

# LA COUTUME ET L'USAGE EN FRANCE DE LA RÉDACTION OFFICIELLE DES COUTUMES AU CODE CIVIL : LES AVATARS DE LA NORME COUTUMIÈRE

S'interroger de nos jours sur les avatars passés de la norme coutumière peut sembler anachronique. Pourtant, contrairement à ce que l'inflation actuelle des textes pourrait laisser supposer, toute une part des relations juridiques n'est pas régie par la normativité législative mais l'est par la coutume. Aussi n'est-il pas surprenant de constater avec Bruno Oppetit que "la doctrine témoigne aujourd'hui d'un regain d'intérêt pour ce phénomène" (1). C'est un intérêt récurrent, illustré aussi bien au début de notre siècle quand prennent place les analyses de François GénY (2) qui ont irrigué toute une série de controverses (3), que dans les années 80 avec notamment les travaux de la Société Jean Bodin. Pourtant A.Gouron, dans "La coutume au Moyen Age" (4), affirme que "la coutume constitue un tabou vieux de deux siècles pour les juristes de l'aire soumise au Code Napoléon. Depuis la loi du 30 ventôse an XII, poursuit il, le mot fait partie d'une succession répudiée". Le mot n'apparaît qu'une fois, il est vrai, dans le Code civil, à l'article 593. Cette quasi absence pourrait accréditer l'idée que le Code a été le fossoyeur de la coutume et il existe sur cette absence un malentendu que les luttes doctrinales du XIX<sup>e</sup> siècle ne pouvaient que renforcer, mais que

---

(1) B. OPPETIT, "Sur la coutume en droit privé", *Droits*, 3, 1986, p. 40.

(2) F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899, § 109 à 137.

(3) A. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, Thèse, Paris, 1932, consacre tout un chapitre critique aux "Conceptions modernes de la coutume".

(4) A. GOURON, "La coutume en France au Moyen Age", *La Coutume*, Recueils de la Société Jean Bodin, t. LII, p.195.

l'on peut tenter de dissiper, car il est aujourd'hui possible d'aborder avec sérénité la question de la coutume. Pour au moins deux raisons : la première est que parmi les deux modes de formation de la règle juridique, la loi qui impose la règle par voie d'autorité et la coutume qui la fonde sur le consentement populaire (5), la loi a incontestablement pris le dessus, même si des domaines importants du droit, comme le droit international ou le droit commercial relèvent en partie du système coutumier (6). Aussi n'est-ce pas remettre en question un choix fondamental que de s'intéresser à la coutume. La deuxième raison est que les antagonismes du XIX<sup>e</sup> siècle entre l'École de l'Exégèse et l'École historique allemande, pour qui la coutume constituait une pomme de discorde, ces antagonismes sont depuis longtemps dépassés et la norme juridique, presque partout en Europe, s'énonce actuellement dans des codes.

Cette sérénité permet alors d'interroger l'Ancien Régime et la Révolution, afin de mieux comprendre le concept contemporain de coutume, d'éclaircir ce qui est avant tout une question sémantique, et de lever une équivoque qui a pour cause les transformations subies par le concept de coutume, et par ses avatars.

De fait, si l'on sent intuitivement à quoi correspond cette source du droit, la notion possède des contours imprécis, et l'on emploie constamment pour la définir des mots qui forment une véritable nébuleuse : usage, pratique, moeurs ou tradition, termes qui présentent l'inconvénient de servir et d'éléments de définition et de synonymes (7).

---

(5) P.-C. TIMBAL, "Coutume et jurisprudence en France au Moyen Age", *La Coutume, op. cit.*, p. 227.

