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

Dominique Gaurier

Volume 31, numéro 1, 2001

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027785ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027785ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gaurier, D. (2001). La rédaction des normes juridiques, source de la métamorphose du droit ? Quelques repères historiques pour une réflexion contemporaine. *Revue générale de droit*, 31(1), 1–85.
<https://doi.org/10.7202/1027785ar>

Résumé de l'article

Une question reste actuelle : un code, envisagé comme l'aboutissement ultime de la réflexion sur le droit en tant qu'objet de science, doit-il être un ensemble construit qui obéit à une logique à la fois pratique et préalable, ou ne peut-il être qu'un ouvrage de compilation des sources normatives présentées sous un format compact et aisé pour la consultation ?

Cette question reste toujours au fond des problématiques contemporaines de la codification et elle avait déjà été envisagée, presque dans les mêmes termes, à l'occasion de l'immense entreprise que devait constituer la consignation par écrit des normes du droit. Aussi, est-ce à un aperçu de la progression de cette réflexion que l'on invite le lecteur à travers quelques-unes des grandes étapes historiques de cette évolution.

Le besoin ressenti de disposer d'un *corpus* offrant une mise à disposition aisée des normes juridiques donna idée à des praticiens, essentiellement des juges, de mettre par écrit les normes coutumières qu'ils devaient mettre en oeuvre dans leurs jugements dès la fin du XII^e siècle.

Puis, de privée qu'elle était, cette initiative fut reprise à son compte par le pouvoir royal dès le milieu du XV^e : le roi Charles VII prescrivait en effet la rédaction officielle des coutumes des différents pays du royaume.

La mise à disposition de ces ensembles normatifs, dorénavant écrits et moins aléatoires, permit de passer à l'observation des normes envisagées maintenant pour elles-mêmes. Le droit devint ainsi un objet de science, suscitant tout un travail de comparaison, de recherche de la rationalité des règles et même, la formulation que pourrait bien présider à un ensemble assez disparate, une forme d'esprit commun. Cet esprit commun fut un des moteurs de la quête pour une unité juridique du royaume et la question de la confection de codes put alors être abordée. Un tel travail commença avec le règne de Louis XIV et fut partiellement continué sous les règnes de ses successeurs, mais il n'avait concerné que les lois du roi et non l'ensemble du droit coutumier.

C'est avec la Révolution française que le principe de constituer un Code civil unique pour la nation fut posé; mais il ne devait déboucher qu'en 1804. Le nouveau Code s'inspirait de la tradition antérieure tout en intégrant les apports que lui avait fait subir le droit révolutionnaire. Ce Code, qui a deux siècles d'existence, voit régulièrement se poser la question de sa refonte qui est sans cesse reculée pour privilégier des refontes partielles. À cet égard, la Belle Province sut prendre le pari d'offrir un nouveau Code civil en 1994 pour remplacer l'ancien de 1867. Par ailleurs, on voit se multiplier l'apparition de « codes » qui n'en sont guère dans la mesure où ils se bornent à opérer des compilations sans obéir à aucune logique d'organisation. L'idée de codification demeure avec des questions inchangées quant au fond pour savoir ce que doit être un code.

Ce petit détour par l'histoire permet ainsi d'éclairer le contexte ancien de questions actuelles.

DOCTRINE

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

DOMINIQUE GAURIER

Maître de conférences, Université Nantes

RÉSUMÉ

Une question reste actuelle : un code, envisagé comme l'aboutissement ultime de la réflexion sur le droit en tant qu'objet de science, doit-il être un ensemble construit qui obéit à une logique à la fois pratique et préétablie, ou ne peut-il être qu'un ouvrage de compilation des sources normatives présentées sous un format compact et aisé pour la consultation?

Cette question reste toujours au fond des problématiques contemporaines de la codification et elle avait déjà été envisagée, presque dans les mêmes termes, à l'occasion de l'immense entreprise que devait constituer la consignation par écrit des normes du droit. Aussi, est-ce à un aperçu de la progression de cette réflexion que l'on

ABSTRACT

Nowadays, a question still subsists: does a code, considered as the result of reflecting upon the Law as a scientific object, have to be a rational entity which complies with a practical and preestablished logic or is it simply a compiled work of normative legal sources, presented as a compact format which is easily accessible?

This question remains at the heart of the matter when comparing the French and the common-lawyer attitudes on the general purpose of codification. It had been already considered when the French royal power initiated the process of putting into writing the legal rules originating from the customary law. The reader is

invite le lecteur à travers quelques-unes des grandes étapes historiques de cette évolution.

Le besoin ressenti de disposer d'un corpus offrant une mise à disposition aisée des normes juridiques donna idée à des praticiens, essentiellement des juges, de mettre par écrit les normes coutumières qu'ils devaient mettre en œuvre dans leurs jugements dès la fin du XII^e siècle.

Puis, de privée qu'elle était, cette initiative fut reprise à son compte par le pouvoir royal dès le milieu du XV^e: le roi Charles VII prescrivait en effet la rédaction officielle des coutumes des différents pays du royaume.

La mise à disposition de ces ensembles normatifs, dorénavant écrits et moins aléatoires, permit de passer à l'observation des normes envisagées maintenant pour elles-mêmes. Le droit devint ainsi un objet de science, suscitant tout un travail de comparaison, de recherche de la rationalité des règles et même, la formulation que pourrait bien présider à un ensemble assez disparate, une forme d'esprit commun. Cet esprit commun fut un des moteurs de la quête pour une unité juridique du royaume et la question de la confection de

therefore invited to follow different stages of the historical evolution of the codification, from the middle-ages up to the Napoleonic 1804 Civil Code. The first step was initiated by practitioners (mostly judges) who, as early as in the 12th century, put into writing the customary law they applied in their judgements. The urgent need of having at its disposal a comprehensive normative corpus which presented an easier access to customary rules of law, led the royal power to order, in the middle of the 15th century, an official codification of the customary laws of the "sundry countries of the realm".

This codification enabled to reach a further stage. The fact that the law was now considered, scientific matter, gave rise to works of comparisons and to searching for the rationality of the rule considered individually and as a whole. From these apparently ill-assorted sets of rules, the idea that these rules were inspired by a common background or a common spirit progressively emerged. This was certainly the major impulse which was to lead to the quest for a legal and normative unity. The

codes put alors être abordée. Un tel travail commença avec le règne de Louis XIV et fut partiellement continué sous les règnes de ses successeurs, mais il n'avait concerné que les lois du roi et non l'ensemble du droit coutumier. C'est avec la Révolution française que le principe de constituer un Code civil unique pour la nation fut posé; mais il ne devait déboucher qu'en 1804. Le nouveau Code s'inspirait de la tradition antérieure tout en intégrant les apports que lui avait fait subir le droit révolutionnaire. Ce Code, qui a deux siècles d'existence, voit régulièrement se poser la question de sa refonte qui est sans cesse reculée pour privilégier des refontes partielles. À cet égard, la Belle Province sut prendre le pari d'offrir un nouveau Code civil en 1994 pour remplacer l'ancien de 1867. Par ailleurs, on voit se multiplier l'apparition de « codes » qui n'en sont guère dans la mesure où ils se bornent à opérer des compilations sans obéir à aucune logique d'organisation. L'idée de codification demeure avec des questions inchangées quant au fond pour savoir ce que doit être un code.

codification could be planned as such and was initiated by King Louis XIV who promulgated his "great Ordinances" from 1667 up to 1685. King Louis XV continued the codification but cautiously. Nevertheless the royal statutes were the only legal rules to be concerned by these codifications, the customary rules being put aside.

The principle of a unique and unified Civil Code was clearly laid down in the beginning of the 1789 Revolution but it could not succeed before the Napoleonic times where the 1804 Civil Code was promulgated. The French Civil Code is today a bisecular Code and the question of its revision or of its entire remodeling is regularly asked but unceasingly postponed. However, the Canadian province of Québec could have shown the way when it let a new Civil Code be promulgated in 1994. Moreover, the modern "codes" which are published are not codes at all, they are only compiled statutes or by-laws without any logical organization. The principle of codification still instigates many unanswered questions.

Ce petit détour par l'histoire permet ainsi d'éclairer le contexte ancien de questions actuelles.

A brief history review may help to explain and to answer some pertinent questions for our times.

