

Introduction historique au droit

Leçon 6 : La coutume : conserver, rédiger et réformer

Marie Bassano

Table des matières

1. La coutume médiévale.....	p. 2
1. 1. Emergence.....	p. 2
1. 1. 1. L'apparition des coutumes.....	p. 2
1. 1. 2. La diffusion des coutumes.....	p. 3
1. 2. Croissance.....	p. 5
1. 2. 1. Les premières mises par écrit.....	p. 5
1. 2. 2. La preuve de la coutume.....	p. 7
2. La modernisation des coutumes.....	p. 9
2. 1. La rédaction officielle des coutumes.....	p. 9
2. 1. 1. Le roi, gardien des coutumes.....	p. 9
2. 1. 2. La procédure de mise par écrit.....	p. 11
2. 2. La réformation des coutumes.....	p. 13
2. 2. 1. La campagne de réformation.....	p. 13
2. 2. 2. Le nouveau visage du droit coutumier.....	p. 15

1. La coutume médiévale

Pendant toute la période médiévale et moderne, la coutume est la **principale source du droit** dans le royaume de France.

La coutume est un **droit non écrit** introduit par les **usages**, qui naît de la pratique d'actes, **répétée et reconnue**, par les membres d'une même communauté sur un même territoire, pendant un **délai** suffisamment long pour en fixer le continu et **emporter la conviction** de sa force obligatoire.

La coutume comprend donc **deux éléments cumulatifs** :

- un élément **objectif**, le **corpus**, c'est-à-dire l'observation constante, répétée et ancienne d'un usage précis, par le groupe auquel elle s'applique.
- un élément **subjectif**, l'**animus**, c'est-à-dire la conviction, collective et personnelle, que la coutume est obligatoire et doit donc être respectée. C'est cet élément qui distingue la coutume du simple usage : la coutume a un caractère juridiquement obligatoire.

Dans cette définition de la coutume, plusieurs caractéristiques importantes peuvent être soulignées :

- Tout d'abord, la coutume **émane spontanément du groupe social** auquel elle s'applique, et non d'une autorité publique ou privée.
- Ensuite, en raison même de son **oralité**, la coutume est **fluctuante** et mouvante.
- Enfin, la coutume est une source du droit singulièrement **souple**, et particulièrement adaptée aux besoins juridiques d'une société sans pouvoir légiférant central.

La coutume porte en elle la marque du **triomphe du fait sur le droit**. De manière significative, elle prend son véritable essor à **partir du XI^{ème} siècle**, dans le cadre des relations féodo-vassaliques et féodo-seigneuriales. Les mécanismes coutumiers viennent peu à peu remplir l'**espace laissé vacant** par la disparition d'une autorité normative unique.

1. 1. Emergence

1. 1. 1. L'apparition des coutumes

A partir du XI^{ème} siècle, le terme *consuetudo* (« coutume » ; au pluriel, *consuetudines*) désigne d'abord les **prérogatives fiscales exercées par les seigneurs**, c'est-à-dire l'un des aspects du droit de ban.

Le droit de ban, d'origine germanique, est un droit de commandement avec la capacité de contraindre et de punir qui par extension va s'analyser aussi en le pouvoir d'édicter des actes de portée générale pour le roi puis comtal avec le développement de la féodalité.

La *consuetudo* est ainsi ce qui permet de **délimiter le champ d'action seigneurial** : elle détermine, en se référant à l'ancienneté de la pratique, l'ensemble des taxes et redevances que le seigneur est **en droit de prélever**. Les coutumes organisent ainsi les prestations fiscales, la nature et l'ampleur des corvées, le pouvoir de juger, et de façon générale, tous les aspects de l'autorité du seigneur sur les hommes de sa seigneurie. La puissance seigneuriale est acceptée tacitement, en ce que les contemporains ont l'impression que le pouvoir du seigneur **naît de l'habitude et du temps**.

En savoir plus : Un exemple d'apparition de coutume fiscale : le « pain de l'ours » dans la seigneurie d'Ardres

Vers 1090, le seigneur d'Ardres, Arnoul II, ramène d'un voyage en Angleterre un ours qui lui a été offert le roi Guillaume II. Dans sa seigneurie, il organise pour une fête un combat entre l'ours et des chiens. Le peuple demande que le combat soit renouvelé à chaque fête. En contrepartie, le seigneur exige de prélever sur chaque fournée cuite dans le village, un pain destiné à nourrir l'ours. La coutume s'installe si rapidement qu'à la mort de l'ours, le seigneur d'Ardres continue de réclamer le fameux pain.

La coutume existe encore au XVII^{ème} siècle, comme le rapporte l'auteur du texte suivant :

« De là, le même Arnoul passa en Angleterre, où séjournant quelques jours près de la personne du roi, il impétra de lui un ours de merveilleuse grandeur, lequel à son retour il amena dans Ardres, et en donna le passe-temps au peuple avec des chiens. Ce qui fut trouvé si agréable, que chacun désirant en revoir le spectacle tous les jours de fêtes, les vassaux du seigneur, les ecclésiastiques et le peuple offrirent volontairement à celui qui gouvernait l'ours de lui bailler [= donner] de chaque fournée qui se cuirait par tous les fours de la ville, un pain pour le nourrir. Mais cette réjouissance publique tourna depuis en une très fâcheuse et mauvaise coutume. Car après la mort de l'ours, le seigneur d'Ardres ne laissa pas d'exiger de ses sujets le tribut d'un tel pain, qui par ainsi fut converti en pain d'angoisse et de douleur ».

André du Chesne, *Histoire généalogique des maisons de Guines, d'Ardres, de Gand et de Coucy, et de quelques autres familles illustres qui y ont été alliées, le tout justifié par chartes de diverses églises, titres, histoires anciennes et autres bonnes preuves*, Paris, 1631, p. 94-95 (graphie modernisée).

Mais la coutume est aussi un **frein aux pratiques abusives des seigneurs** d'imposer de nouvelles redevances non prévues par les usages. Quand les exigences du seigneur sont trop récentes et ne trouvent pas leur source dans l'ancienneté, elles sont dénoncées comme « **mauvaise coutume** » dont la disparition est réclamée par les sujets du seigneur.

La coutume témoigne donc de la **transformation progressive des rapports de force existant entre le seigneur et ses sujets en rapport de droit**.

En parallèle, apparaît à la même période un **autre type de coutume**. Il s'agit cette fois des règles qui régissent les **rapports des habitants d'une seigneurie entre eux**, sans qu'il soit nécessairement question du seigneur. A force de répétitions de pratiques précises au fil des années et des décennies, la coutume fixe progressivement les **statuts personnels** des individus, le statut des **biens**, la condition des **terres**, le droit des **obligations**, les modes de dévolution successorale... A l'exception du droit du mariage (sur lequel l'Eglise affirme sa compétence normative), rien n'échappe à la coutume. Peu à peu, la coutume en vient à présider à **tous les aspects de la vie sociale, économique et juridique d'un territoire et de ses habitants**.

Le mouvement d'émergence des coutumes s'accélère au XII^{ème} siècle sous les transformations du contexte socio-économique, tout particulièrement l'émergence des **villes** et le développement dans toute l'Europe d'une **culture profane** fondée sur une **exigence nouvelle de rationalité**.

Remarque

Sur la renaissance du XII^{ème} siècle et le renouveau urbain, cf. la leçon 4 « L'émancipation et l'influence des droits savants ».

Dans ce nouveau contexte, les habitants de certaines villes et de certaines communautés rurales obtiennent de leurs seigneurs, par la force ou la négociation, des « **franchises** », c'est-à-dire des **libertés qui les protègent contre les exactions seigneuriales**, en limitant ce que le seigneur peut exiger d'eux et en les exemptant de certaines obligations. Ces droits et libertés, qui concernent avant tout le domaine fiscal et pénal, sont contenus dans des « chartes de franchises ».

