstant le fait que la rédaction commandée en 1454 avait à peine commencé. L'œuvre était ainsi quelque peu prématurée. Cf. R. GANDILHON, *L'unification des coutumes sous Louis XI*, in *Revue Historique*, 1944, pp. 317-322.

100. Bien loin de pouvoir se résumer en une tentative pour renouer avec la

ainsi poindre, assez nettement, tout un travail préalable à une possible unification du droit, thème qui devait rester présent jusqu'à sa réalisation complète à travers le Code Civil.

Cette unification allait emprunter deux voies : celle de l'intrusion du rationalisme cartésien, renforçant encore la volonté de donner à l'ensemble du droit un caractère de logique déductive, à partir de principes généraux, et celle d'un décloisonnement progressif et nécessaire du droit français par rapport aux diverses sources originelles auxquelles on en puisait les règles, droit romain ou droit coutumier, par l'intermédiaire du droit des ordonnances royales de plus en plus présent.

Cet aspect cartésien de la réflexion juridique est particulièrement sensible dans l'œuvre de Jean Domat (1625-1695). Toute empreinte d'idéal chrétien fortement teinté de jansénisme, l'œuvre de Domat entreprenait une vaste mise en ordre logique du droit ; il puisa principalement aux sources romaines, mais ne s'interdit pas de recourir aux coutumes ou aux ordonnances royales quand leurs

forme proverbiale typique des anciennes maximes du droit, à l'instar des *Regulæ iuris* que l'on trouve dans le dernier titre du *Digeste*, ou de vouloir faire œuvre de folkloriste, Loisel a voulu expressément offrir un tableau des principales institutions coutumières, regroupées suivant un plan méthodique et formulées en maximes claires qu'il avait entrepris de détacher de leur contexte provincial pour y puiser la matière d'un droit coutumier français. La publication faite au sein du même ouvrage des deux œuvres a conduit des auteurs à dire que les maximes énoncées par Loisel se trouvaient explicitées dans l'*Institution* de Coquille qui en constituait le commentaire, ce qui n'est pas faux. Cf. M. REULOS, *Etudes sur l'esprit, les sources et la méthode des Institutes coutumières d'Antoine Loisel*, Librairie du recueil Sirey, Paris 1935.

La tentative de Loisel qui privilégiait la forme des adages dont les coutumes offraient des exemples découlant assez probablement de leur caractère primitivement oral, devait connaître un prolongement dont la qualité serait cependant moindre. Dans la seconde moitié du XVII^{ème} siècle, le Sieur CATHERINOT commençait à regrouper autour de thèmes classés par ordre alphabétique, ses *Axiomes du droit françois* ; autour des trois premières lettres, il réunissait un ensemble de proverbes, sans se limiter à retenir les seuls adages à caractère juridique. L'ouvrage resta inachevé ; cf. E. LABOULAYE, *Les Axiomes du droit français*, in *N.R.H.D.*, t. VII, 1883, pp. 41-72. Au-delà de la forme proverbiale, faut-il signaler le travail de potache réalisé par E. GARNIER DES CHESNES, qui "*pour vaincre l'ennui d'une étude nécessaire à son état*", s'ingénia à restituer en vers les 362 articles de la Coutume réformée de Paris ? Cf. *La Coutume de Paris mise en vers*, Chez Saugrain, Paris 1768.

dispositions lui paraissaient plus « raisonnables ». Certes, les *Loix civiles dans leur ordre naturel* accentuent une approche philosophique et doctrinale ; néanmoins l'ouvrage était destiné avant tout aux praticiens auxquels il proposait une synthèse unifiée et ordonnée du droit, en appliquant au droit la logique que l'on voulait voir appliquer aux sciences à la suite de Descartes¹⁰¹.

Le décloisonnement du droit français, dès lors considéré comme puisant conjointement à plusieurs sources, témoignait d'un changement d'état d'esprit qui faisait oublier quelque peu les passes d'armes du siècle précédent qui voyaient s'opposer en deux irréductibles camps, partisans d'un *ius commune* puisant au seul droit romain, et apôtres du seul droit commun coutumier. Témoin privilégié de cette mutation, Claude Fleury (1640-1723) qui, en 1665, composait une *Institution au droit françois*, qui inspirait une autre *Institution*, de peu postérieure, celle de Gabriel Argou (1640-1703)¹⁰². Pour Fleury, le droit français est formé de deux parties :

« le droit écrit et l'usage. On n'appelle ordinairement droit écrit que le droit romain, mais je le prends ici dans son véritable sens selon lequel il comprend les ordonnances, partie du droit canon et du droit romain, les coutumes, les statuts particuliers (...) L'usage est tout ce qui s'observe parmi nous sans estre écrit de quelque part qu'il vienne. Il est pris néanmoins pour la plus grande partie du droit romain. Il y a aussi beaucoup de maximes tirées du droit canon, des gloses et des commentaires des vieux auteurs.

101. Cf. A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), Paris 1969, pp. 69 ss. ; sur le plan suivi par Domat, pp. 142 ss.

102. Assez curieusement, l'*Institution* de Fleury ne fut pas publiée avant le XIX^{ème} siècle, voir note suivante. Quant à l'*Institution* d'Argou, elle parut en 1692 et connut onze éditions successives jusqu'en 1787, Boucher d'Argis se chargeant d'y apporter des compléments à partir de 1753. Le même Claude Fleury faisait également paraître en 1677, son *Institution au droit ecclésiastique*, y défendant des positions fermement gallicanes. Il avait par ailleurs composé une Histoire du droit français en 1674, qu'Argou devait incorporer à titre de préliminaire à son ouvrage (cf. notamment l'édition donnée par A.G. Boucher d'Argis à Paris, Chez Baugé, en 1762). Dans la préface qu'il adresse à ses lecteurs, sous forme de deux lettres, l'éditeur des *Elémens du Droit Naturel* de J.J. BURLAMAQUI attribue cette Institution non à Argou, mais à Fleury, confondant ensemble deux ouvrages qui n'en sont pas moins distincts l'un de l'autre, cf. Préliminaire, p. lxxxv, Lausanne 1783 (reprise Vrin, 1981).

Cet usage s'apprend par la lecture des arrêts, des commentaires des coutumes et des traités des écrivains les plus modernes, et encore mieux par la pratique et la conduite des affaires. Sur les arrêts, il faut observer qu'un arrêt n'est pas une loi ; mais que plusieurs arrêts sont une preuve très certaine de l'usage »¹⁰³.

Le propos de Fleury entendait énoncer clairement que parmi l'ensemble de ces sources, il ne retenait des règles existantes que celles qui lui semblaient le mieux correspondre à la raison et à l'équité naturelle. L'importance est donc mise ici sur ce droit civil considéré comme droit d'une nation et puisé à une multiplicité des sources ayant cours au sein de cette nation. Cette évolution se trouve dès lors confirmée chez les auteurs postérieurs, et notamment chez François Bourjon (mort en 1751) qui, en 1747, publiait son *Droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*. Du droit commun, il proposait la définition suivante :

« On entend par Droit commun de la France, non seulement les ordonnances, mais encore cette portion du Droit civil (au sens de droit romain), qui concerne l'état des personnes, la nature des contrats, l'exécution des testaments et des substitutions que la sagesse de ce droit en cette partie a fait adopter ; ensemble les décisions communes à toutes les coutumes, sur les successions, les fiefs, les censives et les retraits »¹⁰⁴.

103. Cf. C. FLEURY, *Institution au droit français*, 2 volumes, éd. Laboulaye et Dareste, Paris 1858, pp. 72-75.

104. Cf. F. BOURJON, *Le Droit commun de la France ...*, Chez Granger et Cellot, Paris 1770, t. I, Dissertation sur l'union du Droit commun de la France avec la Coutume de Paris, non paginé, 1^{er} fol. en note. Bourjon renvoie ici à la définition qu'aurait donnée Dumoulin, à l'identique de la sienne, ce qui ne semble pourtant pas être le cas. Alors que Bourjon retient au titre du droit commun le droit issu des ordonnances, Dumoulin paraît plutôt lui refuser cette qualité : "*Novi quidam scioli (ut Petrus Rebuffus - Pierre REBUFFE 1487-1557, enseigna le droit à Montpellier, Cahors, Bourges et Paris. Il s'engagea dans l'état ecclésiastique à l'âge de 60 ans, après avoir refusé toutes les charges qu'on lui proposait. Ses œuvres, publiées en 5 volumes in-folio, Lyon 1586, regroupent entre autres, une Praxis Beneficiorum, des Commentaires sur les Edits des Rois de France ainsi que sur les Pandectes, tous ouvrages rédigés en latin) aut adultores aulici, ius commune Francorum vocant constitutiones Regias, sed fallunt et falluntur : regiae enim constitutiones, etiamsi communes toti regno, ut edicta quamvis particularia*

Bon nombre des ouvrages qui furent produits aux XVII^e et XVIII^e siècles, qu'ils aient embrassé l'ensemble du droit privé ou se soient attachés à en explorer l'un des domaines particuliers, telles les *Donations* de J.M. Ricard (1622-1678) entre 1660 et 1670, ou les *Successions* de D. Lebrun (mort en 1706) parues en 1692, offraient non seulement une étude articulée autour d'une structure logique ferme, mais aussi s'inscrivaient parfois dans un projet plus vaste, de nature plus philosophique, pour tenter de rejoindre les fondements même du droit, analyser sa rationalité interne, contraignant en conséquence les auteurs à recourir à l'ensemble des sources disponibles sans discrimination.

Ce fut aussi l'occasion pour la recherche de s'investir dans une démarche que l'on peut qualifier d'idéologique à partir d'un tel discours sur la méthode. Le jusnaturalisme devenait un commun dénominateur et un vecteur très porteur d'une rationalité initiale avec laquelle il fallait renouer, ou d'une rationalité qui existait dans la nature même des choses et dans celle du droit.

C'est à Bourjon, d'Aguesseau (1658-1751) et Pothier (1699-1772) que devait ainsi revenir le privilège de consacrer la victoire du jusnaturalisme dans le droit tel qu'il domina l'époque moderne.

Bourjon fut le tout premier à attribuer à la Coutume de Paris, réformée en 1580 avec un soin tout particulier sous les auspices de C. de Thou, un caractère de rationalité qu'aucun autre auteur n'aurait osé appliquer à une coutume et qu'on aurait plutôt réservé au droit romain. Cela mérite que l'on rapporte un long extrait qui parlera mieux qu'un commentaire. Bourjon écrivait en effet : « *La Coutume de Paris forme une science d'esprit et de raison qui, perfectionnée par*

in re subiecta, generalia vero in personis ; non tamen faciunt ius commune et generale respectu politiæ et gubernationis universalis, a qua tam longe absunt quam a pandectis. Non sunt enim aliud quam placita particularia, pro maiore parte temporaria et momentanæa, et sæpius quæstuarialia" (*Opera omnia*, t. I, op. cit. en note 36, nb. 106, col. 44).

"Certains nouveaux demi-savants (comme Pierre REBUFFE) ou courtisans du Prince appellent droit commun des Francs les constitutions royales, mais ils trompent et sont trompés : en effet, les constitutions royales, même si elles sont communes à tout le Royaume, comme les édits particuliers propres à une matière quant aux personnes, bien que généraux, ne sont cependant pas le droit commun et général au regard de la politique et du gouvernement universel dont ils sont aussi éloignés que des pandectes. Ils ne sont en effet rien d'autre que des préceptes particuliers, pour une assez grande part, temporaires et momentanés, et assez souvent, objets de trafic".

les travaux de deux siècles, devrait être l'union qu'elle exige, affranchie de l'inconstance de nos jugemens (...) ».

Afin de réaliser cette union, l'auteur détaille méticuleusement les « routes qui conduisent à ce terme », à travers huit étapes :

1 – Former un corps complet de la coutume sans la « dépouiller de sa sagesse » ;

2 – « Rendre ce corps régulier par la liaison de toutes ses parties posées sur leurs bases », et en compléter alors les lacunes en recourant aux ordonnances et aux arrêts ;

3 – « N'embrasser le droit civil dans le tout que dans la partie supposée par le texte de la Coutume (...) » ;

4 – « Ranger les dispositions des ordonnances et de la Coutume dans l'ordre qu'elles doivent être ainsi que l'adoption d'une partie du droit romain, de sorte que tout se trouve placé dans son ordre naturel et conséquent ; méthode d'autant plus rapide et lumineuse que ce n'est qu'en incorporant ainsi les adoptions de nos textes, qu'on peut les montrer respectivement dans leur sagesse et ce n'est que par l'ordre naturel dans le tout qu'on peut leur faire produire leur véritable effet.

5 – Réduire la Coutume (...) aux principes et aux décisions (...) ; négliger cette réduction, ce seroit couvrir, ce seroit anéantir ce point de vue général.

6 – Diviser le tout de façon qu'on trouve sous un même titre, sous un même chapitre toutes les décisions (...) divisant non seulement par des titres et des chapitres, mais encore par des sections et des distinctions tout ce qui doit être divisé ; c'est par l'exactitude des divisions qu'on fait voir toutes les matières et toutes leurs branches se présenter dans leur ordre, sans peine, sans recherches, et naître par degré les unes des autres (...) ;

7 – Rendre sur chaque matière l'analogie sensible par l'enchaînement prompt et non interrompu de tous ses principes (...) ;

8 – Composer du tout des propositions courtes et former leur assemblage comme celui des matières dans l'ordre qui les fait naître les unes des autres (...).

La Coutume de Paris mise dans cet ordre et traitée sur ces principes, sera aussi complète, aussi satisfaisante par rapport à la régie des biens particuliers que le Droit Romain ; la lumière et l'équité naturelle ne l'animent pas moins (...). En ne détachant plus son esprit de sa lettre, en la prenant dans son étendue, les principes de cette loi règlent tout avec sagesse ; partout on y voit l'unanimité et

non ces contrariétés apparentes dans le Droit Romain, suite de la formation qui a duré plusieurs siècles (...) »¹⁰⁵.