(6) Citons à titre d'exemple, en droit commercial, l'article de M. PEDAMON qui répond à la question "Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ?" *Rev. trim. dr. com.*, 1959, p. 335 et s. ; en droit international, un arrêt récent du Conseil d'Etat, l'arrêt Aquaroné, C.E., ass., 6 juin 1997, donne, quant à lui, une réponse à la question de la place de la coutume internationale dans la hiérarchie des normes en France : cf. la note de G.TEBOUL, "Rapports entre la loi et la coutume internationale", *Droit administratif-Éditions du Juris-classeur*, juil. 1997, p. 24-25 ; et la chronique de D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, "Coutume internationale et juge administratif", *A.J.D.A.*, juil.-août 1997, p. 570-575.

(7) J.-P. GRIDEL, *Introduction au droit et droit français (Notions fondamentales, méthodologie, synthèses)*, Dalloz, 1994, p. 276-277, signale quant à lui quatre termes qui évoquent un comportement inspiré par la répétition, l'imitation et l'habitude, qui sont la pratique, la tolérance, l'usage et la coutume et il reprend à son compte la gradation que donne J. GHESTIN dans *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXIV, 1983, p. 6.

La définition du “Vocabulaire juridique” de Cornu (8) est caractéristique de ce phénomène :” La coutume est une norme de droit objectif, fondée sur une tradition populaire (*consensus utentium*) qui prête à une pratique constante un caractère juridique contraignant”. Les manuels de droit, les traités font eux aussi appel à cette palette de termes voisins avec une préférence marquée pour le mot “usage” couramment utilisé comme synonyme de coutume. C’est d’ailleurs ce que semble faire le Code civil, qui, s’il ignore la coutume, mentionne parfois l’usage, laissant supposer le parti pris pour une synonymie au moins apparente entre les deux concepts.

Cette synonymie, que signale le *Vocabulaire juridique* au premier sens du mot “ usage “, est une première tendance que l’on rencontre chez les auteurs. Une deuxième tendance existe, qui attribue à la coutume et à l’usage une différence d’intensité ou de nature. Différence d’intensité, pense Filhol (9), pour qui l’usage aurait un caractère moins général que la coutume. Pour d’autres, différence de nature et donc de sens. Les auteurs qui se prévalent de ce choix, qui était celui de Géný, adoptent une position élaborée par la doctrine romano-canonique dès le XIII<sup>e</sup> siècle. Les docteurs médiévaux voyaient, en effet, la coutume comme “un droit né de l’usage et entré dans les moeurs” (10). L’usage n’était alors qu’un fait. Ce que Géný traduira de façon plus abstraite en le considérant comme “le *substratum* nécessaire de toute coutume juridique”, l’élément matériel qui doit être associé à l’élément psychologique pour devenir une coutume. L’élément psychologique, c’est “*l’opinio necessitatis seu juris*”, autre création de la doctrine médiévale reprise par Géný. Elle est indispensable à la transmutation d’un fait - l’usage - en droit, la coutume (11). Dans cette hypothèse, si la coutume est une norme, le statut juridique de l’usage est moins certain.

(8) G. CORNU, sous la direction de, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1996, la définition se prolonge ainsi : “ véritable règle de droit ... que la collectivité a fait sienne par habitude (*diuturnus usus*) dans la conviction de son caractère obligatoire “.

(9) R. FILHOL, “La preuve de la coutume dans l’ancien droit français”, *Aux alentours du droit coutumier*, Poitiers, Université de Poitiers, 1988, p.37 -53.

(10) L. MAYALI, “La coutume dans la doctrine romaniste au Moyen Age”, *La coutume, op. cit.*, p.11-31.

(11) Cette thèse est reprise par A. PACHE, *La coutume et les usages dans le droit privé positif*, Thèse de Lausanne, 1938, p. 74 - 85. Au contraire, M. RADIN, “ La censure des coutumes “, *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Géný*, Paris, Sirey, 1935, t. 1, p. 90, écrit à contre-courant de l’opinion de F. GENÝ : “ Je ne veux pas considérer ici si la distinction capitale...entre la coutume proprement dite et l’usage, est vraiment digne de la position dont elle jouit...Pour ma part, je ne regarde pas sans soupçon l’*opinio juris* ou *necessitatis* de laquelle dépend cette distinction”.