Le terme « coutume », qui désignait un **droit du seigneur**, en vient donc à désigner aussi **l'exemption de ces droits**.

1. 1. 2. La diffusion des coutumes

Le processus de **formation** de ces nouvelles règles est **lent** et **diffère** d'un territoire à l'autre. Chaque communauté puise en effet ses pratiques à des **sources différentes**.

« Chaque pays est une sorte de creuset dans lequel se retrouvent et s'allient les éléments les plus divers : traditions juridiques, mais aussi facteurs ethniques, conditions géographiques, influences politiques et sociale. L'image qui conviendrait le mieux est celle de « noyaux coutumiers » » (P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français, de l'An mil au Code civil*, Paris, 1985, p. 83).

En savoir plus : La formation de la coutume

Tous les auteurs ne s'accordent pas sur le déroulement du processus de formation de la coutume. Sur cette question, cf. J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, Paris, 2003, p. 125 et suivantes, et F. Roumy, « *Lex consuetudinaria, Jus consuetinarium. Recherche sur la naissance du concept de droit coutumier au XI^{ème} et XII^{ème} siècle* », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 79, 2001, p. 257-291.

Ce développement différencié aboutit à **une grande complexité coutumière** et à un **morcellement juridique** du territoire. D'un ressort coutumier à l'autre, les coutumes varient dans des proportions considérables. Reportés sur une **carte**, les contours géographiques des ressorts des coutumes témoignent de cette extrême diversité.

Carte de la France coutumière, indiquant le ressort des parlements et autres cours souveraines et les limites des pays de droit écrit et des pays coutumiers et le territoire des coutumes générales, dressée d'après les procès verbaux de la rédaction officielle des coutumes par Henri Klimrath, Paris, 1837 :

Mais la comparaison des coutumes révèle qu'il existe aussi parfois un « air de famille » (P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga) entre plusieurs coutumes : les coutumes d'un territoire donné **copient** parfois pour certains aspects les coutumes d'un territoire adjacent, ou bien s'inspirent de traditions juridiques communes ou similaires. Il existe de véritables « sphères coutumières » ou « zones coutumières » au sein desquelles les coutumes, malgré leur diversité, partagent des **points communs**.

- On distingue ainsi entre **coutumes du Nord** et **coutumes du Sud** du royaume. Dans le Midi, les coutumes sont fortement imprégnées de **romanité**. Le Nord, en revanche est bien plus influencé par les traditions germaniques que par l'élément romain. La différence est tellement marquée qu'il est possible de parler de « pays de coutumes » au Nord et « pays de droit écrit » au Sud. Le partage se fait le long d'une ligne allant du Lac Léman à La Rochelle.

En savoir plus : Le partage juridique du royaume

Il ne faut pas exagérer la division entre le Nord et le Sud du royaume. Des travaux récents ont montré que, si elle existe réellement, cette division doit être nuancée. La place occupée par les coutumes dans le Sud du royaume a été mise en lumière, tout comme a été démontrée la place occupée par le droit romain dans les pays de coutume.

« Aussi, plus que la ligne trop rigoureuse établie par Klimrath, c'est une frontière incertaine qui court entre deux zones, avec dans l'une (pays de droit écrit) des enclaves coutumières, et dans l'autre (pays de coutumes) des intrusions de droit romain » (B. Basdevant-Gaudemet et J. Gaudemet, *Introduction historique au droit*, Paris, 2003, p. 69).

- Sur ces questions, cf. J. Hilaire, « Une frontière incertaine », *La vie du droit*, 1994, p. 105-183.

- On distingue également les coutumes de l'Ouest des coutumes du Centre et du Nord. Les premières (Anjou, Maine, Touraine, Poitou, Bretagne, Normandie) ont pour particularité d'avoir été très marquées par l'influence du droit **féodal**.

Exemple

En matière de droit des successions, les coutumes de l'Ouest reflètent les préoccupations de la noblesse en privilégiant le lignage au détriment du ménage dans la transmission des patrimoines.

Le système juridique coutumier qui se met ainsi en place entre le XI^{ème} siècle et le XIII^{ème} siècle **transforme profondément le droit applicable**, d'une manière tout à fait originale.

Exemple

Sous l'influence de la coutume, le **droit de la famille** est fortement marqué par le **communautarisme**, dans tout le nord du royaume. **Régimes matrimoniaux** et **droit des biens** se structurent autour des impératifs de **solidarité de la famille** et du lignage : apparaissent la représentation successorale, la distinction des propres et des acquêts, autant de mécanismes permettant aux biens de retourner à la lignée dont ils sont issus.

1. 2. Croissance

Parce qu'elle est orale et foisonnante, la coutume a pour elle d'être une norme d'une extrême **souplesse**, ce qui en fait un instrument juridique particulièrement bien adapté à des situations complexes ou aux évolutions sociales.

Mais le caractère **volatil** de la coutume a un revers : puisque la coutume est orale, comment la **connaître** avec précision ?

1. 2. 1. Les premières mises par écrit

Au **milieu du XII^{ème} siècle**, avec la renaissance de la culture écrite, les coutumes commencent à être **mises par écrit**. Cette rédaction prend des **formes différentes** au Nord et au Sud du royaume.

- Dans le **Midi**, la mise par écrit des coutumes est initiée ou contrôlée par les **seigneurs** ou les **autorités municipales**, sous la forme de **statuts urbains**. La rédaction de ces statuts urbains (plusieurs centaines verront le jour entre le XII^{ème} et le XIV^{ème} siècle) est l'occasion de **moderniser** (et, dans une moindre mesure, d'uniformiser) les coutumes existantes. Cette rédaction a aussi pour effet de les **officialiser** : la sanction par les autorités publiques rend ces coutumes directement applicables en justice.
- Dans le Nord du royaume, apparaissent à la fin du XII^{ème} siècle des recueils de coutumes appelés « **coutumiers** ».

En savoir plus : Les principaux coutumiers

- Fin XII^{ème} siècle : *Très ancien coutumier de Normandie*.
- vers 1220 : seconde partie du *Très ancien coutumier de Normandie*.
- vers 1246 : *Coutumes de Touraine-Anjou*.
- vers 1254 : *Summa de legibus Normanniae*.
- avant 1258 : *Conseil à un ami*, de Pierre de Fontaines (coutumes du Vermandois).
- vers 1260 : *Livres de justice et de plet* (coutumes de l'Orléanais).
- vers 1270 : *Grand coutumier de Normandie* (trad. française de la *Summa de legibus Normannie*).
- 1273 : *Etablissements de Saint Louis* (coutumes de l'Orléanais et de l'Anjou).
- 1283 : *Coutumes de Beauvaisis*, de Philippe de Beaumanoir.
- 1286 : *Coutume de Toulouse*.
- fin XIII^{ème} siècle : *Usage de Bourgogne*.
- vers 1300 : *Ancien coutumier de Champagne*.
- début XIV^{ème} siècle : *Très ancienne coutume de Bretagne*.
- début XIV^{ème} siècle : *Coutumier bourguignon* (dit de Montpellier).

- fin XIV^{ème} siècle : *Grand coutumier de France* (attribué à Jacques d'Ableiges).
- fin XIV^{ème} : *Coutumier bourguignon glosé*.
- 1395 : *Somme rurale*, de Jean Bouteillier (coutumes du Nord).
- 1417 : *Vieux Coutumier de Poitou*.

Ces coutumiers sont des ouvrages **sans aucun caractère officiel**, rédigés à l'initiative de **particuliers**. Ils n'ont donc aucun effet sur l'autorité des coutumes qu'ils mettent par écrit.