Le projet est remarquable car, non seulement il rejoint, comme le dit Bourjon lui-même, ce projet que Domat avait entrepris sur le droit romain ; mais il expose une méthode de systématisation plus poussée qui emprunte ses éléments à la logique cartésienne aux fins de produire un agencement raisonné de propositions courtes et claires. Par rapport aux travaux antérieurs, la synthèse de Bourjon constituait un net progrès. En outre, à ce rationalisme très poussé, Bourjon joignait des sentiments jusnaturalistes qu'il puisait aux sources portées par l'École du Droit Naturel moderne. Typique est à cet égard sa démarche qui entend cheminer vers la lumière à travers le primat de la Raison et mesurer l'acte humain à l'aune de l'équité naturelle dont la Coutume de Paris constitue le réceptacle¹⁰⁶. Loin s'en faut que Bourjon n'ait produit qu'un ouvrage de philosophie à l'image de celui de Domat. Son propos ne fut jamais que d'offrir une synthèse raisonnée du droit à usage purement pratique, et c'est bien ainsi que son œuvre devait être reçue, suivant en cela le goût de l'époque¹⁰⁷. Bourjon peut ainsi passer pour avoir été le précurseur immédiat de Pothier dont l'œuvre devait pourtant éclipser celle du premier.

105. Cf. F. BOURJON, *Le Droit commun ...*, op. cit. note 104, Dissertation ..., non paginé, 4ème fol. recto et verso.

106. Sur les divers courants jusnaturalistes, on pourra se reporter avec un grand profit à l'excellent petit ouvrage de A. SERIAUX, *Le droit naturel*, Que Sais-je ? Paris 1993.

107. Cf. R. MARTINAGE-BARANGER, *Bourjon et le Code Civil*, Klincksieck, Paris 1971, pp. 52 ss. Les historiens du droit semblent avoir partagé à l'égard de Bourjon des opinions contrastées. P. VIOLLET l'avait jugé bien sévèrement et écrivait que "*L'œuvre de Bourjon ressemble à celle de Domat dans la mesure où une intelligence assez vulgaire peut ressembler à un esprit éminent. Bourjon, en effet, manque beaucoup trop de talent. Son livre n'est pas, dans l'ensemble, un ouvrage remarquable*" (*Histoire du droit français*, rééd. Scientia Verlag, Aalen 1966, p. 251). A. ESMEIN, F. OLIVIER-MARTIN, et plus proche de nous J.F. LEMARIGNIER (*Histoire des institutions publique et des faits sociaux*, Cours de Droit Paris 1965, p. 989), sont quant à eux, plus lucides sur les mérites du Droit commun de Bourjon, en tout cas sûrement moins gratuitement injustes. C'est toutefois à A.J. ARNAUD que l'on doit une véritable réhabilitation de cet auteur dont il montre amplement toute l'importance qui lui fut reconnue par les codificateurs de 1804 qui ne firent pas moins que de lui emprunter son plan pour construire celui du Code Civil (cf. *Les origines doctrinales du Code Civil*, op. cit. en note 101, pp. 103 ss.).

Il faut toutefois, au sein de cet édifice en construction, faire une place au chancelier d'Aguesseau qui, pour avoir été plus législateur que véritablement théoricien du droit, n'en attestait pas moins d'un goût prononcé pour la logique moderne qui permit de se doter d'une méthode d'investigation de la Nature pour la réénoncer ensuite autour de propositions logiques. Dans une *Institution au Droit Public français* qu'il devait malheureusement laisser inachevée, d'Aguesseau réservait un titre aux notions générales du Droit Naturel¹⁰⁸. Il devait cependant se détacher de la vision exclusivement chrétienne d'un Domat, non pour abandonner la référence divine, pas plus que ne l'avaient d'ailleurs fait les jusnaturalistes, mais pour refuser une vision du droit qui ramènerait tout à Dieu¹⁰⁹; aussi était-il conduit à distinguer trois plans ordonnant les devoirs de l'homme et le droit, avec d'abord les devoirs naturels de l'homme envers son Dieu, ensuite envers lui-même, et enfin le droit naturel envers ses semblables¹¹⁰.

On a pu écrire qu'il était difficile de parler de Pothier sans auparavant connaître la pensée de son « *père spirituel* », le chancelier d'Aguesseau. Les deux hommes étaient, semble-t-il, liés par une solide amitié¹¹¹. Dans la lignée d'un Domat dont il partageait à la fois l'idéal chrétien et les idées jusnaturalistes modernes, le chancelier

108. Dans la première Instruction qu'il adressait à son fils, Henri d'Aguesseau lui donnait le conseil suivant : *"Avant que de vous jeter dans l'étude de la jurisprudence, il est important que vous lisiez quelques livres qui vous apprennent à remonter jusqu'aux premiers principes des Loix ; et qu'il n'est pas même inutile que vous approfondissiez cette question (...) qui consiste à savoir s'il y a un droit qui soit véritablement fondé sur la Nature, dont on puisse démontrer la justice par des principes tirés de la connaissance de l'homme"* (*Œuvres*, Chez les libraires associés, Paris 1787, t. I, p. 270). Aussi avait-il conseillé la lecture de trois ouvrages qui constituaient à ses yeux les indispensables, à savoir le *De Legibus* de Cicéron, le *De iure belli ac pacis* de Hugo Grotius et le *Traité des Loix* de Jean Domat, Chez la veuve Cavalier, Paris 1771, p. 273.

109. D'Aguesseau était un lecteur de Grotius qui, dans le *Discours préliminaire* de son *De Jure Belli ac Pacis* disait à propos du droit naturel qu'il *"aurait lieu en quelque manière quand même on s'accorderait, ce qui ne se peut sans un crime horrible, qu'il n'y a point de Dieu, ou s'il y en a un, qu'il ne s'intéresse point aux choses humaines"* (§ 11, trad. J. BARBEYRAC, Chez Emmanuel Tourneisen, Bâle 1768, t. I, p. 10).

110. Cf. H. D'AGUESSEAU, *Institution au Droit Public français*, in *Œuvres* dans l'édition citée note 108, t. I, pp. 448-481.

111. Cf. A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil*, *op. cit.* en note 101, pp. 106 ss.

possédait dans sa bibliothèque un ensemble relativement rare en son temps, parce qu'il regroupait Grotius, Pufendorf, Heinecius, Feltman et Wolff. Ces lectures ont alors nourri les *Méditations métaphysiques* qui se révèlent être un ardent plaidoyer pour l'existence d'un Droit naturel, accessible aux seules lumières de la Raison naturelle, sans le secours de la Révélation¹¹².

Pothier se trouvait ainsi être au confluent de la doctrine traditionnelle qu'il connaissait fort bien, et de celle des tenants des jusnaturalistes modernes, réalisant une synthèse réussie entre les deux courants. Son œuvre est ainsi émaillée des règles morales reprises à Domat et d'Aguesseau, avec l'équité qui doit régner dans les conventions¹¹³, l'honnêteté¹¹⁴, la bonne foi¹¹⁵ ou même encore relativement à la justice et au jeu¹¹⁶. On peut ainsi dire que, tout en ne négligeant pas la doctrine traditionnelle, Pothier assurait la victoire du rationalisme juridique¹¹⁷ qui devait par la suite envahir le droit, préluant à la réalisation du Code Civil.

112. Le titre que d'Aguesseau donna aux réflexions qu'il mena en la matière est en lui-même intéressant : *Méditations métaphysiques sur les vraies et les fausses idées de la Justice, où l'on essaie d'éclaircir et de résoudre cette question importante, si l'homme peut trouver en lui des idées naturelles du juste ou de l'injuste, et si c'est par la conformité avec ces idées qu'il juge de la justice ou de l'injustice des actions morales ; ou seulement par la conformité de ces actions avec la volonté positive d'un supérieur légitime et nécessaire, ou avec le désir naturel de sa conservation.*

La série des dix Méditations se trouve au tome XI des *Œuvres* de l'édition déjà citée de Paris, tome qui parut en 1779.

113. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, part. I, chap. I, s. I, art. III, §4, n° 33 : "*L'équité doit régner dans les conventions*" (éd. SIFFREIN, t. I, Paris 1821, p. 103).

114. Idem, §6, n° 42 : "*Tout engagement doit avoir une cause honnête*" (id., p.107).

115. Idem, §6, n° 43 : "*Lorsque la cause pour laquelle l'engagement a été contracté est une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes mœurs, cet engagement est nul, ainsi que le contrat qui le renferme*" (ibid., p. 108).

116. *Traité du contrat de jeu*, chap. I, s. I, art. I : "*Si le jeu considéré en lui-même, et sans aucun rapport à la fin que se proposent les joueurs, est mauvais*" (t. VI de l'édition SIFFREIN, p. 424).

117. R.J. Pothier semble s'inscrire ici dans une ligne méthodologique déjà esquissée par le chancelier. L'auteur de l'Avertissement qui préface le onzième volume des *Œuvres* reprend l'analyse faite par "*un Académicien*

À côté de ce rationalisme, c'est aussi à un changement d'état d'esprit que l'on assista au regard des sources du droit privé. Sans nous arrêter pour l'instant au programme législatif du chancelier d'Aguesseau duquel on traitera un peu plus loin, l'idée qui l'a quand même largement animé a été de favoriser une harmonisation de la jurisprudence par voie législative. Il s'en faut de beaucoup que, quant au fond, les règles en aient été pour autant perturbées ; reste que la législation royale a eu une nette tendance à devenir prédominante, faisant reculer du même coup une source pourtant traditionnelle, le droit coutumier dont on sait qu'il se fonde sur un consensus recherché auprès des populations réunies dans les assemblées des trois États du bailliage, comme ce fut le cas lors de la rédaction officielle des coutumes et leur réformation. Mais, dans le même temps, rien n'interdisait au Roi d'intervenir directement dans le domaine du droit privé, dans le domaine réservé à la coutume qui n'existe, on le sait, qu'en raison de la concession que fait le Roi aux populations de suivre leurs propres lois.

Dès 1688, cette prédominance de la législation royale avait été clairement pressentie par F. de Launay qui écrivait : « *C'est une opinion commune receue dans toutes les Jurisdictions de France que les Ordonnances de nos Rois composent la plus grande partie du Droit Commun, ou si l'on veut, du Droit Public de notre Jurisprudence françoise.* »¹¹⁸

Ce souci de rendre à la jurisprudence des Parlements quelque cohérence a fait aussi l'objet d'un travail de moindre ampleur, mais dont les éditions successives jusqu'à la fin de l'Ancien Régime forment le gage de son opportunité. En 1718, Bartholomé-Joseph Bretonnier (1656-1722), qui s'était déjà consacré à l'édition et au commentaire des œuvres de Claude Henrys (1615-1662) en 1708, publiait un *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les différents tribunaux du Royaume, avec des réflexions pour concilier la diversité de la*

distingué" des ouvrages du chancelier en ces termes : "L'Auteur procède à la manière des Géomètres ; il marche de démonstrations en démonstrations, de vérités en vérités ; il pose des principes, déduit des conséquences, résout des objections et parvient à des résultats incontestables ; toujours satisfaisant, toujours lumineux, il a l'exactitude et la méthode des Mathématiques, il n'en a point la sécheresse (...)" (Avertissement, in *Œuvres* de M. le Chancelier d'Aguesseau, t. XI, Paris 1779, p. xiii).

118. Cf. *Commentaire des Institutes coutumières d'Antoine Loysel*, t. I, Chez Nion l'Aîné, Paris 1688, préface, p. 54.

jurisprudence et la rendre uniforme dans tous les tribunaux. À lui seul, le titre est tout un programme ! Bretonnier, qui devait mourir en 1722, fut pendant un moment l'un des auxiliaires du chancelier d'Aguesseau qui utilisa d'ailleurs assez largement les propositions formulées dans le *Recueil alphabétique*¹¹⁹. L'auteur y passe en revue un ensemble assez hétéroclite de questions dont le seul lien entre elles est qu'elles n'ont reçu de solution devant les cours que de façon diversifiée, en tout cas sans aucune unité. Si l'on fait l'inventaire des questions qui y sont abordées, cela fait presque figure d'un inventaire à la Prévert¹²⁰, néanmoins le succès de l'ouvrage ne se démentit pas tout au long du XVIII^e siècle, ce qui en dit long sur son utilité¹²¹. Et

119. Cf. à ce sujet, H. REGNAULT, *Les ordonnances civiles du chancelier d'Aguesseau*, collect. Travaux et Recherches de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris, série "Sciences historiques" n° 4, P.U.F., Paris 1929, pp. 70-71.

120. Voici le sommaire des thèmes abordés : des Absents, Augment de dot, Bagues et bijoux, Bastards, Bénéfice d'inventaire, Bénéfice de restitution, Cens, Coffre trousseau, Confiscation, Décret d'immeubles, Despens, Discussion, Donation, Dot, Double lien, Droits litigieux, Droit d'offrir, Exception d'argent non comptée, Fils de famille, Grosse de contrat, Homicide de soi-même, Intérêts de l'argent prêté, Main-morte, Mariage des mineurs, Meubles, Paraphernaux, Péremption, Possessoire en matière bénéficiaire, Prescription, Puissance paternelle, Rapport en succession, Religieux, Renonciation des filles aux successions futures de leurs parents, Rentes, Représentation, Retour ou réversion, Retrait, Retrait lignager, Retrait féodal, Retrait censuel, Secondes noces, Subrogation, Substitutions, Succession ab intestat, Testaments, Tutelle.