SOMMAIRE

Introduction	4
I. Écrire pour connaître : des raisons de l'enregistrement des normes juridiques par l'écriture	7
A. L'heure des rédactions privées	8
B. La rédaction officielle.....	16
C. Au-delà des attentes, la vérité d'un bilan.....	23
II. Connaître pour étudier, de l'appropriation du droit par les juristes.....	41
A. La coutume rédigée et ses commentateurs.....	42
B. De l'unité à la possible unification	47
C. La quête vers l'unification: la codification du droit.....	64
Conclusion.....	83

INTRODUCTION

Le thème de la crise de la définition du droit est un thème à la mode depuis quelques années déjà¹. 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. À la voix des philosophes s'est jointe plus récemment celle des anthropologues du droit dont

1. Cf. B. OPPETIT, «L'hypothèse du déclin du droit», (1986) 4 *DROITS, Revue française de théorie juridique* 9-20; P. WACHSMANN, «Le Kelsenisme est-il en crise», (1986) 4 *DROITS: Revue française de théorie juridique* 53-64; A. VIANDIER, «La crise de la technique législative», (1986) 4 *DROITS: Revue française de théorie juridique* 75-80; C. MOULY, «Crise des introductions au droit», (1986) 4 *DROITS: Revue française de théorie juridique* 99-107; les n^{os} 10 et 11 de la même revue ont été quant à eux, consacrés à une définition multiforme et multifonctionnelle du droit.

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 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 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 sanctionnent; 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 la codification en France pour l'appréhension de la norme; ils se replièrent sur

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

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*, Milan, Giuffrè, 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.

une conception romantique d'un *Volksrecht*⁴ et, néanmoins, devaient élaborer à la fin du XIX^e siècle, un *Code civil* d'une technicité extrême, consignait un *Professorenrecht* dont la démarche nous est singulièrement étrangère⁵.

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 a vu y 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

Sur les difficultés attribuées aux Anglais en matière de codification, cf. J.D. MELJER, *De la codification en général et de celle de l'Angleterre en particulier*, en une série de lettres adressées à monsieur C. P. Cooper, Amsterdam et Londres, publiées par Diederichs Frères et Longman & C^o en 1830. C'est surtout la quatrième lettre qui est plus spécialement consacrée à la codification au regard du droit anglais, pp. 210 et 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*, Paris, Librairie A. Chevalier-Marescq, 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.

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

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

6. Cf. G. BRAIBANT, «La Commission supérieure de codification», dans B. BEIGNIER (dir.), *La Codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 99, également dans le même recueil, de J. FOYER, «Le code après le code — La réforme du Code Civil sous la V^e République», pp. 63-67.

mis en œuvre, que l'on va se livrer (I). 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 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 (II).

I. 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 pro-

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. Depuis l'avènement

vinces françaises au lendemain de la longue et grave crise politique et institutionnelle de la Guerre de Cent Ans. Aussi ne s'avance-t-on pas trop loin en postulant que cette mesure, 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.

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.

A. 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

de la dynastie capétienne en 987, le début de l'année commençait le jour de Pâques, ce qui le faisait varier 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.

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. À 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

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 ». (Traduction : « 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 A. 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., Paris, Sirey, 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'*Édit 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 mannitus fuit » (É. BALUZE, *Capitularia*, t. 2, Paris, Francis Muguet typographe du Roi et de l'Archevêque de Paris, 1677, col. 177, § VI). (Traduction : « Et du fait que la loi se fait par le consentement du peuple et par la constitution du Roi, les Francs devaient jurer parce que, conformément à notre charge royale de rendre ou faire la justice, cela lui a été commandé ou sommé par les lois »).

9. Cf. A. MAGDELAIN, *La Loi à Rome, histoire d'un concept*, Paris, Les Belles Lettres, 1978, pp. 12-19. 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.

coutumier du droit qui nécessitait la participation de ceux qui le vivaient à toute volonté de le modifier.

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. À 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 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

10. Cf. F.L. GANSHOF, «Recherches sur les capitulaires», (1957) *R.H.D.*, pp. 50 et suiv. et A. DUMAS, «La parole et l'écriture dans les capitulaires carolingiens», dans C.-E. PERRIN (dir.), *Mélanges d'histoire du Moyen-âge dédiés à la mémoire de Louis Halphen*, Paris, P.U.F., 1951, pp. 209 - 216.

*N.D.L.R.: L'auteur utilise le terme «détroit» dans son sens classique: «Ressort ou l'étendue de pays, soumis et sujet à la juridiction d'un juge», voir: C.-J. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique: contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique*, Paris, Veuve Brunet, 1778-79, V^o détroit.

FRANCE COUTUMIÈRE

- - - - - Limites de la France en 1789
 + + + + + Limites entre pays de droit écrit et pays de coutumes
 Limites des ressorts de coutumes

propos et utilisant là, fort judicieusement, les apports du droit canonique et du droit romain. Beaucoup plus qu'un enregistrement des coutumes, l'œuvre de Beaumanoir s'éleva 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 coustumes qui maintenant sont usées, sont bonnes et pourfitables à escrire et à enregistrer, si 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 Fontaine, brocarde l'attitude des juges qui, à ses yeux, allient fantaisie et impéritie¹³.

Ainsi, ce besoin communément ressenti, tant pour les juges que pour les justiciables, devait déboucher sur un mou-

11. Cf. *Coustumes de Beauvaisis*, t. 1, Paris, Salmon, 1970, § 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 haben 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*, t. I, Hannover, 1933, fasc. I, p. 8, vers. 11-18). 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 » (*Id.*, § 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*, t. XVIII, Paris, 1877-1885, 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 gaaigner devroit [...] Cil qui jugent les quedeles ès cors laies ne sont mie legistres dont ne pueent-il mie si soutilement traitier les quedeles come la lettre [...] » (P. DE FONTAINE *Conseil à un ami*, Paris, Marnier, 1846, pp. 3 et 151). On retrouve un jugement identique porté contre les juges par le rédacteur de la T.A.C. de Bretagne au XIV^e 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 [...] » (M. PLANIOL, *La très ancienne coutume de Bretagne : avec les assises, constitutions de Parlement, et ordonnances ducales*, Éd. Critique, Rennes, 1896, p. 52).

vement 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 Normanniæ*¹⁴. Au XIII^e siècle, paraissaient aussi le *Conseil à un ami* de Pierre de Fontaine, qui fut, aux dires de Joinville, bailli de Vermandois, le *Livre de Jostice et de Plet* qui peut être un produit de l'école d'Orléans, car l'ouvrage 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'Orléanais*¹⁶. 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 Pierre de Fontaine; on trouve également le *Livre des droitz et commandemens d'office de justice* qui intéresse le

14. Ces deux textes ont été publiés par J. TARDIFF, *Le Très Ancien Coutumier de Normandie*, Cagniard, Rouen, 1881 (pour le texte latin), 1903 (pour le texte français); *Summa de Legibus Normanniæ in Curia laicali*, Lestrignant, Rouen-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'Église (Cf. *Cours élémentaire*, op. cit., note 8, p. 697, note 80).

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. H. STEIN, « Conjectures sur l'auteur du Livre de Jostice et de Plet », (1917) *N.R.H.D.* 346-382.

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

droit poitevin¹⁷, le *Grand Coustumier de France* de Jacques d'Ableiges, qui permet d'étudier les origines du droit parisien¹⁸. Avec sa *Somme Rurale*, 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 senescalliæ alvernix* 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 Normanniæ* 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 Charles de Blois et Jean

17. L'ouvrage a été édité par C.J. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Livre des droits et commandemens d'office de justice, publié d'après le manuscrit inédit de la Bibliothèque de l'Arsenal*, 2 vol., Paris, A. Durand et Pédone-Lauriel, 1865.

18. L'œuvre 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: *Le grand coutumier de France*, Paris, Aalen, 1868.

19. Aucune édition critique de ce texte important n'a été proposée depuis celle qu'avait entreprise en 1603, L. CHARONDAS LE CARON, *La grande conférence des ordonnances et édits royaux jusques à l'année 1659*, Paris, J.D'Allin, 1660.

20. Sur l'œuvre de Masuer, cf. A. TARDIF, «La *Practica forensis* de Jean Masuer», (1883) *N.R.H.D.*, pp. 283 et suiv.

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

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 baillier, c'est-à-dire qu'elle n'était pas siège de juridiction, Beauvais perdit son autonomie coutumière. Seule la ville de Clermont conservait un ressort 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 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

22. Jean de Montfort soutenait ses prétentions de la 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 costumes dont les subgez usent généralement en force de costumes sont escrites, et ceste-ci n'est pas escrite » (Cf. M. PLANIOL, *La très ancienne coutume [...], op. cit.*, 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 ducal 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-demandes pour rallonger les procédures; Cf. « Constitutions et Ordonnances », dans 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*, Rennes, J. Vatar, 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 « spéciaux de Beauvaisis » en raison de leur similitude avec la coutume de Beauvaisis.

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-Tours*²⁶.