L'incertitude sémantique entre les deux termes est ancienne (12). Les romains connaissaient quant à eux les *mores*, l'*usus* et la *consuetudo*. Avaient-ils pour autant dégagé une distinction ? L. Mayali estime qu'il est difficile d'admettre qu'ils aient présenté " les arguments irréfragables d'une distinction indiscutable"(13). Ce sont les glossateurs et les canonistes qui après bien des tâtonnements isolent des sens différents. Ils font relever la *consuetudo* du *jus* tandis que l'*usus* et le *mos* appartiendraient au *factum*, ce que la pratique semble cependant avoir ignoré. Dans le même temps, le droit savant élabore une théorie de la coutume qui en fixe les éléments constitutifs, les critères de validité et les fonctions. La coutume est dès lors intégrée dans la hiérarchie des normes. On discute de sa place et de son pouvoir vis à vis de la loi. Dans la distinction entre ces deux sources du droit, un des caractères de la coutume, qu'avait d'ailleurs retenu le droit romain, facilite son individualisation : c'est son oralité. La coutume est avant tout définie comme étant du droit non écrit. Cette particularité, bien précieuse pour établir une distinction, va disparaître avec la rédaction officielle des coutumes qui opère un changement important et durable.

La rédaction officielle des coutumes est déclenchée par l'ordonnance de Montils-Lez-Tours(14) de 1453. Elle est contemporaine de la découverte de l'imprimerie qui sera le support des coutumes rédigées. Elle est effective au XVI<sup>e</sup> siècle, au moment où des pans entiers de la civilisation médiévale s'effondrent et parmi eux la pratique orale qui cède le pas à l'écrit. C'est aussi le moment où apparaissent les exigences d'une politique royale de reprise en main des sources du droit. L'ordonnance de Montils-Lez-Tours prévoit la rédaction des "coutumes, usages et stiles". Les termes de coutume et d'usage sont régulièrement associés dans les ordonnances (celle de Montils-Lez-Tours est la première d'une série) sans que l'on puisse savoir si le rédacteur a fait entre eux une différence. La mention des stiles est de courte durée : leur rédaction est vite abandonnée(15). En revanche, la rédaction des usages et coutumes est quasiment générale dans la France coutumière, mais l'évolution

---

(12) Ancienne et persistante. Voir sur ce point la discussion sur la valeur de l'usage dans la thèse de L. VALETTE : *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif*, Paris, 1907, p. 163-170.

(13) L. MAYALI, *op. cit.*, p. 17.

(14) *Ordonnances des Rois de France*, t. XIV, p.312-313.

(15) Les stiles ou plutôt styles sont les coutumes procédurales. La procédure est rapidement considérée comme étant de la compétence du pouvoir royal, ce qui explique l'abandon de la rédaction des styles.

rapide du droit au XVI<sup>e</sup> siècle rend bientôt nécessaire une deuxième rédaction dite “réformation”.

A l’issue de la campagne de rédaction, on ne parle plus “d’usages et coutumes” mais de “coutumes”, car désormais les deux notions sont absolument dissociées : à partir du XVII<sup>e</sup> siècle, en effet, c’est exclusivement la coutume rédigée qui est qualifiée de coutume. Sa définition, qui pourtant repose sur les éléments traditionnels, est complétée au point d’en être modifiée : il y a eu transformation du concept. “La coutume, écrit Ferrière, est un usage ou un droit que le peuple a établi par un tacite consentement et observé pendant un temps considérable....Les coutumes ayant été rédigées par écrit, continue-t-il, il s’ensuit que la coutume ... est un droit écrit ayant force de loi dans la province pour laquelle elle a été faite”(16). Quant à l’usage, il change de sens lui aussi. Ferrière sans le définir, constate : “parmi nous diffère de la coutume”(17), mais au mot “coutume”, il précise : “ce que nous observons quoique non rédigé par écrit est appelé usage, et lorsque cet usage a été rédigé par écrit, on l’appelle coutume”. Une nouvelle organisation des normes juridiques s’est par conséquent dégagée en France, dans laquelle la coutume rédigée occupe sous le nom de coutume une place particulière, tandis que l’usage, qui pour le droit savant était resté au stade de “fait juridique”, acquiert pleinement le statut de norme. La royauté, en ordonnant la rédaction officielle, a sans doute voulu contrôler la coutume, mais la persistance de l’usage permet de se poser la question de savoir si elle a totalement atteint son but.