121. La manière dont Bretonnier évoque l'uniformité peut sembler cependant relativement courte. Dans sa longue préface qu'il termine en passant en revue les reproches qui pourraient être faits à l'encontre de son dessein, il écrit : "*A l'égard des coutumes, je sçai que deux célèbres avocats, et un grand sçavant Magistrat ont entrepris de concilier les coutumes ensemble et de les réduire en une seule ; ils n'ont pas eu le succès que leur mérite sembloit promettre, parce qu'ils avoient entrepris une chose trop difficile et pour ainsi dire naître toutes différentes, et même presque toutes contraires (...) Il n'en est pas ainsi des pays du Droit écrit, ils n'ont tous qu'une seule et même Loi ; mais comme c'est une Loi morte, elle a besoin d'interprétation : chaque Parlement, chaque Tribunal, chaque juge l'interprète suivant ses lumières, son goût et son caprice. Il est de la bonté, de la justice et de l'autorité du Souverain de faire examiner des différentes interprétations, de choisir la meilleure et d'ordonner ensuite à tous les Juges de la suivre religieusement"* (*Recueil par ordre alphabétique*, Chez Emery Père et Fils, Paris 1724, préface pp. lxxix-lxxx). Relevons ici que cette opinion est tout à fait judicieuse

pourtant, Bretonnier avait limité son entreprise à la recherche d'une harmonie de la jurisprudence des Parlements des régions méridionales¹²².

Au-delà de ces tentatives, quelques œuvres se construisirent de façon à embrasser une thématique spécifique, puisant aux diverses sources normatives disponibles, coutumes, droit romain tel qu'interprété par la jurisprudence, ordonnances royales. D'une certaine manière, les auteurs de tels ouvrages recouraient à la méthode des « conférences » et répondaient à ce besoin d'unité recherché dans le droit, en retrouvant certaines règles communes, mais aussi parfois contraires, parmi les différentes sources du droit. Telles furent les œuvres de J.M. Ricard, écrivant sur les Donations et sur la Représentation. Ricard avait pourtant bien conscience des limites de cette méthode¹²³. On peut dire que le même esprit régna sur l'ouvrage de Denis Lebrun, qui, à côté d'un *Traité sur la Communauté, avec un Traité des Communautés ou sociétés tacites*, fit paraître un *Traité des Successions*.

Avant les grandes synthèses que le XVIII^e siècle devait voir apparaître, il faut encore faire mention d'un travail réalisé par Claude Berroyer (1655-1735), avocat au Parlement de Paris, en étroite collaboration avec Eusèbe de Laurière (1659-1718). En 1699 paraissait en effet leur *Bibliothèque des Coutumes*, qui devait être

à plusieurs égards : non seulement l'auteur fait nettement ressortir ce qui peut avoir justifié les divergences existant entre les différentes coutumes, rendant beaucoup plus difficile que ne le pensait Dumoulin leur réduction à une seule pour l'ensemble du royaume, mais il souligne clairement ce que nous avons déjà relevé dans le corps de notre article, à savoir que le droit romain, tel qu'il était pratiqué dans les régions méridionales de la France, était interprété de façon très diverse ; il s'adaptait en quelque sorte à la coutume jurisprudentielle de chaque Parlement.

122. Le Recueil suivait de dix années un travail que l'auteur avait consacré à la *Conférence de la Jurisprudence de tous les pays de Droit écrit du Royaume et des moïens faciles et seurs pour la rendre certaine et uniforme dans tous les tribunaux*.

123. Il relevait en effet : "Il faut avouer que le Droit romain était plus excellent que le nôtre, en ce qu'il étoit poussé d'une même conduite. Toutes ses parties avoient une admirable liaison les unes avec les autres ; au lieu qu'en ce Royaume, notre Droit ayant été composé, partie de celui des Romains, et partie d'un certain Usage qui s'y est introduit, il se trouve rempli de grandes répugnances et contradictions" (J.M. RICARD, *Œuvres* t. II, Chez Michel Guignard et Claude Robustel, Paris 1713, *Traité de la Représentation*, ch. 8, nb. 62, p. 581)

rééditée en 1745 eu égard au succès qu'elle avait remporté. Dans la préface à leur ouvrage, les auteurs élaboraient un plan de travail pour réaliser une unification du droit. On peut ainsi en citer quelques extraits qui permettront de mieux saisir les projets qu'ils embrassaient :

« Il y a trois choses, entre autres, qui sont capables de faciliter la connaissance (du droit coutumier). La première est la recherche exacte de l'origine de nos coutumes et des dispositions qui leur sont propres. La seconde, une compilation entière de tout ce que nous avons de coutumes rédigées par écrit, soit qu'elles aient présentement force de loi, soit qu'elles ne l'aient plus. Et la troisième, une conférence des coutumes les unes avec les autres ; des anciennes avec les nouvelles, de celles d'un pays avec celles d'un autre ; car on peut tirer de cette conférence de certains principes généraux qui règnent par toute la France, distinguer ceux qui sont particuliers à certaines Provinces ou à certains Pays, et se faire, par ce moyen, des règles pour interpréter ce qui semble douteux, ou pour décider les questions qui peuvent naître dans les lieux dont les coutumes n'auront pas prévu des difficultés. Quand on possédera (...) toutes les Coutumes (...), on en pourra faire une conférence parfaite, et après les avoir digérées, et comme refondues toutes, pour ne prendre que le suc et la substance des meilleurs principes qu'elles renferment, on fera état d'en composer des Institutions au Droit français qui en contiendront l'esprit général, et en mettront les maximes dans un ordre et un jour capables d'en faire connaître tout l'esprit et toute la beauté. Et ce dernier ouvrage, plus important et plus utile que le premier, dont il serait le principal fruit, pourrait conduire à l'exécution du grand dessein de la réunion des Coutumes »¹²⁴.

Un tel plan de travail devait immanquablement conduire à des réalisations entreprises sans véritable direction d'ensemble ; aussi, ce furent des productions multipliées, fragmentaires que l'on vit paraître, qui se guidaient plutôt sur l'ordre des besoins¹²⁵.

124. Cl. BERROYER et E. DE LAURIÈRE, *Bibliothèque des Coutumes contenant la préface d'un nouveau coutumier général*, Chez Charles Rollin, Paris 1745, préface, p. 2.

125. Même si Laurière et Berroyer n'avaient pas constitué d'équipe de travail officielle, bien souvent les chercheurs ne leur en soumettaient pas moins

Le XVIII^e siècle devait prolonger en partie cette même quête. L'un des commentateurs de la Coutume de Touraine, Pierre Jacquet (mort en 1766), qui était avocat au Parlement de Paris, semblait vouloir s'attacher à concilier les principes coutumiers dans deux domaines complexes, celui des fiefs et celui de la justice des seigneurs. Dans la préface du Traité qu'il consacra en 1764 à ce second domaine, il dit clairement s'inscrire dans le projet formé par Dumoulin, auquel il ajoute la nécessité d'y inclure les ordonnances qui ont trait aux matières de droit privé. Voici sous quelle forme il envisage de poursuivre ce projet :

« Pour y parvenir, il se propose de concilier, quelques discordantes qu'elles soient entr'elles, toutes les loix municipales du Royaume, et d'en faire (en y ajoutant l'extrait ou refonte de toutes les Ordonnances en vigueur qui ont trait aux biens, aux droits et aux personnes des sujets de Sa Majesté, et à l'exercice de la Justice) un corps de loix, sous le titre de CODE GENERAL DE LOUIS XV, qui peut être composé en trois années, en y employant six des meilleurs Jurisconsultes de France, à qui on fournira tous les livres nécessaires pour travailler de concert à rédiger ce Corps de Loix, qui après avoir été imprimé sera envoyé au nombre de deux exemplaires à chaque Parlement ou Conseil Souverain, pour le faire lire et publier dans une assemblée générale des trois Etats des Provinces de son ressort, où chaque particulier pourra faire ses objections, pour avoir par la Cour tel égard que de raison, et ensuite l'examiner attentivement et faire ses observations en marge des articles sur lesquels elles porteront ; la même Cour nommera trois Commissaires chargés du vœu de sa Compagnie, pour se transporter à Paris où ils porteront un des mêmes exemplaires ; et après avoir tout concilié, de l'avis des Quarante-deux Commissaires assemblés par ordre du Roi dans la salle indiquée, le Code Général sera enrégistré et signé par tous ces Magistrats sur un exemplaire rédigé d'après les modifications adoptées par ceux-ci et approuvées par Sa Majesté, qui sera déposé en la

leurs travaux. En ce sens, en 1730, s'insérant directement dans le projet de nos deux auteurs, POCQUET DE LIVONNIERE publiait ses *Règles du Droit français* (notre édition est celle qui a été donnée chez Despilliy et Saugrain, Paris 1786), mais il ne s'appuyait alors que sur les coutumes de Paris, Anjou et autres "circonvoisines", qui semblaient à ses yeux représenter le droit commun coutumier.

Chancellerie, dont on enverra un exemplaire collationné par le Chancelier à chaque Parlement et Conseil Souverain, pour y servir de loi générale et être exécuté suivant sa forme et teneur.

Cette conciliation, si nécessaire au bien de l'Etat, est d'autant plus facile, que les peuples qui vivent sous la même domination seront charmés d'être gouvernés suivant les mêmes loix. Cette uniformité mettra fin à une infinité de discussions, rétablira la bonne intelligence et l'union dans les familles, et fera le bonheur des peuples »¹²⁶.

La facilité prétendue pour mettre en œuvre un tel projet n'a pas semblé frapper les esprits contemporains de la même manière ; il suffit à cet égard de mentionner la prudence qui devait animer le chancelier d'Aguesseau dans son entreprise législative, ainsi qu'on va le voir. Quant au projet de Jacquet, il ne suscita guère d'écho et pourtant, ce même XVIII^e siècle allait aussi donner naissance à des ouvrages d'une toute autre ampleur puisqu'ils avaient vocation à embrasser, non plus des domaines restreints, mais un ensemble.

À la différence des œuvres dont il a été jusqu'ici question et qui furent uniquement le fait de praticiens, d'autres furent conçues par des universitaires et peuvent être considérées comme réalisant une mise au clair des enseignements portant sur le droit français, dont on sait qu'il avait été introduit dans le cursus universitaire par l'Edit de Saint-Germain de 1679.

Deux figures dominent tout particulièrement, même si d'autres ouvrages ont pu voir le jour, dus à d'autres professeurs dont les objectifs étaient cependant moins larges. La première est bien connue, au moins de nom, de tout juriste de droit privé, puisqu'il s'agit de Robert-Joseph Pothier (1699-1772) qui fut conseiller au Présidial d'Orléans avant de devenir professeur royal de droit français au sein de l'université de la même localité. Il avait commencé par publier en 1740, soit neuf années avant sa nomination au poste de professeur, un *Commentaire de la Coutume d'Orléanais*, suivi entre 1748 et 1752 de sa remise en ordre des Pandectes de Justinien, *Pandectæ Iustinianæ in novum ordinem digestæ*. Cette entreprise constitua elle-même déjà un travail tout à fait remarquable. En 1761, il donnait son *Traité des obligations*, qui constitue certainement ce qui a été considéré comme

126. Cf. JACQUET, *Traité des Justices des seigneurs et des droits dépendants*, à Lyon chez J.B. Reguilliat, à Paris chez Louis Cellot et les Frères Estienne, 1764, Avertissement, pp. IX-X.

son chef-d'œuvre, qu'il développera par la suite en une série de traités sur le contrat de vente (1762), la constitution de rente (1763), le change (1763), le louage (1764), le bail à rente (1764), les louages maritimes (1765), la société (1765), les cheptels (1765), les contrats de bienfaisance (1766-1767), le prêt à usage, le prêt de consommation, le contrat de dépôt et de mandat (1767), le contrat de nantissement (1767), les contrats aléatoires, assurances, prêt à la grosse aventure, le jeu (1767), le contrat de mariage (1768), la communauté (1769), le douaire (1770), le droit d'habitation (1771), les donations entre mari et femme (1771), le don mutuel avec une interprétation de l'article 68 de la coutume de Dunois (1771), un traité du droit de Domaine, de propriété, puis du droit de possession (1771-1772). La mort devait laisser inachevée une œuvre qu'une série de manuscrits sur des matières diverses, publiés sous les auspices de son ami Guyot, aurait complétée¹²⁷. On a tout loisir de constater l'ampleur du travail entrepris par Pothier sur le droit français, puisqu'il embrasse la quasi-totalité des domaines ressortant au droit privé, même si les traités posthumes n'ont pas ce caractère achevé des œuvres publiées du vivant de l'auteur. Il y avait là un fonds auquel n'allaient pas manquer de puiser les codificateurs du XIX^e siècle, de même que les auteurs des grands traités construits à partir du Code de 1804.

Il reste que, par delà les différents traités, Pothier ne conçut que deux ensembles complets de droit : son *Introduction à la Coutume d'Orléanais*, que précède une introduction générale aux coutumes, prétend décrire un système objectif, en suivant la division tripartite des *Institutes* de Justinien, personnes, choses, actions¹²⁸. Par ailleurs,

127. On y trouve ainsi traités les successions, les hypothèques, la subrogation, la vente des immeubles par décret, la représentation, la tutelle, les servitudes, les donations entre vifs, les substitutions, les testaments, les procédures civile et criminelle. Joseph-Nicolas GUYOT (1728-1816) avait quant à lui dirigé la publication entre 1775 et 1786 des soixante-quatre volumes de son *Répertoire de Jurisprudence*, chez Panckouke, Paris, sous forme d'une encyclopédie complète du droit, par ordre alphabétique, bien dans le goût du jour favorable aux dictionnaires encyclopédiques de toute sorte. Bon nombre des articles de ce Répertoire seront repris par MERLIN de Douai, complétés pour le droit intermédiaire dans son *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 13 volumes, Chez Bertin et Danel, Chez Garnery, Paris 1807 ; c'est là la première édition, mais l'ouvrage connaîtra plusieurs éditions postérieures qui le porteront à 18 volumes ; MERLIN avait collaboré d'ailleurs au *Répertoire GUYOT*, pour toutes les questions intéressant le ressort du Parlement de Flandre.