Certains de ces ouvrages sont des **compilations de coutumes**. D'autres associent **compilation et commentaire doctrinal**, en éclairant le droit coutumier à la lumière des droits savants et des actes de la pratique.

Exemple

C'est ainsi le cas des **Coutumes de Beauvaisis**, rédigées en 1283 par Philippe de Beaumanoir. A l'image de ce que l'on trouvait déjà dans le *Conseil à un ami* de Pierre de Fontaines, le *Livres de justice et de plet*, et les *Etablissements de Saint Louis*, Philippe de Beaumanoir réalise une **œuvre doctrinale d'une grande ampleur**. A travers ce texte très riche (plus de 2000 dispositions et 70 chapitres), Philippe de Beaumanoir expose une vision d'ensemble de **tout le droit public et privé** de Beauvaisis, en l'accompagnant d'une **réflexion juridique originale**, se nourrissant de **droit romain**, de **droit canonique**, de la **pratique judiciaire** et de sa connaissance **d'autres coutumes** contemporaines.

A l'image de tous les coutumiers faisant place à la réflexion doctrinale, les *Coutumes de Beauvaisis* permettent de connaître l'état de la pensée juridique d'une époque.

« § 1. La grande espérance que nous avons en l'aide de Celui par qui toutes choses sont faites et sans qui rien ne pourrait être fait nous donne envie de mettre tout notre cœur et notre intelligence au travail pour composer un livre grâce auquel ceux qui désirent vivre en paix puissent apprendre rapidement comment se défendre contre ceux qui les assigneront en justice à tort et pour mauvaise cause, et comment distinguer le droit du tort, selon l'usage et la coutume de Clermont en Beauvaisis. Et parce que nous sommes de ce pays-ci, et que nous nous sommes occupé de garder et faire garder les droits et coutumes de cette comté par la volonté du très haut et très noble homme Robert, fils du roi de France, comte de Clermont, nous devons avoir le désir plus particulier d'écrire sur les coutumes de ce pays-ci plutôt que d'un autre ; et nous avons trois raisons principales qui nous y poussent.

§ 2. La première raison, c'est que Dieu a commandé que l'on aimât son prochain comme soi-même, et que les habitants de ce pays-ci sont notre prochain pour raison de voisinage et de naissance.

§ 3. La seconde raison, c'est pour faire, avec l'aide de Dieu, quelque chose qui plaise à notre seigneur le comte et à ceux de son conseil ; car, s'il plaît à Dieu, il pourra apprendre dans ce livre comment il devra garder et faire garder les coutumes de sa terre, la comté de Clermont, de sorte que ses hommes et le menu peuple puissent vivre en paix au-dessous de lui, et qu'ainsi tricheurs et fripons soient démasqués et repoussés par le droit et la justice du comte.

§ 4. La troisième raison, c'est qu'il va de soi que nous avons mieux en mémoire ce que nous avons vu pratiquer et juger depuis notre enfance en ce pays-ci, plutôt qu'en d'autres dont nous n'avons appris ni les coutumes ni les usages.

§ 6. Et nous entendons appuyer principalement ce livre sur les jugements qui ont été rendus de notre temps en la dite comté de Clermont ; et aussi, pour partie, sur les clairs usages et claires coutumes qui y ont été de tout temps observés et pratiqués ; et pour partie, dans les cas douteux en la dite comté, sur les jugements rendus dans les châtelainies voisines ; et enfin sur le droit qui est commun à tous au royaume de France.

§ 7. Il m'est avis que ces coutumes qui sont maintenant en usage, il est bon et profitable de les écrire et de les enregistrer de façon qu'elles soient maintenues sans plus changer dorénavant ; car, comme les mémoires sont chancelantes et la vie des hommes courte, ce qui n'est pas écrit est bientôt oublié. On le voit bien : les coutumes sont si diverses que l'on ne pourrait pas trouver au royaume de France deux châtelainies qui usent dans tous les cas d'une même coutume ».

Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, 1283. Extraits du prologue (texte adapté par J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, p. 131-132).

1. 2. 2. La preuve de la coutume

Mais ces coutumiers restent des œuvres purement privées, qui ne font pas foi en justice.

Comment dès lors apporter la preuve de l'existence d'une coutume et de son contenu précis ?

- Certaines coutumes s'imposent dès la fin du XII^{ème} siècle, et ne font plus dès lors l'objet de discussion : ce sont les « **coutumes notoires** ». C'est au juge de connaître leur notoriété, et non aux parties de la prouver. Elles peuvent donc être invoquées par une partie sans que celle-ci ait à en rapporter la preuve.
- Quand la coutume invoquée n'est pas « notoire », mais « **privée** », c'est à la **partie qui l'invoque** d'apporter la preuve de son existence et de son contenu. Pour cela, le plaideur doit faire appel au **témoignage**, c'est-à-dire à la mémoire des hommes, de préférence les anciens et ceux auxquels on peut faire confiance (les *boni homines*).

Dans le **Sud du royaume**, les **juges** entendent ces témoins séparément les uns des autres, avant d'établir si la coutume invoquée par une partie existe réellement. En revanche, **dans le Nord**, la preuve de la coutume est apportée par un **groupe**, selon une procédure appelée « **enquête par turbe** » (du latin *turba* : le groupe, la foule), réglementée en 1270 par une ordonnance de Louis IX. Selon cette procédure, le juge appelle un groupe de plusieurs hommes sages et expérimentés (donc âgés et pratiquant le droit) à donner un avis collectif sur l'existence de la coutume invoquée. La décision de ce groupe, si elle est unanime, permet de prouver l'existence de la coutume : le juge, lié par la décision de la turbe, applique alors la coutume au cas d'espèce. La turbe a également un second effet : la **coutume devient coutume notoire**, elle n'aura plus à être prouvée à l'avenir si un cas similaire se présente. Ce système de l'enquête par turbe persiste (malgré quelques modifications) jusqu'à la grande ordonnance sur la procédure civile de 1667.

En savoir plus : La preuve de la coutume d'après les textes du XIII^{ème} et XIV^{ème} siècle

- Ordonnance de Louis IX, dite « ordonnance de la Chandeleur » de 1270, réglementant l'enquête par turbe (texte adapté par 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. 98) :
« Au sujet du mode qui doit être observé dans ce royaume pour trouver la coutume. Dans ce mode de preuve, il est fait une demande concernant des coutumes. On convoque plusieurs personnes connaissant la matière et exemptes de suspicion ; la coutume est proposée par eux par la bouche de l'un d'eux et est donnée par écrit. Par rapport à ce qui est proposé, ils prêtent serment qu'ils disent et rapportent fidèlement ce qu'ils savent et croient et ont vu être employé au sujet de cette coutume. Et ce en turbe ».
- Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, 1283, éd. A. Salmon, Paris, 1977, chapitre XXIV (De coutumes et d'usages), § 683 (texte adapté par J.M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris, 1998, p. 131-132) :
« Coustume si est aprobee par l'une de ces deus voies, dont l'une des voies si est, quant elle est general par toute le conté et maintenue de si lonc tans comme il pot souvenir à home, sans nul debat (...). Et l'autre voie c'on doit connoistre et tenir por coustume, si est quant debas en a esté, et l'une des parties se veut aidier de coustume, et fu aprobee par jugement ; si comme il est avenu moult de fois en parties d'oirs et en autres quercles. Par ces deus voies pot on prover coustumes. Et ces coustumes est li quens tenus à garder à ses sougès, que nus ne les corrumpe. Et se li quens meismes les voloit corrompre ou souffir que eles fussent corrompues, ne le devroit pas le rois souffrir, car il est tenus à garder et à fere garder les coustumes de son roiaime.
La coutume est prouvée de deux manières. C'est d'abord lorsqu'elle est générale dans toute la comté et qu'elle existe depuis si longtemps que quiconque peut s'en souvenir sans contestation (...). Et l'autre manière de reconnaître une coutume, c'est, lorsqu'il y a eu contestation sur une coutume alléguée par une partie, l'approbation de cette coutume en justice, comme il est advenu bien des fois en partages de succession et en autres querelles. Voilà les deux voies pour prouver une coutume. Et ces coutumes prouvées, le comte est tenu de les garder et faire garder par ses sujets de telle façon que nul ne les corrompe. Et si le comte lui-même voulait les corrompre ou souffrait qu'elles fussent corrompues, le roi ne le devrait pas souffrir, car il est tenu de garder et faire garder les coutumes de son royaume ».