B. LA RÉDACTION OFFICIELLE

Ce dernier texte 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. 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 équivoques²⁷ par une Ordonnance *Pro reformatione regni*, datée de 1302 et donnée à Paris. Il reste que

25. Cf. H. GILLES, *Les coutumes de Toulouse et leur premier commentaire*, Toulouse, Espic, 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, *id.*, p. 169. On peut observer qu'au même moment apparaissait dans l'œuvre de Philippe DE RÉMY DE BEAUMANOIR une véritable théorie du pouvoir législatif royal (Cf. *Coutumes de Beauvaisis*, op. cit., note 11, t. II, § 1513, p. 263).

27. « Volumus bonas personas et sufficientes per Seneschallias 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 abolitas, aut aliquas iniquas introductas invenerint, eas revocabunt et facient revocari, et ad antiquum praedictum statum reduci, et ad futuram memoriam registrari » (Cf. J. BRODEAU, *Commentaire sur la Coutume de Paris*, t. 1, Paris, 1689, préface, non paginée). (Traduction : « Voulons que de bonnes et suffisantes personnes, par les bailliages et sénéchaussées 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 aprouvées 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 »).

cette mesure, pourtant donnée en termes péremptoires, n'eût 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 abrégier les procez et litiges d'entre nos subjectz 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 discernons, déclairons et statuons que les coustumes, usages et stiles de tous les pays de nostre Royaume soyent rédigez et mis par escrit, accordez par les coustumiers, praticiens et gens de chascun desdits pays de nostre Royaume, lesquelz coustumes, 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, coustumes 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 décretez 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.²⁸

Malgré sa longueur, le texte méritait d'être cité en entier, parce qu'il fait clairement apparaître les buts poursuivis par le Roi. 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 jugement²⁹, le juge la déclarait notoire, ou bien lorsqu'à l'issue de la longue, lourde et coûteuse procédure de l'enquête par turbe, la règle était

28. F.A. ISAMBERT *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. X, Paris, Belin-Leprieur, 1814-1832, pp. 252-253.

29. Il semble cependant bien qu'aux XIV^e et XV^e siècles, les juridictions n'aient pas eu de vision aussi nette et tranchée que l'avaient développée les 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^e. 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. Paris, Arthur Rousseau, 1910, pp. 71 et suiv.; également, R. FILHOL, « La preuve de la coutume dans l'ancien droit français », dans J. BODIN (dir.), *La Preuve*, t. XVIII, Bruxelles, Librairie encyclopédique, 1963, pp. 350-373.

attestée³⁰. 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 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'exposé³¹.

30. Cf. H. PISSARD, *id.*, 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, égard les pratiques de l'époque carolingienne concernant le recours aux *Boni homines*.

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

31. Cf. F. AUBERT, *Stilus Curie Parlamenti de G. du Breuil*, Paris, Librairie Alphonse Picard et Fils, 1909, introd. pp. VI et ss. La qualité de ce travail justifia qu'il connût un succès durable. Charles Dumoulin, dans la seconde moitié du XVI^e siècle, 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

Dernière remarque sur ce long texte : bien que peu précise, la procédure de rédaction envisageait d'abord 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, 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 étaient les bailliages qui avaient procédé aux rédactions prescrites. Il faut reconnaître que les procédures, peu précises au départ, souvent bien lourdes et conduisant à des goulots d'étranglement, ne favorisaient pas la rapidité d'exécution. Aussi, la procédure se chercha-t-elle quelque temps avant de déboucher sur une efficacité plus grande, mais il fallut attendre pour cela, 1497³². 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 ;

diversificatis fuit [...]» (C. MOLINEI, « Commentarii in Consuetudines Parisienses », dans *Opera omnia*, t. 1, Paris, 1625, Præmium, p. 1). (Traduction : « 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 »).

32. 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, *La rédaction des coutumes dans le passé et le présent*, Bruxelles, U.L.B., 1962, pp. 64 et 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, t. 1, Nantes, 1989 (multigraphiée), pp. 147-166. Ce sont précisément les lettres-patentes du 15 mars 1497, données sur le procès-verbal de la *Coutume de Touraine*, qui établirent la procédure définitive. Cf. C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *Coutumier Général*, t. IV, Paris, Michel Brunet, 1724, p. 639.

- 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 ressort³³;
- 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 commissaires³⁴.

Il est donc tout à fait incontestable que ces modifications apportées au texte initial si peu précis, il faut bien le dire, 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 même de constater que ce n'est pas même un territoire français³⁵ qui fut pionnier, puisque ce fut en le Duché de Bourgogne, à l'époque de son 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

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

34. 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. À 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. C.-A. Bourdot de Richebourg, *op. cit.*, note 32, p. 407).

35. Le duché de Bourgogne avait été donné par Jean II le Bon à son second fils Philippe le Hardi (1364-1404), frère de Charles V, permettant ainsi de recréer sous la houlette de ses princes une forme d'État dans l'État. Le petit-fils de ce prince, Philippe le Bon (1419-1467) réussit à incorporer à son domaine initial 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, marquisat de Namur, duché de Brabant, comté de Hainaut, comté de Luxembourg, comté de Hollande 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 État 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 était négocié

en pratique. La Bourgogne obtint ses coutumes écrites dès 1459³⁶. C'est encore un autre grand feudataire, le duc René d'Anjou qui devait suivre : la coutume du Duché était promulguée en 1463³⁷. C'est toujours dans une région limitrophe que le troisième texte fut décrété : en 1483, Maximilien d'Autriche promulguait la *Coutume de la Comté de Hainaut*³⁸.

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 1507³⁹.

Sur un plan purement technique, durant la seconde moitié du XVI^e, alors que la première vague des rédactions qui s'achevait permettait de faire ressortir le caractère désuet ou inappro-

à Arras en 1435 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 qui conserva aussi la Flandre et l'Artois qui intégrèrent plus tard ce que l'on appela les Pays-Bas espagnols.

36. La même année, la Franche Comté de Bourgogne obtint également ses coutumes rédigées. Pour le texte de ces coutumes, cf. C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, note 32, t. II, pp. 1169 et ss.

37. 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-BEAUPRÉ, *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*, t. III, Paris, A. Durand et Pédone-Lauriel, 1879, pp. 156 et ss.

38. Pour son texte, cf. C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, note 32, t. II, pp. 1 et ss.; également, C. FAIDER, *Coutumes du Pays et Comté de Hainaut*, t. I, Bruxelles, 1871, pp. 176-242.

39. 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 réformes en 1507 et 1559*, Tours, F. Letourmy le jeune, 1786.

prié 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'intervint 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 des réformation des coutumes⁴⁰. 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.

C. AU-DELÀ DES ATTENTES, LA VÉRITÉ D'UN BILAN

Il est peut-être maintenant utile de dresser un bilan général de l'entreprise royale, mais nous nous limiterons ici à quelques éléments externes particulièrement remarquables.

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, *op. cit.*, note 32, 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, en 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», dans J. GILISSEN (dir.), *La rédaction des coutumes dans le passé et le présent*, *op. cit.*, note 32, pp. 87-111 et «Les phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII Provinces des Pays-Bas», (1950) XVIII *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, pp. 36-67 et pp. 239-290.

40. Cf. à cet égard R. FILHOL, *Le Premier Président Christophle de Thou et la réformation des coutumes*, Paris, Sirey, 1937.

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 commencé 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, notamment en Lorraine, ou encore en Artois⁴¹. 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 par suite de l'abolition des privilèges, et partant des coutumes en tant que *Leges privatae*⁴².

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, 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 éliminations⁴³ qui ont principalement visé les divergences locales. Les commissaires s'y prirent assez adroitement en la matière : les procédures concernant la discussion

41. Le Comté d'Artois faisait retour à la France à la suite de divers traités, dont celui d'Utrecht en 1713. À 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.

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

43. 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

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 avec ce qu'elle avait pu être à l'époque médiévale, la diversité restait quand même relativement importante⁴⁴. 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, 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 tout 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 cohérence⁴⁵?

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. C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op.cit.*, note 32, t. IV, p. 166 en note.

44. 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 au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 264.

45. Les procès-verbaux de rédactions fourmillent d'exemples montrant souvent les difficultés que l'on pouvait même rencontrer pour déterminer les limites territo-

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 artificielles⁴⁶. Ils ont aussi poussé, à force de vouloir faire coïncider à tout prix le 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'elle eussent facilement pu y être intégrées⁴⁷. 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 lis coutumes de Champagne et Brie que li roys Thiebaultx establi*, divers compléments y étant apportés au long du XIV^e, en ses quatre ressorts baillagers, Troyes, Vitry-Le-François, Chaumont en Bassigny et Meaux⁴⁸.

riales 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 reiglé et soy gouverné suivant les coutumes dudit bailliage et comté de Montfort » (Cf. C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, note 32, t. III, p. 163 au procès-verbal de la *Coutume de Monfort-Lamaury*, rédaction de 1536).

