

# LE PROVINCIALISME JURIDIQUE DANS LA FRANCE D'ANCIEN RÉGIME : QUELQUES REMARQUES<sup>1</sup>

Parmi les acquis de l'histoire de la science juridique, il faut sembler-il compter l'aspiration à l'unification du droit dans les deux derniers siècles de l'Ancien régime, une aspiration telle que ceux qui ne la partageaient pas ont pu être qualifiés de « médiocres routiniers »<sup>2</sup>. Incapables de comprendre ce grand dessein ou le refusant, ils ont peut-être été un peu rapidement stigmatisés, comme s'il y avait matière à leur faire grief, au travers d'une légitimation rétroactive de l'évidence de la logique uniformisatrice de la Révolution et de l'Empire, d'une attitude qu'il y a lieu d'examiner plus précisément. Car les motifs du refus ou du désintérêt pouvaient être divers, et surtout nuancés<sup>3</sup>. En effet, alors même que les provinces ne sont pas toutes dotées d'un *corpus* juridique cohérent, ni *a fortiori* d'un commentaire de leur droit propre<sup>4</sup>, les préoccupations des juristes tendent

---

<sup>1</sup> Le présent texte reprend une communication présentée à la Société d'histoire du droit en février 2004.

<sup>2</sup> R. MARTINAGE-BARANGER, *Bourjon et le Code civil*, Paris, 1971, p. 13.

<sup>3</sup> Pour les prémisses de la résistance à l'unité, J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566)*, Genève, 1980, p. 119.

<sup>4</sup> Certaines provinces, au passé complexe du fait des souverainetés successives qui se sont exercées sur elles, sont restées longtemps en marge de l'évolution propre à la France, tout particulièrement au regard des procédures de rédaction et de réformation des coutumes ; l'explication du droit local passe par un commentaire mêlant ordonnances de divers princes, droit romain, recherche coutumière et usagère, jurisprudence : cf. par ex. Claude-François D'ORIVAL, *Commentaire sur les usages et coutumes de Besançon*, Besançon, 1721, note sur l'art. XVIII, p. 26-29 ; les *Arrêts notables du Conseil souverain d'Alsace*, s.l.n.d. ; Pierre DE BROSES, *Le Code des décisions forenses...*, 2<sup>e</sup> éd., Genève, 1618, (2 t. en 1 vol.). Les commentaires sont parfois, de fait, indigents : ROUSSEL DE BOURET, *Coutumes générales d'Artois*, 2 vol., Paris, 1771. D'autres coutumes, rédigées depuis des siècles, n'ont pas suscité de commentaires : cf. entre autres la Préface de LAISTRE, *Coutume des bailliages de Sens et de Langres, commentée et conférée avec les coutumes voisines...*, Paris, 1731 et celle de J. POLLET, *Arrests du parlement de Flandre sur diverses questions de droit, de coutume, et de pratique*, Lille, 1716.

surtout dans ce cas, et encore au XVIII<sup>e</sup> siècle, à dégager, à construire, le droit provincial<sup>5</sup>, que ce soit – il n'existe que des méthodes empiriques – en s'aidant de la doctrine, du droit romain, des commentaires d'autres coutumes, si possible voisines<sup>6</sup>, ou en s'inspirant des grandes lignes du « droit français » ou du « droit commun »<sup>7</sup>. Le droit français, dégagé et valorisé par une part grandissante de la doctrine depuis le XVI<sup>e</sup> siècle<sup>8</sup>, l'a surtout été, on le sait, contre la primauté affirmée du droit romain et sa subsidiarité présumée universelle<sup>9</sup>. Mais une fois l'équiparation effectuée, la réduction à l'unité de la diversité des sources du droit français pouvait ne plus sembler si urgente : les débats de principe étant pratiquement clos, la marche vers l'unification s'avérait une autre problématique. Par ailleurs, l'œuvre doctrinale ou praticienne, en préparant *de fait* la codification

<sup>5</sup> Cf., par exemple, PERRET, *Observations sur les usages des provinces de Bresse, Bugey, Valromey et Gex...*, 2 vol., Dijon, 1771, Discours préliminaire, t. 1, qui détaille les carences de la province : « les juges n'ont guère d'autres règles à consulter, sur plusieurs points très importants, que des usages non écrits et que l'on est ordinairement obligé de recourir à une preuve vocale » ; « les avantages généraux et particuliers que procurent les loix écrites sont presque inconnus, sur plusieurs matières, en Bresse et en Bugey. Les habitants... se trouvent donc en quelque sorte dans le même état où l'on étoit en France, avant que Beaumanoir et Desfontaines [Pierre de Fontaines] eussent formé des recueils de coutumes de leurs bailliages... » etc.

<sup>6</sup> Ainsi Bertrand-Louis LE CAMUS D'HOULOUVE, *Coutumes du Boulonnois conférées avec les coutumes de Paris, d'Artois...*, 2 vol., Paris, 1777, t. 1, Avertissement, p. V-VIII, rapporte que le dernier lieutenant-général de la sénéchaussée, Dauphin d'Halinghen, « étoit révolté de quelques dispositions singulières de cette coutume » et qu'il avait proposé d'en demander la réformation. Mais la procédure paraissant trop longue et trop coûteuse, il lui semblait préférable de demander au roi une déclaration « qui abroge différentes dispositions de cette coutume exorbitantes du droit commun », remarquable survivance des pratiques médiévales. L'auteur des *Coutumes...* entend précisément joindre au commentaire de celle-ci le « droit commun », définissable (p. VIII) « ou par l'ensemble de toutes les coutumes qui font loi, quand une coutume ne renferme pas de disposition opposée ; ou par les loix civiles, qui sont pour nous une raison écrite à défaut de loi positive ; ou par les ordonnances, édits et déclarations de nos rois duement enregistrés. »

<sup>7</sup> Louis GODET, *Les coutumes de Châlons*, dans *Le coutumier de Vermandois*, 2 vol., Paris, 1728, t. 1, IV<sup>e</sup> partie, p. 1, donne la définition suivante de ce concept qui reste polysémique jusqu'à la fin de l'Ancien régime : les « coutumes... sont dites droit commun, lorsqu'elles s'accordent au droit écrit. »

<sup>8</sup> J.-L. THIREAU, Le comparatisme et la naissance du droit français, cette *Revue*, n° 10-11, 1990, p. 153 et s. ; L'alliance des lois romaines avec le droit français, *Droit romain, jus civile et droit français*, dir. J. KRYNEN, Toulouse, 1999, p. 347-374 ; J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1999, p. 238 et s.

<sup>9</sup> Sur cette problématique, J.-M. CARBASSE, art. Coutumes françaises, *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, 2003, p. 326 et s.

future<sup>10</sup>, en soulignait aussi implicitement, pour l'Ancien régime, l'irréalité présente, puisque la pluralité normative était alors juridiquement irréductible par la seule voie d'autorité ; ce n'était précisément que de manière autoritaire que cette diversité devait prendre fin.

Bien sûr, le vœu de l'unification, exprimé depuis Du Moulin<sup>11</sup>, avait des partisans. Par exemple Paul Chaline, avocat au parlement de Paris, qui publie en 1666 une *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*. Il y déplore que « la multiplicité des coutumes apporte bien du trouble et du désordre parmi les Français... » et estime que « ce serait un grand bien pour l'État et un grand repos pour les peuples si toutes les coutumes de France étaient réduites à une seule coutume générale et commune à tous les Français »<sup>12</sup>. Autre exemple – on en a à la vérité peu trouvé chez les praticiens – celui de Cottereau fils, avocat au présidial de Tours, qui s'exclame : « quel avantage si on n'avoit qu'une loi, si les successions se partageoient de la même manière dans toute la France ; si, pour la disposition de nos biens, la chaîne qui lie notre liberté étoit partout la même ; si, sur toutes les matières de notre jurisprudence, tous les peuples du royaume étoient assujettis à des règles uniformes »<sup>13</sup>. Et de souhaiter la reprise des « décisions sages » de la coutume de Paris, la refonte de la formation des juges<sup>14</sup> et d'offrir un soutien appuyé, mais désabusé<sup>15</sup>, au marquis d'Argenson pour son projet d'abolition de la féodalité, ce « qui rendroit inutile la moitié de ce que contiennent nos coutumes et nos livres

<sup>10</sup> Comme par exemple, pour mentionner des ouvrages moins usuellement cités que d'autres, les remarquables *Traité sur diverses matières du droit françois à l'usage du duché de Bourgogne et des autres pays qui ressortissent au parlement de Dijon*, par Gabriel DAVOT avec les notes de Jean BANNELIER, 7 vol., Dijon, 1751-1757, complétés par un huitième vol., *Coutume du duché de Bourgogne et cayers servant à l'interpréter...*, Dijon, 1765. Sur ces aspects, A. LEFEBVRE-TEILLARD, Naissance du droit français : la jurisprudence, *Droits*, n° 38, 2003, p. 69-82 ; notre art. « Le droit commun de la France ». Observations sur l'apport des arrétistes, *ibid.*, p. 53-67.

<sup>11</sup> J.-L. THIREAU, *op. cit.*, p. 114 et s.

<sup>12</sup> Cité d'après la 2<sup>e</sup> éd., Metz, 1725, Préface.

