

**CENTRE TOULOUSAIN D'HISTOIRE DU DROIT
ET DES IDÉES POLITIQUES**

**ÉTUDES D'HISTOIRE DU DROIT
ET DES IDÉES POLITIQUES**

n° 23 / 2017

**LES DÉCISIONNAIRES ET LA COUTUME :
CONTRIBUTION À LA FABRIQUE DE LA NORME**

Géraldine Cazals et Florent Garnier

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

INTRODUCTION

Importants sont les travaux qui l'ont souligné ces dernières années : le lien existant entre précédent judiciaire et coutume est extrêmement ténu. Il l'est à l'époque médiévale, alors même que la rédaction de certaines coutumes ne paraît être que la mise par écrit de décisions rendues par diverses institutions judiciaires et alors que, dans les *Coutumes de Clermont en Beauvaisis* de Beaumanoir, dans les *Decisiones* longtemps attribuées à Jean des Mares, comme dans de très nombreux manuscrits de coutumes, la relation des coutumes notoires se trouve irrémédiablement liée à celle des décisions des cours de justice. Et il l'est aussi tout au long de l'Ancien Régime, alors même que l'écriture de la coutume se doit de faire appel à l'apport de la jurisprudence, et que les commentateurs se muent en décisionnaires, recueillant, compilant et/ou commentant les décisions issues d'institutions au sein ou auprès desquelles ils officient et qui leur sont nécessaires à l'exercice quotidien de leurs fonctions. Ce lien, d'autant plus compréhensible que la question de la preuve des coutumes reste une difficulté importante de l'ancien droit, n'est pas cependant sans poser problème. Il interroge non seulement la nature et le statut de ce que l'on a souvent encore pour habitude d'appeler les « coutumiers » mais aussi le travail et les enjeux qui sont ceux des arrestographes des parlements d'Ancien Régime. La coutume est un enjeu essentiel de la connaissance des décisions de justice pour les praticiens.

La coutume comme l'arrestographie faisant l'objet de renouvellements historiographiques majeurs, le temps a semblé venu de consacrer à cette problématique des efforts concertés, en réunissant, ou en cherchant à réunir, nombre de celles et ceux qui s'y sont intéressés. Tel fut l'enjeu du colloque organisé conjointement par le Centre Toulousain d'Histoire du Droit et des Idées Politiques (E.A. 789) et le Centre Universitaire Rouennais d'Études Juridiques (E.A. 4703) avec le soutien des Universités de Rouen et de

Toulouse 1 Capitole ainsi que de l'Institut Universitaire de France. Réunis à Toulouse les 9 et 10 juin 2016, 14 historiens du droit se sont ainsi efforcés d'éclairer la question en prêtant une attention particulière aux auteurs et à leurs œuvres, sans négliger pour autant les contextes intellectuels et politiques dans lesquels s'inscrivait la littérature en question, et tout en portant le regard sur les perspectives historiographiques avec lesquelles cette dernière a été jusqu'à ce jour regardée. Compilant les actes de ces travaux, ce volume espère ainsi répondre à certaines de ces interrogations.

Soulignant l'influence des pouvoirs locaux et l'interventionnisme de l'État en matière de droit privé, ainsi que le rôle joué par la formation savante des rédacteurs, dès le Moyen Âge, le bilan historiographique sur lequel s'ouvre ce volume montre à quel point les travaux qui se sont, ces dix dernières années, intéressés à la coutume en appellent à une reconsidération de cette dernière, dès sa formation (J. Krynen).

Les articles qui suivent, consacrés à la période de la naissance de la coutume, confirment à quel point le chantier à conduire en la matière s'avère riche. À Aurillac, dans le dernier quart du XIII^e siècle, c'est dans un contexte de crise que la cité se dote d'une authentique armature juridique. Un pouvoir seigneurial ecclésiastique menacé, des forces communales en plein essor et un pouvoir central aussi lointain que vigilant sont les acteurs d'une pièce en trois actes, qui aboutit à un pacte final rédigé à trois mains. La mise au jour du long processus de mise par écrit des Paix d'Aurillac, troublé par de nombreux contentieux, révèle l'apparition de règles nouvelles, reflétant les ambitions de consuls trop à l'étroit dans le carcan coutumier existant, ainsi que la capacité du souverain à intervenir dans cette entreprise de rédaction des Paix pour « royaliser », déjà, l'ordre juridique auvergnat en gestation (A. Rigaudière).