46. Toujours à propos du Vermandois, C.-A. 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 » (*op. cit.*, note 32, t. II, p. 455 en note).

47. Cf. ce que dit à cet égard, F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, rééd., t. I, Paris, Cujas, 1977, p. 60.

48. Cf. C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, note 32, t. III, pp. 209-236.

Envisagée maintenant sous un autre angle, la rédaction des coutumes, si l'on suit bien les termes de l'Ordonnance, 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. Ces statuts urbains, surtout dans le sud de la France, ont souvent été fort détaillés, abordant de nombreux domaines du droit, et ont pu faire parfois figure de véritables petits codes. Ces derniers allaient cependant 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 stricte⁴⁹. 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. 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 facteurs⁵⁰. D'abord leur détroit d'application était très restreint, souvent limité à une ville ou un bourg; une telle situation se trouvait également en zone de pays de coutumes, notamment dans l'est

49. Cf. M.L. CARLIN, *La pénétration du droit romain dans les actes de la pratique provençale (XI^e-XIII^e)*, Paris, L.G.D.J. 1967, pp. 39 et ss. : l'auteur montre notamment que les praticiens avaient d'abord utilisé, alors que s'accomplissait la première renaissance du droit romain fin XII^e, 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.

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

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 contemporains⁵¹. 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

51. À titre d'exemple, la *Coutume de Toulouse*, à la fin du XVIII^e siècle, voyait 65 de ses 160 articles remontant au XIII^e 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^e siècle », *Coutumes et libertés, Actes des journées internationales de Toulouse 4-7 juin 1987*, Montpellier, 1988, pp. 17 et ss.

enregistrer ce qu'il était, si ce n'est au regard de quelques unes de ses exceptions.

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 rural⁵².

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 rédactions ? La réponse peut surprendre : alors que l'on eût

52. 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*, t. 2, Paris, Bureau de l'abonnement littéraire, 1780, sous arts 86-87, VII Des successions, pp. 226 et 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. 1, art. 41, c. 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*, t. 1, Poitiers, 1727, art. 231, tit. III Des droits appartenans à gens mariés, pp. 796 et ss.; cf. également C. BÉCHET, *L'usage de Saintonge entre mer et Charente*, Bordeaux, Jacques Faulcon, 1701, Digression sur les affiliations, pp. 226-238. Sur l'ensemble de la question cf. J. HILAIRE, « Coutumes rédigées et "gens des champs" », (1987) *R.H.D.* 545-573.

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, exceptionnel⁵³. 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 notées 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 française⁵⁴.

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 prévalu⁵⁵ à l'exclusion de tout autre idiome.

La seconde raison est encore plus simple et plus évidente : intervenue au moment de la première vague de rédac-

53. Tel ne fut pas le cas dans les Pays-Bas méridionaux au sein desquels passe une triple 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 (Megelen) fut pour sa part, traduite en latin par P. NANNING, *Leges municipales civium Mechliniensium e lingua theutonica in latinum translate*, Louvain, 1552. C'est ce dernier texte que rapporte C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, note 32, t. I, pp. 1207-1233.

54. 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 C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, note 32, t. IV, pp. 1037 et ss.

55. 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 atteindre les limites orientales du Golfe du Morbihan. Cette frontière devait encore reculer vers l'Ouest

tions, l'*Ordonnance de Villers-Cotterets* 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 pays⁵⁶. 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 relayer, contre les parlers locaux, l'école des débuts de la III^e République⁵⁷. Il est par ailleurs utile de faire observer que deux mouvements liés à l'écriture allaient

aux XIX^e et XX^e 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^e. Cf. H. WALTER, *L'aventure des langues en Occident*, Paris, R. Laffont, 1994, p. 95.

56. Outre que son article 110 contraind 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 hujuscumodi liticulas praecidendas hoc caput statuti edictum est » (Cf. J. CORBIN, *Code Louis XIII*, t. 1, Paris, Michel Soly, 1628, p. 642). (Traduction : « 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 : « Pourquoi 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*, t. II, Paris, P.U.F., 1978, p. 1066).

57. Sur l'enquête Grégoire, cf. M. DE CERTEAU, D. JULIA et J. REVEL, *Une politique de la langue — La révolution française et les patois*, Paris, Gallimard, 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 ?

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 receler⁵⁸. C'est en raison de l'importance de ce document que le jurisconsulte du XVI^e siècle, René Choppin, lui assignait la fonction d'être « l'âme de la coutume »⁵⁹.

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 largement⁶⁰.

58. 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 qui 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.

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

60. La loi du Roi, traditionnellement, interférait peu dans le domaine du droit privé, son aire privilégiée intéressant plutôt les matières de droit public 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 », (1938) LVIII *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 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

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 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 faut⁶¹, 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

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» (J. BODIN, *Les six livres de la République*, t. I, Paris, Fayard, 1986, p. 198).

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. À 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», (1940) 52 *Juridical Review* 265-267). À l'opposé, le juriste anglais J. FORTESCUE, au XV^e, 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, Cambridge, University Press, 1942, 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*, Cambridge, University Press, 1990, p. 40, en note).

61. 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 C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, note 32, t. II. Le second groupe ne concerne que le droit privé en abordant, de façon

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 entraînant sanction du comportement contraire⁶², 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 Grans 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 son autorité de la combinaison du *consensus populi*, à la

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, *op. cit.*, note 32, t. I, p. 169.

62. 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*, Londres, Professional Book, introd., sect. III). 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.

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»⁶³. Nos auteurs n'ont cependant pas oublié de relever que la 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»⁶⁴.

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 maté-

63. Cf. P. CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, Michel Bodin, 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 que par la souffrance, et tant qu'il plaist au Prince souverain, qui peut faire une loi, y adjoustant son émologation. Et ainsi toute la force des loix civiles et costumes gist au pouvoir du Prince souverain» (J. BODIN, *op. cit.*, note 60, 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.

64. «Questions sur les Coutumes», dans G. COQUILLE (dir.), *Œuvres*, Paris, Henry LeGras, 1703, § 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 devoit d'autant plus avoir lieu où les homologations des coutumes défendent d'introduire ou alléguer aucuns autres usages» (G. DE GHEWIET, *Institutions au droit belgique par rapport tant aux XVII Provinces qu'au pays de Liège*, Lille, Charles-Mauruce Cramé, 1736, pp. 6 et 10).

riellement 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 enregistrés⁶⁵.

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 public⁶⁶; 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

65. C'est bien ce qui semble résulter de deux décisions rendues en 1571 et 1573, que rapporte G. LOUET, *Recueil de plusieurs notables arrêts donnez en la Cour de Parlement de Paris*, Paris, (Veuve de Damien Foucalt et Jean Guignard,) 1678, 160: «Jugé [...] que la coutume réformée a lieu et se doit observer du jour qu'elle est résolüe, arrestée 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».

66. 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 codification des coutumes dans les XVII Provinces des Pays-Bas», (1950) XVIII *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 36-67.

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 urbaines⁶⁷. En outre, dans une lettre qu'il avait adressée en janvier 1546 au Conseil des Flandres 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 commissaires⁶⁸.

La situation des commissaires français était à cet égard bien différente: 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

67. Tel fut le cas des Coutumes, *loix et statuts de la ville et bourgeoisie d'Ypres*, décrétés en 1535. Cf. J. GILISSEN, «Loi et coutume, quelques aspects de l'interprétation des sources dans l'ancien droit belge», (1953) XXI *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 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. C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, note 32, t. I, pp. 991 et ss.

68. Cf. J. GILISSEN, *loc. cit.*, note 66. Il faut relever 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.

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 matière⁶⁹. 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'autre⁷⁰. Toutefois, les adaptations des textes coutumiers aux ordonnances n'ont souvent concerné que des points

69. Cf. la commission décernée à P. LISET, dans C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, note 32, t. III, p. 973.

70. 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 de 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 costumier 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» (C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, note 32, t. I, p. 219).

de détail, puisque, comme on l'a déjà vu, la législation n'intervenait que rarement dans un domaine qui restait principalement soumis aux sources coutumières⁷¹. Il faut cependant observer que ces ajustements furent réalisés surtout lors du mouvement de réformation qui devait occuper la deuxième moitié du XVI^e siècle, mais sans qu'il y ait exclusivité⁷².

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 Christofle de Thou, notamment celui de la *Coutume de Paris* auquel devait être accordée une attention particulière afin d'en faire une forme d'archétype ou de modèle⁷³.