- Facet de Saint-Amand-sur-Scarpe, vers 1370 (E. M. Meijers et J. J. Salverda de Grave, *Des lois et coutumes de Saint Amand*, Haarlem, 1934, p. 141, n° 27) :
« *Et convient prouver un faict de coustume au main (= moins) par onze tiesmoing costumiers, et loist à dire par quoi en scet la dite coustume est telle c'on la propose ; et fault dire ; j'ai veu en tel cas ensi faire et user* ».

2. La modernisation des coutumes

A partir du XV^{ème} siècle, la **royauté** s'efforce de guider et de contrôler celles des sources du droit dont la formation lui échappe. Mieux assurée dans ses positions, la royauté prétend **assujettir la coutume**.

Remarque

Cette volonté de rédaction de la coutume s'inscrit dans le contexte plus vaste de la construction de la souveraineté royale (cf. leçon n° 5) et de l'humanisme juridique naissant (cf. leçon n° 7).

2. 1. La rédaction officielle des coutumes

Gardien des coutumes, le roi s'est imposé peu à peu comme l'autorité capable de les **confirmer ou de les censurer**. A la fin de la Guerre de Cent ans, la monarchie entend en contrôler plus étroitement le contenu, et en ordonne **la mise par écrit officielle**.

2. 1. 1. Le roi, gardien des coutumes

Le contrôle monarchique sur la coutume s'est d'abord fait **à la marge**. Jusqu'au XI^{ème} siècle, le principe du **respect de l'ordre coutumier** s'impose pleinement au roi : le roi n'a pas le pouvoir de **modifier l'œuvre du peuple**. C'est donc dans un rôle purement **conservateur** que l'autorité monarchique est confinée : celui de « **gardien des coutumes** ».

Le roi s'octroie très tôt cette fonction de « gardien des coutumes ». A ce titre, il lui appartient de protéger et garantir les coutumes et leur application par les tribunaux. Le rôle originel du roi, gardien des coutumes, est donc de **respecter et faire respecter la coutume**. Il doit ne pas intervenir pour en modifier le contenu de manière unilatérale si elle est « raisonnable » et conforme au bien commun. Selon l'opinion commune, les coutumes font partie du patrimoine des provinces du royaume. Il s'agit d'une obligation formulée dans le serment du sacre : « Entretenir [...] bonnes lois et coutumes anciennes ».

Gilles de Rome, *De regimine principum*, III, 2, c. 31 (traduction par J.-M. Carbasse et G. Leyte, *L'Etat royal XII^{ème}-XVIII^{ème} siècle. Une anthologie*, PuF, Paris, 2004, n° 95) :

« Il faut que les lois deviennent coutumes, car plus l'observation d'une règle est ancienne, plus il est difficile d'y contrevenir, et c'est la raison pour laquelle il convient que les rois respectent les bonnes coutumes de la principauté et du royaume, et qu'ils ne changent pas les lois du pays, à moins qu'elles ne soient contraires à la droite raison ».

Progressivement (timidement au XII^{ème} et XIII^{ème} siècle, de manière plus affirmée au XIV^{ème} et XV^{ème} siècle), ce rôle se transforme en celui de **gardien des « bonnes coutumes »**. L'autorité monarchique est ainsi investie d'une double fonction : le roi doit **protéger les bonnes coutumes** et **censurer les mauvaises**. Cette distinction entre bonne et mauvaise coutume confère ainsi au roi un pouvoir de contrôle sur la coutume : c'est à lui (et à ses tribunaux) de **distinguer** bonne et mauvaise coutume, donc d'apprécier le contenu des coutumes, pour appliquer pleinement le principe formulé en 1273 dans les *Etablissements de Saint-Louis* : « *Maintien les bonnes coutumes de ton royaume et les mauvaises abesse* ».

A l'égard des bonnes coutumes, le roi agit très tôt dans son rôle de **protecteur**. Dès le XII^{ème} siècle, il **confirme** les coutumes, le plus souvent sur demande de ses sujets, qui voient dans cette confirmation un gage de sécurité juridique.

Exemple

- 1104, le roi confirme les coutumes de l'église Saint-Pierre de Beauvais.
- 1170, le roi confirme les coutumes des marchands de l'eau de Paris.
- 1317, le roi confirme les coutumes de l'ensemble des églises du diocèse de Paris.

De la même manière, il veille aussi à leur **application**. Il confirme ainsi fréquemment l'**obligation incombant à ses officiers de respecter les coutumes** locales.

Exemple

- L'ordonnance de réformation de 1254 sous le règne de saint Louis précise l'obligation faite aux baillis du roi de juger « *selon les droits, usages et coutumes approuvés dans chaque lieu* ».
- L'ordonnance de Philippe le Bel de réformation du royaume (23 mars 1303) a le souci d'assurer la justice en faisant respecter les « *bonnes coutumes* ».

A l'égard des **mauvaises coutumes**, le roi use de son droit de **censure**. Les premières manifestations de son intervention datent de 1051, avec la condamnation par Henri 1^{er} d'une redevance « impie ». Les interventions de la royauté se multiplient tout au long des XII^{ème} et XIII^{ème} siècles. Son action est particulièrement sensible dans le domaine du **droit pénal** dans le Midi.

Lettre d'Henri 1^{er}, 1051 (*Ordonnances des Rois de France*, 1723, tome 1) :

« *Au nom du Christ, moi Henri, par la grâce de Dieu roi de France, je veux qu'il soit connu à tous les fidèles de la sainte Église de Dieu, tant présents que futurs, qu'Issembard, évêque d'Orléans, avec le clergé et le peuple à lui commis, est venu vers notre Sérénité, portant plainte à raison d'une coutume injuste qui semblait être dans cette ville au sujet de la garde des portes, lesquelles étaient gardées et fermées aux citoyens au temps de la vendange, et aussi à raison d'une inique exaction de vin que faisaient là nos officiers; nous suppliant instamment et humblement que, pour l'amour de Dieu et pour le salut de notre âme et de l'âme de nos pères, il nous plût remettre à perpétuité, à la sainte Église de Dieu, à lui, au clergé et au peuple la coutume injuste et impie.*

Cédant avec faveur à ladite demande, j'ai remis à perpétuité à Dieu, audit évêque, au clergé et au peuple la susdite coutume et exaction; en telle sorte qu'il n'y ait plus là, à l'avenir, aucuns gardes, et que les portes ne soient point fermées, comme c'était l'usage, pendant tout ce temps-là, et qu'on n'exige de personne et n'enlève à personne son vin; mais que tous aient libre entrée et sortie, et qu'à chacun soit conservé ce qui lui appartient, selon le droit civil et l'équité. Et afin que cette concession demeure ferme et stable à toujours, nous voulons qu'il soit fait le présent témoignage de notre autorité, et nous l'avons confirmé de notre sceau et de notre anneau. Ont apposé leur sceau Issembard, évêque d'Orléans; Henri, roi; Gervais, archevêque de Reims; Hugues Bardulfus; Hugues, bouteiller; Henri de Ferrières; Maubert, prévôt; Hervé, voyer; Herbert, sous-voyer; Gilbert, échanson; Jordan, cellier. Baudouin, chancelier, a souscrit. Donné publiquement à Orléans, le sixième jour avant les nones d'octobre, l'an de l'Incarnation du Seigneur 1057, et du roi Henri vingt-septième ».