La société révolutionnaire hérite, quant à elle, d’un droit dont les sources sont encore diversifiées, et dès le 5 juillet 1790, la Constituante décrète : “qu’il serait fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la Constitution”(18), ceci dans l’objectif de mettre fin à des pratiques que l’on qualifie alors de “gothiques”. C’est pourtant au Code civil que reviendra la tâche difficile de faire disparaître la coutume. Qu’en advient-il alors de l’usage ? La place de la coutume et de l’usage dans la hiérarchie des normes est un sujet dont ni les docteurs de l’ancien droit, ni les rédacteurs du Code civil n’ont pu faire l’économie :

(16) Cl. de FERRIÈRE, *Introduction à la pratique*, Lyon, 1697, *verbo* Coutume.

(17) Cl. de FERRIÈRE, *op. cit.*, *verbo* Usage.

(18) A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. 1, p. XXXVI.

aussi tenterons nous de déterminer le rang de la coutume rédigée parmi les sources de l'Ancien Régime, la nouvelle mission de l'usage après la rédaction officielle et le difficile accouchement, par les rédacteurs du Code, d'un nouvel ordre normatif.

### LA COUTUME RÉDIGÉE DANS LA HIÉRARCHIE DES NORMES SOUS L'ANCIEN RÉGIME

L'existence de la coutume a généralement mis la doctrine mal à l'aise. En l'absence de tout pouvoir législatif véritable, comme cela a été le cas entre le IX<sup>e</sup> et le XII<sup>e</sup> siècle, sa valeur n'est pas discutée. En revanche, l'émerveillement suscité par la redécouverte du droit romain pousse les glossateurs des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles à se poser la question de la place de cette règle juridique dans la hiérarchie des normes. Le droit coutumier souffre auprès des juristes aussi bien de la comparaison avec les droits romain et canonique que de la comparaison avec la loi, dont le roi retrouve progressivement l'usage avant d'en acquérir le monopole. La fonction législative, perçue comme un attribut de la puissance souveraine, est magnifiée, et la coutume qui est un ensemble de "pratiques et d'usages transmis de génération en génération au sein de groupes sociaux différenciés" (19), semble être d'une autre nature que la loi et se coule difficilement dans un moule conceptuel qui lui est étranger. Le droit savant avait pourtant réussi à faire entrer la coutume dans la hiérarchie des normes, dans une position d'infériorité cependant par rapport à la loi, mais c'est la rédaction officielle qui lui fournit le sceau qui lui manquait et la fait changer de nature.

Désormais la coutume fait partie d'un ensemble que définit ainsi Domat dans son *Traité des Lois* (20) : "Nous avons en France quatre différentes espèces de lois : les ordonnances et les coutumes qui sont nos lois propres, et ce que nous observons du droit romain et du droit canonique". Pour lui encore, les coutumes font partie des "lois

(19) L. MAYALI, *op. cit.*, p.12.