128. Pothier écrit en effet : "On distingue trois différentes espèces de nos lois

dans un petit traité composé et inséré dans sa remise en ordre des Pandectes, sous le titre XVII du Livre L, Pothier exposait une division des matières qui reposait sur un point de vue individualiste, dans la mesure où, partant de l'observation du monde et notant l'existence de *res in commercio*, corporelles et incorporelles, il adoptait alors un parti différent pour examiner l'utilité même de ces choses ; il admettait qu'existent des droits subjectifs qui ont directement pour objet ces choses ou simplement ne font que les concerner.

Sur le plan de la méthode, Pothier recourait à une axiomatique qui procédait à partir de définitions, pour fonder ensuite l'examen des matières en sections, articles et paragraphes, méthode que l'on retrouvera à l'œuvre dans tous ses ouvrages.

Moins connu, notamment pour avoir trop négligé le droit des obligations qui lui semblait plus ressortir au droit romain, Augustin-Marie Poullain du Parc (1703-1782), qui avait été avocat avant que ne lui soit confiée la chaire de Droit français à la Faculté de Droit de Rennes¹²⁹, devait publier successivement deux œuvres qui allaient connaître un gros succès : ce fut d'abord *La Coutume et la Jurisprudence du Parlement de Bretagne dans leur ordre naturel*, suivi des *Principes du Droit français suivant la coutume de Bretagne* dont les douze volumes représentent en réalité une suite de traités sur les différentes matières qu'étudiait dans le même temps Pothier. Souffrant de l'ombre que devait lui procurer l'œuvre du professeur d'Orléans, les divers traités de Poullain du Parc ne s'en inspirent pas moins d'un état d'esprit très proche ; ils allaient inspirer et fournir bon nombre de matériaux à celui qui fut autrefois son élève, Toullier (1752-1835), lorsqu'il composa son *Cours de Droit Civil*¹³⁰. Il reste que Poullain du Parc, à l'instar de son homologue orléanais, s'était lui

coutumières. Nous traiterons sommairement de cette division dans le premier chapitre de cette introduction. Dans les trois premiers chapitres suivants, nous donnerons quelques notions générales sur les trois objets généraux de notre droit municipal, qui sont les personnes, les choses et les actions." (Coutume d'Orléanais, éd. Siffrein, Paris 1824, t. XV, nb. 4, p. 2).

129. Cf. E. CHENON, *Les anciennes facultés de droit de Rennes*, H. Caillière éd., Rennes 1890, n° 10 & 33.

130. Disséminées dans les divers volumes de l'œuvre de C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français*, Cotillon, J. Renouard et Cie, Paris s.d., les références aux ouvrages de POUILLAIN, pour être fréquentes, y sont cependant largement contrebalancées par celles qui ont été mises en rapport avec les traités de POTHIER et relevées par l'annotateur et le continuateur de TOULLIER, J. B. DUVERGIER.

aussi engagé sur une voie déjà largement ouverte en recourant au discours jusnaturaliste, l'inscrivant jusque dans le titre même de son premier ouvrage relatif à la coutume bretonne. D'une certaine façon, il sacrifiait par là au goût du temps¹³¹. Si le courant tenant de cette pensée devait rejaillir sur les formulations qui seront faites au siècle suivant, notamment dans le domaine de la matière contractuelle¹³², ces ouvrages qui constituaient de véritables sommes sur l'ensemble du droit privé, préparaient aussi la réflexion qui était menée en faveur d'une possible et souhaitable codification du droit.

Dans les Pays-Bas méridionaux, la place prise par la législation pour réguler le droit, à côté du droit coutumier, était déjà fort bien perçue durant le XVII^e siècle. Deux auteurs s'étaient en effet

131. Si une majorité put sembler se rattacher aux principes du jusnaturalisme, on ne peut cependant parler d'une unanimité. En effet, dans le *Discours Préliminaire* à la *Théorie des Lois civiles*, publiée à Londres en 1767 (rééditée dans la collection "Corpus des œuvres de philosophie en langue française", éd. Fayard, Paris 1984), Simon-Nicolas-Henri Linguet (1736-1794) entreprenait de s'attaquer à tout ce que les publicistes avaient conduit à faire admettre, combattant Montesquieu pour avoir entrepris de développer l'*Esprit des lois* tout en se méprenant sur leur nature : ses affirmations sont alors devenues de véritables oracles indiscutés et indiscutables (*Discours Préliminaire*, p. 52-54 de la réédition signalée) et taxant Bodin, Grotius et Pufendorf d'avoir obtenu une réputation étendue "sans que l'on sache sur quoi elle est appuyée" (id., p. 57). Linguet semble bannir toute idée d'un droit naturel fondé sur la seule raison, pour lui préférer une conception résolument volontariste du droit, expression de la seule volonté générale à laquelle tous doivent participer et consentir. A cet égard, il explique : "Quand les Etats Généraux sont assemblés en France, leurs résolutions pourront n'être pas plus la volonté générale que celles du Parlement ne le sont en Angleterre". Cela provient du fait que le Roi peut tout anéantir par sa seule volonté. Cependant, cette volonté générale peut se voir reconnue et alors "c'est par des représentants en petit nombre que la volonté générale est censée se manifester... Ce que le plus grand nombre d'entre eux a arrêté devient juste. La volonté générale est soumise à leur volonté particulière" (*Annales politiques*, in *Œuvres*, Londres 1789, t. 15, pp. 172 ss.).

132. Les œuvres de Pothier ne limitèrent pas leur influence au seul droit continental, puisque le droit anglais devait également lui faire bon accueil. Pothier fut, en effet, utilisé par les auteurs anglais qui, tranchant avec leur propre tradition juridique, reçurent des éléments théoriques empruntés au droit du continent, notamment à l'égard de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Sur cette question, on ne peut que renvoyer à l'ouvrage remarquable donné par P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford rééd. 1985, pp. 399-400.

particulièrement attachés à produire des ouvrages réalisant une forme de synthèse de la législation des princes. Ce fut en premier lieu Frans van den Zype ou *Zypæus* (1580-1650) qui, chanoine et official à Anvers, à côté de plusieurs œuvres consacrées au droit canonique, réalisa cette première synthèse dans ses *Notitiæ juris belgici* en 1635, intéressées surtout à l'étude des ordonnances des XVI^e et XVII^e siècles, par lesquelles une unification du droit avait déjà été en partie réalisée¹³³. Nous trouvons ensuite Antoine Anselmo (1589-1668)¹³⁴, qui était avocat et échevin à Anvers, et qui publia plusieurs ouvrages, dans lesquels il analyse et commente les principaux actes législatifs des princes ; ce seront notamment le *Placaetboek van Brabant* ou *Livre des placards de Brabant* en 1648, le *Codex Belgicus* en 1649, le *Tribonianus Belgicus* en 1662 et les *Commentaria ad Perpetuum Edictum*.

Sur le plan de la doctrine, par contre, la fin du XVII^e et le XVIII^e siècle témoignent, en Belgique, d'une désaffection certaine et il semble bien que l'école du droit naturel n'essaima pas particulièrement chez les juristes belges. On peut toutefois relever l'existence de deux œuvres qui tenaient un exposé synthétique : ce fut tout d'abord le *Précis des institutions du droit Belgique* de Georges de Ghewiet (1651-1745)¹³⁵, ouvrage qui connut 12 éditions entre 1722 et 1759. L'auteur de ce *Précis* avait été un avocat gantois, passé au service de Louis XIV lors des invasions des provinces belges et qui resta attaché au Parlement français de Flandre. Aussi s'efforça-t-il de permettre aux juristes français de comprendre les particularités et les complexités des coutumes des provinces belges occidentales, ce qui n'était déjà pas si mal, même s'il a semblé à certains que le résultat obtenu fût assez médiocre¹³⁶.

133. Sur *Zypæus*, voir L. VERBECK, *François Zypæus, juriste belge*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. 36, 1968, pp. 267-311 et *sub verbo* "Zypæus", in *Nationaal Biografisch Woordenboek*, t. 3, 1968, col. 989-996.

134. Sur Anselmo, cf. J. VAN ROMPAEY, *sub verbo* "Anselmo" in *Nationaal Biografisch Woordenboek*, t. 1, 1964, col. 27-36. Il faut noter que le *Codex Belgicus* n'est en fait qu'un répertoire alphabétique des matières déjà traitées dans les *Placaetboeken van Brabant*. Un avocat de Bruxelles, J.B. VERLOOIJ (1746-1797) devait, un siècle plus tard, établir un répertoire similaire, le *Codex Brabanticus* en 1781, dans lequel il donnait des extraits des ordonnances sous chaque *verbo*.

135. Nous avons déjà fait mention *supra* de cet ouvrage en note 73.

136. Cf. J. GILISSEN, *Introduction ...*, *op. cit.* note 30, p. 343.

Le second auteur était Dominique de Sohet (1728-1811), avocat liégeois, qui publia, entre 1770 et 1781, ses *Instituts de droit ou Sommaire de Jurisprudence canonique, civile, féodale et criminelle pour les pays de Liège, de Luxembourg, Namur et autres*¹³⁷. Ces *Instituts* présentent assez clairement une synthèse du droit liégeois, comparé au droit coutumier des provinces orientales de la Belgique, restées sous tutelle autrichienne.

En tout cas, ces deux ouvrages ne peuvent pas s'inscrire dans une conception qui tendait à dominer le monde intellectuel au temps de leur publication, la conception du droit naturel, à laquelle ils demeurent totalement étrangers.

La quête vers l'unification : la codification du droit

Le travail qui devait déboucher sur la codification réalisée en 1804 tend à focaliser notre façon d'envisager le ou les codes et à nous donner à croire que, pour s'être véritablement trouvée accomplie au début du XIX^e siècle, l'œuvre de codification résultait d'une réflexion assez récente. Or, il semble bien qu'il n'en soit rien, car le thème de la codification, s'il devait trouver un écho plus fort dès la seconde moitié du XVIII^e siècle, ne participait pas moins à une démarche beaucoup plus ancienne, presque récurrente, serait-on même conduit à affirmer. Il faut également souligner que le thème même de la codification allait progressivement recouper une problématique qui reste contemporaine : le code ne sera-t-il qu'un assemblage, une compilation des textes normatifs afférant à un même thème, ou bien sera-t-il l'occasion d'une recomposition d'ensemble sur une branche du droit, obéissant à la logique d'un ordonnancement raisonné et construit de la matière¹³⁸ ? Force est de reconnaître que notre mot

137. Notre édition de l'ouvrage est la suivante : il réunit en un seul volume une première et une deuxième parties, éditées par A. Foissy à Bouillon en 1772, un Livre premier contenant le Traité des personnes, formant en fait la troisième partie, chez Guillaume-Joseph Lafontaine, à Namur en 1770, et les quatrième et cinquième parties, chez le même éditeur, Namur 1771.

138. Voir à ce sujet la définition que Jeremy Bentham donnait au Code civil : *"Un Code Civil doit être basé sur l'utilité générale pour offrir les plus grands avantages au plus grand nombre et pour couvrir toutes les obligations légales auxquelles est assujéti le citoyen. Un code doit être complet et remarquable par son intégralité pour satisfaire toutes les conditions de la cognitivité et donc de la compréhension de tous. Il doit s'assurer que chaque loi est accompagnée par un commentaire logique contenant les raisons de*

code, qui tire son origine du mot latin *codex*, n'a pas d'autre signification que celle de *volumen* ou de volume ; il n'entend donc décrire qu'une présentation matérielle. Mais le mot devait se charger aussi d'une signification nouvelle, en lien étroit avec les progrès de la rationalisation du droit. A cet égard, on peut donc être à même de dire que, de purement matérielle qu'elle était, la notion de code allait inclure un contenu idéologique, de manière souvent fort variée, mais pour autant de plus en plus présente. Si l'on s'en tient au seul domaine français, on ne peut ainsi manquer d'observer que les revendications en faveur d'une codification allaient naître, de façon toujours plus pressante, à l'époque même où s'ébauchent les premières tentatives d'une approche rationnelle du droit. Reste que, quant au contenu même des codes envisagés, il s'en faut de beaucoup que ce lien ait été d'emblée clairement perçu.

C'est en effet pour faire face à une production législative royale de plus en plus étoffée, que l'on voit apparaître dans les sessions des États Généraux qui jalonnèrent la seconde moitié du XVI^e siècle, la revendication en faveur d'une codification. Ce fut d'abord lors de la tenue des États Généraux d'Orléans en 1560 que l'on vit apparaître, clairement formulée, cette aspiration : l'article 243 du cahier du Tiers-État fait en effet valoir que « *Le tiers voudroit qu'il fust fait un recueil de ce qui devoit estre doresnavant gardé et observé entre les sujets, retranchant le surplus, et que, par ce moyen, on coupast chemin à toute longueur et affluence de procès et malice des parties et des ministres de la justice* »¹³⁹. En 1596, lors de la tenue des États

*son existence, sa justification" (De l'organisation judiciaire et de la codification), cité in S. HERMAN, Historique et destinée de la codification américaine, in Revue Internationale de Droit Comparé (R.I.D.C.), 1995, pp. 711-712. Si cette définition classique a le mérite d'une forme de réalité, il est tout à fait évident qu'en intégrant les commentaires cette définition va cependant trop loin. Reste toutefois qu'un code, outre sa clarté et sa simplicité, doit aussi se présenter comme un ensemble cohérent et n'être pas seulement une unification formelle de différents éléments en un tout, qui serait alors plus proche de la compilation ou de la "consolidation" à l'anglaise. Sur ces différents approches, cf. A. TUNC, *The Grand Outlines of the Code*, 29 *Tul. L. Rev.* 431, 1955, pp. 435-441, également J.L. BAUDOIN, *Réflexions sur la codification comme mode d'expression de la règle de droit, in Unification and Comparative Law in Theory and Practice*, 1984, p. 14, enfin P. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, sans nom d'éditeur, Paris 1898.*

139. Il faut remarquer que ce vœu était également exprimé par la noblesse dont le cahier soulignait aussi son souci de révision des questions obscures

généraux à Blois, la revendication se faisait encore plus précise puisqu'elle manifestait clairement le désir d'une codification générale : ce sont les cahiers du Clergé et du Tiers qui font valoir cette revendication ; l'article 281 du cahier du Clergé portait en effet que

*« tous les édits, ordonnances et coutumes soient receus par certains sçavants et expérimentez personnages qui seront à ce choisiz et députez, et pour éviter la confusion de la multiplicité des loix, compileront en un volume et cahier de celles qui se devront garder et qui se trouveront utiles et nécessaires en ce royaume, afin d'abroger toutes les autres »*¹⁴⁰.