<sup>13</sup> *Le droit général de la France, et le droit particulier à la Touraine et au Lodunois*, 2 vol., Tours, 1778. Idées développées dans la Préface et le Discours préliminaire.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. X et n. 6 : « Nous devrions avoir des Écoles publiques où l'on donneroit aux jeunes gens qui se sentiroient de l'attrait pour la robe une éducation qui leur conviendrait, où on les instruiroit des sciences qui sont propres à cette profession ; où, surtout, les nourrissant des maximes les plus pures de la morale chrétienne, on les prépareroit à offrir, un jour, le modèle de toutes les vertus. »

<sup>15</sup> *Ibid.* « Nous n'en dirons pas davantage à ce sujet ; en matière de jurisprudence, comme en toute autre, c'est perdre son temps que de prêcher la réforme. On a plus d'espérance de réussir, en interprétant les loix qui subsistent, qu'en en proposant de nouvelles. »

de jurisprudence ». Ces aspirations sont celles de praticiens confrontés presque quotidiennement à des affaires de conflits de coutumes, de droit interprovincial privé pourrait-on dire ; comme en Flandre Jacques Poller<sup>16</sup>, ils en appellent de manière bien compréhensible à un droit uniforme ou tout au moins au dégagement d'un droit commun coutumier<sup>17</sup>.

Mais sur quel fondement ? Y avait-il lieu de privilégier une source du droit ? Pouvait-on faire autre chose que de se borner à constater la variété du paysage juridique et les limites des emprunts susceptibles d'être effectués<sup>18</sup> ? Ici, les contemporains apparaissent divisés. S'ils sont majoritairement disposés à prendre en *considération* les solutions juridiques des autres provinces, d'autres s'arc-boutent sur l'intégrité de leur droit propre et refusent toute ingérence d'un droit étranger. Si les uns ne peuvent envisager que le droit romain comme droit commun, d'autres mettent en avant la coutume de Paris, tandis que d'autres encore entendent conserver la liberté de choisir selon les cas. Il en est peu même qui s'accordent sur la manière d'interpréter le droit et, par conséquent, de déterminer un droit

<sup>16</sup> *Op. cit.* : « De là vient le souhait tant de fois, mais inutilement réitéré, d'une uniformité pour toutes les coutumes du royaume ».

<sup>17</sup> Ainsi R. DE LA BIGOTIÈRE [Président aux enquêtes au parlement de Bretagne], *Commentaires sur la coutume de Bretagne ou Institutions du droit françois par rapport à la même coutume*, 2<sup>e</sup> éd., Rennes, 1702, Avertissement, sans pagination, lance un appel véhément pour que le droit coutumier soit érigé en *art* : « Qui empescheroit en effet qu'on ne donnât à chaque chose sa définition, sa division, ses principes... et qu'on ne disputât sur le sens et raisons de nos loix. Pourquoi, en un mot, au lieu de soutenir des thèses dans une langue et sur des maximes étrangères, n'en soutiendrait-on pas sur notre coutume et notre droit ? Or de là il arriveroit un grand bien, qui est de faire des maximes certaines et générales dans la France coutumière, parce que ce qu'on met d'ordinaire au nombre des usages particuliers des provinces n'a rien de solide et de certain. [...] Le remède seroit donc de faire un livre qui comprendroit toutes les règles du droit et la résolution de toutes les questions ordinaires et communes, et de réduire les matières dans un ordre qui serve à les enseigner dans les universitez [...] Si l'on veut que j'exprime toute ma pensée, je diray qu'on pourroit faire des Institutions coutumières qui comprendroient tous les principes du droit municipal, et qui serviroient à tout le pais coutumier de France ; et pour ce qui regarde les usages particuliers à chaque province, il seroit facile de les traiter séparément, comme nous faisons en nos usemens locaux. »

<sup>18</sup> Par exemple, *Coutumes du ressort du parlement de Guienne, par deux avocats au même parlement* [les frères LAMOTHE], 2 vol., Bordeaux, 1769, t. 2, 2<sup>e</sup> Dissertation, p. 125, à propos de l'autorisation de la femme par son mari. Les auteurs rapportent que « plusieurs auteurs confèrent la généralité de ces maximes pour toute la France ; ce n'est pas qu'il faille appliquer aux pays de droit écrit tout ce qu'ils remarquent touchant la puissance du mari, on ne l'y reconnoît que très imparfaitement. » Ceci ne les empêche nullement de conférer toutes les sources existantes à l'appui du dégagement d'une solution consensuelle, y compris des arrêts du parlement de Paris : v. par. ex. *ibid.*, p. 99-123, la 1<sup>ère</sup> Dissertation. Dans le t. 1, Avant-propos, § VI, p. LXII, les auteurs indiquent qu'on « chercheroit vainement aujourd'hui dans les mœurs des Bourdelois, l'origine ou les motifs de la loi municipale qui les gouverne. [...] Il n'y a donc pas, à proprement parler, dans ce ressort *d'esprit coutumier* ».

subsidaire, que ce soit en pays coutumier ou de droit écrit. L'historiographie, pour sa part, a fait valoir le rôle de la coutume de Paris comme axe fédérateur de l'ancien droit<sup>19</sup>, à tout le moins coutumier. Voilà aussi, assurément, ce qu'auraient pensé nombre de juristes d'Ancien régime... en particulier parisiens. Car les arguments avancés par la si abondante littérature juridique de la capitale sont précisément ceux qui sont passés à la postérité<sup>20</sup>. Ils faisaient valoir – non aaves en qualificatifs éminents – l'excellence de la réformation de la coutume de Paris, interprétée par la plus prestigieuse cour de justice du royaume, ornée des commentaires des plus savants jurisconsultes, incarnant avec éclat un droit proprement français en tous points comparable, pour ce qui était de son autorité et de sa subtilité, au droit romain<sup>21</sup>. L'assise nationale du droit français se trouvait ainsi être *aussi* une assise parisienne.

Bien souvent, plus que le texte même de la coutume, c'est l'interprétation qu'en donne le parlement que les juristes ont en vue. Si on se souvient que l'immense ressort de la cour ne se confondait pas avec le détroit de la coutume de Paris et que la cour jugeait des affaires mettant en cause toutes les coutumes du ressort, on voit les facilités qu'avait le parlement, en étendant sa jurisprudence à toutes les coutumes dont il était juge, de généraliser les solutions parisiennes au tiers du royaume environ. C'est ce qu'exprime parmi tant d'autres Lalaure, pour qui une disposition ajoutée à la coutume de Paris « doit plutôt être réputée et prise pour une loi commune et arrêt observé par tout le ressort du parlement, même par tout le royaume » ; il faut donc recourir au droit « que Paris, la Rome de la France, observe, qui a été dicté par les plus savants jurisconsultes. La raison qui a induit la cour à prononcer cet arrêt nouveau et le faire ajouter à la coutume, est également par toute la France et y doit être observée »<sup>22</sup>. C'est

<sup>19</sup> O. MARTIN, *La coutume de Paris trait d'union entre le droit romain et les législations modernes (Six cours professés en mars 1925 à l'Université d'Utrecht)*, Paris, 1925, partic. p. 21 et s. Cf. aussi R. MARTINAGE-BARANGER, *op. cit.*

<sup>20</sup> O. MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, 2 vol., rééd. Paris, 1972, t. 1, p. 64 et s. fait valoir la volonté des réformateurs de parvenir à une « coutume modèle », dont la particularité fut d'intégrer la jurisprudence du parlement de Paris ; dès lors la cour étendit « volontiers » les dispositions de la coutume aux coutumes muettes dont les dispositions n'étaient pas contrares. On relèvera que les sources sur lesquelles s'appuie l'auteur sont principalement parisiennes : Brodeau, Ferrière, Bourjon, etc.

<sup>21</sup> La coutume de Paris, avant le Code civil, aura ainsi l'honneur (?) d'être versifiée par E.-H. GARNIER-DESCHENES, *La coutume de Paris mise en vers, avec le texte à côté*, Paris, 1768.