Ce devoir d'abolition des mauvaises coutumes donne ainsi au roi un **moyen particulièrement efficace d'intervention dans l'ordre coutumier**.

Toute coutume peut être jugée par le roi comme **mauvaise, perverse, inique, mal fondée**, dès lors qu'elle va à l'encontre de l'**équité, de la morale ou de la religion**.

Le roi apprécie lui-même la rationalité de la coutume, puisqu'il est détenteur de la **plenitudo potestatis** (« la plénitude de la puissance »), véritable « expression médiévale de l'absolutisme » (J. Krynen), qui lui confère la « **certaine science** », la pleine conscience du caractère bon ou mauvais, raisonnable ou non, de la règle juridique en général, et de la coutume en particulier.

Ce sont très exactement les termes choisis par Philippe IV le Bel en 1303, quand il interdit, comme mauvaise coutume, la guerre privée : « *Par le conseil des prélats et barons et de certaine science, autorité et plénitude de la puissance royale, nous abrogeons complètement, annulons, cassons, invalidons...* »

Sur ce sujet, cf. Jacques Krynen, « *Voluntas domini regis in regno facit jus. Le roi de France et la coutume* », *El dret comu? i Catalunya. Associació Catalana d'Història del Dret "Jaume de Montjuïc"*, Barcelone, 1988, p. 59-89. Cf. également F. Saint-Bonnet et Y. Sassier, *Histoire des institutions avant 1789*, 4^{ème} éd., Paris, 2011, p. 207-215.

2. 1. 2. La procédure de mise par écrit

A la fin de la Guerre de Cent ans, le roi Charles VII donne un **nouveau développement à son rôle de gardien des coutumes**, quand il prescrit par l'article 125 de l'ordonnance « sur le fait de la justice » de Montils-lès-Tours, la mise par écrit de l'ensemble des coutumes du royaume.

Ordonnance de Montils-lez-Tours, 1454, extrait de l'art. 125 (Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, 1825, tome IX, p. 252-253. Texte modernisé par J.-M. Carbasse et G. Leyte, *L'Etat royal XII^{ème}-XVIII^{ème} siècle. Une anthologie*, PuF, Paris, 2004, p. 206-208, n° 98) :

« *Et que les parties en jugement, tant en notre Court de Parlement que par devant les autres juges de notre royaume, tant nôtres qu'autres, proposent et allèguent plusieurs usages, procédures, styles et coutumes, qui sont divers selon la diversité des pays de notre royaume, et qu'il convient alors qu'ils les prouvent, en raison de quoi les procès sont souvent très longs et les parties constituées en grands frais et dépens ; et que si les coutumes, usages et styles des pays de notre dit royaume étaient rédigés par écrit, les procès en seraient bien plus brefs, et les parties soulagées des dépenses et mises, et aussi les juges en jugeraient mieux et plus certainement (car souvent il advient que les parties prennent des coutumes contraires en un même pays, et souvent les coutumes muent et varient à leur appétit, d'où de grands dommages et inconvénients adviennent à nos sujets).*

Nous, voulant abrégier les procès et litiges entre nos sujets, et les relever des mises et dépenses, et mettre de la certitude dans les jugements tant que faire se pourra, et ôter toute manière de variations et contrariétés, ordonnons, discernons, déclarons et statuons que les coutumes, usages et styles de tous les pays de notre royaume soient rédigés et mis par écrit, accordés par les coutumiers, praticiens et gens de chacun des dits pays de notre royaume, lesquels coutumes, usages et styles ainsi accordés seront mis et écrits en livres, lesquels seront apportés par devers Nous, pour les faire voir et visiter par les Gens de notre Grand Conseil ou de notre Court de Parlement, et pour Nous les décréter et confirmer ; et ces usages, coutumes et styles ainsi décrétés et confirmés seront observés et gardés dans les pays dont ils seront, sans en faire autre preuve que ce qui sera écrit audit livre ; et lesquels coutumes, styles et usages ainsi écrits, accordés et confirmés, comme il est dit, Nous voulons qu'ils soient gardés et observés en jugement et en-dehors. [...]

Et nous prohibons et défendons à tous les avocats de notre royaume qu'ils allèguent ni ne proposent d'autres coutumes, usages et styles que ceux qui seront écrits, accordés et décrétés comme il a été dit ; et nous enjoignons aux juges qu'ils punissent et corrigent ceux qui feront le contraire, et qu'ils n'entendent ni ne reçoivent aucune personne alléguant, proposant ou disant le contraire ».

Cette ordonnance s'inscrit directement dans le rôle revendiqué par le roi de protecteur et de censeur de l'ordre coutumier. Elle intervient à un moment où le roi est désormais assez **puissant** pour **domestiquer ce mode de production du droit** (Charles VII, dit Charles le Victorieux, vient de remporter la guerre de Cent Ans). Elle

intervient aussi à un moment où le roi entend rappeler que le rôle de gardien des coutumes est une **prérogative royale**, face aux grands seigneurs du royaume qui ont commencé à faire rédiger officiellement les coutumes de leurs domaines (comte d'Anjou en 1411, comte de Poitou en 1417, duc de Berry en 1450).

L'ordonnance prévoit ainsi une **procédure**, selon laquelle, dans le ressort de chaque baillage ou sénéchaussée, les praticiens et juristes mettent par écrit les coutumes du lieu (règles de fond comme procédure), sous la direction du bailli. Le texte ainsi obtenu est ensuite envoyé au Grand Conseil et au Parlement de Paris, aptes à faire des observations. Enfin, le **roi promulgue** le texte en procédant à la publication. Le texte est alors transmis aux **tribunaux** du baillage en question, devant lesquels la coutume du lieu ne peut plus être invoquée que sous la forme fixée dans le texte promulgué.

L'ordonnance de Montils-les-Tours ne va être qu'**imparfaitement appliquée**.

Seules **quelques coutumes** sont mises par écrit en suivant cette procédure (en Touraine en 1461, en Anjou en 1463). D'autres mises par écrit ont lieu à la même période, mais qui ignorent complètement la procédure de Montils-les-Tours (Bourgogne, Franche-Comté).

Surtout, dans ce processus, le **rôle de la monarchie reste modeste** : ce sont les instances **locales** qui jouent un rôle primordial dans la mise par écrit. Le texte est, certes, promulgué par le roi, mais la rédaction demeure plus le résultat de **compromis entre praticiens locaux** que celui de l'application de l'autorité du souverain.

Pour toutes ces raisons, la monarchie entreprend de **réformer la procédure de rédaction**, sous le règne de Charles VIII, par lettres patentes prises à Moulins en septembre 1497, puis par l'ordonnance d'Ambroise de mars 1498. Ces deux textes sont repris par Louis XII dans une ordonnance de mai 1506. Ils organisent une nouvelle procédure, qui sera observée jusqu'à la fin de l'Ancien régime.

Cette nouvelle procédure, beaucoup plus **complexe**, fait la part belle **à la monarchie et à ses agents**. Ceci est visible à toutes les étapes du processus.

Exemple

En premier lieu, l'**initiative** de la mise par écrit appartient au roi.