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 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

71. À titre d'exemple, l'*Édit de secondes nocces* 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 *Édit de 1560* (cf. C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, note 32, t. II, p. 560), ainsi qu'à Amiens, pour l'article 107 (cf. C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, note 32, t. I, p. 597).

72. 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 C. DUMOULIN dans ses *Notæ solemnes* (Cf. C.-A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, note 32, t. III, p. 947, note e).

73. Cf. R. FILHOL, *Le Premier Président C. de Thou et la réformation des coutumes*, Paris, Sirey, 1937, pp. 208 et 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 McCarthy) de l'*Édit 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 habitants 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 Édits, ... concernant le Canada*, Québec, John Neilson, 1809, p. 68; également *Édits, Ordonnances royaux, déclarations et Arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, t. 1., Québec, E.R. Fréchette, 1854, p. 46).

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 réformations 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 exemples⁷⁴.

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 sanction royale; c'est bien ainsi qu'elle se laissait dorénavant voir par les juristes étrangers qui pouvaient s'y référer⁷⁵. La rédaction avait dès lors contribué à

74. 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 Maupéou 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 Maupéou », (1956) *R.H.D.* 356-375. À l'époque où les réformations 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 États 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. J. BOUHIER, *Œuvres de jurisprudence*, t. 1, Dijon, Louis-Nicolas Frantin, 1787, pp. 26-123.

75. 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^e 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 commissioners 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 » (J. ERSKINE OF CARNOCK, *Institute of the Law of Scotland in four books*, 6th ed., t. I, Edinburgh, Bell and Bradfute, 1828, p. 11).

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. L'avantage retiré de la consignation écrite était assez largement compensé par l'inconvénient de voir la règle risquer l'obsolescence, sans pouvoir s'amodier 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.

II. 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 décroisonner 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 méthode scientifique et ce travail fut entrepris par les commentateurs dans la lignée d'un Bartole de Sassoferato (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»⁷⁶. 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 ce même François Hotman qui, à la demande du chancelier Michel de l'Hospital, publiait en 1567 son *Antitrobinian ou Discours d'un grand et renommé juris-consulte de nostre temps sur l'estude des loix, faict par l'advis de Monsieur de l'Hospital chancelier de France*. Ce titre est à lui seul tout un programme, surtout quand l'on sait que Tribonien fut l'un des principaux maître d'œuvre de cette encyclopédie de la littérature juridique romaine qu'est le *Digeste*. Pothier lui-même 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'il existait, à défaut d'une uniformité, au moins une unité du droit français, suscitant toute une réflexion pour envisager les possibilités d'une unification. Elle donnait naissance aussi à une exigence d'ordre qui, pour reprendre un concept déjà ancien, celui de code, lui assignait progressivement de nouvelles fonctions.

A. LA COUTUME RÉDIGÉE ET SES COMMENTATEURS

Il ne fallut pas attendre longtemps pour que paraisse, sur les textes officiellement publiés, une étude approfondie des normes qu'ils contenaient par la voie des commentaires; ceux-ci opéraient à la manière des gloses, procédant à une explication des mots ou expressions, mais sans s'y enfermer. Il faut cependant relever que les commentateurs ne furent

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

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 en contact avec le droit coutumier, ce sont eux qui 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 canonique⁷⁷, 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, et partant, devait être appris en contact étroit avec la pratique⁷⁸.

77. Rappelons que le droit français ne fut enseigné dans les universités qu'à partir de l'Édit 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^e et XVIII^e siècles*, Paris, 1920, pp. 27 et ss. et sur le contenu des cours de droit français, pp. 57 et ss.; également, C. CHENE, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, thèse D.E. Montpellier, 1978 et du même auteur, « La place des professionnels dans la formation des juristes aux XVII^e et XVIII^e siècles », (1985) 2 *Annales d'histoire des Facultés de droit* 51-62).

78. 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'écoles 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 entrait 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^e, 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 États-Unis avaient su instituer d'importantes écoles de droit; cf. A.H. MANCHESTER, *A Modern Legal History of London and Wales*, London, Butterworths, 1980, pp. 54 et ss.; cf. également W.S. HOLDSWORTH, *History of English Law*, t. XV, London, Methuen, 1965, pp. 223-247. L'Écosse, par contre, avait une tradition ancienne universitaire, à l'image de ce qu'elle était en Europe continentale. Trois universités écossaises étaient fondées au XV^e 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, arrêteront cette renaissance, sans compter avec la Réforme qui écarta le droit canon pour lui substituer un cours de droit écossais. À la fin du XVII^e et début XVIII^e, les universités écossaises connaissaient un véritable renouveau, attirant les juristes qui

On s'accorde pour reconnaître que le premier commentaire paru pour accompagner un texte officiellement rédigé, a été celui de Nicolas Boyer 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 Révolution⁷⁹.

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 droit⁸⁰. 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

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*, Paris, L.G.D.J., 1972, pp. 19 et ss.

79. 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 manque, si l'on considère les projets de l'auteur dans sa préface, au moins un volume, si ce n'est deux. Cf. J. DUFREMENTEL, *Nouveau Commentaire* [...], 2 vol., Tours, F. Letourmy le jeune, 1788.

80. 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. C. MOLINÆI, «Commentarii in Consuetudines Parisienses», dans *Opera omnia*, t. 1, Paris, Sébastien Cramoisy, 1625, Épitome 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 neveux, enfans de plusieurs frères, à leur oncle [...] et quelques autres cas» (Cf. G. COQUILLE, *Institution au droit des François*, Paris, Abel Langelier, 1607, p. 65).

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 latin⁸¹. 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 : Nicolas Boyer, Charles Dumoulin, René Choppin, Barthélémy de Chasseneuz, etc.⁸²

À côté du 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 de la Comté de Guines, de Saint Paul, Hesdin, Aire, Théroutane 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*⁸³, 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

81. 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.

82. Cf. A. GOURON, « Coutumes et commentateurs, essai d'analyse quantitative », dans *Études d'Histoire offertes à J. Yvert*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1976, pp. 321-332.

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

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 Paris*⁸⁴. Ce fut alors l'occasion de mettre fin à un conflit qui opposait les tenants du droit coutu-

84. «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 quædam 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 authore a sapientissimis viris ordinatum, tam est æquum, rationabile et undequaque absolutum, ut omnium fere christianarum gentium usu, et approbatione commune sit effectum» (C. DUMOULIN, dans *Opera omnia*, op. cit. note 31, tit. primus, De Fiefs, n^o 107-110, col. 44-45).

(Traduction: «Les Francs et les Gaules 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 dérogoires 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 Gaules. Au départ, les coutumes locales étaient plus rares, alors que le tribunal suprême, ou Parlement ambulatorio, 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 détours: cependant, ces droits généraux et particuliers des Francs subsistent toujours, comme quand les héritages étaient déferés 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, 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

mier, considéré comme seul droit commun, avec les romainistes, aux yeux desquels le seul *Ius 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 : le nationalisme altier soutenait assez largement les thèses gallicanes⁸⁵, 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 *Ius commune* de l'Empire au détriment du droit coutumier.

B. DE L'UNITÉ À LA POSSIBLE UNIFICATION

C. Dumoulin allait finalement logiquement aborder la question d'une possible unification du droit coutumier : il proleuist en ce sens son *Oratio de concordia et unione consuetu-*

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 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 fumes 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.

85. Cf. D. GAURIER, « La revendication d'un droit national contre le droit romain : le droit commun coutumier en France, fin XVI^e — début XVII^e siècles », (1994) XLI *R.I.D.A.* 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.

dinum Franciæ entre 1544 et 1548, esquissant une démarche pour y arriver, mais cette unification devait rester au niveau des seuls projets⁸⁶.

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 droict des François*, de Guy Coquille, sieur de Romenay, à laquelle étaient jointes, comme son indispensable complément, les fameuses *Institutes coutumières* d'Antoine Loisel⁸⁷. On voyait 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*.

86. 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 », (1944) *Rev. Hist.* 317-322.

87. Bien loin de pouvoir se résumer en une tentative pour renouer avec la 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 G. Coquille qui en constituait le commentaire, ce qui n'est pas faux. Cf. M. REULOS, *Études sur l'esprit, les sources et la méthode des Institutes coutumières d'Antoine Loisel*, Paris, Sirey, 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^e siècle, le Sieur Catherinot commençait à regrouper autour de thèmes classés par ordre alphabétique, ses Axiomes du droit français; 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 », (1883) VII *N.R.H.D.*, 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. E. GARNIER DES CHESNES, *La Coutume de Paris mise en vers*, Paris, Saugrain, 1768).