<sup>22</sup> *Recueil d'arrêts du parlement de Paris, pris des Mémoires de feu M. Pierre Bardet*, par C. N. Lalaure, 2 t. en 1 vol., Avignon, 1773, t. 1, Livre I, p. 31-33.

dans le même sens que Berroyer et Laurière, dans leur édition de Duplessis, affirment le caractère automatiquement subsidiaire de la coutume de Paris et ce pour deux raisons : « la première que la coutume de Paris supplée le cas omis dans les autres coutumes. La deuxième parce que la coutume de Paris est fondée en une raison générale qui a lieu partout. »<sup>23</sup>

Mais quelle opinion a-t-on de cette problématique en dehors de Paris ? Admet-on que le parlement de la capitale puisse ordonner que « dans les matières qui sont de droit commun, la coutume de Paris doit servir de règle aux autres coutumes pour les cas qu'elles n'ont point prévu[s] »<sup>24</sup> ? De fait, si l'éclat de Paris aveugle un certain nombre de provinciaux, il existe aussi, indiscutablement, un « provincialisme juridique » fait d'attachement au droit local qui, dans toutes les matières qu'il régit, n'est autre que le droit applicable. Cet « attachement » peut prendre plusieurs formes. Celle du refus d'ingérence ou d'influence de droits externes, traduisant ainsi un provincialisme plus politique ; celle d'une absence d'intérêt pour tout droit autre que celui des lieux ; celle de la prévalence, systématique ou tout au moins majoritaire, du droit propre, que ce soient les coutumes générales ou particulières, les usages, la jurisprudence du parlement du ressort ou du présidial plus proche. Il est vrai que chez les praticiens la routine est présente et, plus encore, la délectation de certains à exposer le maquis du droit local, valorisant par là même la science qu'ils détiennent et qui constitue leur fonds de commerce<sup>25</sup>. Mais il existe aussi une considération sincère pour ce droit et, au-delà, – et cela est de plus grande conséquence – pour les principes généraux du droit coutumier. On trouverait ainsi peu de commentaires de coutumes qui ne rendent un hommage appuyé à « Maître Charles Du Moulin ». Berroyer et Laurière, par exemple, dans la dissertation inaugurale de leur *Bibliothèque des coutumes*, dissertation dont le titre exact est *Préface d'un nouveau coutumier général avec des conjectures sur l'origine du droit françois*, soulignent à propos de Du Moulin que « si un homme seul a pu donner un nouveau lustre à notre droit coutumier, qui ne sembloit consister avant luy que dans un chaos de dispositions sans règles et sans principes, que n'auroit on pas vu, si plusieurs personnes avoient entrepris comme luy d'éclaircir les diffé-

<sup>23</sup> T. 1, p. 379.

<sup>24</sup> Pierre LE MAISTRE, *Coutume de Paris rédigée dans l'ordre naturel...*, Paris, 1741, p. 2.

<sup>25</sup> Dans le même esprit, les cours supérieures instrumentalisent toujours davantage, on le sait, les particularismes et les constitutions des provinces pour justifier leur opposition au pouvoir central.

rentes parties dont notre droit est composé ? »<sup>26</sup> Cette dette payée, l'immense majorité des praticiens s'attache au droit propre de la province et ne dit mot de l'unification, thème qui n'obnubile pas non plus tous les professeurs de droit français<sup>27</sup>.

Les quelques « remarques » qui vont être faites ne constituent qu'un sondage dans les œuvres des praticiens, tout particulièrement des commentateurs de coutumes<sup>28</sup> : on constate que ces juristes, bien que conscients des défauts des droits locaux, les font néanmoins prévaloir (I). Ils sont aussi nombreux à suivre les principes généraux du droit coutumier, qui les contraint à un comparatisme limité, pour contester la subsidiarité de principe de la coutume de Paris (II).

### *I-. Un attachement lucide au droit local*

La coutume, ou plutôt l'analyse qu'en font les praticiens, peut ne pas sembler avare en paradoxes. En effet, à la suite des commentaires des docteurs médiévaux, cette norme est dite de droit étroit, voire très étroit, insusceptible donc de s'appliquer en dehors de son ressort, dans lequel elle est « enfermée »<sup>29</sup>, insusceptible aussi de voir ses dispositions étendues à des cas semblables, devant au contraire être strictement interprétée, à la lettre. Un droit rigoureux donc, par sa nature et ses effets, – s'apparentant quelque peu à ce qui aujourd'hui encore caractérise la loi pénale –, un

<sup>26</sup> *Bibliothèque des coutumes*, Paris, 1699, p. 1. A l'occasion, Du Moulin est institué contradicteur presque unique de certains commentateurs : cf. par ex. Michel SAUVAGEAU DES BURONS, *Coutumes de Bretagne...*, Rennes, 1742, en particulier les *Observations*, p. 351 et s.

<sup>27</sup> Ainsi Cl. POCQUET DE LIVONNIÈRES, *Règles du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1744, par ex. tit. II, Section 1, art. 2, p. 36-37, relève que la puissance paternelle est régie par plusieurs coutumes, précisément énoncées, mais se borne à dire que « les effets en sont différents selon les diverses coutumes. » On ne trouve pas non plus d'appel à l'unification chez Claude SERRES, *Les institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien*, Paris, 1753. À propos (p. 3) des coutumes muettes, Serres rapporte qu'on les comblait par le droit romain, « mais enfin la dernière jurisprudence est contraire à cela et l'on juge qu'il faut avoir recours à la coutume de Paris, pour les cas du moins qui s'y trouvent décidés et dont les autres coutumes n'ont point parlé... » Ce texte a été plus longuement édité par J.-M. CARBASSE, *Introduction historique...*, p. 249-250.

<sup>28</sup> Le sujet appelle des travaux approfondis ; pour une mise en perspective plus relevée, X. MARTIN, *Mythologie du Code civil*, Dominique Martin Morin, Bouère, 2003, part. p. 95 et s.

<sup>29</sup> Par exemple, F. PATOU, *Commentaire sur les coutumes de la ville de Lille et de sa châtellenie, et conférences de ces coutumes avec le droit commun*, 2 vol., Lille, 1788, t. 1, p. 7, § XXXV : « C'est encore une maxime constante que la coutume ne s'étend pas hors de son territoire, à l'exemple de la loi portée par le prince, qui est bornée dans les limites de ses états. »

droit imparfait aussi, dont les défauts sont très couramment exposés avec lucidité, mais qui présente toutefois cette particularité non négligeable de traduire le génie des peuples.

### *Le génie des peuples*

La formule – avatar juridique de la théorie des climats – revient fréquemment sous la plume des auteurs<sup>30</sup> pour qui la diversité des coutumes ne fait que traduire les différents génies des peuples auxquels elles s'appliquent et dont elles émanent : elles apparaissent alors nécessairement particulières et variées. On comprendra donc aisément que cette expression de l'histoire et du sol ne se puisse laisser réduire sous peine d'appauvrir l'humanité d'une part de sa diversité<sup>31</sup> ; d'ailleurs les coutumes ont aussi l'avantage du réalisme, écrit Guillaume Raviot, en ce qu'elles considèrent davantage les hommes tels qu'ils sont plutôt que comme ils devraient être<sup>32</sup>. En certaines régions, le particularisme historique présente – selon les auteurs – des traits plus marqués, par exemple en Bretagne, Dauphiné ou Provence. En Bretagne, les *Coutumes générales* que publie Augustin-Marie Poullain du Parc<sup>33</sup> font valoir, non sans supériorité, l'antiquité de la coutume de la province, rédigée bien avant l'ordonnance de Montils-lès-

<sup>30</sup> Par exemple J. BODREAU, *Les coutumes du pais et comté du Maine*, Paris, 1645, VII<sup>e</sup> partie, tit. Des successions, art. 248 : « Les anciens ont creu que chaque pais avoit son Genie, tout ainsi que chaque homme avoit son ame... » Plus naturaliste, Louis GODET, *Les coutumes de Châlons*, éd. citée, p. 1, exprime ainsi cette idée : « Comme le poulpe change de couleur selon le lieu où il est, aussi les coutumes changent selon la diversité du pais et du naturel des habitants. »

<sup>31</sup> Guillaume RAVIOT, éditeur de François PERRIER, *Arrests notables du parlement de Dijon*, 2 vol., Dijon, 1735, t. 1, p. 384, à propos des coutumes disposant expressément de l'appartenance des fruits au fonds, « parmi lesquelles on en trouvera de différentes les unes des autres parce que la nature des biens et le génie des peuples étans différens dans les pays, il faut aussi que les loix soient particulières et différentes. »

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 385 : « le droit romain s'attache à la pure nature mais nos coutumes suivent l'équité et s'écartent de la subtilité des systèmes purement physiques et naturels, parce que nos coutumes considèrent plus les hommes tels qu'ils sont qu'ils devraient être et le droit romain est souvent dans le cas de recourir à des fictions et de réputer fait ce qui doit l'être et ne l'est pas encore... » Pour sa part, et sans originalité, Jean DE LA VILLETTE affirme, après Coquille, que chaque coutume est le vrai droit écrit et droit civil de chaque ville : *Le coutumier de Picardie*, [Recueil des commentateurs anciens et modernes sur les coutumes générales et particulières de France avec leurs textes corrigez], 2 vol., Paris, 1726, t. 2, 2<sup>e</sup> partie, p. 1.

<sup>33</sup> *Coutumes générales du pais et duché de Bretagne... avec... les notes de M. Pierre Hévin... l'Aitiologie de Messire Bertrand d'Argentré... et les notes de M. Charles Du Moulin*, Rennes, 1746 ; il ne nous a pas été possible, pour des raisons de conservation, de consulter l'ensemble des ouvrages de Poullain du Parc.