Ensuite, l'**avant projet** rédigé dans chaque baillage par les praticiens du lieu est examiné, sur place, par des **commissaires du roi**. Les commissaires sont nommés par le roi parmi les membres du Parlement du ressort dont dépend la coutume à rédiger. Le rôle joué par ces commissaires dans les travaux préparatoires est capital : ils ont pour mission de « corriger, ajouter, diminuer et interpréter » ce qui leur semble devoir l'être dans la coutume existante. Ils ont donc pour rôle de clarifier le texte, dans le sens des intérêts de la monarchie. Le projet est ensuite lu et discuté, article par article, devant l'assemblée des Etats provinciaux. Là encore, les commissaires royaux jouent un rôle essentiel, pour défendre l'intérêt du roi lors des débats, mais aussi pour **infléchir le contenu des coutumes** dans le sens d'une plus grande unification. Sous leur influence, des solutions identiques (parfois très imprégnées de droit romain) sont transposées d'une coutume à l'autre. L'assemblée vote la coutume article par article.

Quand un article est « accordé » (c'est-à-dire quand il a été voté par la majorité des trois ordres avec l'unanimité dans chaque ordre, et que l'assemblée s'est ainsi mise d'accord sur son contenu précis), il est **immédiatement publié par les commissaires royaux**.

Les articles « discordés », sur lesquels l'assemblée ne s'est pas mise d'accord, font l'objet d'une nouvelle discussion, d'une adoption provisoire, puis d'une **transmission au Parlement** de Paris ou au Parlement de la province pour une décision définitive. Cette disposition permet ainsi d'éviter que la procédure ne soit bloquée par les désaccords.

Enfin, la totalité du texte est **promulguée par le roi** sous forme de lettres patentes enregistrées en parlement.

La coutume s'applique désormais sous la forme ainsi décrétée.

Avec cette nouvelle procédure, le **succès** est au rendez-vous. Nombre de coutumes du royaume sont ainsi rédigées et officiellement décrétées, entre 1506 et 1540.

Exemple

Les principales coutumes rédigées entre 1506 et 1540 :

- Coutume de Sens (1506)
- Coutume de Blois (1507)
- Coutume d'Anjou (1508)
- Coutume du Maine (1508)
- Coutume d'Amiens (1508)
- Coutume de Touraine (1508)
- Coutume de Chartres (1508)
- Coutume de Troyes (1509)
- Coutume d'Orléans (1509)
- Coutume d'Artois (1509)
- Coutume de Paris (1510)
- Coutume d'Auvergne (1510)
- Coutume d'Angoumois (1514)
- Coutume du Poitou (1514)
- Coutume de Dax (1514)
- Coutume de Bayonne (1514)
- Coutume de Bordeaux (1521)
- Coutume du Nivernais (1534)
- Coutume du Berry (1534)
- Coutume de Bretagne (1539)

Le succès n'est pas simplement matériel. Les **conséquences** de ce mouvement massif de rédaction des coutumes vont être considérables.

En premier lieu, au travers de cette procédure de rédaction, le **roi a gagné la bataille du droit**. La monarchie maîtrise désormais une source de droit qui jusque là lui échappait. La coutume, « *droit préexistant à l'Etat* » (A. Rigaudière), est dorénavant prise en charge par lui.

En second lieu, ce mouvement de rédaction conduit à une **clarification** du droit coutumier, désormais **mieux fixé**. Le support de la coutume est désormais un texte **officiel**, sanctionné par le roi et enregistré en Parlement, ce qui rapproche considérablement la valeur de la coutume de celle reconnue à la loi. Apparaît alors timidement, derrière cette clarification, l'idée **d'unification du droit**.

2. 2. La réformation des coutumes

Le mouvement de rédaction des coutumes s'achève au milieu du XVI^{ème} siècle. Mais très vite, des voix s'élèvent pour réclamer la **révision** de ces coutumes.

2. 2. 1. La campagne de réformation

En 1576, les Etats-généraux de Blois réclament **que soient révisées les coutumes antérieurement rédigées**. Avec cette réclamation, les Etats-généraux se font l'écho des **transformations considérables** que connaît le tournant du siècle, et face auxquelles nombre de coutumes rédigées apparaissent désormais **dépassées** et obsolètes.

Les **raisons** de cette désaffection sont nombreuses.

En premier lieu, la seconde moitié du XVI^{ème} siècle est une période de **profondes mutations sociales et économiques**. La découverte de l'Amérique draine vers le Vieux Continent une masse aurifère considérable et de nouvelles matières premières, provoquant un spectaculaire **élan commercial et bancaire**. Le renouveau de l'économie provoque aussi une concurrence accrue à **l'échelle européenne**, et l'émergence de **nouvelles pratiques commerciales** sur de nouveaux circuits d'échanges. Autant d'enjeux économiques modernes auxquels les coutumes fixées au début du XVI^{ème} siècle peinent à faire face.

En second lieu, le XVI^{ème} siècle est une période de **transformation considérable de la pensée juridique**. La rédaction des coutumes a eu pour effet de mettre en évidence des défauts jusque là cachés derrière l'oralité et le pluralisme coutumier. La **doctrine**, inspirée par l'humanisme juridique et la seconde renaissance du droit romain qui se déploient au même moment dans toute l'Europe (cf. leçon 7), développe une **étude critique des coutumes rédigées**, sur la base du **comparatisme**. Elle transpose dans le champ coutumier les exigences nouvelles de rationalité que formule l'humanisme naissant, en pointant du doigt les **conflits de coutumes** qui ont massivement subsistés à la mise par écrit du début du XVI^{ème} siècle et les incohérences persistant entre ces coutumes et la **jurisprudence** des parlements. La doctrine, à l'image de **Charles Du Moulin** (1500-1566), critique surtout la **multiplicité** des coutumes, et appelle à une **unification du droit coutumier**, avec la **coutume de Paris** pour modèle.

En troisième lieu, enfin, à partir du règne de Henri II (1547-1559), et plus encore sous les règnes de ses fils (François II, 1559-1560 ; Charles IX, 1560-1574 ; Henri III, 1574-1589), les juristes renouvellent considérablement les **doctrines de la souveraineté royale**. Avec Jean Bodin (*Les Six livres de la République*, 1576), le pouvoir de faire la loi devient la première marque de la souveraineté. Renforcée de ses soubassements théoriques, la monarchie s'empare ainsi plus encore de la **capacité à élaborer le droit**. Trop « négociées » avec les populations locales, les premières rédactions de coutumes ne reflètent plus aux yeux du roi la **maîtrise normative** à laquelle il aspire désormais.

Pour répondre à toutes ces attentes et adapter le droit à ce nouvel environnement, le pouvoir royal procède à la « **réformation** » des coutumes.

Réformation : le terme est issu du vocabulaire politique du Moyen Age, mais il connaît au XVI^{ème} siècle un engouement formidable. La « réformation » est étymologiquement une modification, une révision. Il ne s'agit donc pas, dans l'esprit de la monarchie, d'une nouvelle rédaction, mais bien plutôt de la continuité de la précédente mise par écrit.

Entre **1555 et 1581** (et sans que le mouvement soit freiné par les guerres de religion), les principales coutumes du pays sont **réformées**, en utilisant la **même procédure** que pour leur formation.

La réformation des coutumes entraîne l'apparition d'un **nouveau vocabulaire**.

La coutume réformée est appelée « nouvelle coutume », par opposition à la coutume rédigée antérieurement, qui est, elle, désignée comme « ancienne coutume ». L'expression « très ancienne coutume » désigne désormais les coutumes rédigées au Moyen Age.

Le terme « coutume » ne désigne désormais plus que ce qui a fait l'objet d'une rédaction. Les pratiques laissées à l'écart du processus de mise par écrit sont désignées sous le terme d'« usages ».

