Cahiers de recherches médiévales

Journal of medieval studies

7 | 2000

Droits et pouvoirs

Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume

Jacques Krynen

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crm/892>

DOI : 10.4000/crm.892

ISSN : 1955-2424

Éditeur

Honoré Champion

Édition imprimée

Date de publication : 15 février 2000

ISSN : 1272-9752

Référence électronique

Jacques Krynen, « Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume », *Cahiers de recherches médiévales* [En ligne], 7 | 2000, mis en ligne le 03 janvier 2007, consulté le 15 décembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crm/892> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crm.892>

Ce document a été généré automatiquement le 15 décembre 2022.

Tous droits réservés

Entre science juridique et dirigisme : le glas médiéval de la coutume

Jacques Krynen

- 1 Après que son père eut ordonné, sans succès, la rédaction des usages, styles et coutumes de tous les pays du royaume, Louis XI voulut les unifier¹. Commynes (à l'année 1479) témoigne que le roi le « desiroit fort »², et plusieurs documents apportent la preuve que ce projet reçut assez rapidement un commencement d'exécution. Ainsi cette lettre adressée le 5 août 1481 à Ymbert de Batarnay, fort éloquente sur les intentions royales³. Ainsi ce mandement du même mois à tous les baillis et sénéchaux pour qu'ils fassent rédiger dans un délai très court les coutumes, usages et styles de leur circonscription, et qu'ils les expédient au Grand Conseil « pour en faire de toutes nouvelles qui seront toutes unes ». D'autres pièces d'archives montrent qu'en juin 1483 ce roi annonce à des délégués des bonnes villes qu'il les convoquera à une prochaine réunion pour approuver le texte de la nouvelle et unique coutume⁴. Il meurt le 30 août.
- 2 Insolite, cette tentative louis-onzième de codification ? Typique d'un roi très singulier aux vues trop en avance sur son époque ? Mais alors de très peu. Car l'unification du droit privé, la rédaction d'une seule loi pour le royaume devient au seizième siècle un vœu pressant de la doctrine, l'unité juridique apparaissant aux Loysel, Dumoulin, Hotmann, Le Caron et bien d'autres comme l'achèvement naturel de l'unité politique. C'est également une revendication formulée aux États généraux d'Orléans (1560) et de Blois (1576). Et les chanceliers eux-mêmes, de Michel de l'Hospital à Daguesseau, de s'en montrer fort préoccupés⁵.
- 3 Au vingtième siècle, jusque dans les années 70, les historiens du droit français ont pour la plupart été portés à écrire et enseigner que la monarchie capétienne aurait eu pour principe de respecter les coutumes, laissant ainsi aux individus, aux familles et aux groupes la liberté de régler leurs activités et leurs rapports. « Le grand fait qui domine notre histoire » aurait été « la quasi-impuissance du pouvoir royal en face du droit privé »⁶. Le plus ardent propagateur de cette vision abstentionniste de la politique

juridique de la royauté fut François Olivier-Martin. Au fil d'une œuvre inlassablement soucieuse de convaincre de la vivacité des libertés, franchises et privilèges de l'ancienne France, et sur fond de franche hostilité au positivisme juridique issu de la Révolution, l'autodéveloppement des coutumes prend les allures d'un dogme. Une sorte de « Volksgeist » venu du plus profond du Moyen Âge aurait des siècles durant insufflé à notre droit une vie propre, sereine, conciliant fidèlement besoins humains et normes privées sous l'égide bienveillante d'une royauté n'intervenant que dans la sphère du droit public. Au total, lier le sort des coutumes de France au développement du pouvoir politique des Capétiens serait une erreur : « Le Moyen Âge a sincèrement admis le caractère local et spontané de la coutume et l'unification législative n'a jamais été considérée comme un procédé d'unification politique, bien au contraire ; les rois ont d'autant mieux respecté l'autonomie coutumière de leurs nouvelles acquisitions que, dans leur ancien domaine, ils ont laissé toute liberté et toute spontanéité à la coutume »⁷.

- 4 Pendant longtemps, ne pouvant concevoir un quelconque dirigisme juridique du pouvoir central, les historiens du droit français ont même beaucoup insisté pour présenter l'œuvre de rédaction officielle des coutumes comme une entreprise de clarification, voire même de simple constatation du droit privé⁸, conduite avec le souci d'obtenir la collaboration et l'assentiment des sujets⁹. De fait, la procédure prévue en 1454, comme celle finalement adoptée en 1498 et 1506, prévoyait une rédaction élaborée conjointement par des praticiens locaux et des représentants des trois états de chaque circonscription¹⁰. Pour F. Olivier-Martin, il y avait là la preuve que « le roi, jusqu'à la fin, a respecté le droit des gens des trois états des villes et des pays de se donner des coutumes en s'accordant entre eux. Il a voulu seulement autoriser ces rédactions [...]. Les gens des états, en respectant les formes, en obéissant à la raison et surtout en réalisant la concorde entre eux sont entièrement maîtres d'arrêter le droit qui les régit ». Bref, la rédaction des coutumes n'aurait « aucunement modifié la nature du droit coutumier »¹¹. Que penser alors des commissaires royaux chargés à partir de 1496 de « visiter et veoir les coutumes », de présider sur place à la publication avec pleins pouvoirs pour les « abroger, corriger, ajouter, diminuer ou interpréter » ?¹² Ces commissaires « sont des gens de bonne doctrine et d'autorité », expliquait cet auteur ; « ils représentent le roi : leur action personnelle est grande. Mais ils ne peuvent imposer aux gens des états leur manière de voir »¹³.
- 5 Impossible aujourd'hui d'adhérer à cette interprétation aussi libérale qu'idéaliste du processus de rédaction¹⁴. Ce serait d'abord faire abstraction de ces « coustumiers et praticiens locaux », la plupart officiers royaux de justice, en charge de rédiger un texte préparatoire avec les représentants de chaque ordre. Eux aussi devaient donner leur avis sur ce qui semblerait devoir être corrigé, ajouté, diminué ou interprété¹⁵. On ne peut ensuite faire aussi peu de cas des pleins pouvoirs donnés aux commissaires, surtout après que R. Filhol eut bien mis en lumière l'utilisation des plus larges que n'hésita pas à en faire un Christofle de Thou. Commis à la rédaction et réformation de nombreuses coutumes, on le voit partout éliminer les dispositions qu'il juge dures, iniques, déraisonnables¹⁶, imposer des modifications hostiles aux droits de la noblesse, des restrictions aux prérogatives seigneuriales¹⁷, généraliser des règles nouvelles¹⁸. Marqué par un fort abstentionnisme des intéressés, par la division des ordres, et de vives protestations contre la méthode des commissaires¹⁹, le processus réel de fixation du droit local révèle le complet ascendant des agents du pouvoir. Le juriste René

Choppin se montre très clair à ce sujet : « les coutumes nouvellement réformées que nous feuilletons, sont plutôt des lois et des ordonnances des commissaires commis pour la réformation qu'ils ont faite de leur jugement, que non pas les anciens statuts des coutumes des provinces »²⁰.