Tours<sup>34</sup>. L'auteur, à l'origine du *Journal des audiences et arrests du parlement de Bretagne*, imité de celui de Paris, est reconnaissant au parlement de Rennes qui porte une « attention continuelle à conserver la pureté du droit coutumier de la province »<sup>35</sup>. Il indique encore, à propos de la méthode qu'il a suivie pour l'édition des *Coutumes*, que lorsqu'il a eu recours aux « auteurs françois », cela a toujours été « dans l'idée que nous ne devons pas nous asservir à leurs opinions, ni adopter sans choix une jurisprudence étrangère... Pourquoi donnerions-nous plus d'autorité aux décisions des auteurs et des tribunaux étrangers à notre province ? On n'a déjà peut-être que trop suivi ces décisions et ce n'est pas la moindre cause des variations survenues dans notre jurisprudence »<sup>36</sup>. Dans le même temps, le chancelier d'Aguesseau tance le parlement de Bretagne, qui assimile bannissement hors de la province et bannissement hors du royaume... Loin d'être dupe de cette « maxime » attestée par douze anciens avocats au parlement de Rennes, le chancelier en dénonce les vraies raisons : « il y a tout lieu de croire qu'on n'a imaginé une si mauvaise raison pour soutenir une maxime qui l'est encore plus, que parce qu'on n'a pas voulu dire la véritable qui, suivant toutes les apparences, n'est fondée que sur l'opinion qui n'est pas entièrement effacée dans l'esprit des Bretons, que leur pays est une espèce de royaume à part, qui a ses loix et ses mœurs distinguées de celles du royaume de France ; et si telle a été, comme on peut le présumer, l'origine de la maxime que l'on suit en Bretagne, c'est une raison de plus pour l'abolir entièrement. »<sup>37</sup>

Dans les pays de droit écrit que sont le Dauphiné et la Provence, les juristes mettent tout naturellement en avant le fait que des particularismes ont été expressément préservés lors de la réunion au royaume. Cela est exprimé sans grande originalité par Claude Expilly<sup>38</sup> ou Nicolas Chorier<sup>39</sup>

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 4, § 5 : « Ce n'est point à l'imitation de la rédaction générale des coutumes, qui se fit en France il y a environ 230 ans que nous devons la rédaction de notre coutume... »

<sup>35</sup> *Journal des audiences et arrests du parlement de Bretagne*, 5 vol., Rennes, 1737-1778, t. 1, épître dédicatoire.

<sup>36</sup> *Coutumes générales...*, Préface, p. 6.

<sup>37</sup> H.-F. D'AGUESSEAU, *Ceuvres*, 13 vol., Paris, 1769-1789, t. 8, p. 228 et s., 23 septembre 1748. Cette référence nous a été très obligeamment communiquée par Mme le Professeur Marie-Yvonne Crépin ; nous l'en remercions vivement.

<sup>38</sup> *Plaidoyez*, 6<sup>e</sup> éd., Lyon, 1657, Plaidoyé 17<sup>e</sup>, p. 119 : « le Dauphiné est pais de droit escrit et avec ses loix et coutumes il a esté donné et transmis aux rois de France et à leurs fils aînez, il ne faut donc le reigler comme les pays coutumiers, il le faut maintenir souz les reigles du droit par lequel il est regy et duquel il use, mesmes en ce sujet. »

<sup>39</sup> *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape*, Lyon, 1692, Livre II, Section 1, art. 2, p. 62 : « par la raison que le Dauphiné est distingué du royaume, il a son droit et son usage particulier et ceux de ce royaume n'y sont pas reçus. »

pour le Dauphiné, ou Hyacinthe de Boniface<sup>40</sup>, Jean de Bomy<sup>41</sup> ou Jacques Morgues pour la Provence. Mais ce dernier, avocat au parlement de Provence, s'insurge aussi contre les évocations de procès, de la cour d'Aix à celle de Grenoble notamment. Lui qui dédie son ouvrage *À la Provence* est outré par le fait que les causes de la province soient jugées « par devant des juges qui ne soient informez des coutumes et maximes decisiores observées aux parlemens où les parties sont ressortissants »<sup>42</sup>, alors même que la nature du droit peut être fort complexe<sup>43</sup>. Voilà qui entraîne la ruine des parties et le pousse à faire connaître les maximes de la province « pour le bien et utilité de ce pays », afin que « les procez évoquez des cours et juridictions de ce pays soient jugez selon le droict écrit, usages et maximes qui servent de loy en cette province »<sup>44</sup>. On ne s'étonnera pas non plus, bien entendu, que l'invocation d'un arrêt rendu à Paris n'ait pas rencontré un grand succès devant le parlement de Provence<sup>45</sup>.

C'est dans le même esprit que Charles Revel, avocat au présidial de Bourg, rappelle que la Bresse est particulière au sein des pays de droit écrit. La jurisprudence qui y est suivie n'est pas celle des parlements de Grenoble, Toulouse ou Bordeaux et la province, qui n'est entrée dans la « domination » des rois qu'au tout début du XVII<sup>e</sup> siècle, n'a pas appliqué leurs lois

<sup>40</sup> *Questions notables et maximes du droit*, Grenoble, 1702, par ex. p. 378 et 380. V. également les *Arrêts notables de la cour de parlement de Provence*, 2 vol., Lyon, 1709.

<sup>41</sup> *Recueil de quelques coutumes du pays de Provence*, Aix, 1665, p. 12.

<sup>42</sup> *Les statuts et coutumes du pays de Provence*, Aix, 1658, Préface.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 206 et s. À propos de l'édit des mères, enregistré par le parlement de Provence et appliqué dans la province, Morgues note que cet édit, reprenant des solutions romaines, a pourtant dérogé au droit romain tel que la province le pratiquait. Ceci, les difficultés d'adaptation passées, a suscité de nouvelles maximes, formulées notamment au travers de plusieurs arrêts de règlement... Toutefois, non seulement ces arrêts n'étaient pas notoires, ce qui a conduit à retenir l'interprétation faite de cet édit par d'autres parlements, mais, de plus, « ceux qui interpréterent l'édit presque en sa naissance, ayant formé leurs opinions et raisonnemens sur les principes et maximes gardées en pais coutumiers, sur lesquelles l'édit avoit esté en partie moulé... ont estimé que... », dénaturant ainsi entièrement les maximes provençales.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 409. Le commentaire est lié aux délais de prescription, identiques en Provence et Languedoc, mais la cour de Grenoble, « qui juge presque toujours les procez importans de cette province qui, dans l'infortune de ce siècle, luy sont portez par evocation, ne reconnoit point cette prescription [de dix ans pour ce qui est de l'action hypothécaire]... plusieurs des procez de cette province y sont jugez sur autres maximes et reglemens que ceux qui ont toujours esté gardez en cette province, et sous la foy desquels les acquisitions sont faites et les heritages possedez. »

<sup>45</sup> B. DEBÉZIEUX et S. EIRIÉS, *Arrêts notables de la cour de parlement de Provence*, Livre I, ch. 8, §10, p. 594, qui indiquent que lors d'une audience relative à un partage d'opinions, le rapporteur fit valoir comme argument un arrêt publié au *Journal du Palais* ; il lui fut répondu « que cet arrêt a été rendu dans un parlement régi par le droit coutumier, qui est contraire aux maximes les plus constantes du droit écrit... »

mais a été conservée en ses droits et privilèges, les juges statuant toujours selon les « anciennes maximes du pays ». Pourtant, alors même que l'édit des mères avait été adopté avant la réunion de la province et que les règles qu'elle suivait en différaient, un arrêt du parlement de Paris est venu imposer l'application de ce texte dans tous les pays de droit écrit. Voilà, écrit Revel, d'un côté « les termes de notre vieille jurisprudence, et des sentimens de nos anciens et meilleurs praticiens » et de l'autre « nos nouveaux avocats [qui] commencent à s'attacher à cette jurisprudence nouvelle ou reformée, et sans doute il faudra comme les Perses adorer le soleil Orient... »<sup>46</sup>

Si on délaisse ces manifestations nettes en faveur des traditions juridiques locales, force est de constater que l'ensemble des ouvrages souligne – et cela est parfaitement logique – les particularités des coutumes et usages provinciaux, mais sans en faire nécessairement un manifeste localiste<sup>47</sup>. Par exemple, Simon Marion explique que les coutumes ont entièrement aboli l'adoption<sup>48</sup> et l'institution d'héritier et que ceux qui n'ont pas de descendance sont tenus de recevoir « au lieu d'enfans ceux que leur adopte la loy de France », à savoir leur parenté<sup>49</sup> ; toutefois, loin de cette affirmation générale, Cosme Bechet rapporte que les adoptions sont fréquentes chez les villageois régis par la coutume de Saint-Jean d'Angély<sup>50</sup>. Claude-Joseph de Ferrière résume enfin un peu brutalement toutes ces questions en écrivant que « les coutumes ne sont point le droit civil des François parce qu'elles sont la plupart toutes différentes et quelquefois même contraires les unes aux autres en plusieurs points. »<sup>51</sup>

<sup>46</sup> *Usages des pays de Bresse, Bugey et Gex*, Bourg-en-Bresse, 1775 (1<sup>re</sup> éd. 1664), Remarque 55<sup>e</sup>; Si le droit de retour a lieu en Bresse, p. 219 et s.

<sup>47</sup> L'ouvrage de F. PATOU, cité, p. 2-13, en est un bon exemple. Il expose l'état du droit coutumier de la ville et de la châellenie de Lille, non réformé, les rapports entre les deux coutumes, le caractère supplétoire du droit romain, l'interprétation des coutumes lorsque celles-ci s'opposent au droit romain...

<sup>48</sup> Pour une présentation d'ensemble de la question, F. ROUMY, *L'adoption dans le droit savant du XI<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1998 [LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 279].