À la même époque, c'est dans un contexte politique tout aussi complexe que les normes coutumières toulousaines se mettent en place. Et, ici aussi, l'histoire de leur formation et de leur mise par écrit donne à voir trois temps : celui de la formation de sentences judiciaires et de la constitution d'un *corpus* coutumier, celui de la rédaction consulaire puis enfin celui de la confirmation royale. De

Introduction

l'activité et de la composition évolutive des différentes cours naît un corpus de sentences. La *potestas* consulaire tant *judicandi* que *statuendi* s'affirme. L'administration consulaire conserve trace de ces décisions. À l'initiative de la rédaction de cartulaires au début du XIII^e siècle s'ajoute la revendication d'une mise par écrit des coutumes de la ville. Pouvoir de rendre la justice et mise par écrit de la coutume constituent alors un enjeu essentiel, tant juridique que politique, pour les consuls toulousains. À rebours de l'idée d'une « abstinance coutumière » se fait aussi jour le contrôle du pouvoir alphonsin puis de Philippe III (F. Garnier). Bien que le rôle joué par les décisions judiciaires sur l'écriture des statuts des communes provençales d'Arles, Avignon et Marseille soit pour le moins difficile à mesurer en raison du faible nombre de sentences conservées pour cette époque, et de l'impression que laissent certaines d'entre elles sur l'inobservation des statuts, l'influence du patriciat, qui contrôle le processus normatif, la justice et, plus largement, le gouvernement politique et économique de la cité, est également dans ces villes manifeste. Les dispositions commerciales et rurales, notamment agricoles, qui révèlent les sources de puissance politique et économique des familles dominant la ville, ont ainsi dans les statuts des consulats de Provence et du Languedoc oriental une importance remarquable. Ici encore les statuts apparaissent comme étant des actes politiques (N. Leroy).

Pour l'époque moderne, les travaux ici réunis se sont davantage intéressés à l'importance de la coutume dans la doctrine, et sur ses liens avec les travaux des décisionnaires. Tous démontrent à quel point la compilation de décisions judiciaires est pour les juristes et praticiens de l'époque moderne un *habitus*, cependant pratiqué avec plus ou moins d'ampleur, plus ou moins de succès, et avec des perspectives pour le moins divergentes.

De cette diversité attestent ainsi les pratiques d'un Antoine Loisel ou d'un Claude Expilly. Dans le manuscrit de la Mazarine ayant recueilli les coutumes de Vermandois, Reims, Chalons, Noyon, Saint-Quentin, Ribemont et Coucy annotées par Antoine Loisel (1536-1617), le recours aux arrêts est pratiquement limité, et pour l'essentiel circonscrit aux arrêts du parlement de Paris, ne permettant pas de démontrer une forte influence de la jurisprudence des arrêts dans la

rédaction des *Institutes coutumières*. Il n'en révèle pas moins à quel point les arrêts, qui reflètent pour certains l'expérience personnelle de Loisel au sein de l'institution parisienne, lui servent à tenter de dégager des règles dont la généralité soit la plus grande possible (X. Prévost). Pour un auteur comme Claude Expilly (1561-1636), l'arrestographie est davantage centrale, qui apparaît à la fois comme un mode d'expression classique de la pensée juridique, une manière de questionner des problèmes juridiques, et un moyen de situer juridiquement et historiquement les normes retenues à l'échelle du parlement de Grenoble, même si l'immense culture d'Expilly l'incite à élargir ses horizons pour prendre actes des normes en vigueur à l'échelle de la planète. Quant aux coutumes, faisant dans ce cadre l'objet d'une réflexion riche, alimentée par une curiosité sans fin à l'endroit des traditions, juridiques ou non, des peuples de toutes nations, antiques ou modernes, une connaissance tout à fait exceptionnelle des sources –et notamment des récits de voyages– permettant de diffuser ces dernières, elles donnent ici lieu à des analyses tout à fait étonnantes d'un point de vue anthropologique (G. Cazals).