- 6 « Abroger, corriger, ajouter, diminuer ou interpréter » : les termes employés pour signifier l'entière liberté de manœuvre des commissaires mandatés pour la publication des coutumes n'ont rien d'inédits. Ce sont les termes médiévaux de la *plena potestas regia*. De facture romano-canonique, Louis IX en avait déjà fait usage dans sa grande ordonnance de réformation du royaume de 1254, se réservant « la plénitude de la royale puissance de y déclarer, muer ou corriger, adjouter ou amenuiser »²¹. C'est qu'au XIII^e siècle, en France, en adéquation avec une souveraineté royale proclamée tant vis-à-vis des puissances extérieures que des forces internes, l'idée s'affirme et se répand, sans aucune retenue, tel un dogme officiel, qu'aucun système de droit ne saurait lier le monarque, ni le droit légiféré, ni le droit romain, ni le droit coutumier. S'agissant du premier, on ne peut plus aujourd'hui sous-estimer la présence, dans les milieux dirigeants, d'un fort courant absolutiste²². Au regard des deux autres, on ne voit pas comment un Capétien « empereur en son royaume » aurait pu reconnaître la supériorité de normes élaborées contre ou tout simplement hors de sa *voluntas*. Le *princeps* n'est-il pas censé posséder « tous les droits enfermés dans son cœur ? »²³ Ainsi est-il loisible au roi de France d'invoquer la coutume contre les prétentions du droit romain à l'universalité²⁴, tout comme d'imposer l'application de celui-ci en lieu et place des règles coutumières²⁵. Nombre d'études récentes éclairent toujours plus l'exactitude de cette annotation du commentateur de la Coutume de Toulouse : *voluntas domini regis in suo regno facit ius*²⁶.
- 7 Le laminage des coutumes au seizième siècle, la considérable simplification de la carte coutumière du royaume, autre résultat de l'œuvre de rédaction, les grandes ordonnances colbertiennes de codification faisant écho aux tentatives unificatrices de Louis XI, tout ce vaste mouvement préparatoire aux Codes modernes ne peut se comprendre qu'en égard à un État préoccupé, dès le temps de sa genèse médiévale, d'imposer sa souveraine maîtrise sur la production des normes juridiques. C'est bien à tort que l'on a si longtemps crédité la monarchie française de non-ingérence délibérée dans la sphère coutumière. Si tel avait été le cas, elle aurait tourné le dos à une doctrine juridique savante ayant tôt fait de la *consuetudo* une source conditionnelle du droit (I). Or force est de constater que les *doctores* n'ont pas prêché dans le désert. Au treizième siècle, les lettres patentes affichent la mainmise du pouvoir central sur les coutumes (II) tandis que les juges, représentant le roi-empereur, en assurent, au quotidien, le modelage (III) Évoquons cela : objet d'une triple saisine, doctrinale, gouvernementale, judiciaire, le phénomène coutumier a originellement perdu toute chance d'évoluer au gré des sujets.
- 8 I. « Sans renaissance des droits *universitaires*, point de coutume »²⁷. Forgée et diffusée par les premiers glossateurs²⁸, l'expression *jus consuetudinarium* est bien révélatrice du précoce et commun effort de la doctrine pour promouvoir la coutume en tant que source de droit capable de coexister avec le *jus scriptum* des compilations justiniennes²⁹. Non que le *Corpus* ait ignoré le rôle normatif de la *consuetudo*³⁰. C'est même autour de quelques saillantes dispositions de la jurisprudence et de la législation romaines que s'est constituée une théorie civiliste de la coutume aux derniers siècles du Moyen Âge³¹. Mais, à partir d'un matériau antique disparate, imprécis et souvent même

contradictoire, ce fut une des constructions les plus riches de portée pratique de la science juridique renaissante que d'avoir dégagé les conditions d'existence et de validité de la coutume justifiant sa force obligatoire³².

- 9 En ce domaine comme dans les autres, la doctrine romaniste n'a cependant jamais pris un tour uniforme. De Martinus à Bartole, en passant par Azon, Accurse et les Orléanais, hésitations et désaccords rythment la réflexion des docteurs, qu'il s'agisse de la définition même de la *consuetudo*, de sa démarcation des concepts voisins d'*usus* et de *mos*, de son oralité comme critère distinctif, de ses éléments constitutifs (*consensus populi*, ancienneté). Dès le XII^e siècle, en outre, l'essor de législations urbaines et princières oblige les civilistes à préciser les rapports régissant la coutume et le droit légiféré. La validité de la *consuetudo secundum legem* et *praeter legem* est unanimement admise. Mais quelle force pour la coutume *contra legem* ? La doctrine rencontrait là sa principale pierre d'achoppement³³.
- 10 Concomitante de la réflexion des civilistes, tirant profit de quelques-uns de ses apports fondamentaux, la théorie canonique de la coutume à l'âge classique n'en démontre pas moins une spécificité tenant à la structure traditionnellement hiérarchique de la société ecclésiastique et à l'affirmation croissante de la souveraineté pontificale³⁴. Le *jus consuetudinis*³⁵ des canonistes médiévaux s'avère également bien plus soucieux de soumettre l'autorité des normes coutumières au strict respect de grands critères éthiques.
- 11 Très tôt, les collections canoniques invoquent ce principe mis en honneur par les Pères : « la coutume doit céder devant la Vérité ». Yves de Chartres (*Décret*, IV, 234) et après lui Gratien (D. 8, c. 5) rappellent ce lieu commun de la patristique de Tertullien à Augustin : « Le Christ a dit *je suis la Vérité et la vie* ; il n'a pas dit *je suis la coutume* »³⁶. Cette référence à la Vérité, que n'avait pas envisagée le droit de Justinien, est un apport original des juristes d'Église. Elle leur permet d'écarter toute coutume contraire, même l'*inveterata consuetudo*. *Nam consuetudo sine veritate vetustas erroris est*, avait déjà proclamé Cyprien. À partir de la seconde moitié du XII^e siècle, décrétales pontificales et canons conciliaires réactivent cette autre exigence, martelée par les Pères, reprise par la *Panormie* et au *Décret*, de conformité à la Raison. Le droit de Justinien ne l'avait qu'incidemment requise (C. 8, 52, 1-2), et les civilistes dans leur grande majorité ne considéraient pas que l'évaluation de la *ratio* d'une coutume puisse en entraîner l'invalidation. « Aucun Orléanais ne fait dépendre l'introduction d'une coutume de son caractère rationnel »³⁷. Que la raison dût l'emporter sur la coutume devient à l'inverse doctrine si établie parmi les canonistes qu'Hostiensis, vers 1260, à la question *Quid sit consuetudo* ? répond qu'elle est *usus rationabilis*, qualité interne qu'il place avant la détermination de ses qualités externes (confirmation par le temps sans qu'aucun acte contraire ne soit venu l'interrompre, immémorialité, approbation par l'observation commune des usagers)³⁸. Une coutume conforme à la Vérité est celle qui ne contredit en rien l'autorité de l'Écriture Sainte. Raisonnable est la coutume « approuvée par le droit et que l'Église romaine observe et prescrit d'observer »³⁹.
- 12 Dès la fin du XII^e siècle, les coutumes ecclésiastiques subissent la concurrence de plus en plus pressante d'un *jus novum* issu du renouveau de la législation pontificale. Sans jamais considérer que l'autorité des décrétales ne puisse se concilier avec la faculté traditionnelle reconnue aux communautés de forger leurs propres normes, les canonistes n'en sont pas moins portés à resserrer les conditions de leur validité. Quarante années sont exigées pour qu'une coutume puisse être considérée comme

prescrite, les civilistes considérant de leur côté que dix années suffisent. Et s'ils ne refusent pas a priori toute autorité aux coutumes qui iraient à l'encontre du droit et de la loi, les canonistes, tributaires du principe d'unité spirituelle et politique de l'Église, brandissent, avec toujours plus d'insistance, la nécessaire *permissio* – expresse ou tacite – du Souverain Pontife. Le *consensus populi*, la liberté théorique de se doter de règles propres trouve sa limite dans le *consensus principis*, plus ou moins nettement exprimé. Comme le résumera Jean d'André au milieu du XIV^e siècle, « lorsque la coutume prescrit contre le droit de l'Église, on considère que le législateur a donné son consentement »⁴⁰.