(20) DOMAT, "Traité des Lois", *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, chap. XIII, n° 9.

arbitraires” qui sont “celles qu’une autorité légitime peut établir, changer et abolir selon le besoin” (21) ; ce sont encore “des lois qui dans leur origine n’ont pas été écrites mais se sont établies ou par le consentement d’un peuple, ou par une convention de les observer, ou par un usage insensible qui les a autorisées” (22). Le terme de loi est désormais normalement employé dans cette occurrence, aussi bien par les contemporains de Domat, Challine par exemple (23), que par des juristes de la fin de l’Ancien Régime, tel Pigeau qui écrit en 1787 (24). Lois, les coutumes le sont devenues par la rédaction officielle (25) qui a eu pour effet de renforcer leur caractère obligatoire, ce qui permettra aux juristes coutumiers d’en faire un instrument de la lutte pour la reconnaissance d’un droit national.

#### A - La rédaction officielle a renforcé le caractère obligatoire de la coutume

Le fondement du caractère obligatoire de la coutume a été un élément déterminant de la réflexion du droit savant. En effet comment le simple usage répété d’un fait juridique peut-il aboutir à lui donner force obligatoire ? Diverses réponses avaient déjà été proposées par les romains. Elles seront reprises par le droit savant au Moyen Age.

Le premier fondement est l’ancienneté, la *vetustas* (26) suffisante dans les sociétés traditionnelles (27), qui sera complétée par “la volonté tacite de la collectivité” (28), ou “le consentement populaire” (29), critère

(21) *Ibidem*, Chap. 11, n°2.

(22) *Ibidem*, Chap. 11, n° 46.

(23) CHALLINE, *Méthode générale pour l’intelligence des coutumes*, Paris, 1666, p. 18. : “La loi, c’est-à-dire la coutume qui est notre loi...”

(24) PIGEAU, *La procédure civile au Châtelet de Paris*, Paris, 1787, 2 t., t. 1, p. 206 : “Les lois particulières sont celles qui gouvernent une certaine partie de l’Etat... Elles sont de deux sortes : savoir... 2° celles qui ont été faites par les habitants d’une province... Ces dernières sont ce que nous appelons “coutumes”. On peut encore citer l’Encyclopédie dans laquelle on trouve cette constatation que “la coutume est ..une sorte de loi”.

(25) Les rédactions privées des siècles précédents n’avaient pas eu le même pouvoir.

(26) J. GAUDEMET, “Coutume et raison en droit romain, A propos de C. J., 8, 52, 2.”, *R. H. D.*, t. 17, 1938, p. 141- 171 ; R. FILHOL, *op. cit.*, p.38 -39.

(27) J. CARBONNIER, “La genèse de l’obligatoire dans l’apparition de la coutume”, *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 7° ed., 1992, p. 97 -109, formule deux hypothèses sur l’apparition du caractère obligatoire de la coutume qui aurait pour ressorts possibles l’imitation ou l’habitude.

(28) L. MAYALI, *op. cit.*, p. 69.

(29) R. FILHOL, *Le Premier Président Christophe de Thou et la réformation des coutumes*, Paris, Sirey, 1937, p. 68 - 71. Il cite à cet égard Guy Coquille pour qui les coutumes sont fondées “sur le consentement du peuple des trois ordres” ; voir aussi “La rédaction des coutumes en France”, *Aux alentours...*, *op. cit.*, p. 69, où R. FILHOL précise : “Suivant une formule constamment répétée au XVI° siècle, la coutume apparaît comme une sorte de convention entre les Etats”.

essentiel auquel va se rajouter l'élément rationnel. Cela ne suffit pas encore à faire de la coutume l'égal de la loi, quand bien même son caractère obligatoire est affirmé.

La rédaction officielle rajoute une pierre essentielle à cet édifice : l'intervention royale qui fait de la coutume une loi. Les juristes coutumiers de l'Ancien Régime insistent sur ce changement. Pour Dareau (30), "les coutumes ont autorité de loi par la sanction qu'y a donné le Prince lors de leur rédaction", ce que Ferrière complète en écrivant : "l'autorité du roi donne force à la coutume et en fait une espèce de loi, car comme le droit de faire les lois est un droit de souveraineté, le roi seul en a le pouvoir" (31).