"du droit escript et des coutumes affin de remettre le tout en langage clair", de même que, pour les pays de droit écrit, le désir de rassembler "les loix nécessaires et les mettre en françois, en termes certains et non ambigus ". Cf. G. PICOT, Histoire des Etats Généraux, Librairie Hachette et Cie, Paris 1888, t. II, pp. 334-335. Plus encore, le Tiers, à l'article 191 de son cahier, demandait l'unité des styles de justice, id. p. 302.

140. Cf. G. PICOT, *op. cit.* en note 139, t. III, p. 269. Cette volonté de voir procéder à une codification fut nettement évoquée déjà par l'article 207 de l'Ordonnance de Blois de 1579 en ces termes : *"Et sur la requeste qui nous a esté faicte par nos Estats de faire revoir les Ordonnances faictes par les Rois nos prédécesseurs, aucunes desquelles ont esté révoquées et abrogées, les autres ne s'observent, et à la publication d'aucunes, nos Cours souveraines ont adjousté certaines modifications contenuës en leur registre, incognuës à nos subjects ; Nous avons advisé de commettre certains personnages pour recueillir et arrester lesdictes Ordonnances, réduire par ordre en un volume celles qui se trouveront utiles et nécessaires, et pareillement rédiger, réformer et esclaircir au mieux qu'il sera possible les constitutions particulières et locales de chacune Province"*.

Ce programme ambitieux, puisqu'il visait à établir un Code des ordonnances en tenant compte des modifications qu'auraient pu leur apporter les Parlements dans leurs décisions, sans oublier aussi un travail de clarification portant sur les coutumes, sans que l'on sache exactement en quoi ce travail aurait pu consister, dut être renouvelé à plusieurs reprises lors de la session des Etats Généraux de Blois en 1588 (cf. H. CAUVIERE, *L'idée de codification en France avant la rédaction du Code Civil*, thèse D.E. Droit, sans nom d'éditeur, Paris 1910, p. 15), encore lors des Etats généraux tenus à Paris en 1614, arguant surtout du fait de l'obscurité des lois et de leur incertitude, plus que d'un souci d'uniformité (cf. G. PICOT, *op. cit.* en note 139, t. V, p. 19). Le succès ne fut malheureusement pas au rendez-vous puisque les tentatives alors entreprises ne débouchèrent jamais sur un résultat concret.

Malgré ces doléances pressantes, il n'y eut jamais qu'un commencement d'exécution. Rien n'interdit de penser que le roi Henri III, lorsqu'il chargea son Avocat Général au Parlement à Paris, Barnabé Brisson (vers 1525-1591), de procéder à la réunion en un seul volume des ordonnances dans leurs dispositions toujours en usage, n'ait pas eu l'intention réelle de voir aboutir ce travail. Cependant la mission que le roi confiait à Brisson se révélait être déjà en retrait par rapport aux demandes fortement exprimées d'une codification générale qui eût également intégré le droit coutumier, puisque seule la législation était ici concernée. Le travail devait être achevé en 1585 et allait être publié en 1587, mais sans avoir bénéficié d'une promulgation officielle. En effet, Henri III avait voulu soumettre le travail de Brisson au Parlement ainsi qu'à diverses personnes avant toute promulgation. Pendant cette procédure d'examen, le roi fut malheureusement assassiné (août 1589) alors que, par ailleurs, les troubles des guerres de religion devaient connaître une phase de reprise, ce qui eut pour résultat que le travail resta à l'état de projet¹⁴¹.

Il n'est pas improbable que le travail effectué ait pu aussi, par certains aspects, ne pas tout à fait plaire au roi dans la mesure où Brisson avait parfois agrémenté son Code de formulations de son cru qu'il rattachait à une hypothétique volonté du roi d'y souscrire par une ordonnance ultérieure. C'est ainsi que tout au long de son Code, l'auteur se référait à deux ordonnances qu'il datait respectivement de 1585 et 1586, sans autres précisions. Il semblait ainsi avoir outrepassé le mandat qui lui avait été confié. Il reste que Brisson avait pourtant fait œuvre utile, en ce sens qu'il avait refusé de rassembler les ordonnances dans leur ordre chronologique et qu'il s'était efforcé de les répartir plutôt en suivant un ordre des matières qui reste assez fortement calqué sur les précédents romains. A cet égard, il semble

141. Barnabé BRISSON qui fut par la suite Conseiller d'Etat et enfin Président à mortier au Parlement de Paris, avait une haute réputation d'érudition. Il devait connaître une fin de vie malheureuse, puisqu'à l'issue d'un procès pour le moins sommaire, alors qu'à la mort d'Henri III il penchait en faveur d'Henri IV, il fut condamné à la pendaison sur ordre des Seize et exécuté en 1591, pendu à une poutre de la Chambre du Conseil au Palais, en compagnie de deux autres conseillers, Larcher et Tardif. Cf. P. DE L'ESTOILE, *Mémoires et journal depuis la mort de Henri III jusqu'en 1611*, Nouv. Collect. des Mémoires relatifs à l'histoire de France par MM. Michaud et Poujoulat, Didier Libraire-éditeur, Paris 1854, vol. XV, pp. 65 ss. Egalement, N. GAILLARD, *Eloge historique du Président Barnabé BRISSON*, in *Revue critique de Législation*, t. IV, 1854, pp. 45-68.

bien que l'idée de code n'ait jamais entendu, dans l'esprit de son auteur, être qu'une forme de cohésion strictement matérielle, savoir, rassembler en un seul volume, beaucoup plus qu'elle eût pu signifier œuvre véritable de rationalisation du droit. Mais il est difficile de préciser quelles avaient été réellement les intentions de l'auteur qui n'a laissé à cet égard aucune préface ou aucune note sur le travail engagé¹⁴².

Par ailleurs, cet oubli d'inclure dans l'entreprise de codification le droit coutumier, peut s'expliquer par le fait que les réformes entreprises sur les grands textes, dont celui de la coutume de Paris en 1580, venaient à peine de s'achever ; par ailleurs, la coutume de Paris, du fait des soins tout particuliers dont elle avait bénéficié aux yeux des commissaires départis pour sa rédaction, ne s'était sans doute pas encore totalement imposée dans les esprits comme constituant la forme la plus achevée du droit coutumier français. Autant donc commencer par un toilettage du droit des ordonnances.

D'autres auteurs prirent eux-mêmes l'initiative, pour des nécessités de pratique judiciaire et administrative, de confectionner des recueils renfermant les ordonnances. Ainsi, en 1580, Fontanon publiait un recueil des ordonnances depuis 1108¹⁴³. Pierre Guesnois (1520-vers 1600) devait publier en 1585 sa Conférence des

142. Cf. pour l'édition consultée, *Les Basiliques ou Edicts et Ordonnances des Roys de France selon la dernière copie de feu Messire Barnabé BRISSON, avec sa conférence aux Codes Grégorian, Hermogénian, des Empereurs Théodose et Justinian et Loix des Wisigoths ...* par Nicolas FREROT, Chez Nicolas Buon, Paris 1611. Une autre édition par Louis CHARONDAS LE CARON avait précédé de peu. C'est ce même Code Henri III qui sert de base au *Commentaire sur les Ordonnances contenant les difficultez meues entre les Docteurs du droict canon et civil et décidées par icelles Ordonnances*, publié par Adam THEVENEAU, Chez Jean Guignard, Paris 1629, et dédié au Cardinal de Richelieu. Cependant, ce dernier ne reprendra à la compilation de Brisson que les six livres plus particulièrement orientés sur le domaine du droit privé, des matières bénéficiales, de la procédure et du droit criminel, omettant donc quatorze livres du Code Henri III. Mais pour les six livres dont il assurera le commentaire, fort complet par ailleurs, Theveneau ne changera rien à la composition que leur avait donnée Brisson, ni même aux propositions d'énoncés législatifs que ce dernier avait faites, qu'il reprend intégralement en leur attribuant l'année 1585.

143. A la demande du chancelier Sillery, il sera réédité par LA ROCHEMAILLET en 1611, en trois volumes *in-folio*. L'ouvrage révéla vite ses limites dans la mesure où les très nombreux textes repris, bien que classés dans un ordre méthodique, n'y sont pas toujours donnés *in extenso*.

Ordonnances royaux selon une méthode de classement qui participe d'une idée assez proche de celle de Brisson pour ensuite rapporter, dans un ordre chronologique, les textes relatifs à une rubrique. Dans son Avertissement au lecteur, Guesnois dit n'avoir conservé des textes que leurs dispositions proprement dites, après en avoir retranché les préambules ou « *préfaces inutiles et superflües (...) d'autant que les préfaces sont le plus souvent ennuyeuses et aussi que toutes les loix et ordonnances doivent estre comprises en peu de paroles* »¹⁴⁴. En 1620, deux autres particuliers, Néron et Girard, proposaient à leur tour un recueil des ordonnances dans un ordre chronologique¹⁴⁵.

Pour terminer ce panorama, on ne peut manquer de mentionner le travail que publiait en 1628 Jacques Corbin, sous le nom de Code Louis XIII. La préface de l'ouvrage vient justifier le parti-pris méthodologique voulu par son auteur, et ce, de manière d'autant plus intéressante qu'il prend appui sur les travaux déjà réalisés en la matière. Il y explique ses intentions en ces termes :

« Cela ne se pouvoit qu'en remettant toutes les Ordonnances entières, pour y lire toutes les raisons et les momens de leurs dispositions. S'il est incivil de juger d'une loy sans l'avoir toute entenduë, et si c'est calomnier, non pas interpréter, que de tronquer les textes, qui pourroit jamais louër ce ramas d'Ordonnances, conférées en quelques mots ou semblables ou contraires ? Que sçait-on si c'est le même texte des Ordonnances, et si l'autheur n'y a point apporté du sien ? Que sçait-on si en l'article suivant ou précédant, il n'y a rien de contraire, ou qui limite ou qui restraigne ? Bref, il faut voir une Ordonnance toute entière comme n'estant qu'une seule loy ».

A cette différence affichée de méthode, Corbin ajoute une critique des Codes précédents :

« En la compilation de Fontanon, il a tronqué les Ordonnances pour les vouloir mettre sous ses Titres. La

144. Cf. P. GUENOYS, *Conférence des Ordonnances royaux*, Avertissement au lecteur, recto, Pour les héritiers de Symphorien Beraud, Lyon 1593.

145. Augmenté par Eusèbe DE LAURIERE, il sera réédité en 1720 en deux volumes *in-folio*. Point n'est besoin de faire ici mention du *Code Henri IV* établi par Thomas CORMIER, qui a fort peu d'intérêt parce qu'il s'intéressa beaucoup moins aux ordonnances en tant que telles qu'au droit romain dont il tentait une vaine conciliation avec les ordonnances.

Conférence (i.e. celle de P. Guesnois) les a encore davantage mutilées. Le Code Henri III depuis appelé Basiliques, n'est pas composé du vray texte des Ordonnances, mais d'un meslange et nouveau langage que l'on espéroit faire passer comme nouvelles Ordonnances, et les faire vérifier en Parlement, ce qui n'a point esté fait. Le Code Henri IV ne contient pas un seul texte des Ordonnances, ains une nouvelle composition et meslange des Loix du droict Romain avec nos Ordonnances. Moy tout au contraire, j'ay laissé les Ordonnances toutes entières (...) Quoique j'aye mis les Ordonnances toutes entières, toutefois je les ay colloquées par l'ordre du sujet qu'elles traitent (...) »¹⁴⁶.

Ce ne fut que sous le règne de Louis XIV que l'entreprise de codification devait prendre une nouvelle ampleur, à l'instigation de Colbert qui ne visait pas tant à introduire un nouveau droit, qu'à rationaliser l'ordre et l'expression d'un droit très dispersé dans différentes sources pas toujours aisément accessibles.

Mais en marge de cette initiative officielle, il ne serait pas juste de passer sous silence les efforts déployés par un très grand magistrat français, le Premier Président du Parlement de Paris, Guillaume de Lamoignon (1617-1677). Il avait pris sur lui de rassembler autour de lui un aréopage de magistrats et de praticiens pour tenter de mettre en œuvre une forme de codification du droit coutumier français, en lien avec les interprétations qu'en avait faites la jurisprudence des Parlements. Ce n'était là, bien évidemment, qu'une entreprise privée qui ne semble pas avoir suscité l'enthousiasme du roi et de son ministre qui, eux, conduisaient un tout autre projet. Quoi qu'il en soit, résultait de ces travaux un ouvrage assez remarquable intitulé *Les Arrestez de Monsieur le Premier Président de Lamoignon*¹⁴⁷ qui

146. Cf. J. CORBIN, *Code Louis XIII*, Raisons de l'ordre et contexture du Code Louys le Juste, Chez Michel Soly, Paris 1628, recto et verso non paginés.