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. 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 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 Descartes⁸⁸.

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 qui, en 1665, composait une *Institution au droit françois*, qui inspirait une autre Institution, de peu postérieure, celle de Gabriel Argou⁸⁹. Pour Fleury, le droit français est formé de deux parties :

88. Cf. A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil*, Paris, L.G.D.J., 1969, pp. 69 et ss.; sur le plan suivi par Domat, pp. 142 et ss.

89. Assez curieusement, l'*Institution* de Fleury ne fut pas publiée avant le XIX^e siècle : ce sont Laboulaye et Dareste, qui devaient le faire en 1858. 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

[...] 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. Cet usage s'apprend par la lecture des arrests, 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 arrests, il faut observer qu'un arrest n'est pas une loi; mais que plusieurs arrests sont une preuve très certaine de l'usage.⁹⁰

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 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 déci-

composé une *Histoire du droit français* en 1674, qu'Argou devait incorporer à titre de préliminaire à son ouvrage. 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. Lausanne, 1783, p. lxxxv (reprise Vrin, 1981).

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

sions communes à toutes les coutumes, sur les successions, les fiefs, les censives et les retraits»⁹¹.

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 entre 1660-1670, ou les *Successions* de A. Lebrun 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.

91. Cf., F. BOURJON, *Le Droit commun de la France* [...], t. 1, Paris, Granger et Cellot, 1770, Dissertation sur l'union de 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 Édits des Rois de France* ainsi que sur les *Pandectes*, tous ouvrages rédigés en latin] aut adulatorum aulici, ius commune Francorum vocant constitutiones Regias, sed fallunt et falluntur : regie enim constitutiones, etiamsi communes toti regno, ut edicta quamvis particularia 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, prop maiore parte temporaria et momentanæ, et sæpius quaestuaria » (*Opera omnia*, op. cit., note 31, n° 106, col. 44). (Traduction : « 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, remis en question »).

À Bourjon, Daguesseau et Pothier devait ainsi revenir le privilège de consacrer la victoire du jusnaturalisme dans le droit tel qu'il domina l'époque moderne.

Ce fut d'abord Bourjon qui attribua 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 : « La Coutume de Paris forme une science d'esprit et de raison qui, perfectionnée par 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 [...] ⁹²

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, il 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 de mesurer l'acte humain à l'aune de l'équité naturelle dont la *Coutume de Paris* constitue le réceptacle ⁹³. 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

92. Cf. F. BOURJON, *id.*, Dissertation [...], non paginé, 4° fol. recto et verso.

93. Sur les divers courants jusnaturalistes, on pourra se reporter avec un grand profit à l'excellent petit ouvrage de A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, Collection Que sais-je? Paris, Les Presses universitaires de France, 1993.

être reçue, suivant en cela le goût de l'époque⁹⁴. Il peut ainsi passer pour avoir été le précurseur immédiat de Pothier dont l'œuvre devait pourtant éclipser celle du premier.

Il faut toutefois, au sein de cet édifice en construction, faire une place au chancelier Daguesseau 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 réenoncer ensuite autour de propositions logiques. Dans une *Institution au Droit Public français* qu'il devait malheureusement laisser inachevée, Daguesseau réservait un titre aux notions générales du Droit naturel⁹⁵. 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 Dieu⁹⁶, aussi

94. Cf. R. MARTINAGE-BARANGER, *Bourjon et le Code Civil*, Paris, Klincksieck, 1971, pp. 52 et 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 » (P. VIOLLET, *Histoire du droit français*, rééd. Aalen, Scientia Verlag, 1966, p. 251). A. Esmein, F. Olivier-Martin, et plus proche de nous J.F. LEMARIGNIER (*Histoire des Institutions publique et des faits sociaux*, Paris, Cours du Droit, 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., note 88, pp. 103 et ss.).

95. Dans la première Instruction qu'il adressait à son fils, H. DAGUESSEAU 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*, t. I, Paris, Libraires associés, 1787, p. 270). Aussi avait-il conseillé la lecture de trois ouvrages qui constituaient à ses yeux les indispensables, à savoir le *De Legibus* de M.T. CICERO, le *De iure belli ac pacis* de H. GROTIUS et le *Traité des Loix* de J. DOMAT (Paris, Cavalier, 1771, p. 273).

96. Daguesseau 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 » (t. I, trad. BARBEYRAC, Bâle, Emmanuel Tournaisen, 1768, p. 10).

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 semblables⁹⁷.

On a pu écrire qu'il était difficile de parler de Pothier sans auparavant connaître la pensée de son « père spirituel », le chancelier Daguesseau. Les deux hommes étaient, semble-t-il, liés par une solide amitié⁹⁸. Dans la lignée d'un Domat dont il partageait à la fois l'idéal chrétien et les idées jusnaturalistes modernes, le chancelier possédait dans sa bibliothèque un ensemble relativement rare en son temps, parce qu'il regroupait Grotius, Pufendorf, Heineccius, 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 Révélation⁹⁹.

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 Daguesseau, avec l'équité qui doit régner dans les conventions¹⁰⁰, l'honnêteté¹⁰¹, la bonne foi¹⁰² ou même encore relativement à la justice et au jeu¹⁰³. On peut ainsi dire que, tout en ne négligeant

97. Cf. H. DAGUESSEAU, « *Institution au Droit Public français* », dans *Œuvres*, op. cit., note 95, pp. 448-481.

98. Cf. A.J. ARNAUD, op. cit., note 94, pp. 106 et ss.

99. Le titre que Daguesseau 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*, op. cit., note 95.

100. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. I, Paris, Siffrein, 1821, p. 103.

101. *Id.*, p. 107.

102. *Id.*, p. 108 : « 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 ».

103. *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. op. cit., note 100, p. 424).

pas la doctrine traditionnelle, Pothier assurait la victoire du rationalisme juridique¹⁰⁴ qui devait par la suite envahir le droit, préludant à la réalisation du *Code civil*.

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 Daguesseau 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 reçue 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 »¹⁰⁵.

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

104. 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 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 [...] » (H. DAGUESSEAU, « Avertissement », dans *Œuvres*, t. XI, Paris 1779, p. xiii).

105. Cf. *Commentaire des Institutes coutumières d'Antoine Loysel*, t. I, Paris, Nion l'Ainé, 1688, p. 54.

l'Ancien Régime forment le gage de son opportunité. En 1718, Bartholomé-Joseph Bretonnier, qui s'était déjà consacré à l'édition et au commentaire des œuvres de Claude Henrys 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 jurisprudence et la rendre uniforme dans tous les tribunaux*. À lui seul, le titre est tout un programme! Bretonnier, qui devait mourir en 1727, fut pendant un moment l'un des auxiliaires du chancelier Daguesseau qui utilisa d'ailleurs assez largement les propositions formulées dans le *Recueil alphabétique*¹⁰⁶. 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 Prévert¹⁰⁷, néanmoins le succès de l'ouvrage ne se démentit pas tout au long du XVIII^e siècle, ce qui en dit long sur son utilité¹⁰⁸. Et pourtant, Bretonnier avait limité son

106. Cf. à ce sujet, H. REGNAULT, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau*, Paris, P.U.F. 1929, pp. 70-71.

107. Voici le sommaire des thèmes abordés : des Absents, Augment de dot, Bagues et bijoux, Bastards, Bénéfice d'inventaire, Bénéfice de restitution, Cens, Coffre troussé, 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, Mainmorte, Mariage des mineurs, Meubles, Paraphernaux, Peremption, 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.

108. 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 : « À 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 impossible, car la même cause qui a fait introduire les coutumes, les a fait 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 » (BRETONNIER, *Recueil par ordre alphabétique*, Paris, Emery

entreprise à la recherche d'une harmonie de la jurisprudence des Parlements des régions méridionales¹⁰⁹.

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. Il avait pourtant bien conscience des limites de cette méthode¹¹⁰. 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, avocat au Parlement de Paris, en étroite collaboration avec Eusèbe de Laurière. En 1699 paraissait en effet leur *Bibliothèque des Coutumes*, qui devait être 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

Père et Fils, 1724, pp. lxix-lxx). Relevons ici que cette opinion est tout à fait judicieuse 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.

109. 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 ».

110. 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 « Traité de la Représentation », dans *Œuvres*, t. II Paris, Michel Guignard et Claude Robustel, 1713, p. 581).

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'un 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.¹¹¹

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 besoins¹¹².