<sup>49</sup> Simon MARION, *Plaidoyez*, Paris, 1629, Plaidoyer VII<sup>e</sup>, p. 114 et s.

<sup>50</sup> Cosme BECHET (avocat au parlement de Paris et au présidial de Saintes), *Coutumes du siège royal de Saintes, Saint-Jean d'Angély en Saintonge*, Paris, 1689, p. 213.

<sup>51</sup> Cl.-J. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 2 vol., Paris, 1771, V<sup>o</sup> Coutumes, t. 1, p. 427. Cette rebuffade *post mortem* faite à Coquille s'inscrit bien sûr dans un contexte tout à fait différent de celui de l'émergence du droit français.

### *Un droit rigoureux*

Les critiques inhérentes à la coutume en tant que telle sont extrêmement fréquentes<sup>52</sup>. Elles portent tout d'abord sur l'origine seigneuriale de la norme<sup>53</sup> : « toutes les coutumes de France ne sont qu'une expression de l'autorité des seigneurs de fief, et un recueil des droits qu'ils exigeaient de leurs vassaux. »<sup>54</sup> À l'origine du droit coutumier se trouve donc ce « mauvais principe », écrit Claude-Joseph de Ferrière, qui a toujours empêché, quel qu'ait été le soin apporté à la rédaction ou à la réformation, « d'en faire un corps de jurisprudence entier et parfait »<sup>55</sup>. Ainsi « la raison n'est pas de l'essence de la coutume » affirme Jean de La Villette, « et c'est pour cela qu'elles sont à restreindre plutôt qu'à étendre »<sup>56</sup>. Bodreau, lui aussi, est amené à constater la rigueur de certaines dispositions de la coutume du Maine. Alors qu'un usage local, qui s'applique « par delà la rivière de Braie en tirant du Mans à Mondoubleau », déroge à la coutume générale en ce qu'il permet aux puînés de succéder, c'est la coutume qui est jugée « très rigoureuse et si j'osais dire barbare ». Le commentateur ne lui trouve d'autre justification que l'entretien des familles nobles, « autrement ce serait une coutume injuste et inique... qui comme les tyrans se serait insinuée peu à peu et établie sans raison. »<sup>57</sup>

<sup>52</sup> J. POLLET, *op. cit.*, Préface : « Car il est certain que nos coutumes sont la partie la plus embarrassante et la moins éclaircie de notre jurisprudence. Le droit romain, quoique d'une grande étendue, a du moins cet avantage qu'il est composé de principes généraux fondez sur la raison et l'équité naturelle... au lieu que les coutumes, qui ne sont dans leur origine que des loix arbitraires et purement positives, n'ont que peu ou point de principes, très stériles en eux-mêmes et resserrés dans les bornes étroites de l'usage, dont elles dépendent entièrement. Elles ont outre cela ce désavantage que les principes d'une coutume, ou diffèrent de ceux d'une autre, ou les combattent directement, ce qui en rend l'étude si difficile et si pénible. » Pour le cas de Bretonnier, J. KRYNEN, *Le droit romain « droit commun de la France »*, *Droits*, n° 38, 2003, p. 31 et s.

<sup>53</sup> Cf. par exemple CHARONDAS LE CARON dans ses *Pandectes*, Paris, 1637, Livre I, chap. XXV, p. 166 et s. : « la coutume est une commune observance, qui s'est coullée doucement par un taisible consentement de ceux qui en ont usé, et quelquefois plustost pour le profit ou commodité des plus puissans que par juste et droite raison ; et souvent n'est générale, ains [= mais] particulière du pays où elle a prins force et auctorité, tellement que contre l'opinion de Dion, je compare la loy au roy et la coutume au tyran... »

<sup>54</sup> R. DE LA BIGOTIÈRE, *Commentaires sur la coutume de Bretagne...*, Avertissement.

<sup>55</sup> *Dictionnaire...*, V° Coutumes, t. 1, p. 423.

<sup>56</sup> *Le coutumier de Picardie*, t. 2, p. 1.

<sup>57</sup> *Les coutumes du pais et comté du Maine*, VII<sup>e</sup> partie, tit. Des successions, art. 248.

Une autre critique, tout aussi récurrente, porte sur l'obscurité<sup>58</sup> des dispositions coutumières<sup>59</sup>, la coutume générale d'Auvergne recevant une mention particulière : « une des plus obscures et des plus difficiles » selon Basmaison-Pougnnet<sup>60</sup>, « longue et obscure » écrit Chabrol. Une obscurité qui apparaît avant tout imputable aux rédacteurs, puisque Chabrol précise que les commissaires royaux ne passèrent pas même deux mois en Auvergne<sup>61</sup>. Plus au nord, Ferrière souligne l'excessive influence ou tout au moins le parti pris des commissaires-réformateurs. Il rapporte ainsi, à la suite de Coquille, que le président Lizet insuffla l'esprit du droit romain à la coutume de Berry « quoique cette province n'en eut auparavant aucune teinture »<sup>62</sup> alors que le président Le Maître ne souffrait pas que les principes du droit romain fussent suivis dans les coutumes dont il était commissaire<sup>63</sup>. Plus grave encore – du moins pour la tendance préjacobine de l'histoire du droit – Berroyer et Laurière insistent sur la procédure de réformation pour mettre l'accent sur le fait que les commissaires n'ont pratiquement rien fait pour rapprocher les dispositions des différentes coutumes<sup>64</sup>.

D'une manière plus large, il semble bien que le caractère « douteux » de la coutume ait fourni aux avocats des arguments percutants. On pourrait ici collectionner les exemples mais un seul suffira, tiré des *Plaidoyez* de Servin et relatif au testament du comte Guy de Laval. La validité de l'acte étant soutenue par une partie – entre autres – sur le fondement de la coutume de Bretagne, la partie adverse s'emploie à ruiner cet argument, en faisant valoir d'abord que ce qu'on appelle l'ancienne coutume n'est qu'un

<sup>58</sup> Il ne s'agit pas ici, naturellement, de la coquetterie ou du faire-valoir d'auteurs comme TAISAND, *Coutume générale des pays et duché de Bourgogne*, Dijon, 1698, Avertissement, qui tirent prétexte de l'obscurité de la coutume pour valoriser leur travail.

<sup>59</sup> Les frères LAMOTHE, *Coutumes du ressort du parlement de Guienne...*, t. 1, Discours préliminaire, p. IX, traitent ainsi les anciennes coutumes de Bordeaux : « Ouvrage informe et grossier, et qui se ressent de l'ignorance ou plutôt de la barbarie du siècle dans lequel on présume qu'il a vu le jour. » Les articles des coutumes de 1527 (Avant-propos, p. XXXV) sont « rédigés avec peu de soin, d'ordre et de justesse ; souvent beaucoup de négligence et d'obscurité. »

<sup>60</sup> *Coutume du haut et bas pays d'Auvergne*, 4<sup>e</sup> éd. par G. Consul, Paris, 1670, [1<sup>re</sup> éd. 1590], Préface.

<sup>61</sup> *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne...*, 4 vol., Riom, 1784-1786, t. 1, Préface.

<sup>62</sup> Sur ce point, 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 l'Université de Clermont I*, fasc. 18, 1981, p. 313-381.

<sup>63</sup> *Dictionnaire...*, t. 1, p. 424.

<sup>64</sup> *Bibliothèque des coutumes*, éd. citée, p. 38. Mêmes remarques chez Cl.-J. DE FERRIÈRE, *op. cit.*, t. 1, p. 423.

« vieil livre qu'ils appellent coutumier, contenant un amas et rapsodie de toutes lois, édits... » et autres appréciations élogieuses. Quant à la rédaction officielle, elle fut confiée à six grands personnages qui travaillèrent en trois temps. Dans le premier, « ils rejetèrent tout ce qui était des ordonnances du roi comme superflu et inutile, et le remirent aux ordonnances » ; dans le deuxième, ils rejetèrent aussi ce qui était décidé par la disposition du droit [romain] comme inutile, et le remirent au droit ; enfin, ils rédigèrent par écrit ce qui relevait de la coutume avec cette addition : « pour avoir lieu pour l'avenir et sans préjudice du passé »<sup>65</sup>... Même s'il faut resituer cette discussion dans le cadre d'une procédure judiciaire, on conviendra que la coutume était rien moins que susceptible de critiques.

Droit tirant son origine de la contrainte et reflétant des temps difficiles, souvent obscure, barbare, mal rédigée, d'interprétation stricte, la coutume est pourtant la source majeure du droit français. Ainsi, parfois, c'est avec regret que l'on y recourt plutôt qu'à des sources externes. Buridan ne s'en cache pas : « il ne faut s'arrêter aux loix étrangères puisque la loi du pays dispose du contraire ; et si quelquefois elle semble s'éloigner de l'équité, en ce cas il faut dire que *summum jus, summa injuria ; dura lex, servanda tamen, quia scripta* »<sup>66</sup>.