En Auvergne, c'est également un regard pluriel que les décisionnaires portent sur la jurisprudence, et sur les coutumes. Les recueils de décisions judiciaires, manuscrits, partiellement connus grâce au dernier commentateur de la coutume d'Auvergne, Guillaume-Michel Chabrol (1714-1792), constituent de véritables « conservatoires de la jurisprudence des cours auvergnates ». Ce sont eux qui gardent les anciens usages locaux et aident à identifier l'esprit de la coutume, les témoignages les plus anciens étant appelés à servir de guide pour révéler l'« intelligence » de la coutume. Mais ils restent confrontés au droit romain, aux grands ouvrages de doctrine, aux traités de jurisprudence, aux commentaires des autres coutumes du royaume communément utilisés à la fin de l'Ancien Régime (J. Vendrand-Voyer). Et, en fin de compte, l'avocat au bailliage et siège présidial d'Aurillac Jean Charmes (v. 1669-v. 1730) –sans doute encore sensible au conflit toujours latent entre la sénéchaussée de Riom et le siège d'Aurillac–, fait peu de place au droit coutumier auvergnat dans son propre recueil de jurisprudence. À ses yeux, le droit coutumier demeure une source secondaire, presque exclusivement

Introduction

envisagée au prisme de la coutume de Paris. Le droit romain reste fondamental et la jurisprudence des cours souveraines de France omniprésente. Son œuvre semble ainsi traduire une certaine adhésion au mouvement d'unification et d'uniformisation du droit (B. Fourniel).

Une telle sensibilité se retrouve chez les professeurs de droit français et de droit romain à l'université d'Aix-en-Provence –et néanmoins praticiens– que sont respectivement Jean-Baptiste Rebol (1640-1719) et Jean-Joseph Julien (1704-1789). La base de leur culture juridique et celle de leurs développements reste le droit romain. Mais l'un comme l'autre appliquent aussi la méthode comparée, mettant notamment à profit la contribution des arrêstistes pour essayer de démontrer l'existence du droit français, et distinguant pragmatiquement le cas échéant entre pays de coutume et pays de droit écrit. Pour l'un comme pour l'autre, les combinaisons de l'esprit et les spéculations du raisonnement sont « sans cesse éclairées par le flambeau de l'expérience » et la jurisprudence des arrêts (J.-Ph. Agresti).

L'unification juridique est en marche et, dans ce cadre, la coutume comme la jurisprudence jouent un rôle notable. Au temps des Lumières, l'histoire de l'édition juridique et la facture de grands dictionnaires l'attestent s'il en faut. Dans ces entreprises de simplification et de vulgarisation, d'érudition voire de spiritualisation, la coutume, souvent décriée, est historicisée. Au-delà de ses spécificités et de son antiquité, il est question d'en extraire la quintessence, d'en dégager les principes et de la réduire à de simples concepts. L'esprit de la coutume doit absorber les réalités et les divergences coutumières. Et la jurisprudence apparaît dans ce cadre comme étant la mieux à même de livrer les solutions servant une étatisation de la règle juridique (C. Mengès-Le Pape). Chez certains auteurs d'autres perspectives sont privilégiées. Pour le Pothier (1699-1772) de l'*Introduction générale aux coutumes d'Orléans*, la tradition savante et le droit romain fournissent la taxinomie, les arguments, le raisonnement et le cadre servant la présentation des règles juridiques mises en exergue. Ce faisant la jurisprudence des arrêts mérite l'attention, mais Pothier n'en fait pas une règle de reconnaissance

absolue, puisqu'il prend parfois la peine de la corroborer par d'autres éléments, comme si elle ne se suffisait pas vraiment. Quant à la coutume, il faut constater à quel point dans cette œuvre elle s'efface derrière un *droit coutumier* produit de la science du droit, dont la modélisation émane d'une instance ou de procédés spécifiques (D. Deroussin).