111. C. BERROYER et E. DE LAURIÈRE, *Bibliothèque des Coutumes*, Paris, Charles Rouin, 1745, p. 2.

112. Même si Laurière et Berroyer n'avaient pas constitué d'équipe de travail officielle, bien souvent les chercheurs ne leur en soumettaient pas moins leurs travaux. En ce sens, en 1730, s'insérant directement dans le projet de nos deux auteurs, C. POCQUET DE LIVONNIÈRE publiait ses *Règles du Droit français*, Paris, Despillay, 1768, 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.

Le XVIII^e siècle devait prolonger en partie cette même quête. L'un des commentateurs de la *Coutume de Touraine*, Jacquet, 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 GÉNÉRAL 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 États 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 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'État, est d'autant plus facile, que les peuples qui vivent sous la même domina-

tion seront charmés d'être gouvernés suivant les mêmes lois. 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.¹¹³

La facilité prétendue pour mettre en œuvre un tel projet n'a pas semblé frapper les esprits contemporains; il ne suffit à cet égard que de mentionner la prudence qui devait animer le chancelier Daguesseau 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'*Édit 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 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 mari-

113. Cf. JACQUET, *Traité des Justices des seigneurs et des droits dépendants*, Paris-Lyon, Louis Cellot et les Frères Estienne, 1764, pp. IX-X.

times (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 complétée¹¹⁴. 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, 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 et actions¹¹⁵. Par ailleurs, un petit traité composé et inséré dans sa remise en

114. 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 universel et raisonné de jurisprudence civile*, Paris, Dorez, 1775-1783, sous forme d'une encyclopédie complète du droit, par ordre alphabétique, bien dans le goût du jour favorable aux dictionnaires encyclopédiques de toutes sortes. Bon nombre des articles de ce *Répertoire* seront repris par Merlin de Douai, complétés pour le droit intermédiaire; Merlin avait collaboré d'ailleurs au *Répertoire Guyot*, pour toutes les questions intéressant le ressort du Parlement de Flandre.

115. Pothier écrit en effet: «On distingue trois différentes espèces de nos lois 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» (POTHIER, *Coutume d'Orléanais*, t. XV, Paris, Siffrein, 1824, p. 2).

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 utilisait 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, Augustin-Marie Poullain du Parc, qui avait été avocat avant que ne lui soit confiée la chaire de Droit français à la Faculté de droit de Rennes¹¹⁶, 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, lorsqu'il composa son *Cours de Droit Civil*¹¹⁷. Il reste que Poullain du Parc, à l'instar de son homologue orléanais, s'était lui 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 temps¹¹⁸. Si le courant tenant de cette pensée devait rejaillir sur les formulations qui seront faites au siècle suivant,

116. Cf. E. CHENON, *Les anciennes facultés de droit de Rennes*, H. Caillière, 1890, n^{os} 10 et 33.

117. Disséminées dans les divers volumes de l'œuvre de Toullier, les références aux ouvrages de Poullain, 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.

118. Si une majorité put sembler se rattacher aux principes du jusnaturalisme, on ne peut cependant parler d'une unanimité. En effet, dans le *Préliminaire* à la

notamment dans le domaine de la matière contractuelle¹¹⁹, 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.

C. 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

Théorie des Lois civiles, publiée à Londres (rééditée dans la collection «Corpus des œuvres de philosophie en langue française», Paris, Fayard, 1984) en 1767, Simon-Nicolas-Henri LINGUET (1736-1794) entreprenait de s'attaquer à tout ce que les publicistes avaient conduit à faire admettre, accusant Montesquieu d'avoir été un fourbe : «en entreprenant de développer l'esprit des loix, il ne fallait pas débiter par une méprise sur leur nature» (Discours préliminaire, pp. 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. 185). 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. À cet égard, il explique : «Quand les États Généraux sont assemblés en France, leurs résolutions pouront 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», dans *Œuvres*, t. 15, Londres, 1789, pp. 172 et ss.).

119. Les œuvres de Pothier ne limitèrent pas leur influence au seul droit continental, puisque le droit anglais devait également lui faire bon accueil. Il 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*, rééd., Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 399-400.

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 matière¹²⁰ ? Force est de reconnaître que notre mot 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. À 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 présent. 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

120. Voir à ce sujet la définition que Jeremy BENTHAM donnait du *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 son existence, sa justification » (*De l'organisation judiciaire et de la codification* cité in S. HERMAN, « Historique et destinée de la codification américaine », (1995) *R.I.D.C.*, 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 », (1955) 29 *Tul. L. Rev.* 431, pp. 435-441, également J.-L. BAUDOUIN, « Réflexions sur la codification comme mode d'expression de la règle de droit », dans *Unification and Comparative Law in Theory and Practice*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 14, enfin P. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, Paris, S. éd., 1898.

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, retranschant 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 »¹²¹. En 1596, lors de la tenue des États 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 coustumes 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 »¹²². 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, 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

121. Il faut remarquer que ce vœu était également exprimé par la noblesse dont le cahier soulignait aussi son souci de révision des questions obscures « du droit escript et des coustumes 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 États Généraux*, t. II, Paris, Hachette, 1888, pp. 334-335. Plus encore, le Tiers, à l'article 191 de son cahier, demandait l'unité des styles de justice, *id.*, p. 302.

122. Cf. G. PICOT, *id.*, 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 faite 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 contenues en leur registre, incognues 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 ».

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 projet¹²³. 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 agrémente 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

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 constituer, dut être renouvelé à plusieurs reprises lors de la session des États généraux de Blois en 1588 (cf. H. CAUVIÈRE, *L'idée de codification en France avant la rédaction du Code Civil*, thèse D.E. Droit, Paris, S. éd., 1910, p. 15), encore lors des États 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, *id.*, 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.

123. Barnabé Brisson qui fut par la suite Conseiller d'État 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*, t. XV, Nouv. Collect. des Mémoires relatifs à l'histoire de France par MM. MICHAUD et POUJOLAT, Paris, Didier, 1854, pp. 65 et ss. Également, N. GAILLARD, « Éloge historique du Président Barnabé Brisson », (1854) 4 *Rev. Crit. de Législation* 45-68.

ordre des matières qui reste assez fortement calqué sur les précédents romains. À cet égard, il semble 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 engagé¹²⁴.

Par ailleurs, cet oubli d'inclure dans l'entreprise de codification le droit coutumier, peut s'expliquer par le fait que les réformations entreprises sur les grands textes, dont celui de la *Coutume de Paris* en 1580, venaient à peine de s'achever; par ailleurs, celle-ci, 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 confectonner des recueils renfermant les ordonnances. Ainsi, en 1580, Fontanon publiait un recueil des ordonnances depuis 1108¹²⁵. Pierre Guesnois devait publier en 1585 sa *Conférence des Ordonnances royaux* selon une méthode de classement qui par-

124. Cf. pour l'édition consultée, *Les Basiliques ou Édits et Ordonnances des Roys de France selon la dernière coppie de feu Messire Barnabé Brisson, avec sa conférence aux Codes Grégorien, Hermogénien, des Empereurs Théodose et Justinian et Loix des Wisigoths* [...] par Nicolas FREROT, Paris, Nicolas Buon, 1611. Une autre édition par Louis CHARONDAS LE CARON avait précédé de peu. C'est ce même *Code Henri III* qui servit 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 A. THEVENEAU, Paris, Jean Guignard, 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.

125. À 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*.

ticipe 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 »¹²⁶. En 1620, deux autres particuliers, Néron et Girard, proposaient à leur tour un recueil des ordonnances dans un ordre chronologique¹²⁷.

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'auteur 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.

À 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 Conférence (celle de

126. Cf. *Conférence des Ordonnances royaux*, Lyon, 1593, Avertissement aux lecteurs.

127. Augmenté par Eusèbe DE LAURIÈRE, 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.

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 droit 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 [...].¹²⁸

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 faite 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 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*¹²⁹ qui embrassait toute une partie

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

129. 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 coutumier de France et pour les Provinces qui s'y régissent par le Droit Écrit*, sans indication de lieu et d'éditeur, 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 d'avoir un avocat, droit qu'il énonce comme étant de droit naturel (cf. *Procez verbal des Conférences tenues par ordre du Roy*, Paris, Éditeur de Sa Majesté, 1724, pp. 161-162).

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 Daguesseau 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 détail¹³⁰. 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, Pussort¹³¹, 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 l'observation des mêmes règlements eu égard au maintien de leurs privilèges que les régions comme les villes ont pu se faire accorder lors

130. Ils se trouvent tous à la B.N. dans le fonds Clairembault, n° 613. Un seul d'entre eux eut le bonheur d'être publié dans la 3 *Revue d'Histoire du Droit* 23-29. 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*, Paris, A. Rousseau et Cie, 1929, pp. 67-80.