En savoir plus : Les principales coutumes réformées

- Nouvelle coutume de Sens (1555)
- Nouvelle coutume d'Etampes (1556)
- Nouvelle coutume de Montfort-l'Amaury (1556)
- Nouvelle coutume de Mantes et Meulan (1556)
- Nouvelle coutume de Reims (1566)
- Nouvelle coutume de Laon (1556)
- Nouvelle coutume du Grand-Perche (1558)

- Nouvelle coutume du Maine (1559)
- Nouvelle coutume d'Anjou (1559)
- Nouvelle coutume de Touraine (1559)
- Nouvelle coutume de Poitou (1559)
- Nouvelle coutume de Melun (1560)
- Nouvelle coutume d'Auxerre (1562)
- Nouvelle coutume de Péronne (1569)
- Nouvelle coutume de Montdidier (1569)
- Nouvelle coutume de Roye (1569)
- Nouvelle coutume d'Amiens (1569)
- Nouvelle coutume de Bourgogne (1575)
- Nouvelle coutume de Bretagne (1580)
- Nouvelle coutume de Paris (1580)
- Nouvelle coutume d'Orléans (1583)

Il y a pourtant une différence importante entre le mouvement de rédaction et celui de réformation : les **commissaires royaux gagnent en importance** et en influence dans ce second mouvement, preuve du **rôle accru du pouvoir monarchique** dans le processus.

Ainsi, ce sont les commissaires qui **modifient** le texte existant, avant de le présenter, au nom du roi, à l'assemblée des Etats provinciaux.

Plus encore, parce que le but officieux de la réformation est de concourir à l'unification et à l'harmonisation du droit coutumier, un même commissaire royal se voit souvent confier la tâche de réformer **plusieurs coutumes** au sein d'un même ressort.

Surtout, le roi a eu l'habileté de confier ce rôle de commissaire à de **grands juristes**, aux aptitudes réelles et reconnues par leurs contemporains.

Il en est ainsi résulté des **textes d'une grande qualité**, que dans la pratique les assemblées, pourtant libres de recevoir ou de refuser, ont acceptés presque systématiquement.

Exemple

Parmi les commissaires auxquels a été confiée la réformation de plusieurs coutumes du même ressort, il faut souligner le rôle primordial de **Christofle de Thou** (1508-1582).

Premier président du parlement de Paris depuis 1562, il a été chargé, comme commissaire du roi, de la réformation de toutes les coutumes du ressort du Parlement de Paris, qui s'étend sur **près d'un tiers du royaume** (de Laon à Auxerre). Le projet l'occupe pendant plusieurs décennies, depuis la réformation de la coutume de Sens en 1555 jusqu'à celle de Paris en 1580. Il a œuvré, à chaque fois, à supprimer les particularismes et à généraliser de façon cohérente les solutions juridiques les plus efficaces, en s'inspirant de la pratique du Parlement et des innovations doctrinales. [Sur ce personnage et son œuvre, voir la notice rédigée par J.-L. Thireau dans le *Dictionnaire historique des juristes français*, dir. P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, Paris, PuF, 2007].

Par exemple, c'est à C. de Thou que l'on doit la reprise textuelle dans huit coutumes du ressort du Parlement parisien de l'article relatif au droit d'aubaine (le droit du roi de recueillir de manière exclusive la succession d'un étranger mort dans le royaume), et donc l'uniformisation des pratiques en la matière sur un très vaste territoire.

L'importance du rôle des commissaires dans le processus de réformation des coutumes est loin d'être anecdotique. Bien au contraire, elle manifeste clairement les changements que la mise par écrit apporte à la notion de coutume : désormais, « elle apparaît de moins en moins comme une règle **constatée**, pour devenir une règle **consentie après révision et adaptation** » (A. Rigaudière). Les contemporains ne s'y trompent d'ailleurs pas, à l'image de René Choppin (1537-1606), auteur d'un commentaire sur la coutume d'Anjou : « *Les coutumes nouvellement réformées que nous feuilletons, sont plustost des **loix** 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* » (cité par C. Lovisi, *Introduction historique au droit*, Paris, 2003, p 209).

2. 2. 2. Le nouveau visage du droit coutumier

Avec la réformation des coutumes, le droit coutumier prend un **nouveau visage**.

Les coutumes, **moins nombreuses**, s'appliquent désormais dans des **ressorts plus vastes**.

Exemple

Ainsi, à la fin de l'Ancien Régime, on compte un peu plus de soixante coutumes régionales (ainsi que près de trois cent coutumes locales, qui ne diffèrent des coutumes régionales que sur des points précis).

Les coutumes sont désormais définitivement **crystallisées** : les textes réformés du XVI^{ème} siècle restent en vigueur jusqu'à la fin de l'Ancien régime, sans connaître d'évolution postérieure. Les coutumes sont **figées dans une forme définitive**, qui ne connaîtra aucune évolution ultérieure.

Remarque

Les « **usages** » (les pratiques n'ayant pas fait l'objet d'une rédaction), qui permettent de suppléer au silence de la coutume, continuent, eux, d'évoluer. Ils doivent toujours être prouvés, par l'enquête par turbe jusqu'en 1667, puis au moyen de l'acte de notoriété, délivré par un juge royal.

Les coutumes sont désormais d'une **bien meilleure qualité**. Le processus de réformation a conduit à une **modernisation**, une élimination des contradictions, une insertion des évolutions jurisprudentielles, une assimilation des nouveaux principes doctrinaux influencés par la seconde renaissance du droit romain.

Exemple

La **coutume de Paris** est véritablement le chef-d'œuvre de ce mouvement de réformation. Rédigée en 1510, elle compte cent vingt articles. Après sa réformation en 1580, elle en comprend désormais plus de trois cent cinquante. Elle intègre notamment les innovations jurisprudentielles ; le Parlement de Paris a d'ailleurs été associé à cette réformation (au point qu'Etienne Pasquier dira que le résultat final n'est « *autre chose qu'un abrégé de l'air général des Arrêts de la Cour de Parlement* »). Elle intègre aussi dans sa nouvelle version les innovations doctrinales, en particulier en s'appuyant sur les commentaires rédigés par Charles Dumoulin sur cette coutume parisienne à partir de 1539.

Le **contenu** des coutumes est ainsi nettement précisé. Les coutumes réformées du XVI^{ème} siècle n'ont plus la même physionomie que celle de la période antérieure. Le **droit pénal** y est presque absent, et la procédure fait la part belle à la législation royale. Les coutumes se resserrent sur le champ du **droit civil**, en y introduisant les modifications formidables que connaît le contexte social au XVI^{ème} siècle. Les coutumes rédigées constituent désormais « *un arsenal satisfaisant de dispositions juridiques modernisées fixant le contenu du droit* » (J. Gaudemet et B. Basdevant-Gaudemet).

Exemple

Le XVI^{ème} siècle est marqué par une crise morale et rigoriste, qui se répercute sur le droit de la famille, en renforçant la figure d'autorité du père et du mari.

En matière **matrimoniale**, le mariage se cristallise désormais autour du mari. La poussée d'anti-féminisme du XVI^{ème} siècle entraîne une dégradation de la situation de la femme mariée, qui se traduit juridiquement par des dispositions sévères : le mari a autorité sur sa femme, l'épouse est **juridiquement incapable**, tout acte passé par une femme sans l'autorisation de son mari est déclaré nul, la direction du ménage est entièrement entre les mains du mari.

De la même façon, l'**autorité paternelle** est considérablement renforcée. Elle est désormais donnée à voir comme l'image, à échelle miniature, de l'autorité du roi sur ses sujets : le droit coutumier tend à privilégier l'ordre des familles, comme garant du maintien de l'ordre social. Les droits du père sont renforcés par l'allongement de la durée d'exercice de l'autorité paternelle : l'âge de l'accession à la majorité est retardé, la puissance paternelle viagère (qui trouve son modèle dans le droit romain) est réhabilitée.