## II.- Principes du droit coutumier et unification du droit

Si les juristes reconnaissent unanimement à la coutume un caractère de droit strict, ils n'ignorent pas non plus la théorie de Du Moulin selon laquelle certaines coutumes, fondées sur une raison universelle, s'apparenteraient à des lois générales, au contraire des particulières qui devraient être restreintes autant que faire se peut<sup>67</sup>. Toutefois, cette conception est très partiellement acceptée. La pratique, ne faisant qu'appliquer les maximes du

<sup>65</sup> *Actions notables et Plaidoyez*, Paris, 1640, Livre II, Plaidoyé 60 (1606), p. 580. La réfutation est tout aussi intéressante (p.610 et s.) puisque l'avocat fait valoir que « la coutume de Bretagne parle français, et fort ouvertement, de sorte qu'il n'est point besoin d'aller rechercher des loix étrangères ». Il affirme par ailleurs que « Notre droit commun, ce sont les édits et ordonnances de nos rois, ce sont nos coutumes, ce sont les arrêts de la cour, et quand tout cela manque, c'est alors que les juges souverains ont recours aux maximes générales du droit français, aux raisons et aux circonstances d'équité qui sont tirés des faits et hypothèses, comme aussi nos docteurs de droit... »

<sup>66</sup> *Le coutumier de Vermandois*, 2 vol., Paris, 1728, t. 2, commentaire de la coutume de Reims, p. 522, sur l'art. 345.

<sup>67</sup> Doctrine exprimée par exemple par FORTIN et RICARD, *La coutume de Paris, conférée avec les autres coutumes de France...*, Paris, 1666, Avis. Pour ces auteurs, il s'agit là de l'« esprit général de nostre jurisprudence coutumière. »

droit coutumier, fait preuve d'un comparatisme limité, ce qui conduit à poser la question de la possible subsidiarité de la coutume de Paris.

### *Un comparatisme limité*

Sur le plan *quantitatif*, une remarque s'impose d'abord qui semble infirmer ce qui vient d'être dit : la très grande majorité de la littérature coutumière ou, plus largement, juridique pratique un comparatisme qui semble aller de soi. Sans esprit de système, la plupart des ouvrages recense, article par article, les dispositions des autres coutumes, généralement de façon lapidaire, soit pour indiquer qu'il existe des dispositions comparables à celle qui est commentée, soit pour tenter de trouver une solution à une difficulté juridique à propos de laquelle la coutume est muette. Cette manière de procéder vaut aussi bien pour Probet<sup>68</sup>, Saligny<sup>69</sup>, Ragueau<sup>70</sup>, Ducher<sup>71</sup>, Durson<sup>72</sup>, Lhoste<sup>73</sup>, Saint-Leu<sup>74</sup>, Dunod de Charnage<sup>75</sup>, Fourré<sup>76</sup> ou Auroux Des Pommiers<sup>77</sup> que pour d'Espeisses<sup>78</sup>, Delalande<sup>79</sup> ou Née de La Rochelle<sup>80</sup>... Mais les méthodes sont variables. Lorsque Chaline, dans la Treizième règle de sa *Méthode* indique que quand une coutume est défectueuse, il faut avoir recours 1/ à l'usage de la province ; 2/ aux ordonnances ; 3/ aux coutumes voisines ; 4/ à l'esprit général des coutumes de France et particulièrement à la coutume de Paris ; 5/ à la raison du droit

<sup>68</sup> *Coutumes du haut et bas pays d'Auvergne*, éd. corrigée et augmentée par \*\*\* (avocat au parlement), Clermont-Ferrand, 1745.

<sup>69</sup> *Commentaire sur la coutume de Vitry*, Vitry, 1660.

<sup>70</sup> *Les coutumes générales des pays et duché de Berry, avec le commentaire et conférence des autres coutumes et statuts de France*, Paris, 1615.

<sup>71</sup> *Coutumes générales et locales de Bourbonnois*, Paris, 1781.

<sup>72</sup> *Coutume du duché d'Anjou réduite en XII parties par nouvel ordre*, Châteaugontier, 1733. L'auteur, comme bien d'autres, se borne à faire figurer au-dessus de chaque article les articles correspondants d'autres coutumes.

<sup>73</sup> *Coutumes de Lorris, Montargis...*, 2 vol., Montargis, 1771.

<sup>74</sup> *Coutumes du bailliage de Senlis*, Paris, 1732.

<sup>75</sup> *Observations sur les titres des droits de justice... et des successions de la coutume du comté de Bourgogne...*, Besançon, 1756.

<sup>76</sup> *Coutumes générales du pays et comté de Blois*, Blois, 1777.

<sup>77</sup> *Coutumes générales et locales du pais et duché de Bourbonnois*, Paris, 1732.

<sup>78</sup> *Œuvres*, éd. Du Rousseau de La Combe, Lyon, 1750.

<sup>79</sup> J. DELALANDE, *Coutumes des duchés... d'Orléans*, Orléans, 1673. Une deuxième édition (*Coutume d'Orléans*) a été donnée, en deux vol. parus à Orléans, par Philippe Auguste PERREAUX en 1704.

<sup>80</sup> *Commentaires sur la coutume du bailliage et comté d'Auxerre...*, Paris, 1769.

romain<sup>81</sup>, son classement ne fait pas l'unanimité<sup>82</sup>. Ceci étant posé – il s'agit ici d'un comparatisme pragmatique et généralement aproblématique<sup>83</sup> – d'autres « coutumistes », ainsi que les nomme Delalande<sup>84</sup>, insistent sur la médiocre utilité de cette méthode. Comme La Thaumassière qui écrit, suivant la roide logique du droit coutumier, que « chaque coutume doit être considérée comme une reine qui règne souverainement dans son détroit ; elle en affecte et gouverne les biens mais, de même que le souverain hors de ses États est une personne privée, la coutume hors de son territoire est sans force et sans autorité »<sup>85</sup>.

Existe-t-il alors des principes fixes relatifs à l'interprétation des coutumes ? On aurait le plus grand mal à les établir, chaque auteur ou presque, on l'a indiqué, ayant sa propre méthode. La proximité, le voisinage, ont des partisans, comme Catherinot qui juge que « les coutumes voisines symbolisent ordinairement ensemble, comme les saisons de l'année et les climats de la terre »<sup>86</sup>, ou Buridan qui croit qu'il n'y a que la « conformité de mœurs, à cause du voisinage », qui semble être le mieux à même de suppléer le défaut de la coutume voisine – mieux que la coutume de Paris ou le droit romain<sup>87</sup>. Même approche chez Ferrière pour qui « les mœurs des peuples voisins sympatisent bien plus entr'eux qu'avec les

<sup>81</sup> *Op. cit.*, p. 118 et s.

<sup>82</sup> Par exemple, G. THAUMAS DE LA THAUMASSIÈRE, *Nouveau commentaire sur les coutumes générales des pays et duché de Berry*, nouvelle éd., Bourges, 1701, p. 4-5 pose en principe que les cas omis par les coutumes sont suppléés par le droit romain, sauf pour ce qui concerne les « droits purement coutumiers » (comme le retrait lignager), « inconnus des Romains, car en ces matières il faut avoir recours à la coutume de Paris et aux coutumes voisines. »

<sup>83</sup> Cela vaut aussi pour les commentaires des bartolistes, anciens comme Pierre RAT, *In Pictonum leges, quas vulgus consuetudines dicit...*, Poitiers, 1609 ou plus récents comme par ex. Barthélemy JABEY, *Les coutumes de la Marche*, éd. par G.-A. Guyot, Paris, 1744.

<sup>84</sup> *Op. cit.*

<sup>85</sup> *Nouveau commentaire...*, p. 6. Analysant par ailleurs un conflit de coutumes – entre celles de Berry et de Blésois – il juge que l'application d'une coutume favorable dans un autre détroit ne se justifierait que s'il y avait réciprocité : *Décisions sur les coutumes de Berry*, Bourges, 1667, p. 247.

<sup>86</sup> *Coutumes générales de Berry*, Bourges, 1663, p. 4 : « Il y a conformité entre Anjou et Maine, Laon et Chaalons, Troyes et Chaumont, Chasteauneuf, Chartres et Dreux. La mesme chose se rencontre entre les coutumes de Berry, Lorris, Nivernois et Bourbonnois... » L'auteur se présente (p. 18) comme ami de La Thaumassière et reconnaît (p. 25) les « supplementens » suivants à la coutume : 1/ les turbes (il écrit avant l'ordonnance civile) ; 2/ les coutumes voisines ; 3/ la coutume de Paris « l'une des plus parfaite et accomplie, ayant été rédigée deux fois, et par d'excellens hommes, et sur les commentaires de Mr Charles du Molin, et des arrests du parlement » ; 4/ le droit romain ; 5/ la raison naturelle et le sens commun.

<sup>87</sup> *Le coutumier de Vermandois*, éd. citée, commentaire de la coutume de Vermandois, sur l'art. 130, t. 1, col. 305.

peuples éloignés [...] en un mot, la proximité du climat inspire les mêmes sentimens et les mêmes inclinations »<sup>88</sup>, alors que Dupineau<sup>89</sup> pense qu'on ne recourt aux coutumes voisines qu'« à cause de la présomption de conformité à nos mœurs ». Mais, en Bretagne, Poullain du Parc manifeste son hostilité à la « sororisation » des coutumes, dès lors que cela concernerait la province<sup>90</sup>.