131. 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. CLÉMENT, « La réforme des Codes sous Louis XIV d'après des documents inédits », (1869) 7 *Rev. des questions historiques* 115-144.

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 spécifiques¹³². 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 le Code de procédure civile, l'*Ordonnance criminelle de 1670* et le 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, enfin celle de 1685 dénommée *Code Noir*, concernant le statut des esclaves des colonies¹³³. Bien peu de ces textes font véritablement œuvre nouvelle quant au fond du droit et si des améliorations ont été ça et là apportées à l'occasion, un grand pas avait été fait cependant 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 des degrés divers certes; le *Code de commerce* de 1807 en tout cas, avait repris très largement aux dispositions des ordonnances de 1673 et 1681¹³⁴. Par ailleurs, Louis XIV décidait la préparation d'une collection qui enten-

132. Cf. J. VAN KAN, *op. cit.*, note 130, pp. 69-71.

133. 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 être 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*, Paris, P.U.F., 1987.

134. 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 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 con-

dait réunir, dans un ordre chronologique, toutes les ordonnances de ses prédécesseurs. Le premier volume de ce recueil qui 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; le premier volume donc 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, et ce, jusqu'à la mort de Louis XII¹³⁵.

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 Daguesseau de manière aussi pressante. Ne faisait-il pas remarquer, dans sa septième merculaire 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 Langues; et la Loi qui,

trat de transport, donnant un régime spécifique au connaissance, 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 y aurait lieu de se démarquer à ce point de la pratique internationale.

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

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.¹³⁶

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*¹³⁷, le second, rédigé quelque deux années plus tard, *Mémoire sur les vues générales que l'on peut avoir pour la réformation de la justice*¹³⁸. Dans ces 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»¹³⁹.

Certes, hormis l'*Ordonnance de 1731*, qui devait consacrer une uniformisation de la jurisprudence des cours en la matière, déjà largement entamée, les textes qui suivirent seront à cet égard plus timorés dans la mesure où ils présen-

136. Cf. *Œuvres de Monsieur le Chancelier Daguesseau*, op. cit., note 95, p. 114.

137. Ce mémoire a été édité par F. MONNIER dans *Œuvres complètes du chancelier Daguesseau*, Genève, Megariotis reprints, 1982, réédition de l'édition de Paris faite en 1863, pp. 459 et ss.

138. Ce mémoire se trouve dans *Œuvres complètes du chancelier Daguesseau*, t. XIII, Paris, Pardessus, 1819, pp. 220-228.

139. Il écrivait dans son premier mémoire à propos de ces divergences :

a) 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-deça d'un ruisseau, est injuste au-delà [...]. Cf. *Œuvres complètes* [...], id., p. 205.

vaient 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 (des 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 favorable¹⁴⁰; en sorte que le fond même de la contestation se trouve décidé par le seul jugement qui règle la compétence du Tribunal.¹⁴¹

140. 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 », dans *Voyages de Gulliver*, Paris, La Pléiade, 1965, pp. 257-258.

141. Cf. J.A. SALLE, *L'esprit des ordonnances et des principaux édits et déclarations de Louis XV en matière civile, criminelle et bénéficiaire*, Paris, Chez la veuve Rouy, 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 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. J.A. SALLE, *id.*, 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. *id.*, p. 334.

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 réglementer 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 suicide¹⁴². Vaste, même très 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 Daguesseau de mettre fin à ces diversités de jurisprudence qui existaient entre les différents Parlements, ce qui, incontestablement, constituait un premier pas.

Pourtant, au milieu du XVIII^e, 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 département ministériel et, en tout cas, sorti de l'imprimerie royale ; pour terminer, ce fut un projet d'acte de promulgation d'un *Code de*

142. Cf. J. VAN KAN, *op. cit.*, note 130, p. 105, en note 5.

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 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 jurisconsultes¹⁴³ 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'Assemblée¹⁴⁴. 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»¹⁴⁵.

143. Cf. J. VAN KAN, *op. cit.*, note 130, pp. 140 et ss.

144. Cf. à ce sujet, H. CAUVIÈRE, *op. cit.*, note 122, p. 68.

145. Cf. J. VAN KAN, *op. cit.*, note 130, p. 159.

À la même époque, ce furent également deux projets 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*¹⁴⁶, 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 successions¹⁴⁷.

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 »¹⁴⁸.

146. Le plan en était le suivant: tit. 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'accélégrant sur ces matières dès 1789.

147. 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.

148. Cf. L. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Garnier-Flammariion, 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 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 — 1^{er} décembre 1790 qui institue le

Après avoir sollicité le concours de « tous les citoyens qui auraient des vues utiles sur le perfectionnement des lois »¹⁴⁹, 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 charge 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 suite¹⁵⁰. Le même jour était présenté, mais à titre tout à fait officiel cette fois-ci, le premier projet Cambacérès qui fut le seul sur les trois que présenta successivement ce malheureux auteur à commencer à être discuté par l'assemblée. Mais cette dernière finit par le trouver trop complexe et trop technique, sans poursuivre plus sa discussion. Les deux autres projets n'auront pas même cette chance¹⁵¹.

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 ».

149. Appel lancé par le député de Paris le 16 octobre 1791, Garran de Coulon, cf. A.P., 1^{re} série, t. XXXIV, p. 250.

150. Cf. A.P. 1^{re} série, t. LXX, pp. 663 et ss.

151. Ces trois projets, avec leurs discours introductifs, ont été intégralement repris dans le tome I du *Recueil complet sur les travaux préparatoires du Code civil* par A. FENET, Paris, Au dépôt, rue Saint-André des Arcs, 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 titres) et enfin aux Actions, qui ne semble 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

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 (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 successions¹⁵².

La suite du processus de codification est mieux connue et il n'est pas besoin de le détailler; on peut seulement faire observer qu'il n'a pu déboucher que parce que l'état du droit civil avait sans doute 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* de 1804 voyait aboutir une longue maturation¹⁵³ et surtout, avait fait la preuve qu'il était possible de triompher des difficultés qui jalonnaient la route vers la codification, ce qui devait naturellement favoriser la confection des autres codes qui suivirent. D'ailleurs, pour certains d'entre eux, notamment à l'égard du commerce et de la procédure civile, il y avait beaucoup moins à créer

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 celui de Portalis plus tard, 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.

152. Précédé d'idées préliminaires fort développées, le Code lui-même, sans même numérotter 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. P. A. FENET, *op. cit.*, note 151, pp. 327-352 et 353-462.

153. 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.

parce que des codifications sur ces domaines, même vieilles, étaient déjà intervenues et, somme toute, n'avaient plus qu'à être rajeunies.

Les quatre membres de la commission suscitée par Bonaparte pour la confection du *Code civil*, en raison de leur petit nombre, ont pu 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 sens¹⁵⁴. 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 énoncés¹⁵⁵, 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

154. La lisibilité du code français tranche étonnamment avec la complexité du vocabulaire du Code civil allemand, le *Bürgerliches Gesetzbuch* 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^e 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.

155. 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, Paris, Alex. Gobelet 1826.

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 féodal¹⁵⁶ permettait 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'ainesse.

Il semble que Napoléon Bonaparte ait entendu voir en ce code, non seulement un travail complet¹⁵⁷, 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-

156. 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^e siècle, malgré les sursauts sporadiques que l'on connaîtra durant les guerres de religion dans la seconde moitié du XVI^e, 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. 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'État est en France républicaine resté seul et unique seigneur censier : c'est lui qui recueille l'intégralité des droits de mutation à l'instar des seigneurs d'autrefois.

157. 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 : « À compter

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 voulue d'abord contraindre, pour véritablement devenir interprète d'une norme posée par le Code, remise dans son contexte social contemporain.

CONCLUSION

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 en question, resurgissant à diverses reprises depuis lors, notamment au début de notre siècle, à l'occasion du Centenaire ; mais la commission qui avait été nommée pour y procéder devait cesser son travail face à une levée de bouclier 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 lende-

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* » (nos italiques). 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*, Paris, Ad. Moessard et Jousset, 1835, 5 vol. Encore, cet ouvrage semble parfois lacunaire.

main de la Seconde Guerre mondiale¹⁵⁸. 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 1994. La parution en France, 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

158. 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 RIGERT 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 dans *Code Civil des Français*, rééd., Paris, Caisse des Dépôts et Consignations, 1979, Avertissement, non paginé).

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.

Dominique Gaurier
Faculté de droit et des sciences politiques
Université de Nantes
Chemin de la Censive-du-Tertre, B.P. 81307
44313 NANTES CEDEX 3 - France
Tél. : (02) 40 14 15 15
Télec. : (02) 40 14 15 00
Courriel : Dominique.Gaurier@droit.univ-nantes.fr