La volonté d'**homogénéisation et d'unification** qui a présidé à cette réformation a conduit à transposer les règles juridiques d'une coutume à l'autre. Un véritable rapprochement a ainsi été opéré entre les coutumes, influençant profondément l'esprit du droit. Premier pas vers une unification du droit, ce mouvement de

réformation entretient les aspirations de la doctrine coutumière à l'élaboration d'un véritable « **droit commun coutumier** ».

Remarque

Sur la doctrine coutumière et le droit commun coutumier, cf. la leçon 7.

Il est aussi le point de départ d'un **vaste débat doctrinal** sur la **nature** de la coutume et sur la valeur de l'autorité qui lui est conférée par la **sanction royale**.

Depuis le Moyen Age, l'opinion majoritaire considère que ce qui fait la coutume n'est pas son caractère **oral ou écrit**, mais le **consentement populaire** dont elle est issue. En conséquence, la mise par écrit de la coutume ne modifie pas sa nature : la coutume est une coutume, non pas une loi.

Guillaume de Paris, *Formulaire de l'officialité de Paris*, vers 1290 (extraits) :

« 1. La coutume est un certain droit établi par les mœurs, c'est-à-dire l'usage répété des hommes, qui est reçu pour loi, quand la loi est déficiente (d'après le Décret de Gratien). Ce qui est rédigé par écrit est, en effet, qualifié de loi ou de constitution. Ce qui n'est pas mis par écrit garde son nom de coutume. C'est ce qui est dit dans le Décret de Gratien et aussi ailleurs. Il apparaît que le droit est établi par écrit ou non, d'après les Institutes de Justinien. D'après le Décret de Gratien, on appelle coutume ce qui est dans l'usage commun.

2. La coutume est introduite quand le peuple commence à observer quelque chose dans cet esprit qu'à l'avenir, il y ait coutume, ou, au dire d'autres, quand il plaît expressément au peuple que quelque chose soit observé pour que désormais il y ait coutume, autrement non, par ce fait même que le droit coutumier est autre avant que la coutume ne soit introduite [...].

4. Une telle coutume [ainsi introduite] emporte le droit dans le lieu où elle est en vigueur, pourvu seulement qu'elle soit raisonnable. Une telle coutume sert à l'interprétation de la loi, [...] parce qu'il importe peu qu'elle ait sa justification dans l'écriture ou dans la raison. Une telle coutume est tenue pour loi, lorsque la loi est défailante, comme il a été dit, et que cette coutume devient le droit. [...] D'ailleurs si elle n'est pas raisonnable, il en est autrement [...]. En effet, pour établir des règles nouvelles, il doit y avoir une utilité évidente à s'éloigner du droit qui a longtemps semblé équitable [...]. Si on doute d'une telle coutume, les uns affirmant son existence, les autres la niant, et qu'on se soit prononcé pour son existence, on dit que la coutume a été reconnue dans un jugement contradictoire, on ne dit pas que la coutume a été introduite, mais qu'elle a été confirmée ».

Or l'**intervention royale** dans le processus de mise par écrit à partir du XV^{ème} siècle pose la double question de la **survivance du consentement populaire** et du rapprochement entre **coutume et loi du roi**.

La doctrine argumente, entre ceux qui pensent que la coutume tient toujours son autorité du peuple (par l'accord tacite des assemblées impliquées dans la procédure de rédaction et de réformation), et ceux qui estiment que désormais l'autorité de la coutume résulte de sa sanction par le pouvoir royal, et qu'elle se rapproche ainsi de la loi.

- Guy Coquille (1523-1603) :

« Le peuple de chacune province a droit d'établir loi sur soi qui sont les coutumes [...] C'est le peuple qui fait la loi, qui est une marque de l'ancien établissement de cette République française, mêlée de démocratie, aristocratie et monarchie » [Questions, réponses et méditations sur les articles des coutumes, question 1].

- Pierre de L'Hommeau (début XVI^{ème} - ap. 1610) :

« La force et autorité de la loi et de la coutume gît au pouvoir du prince souverain. Ce n'est pas la présence et consentement des trois états du pays qui donne force à la coutume, mais le roi par les commissaires qu'il députe à cet effet » [Deux livres de la jurisprudence française, Saumur, 1605, p. 7-8].

- Jean Domat (1625-1696) :

« [les coutumes sont] des lois qui dans leur origine n'ont pas été écrites mais qui se sont établies par le consentement d'un peuple, et par une espèce de convention de les observer ou par un usage insensible qui les a autorisées » [Traité des lois, chap. XI, § 46].

« 10. Les lois arbitraires sont de deux sortes. L'une, de celles-ci qui dans leur origine ont été établies, écrites et publiées par ceux qui en avaient l'autorité, comme sont en France les Ordonnances des Rois ; et l'autre, de celles dont il ne paraît point d'origine et de premier établissement, mais qui se trouvent reçues

par l'approbation universelle, et l'usage immémorial qu'en a fait le peuple ; et ce sont ces lois ou règles que l'on appelle Coutumes. 11. Les Coutumes tirent leur autorité du consentement universel du peuple qui les a reçues, lorsque c'est le peuple qui a l'autorité, comme dans les Républiques. Mais dans les Etats sujets à un Souverain, les Coutumes ne s'établissent ou ne s'affermissent en forme de lois que de son autorité. Ainsi en France les Rois ont fait arrêter et rédiger par écrit, et ont confirmé en lois toutes les Coutumes, conservant aux Pandectes les lois qu'elles tiennent ou de l'ancien consentement des peuples qui les habitaient, ou des Princes qui les gouvernaient » [Les loix civiles dans leur ordre naturel, 1689 (extrait du livre préliminaire, titre I, section I)].

Sur ces questions, cf J. L. Thireau, *Introduction historique au droit*, p. 245-246.

Ce que montrent ces débats doctrinaux, c'est que **l'essentiel** est acquis pour la monarchie à partir du XVII^{ème} siècle. Comme l'écrit l'auteur anonyme du *Traité du droit des coutumes en France*, à propos du processus de mise par écrit et de la place dévolue au consentement populaire dans ce processus : « *Cette petite liberté accordée au peuple ne peut rien diminuer de l'autorité souveraine du Roi ni de la dépendance des sujets* ». C'est par **délégation** du roi qu'agissent les assemblées populaires dans le processus de rédaction de la coutume. La coutume rédigée est **devenue si proche de la loi** qu'il n'existe désormais plus d'autre coutume que celle promulguée par le roi. Juges et avocats ne peuvent plus alléguer ou appliquer que des coutumes promulguées par le roi.

Comme l'affirme Antoine Fontanon (†1590) dans les *Edits et ordonnances des roys de France* (1580), « *parce que les coutumes sont rédigées par autorité du roi, elles sont considérées de même droit que les ordonnances* » (livre IV, tome 1).

La question de la nature orale ou écrite de la coutume n'est plus à l'ordre du jour. Désormais, seule compte **l'intervention du roi** : la **coutume « fait loi »** dès sa sanction par l'autorité monarchique.

Au terme d'un long processus allant du XI^{ème} au XVI^{ème} siècle, l'autorité monarchique a ainsi **établi son contrôle** sur une source de droit dont la formation lui échappe. Intervenant d'abord à la marge, en gardien des coutumes, puis gardien des bonnes coutumes, le roi a progressivement réussi à imposer sa main-mise sur les procédures de mise par écrit des coutumes, **transformant considérablement la physionomie du droit coutumier**.