- 13 Toute coutume jugée contraire à la Vérité, à la raison, au droit, à la loi, voire aussi à l'utilité publique ou à l'équité naturelle⁴¹ peut être qualifiée de *mala consuetudo* et dénoncée en tant que *corruptela*. L'expression *consuetudo quae dicenda est potius corruptela* est fréquemment employée par la chancellerie à partir d'Innocent III. Ainsi les canonistes classiques, œuvrant dans le contexte monarchique de l'Église, ont-ils bien plus uniformément que les civilistes, œuvrant sous des régimes (et pour des employeurs) divers, placé la coutume sous le contrôle moral autant que politique du successeur de Pierre, le long usage et l'acceptation des intéressés ne suffisant pas à présumer sa valeur normative. Leur témoignage ne mériterait pas d'être rappelé ici s'il n'avait influencé que la pensée ecclésiastique.
- 14 S'alimenter à l'un et l'autre droit fut en effet, on le sait bien, une caractéristique des théoriciens du pouvoir séculier à la fin du Moyen Âge, quelle que soit leur formation.
- 15 Au livre VII (*De scientia politica*) de son *Speculum doctrinale*⁴², proposant une synthèse de la *scientia legum* formant la *tertia pars* de la science politique⁴³, Vincent de Beauvais puisse en abondance aux sources canoniques⁴⁴. En trois chapitres très denses, son résumé de la théorie de la coutume reflète la tendance contemporaine à ne concevoir la normativité coutumière qu'en regard de valeurs supérieures dont l'ultime gardien s'avère être le *princeps*. Le dominicain ne se contente pas de la définition isidorienne reconnaissant la fonction supplétive de la *consuetudo*, *ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur cum deficit lex*. Pour que la coutume obtienne force de loi là où celle-ci fait défaut, il faut qu'à l'instar de la *lex* elle ait son fondement dans la raison (ch. LVII). Il est donc des bonnes et des mauvaises coutumes : le chapitre LVIII est intitulé *De consuetudine bona servanda, et mala abolenda*. Contraire au droit naturel, ou même simplement *inhonesta*, la coutume n'est que *corruptela*. Quant à la coutume *contra jus*, même légitimement prescrite, elle n'obtient de *firmitas* que *rationabilis introducta*. Soulignée à deux reprises dans ce chapitre, cette exigence est réitérée au suivant (*De vigore consuetudinis*, ch. LIX) : [...] *quod consuetudo iuri praeiudicet, exiguntur ad minus tria, vel etiam plura. Primum est ut praescripta sit, id est longi temporis [...]* *Secundum est ut contra rationem vel aequitatem non sit [...]* *Item quod de scientia vel conscientia principis introducta sit* (col. 600). La *magna autoritas* du *ius consuetudinis* (col. 559) n'a cours que si la cause de la coutume invoquée est raisonnable et sous réserve de l'approbation, à tout le moins supposée, du souverain. Il est clair qu'au XIII^e siècle un théoricien politique ne peut pas ne pas requérir des normes coutumières les qualités alors exigées de la loi. De même qu'une *lex* contrariant la *ratio* n'est pas à proprement parler une loi, mais plutôt « une perversion de la loi », expression d'une volonté tyrannique (Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, I^a II^{ae}, q. 92, a. 1), de même une coutume ne peut être valide *nisi sit rationabilis*. Réalistes, assurément, les canonistes ont toujours reconnu que l'usage continu accepté par une collectivité peut compenser l'absence ou remédier à la

généralité des lois positives. Eux aussi de souscrire au principe romain : *optima est legum interpres consuetudo*. Mais tandis que nombre de civilistes, dans le sillage d'un Bulgarus, considèrent aisément que la *consuetudo universalis* (ou *generalis*, par opposition à la *specialis*) *omnino legem abrogat*⁴⁵, eux n'omettent jamais en ce cas de rappeler l'indispensable *approbatio* du prince. Déjà soumise à prescription, une coutume *contra jus* ou *contra legem* ne peut avoir de force que recouverte de la *scientia* du pape⁴⁶.

- 16 *Quod autem in Domino Papa dixi, in Imperatore intellige in suo imperio, et in Rege in regno*, avait pris soin de préciser Vincent de Beauvais (col. 601). À cet égard, plus systématique se montre Thomas d'Aquin, grand théoricien de l'État et du pouvoir législatif⁴⁷, lui aussi grand utilisateur des sources canoniques. Dans son *Traité de la loi*, à l'article 3 de la question 97 (I^a II^{ae}) il soulève le point classique de savoir si la coutume peut changer la loi positive. Et de proposer la *solutio* en distinguant deux types de régimes, démocratique et monarchique. « Le peuple dans lequel une coutume s'introduit peut se trouver en deux états. S'il s'agit d'une société libre capable de faire elle-même sa loi, il faut compter davantage sur le consentement unanime du peuple pour faire observer une disposition rendue manifeste par la coutume, que sur l'autorité du chef qui n'a le pouvoir de faire des lois qu'au titre de représentant de la multitude. [...] S'il s'agit maintenant d'une société qui ne jouit pas du libre pouvoir de se faire à elle-même la loi, ni de repousser une loi posée par son chef, la coutume elle-même qui prévaut dans ce peuple obtient force de loi en tant qu'elle est tolérée par ceux à qui il appartient d'imposer la loi à la multitude. De ce fait même, ils semblent approuver la nouveauté introduite par la coutume »⁴⁸. Ici, le Docteur Angélique fait fi des incertitudes et tergiversations de la civilistique. Dans une monarchie, Église ou État, tout le droit humain est supposé dépendre de la volonté d'un législateur unique⁴⁹.
- 17 Subordonnant de la sorte la coutume, toutes ces savantes théories ne pouvaient laisser indifférent le gouvernement d'un roi de France.
- 18 II. Venons-en à la pratique capétienne. Grande est l'interaction avec les théories juridiques. Quand Beaumanoir écrit que le roi « est tenu à garder et a fere garder les coutumes de son royaume » (*Coutumes de Beauvaisis*, XXIV, § 683), il faut toujours se souvenir qu'à son époque la notion de garde implique la protection autant que la tutelle. Ce ne sont en fait que les « bonnes coutumes » que le roi doit conserver. La doctrine officielle est déjà sur ce point fixée dès les débuts du règne de Philippe Auguste : *Regie interest majestati sicut bonas regni sui consuetudines illesas conservare ita et pravos abolere*⁵⁰. L'exercice de la majesté implique chez le souverain digne de ce nom un interventionnisme juridique. Saint Louis, selon Geoffroy de Beaulieu, l'aurait clairement signifié à son fils : « Maintien les bonnes coutumes de ton royaume et les mauvaises abesse »⁵¹.
- 19 Mais qu'est-ce qu'une mauvaise coutume ? De la revue que F. Olivier-Martin a dressée des coutumes officiellement abolies entre les douzième et quatorzième siècles, il ressort que le critère de la *mala* ou *prava consuetudo* consiste en son irrationalité⁵². Ainsi suspendues à la condition de rationalité⁵³, les coutumes voient peser sur elles la constante menace d'être dénoncées telles des normes corruptrices (*potius corruptelae*), et censurées à jamais en des termes exprimant toute la force du commandement souverain⁵⁴. Les actes royaux montrent que sont jugées non conformes à la raison les coutumes contrariant les enseignements de la religion, le droit naturel, les droits de l'Église, le droit civil, les bonnes mœurs, l'utilité publique, l'équité enfin. C'est donc un champ on ne peut plus large que s'est ouvert la royauté en se portant garante de ces

valeurs supérieures dans la sphère coutumière. La théorie canonique ne l'y incitait-elle pas ?