Qu'entendent alors les jurisconsultes par "loi" ? "Ce que l'on appelle loi, précise Ferrière (32), est un droit ordonné, publié et commandé aux peuples suivant les règles et les solennités de l'Etat" ( ce qui est déjà une définition organique ), et il complète sa pensée en spécifiant dans un tout autre registre, "loi en pays de coutume signifie la coutume locale et la loi municipale et particulière de quelque lieu et de quelque province" (33).

Ainsi, c'est une idée admise par l'ancien droit que la rédaction des coutumes a conféré à ces dernières les caractères de la loi (34) et notamment son caractère organique grâce à l'intervention du roi. Comme l'indique en effet un mémoire anonyme : "pour la forme et pour l'autorité publique de la rédaction et réformation de la coutume, il faut reconnaître l'autorité du Roi pour principal caractère qui détermine la coutume et espèce de loi car c'est du roi seul que vient le principe de la législation, comme du souverain ministre préposé par la puissance de Dieu et reconnu par les peuples" (35). De fait, le roi est représenté lors de la rédaction par des commissaires royaux mais il n'aurait pu agir sans

---

(30) Dareau est le rédacteur de l'article "Autorité" : GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, Paris, 1784.

(31) Cl. De FERRIÈRE, *Corps et compilations de tous les commentateurs sur la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, Paris, 1714, 4 vol., t. 1, p. VII, n° 36. Nous citerons désormais cet ouvrage sous le nom de *Coutume de Paris*...

(32) *Ibidem.*, n° 25.

(33) Cl. De FERRIÈRE, *Introduction à la pratique*, *op. cit.*, verbo Loi.

(34) J. GILISSEN, *Introduction historique au Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p.259. Gilissen fait également remarquer qu'en Belgique les coutumes homologuées sont formellement des lois : *ibidem*, p. 266.

(35) Traité anonyme *Du droit des coutumes de France*... cité par R.FILHOL, "La rédaction des coutumes en France aux XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècle", *op. cit.*, p. 24.



le concours de la population et si c'est lui qui comme "gardien de la coutume" en ordonne la rédaction ou la réformation, c'est néanmoins bien souvent en réponse à une demande émanant des populations qu'il le fait. R. Filhol souligne qu'il s'est produit en la matière "une sorte de rencontre entre les désirs des intéressés et l'autorité royale" (36).

Le concours des populations est assuré par leur participation à l'élaboration et à la mise par écrit de leur coutume. La population est nécessairement représentée, dans une première phase qui est celle de la confection d'un projet, par des praticiens : seuls ces derniers connaissent bien la coutume parce qu'ils la mettent en oeuvre : ils auraient d'ailleurs souhaité bénéficier d'un statut privilégié, voire se constituer en un quatrième Etat (37). Puis c'est en assemblée des trois Etats que le peuple intervient véritablement et son rôle est alors essentiel. On a une idée de son importance dans cette affirmation de Bouchel selon qui : "la coutume n'a pas moins de puissance que la loi et si le Prince souverain est maître de la loi, les particuliers sont maîtres de la coutume" (38). Challine renchérit en indiquant : "toutes les coutumes de France ont été rédigées par écrit par l'avis des trois ordres de chacune des provinces" (39). L'assemblée des trois ordres participe par conséquent au pouvoir législatif, ce qu'admet d'ailleurs Colbert dans ses *Mémoires inédits sur les Etats* (40), où, après avoir abondamment affirmé le monopole législatif du Roi, il reconnaît : "Il y a encore un cas particulier dans lequel les trois Etats ont eu le pouvoir de faire des lois particulières, c'est dans les rédactions qui ont été faites des coutumes... L'on remarque en cela l'ancienne liberté du peuple français qui avait le droit de se faire des lois".