147. Le titre complet de l'ouvrage est le suivant : *Arrestez ou Loix projetées dans des Conférences de Monsieur le Premier Président de Lamoignon pour le pays coûtumier de France et pour les Provinces qui s'y régissent par le Droit Ecrit*, sans indication d'éditeur et de lieu, 1702. Relevons que ce même magistrat assista aux discussions sur les textes que Colbert proposa et que, relativement à l'Ordonnance de 1670 qui opérait codification de la procédure criminelle, il s'était fortement élevé contre certaines propositions du texte qui lui semblaient attentatoires aux droits de l'accusé, notamment quant au droit

embrassait toute une partie du droit civil féodal, commençant par l'état des personnes, en passant par le statut des biens féodaux et les droits y afférant, les hypothèques, la communauté matrimoniale, les successions, les donations, les substitutions et quelques autres titres qui feront partie du programme envisagé par le chancelier d'Aguesseau un peu plus tard.

La réforme entreprise par Colbert devait débiter le 27 septembre 1665 sous la présidence du Roi lors des séances du « Conseil général de réformation de la justice », créé tout exprès pour déboucher sur la confection de codes. C'est alors par la procédure que l'on commença. Les membres du Conseil furent invités individuellement à dresser des mémoires sur ce qu'ils envisageaient comme devant être réformé, cependant que des maîtres des requêtes étaient dépêchés dans les provinces avec mission de rechercher, en lien avec les premiers présidents et procureurs généraux des Parlements, la nature et l'importance des abus. On put ainsi recueillir les rapports des membres du conseil, ainsi que de nombreux mémoires privés. Certes, il s'était agi avant tout de réformer les abus qui auraient pu se glisser dans l'administration de la justice, mais l'idée de codification n'en était pas pour autant absente.

Des vingt-trois mémoires reçus par le souverain, il ne peut être ici question de faire le détail¹⁴⁸. Mais parmi tous ces mémoires, l'un d'entre eux mérite tout particulièrement que l'on s'y attarde un peu ; il émane de l'oncle de Colbert, Pussort¹⁴⁹, qui exerça sur la législation postérieure une influence considérable. Pussort se montre conscient de la difficulté qu'il y aura de vouloir assujettir tous les juges à

d'avoir un avocat, droit qu'il énonce comme étant de droit naturel (cf. *Procez verbal des Conférences tenues par ordre du Roy, Chez les Associés choisis par Sa Majesté pour l'impression de ses nouvelles ordonnances*, Paris 1724, sous art. 8 du tit. XIV de l'ordonnance de 1670, pp. 161-162).

148. Ils se trouvent tous à la B.N. dans le fonds Clairembault, n° 613. Pour le surplus d'informations concernant les auteurs et le contenu de ces mémoires, on se contente de renvoyer à l'ouvrage capital de J. VAN KAN, *Les efforts de codification en France, étude historique et psychologique*, A. Rousseau et Cie éd., Paris 1929, pp. 67-80.

149. Sur le rôle important joué par PUSSORT dans l'entreprise de codification, rôle qui ressort très nettement des procès-verbaux conservés concernant les réunions de discussion autour des futurs textes des ordonnances de 1667 et 1670, cf. P. CLEMENT, *La réforme des Codes sous Louis XIV d'après des documents inédits*, in *Revue des questions historiques*, t. VII, 1869, pp. 115-144.

l'observation des mêmes règlements, eu égard au maintien de leurs privilèges que les régions comme les villes ont pu se faire accorder lors de leur incorporation dans le royaume. Laissant à cet égard la décision au seul Roi, il se révèle cependant tout à fait favorable à la confection d'un véritable Code, non comme ceux qui l'ont précédé, Code Henri III ou Code Louis XIII, mais en ordonnant en un seul volume les matières générales, rangées sous des titres spécifiques¹⁵⁰. Il semble bien que Pussort avait entendu viser là une réglementation uniforme du droit civil, sans s'arrêter à la seule procédure.

On sait que c'est de ce travail préparatoire très soigné que devaient découler les grandes ordonnances de Louis XIV, dont il n'est pas exagéré de dire que chacune, dans son domaine, constituait une véritable codification : ce furent l'ordonnance civile de 1667 constituant Code de procédure civile, l'ordonnance criminelle de 1670, véritable Code d'instruction criminelle, celle de 1673, qui constitue un véritable Code du commerce terrestre qui sera complété par l'ordonnance de 1681 traitant du commerce maritime, mais aussi des juridictions et du domaine public maritime, celle de 1679, Code des Eaux et Forêts, mêlant ici procédure et droit substantiel, l'ordonnance de 1684 sur la Marine militaire, enfin celle de 1685 dénommée Code Noir, concernant le statut des esclaves des colonies¹⁵¹.

Bien peu de ces textes font véritablement œuvre nouvelle quant au fond du droit et si des améliorations ont été çà et là apportées à l'occasion, un grand pas avait été fait pendant dans le sens d'une unification, fort bienvenue dans le domaine complexe et touffu des procédures. La qualité du travail entrepris ici fut telle que les Codes de la période napoléonienne y puiseront à pleines mains, à des degrés divers certes ; le Code de commerce de 1807 en tout cas, avait repris très largement aux dispositions des ordonnances de 1673 et 1681¹⁵².

150. Cf. J. VAN KAN, *op. cit.* en note 148, pp. 69-71.

151. On sait que ce dernier texte, un moment abrogé sous la Révolution, devait être remis en vigueur rapidement pour ne pas ruiner les productions coloniales et qu'il fallut attendre 1848 pour voir son abrogation définitive. Le texte en a été republié assez récemment par L. SALA-MOLINS, en lien avec l'ordonnance de 1724 qui réactive ses dispositions, sous le titre : *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, P.U.F., Paris 1987.

152. Ce ne fut qu'en 1966, avec les fameuses lois Rodière, que la matière du commerce maritime devait s'écarter des dispositions de l'ordonnance de 1681. Cette réforme eut l'immense inconvénient d'enfermer le droit maritime français dans une sorte de spécificité franco-française de peu d'intérêt qui

Par ailleurs, Louis XIV décidait la préparation d'une collection qui entendait réunir, dans un ordre chronologique, toutes les ordonnances de ses prédécesseurs. Le premier volume de ce recueil précédait d'un siècle l'entreprise similaire que le Royaume-Uni devait engager entre 1810 et 1825, par l'intermédiaire de la *Record Commission* de la Chambre des Communes en publiant les douze volumes *in-folio* des *Statutes of the Realm* qui couvraient une période allant de 1235 à 1713 ; il ne devait paraître qu'en 1723, soit après la mort du Roi. Mais en France, l'exécution de ce grand dessein se révéla fort longue et sujette à bien des divergences d'interprétation sur ce qu'il fallait inclure ou rejeter en tant qu'ordonnance. Le tome XIV paraissait en 1790, épuisant tous les règlements du long règne de Charles VII, bien que la Révolution, jointe à la chute de l'Ancien Régime, enlevassent à la compilation tout intérêt pratique ; cependant, pour les historiens, cette collection se révélait toutefois être une source de très grand intérêt, ce qui conduisit à en continuer la publication entre 1811 et 1844, avec sept volumes complémentaires, pour conduire jusqu'à la mort de Louis XII¹⁵³.

Lors du règne de Louis XV, l'idée de voir aboutir une codification du droit civil persista, sans pour autant être relayée par le chancelier d'Aguesseau de manière aussi pressante. Ne faisait-il pas remarquer, dans sa septième mercuriale, qu'il prononça lors de la Saint-Martin 1704 :

« Chaque peuple, chaque province a ses lois, et, si on ose le dire, sa justice. Les montagnes et les rivières qui divisent les empires et les royaumes sont aussi devenues les bornes qui séparent le juste et l'injuste. La différence des loix forme plusieurs Etats dans un seul. Il semble que pour abattre l'orgueil des hommes, Dieu ait pris plaisir à répandre la même confusion dans leurs Loix que dans leurs

éloigna les nouvelles dispositions de la pratique internationale. Elle opérait notamment une distinction inconnue des droits des autres nations maritimes en créant un statut particulier pour le contrat de transport, donnant un régime spécifique au connaissement, et un autre pour la charte-partie opérant location de navire. Cette réforme tombait à une période de crise de la marine marchande française et tendait à en isoler les pratiques par rapport à celles qui existaient au plan international. Avec le recul, on se demande toujours ce qui a pu conduire à ces principes particularistes et complexes et s'il n'y aurait pas lieu de ne pas se démarquer à ce point de la pratique internationale.

153. Sur ce recueil, on se contente de renvoyer à F. OLIVIER-MARTIN, *Les lois du Roi*, coll. Reprint, L.G.D.J., Paris 1997, pp. 15-33.

Langues ; et la Loi qui, comme la parole, n'est donnée aux hommes que pour les réunir, est devenue comme la parole, le signe et souvent le sujet de leurs divisions »¹⁵⁴.

Il reste qu'il se laissa gagner, quoique prudemment, par un désir de voir s'affirmer une forme d'unité législative. Il avait consacré deux mémoires à cette question, le premier qui peut remonter à 1725, *Mémoire sur la réforme de la justice*¹⁵⁵, le second, rédigé quelque deux années plus tard, *Mémoire sur les vues générales que l'on peut avoir pour la réformation de la justice*¹⁵⁶. Dans ces deux textes, le chancelier se montre indubitablement attiré par le désir d'unité législative en matière de droit civil, même si, par la suite, il semble avoir quelque peu cédé devant l'ampleur de la tâche ; il reste qu'il est tout à fait légitime de penser qu'il a pu vouloir en tenter une réalisation progressive, par degrés, par la voie de réformes partielles qui, toutes jointes ensemble, finiraient par former un corps complet des lois.

Avant même l'unification qui semble rester un but ultime, il apparut important à ses yeux, de gommer, ou même simplement réduire, les divergences qui pouvaient exister entre « pays de coutumes » et « pays de droit écrit »¹⁵⁷.

Certes, hormis l'ordonnance de 1731 sur les donations, qui devait consacrer une uniformisation de la jurisprudence des cours en

154. Cf. *Œuvres de Monsieur le Chancelier d'Aguesseau*, *op. cit.* en note 108, t. I, p. 114.

155. Ce Mémoire a été édité par F. MONNIER in *Le chancelier d'Aguesseau*, Megariotis reprints, Genève 1982, rééd. de l'éd. de Paris faite en 1863, pp. 459 ss.

156. Ce Mémoire se trouve dans les *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, éd. Pardessus, Paris 1819, t. XIII, pp. 220-228.

157. Il écrivait dans son premier mémoire à propos de ces divergences : "*Le droit privé est composé de deux sortes de lois : les unes sont les lois romaines, ou ce que l'on appelle le droit écrit, qui est regardé et observé comme une véritable loi dans plusieurs provinces du Royaume, auxquelles nos Rois ont permis de continuer de s'en servir, lorsque les peuples de ces provinces ont été réduits entièrement sous leur obéissance ; les autres sont des coutumes rédigées par l'autorité du Roi et confirmées par ses lettres-patentes, pour avoir lieu dans certaines provinces, qu'on nomme pour cette raison, le pays coutumier parce qu'il est régi par les coutumes ; coutumes qui, par leur diversité, et souvent par leur contrariété, forment des règles de justice si peu semblables les unes aux autres que ce qui est juste en-deçà d'un ruisseau, est injuste au-delà (...)*". Cf. *Œuvres complètes ...*, t. XIII, p. 205.

la matière, déjà largement entamée, les textes qui suivirent seront à cet égard plus timorés dans la mesure où ils préservaient une diversité entre pays de tradition coutumière et pays de tradition romaniste sur des matières-clé, comme les testaments en 1735 et les substitutions en 1747. C'est dans le préambule de l'ordonnance sur les donations de 1731, que le chancelier exprimait le plus clairement son intention :

« La Justice doit être aussi uniforme dans ses jugemens que la loi est une dans ses dispositions, et ne pas dépendre de la différence des temps et des lieux (...). Leur principal objet (aux lois) est de prévenir les procès, encore plus que de les terminer ; et la route la plus sûre pour y parvenir est de faire régner une telle conformité dans les décisions que, si les Plaideurs ne sont pas assez sages pour être leurs premiers juges, ils sçachent au moins que dans tous les Tribunaux, ils trouveront une Justice toujours semblable à elle-même par l'observation constante des mêmes règles. Mais comme si les Loix et les Jugemens devoient éprouver ce caractère d'incertitude et d'instabilité, qui est presque inséparable de tous les ouvrages humains, il arrive quelquefois que, soit par un défaut d'expression, soit par les différentes manières d'envisager les mêmes objets, la variété des Jugemens forme, d'une seule Loi, comme autant de Loix différentes, dont la diversité et souvent l'opposition, contraires à l'honneur de la Justice, le sont plus encore au bien public. De là naît en effet cette multitude de conflits de Jurisdictions, qui ne sont formés par un Plaideur trop habile, que pour éviter par le changement de Juges, la Jurisprudence qui lui est contraire et s'assurer celle qui lui est favorable¹⁵⁸ ; en sorte que le fond même de la contestation se trouve décidé par le seul jugement qui règle la compétence du Tribunal »¹⁵⁹.

158. Cette observation n'est pas sans rappeler la critique acide que Swift faisait du fonctionnement des institutions judiciaires de son pays. On se contente de renvoyer le lecteur curieux à ce texte tout à fait intéressant qu'il trouvera dans le chap. V du *Voyage chez les Houyhnhnms*, in *Voyages de Gulliver*, éd. La Pléiade, Paris 1965, pp. 257-258.

159. Cf. J.A. SALLE, *L'esprit des ordonnances et des principaux édits et déclarations de Louis XV en matière civile, criminelle et bénéficiaire*, Chez Saugrain fils, Paris 1759, pp. 1-2. Certes moins longuement, les préambules des autres ordonnances reviendront sur la nécessaire unité de jurisprudence. En 1735, dans l'ordonnance sur les testaments on lit : "Dans la résolution

Ces trois ordonnances semblent pourtant n'avoir constitué que le début d'une démarche de plus grande ampleur : le chancelier avait en effet envisagé de régler par voie législative les successions *ab intestat*, les renonciations aux successions futures, les contrats de mariage, les secondes noces, les hypothèques, le bénéfice de restitution, la prescription, l'usure et l'intérêt de prêt d'argent, la cession de droits litigieux, la tutelle et la puissance paternelle, les cens, fiefs et retraits lignagers, l'absence, les biens propres, le suicide¹⁶⁰. Vaste, même trop vaste programme, que ne put mener à bien le chancelier, mais qui laisse totalement de côté un large pan du droit civil : la matière des obligations en tant que telle, n'apparaît nulle part. Est-ce parce que les règles tirées du droit romain satisfaisaient largement aux besoins ? C'est tout à fait probable.