- 20 Un champ très large, car les coutumes qui sont abolies ne sont pas toujours de détail, purement locales ou manifestement vexatoires. Avec l'abolition du duel judiciaire par Louis IX, avec cette ordonnance du 9 janvier 1303 portant également interdiction des guerres privées⁵⁵, c'est non seulement un vaste pan du droit nobiliaire qui tombe sous l'accusation de mauvaise coutume, mais un nouveau mode procédural qui lui est substitué, inquisitoire, et donc bien propice à grandir le rôle du juge royal, maître désormais de la bonne administration ou de la recherche de preuves certaines. A. Rigaudière l'a bien expliqué : « tous les actes royaux qui abolissent une mauvaise coutume traduisent toujours, dans leur formulation, la ferme volonté du roi d'imposer [...] un ordre nouveau et supérieur, comme le prouve l'emploi traditionnel de la formule *dominus rex praecepit*. Certes, il arrive que ces suppressions ne visent que des points limités, s'attachant surtout à faire disparaître de simples *exactions* héritées de la période féodale, qu'elles aient un caractère commercial, fiscal ou judiciaire. Mais, dans tous les cas, la volonté est évidente de faire progresser un ordre juridique étatique dans lequel la liberté des sujets doit être mieux protégée et leur responsabilité plus assumée. Ainsi s'affirme la toute-puissance d'un pouvoir d'État qui, en la personne du roi, a mission de mettre en conformité les normes coutumières avec celles qu'il est de plus en plus seul à édicter »⁵⁶.
- 21 Un même objectif anime la politique royale, amorcée au XII^e siècle, de confirmation des coutumes. Olivier-Martin a donné de nombreux exemples de confirmations officielles s'appliquant aux églises, aux communautés, aux corps et aux différents ordres⁵⁷. Reconnaissant que le Pouvoir encourage les rédactions, et les dirige même par commissaires, il jugeait très délicat le point de savoir si, ce faisant, un droit nouveau était créé, ou si à l'inverse le roi ne se bornait qu'à confirmer des coutumes préexistantes⁵⁸. Action conservatoire ou créatrice ?
- 22 Étudiant la confirmation de la Charte de Lorris (1155), M. Prou avait déjà conclu qu'elle n'avait point été simple constatation d'usages antérieurs. Nombre de dispositions dérogent au droit commun du Gâtinais et de l'Orléanais. Certains articles impliquent même une concession de privilèges. Très peu de dispositions peuvent être considérées comme anciennes⁵⁹. Il est révélateur que dans son acte de confirmation Louis VII déclare « concéder » des *consuetudines*. L'emploi du verbe *concedere* ne cessera pas, preuve que confirmations de règles anciennes et créations de droits nouveaux vont de pair⁶⁰. Étudiant les coutumes de l'Agenais, P. Ourliac a mis en évidence la *pars nova* qu'imposait l'enjeu politique de la rédaction. Aux bourgeois de Marmande qui, alléguant l'ancienneté de leur coutume, demandent qu'Alphonse de Poitiers « s'il lui convient, confirme par son approbation les coutumes en usage dans ladite ville », il leur est répondu que s'ils voulaient « recevoir, sous conditions auxquelles les reçoivent d'autres bastides, les coutumes qu'on leur a concédées ou montrées, on les leur octroiera »⁶¹. Moins brutale, peut-être, la royauté procède dans une même intention. En faisant enquêter, retrancher et ajouter des dispositions par ses commissaires, elle parvient par de telles concessions à guider l'évolution des libertés municipales, selon un schéma commun, les modifications allant toujours dans le même sens. Ainsi se met en place un droit urbain homogène, sous contrôle du pouvoir central⁶². L'exemple bien connu des coutumes de Toulouse, promulguées en 1286, n'a rien d'exceptionnel. Elles aussi le sont après de longues années de discussions où le Conseil du roi ordonne des

adjonctions et fait exécuter des suppressions. Et c'est tout naturellement à la royauté que s'adressent par la suite les consuls pour obtenir de nouveaux statuts ou ordonnances nécessaires au bon gouvernement de la ville⁶³.

- 23 C'est en regard d'un pouvoir législatif en plein essor, et hautement valorisé par les juristes sur le modèle impérial, que se déroule cette politique royale de censure et de régulation des coutumes⁶⁴. Mais cette *potestas condendi legem*, les juristes sont loin d'être seuls à en réclamer la mise en œuvre. Nombre de théologiens font chorus, comme Guibert de Tournai, franciscain, un des maîtres les plus en vue de l'Université de Paris, auteur d'une *Eruditio regum et principum* (1259) commandée par Louis IX⁶⁵. En vrai frère mineur, rivé à l'idéal évangélique de justice et d'amour, il se montre tout le long de ce miroir du prince très critique vis-à-vis des conduites dirigeantes et administratives, et justifie l'action réformatrice du roi par voie législative pour corriger toutes les « indisciplines » commises au royaume, particulièrement au sein des villes, au préjudice de la loi divine :

Cum igitur publicae utilitatis minister et aequitatis servus sit princeps, incorruptus iudex, quem iura diffiniunt esse potestatem publicam, et in terris quamdam esse divinae imaginem veritatis, in eo personam publicam gerit quod omnium injurias, dampna et crimina aequitate mediante punit, virgam habens et baculum, ut rectitudine veritatis et fortitudine potestatis excessus corripiat et corrigat subditorum. [...] Consideret ergo princeps consuetudines quibus scilicet vivunt cives, et leges quibus reguntur sub eo singulae civitates, et quod inventum fuerit divinae legi contrarium fiat de medio, nulla obstante consuetudine, nulla praescriptione temporis roboratum. Et sic leges non legitimae abrogentur, et quae Christi doctrinae consonant subrogentur, ne vivat plebs sine pulcritudine disciplinae aut populus sine lege. Ira enim Domini <sine> disciplinae vigore <non> evaditur. Apprehendat ergo plebs indisciplinata disciplinam, ne-gando Dominus irascitur. Est enim disciplina morum ordinata correctio, et debita regularum legis observatio. Populus vero sine lege est qui debita edicta principum non custodit, qui legum scita contempnit⁶⁶.

- 24 Comment ne pas voir dans cet extrait une défense et illustration des enquêtes et de la législation disciplinaires de Louis IX⁶⁷ ? Droit divin de la royauté et modèle juridique impérial militent de concert pour empêcher la libre carrière des droits locaux. Après l'échec de sa première croisade, aussi épris de sainteté personnelle que de réforme politique et morale, ce roi se doit de reprendre en main la direction du royaume en prince chrétien, fort d'un entourage de juristes et de Mendiants, reconnaissant qu'il est, sous le regard de Dieu, la *lex animata*. Les termes de *prava consuetudo*, de *corruptela*, l'invocation de la *ratio*, de la *veritas*, du *jus divinum* et *naturale*, des *boni mores*, de l'*aequitas* avancés par les lettres patentes dénonçant et abolissant les mauvaises coutumes ne sont donc pas des inventions de la chancellerie.
- 25 À partir des années 1300, celle-ci fait un usage de plus en plus systématique des clauses dérogatoires, *non obstante, ex certa scientia*, celles-là mêmes que dans leurs enseignements civilistes et canonistes requièrent à chaque manifestation de la *potestas absoluta*⁶⁸. L'ordonnance de juillet 1312 sur l'Université d'Orléans évoque la puissance des rois *legum conditores*, la *permissio principis* qui valide les normes introduites par l'usage, cette ordonnance affirme également la prévalence de la législation royale sur toute coutume⁶⁹. Voilà qui non seulement contredit la théorie bulgarienne de la coutume générale susceptible de *tollere legem*⁷⁰, mais consacre, probablement sous l'influence orléanaise⁷¹, le courant martino-placentinien, lequel jugeait complet et irréversible le transfert au prince (par la *lex regia*) de la *potestas condendi legem*⁷². On chercherait en vain dans les textes de la chancellerie royale française une concession à la seule coutume *moribus introducta*. Bien à l'inverse, l'*auctoritas regia*, la *plena potestas*

résonnent sans cesse comme autant de proclamations d'une royauté maîtresse de la création du droit, libre de réformer souverainement les normes et d'en imposer des nouvelles, dans quelque domaine que ce soit.