Dans un certain nombre de cas, et notamment lorsque la coutume se tait, le rôle des décisionnaires s'avère particulièrement crucial, qui vient reposer la question ô combien délicate de la nature, et du statut, de la coutume. Dans les derniers siècles de l'Ancien Régime, c'est aux décisionnaires qu'il appartient bien souvent de combler les lacunes des textes. La question du charivari en donne un exemple très éclairant, sous la plume d'auteurs aussi divergents que Claude Noiroot, Jean-Guy Basset, Brillon ou Boniface, montrant par exemple comment au temps du recours à la qualification d'*injuria* fait suite celui du trouble à l'ordre public (J. Bart). L'étude du cas contemporain de la Nouvelle-Calédonie vient à son tour apporter sa pierre à la réflexion en démontrant comment il a appartenu au Tribunal et à la Cour de Nouméa de préciser le contenu de la coutume, du moins sur certains points. En Nouvelle-Calédonie, dans la mise en place d'un statut coutumier, c'est ainsi le rôle de juges activistes qui s'avère essentiel pour définir des règles dites coutumières grâce à des concepts de droit français. Cette création de règles de droit coutumier par l'action volontariste des juges, prétendant –sans aucun contrôle– s'inspirer d'us et coutumes, de pratiques sociales, aboutit à l'instauration d'une « coutume judiciaire », pour reprendre une expression revendiquée par l'un de ces juges « activistes » (Régis Lafargue). Ce droit coutumier reconnu comme droit par les autorités habilitées à le faire apparaît nettement distinct des « us et coutumes » qui relèvent de la régulation sociale, apparaissant telle une « plante cultivée sous serre par des juges qui s'inspirent, en le transplantant, du modèle des fleurs spontanées ». Une source du droit à classer non parmi les « sources formelles du droit » mais au sein de la jurisprudence (J.-L. Halpérin).

Au terme de ces travaux, bien des questions restent posées qui mériteront des explorations plus approfondies, notamment quant à

Introduction

l'élaboration des corpus coutumiers et décisionnaires et quant à leur portée.

Apparaît en premier lieu la nécessité de reconsidérer l'histoire de la constitution des corpus coutumiers, en envisageant, autant que possible, les différents temps ici rencontrés par les études aurillacoise, toulousaine et provençale : émergence, judiciarisation, rédaction ou encore royalisation. Les enjeux juridiques et politiques révélés par les acteurs au cœur de ces processus ne doivent pas faire oublier tout l'intérêt d'une étude des manuscrits coutumiers. Il y a là, sans nul doute, des pistes pour de futures recherches, en lien avec l'étude du rôle joué par l'écrit juridique comme mode de gouvernement, l'analyse d'une scripturalité coutumière qui se développe dans un paysage documentaire au sein duquel doivent être précisés les enjeux portés par la mise en mémoire du droit et la coutume comme « document-monument ».

Apparaît ensuite l'intérêt attaché à l'étude du rôle joué par les décisionnaires au temps des rédactions et réformations essentielles des coutumes, pour découvrir leur « activisme ». Certains magistrats y contribuent via la diffusion de la jurisprudence de la cour, soit sous forme brève de l'arrêt prononcé et de la maxime jugée, soit par la diffusion d'une rédaction sommaire des décisions dont ils pensent qu'elles permettront d'arrêter les débats pour faire cesser d'inutiles controverses. Ce faisant, une attention particulière doit être accordée aux méthodes et aux fins poursuivies par les décisionnaires. Les études ici réunies les montrent tout aussi diverses que parfois contradictoires. Ici s'affirme la prépondérance, encore, du droit écrit, et notamment du droit romain. Sous des formes très explicites (en Haute Auvergne comme en Dauphiné), visibles notamment via l'accumulation des références savantes dans certains recueils au début du XVII^e siècle. Là cette prépondérance est discutée, mais le recours au droit romain demeure, bien que plus implicites pour ne pas dire chez certains auteurs subliminal. Et, ce faisant, s'impose aussi l'irrésistible attraction de la jurisprudence des cours souveraines, notamment de celle de Paris, dans le cadre d'une idéologie sensible au droit commun coutumier et à l'exaltation d'un certain sentiment national. Manifeste est alors la force du mouvement comparatiste doctrinal et coutumier participant à la construction d'un droit français

dont les différentes composantes, coutumières, jurisprudentielles et législatives, sont naturellement variables, selon les cadre spatio-temporels considérés, la date de 1679 constituant à cet égard un moment clé.