Cela signifie que les juristes, en pays coutumier comme en pays de droit écrit, apparaissent eux aussi enfermés dans leur détroit. Simon Marion explique ainsi que « dans nos quartiers de France, où la sanction romaine, n'ayant force de loy, ne peut tirer à elle l'autorité plus grande de nos coutumes, qui ne veulent aussi en emprunter ailleurs, sinon à défaut de raisons expresses ou taisibles, [...] on ne doit jamais penser au droit commun qu'après avoir profondément fouillé en la coutume »<sup>91</sup>. Dupineau voit pour sa part « la meilleure et plus sûre interprétation se tire[r] des arrêts de la cour [le présidial d'Angers] prononcés en robes rouges ou rendus par les chambres assemblées entre des parties angevines »<sup>92</sup>, ce qui ne fait que répondre au provincialisme parisien. En Dauphiné, Claude Expilly rapporte une affaire à propos de laquelle il est intervenu alors qu'il était procureur général en la chambre des comptes de Grenoble. Le tiers état de la province avait intenté un procès au deuxième ordre pour que celui-ci paie la taille. En effet, dans la mesure où cet impôt avait été introduit dans la province, le tiers estimait qu'il n'était pas visé par les privilèges fiscaux dont la noblesse était bénéficiaire avant son établissement ; pour sa part, le tiers se disait exempt du paiement car le « transport » d'Humbert II lui avait garanti « le privilège d'Italie ». Dans son plaidoyer, Expilly récuse cette version : « se servir du droit d'Italie pour oster le sien à la noblesse, c'est perdre la tramontane et choper des quatre piez », ce qui n'exclut pas que les tailles soient imposées en Dauphiné « selon la coutume du pais... [car] c'est l'usage qui doit interpréter la loy »<sup>93</sup>.

Berroyer et Laurière, qui tentent de donner les lignes directrices d'un *Coutumier général* vingt-cinq ans avant la parution de celui de Bourdot de

<sup>88</sup> *Dictionnaire*, V<sup>e</sup> Coutumes qui doivent être suivies..., p. 427.

<sup>89</sup> *Costumes du pays et duché d'Anjou, conférées avec les coutumes voisines*, éd. Cl. Pocquet de Livonnières, 2 vol., Paris, 1725, t. 1, Préface.

<sup>90</sup> *Journal des audiences et arrests...*, t. 2, chap. XIII, p. 130 et s.

<sup>91</sup> *Plaidoyez*, éd. citée, Plaid. 7<sup>e</sup>, p. 127

<sup>92</sup> *Op. cit.*

<sup>93</sup> *Plaidoyez*, éd. citée, Plaid. 31<sup>e</sup>, p. 229.

Richebourg, précisent, avec beaucoup de soin, ce que doit être la méthode d'interprétation des coutumes : le meilleur instrument n'est autre que les anciennes coutumes avec leurs procès-verbaux, puis l'usage, même si celui-ci paraît encore plus barbare que la coutume, puis les chartes, privilèges, coutumes contraires et locales. Dans les pays de droit écrit, la « loi municipale » doit être utilisée pour déroger au droit commun, et « ces sortes de chartes peuvent être mises au rang des autres coutumes et statuts qui composent le coutumier général ». A quel rang viennent alors, en pays de coutume, les coutumes voisines ? Après ce qu'ont écrit les praticiens, après les styles et arrêts de règlement consécutifs à des turbes, mais avant « l'esprit général de tout le droit coutumier » que l'on ne peut connaître qu'en examinant et conférant toutes les coutumes du royaume et avant, aussi, Bracton, les *Libri feudorum*, les commentateurs savants...<sup>94</sup>

Une méthode commune d'interprétation a donc le plus grand mal à se former dans l'ancien droit puisque les règles varient selon les auteurs et dans le temps. Nombreux sont les juristes qui souhaiteraient pouvoir recourir au droit romain dans le même temps qu'à celui-ci, de plus en plus, semble se substituer la coutume de Paris comme droit subsidiaire. La part du discours et de la réalité apparaît ici, une fois encore, délicate à faire.

### *L'incertaine subsidiarité de la coutume de Paris*

Dans le volumineux *Recueil des commentateurs anciens et modernes sur les coutumes générales et particulières de France avec leurs textes corrigés*, dont le *Coutumier de Picardie* (1726) forme la première livraison, les commentaires de de Heu sur la coutume d'Amiens font valoir qu'on ne doit pas interpréter les coutumes « en sorte que l'interprétation induise une peine ou privation qui ne serait exprimée par le texte, notamment lorsque telle interprétation répugne au droit romain, que l'on nomme droit commun, duquel on tire le sens et intelligence des plus noueuses et ambiguës questions dépendantes des coutumes. »<sup>95</sup> Dans ce même recueil, le commentaire de Du Fresne, avocat au parlement de Paris, précise au contraire – à propos du même texte – qu'« il faut suivre la coutume de Paris en toutes les autres qui ne contiennent point de dispositions contraires à la sienne », puisque Paris est le domicile ordinaire des rois...<sup>96</sup>

<sup>94</sup> *Op. cit.*, Préface..., p. 36-38.

<sup>95</sup> Ed. citée, col. 341, n. 7.

<sup>96</sup> *Ibid.*, 2<sup>e</sup> partie, col. 72.

Que la coutume de Paris ait eu des qualités intrinsèques a été bien établi. Pourtant un juriste parisien, et non des moindres, Claude-Joseph de Ferrière, rappelle qu'elle est, comme les autres, « très stérile et très défec-tueuse sur quantité de matières »<sup>97</sup>. Quant à sa subsidiarité, elle heurte la logique même du droit coutumier, foncièrement égalitaire et borné. Là encore Ferrière rapporte qu'on suit *quelquefois* la coutume de Paris, à la fois pour une raison protocolaire – parce que le trône des rois se trouve à Paris – et aussi parce qu'elle est mieux rédigée que d'autres. Cette dignité cependant « ne donne à la coutume de Paris la prééminence que dans l'ordre et non dans l'autorité ; c'est pourquoi elle ne lui fait trouver dans les autres coutumes que du respect et de l'obéissance, puisqu'elles sont toutes aussi bien qu'elle reines de leurs citoyens. »<sup>98</sup> Buridan invoque lui aussi la « bienséance » comme seul motif de recours à la coutume de Paris, sans que cela lui confère une autorité particulière<sup>99</sup> et Chaline qui, on l'a vu, la plaçait au quatrième rang des sources invocables, précise que la valeur réelle de cette coutume vient de sa réformation. Toutefois, l'avocat parisien reconnaît que « la coutume de Paris n'a aucune supériorité sur les autres coutumes » et privilégie les arrêts notables<sup>100</sup>, ceux qui ont « réglé la diversité des opinions qui étaient entre les jurisconsultes français, suivant les principes généraux des coutumes du royaume et la doctrine des plus célèbres jurisconsultes de France. »<sup>101</sup>

On se trouve ici bien loin de la « raison générale » évoquée par Berroyer et Laurière et cette réserve est partagée par de nombreux juristes. Si Dupineau reconnaît la subsidiarité d'application de la coutume de Paris, c'est – en un balancement significatif – à cause de « l'autorité de la ville capitale », tandis que le droit romain sera utilisé pour la « raison »<sup>102</sup>... Couart remarque que la coutume de Chartres et pays chartrain est muette

<sup>97</sup> Pour les positions, proches, de Bretonnier, l'art. cité de J. KRYNEN.

<sup>98</sup> *Dictionnaire...*, V<sup>e</sup> Coutumes qui doivent..., p. 427. Et d'insister ainsi : « Les autres coutumes ne sont donc pas absolument obligées d'avoir recours à celle de Paris, lorsqu'elles n'ont point réglé quelque article, et lui rendre cet hommage, comme si elles lui étoient sujettes, et obligées d'emprunter ses lumières, comme d'un astre supérieur, lorsque leur clarté est comme éclipée. »

<sup>99</sup> *Le coutumier de Vermandois*, éd. citée, t. 1, art. 130, col. 305 et s. : « ce n'est que par bienséance, non plus que les voisins ou autres du royaume et non pour reconnoître qu'elle ait aucune supériorité sur les autres. »

<sup>100</sup> Nous nous permettons de renvoyer à notre contribution, Des arrêts aux arrêtiistes. Généalogie de quelques arrêts de principe du parlement de Paris, *Histoire et archives*, n° 12, juillet-décembre 2002, p. 115-138. Cf. aussi l'art. précité d'A. LEFEBVRE-TEILLARD.

<sup>101</sup> *Méthode générale...*, Treizième règle, 3<sup>e</sup> partie, p. 128.

<sup>102</sup> *Coutumes du pays et duché d'Anjou*, Préface.

sur la question des donations aux enfants du conjoint, qui sont en revanche interdites par la coutume de Paris. Y a-t-il ici possibilité d'extension de la prohibition ? Le commentateur penche en faveur de la négative, ce qui est dans la logique de l'interprétation stricte de la coutume, mais comme le parlement de Paris a rendu des arrêts annulant de telles donations dans des lieux régis par les coutumes de Châteauneuf et du Grand Perche, elles aussi muettes, son opinion est pour le moins mitigée : « après lesquels [arrêts] il est difficile de souscrire à l'autre opinion, quoi que néanmoins bien probable »...<sup>103</sup> Une même incertitude prévaut chez Jean de La Villette qui rapporte la diversité des opinions : certains avancent que la coutume de Paris est le droit subsidiaire, d'autres soutiennent au contraire que les coutumes étant libres, égales et indépendantes, « il n'est pas juste qu'elles soient obligées de recourir à celle de Paris ». Celle-ci « a bien la marche et le premier pas au-dessus des autres, comme l'aînée de ses sœurs, mais non la puissance ». Ce sur quoi, une fois de plus, « il est difficile de dire rien de certain »<sup>104</sup>.