- 26 Au seizième siècle, fin connaisseur de la doctrine médiévale, et interprétant une pratique monarchique constante, Jean Bodin sera bien fondé à rappeler qu'en France « la coutume n'a force que par la souffrance, et tant qu'il plaist au prince souverain [...]. Et par ainsi toute la force des loix civiles et coutumes gist au pouvoir du prince souverain »⁷³.
- 27 III. Avec la dissociation fonctionnelle instaurée au XIII^e siècle entre instances proprement politiques et instances juridictionnelles, avec l'implantation d'une administration judiciaire sur toute l'étendue du royaume, dominée par un Parlement, le contrôle des coutumes passe aux mains d'un personnel spécialisé. Non seulement le Parlement hérite de la prérogative royale d'apprécier le caractère raisonnable des coutumes mais, en outre, sous couvert de respect des règles procédurales et des modes de preuve, cette cour se croit fondée à définir ou à rejeter d'anciens usages, tout comme à généraliser des règles nouvelles⁷⁴. Certains de ses arrêts sont de véritables arrêts de règlement sur la coutume⁷⁵. Dès le temps de Saint Louis, la justice du roi dispose d'assez de ressources techniques, forgées par le droit romano-canonique, pour s'assurer le complet contrôle des normes juridiques devant régir les sujets. Par le jeu de l'appel, tout particulièrement, « le Parlement a véritablement le droit coutumier sous la main »⁷⁶. Soit il autorise les plaideurs à prouver la coutume, soit au contraire il les en empêche, soit enfin il déclare qu'aucune preuve n'est nécessaire, admettant sans autre formalité son existence. À aucun moment il ne s'estime lié par le caractère « notoire » ou « privé » d'une coutume⁷⁷.
- 28 La nouvelle maîtrise judiciaire du droit ne se départit pas d'une légitimation toute politique. La royauté, la Cour, la doctrine le martèlent de concert : le Parlement « représente le roi », il est *pars corporis regis*, « l'image de la personne et de la majesté royales »⁷⁸. Dès 1276, le greffier fait parler le roi dans les arrêts : *judicatum fuit per nostra curia*. Le pluriel de majesté entretient la fiction de la présence du souverain⁷⁹. *Curia parlamenti representat regem et loquitur rex in factis curie*⁸⁰. Cette identification organique de la Cour au monarque justifie l'absolue liberté de manœuvre des grands juges. À la différence des autres juridictions, précise Jacques d'Ableiges, « la Cour n'est liée ny obligée à loy aucune, ny aucun style, tellement qu'elle ne puisse faire le contraire s'il luy plaist. Car c'est la cour capitale du Royaume, et le Roy est Empereur en son Royaume, et y peut faire loix et establissemens, et defaire ce qu'il luy plaist »⁸¹. Pas d'avenir dans ce contexte pour les coutumes qui entraveraient l'intérêt du monarque ou de la chose publique. Puisqu'ils font corps avec le roi, les parlementaires se déclarent eux aussi affranchis, si nécessaire, des normes quelles qu'elles soient. Et il est prégnant qu'eux-mêmes érigent tout particulièrement au rang de loi l'autorité de la chose jugée en matière coutumière : *Arresta diffinitiva praesertim in materia usuum, stilorum et consuetudinum sunt leges quibus in regno nostro uti consuetum est in curia laicali*⁸².
- 29 Les « auteurs coutumiers » accordent alors tout naturellement un intérêt majeur au précédent judiciaire⁸³. Beaumanoir annonce dans le prologue des *Coutumes de Beauvaisis* qu'il entend « confermer grant partie de cest livre par les jugemens qui ont esté fet ». Dans l'*Ancien coutumier de Champagne* une trentaine de coutumes sont assorties d'une sentence avec indication du lieu, de la date et des noms des parties⁸⁴. Au siècle suivant,

devant le Parlement, les avocats citent dans leurs plaidoiries les arrêts qui leur sont favorables. Si la Cour, ne voulant pas se lier, ne s'incline pas toujours devant le précédent invoqué, elle en réclame parfois la preuve écrite, ordonne un record ou bien une consultation dans ses registres. « Insensiblement, les qualités que le juge exige de la coutume pour son application se fondent en l'unique condition d'avoir déjà été appliquée par le juge »⁸⁵. Non débattue en jugement, affirme Évrart de Trémaugon, la coutume « n'a point lieu »⁸⁶. Les praticiens le savent si bien qu'ils commencent à rédiger pour leur usage des recueils d'arrêts⁸⁷. L'un de ceux-ci, la *Practica forensis* de Jean Masuer, sera même considéré jusqu'à la rédaction officielle de la coutume d'Auvergne comme le coutumier de cette région⁸⁸.

- 30 On ne voit pas que les praticiens rédigeant le droit coutumier dès le XIII^e siècle se soient inquiétés de démontrer le long usage des normes qu'ils invoquaient, et le consentement des intéressés. Dès même le douzième siècle, dans la Normandie des Plantagenêts, le *Très ancien coutumier* reflétait fidèlement la législation ducale⁸⁹.
- 31 Ce n'est donc pas par le long usage et l'acceptation populaire valant *opinio necessitatis* que la coutume s'affirme à la fin du Moyen Âge comme une source du droit. Partout où s'impose un pouvoir de type monarchique, ce sont les juges qui la déterminent et la consacrent telle. L'anonyme d'un coutumier bourguignon de la fin du XIV^e siècle le signifie sans ambages : « les coutumes de Bourgoingne sont faictes, approuvées et corrigées par trois manières de juges ordinaires » (formant la hiérarchie judiciaire du duché)⁹⁰. Tout contredit la vision d'un juge médiéval simple « révélateur » de la coutume préexistante ; tout conforte la vigoureuse thèse d'E. Lambert selon laquelle elle n'a historiquement été forgée que par l'action de la jurisprudence. Citons Boutillier : « coutume ne doit point estre adjugé selon le dit du commun peuple non sachant que ce vault, mais selon que les saiges coutumiers en dient estre approuvé par jugement par plusieurs fois »⁹¹.
- 32 On peut d'autant moins croire aujourd'hui à l'émergence populaire des coutumes que les premières rédactions officielles portent toutes l'empreinte, souvent très forte, du droit savant. Ce n'est pas un droit originaire que les « auteurs coutumiers » entendent fixer par écrit. Prenant au contraire acte de la dispersion et de l'incertitude des normes, ces agents de la royauté se donnent toute latitude pour façonner « la commune coutume » de leur ressort. Le plan de leurs ouvrages, la division en titres et en livres, le vocabulaire, le fond même de nombreuses règles (contrats, tutelle, successions, prescription, possession), tout démontre que leur mise au jour de la coutume territoriale s'opère en regard des textes du droit romain et canonique⁹². Pierre de Fontaines, aux livres II et III du Conseil à un ami, utilise une traduction contemporaine du Digeste et du Code. Ailleurs, il s'efforce constamment de rapprocher les deux droits, coutumier et savant, comme si l'un avait toujours besoin d'être justifié par l'autre. *Li livres de justice et de plet* n'est en bonne partie qu'une traduction souvent même littérale du Digeste et des Décrétales de Grégoire IX. Les *Établissements de Saint Louis* révèlent eux aussi l'influence très nette de l'École d'Orléans⁹³. Quant à Beaumanoir, s'il dissimule ses emprunts au droit romain, on a pu relever une centaine d'emprunts directs à cette source, et des centaines de passages conformes au *ius scriptum*⁹⁴. Les coutumiers des XIV^e-XV^e siècles abondent dans cette voie. La *Somme rural* de Jean Boutillier, un bailli lui aussi, est même révélatrice d'un fort parti pris anticoutumier. La coutume ne peut être tolérée que si elle s'accorde au droit romain. Dans le cas contraire, elle doit être considérée tel un *jus odiosum*. Cet ouvrage connaîtra 29 éditions...⁹⁵. Ainsi rédigée par

des gens de justice, aucune coutume d'aucun pays coutumier n'échappe à l'emprise du droit savant. Robert Besnier le soulignait dès 1935 à propos de la coutume de Normandie⁹⁶. Jean-Philippe Lévy en 1956 pour l'Anjou et la Bretagne⁹⁷. Jean Bart en 1966 pour la Bourgogne⁹⁸. Plus récemment Jacqueline Vendrard-Voyer pour le Berry⁹⁹.