Tout cela n'est pas sans poser différents problèmes. Songeons à l'usage sémantique extrêmement divers du terme de coutume. Voici quelques années à Flaran, le regretté Christian Lauranson-Rosaz a ouvert la voie. La coutume pour la plupart des auteurs est conçue de manière extrêmement divergente, étant, à l'occasion, l'équivalent de la loi pour un certain nombre d'auteurs. Mentionnons aussi la difficulté, via le foisonnement des textes, des matériaux et de l'argumentation, de saisir parfois le positionnement intrinsèque, propre aux professeurs et juristes étudiés (Expilly), l'absence de solutions juridiques tranchées (Reboul) voire l'opportunisme qui perce ici et là dans certains textes.

Sans doute tout ceci peut-il effrayer. Sans doute faut-il cependant s'en réjouir. Au fond, les juristes étudiés manifestement se sentent assez libres. Qu'ils soient d'illustres maîtres de telle ou telle université ou d'obscurs avocats de baillages provinciaux. S'autorisant à alléger des articles de coutume non validés, à se saisir, avec une plus ou moins grande bonne foi, de tel ou tel argument contestable, à réécrire les coutumes en les réagencant pour les accorder aux canons de la science juridique du temps, ils jouissent dans l'appréhension des normes et des phénomènes juridiques d'une liberté non négligeable. Ils n'hésitent pas même à aller plus loin, quitte à caricaturer, pour satisfaire à l'esprit du temps, les normes considérées, et notamment les coutumes, quitte à inventer des arrêts pour servir leur argumentation, au grand dam de tous ceux qui voudraient voir dans leurs ouvrages, au-delà de la part doctrinale qui leur est intrinsèque, de simples registres documentaires. En définitive, avec ces juristes, c'est bien à la fabrique et à l'écriture de la norme coutumière ou jurisprudentielle que l'on assiste.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABREVIATIONS.....	9
INTRODUCTION.....	11
Jacques Krynen, Dix ans de travaux français d'histoire du droit intéressant la coutume. Bref commentaire en quatre points	19
Albert Rigaudière, Les 'Paix d'Aurillac' : un pacte sur la coutume rédigé à trois mains (1277-1347)	45
Florent Garnier, Les coutumes de Toulouse au XIII ^e siècle : une écriture sous influence.....	163
Nicolas Leroy, Statuts et justice. Une approche du problème de l'application pratique des normes municipales dans les villes du Sud-Ouest de la France.....	211
Xavier Prévost, La jurisprudence des arrêts dans les <i>Institutes coutumières</i> d'Antoine Loisel (1536-1617) d'après le manuscrit 3182 de la Bibliothèque Mazarine	225
Géraldine Cazals, Du droit et des coutumes dans les <i>Arrests et Plaidoyez</i> de Claude Expilly (1561-1636)	245
Jacqueline Vendrand-Voyer, Les décisionnaires et 'l'esprit de la coutume'.....	321
Béatrice Fourniel, L'utilisation de la coutume dans un recueil de jurisprudence aurillacois (1692-1730)	345
Jean-Philippe Agresti, La place des coutumes parmi les autres sources du droit dans les écrits provençaux des XVII ^e et XVIII ^e siècles : Jean-Baptiste Reboul (1640-1719) et Jean-Joseph Julien (1704-1789) ...	365

Christine Mengès-Le Pape, La coutume à travers les recueils de jurisprudence du second XVIII ^e siècle.....	399
David Deroussin, Pothier, la coutume (d'Orléans) et le droit coutumier	413
Jean Bart, Les décisionnaires et les silences de la coutume.....	449
Jean-Louis Halpérin, La coutume en Nouvelle-Calédonie en attente de décisionnaire(s) ?	465
INDEX	481
LISTE DES AUTEURS	497
TABLE DES MATIÈRES	499