En tout cas, l'immensité de l'œuvre à accomplir en ce sens est la raison qui vient justifier que la codification du droit civil n'ait pu être véritablement entamée sous Louis XV. Il a semblé plus urgent à d'Aguesseau de mettre fin à ces diversités de jurisprudence qui existaient entre les différents Parlements, ce qui, incontestablement, constituait déjà un premier pas.

Pourtant, au milieu du XVIII^e siècle, la publication de différents codes qui devait se poursuivre jusqu'à l'aube de la Révolution, montre que l'idée d'une codification comme absolument nécessaire tend à s'affirmer très fortement. Il s'en faut de beaucoup pourtant que les œuvres publiées en ce sens soient de véritables codifications. Ce ne sont pour la plupart d'entre elles que des compilations de textes relatifs à une même matière, quitte à les rapporter à la jurisprudence la plus récente : l'on aura ainsi en 1744 le Code de la Librairie de Saugrain, en 1752 le Code Pénal de Laverdy, en 1757 le Code de la Police de Duchesne, en 1761 un Code des Terriers dont on ignore l'auteur et, la même année, le Code des Seigneurs haut-justiciers de Henriquez, puis en 1766 le Code matrimonial de Le Ridant, ouvrage qui sera proposé également en 1770 par Camus, en 1778, le Code corse, qui semble avoir été une œuvre officielle réalisée par un

générale que nous avons prise de faire cesser toute diversité de Jurisprudence entre les différentes Cours de notre Royaume sur les matières où elles suivent les mêmes loix (...)" (cf. SALLE, op. cit., p. 111) ; ou encore dans le texte de 1747 sur les substitutions qui reprend presque mot pour mot ces arguments pour conclure : "Nous nous sommes proposés ensuite d'établir la même uniformité de Jurisprudence à l'égard des substitutions fidéicommissaires (...)" (cf. SALLE, p. 334).

160. Cf. J. VAN KAN, *op. cit.* en note 148, p. 105, en note 5.

département ministériel et qui, en tout cas, sortit de l'imprimerie royale ; pour terminer, ce fut un projet d'acte de promulgation d'un Code de commerce, préparé par un ministre de Louis XVI, Hue de Miromesnil, qui achevait en 1782 un texte d'ordonnance réformant le texte antérieur de 1673. Seul, ce dernier semble avoir véritablement approché l'idée d'une codification au plein sens du terme.

Il faut dire que les années qui ont précédé la Révolution ont vu s'intensifier la revendication en faveur d'un code, tant chez les publicistes que chez les jurisconsultes¹⁶¹ et l'on assista même à la tentative de quelques-uns pour la satisfaire. Le but poursuivi s'orientait maintenant délibérément sur l'unification du droit, la fin des diversités ressenties comme archaïques et absurdes, jointe à une meilleure accessibilité par une loi simple et claire ; on retrouvera tous ces thèmes disséminés tout au long des cahiers de doléances établis pour la tenue des États Généraux, mais également partagés par les juristes eux-mêmes. Ce furent ainsi deux projets successifs qui furent présentés par un certain Gabriel-Raymond-Jean-de-Dieu-François Olivier, d'abord en 1786, dans un long ouvrage consacré à *La réforme des loix civiles*, puis en 1789, lorsqu'il offrit à l'Assemblée Nationale son *Nouveau Code civil proposé à la Nation française et soumis à l'Assemblée Nationale*. La première esquisse semble bien pauvre : 87 articles précédés d'un unique article préliminaire, qu'il avait voulu avoir été déduits de la raison naturelle, très en vogue dans les idées du temps. La deuxième mouture, plus conséquente, n'est pas restée ignorée, mais n'a jamais été soumise à discussion devant l'Assemblée¹⁶².

Ce projet devait être immédiatement suivi d'un autre, émanant d'un avocat au présidial du Mans, Pierre Phillipeaux, sous le nom de *Projet de législation civile, dans lequel on se propose de substituer un code général et simple aux coutumes nombreuses et contradictoires qui régissent les diverses contrées de la France, dédié à l'Assemblée Nationale*. J. van Kan dit de ce projet que : « *Phillipeaux assure ne pas se dissimuler l'immensité d'une tâche aussi délicate. Néanmoins, il l'a entreprise, et avec des moyens médiocres, il s'en est acquitté à sa manière, c'est-à-dire, médiocrement* »¹⁶³.

161. Cf. J. VAN KAN, *op. cit.* en note 148, pp. 140 ss.

162. Cf. à ce sujet, H. CAUVIERE, *L'idée de codification en France ...*, *op. cit.* en note 140, p. 68.

163. Cf. J. VAN KAN, *op. cit.* en note 148, p. 159.

A la même époque, ce furent également deux projet partiels, le premier n'embrassant que le droit des personnes et des successions, en 187 articles distribués en 14 titres, et qui s'annonçait comme une *Esquisse d'un code uniforme pour tout le royaume*¹⁶⁴, le second, sous la plume d'un avocat, Victor Avoyne de Chantereyne, qui, plus qu'un code à proprement parler, en esquissa seulement les principes, mais presque en état d'être arrangés en articles ; il publia cela sous le nom d'*Essai sur la réforme des lois civiles* qui parut en 1790. L'auteur s'y limitait cependant aux seules matières du mariage et des successions¹⁶⁵.

On sait que le thème de la codification du droit civil devait bientôt être relayé par le texte même de la Constitution de 1791 qui, à la fin de son titre premier consacré aux *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution*, dispose très clairement : « *Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royaume* »¹⁶⁶.

164. Le plan en était le suivant : titre I Des personnes (4 articles), tit. II Des successions (un seul article), tit. III De la succession et légitime des descendants (5 articles), tit. IV De la succession des ascendants et des conjoints (15 articles), tit. V De la succession des collatéraux (10 articles), tit. VI De l'acceptation et répudiation des successions (25 articles), tit. VII Des bâtards (18 articles), tit. VIII De la réversion (6 articles), tit. IX Des donations entre vifs (16 articles), tit. IX bis Des testaments (18 articles), tit. X Des mariages (6 articles), tit. XI Des gains de survie (8 articles), tit. XII De la communauté (15 articles), tit. XIII Du douaire (20 articles), tit. XIV Des cens (6 articles), tit. XV Des retraits (10 articles), tit. XVI De la contrainte par corps (4 articles). On peut se demander quel aurait été le destin d'un tel code, eu égard à son contenu modelé à partir des règles du droit ancien, après les bouleversements révolutionnaires qui devaient aller en s'accéléralant sur ces matières dès 1789.

165. L'ouvrage suivait ce plan : du mariage ; des conventions matrimoniales ; de la puissance du mari sur la personne et sur les biens de la femme ; de la communauté ; du douaire ; du droit de viduité ; du droit de garde ; des donations entre mari et femme ; des secondes noces ; des donations entre vifs et testamentaires ; des testaments ; de la saisine et de l'acceptation des successions ; institutions contractuelles ; bénéfice d'inventaire ; des rapports et de l'incompatibilité de différentes qualités ; des actes d'héritier et des renonciations ; des partages des dettes et actions des créances ; contribution aux dettes ; charges de la succession. On notera que le plan n'est pas d'une logique à toute épreuve et qu'il constitue plus une sorte de répertoire des matières à codifier qu'un plan à proprement parler.

166. Cf. *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion, Paris 1970, p. 37. Cette promesse constitutionnelle avait été précédée par celle faite par la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire qui

Après avoir sollicité le concours de « *tous les citoyens qui auraient des vues utiles sur le perfectionnement des lois* »¹⁶⁷, l'Assemblée Nationale semble avoir reçu deux textes traitant de la codification, alors qu'en 1793, un magistrat parisien publiait un mémoire en réponse à cet appel. Ce mémoire était intitulé *Vues sur la réformation des lois civiles, suivies d'un plan et d'une classification de ces lois* et l'auteur y proposait une esquisse d'un projet de loi en 127 articles portant sur certains points du droit de la famille et des successions, avec un mémoire explicatif joint. Il fallut attendre le 25 juin 1793 pour que la Convention chargeât son Comité de législation de présenter l'organisation d'un Code civil. Un membre de ce même Comité, Durand de Maillane, qui, sous le règne de Louis XVI, avait proposé une traduction des *Institutes de Droit canonique* de Lancelot et avait également confectionné un *Dictionnaire du Droit canonique*, prit sur lui, sans avoir d'ailleurs reçu aucun mandat de quiconque pour ce faire, de présenter un *Plan de Code civil* qui fut lu le 8 juillet suivant au Comité de législation. Porté à la connaissance de la Convention le 9 août et publié à la suite du compte rendu de la séance du jour, on n'en entendit plus jamais parler par la suite¹⁶⁸.

Le même jour était présenté, mais à titre tout à fait officiel cette fois-ci, le premier projet de Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, qui fut le seul sur les trois que présenta successivement ce malheureux auteur à connaître un début de discussion par l'assemblée. Mais cette dernière finit par le trouver trop complexe et trop technique, sans poursuivre plus loin sa discussion. Les deux autres projets n'auront pas même cette chance¹⁶⁹.

portait en l'article 19 de son titre second : "*Les lois civiles seront revues et réformées par les législatures ; et il sera fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la constitution*". De même, dans le décret des 27 novembre - 1er décembre 1790 qui institue le tribunal de cassation, l'article 3 fait également référence à un *code unique des lois civiles*. La Constitution de 1793 dans son article 85, posait également en principe que "*le code des lois civiles et criminelles est uniforme pour toute la République*".

167. Appel lancé par le député de Paris Garran de Coulon, le 16 octobre 1791, cf. *Archives Parlementaires*, I^{re} série, t. XXXIV, p. 250.

168. Cf. *Archives Parlementaires*, I^{re} série, t. LXX, pp. 663 ss.

169. Ces trois projets, avec leurs discours introductifs, ont été intégralement repris dans le t. I du *Recueil complet sur les travaux préparatoires du Code civil* par A. FENET, Au dépôt, Paris 1827. On trouvera ainsi le premier projet, précédé du rapport présenté devant la Convention le 9 août 1793, pp. 1-15 et 17-98 ; ce projet comportait quatre livres consacrés respectivement aux Personnes (avec 10 titres), aux Biens (avec 3 titres), aux Contrats (12

Alors que les tentatives de Cambacérès échouaient, ce fut au tour de Jacqueminot, membre de la section de législation, de proposer son propre code devant la Commission législative du Conseil des Cinq cents lors d'une séance tenue le 30 frimaire an 8 de la République (21 décembre 1799). Il s'en faut de beaucoup que ce travail ait présenté un caractère complet ; il se limite en effet, à l'instar de quelques-uns de ses prédécesseurs, au droit de la famille et aux successions¹⁷⁰.

La suite du processus de codification est mieux connue et point n'est besoin de le détailler ; on peut seulement faire observer qu'il a pu arriver à son terme, parce que l'état du droit civil avait, sans doute, maintenant atteint un point d'équilibre, entre certains excès révolutionnaires et les réformes ressenties comme indispensables, pour adapter le droit ancien aux circonstances nouvelles, tout en y intégrant ce qui pouvait être conservé de ce même ancien droit.

Le Code civil devait aboutir, en 1804, après une longue maturation¹⁷¹ et, surtout, il devait faire la preuve qu'il était possible de

titres) et enfin aux Actions, le quatrième ne semblant pas avoir été rédigé. De même le deuxième projet, précédé du rapport fait à la Convention le 22 fructidor an 2 (9 septembre 1794), pp. 99-109 et 110-139 ; ce second projet ne comportait en tout et pour tout que 297 articles, d'allure beaucoup plus philosophique que proprement juridique. Le dernier projet est précédé d'un long Discours Préliminaire qui, par certains de ses aspects, ne sera pas sans rappeler plus tard celui de PORTALIS, prononcé devant le Conseil des Cinq Cents en messidor an IV (juin-juillet 1796), pp. 140-176 ; quant au Code civil lui-même, il était composé de trois livres, Personnes (en 8 titres), Biens (9 titres) et Obligations (17 titres, le tit. XVII consacré aux hypothèques renvoyant aux lois du 9 messidor an 3 et 21 nivôse an 4 sur le même thème) ; le tout en 1104 articles, pp. 177-326. Il est indéniable que cette dernière version a présenté de bien meilleures qualités que les précédentes, sans pour autant connaître un meilleur destin, puisqu'elle ne sera pas même examinée par les assemblées législatives.

170. Précédé d'Idées préliminaires fort développées, le code lui-même, sans même numéroter ses titres, n'abordait que six questions : dans l'ordre, mariage, majeurs et interdiction, mineurs - tutelles - émancipation, donations entre vifs et à cause de mort, successions, droits respectifs des époux. Cf. FENET, *op. cit.* en note 169, pp. 327-352 et 353-462.

171. Alors que les travaux officiels étaient en voie d'achèvement pendant le Consulat, on peut être surpris de rencontrer encore un plan de code civil, proposé par un citoyen de Bordeaux, un certain CASTILLON, dont le projet est resté manuscrit et est conservé à la Bibliothèque Nationale, Fonds français, nouv. acqu., n° 4258.

trionpher des difficultés qui avaient jalonné sa route, ce qui devait naturellement favoriser la confection des autres codes qui suivirent. Ce même Code, du fait des invasions par les troupes napoléoniennes, devait aussi trouver s'appliquer au territoire de l'actuelle Belgique, qui le conserva après sa naissance en 1830 et encore de nos jours.