- 33 L'ordre juridique qui se met en place en France aux derniers siècles du Moyen Âge n'est pas unitaire, évidemment, mais ce n'est certainement pas un ordre issu de la vie même des populations, selon la vision de Savigny. Victimes d'une sorte de vérité socio-anthropologique de la coutume¹⁰⁰, les historiens et les juristes ont longtemps pensé qu'elle exprimait un état du droit antérieur à l'avènement de la loi écrite, donc plus naturel, plus profond, plus solidement ancré dans le corps social. Or, les études le démontrent toujours plus : c'est le Pouvoir, lui seul, directement ou par ses agents, qui censure, consacre, étend et même au besoin crée les coutumes. C'est donc finalement lui qui promeut ces normes, selon sa conception de l'ordre et de la justice, sans se soucier, sauf s'il y trouve son intérêt, de leur degré d'ancienneté.
- 34 Pour conclure, regardons brièvement vers la partie méridionale du royaume. La manière dont y a été fixé le régime juridique ne laisse pas subsister de doute sur le dirigisme de la royauté médiévale.
- 35 On est revenu depuis longtemps sur la croyance d'un Midi demeuré depuis le haut Moyen Âge sous l'emprise du droit théodosien. Sans doute quelques traditions romaines et romano-wisigothiques sont-elles restées ici et là vivaces. Mais il s'agit de traces, dont la persistance n'a empêché en rien que ne se développe partout, au moins autant qu'au Nord de la Loire, une remarquable floraison de coutumes. Les premières coutumes méridionales démontrent même bien des ressemblances avec celles du Nord, sinon des parentés, et beaucoup d'entre elles font preuve d'une grande liberté à l'égard du droit romain¹⁰¹. On le sait aujourd'hui : ce n'est qu'au XIII^e siècle que débute la romanisation du droit méridional, et qu'une distinction commence à se faire jour entre deux grandes zones juridiques¹⁰². L'installation du pouvoir capétien en Languedoc en est la cause. De même que dans le Nord l'autorité des coutumes était venue de la confirmation royale, de même, dans le Sud du royaume, l'introduction du droit romain a résulté d'une volonté politique¹⁰³. L'administration d'Alphonse de Poitiers a donné le ton. Ses légistes ont enquêté sur les coutumes, n'ont pas hésité à s'opposer aux traditions locales, à imposer des règles romaines en même temps que les droits du comte. Les bastides nouvellement créées sont dotées de chartes stéréotypées. Elles portent la marque d'une volonté d'assurer l'ordre dans le pays et se soucient bien peu de satisfaire à des aspirations¹⁰⁴. Aux barons de l'Agenais qui demandent d'être à l'avenir jugés d'après la coutume et non suivant le *ius scriptum*, il est opposé une fin de non-recevoir¹⁰⁵. Les ordonnances royales qui à cette époque déclarent que le droit écrit régit *ab antiquo* le Midi ne doivent pas tromper. La romanisation est un produit de la conquête. Une fois le Languedoc réuni à la couronne, les bayles, les sénéchaux royaux puis les conseillers au Parlement achèveront de faire du droit nouveau « un instrument de règne »¹⁰⁶.

NOTES

- 1.R. Gandilhon, « L'unification des coutumes sous Louis XI », *Revue historique*, 194, 1944, pp. 317-323. Denisart (l'idée mériterait d'être creusée) affirme que l'exécution de l'article 125 de l'ordonnance de Montils-lès-Tours « fut suspendue de fait sous le règne de Louis XI, parce que ce prince voulait rendre les loix uniformes dans le royaume », *Collections de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 6^e éd., Paris, 1768, pp. 342-343.
- 2.« Aussy desiroit fort que en ce royaulme on usast d'une coustume et d'une mesure et que toutes ces coustumes fussent mises en français en ung beau livre pour eviter cautelle et pillerie des avocatz ». *Mémoires*, éd. J. Calmette, Paris, 1965, p. 278.
- 3.« Monseigneur du Bouchage, vous savez bien le desir que j'ai de donner ordre aux coutumes, au fait de la justice et de la police du royaume. Et, pour ce faire, il est besoin d'avoir la maniere et les coutumes des autres pays. Je vous prie que vous envoyiez querir devers vous le petit Florentin, pour savoir les coutumes de Florence et de Venise, et le faites jurer de tenir la chose secrete, afin qu'il vous dise mieux et qu'il le mette bien par escrit », *Louis XI. Lettres choisies*, éd. H. Dubois, Paris, 1996, p. 493.
- 4.R. Gandilhon, art. cit., pp. 319-320.
- 5.Pour une récente synthèse (et la bibliographie), J.-L. Gazzaniga, « Le Code avant le Code », *La Codification*, éd. B. Beignier, Paris, 1996, pp. 21-32. Fort éclairante l'étude de M. Suel, « Le président Brisson et la codification », *Droits*, 24, 1996, pp. 33-44.
- 6.P. Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, t. 2, Paris, 1898, p. 205.
- 7.*Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1925, t. I, pp. 32-33. Sur les raisons de fond d'une telle approche et sa révision contemporaine, notre étude, « *Voluntas domini regis in suo regno facit ius*. Le roi de France et la coutume », *El dret comú i Catalunya. Actes del VII Simposi Internacional*, éd. A. Iglesia Ferreirós, Barcelone, 1998, pp. 59-89.
- 8.Lors de la rédaction officielle des coutumes, expliquait Paul Viollet, il ne s'est pas agi de faire le droit, « mais de le constater *ne varietur* », *op. cit.*, p. 204.
- 9.F. Olivier-Martin, *Les lois du roi*, Paris, 1946, *Les Cours de Droit* (rééd. Loysel), Paris, 1988, pp. 73-79.
- 10.R. Filhol, « La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles », *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, éd. J. Gilissen, Bruxelles, 1962, pp. 63-85.
- 11.*Les lois du Roi*, p. 76.
- 12.R. Filhol, *Le premier président Christophle de Thou et la réformation des coutumes*, Paris, 1937, pp. 51-52, 90, 115.
- 13.*Les lois du roi*, p. 75.
- 14.P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code Civil*, Paris, 1985, pp. 147-154. J. Poumarède, « Droit romain et rédaction des coutumes dans le ressort du Parlement de Bordeaux », *Droit romain, jus civile et droit français*, éd. J. Krynen, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, 1999, pp. 329-345.

- 15.R. Filhol, *Le premier président*, pp. 71-72, 80, 108, 110, 113. Également, *La rédaction*, art. cit., p. 71. J. Vendrand-Voyer, « Réformation des coutumes et droit romain. Pierre Lizet et la coutume de Berry », *Annales de la Faculté de droit et de science politique de Clermont*, 18, 1981, notamment p. 338. J. Yver, « Le président Thibault Baillet et la rédaction des coutumes », *Revue historique de droit français et étranger*, 25, 1986, p. 25.
- 16.R. Filhol, *Le premier président*, pp. 148-152.
- 17.Restriction des avantages faits aux aînés, égalité entre enfants nés de lits différents, limitation des possibilités de relief en ligne directe, des possibilités de saisie pour défaut d'héritage, diminution des droits de justice, des droits fiscaux, des profits féodaux et censuels. Cf. R. Filhol, *Le premier président*, p. 152sq., et P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé*, pp. 153-154. Le président Thibault Baillet s'en prend particulièrement au bail des mineurs nobles, J. Yver, *Le président*, art. cit., p. 36sq.
- 18.Représentation successorale, institution d'héritier, légitime romaine..., préconisées par la doctrine, particulièrement par Charles Dumoulin, R. Filhol, *Le premier président*, pp. 170-180, 223sq.
- 19.*Ibid.*, p. 94sq.
- 20.*Commentaires sur la coutume d'Anjou*, Paris, 1635, p. 41. Cité par N. Gaurier, « La revendication d'un droit national contre le droit romain », *Droit romain et identité européenne*, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, supplément au t. 49, 1994, p. 39.
- 21.Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. I, p. 67. L'inspiration romanisante de ce texte fameux a déjà été bien soulignée par L. Carolus-Barré, « La grande ordonnance de 1254 sur la réforme de l'administration et la police du royaume », *Septième centenaire de la mort de saint Louis*, Paris, 1976, pp. 85-96.
- 22.J. Krynen, *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XIII^e-XV^e siècle*, Paris, 1993, pp. 384-408.
- 23.Fr. Gilmann, « Romanus pontifex iura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere », *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, 92, 1912, pp. 3-17, et 106, 1926, pp. 156-174.
- 24.Ainsi Philippe le Bel dans l'ordonnance de juillet 1312 sur les études à l'Université d'Orléans. Cf. J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF (*Droit fondamental*), 1998, particulièrement p. 182. Du même, « Le royaume et l'empire : quelques jalons médiévaux », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 19, 1998, pp. 11-33.
- 25.A. Rigaudière, « La royauté, le Parlement et le droit écrit aux alentours des années 1300 », *Comptes rendus de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, juillet-octobre 1996, notamment pp. 888-890.
- 26.Pour une synthèse, voir notre étude déjà signalée note 7.
- 27.A. Gouron, « La coutume en France au Moyen Âge », *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52, *La coutume*, Bruxelles, 1990, p. 205.
- 28.A. Gouron, « Sur les origines de l'expression droit coutumier », *Glossae, Rivista de Historia del Derecho europeo*, 1, 1998, pp. 179-188, rééd. dans *Droit et coutume en France aux XII^e et XIII^e siècles*, Aldershot, Variorum, 1993, n° XIX.
- 29.A. Gouron, « Le fondement de la coutume chez les civilistes avant Azon », *El dret comú i Catalunya, Actes del V Simposi Internacional*, dir. A. Iglesia Ferreirós, Barcelone, 1996, pp. 19-34.