Pierre Gandillaud témoigne lui aussi d'une attitude ambiguë, comme si, à l'exemple de nombreux auteurs, il continuait à affirmer les principes du droit coutumier tout en constatant que la coutume de Paris s'est infiltrée partout. Après avoir expliqué que la coutume de La Rochelle est suppléée par celle de Poitou si les dispositions de celle-ci ne sont pas contraires au « droit commun de la France » et à la « raison générale », il rapporte que l'on recourt aussi fréquemment à celle de Paris, en réalité à des arrêts du parlement qui ne contreviennent pas aux usages et coutumes locaux. Pourquoi la coutume de Paris ? « Car c'est la plus considérable du royaume... Toutefois sa coutume a ses bornes et ses limites, aussi bien que les autres coutumes, lesquelles ne portent leurs dispositions hors l'étendue de leur territoire et du lieu de leur établissement ». Pourtant, il écrit plus loin que c'est à présent une « jurisprudence reçue » que la coutume de Paris soit le droit subsidiaire des coutumes muettes, sans que cette subsidiarité ne contrevienne aux usages bien établis... L'exemple donné est bien modeste, puisque le parlement de Paris a simplement confirmé un « usage immémorial » de La Rochelle, « de ne point faire de contre mur metoïen lorsqu'on bâtit une cheminée mais d'enfoncer les

<sup>103</sup> *Coutumes du duché... de Chartres*, 2<sup>e</sup> éd., Chartres, 1687, p. 399. Cet ouvrage adopte la forme originale de demande/réponse.

<sup>104</sup> *Le coutumier de Picardie*, éd. citée, t. 2, 2<sup>e</sup> partie, p. 3.

cheminées jusqu'au tiers du mur, en les faisant de brique... »<sup>105</sup> C'est donc, finalement, « parce que c'est la coutume du royaume qui a été rédigée ou commentée avec le plus de soin » qu'on a recours à celle de Paris<sup>106</sup>. Mais l'attitude du parlement de Paris ne suscite pas que de la révérence<sup>107</sup> et il paraît nécessaire à certains auteurs de préciser la réelle particularité du droit qu'ils commentent<sup>108</sup>, quitte aussi à proposer celui-ci pour inspirer une « coutume générale »<sup>109</sup>.

Les incertitudes, assez étonnantes, des auteurs, de même que les opinions contradictoires des commentateurs d'une même coutume, traduisent vraisemblablement la pratique du parlement de Paris. En étendant de manière systématique<sup>110</sup> – sauf disposition contraire – les solutions dégagées à propos de la coutume de Paris à toutes celles du ressort à l'occasion des procès, il assurait la prépondérance de la norme parisienne et de son interprétation. Servie, de plus, par des commentateurs fort nombreux et pas moins désintéressés que les provinciaux, la coutume largement *jurisprudentielle* de Paris, par le contrepoids qu'elle formait au droit romain, paraissait s'ériger en droit commun de la France. Or, ce qui s'imposait dans le

<sup>105</sup> *Comparaison de la coutume du pais d'Aunis et gouvernement de La Rochelle avec celle d'Angoumois*, contenu dans Jean VIGIER, *Les coutumes du pais et duché d'Angoumois, Aunis et gouvernement de La Rochelle*, 2<sup>e</sup> éd., Angoulême, 1720, p. 541 et 646.

<sup>106</sup> TAISAND, *Coutume générale des pays et duché de Bourgogne*, cité, p. 210. Les frères LAMOTHE, *Coutumes du ressort du parlement de Guienne...*, t. 1, Discours préliminaire, p. V, joignent à cette explication la conférence générale de la coutume de Paris donnée par Ferrière [sur ce point, O. MARTIN, *La coutume...*, p. 22] ; le comparatisme bordelais prend aussi en compte la coutume de Poitou « parce qu'elle a beaucoup de conformité avec quelques-unes des nôtres. »

<sup>107</sup> LA BIGOTIÈRE, *op. cit.*, Avertissement : « Qu'on nous apprenne pourquoy il ne plaist pas au parlement de Paris que des deniers dotaux simplement stipulez propres dans un contrat de mariage, soient propres de ligne et de succession comme icy ? Peut-on en donner un[e] autre cause que l'humeur et la bizarerie des hommes. »

<sup>108</sup> P. DE MERVILLE, *La coutume de Normandie réduite en maximes*, Paris, 1707, Préface : « On avertit ceux qui ne sont point instruits de cette coutume de n'être point surpris de trouver dans cet ouvrage des décisions contraires aux préjugés qu'ils auront pu tirer de la coutume de Paris ou d'autres coutumes du royaume... et même des arrêts du parlement de Paris, ou d'autres parlemens du royaume sur des questions de la coutume de Normandie ; j'ay cru qu'il falloit [...] ne pas suivre en cela ce qui auroit été jugé par les autres parlemens, qui par une prévention particulière pour leurs loix municipales et leur jurisprudence particulière auroient pu s'écarter du sens et de l'esprit d'une coutume... dont ils n'étoient juges que par accident. » [Cet ouvrage est développé dans les *Décisions sur chaque article de la coutume de Normandie et observations sur les usages locaux...*, Paris, 1731].

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 2 : « Tout le monde convient que la coutume de Normandie est remplie de dispositions également justes et sages, et que si on faisoit une coutume générale pour tout le royaume, on emprunteroit un grand nombre des décisions de la coutume de Normandie. »

<sup>110</sup> Jean Papon écrivait déjà que « Messieurs de Paris » avaient la main « suprême et ferme ». *Recueil d'arrestz notables des courtz souveraines de France*, Paris, 1566, Liv. XIX, titre VIII, arrest IX, f<sup>o</sup> 428 v<sup>o</sup>-430.

ressort du parlement ne pouvait prévaloir à l'extérieur, du moins dans la logique du droit coutumier, et on peut comprendre que beaucoup aient été réticents à assimiler la seule coutume de Paris au droit français ou au droit commun, voire qu'ils aient manifesté de l'hostilité à l'idée d'une unité juridique ainsi conçue, d'autant plus qu'à beaucoup le droit romain – et tous les commentaires donnés de celui-ci depuis sa renaissance – paraissait infiniment préférable.

\*

\* \*

Si le provincialisme juridique est structurel dans l'Ancien régime, il correspond naturellement à des mentalités bien ancrées dont l'œuvre codificatrice du chancelier d'Aguesseau<sup>111</sup>, préparée avec tant de minutie, fruit de tant d'observations et de discussions, se fait encore l'écho. Après la publication de l'ordonnance sur les donations, plusieurs parlements et conseils supérieurs adressent des remontrances au roi afin de demander des dérogations pour leur ressort, contraignant le chancelier, avec une exemplaire patience, à leur (ré)expliquer l'intérêt de l'unification...<sup>112</sup> Il écrit ainsi au parlement de Grenoble, le 19 mai 1731, que le roi n'a pas admis ses remontrances puisqu'elles reproduisaient les mémoires demandés pendant la phase de consultation. Plus largement, les cours qui ont adressé des remontrances ne sont pas d'accord entre elles :

« la même disposition est approuvée par les uns, pendant que les autres supplient le roi de la changer. Quel parti pourroit-on donc prendre sur des remontrances qui se combattent réciproquement ? Déroger à la loi dans quelques parlements, et la laisser subsister dans d'autres, ce seroit établir une diversité de jurisprudence à l'occasion de la loi même qui n'a été faite que pour l'abolir ; faire un choix entre les sentimens opposés que quelques compagnies font éclater par leurs remontrances, pour donner par une loi générale la préférence à celui qui paroîtroit le meilleur, c'est le seul parti que l'on pourroit prendre, mais c'est précisément ce qui a déjà été fait par l'ordonnance dont il s'agit, et à l'égard de laquelle on peut dire que le roi s'est conduit moins en législateur qu'en juge, puisque Sa Majesté ne s'est déterminée sur aucune question qu'après avoir entendu tous ce que les

---

<sup>111</sup> H. REGNAULT, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau. Les donations et l'ordonnance de 1731*, Paris, 1929 et *Les testaments et l'Ordonnance de 1735*, Paris, 1965.

<sup>112</sup> H.-F. D'AGUESSEAU, *Œuvres*, éd. citée, t. 9, p. 347 et s. En 1731, le chancelier écrit des lettres pratiquement identiques aux cours de Grenoble, Besançon, Bordeaux, Toulouse, Rouen... Il devra recommencer pour les testaments.

différens parlemens du royaume ont jugé à propos de lui représenter, pour soutenir la jurisprudence qui leur étoit particulière. »

Difficile unification...

Guillaume LEYTE

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)  
Centre d'étude d'histoire juridique*