Par ailleurs, pour certains autres codes, notamment à l'égard du commerce et de la procédure civile, il y avait beaucoup moins à créer parce que des codifications sur ces domaines, même vieilles, étaient déjà intervenues et, somme toute, n'avaient plus qu'à être rajeunies pour tenir compte des évolutions intervenues lors de la Révolution française, notamment au regard des juridictions et de la création d'une Cour de Cassation.

Les quatre membres de la commission suscitée par Bonaparte pour la confection du Code civil, en raison de leur petit nombre, purent faire aboutir une construction cohérente en privilégiant le caractère de maniabilité du futur code destiné avant tout à des praticiens, voire à un public de non-spécialistes. Les éloges n'ont pas manqué à cet égard qui ont fait valoir, outre la limpidité du style, la concision et la clarté de l'énoncé des règles dont on a tout loisir aujourd'hui de se rendre compte face à l'extrême lourdeur de style de bon nombre de nos textes contemporains, l'imprécision des termes et le recours à des notions qui, à vouloir trop dire sans blesser la susceptibilité de tel ou tel autre groupe de pression, finissent par n'avoir plus aucun sens¹⁷².

172. La lisibilité du code français tranche étonnamment avec la complexité du vocabulaire du Code civil allemand, le *Bürgerliches Gesetzbuch* (B.G.B.) qui s'appliqua dans le Reich à partir de 1900. Ce dernier code n'entendait en effet pas répondre aux mêmes fins que le code français ; d'abord, il a été un code de la fin du XIX^{ème} siècle et consacre donc un certain nombre des évolutions qui se sont faites dans les sociétés contemporaines du fait de l'industrialisation ; il était ainsi, à bien des égards, plus moderne et plus en phase que son homologue français qui, lui, datait du début du siècle, alors que la révolution industrielle n'avait pas encore perturbé un ordre social et économique qui restait traditionnel ; par contre, à la différence de celui-ci, le B.G.B. consacre un "*Professorenrecht*", un droit des professeurs, technique, accessible seulement à ceux qui ont les clés pour pouvoir en pénétrer la logique et le fonctionnement. C'est ce qui fait que ce B.G.B. reste parfaitement inaccessible à tout utilisateur qui n'aurait été au préalable initié à ses arcanes : il est un code de spécialistes qui s'adresse uniquement à des spécialistes. Il reste que les Néerlandais, après avoir possédé un code civil qui était largement d'inspiration française, ont rompu cette tradition pour se tourner vers la tradition allemande du B.G.B. avec leur nouveau *Burgerlijk*

Les quatre commissaires ont su, non seulement puiser à leurs prédécesseurs, notamment Bourjon qui semble leur avoir fourni le plan du Code, ainsi qu'à Pothier dont seront repris bon nombre des énoncés¹⁷³, mais aussi, faire appel à plusieurs sources : droit coutumier pour tout ce qui concerne les régimes matrimoniaux et la puissance maritale, droit romain pour définir une propriété non féodale et exprimer des règles générales sur les obligations, sans compter la concession faite au droit matrimonial romain par le maintien du régime dotal, droit canonique qui reste prédominant pour les règles qui commandent l'institution matrimoniale et la filiation, ordonnances royales, surtout celles faites sous Louis XV, au regard des donations, testaments et substitutions, enfin jurisprudence des Parlements, notamment au regard de l'absence dont le Parlement de Paris avait commencé à élaborer le statut. Place était également faite au droit issu de la Révolution, puisqu'était posée en principe la laïcisation du droit, même si sous la Restauration, on devait revenir sur certains de ses aspects, notamment en abrogeant la faculté de divorcer qui attendit la loi Naquet de 1884 pour être réintroduite dans le code français ; par ailleurs l'abolition du régime féodal¹⁷⁴ permettait

Wetboek, en reprenant l'idée d'une partie générale, suivie de parties propres à chaque matière spécifique.

173. Cf. le rapprochement auquel s'est livré P.A. FENET dans son *Pothier analysé dans ses rapports avec le Code civil et mis en ordre sous chacun des articles de ce Code*, Chez l'Auteur et Alex. Gobelet Libraire, Paris 1826.

174. L'expression peut prêter à confusion : cette abolition ne visait nullement une organisation politique devenue inexistante, face à la montée du pouvoir monarchique et de la centralisation administrative, quand bien même celle-ci avait été loin de présenter le caractère poussé qu'elle devait atteindre avec la réorganisation opérée sous le Premier Empire. Reste que politiquement, les "féodaux" ne représentaient plus grand chose sur l'échiquier politique dès la fin du XV^{ème} siècle, malgré les sursauts sporadiques que l'on connaîtra durant les guerres de religion dans la seconde moitié du XVI^{ème} siècle, puis sous la Fronde, pendant la minorité de Louis XIV.

L'abolition du régime féodal n'a alors concerné que le régime de détention de la terre selon lequel il n'existe à proprement parler pas d'alleu, c'est-à-dire de terre non assujettie à une autre, hormis pour quelques rares régions. C'est ce système de dépendance d'une terre par rapport à une autre de laquelle elle est considérée venir, qui sera aboli. Il ne faut pas pour autant croire que cette abolition, libérant les terres de ces liens de sujétion par rapport à d'autres, les ait transformées toutes en alleu *ipso facto* : si la propriété est devenue libérée, si les terres ont pu librement circuler comme biens, il s'en faut de beaucoup qu'elle aient été transformées en alleu. L'Etat est, dans la France républicaine

de mettre les terres sur le marché libre des biens négociables ; devait également disparaître la spécificité du droit nobiliaire en matière de successions, puisqu'était généralisée la pratique des successions roturières qui posait le principe d'une égalité entre tous les héritiers de même rang, sans droit d'aînesse.

Il semble que Napoléon Bonaparte ait entendu voir en ce code qu'il avait entouré de ses soins, non seulement un travail complet¹⁷⁵, mais aussi un travail définitif, suffisamment limpide pour que ne s'y surajoutent pas les scories apportées par d'éventuels commentaires. Aussi, lorsque parut bientôt le premier d'entre eux, Napoléon se serait-il écrié : « Le Code civil est mort ! »... Et pourtant il vit toujours, après avoir subi bien des remaniements, mais laissant toutefois subsister dans leur version originelle, la plus grande partie des dispositions regardant les obligations, adaptées, étendues voire reformulées par une jurisprudence qui a su s'émanciper de la lettre à laquelle on l'a voulu d'abord contraindre, pour véritablement devenir interprète d'une norme posée par le Code, remise dans son contexte social contemporain¹⁷⁶.

d'aujourd'hui, resté ce qu'il faut bien se résoudre à appeler le seul et unique seigneur censier : c'est, en effet, lui qui recueille l'intégralité des droits de mutation à l'instar des seigneurs d'autrefois.

175. Cette prétention à ce que le code constitue un corps complet du droit ne devait pas tarder assez rapidement à être démentie ; il faut se rappeler que d'abord, la loi de promulgation du code du 11 germinal an 12 (21 mars 1804), qui réunissait en seul code les 36 lois qui avaient été successivement votées entre le 14 ventôse an 11 et le 24 ventôse an 12, portait en son article 7 la disposition suivante : *"A compter du jour où ces lois seront exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code"* (souligné par nous). Cela veut dire alors que restait en vigueur toute forme de régulation ancienne dès lors qu'elle ne s'appliquait pas à une matière traitée par le Code. On vit ainsi fleurir, à côté du code, des recueils complémentaires, destinés à recenser et rapporter tous textes du droit ancien trouvant encore à s'appliquer, formant un volume qui dépassait de loin celui du Code lui-même. Témoin, le recueil établi par M. WALKER, *Lois antérieures à 1789 restées en vigueur*, Ad. Moessard et Jousset éd., Paris 1835, 5 vol. Encore, cet ouvrage semble parfois lacunaire.

176. Dans le journal quotidien du soir "Le Monde" du mercredi 1^{er} septembre 2004, un avocat, Olivier CUPERLIER, dans "Réformer le code civil bicentenaire", p. 24, faisait remarquer que le temps était venu de remettre à plat la totalité des dispositions du code sur le domaine du droit des obligations. En effet, ce domaine a fort peu été touché par les réformes

Cette longue quête qui devait, dans notre droit civil, déboucher sur la codification de 1804, ne s'est pas terminée avec l'élaboration du Code. Elle se poursuit encore aujourd'hui, avec le surgissement de questions nouvelles : le droit ne saurait s'arrêter au moment même de la codification ; la jurisprudence est là qui nous le montre, elle qui s'attache à donner vie à des normes qui, pour certaines d'entre elles, sont presque bicentennaires. La question d'une refonte du Code civil s'est pourtant posée assez tôt, puisque, dès la monarchie de juillet, elle était déjà présente, resurgissant à diverses reprises depuis lors, notamment au début du siècle dernier, à l'occasion du Centenaire ; mais la commission qui avait été nommée pour y procéder devait cesser son travail face à une levée de boucliers venant du monde des affaires, assez hostile à tout bouleversement en la matière. L'idée renaissait peu après la première guerre mondiale en lien avec l'Italie, pour une recodification du droit des obligations, sans résultats tangibles en France, puis au lendemain de la seconde guerre mondiale¹⁷⁷.

jusqu'ici proposées; ce ne furent que des rajouts, par inflation réglementaire, qui nous sont fortement reprochés par la Banque mondiale et qui, nous dit-il, ont rompu *"la belle unité de conception et de pensée"* du code. Or, cette unité est mise à mal dans ce domaine, alors que pour d'autres, comme le droit de la famille, pour la mieux préserver, c'est à un rédacteur unique qu'avait été confiée leur mise en forme. L'auteur conclut, à bon droit à notre avis : *"Ce n'est pas d'un nouveau toilettage qu'a besoin notre code civil, mais d'une vraie réforme ambitieuse, susceptible de servir de modèle à un droit européen des contrats. D'autant que ce dernier est largement en train de se construire sans la France, pourtant initiatrice d'un modèle qu'elle a su répandre dans le monde, mais auquel elle semble incapable de redonner un second souffle, alors que les autres pays héritiers du modèle français ont réussi à le faire: voir les exemples du nouveau code civil du Québec adopté en 1991, du nouveau code civil hollandais réformé en 1992, ou encore le nouveau code civil brésilien entré en vigueur en 2003"*.

177. Une nouvelle commission était nommée par décret du 7 juin 1945, pour opérer une refonte du Code, mais ne lui précisait aucune des orientations qui étaient susceptibles de conduire son travail. Dans le même temps, le Doyen Ripert faisait observer que *"La belle armée d'articles qui devait tant plaire au Premier Consul est devenue un ramassis de dispositions inégales et mal bâties (...)"* pour aussitôt ajouter *"Qu'on ne se hâte pas de toucher au grand édifice de pierre et de marbre construit en 1804 et qui fait encore l'admiration du monde juridique, dans la crainte que le palais de ciment armé qu'on se propose d'édifier à la place ne suscite pas les mêmes sentiments"* (cité in *Code Civil des Français*, réédité par la Caisse des Dépôts

On semble depuis lors, avoir privilégié la refonte par étape, qui permet d'insérer au sein du Code, des pans entiers modifiés – ce qui fut le cas en matière de réforme des régimes matrimoniaux, en matière de filiation – quitte à s'adapter à la numérotation existante en articles. Pour prudente qu'elle soit, cette manière de faire présente cependant un inconvénient majeur : elle détruit la cohérence du Code, non seulement en perturbant la logique des institutions qu'il entendait régir, mais en obscurcissant le vocabulaire, donc la lisibilité de la loi ; par ailleurs, sont intervenus de nombreux textes, parfois de rédaction bien confuse, qui n'ont pas été en tant que tels codifiés et viennent alors se surimposer aux textes codifiés. Le Code prend alors des allures de compilation avec lesquelles il avait pourtant entendu trancher. S'il est vrai que le droit français ne peut cesser d'évoluer sous la pression des modifications structurelles et morales de nos sociétés, il faut alors admettre aussi qu'est rendue bien difficile une quête pour une codification qui viendrait figer trop tôt un état du droit qui serait déjà obsolète aussitôt codifié ; force est de reconnaître qu'il est peut-être urgent d'attendre. Néanmoins la question de la codification se pose toujours dans des termes aussi aigus qu'autrefois et pousse certains à l'aborder de front. Ainsi la province du Québec qui, dotée d'un Code civil depuis 1867, empruntant beaucoup à la tradition française, a su prendre en compte les évolutions du droit québécois et refondre totalement son Code civil en 1991. La parution, ces dernières années, de multiples petits codes, qui n'ont de codes que le nom, dès lors qu'ils se contentent d'offrir, sous un format commode, ce qui n'est déjà pas si mal, des compilations de textes, sans obéir à un ordre précis, si ce n'est purement chronologique, nous remet au cœur de débats anciens, toujours pas résolus.

On serait ainsi tenté de rapprocher cette crise que traversent nos codes de la crise qui affecte déjà depuis un certain nombre d'années la définition du droit, comme l'évoquait notre propos à son début. Si l'on ne sait plus bien à quoi se référer et pourquoi s'y référer, quelle cohérence pourra-t-on proposer sur un sujet que l'on ne semble plus vraiment maîtriser ou même vouloir maîtriser en ne se satisfaisant que d'à-peu-près ? C'est pourtant là tout l'opposé de ce que doit et

devrait être l'attitude propre du juriste, lui qui se trouve en étroit contact avec les difficultés vécues par ses concitoyens et les nécessités de faire évoluer les normes, fussent-elles canonisées dans un code. Ce n'est qu'en gardant cela à l'esprit que le droit français, qui fit si longtemps figure d'éclaireur en Europe, en Afrique, en Amérique du Sud, voire en Asie, pourra continuer de le rester, sans se laisser déborder par les droits de *common law*, sans doute d'apparence moins théorisée, mais si près de la réalité concrète des faits et de leurs évolutions.