30. Notamment au Digeste (1, 3, 32-40). J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1967, pp. 728-731.
31. Cf. L. Mayali, « La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Âge », *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52, La coutume, Bruxelles, 1990, pp. 11-31.
32. À titre d'exemple, H. Gilles, « Le traité de la coutume de Guillaume de Ferrières », *Université de Toulouse et enseignement du droit*, Toulouse, 1992, pp. 127-138. Pour une récente synthèse, J.-M. Carbasse, « Coutume, temps, interprétation », *Droits*, 30, 2000, pp. 15-28.
33. E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milan 1964, t. 2, pp. 110-142. L. Waelkens, « La théorie de la coutume à l'École de droit d'Orléans », *Recueils de la Société Jean Bodin*, 52, La coutume, Bruxelles, 1990, pp. 33-39. L. Mayali, article cité à la note 31. A. Gouron, « Coutume contre loi chez les premiers glossateurs », *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, éd. A. Gouron et A. Rigaudière, Montpellier, 1988, pp. 117-130, rééd. dans *Droit et coutume en France aux XII^e et XIII^e siècles*, n° XVIII. A. Campitelli, « Spunti su una teoria della consuetudine accolta nell'apparato accusatorio », *El dret comú i Catalunya, Actes del V Simposi Internacional*, pp. 35-49.
34. J. Gaudemet, « La coutume en droit canonique », *Recueils de la Société Jean Bodin*, op. cit., pp. 41-61.
35. L'expression, extraite de Cicéron, *De Invent.*, II, 22, figure dans la *Collectio canonum* d'Abbon de Fleury et passe au Décret de Gratien.
36. Cf. J. Gaudemet, « La coutume en droit canonique », art. cit., pp. 44-45. A. Gouron, « Non dixit : Ego sum consuetudo », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kan. Abt.*, 105, 1988, pp. 133-140, rééd. dans *Droits et coutume en France aux XII^e et XIII^e siècles*, n° XI.
37. L. Waelkens, art. cit., p. 37.
38. [...] *usus rationabilis, competenti tempore praescriptus vel firmatus nullo acto contrario interruptus [...] quod non extet memoria, usuque communi utentium comprobatus. Summa aurea*, cité par J. Gaudemet, art. cit., p. 51.
39. *Ibid.*, p. 52.
40. *Ibid.*, p. 55.
41. Le critère de l'*utilitas publica* se trouve déjà chez Abbon de Fleury, *Collectio canonum*, *Patr. lat.*, 139, c. 482. Celui de l'équité naturelle figure dans la glose ordinaire de Jean le Teutonique au Décret (D. 8, 7). Cf. J. Gaudemet, art. cit., p. 48, 54.
42. Sur le *Speculum majus*, dont le *Speculum doctrinale* forme la troisième partie, M. Paulmier-Foucart et S. Lusignan, « Vincent de Beauvais et l'histoire du *Speculum majus* », *Journal des Savants*, 1990, pp. 97-124. J. Le Goff, *Saint Louis*, Paris, 1996, p. 588sq. M. Paulmier-Foucart et S. Lusignan éd., *Lector et compiler. Vincent de Beauvais, frère prêcheur. Un intellectuel et son milieu au XIII^e siècle*, Grâne, 1997.
43. Édition de Douai, 1624, cc. 559-664.
44. M. Cardinale, « Diritto canonico e diritto romano nella struttura dello *Speculum doctrinale* di Vincent de Beauvais (Premesse a una edizione critica) », *Apollinaris*, 63, 1990, pp. 680-727. G. Giordanengo, « Législation pontificale et science politique dans le *Speculum doctrinale* de Vincent de Beauvais (milieu du XIII^e siècle) », *Papauté, monachisme et théories politiques, Mélanges Marcel Pacaut*, Lyon, 1994, pp. 71-78.
45. Les civilistes y sont d'autant plus favorables qu'en droit romain classique le *populus* était le dépositaire fondamental du pouvoir législatif. Aussi est-ce autour de la portée

de la *lex regia* que s'ordonnent leurs discussions depuis le XII^e siècle. Cf. les articles d'A. Gouron et d'A. Campitelli signalés note 33.

46.Cf. J. Gaudemet, art. cit., p. 55, qui cite Antoine de Butrio et le Panormitain.

47.M. Villey, « Saint Thomas dans l'histoire des sources », *Études d'histoire du droit canonique dédiées à G. Le Bras*, Paris, Sirey, 1965, t. I, pp. 385-395. Du même, « Politique et loi dans la Somme théologique de Thomas d'Aquin », *L'État moderne : le droit, l'espace et les formes de l'État*, dir. N. Coulet et J.-Ph. Genet, Paris, 1990, pp. 17-24.

48.*Somme théologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1993, t. 2, p. 612.

49.Cf. J. Gaudemet, art. cit., p. 56, 58 (pour l'influence de la distinction de saint Thomas sur Suarez). Domat ne dira pas autre chose : « Les coutumes tirent leur autorité du consentement universel du peuple qui les a recues, lorsque c'est le peuple qui a l'autorité, comme dans les Républiques. Mais dans les États sujets à un Souverain, les coutumes ne s'établissent ou ne s'affermissent en forme de loix que de son autorité ». *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, livre préliminaire, titre I, section I, II (p. 3 de l'éd. de 1777).

50.*Actes de Philippe Auguste*, t. I, n° 29, p. 40 (1181). Cité par G. Giordanengo, « *Consuetudo constituta a domino rege*. Coutumes rédigées et législation féodale, France : XII^e-XIII^e s. », *El dret comú i Catalunya, Actes del V Simposi Internacional*, A. Iglesia Ferreirós éd., Barcelone, 1996, p. 71, n. 75.

51.F. Delaborde, « Le texte primitif des Enseignements de saint Louis à son fils », *BEC*, 73, 1912, p. 241.

52.« Le roi de France et les mauvaises coutumes au Moyen Âge », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt.*, 1938, pp. 108-137. À compléter avec J.-M. Carbasse, « Philippe III le Hardi et les mauvaises coutumes pénales de Gascogne », dans *Hommage à G. Boulvert*, Nice, 1987, pp. 153-161.

53.Les baillis, auteurs de « coutumiers », le rappellent : « Ce qu'est amené avant par folie, sans reson au comancement, et enprès est tenu par coustume ne deit pas tenir en autres quas semblables », *Li livres de Jostice et de Plet*, éd. J. Rapetti, Paris, 1850, p. 7, § 5.

54.Voir note suivante.

55.*Statuta vero et inhibitiones hujusmodi, quo ad guerras praedictas, temerarios transgressores, tamquam turbatores pacis decernimus puniendos, nonobstante contraria consuetudine, quin potius corruptela quae haberi dicitur in aliquibus partibus dicti regni, quam contra bonos mores, et utilitatem et bonum statum, et salubre regimen praedictarum personarum ad impedimentum et perturbationem justitiae ratione introducta, de praelatorum et baronum consilio et certa scientia et auctoritate, et de plenitudine regiae potestatis omnino tollimus, annullamus, cassamus, irritamus et penitus abolemus, nullam, cassam et irritam pronuntiamus et decernimus*. Isambert, t. II, pp. 807-808.

56.« Législation royale et construction de l'État dans la France du XIII^e siècle », *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, op. cit., p. 229.

57.*Les lois du Roi*, op. cit., pp. 38-45.

58.*Ibid.*, pp. 39-40.

59.« Les coutumes de Lorris et leur propagation aux XII^e et XIII^e siècles », *N.R.H.D.F.E.*, 1884, p. 205.

60.O. Guillot, A. Rigaudière et Y. Sassier, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, t. 2, Paris, 1994, p. 131. Pour une ample mise au point nourrie de nombreux exemples à ce sujet, A. Gouron, *La coutume en France au Moyen Âge*, art. cit.

61. *Les coutumes de l'Agenais*, t. 2, Paris, 1981, pp. 8-9. Voir aussi p. 12, 15, pp. 23-24.
62. Cf. P. Ourliac, *Les coutumes de l'Agenais*, Montpellier, 1976, t. 1, pp. 2-4, 9-10, p. 24, 35, 38. A. Rigaudière, article cité à la note 56, p. 230.
63. H. Gilles, *Les coutumes de Toulouse (1286) et leur premier commentaire (1296)*, Toulouse, 1969, pp. 15-23.
64. G. Giordanengo, « Le pouvoir législatif du roi de France (XI^e-XIII^e siècle) : travaux récents et hypothèses de recherches », *BEC*, 147, 1989, pp. 283-310.
65. A. de Poorter éd., *Le Traité « Eruditio regum et principum » de Guibert de Tournai*, Louvain, 1914. J. Krynen, *L'empire du roi*, op. cit., pp. 170-173. J. Le Goff, *Saint Louis*, pp. 409-417.
66. Éd. cit., pp. 49-50.
67. G. Sivéry, *Saint Louis et son siècle*, Paris, 1983, p. 405sq. J. Le Goff, op. cit., p. 216sq.
68. E. Cortese, op. cit., t. 2, p. 83sq., et J. Krynen, « De nostre certaine science... Remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française », *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, op. cit., pp. 131-144.
69. Isambert, t. III, pp. 22-23.
70. A. Gouron, *Le fondement de la coutume*, art. cit. Jean Faure d'affirmer : *An consuetudo tollat legem ? [...]. Nunquam fuit auditum in regno Franciae. (In Institutionibus commentarii, sur Inst. 1, 2, 9)*, cité par S. Petit-Renaud, « Faire loi » au royaume de France de Philippe VI à Charles V, thèse droit, Paris II, 1998, p. 223 (sous presse).
71. L. Waelkens, art. cit., pp. 36-37.
72. E. Cortese, op. cit., t. 2, pp. 128-129. L. Mayali, art. cit., pp. 29-30.
73. *Les Six livres de la République*, I, 10, éd. 1578, pp. 162-163.
74. F. Olivier-Martin, *Le roi de France et les mauvaises coutumes*, art. cit., p. 133. H. Pissard, *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes en justice, dans l'ancien droit français et dans le système romano-canonique*, Paris, 1910, p. 97, n. 1. J. Hilaire, « La procédure civile et l'influence de l'État. Autour de l'appel », *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI^e-XV^e siècles)*, dir. J. Krynen et A. Rigaudière, Bordeaux, 1992, p. 152, 155.
75. H. Pissard, op. cit., p. 97, n. 2.
76. J. Hilaire, *La procédure civile*, art. cit., p. 152.
77. H. Pissard, op. cit., p. 65sq. L. Waelkens, « L'origine de l'enquête par turbe », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 53, 1985, pp. 342-344.
78. J. Krynen, « De la représentation à la dépossession du roi. Les parlementaires prêtres de la justice ». Sous presse.
79. J. Hilaire, « Le Roi et Nous. Procédure et genèse de l'État aux XIII^e-XIV^e siècles », *Histoire de la justice*, 5, 1992, pp. 3-18.
80. Cf. M. Boulet, *Questiones Johannis Galli*, Paris, 1944, p. 16 (qu. 18).
81. *Le Grand coutumier de France*, cité par P. Guilhaume, *Enquêtes et procès : étude sur la procédure et le fonctionnement du Parlement au XIV^e siècle*, Paris, 1892, p. 152.
82. Cf. Olivier-Martin, *L'assemblée de Vincennes de 1329 et ses conséquences*, Rennes, 1909, p. 408sq.
83. A. Sergène, « Le précédent judiciaire au Moyen Âge », *RHD*, 1961, pp. 224-254.
84. P. Portejoise, *L'ancien coutumier de Champagne*, Poitiers, 1957.
85. M. Boulet, op. cit., p. LIX.
86. *Le Songe du vergier*, éd. M. Schnerb-Lièvre, t. 1, Paris, 1982, p. 167.

87. M. Boulet, *op. cit.*, p. LX. J.-Ph. Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Âge*, Paris, 1939. Ph. Godding, *La jurisprudence*, Turnhout, Brepols (*Typologie des sources du Moyen Âge occidental*), 1973.
88. Sur le phénomène de provincialisation de la coutume par élimination des droits locaux, A. Gouron, *La coutume en France au Moyen Âge*, art. cit., pp. 212-213. Bonne illustration dans *Le coutumier bourguignon glosé (fin du XIV^e siècle)*, M. Petitjean et M. L. Marchand, éd., Paris, 1982.
89. J. Yver, « *Le Très ancien coutumier de Normandie, miroir de la législation ducale ?* », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 29, 1971, pp. 333-374.
90. Cité par P. Petot, *Histoire du droit français. La famille*, p. 65.
91. *Somme rural*. Cité par R. Feenstra et M. Duynstee, « Les Cas brief selon le droit civil. Annexe de la Somme rural de Jean Boutillier empruntée aux *Casus legum* des Décrétales » réimp. dans R. Feenstra, *Le droit savant et sa vulgarisation*, Londres, 1986, p. 389.
92. P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français*, p. 99sq. G. Giordanengo, « Studium Aurelianense. Les écoles et l'Université de droit (XIII^e-XV^e siècles) d'après les recherches récentes des historiens néerlandais », *Perspectives médiévales*, 18, 1992, pp. 15-16.
93. P. Petot, « Pierre de Fontaines et le droit romain », *Études d'histoire du droit canonique offertes à G. Le Bras*, Paris, 1965, t. 2, pp. 955-964. J. Foviaux, « Pierre de Fontaines », *Dictionnaire des Lettres françaises. Le Moyen Âge*, rééd. Paris, 1992, pp. 1174-1176, et « Établissements de Saint Louis », *ibid.*, pp. 416-418. G. Sicard, « Observations sur quelques chapitres du Livre de justice et plet concernant le droit des obligations », *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, 1959, pp. 519-532.
94. P. Van Wetter, « Le droit romain et Beaumanoir », *Mélanges H. Fitting*, Montpellier, 1908, t. 2, pp. 533-582. G. Hubrecht, « Le droit canonique dans... Beaumanoir », *Mélanges Andrieu-Guitrancourt*, Paris, 1972, pp. 577-588.
95. L'auteur annonce dans son prologue qu'il a composé sa Somme avec « ce que j'ay peu retenir des sages clerks en droit civil et canon, de plusieurs coustumiers et en plusieurs cours tant en Parlement comme dehors ». Cité par G. Van Dievoet, *Jehan Boutillier en de Somme rural*, Louvain, 1951, p. 137. Voir aussi R. Feenstra et M. Duynstee, article cité à la note 91, pp. 366-400.
96. *La coutume de Normandie. Histoire externe*, Paris, 1935.
97. « La pénétration du droit savant dans les coutumiers angevins et bretons au Moyen Âge », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 24, 1956, pp. 1-53. « La pénétration du droit privé savant dans le Vieux coutumier de Poitou », *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, 1959, pp. 371-383.
98. *Recherches sur l'histoire des successions ab intestat dans le droit du duché de Bourgogne de la fin du XIII^e à la fin du XV^e siècle*, Paris, 1966.
99. « Réformation des coutumes et droit romain. Pierre Lizet et la coutume de Berry », *Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques de Clermont*, 18, 1981, notamment pp. 326-338.
100. D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, 1997, pp. 126-129.
101. P. Ourliac, « Les coutumes du Sud-Ouest de la France », *Études d'histoire du droit médiéval*, Paris, Picard, 1979, pp. 3-15. « L'esprit du droit méridional », *ibid.*, pp. 311-327.

J. Poumarède, « La coutume dans les pays de droit écrit », *Recueils de la société Jean Bodin*, *op. cit.*, pp. 233-249.

102. Et avec elle le problème régulièrement soulevé devant le Parlement de l'incertitude des frontières. Cf. J. Hilaire, « Coutume et droit écrit : recherche d'une limite », *Mémoires de la Société d'histoire du droit bourgignon...*, 40, 1983, pp. 153-175.

103. P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé*, pp. 77-80.

104. P. Ourliac, *Les coutumes de l'Agenais*, *passim*.

105. M. E. Boutaric, *Saint Louis et Alphonse de Poitiers*, Paris, 1870, p. 523.

106. P. Ourliac, « 1210-1220 : la naissance du droit français », *Studi in onore di A. Biscardi*, Milan, 1982, t. 3, p. 510.

AUTEUR

JACQUES KRYNEN

Université Toulouse I