Certes ce pouvoir législatif n'est pas entier; il consiste dans ce que Ferrière nomme "le choix et la disposition de la matière" qu'il oppose au "droit de faire des lois" dont le roi possède le monopole. Ce "choix de la matière" se justifie, toujours selon Ferrière, par le fait qu'il "s'agit de

(36) R. FILHOL, "La rédaction des coutumes en France", *op. cit.*, p. 68.

(37) R. FILHOL, dans son discours prononcé à la séance solennelle de réouverture de la Conférence des avocats à Poitiers le 3 février 1934, rapporte que Montaigne fustigeait les gens de loi, ce "quatrième Etat de gens maniant les procès", qui prétendaient avoir une représentation séparée lors des Etats de 1558. in *Aux alentours du Droit Coutumier*, *op. cit.*, p. 113-114.

(38) BOUCHEL, *Bibliothèque du trésor du droit français, verbo* Coutume. Bouchel, 1559-1629, était avocat au Parlement de Paris.

(39) CHALLINE, *op. cit.*, p.178.

(40) Cités par J. GILISSEN, *op. cit.*, p. 310.

donner autorité de loi à ce que [les peuples] ont établi eux-mêmes par un consentement public et général, il est juste de leur en laisser le choix” (41). C’est en revanche un pouvoir dont bénéficient toutes les populations du royaume qui “ ont eu également et indépendamment les unes des autres la liberté de se faire des lois” (42). L’on peut donc en conclure avec Challine : “En France , toutes les coutumes sont établies par le consentement des peuples et prennent leur vigueur de l’autorité du Roi qui les approuve” (43). La population use bien, et ceci jusqu’à la fin de l’Ancien Régime, de ce pouvoir législatif qui lui reste reconnu. La coutume conserve bien, par conséquent, le caractère de norme consentie par la population comme le voulait le droit romain, mais le roi intervient de façon décisive dans cette oeuvre collective qui devient une loi.

L’intervention royale est effectivement décisive car la coutume rédigée ne va pas se limiter à donner forme à des normes déjà reçues, à un droit “déjà fait” que l’on constate et que l’on fixe par écrit, elle va pouvoir contenir des dispositions nouvelles introduites par le législateur sans que les populations les aient déjà mises en pratique ou reconnues en coutume. Ferrière écrit : “On change, on corrige ou augmente et on diminue selon qu’il est trouvé nécessaire” (44). Le consentement populaire intervient alors non plus a priori, mais a posteriori ; et ce phénomène déjà présent lors de la rédaction - les lettres patentes le prévoyaient - va se développer lors de la réformation quand la participation des commissaires royaux se fait plus active, pour ne pas dire plus directive : c’est à eux et non plus à des praticiens qu’est confiée l’élaboration du projet de coutume réformée (45). L’Assemblée des trois ordres ne conserve par conséquent que la faculté d’acquiescer ou de refuser les dispositions qui lui sont proposées, non sans parfois se battre pied à pied pour conserver les errements anciens (46), et dans quelques cas la concurrence entre les commissaires royaux et la population se manifeste.

---

(41) Cl. de FERRIERE *Coutume de Paris...*, *op. cit.*, t. 1, n° 37.

(42) AUGEARD, *Arrêts notables des différents tribunaux du Royaume*, Paris, 1764, 2 vol., t. 2, p.260.

(43) CHALLINE, *op. cit.*, p.175.

(44) Cl. de FERRIERE, *Coutume de Paris...*, *op. cit.*, t. 1, n° 34.

(45) R. FILHOL, “La rédaction des coutumes en France”, *op. cit.*, p.67.

(46) R. FILHOL, *Le Premier Président*, *op. cit.*, p. 69.

Reste que désormais la coutume est une loi. Une conséquence de cette modification est que peut se poser alors la question, autrefois sans réponse, de la date d'entrée en application de la coutume comme loi. Ferrière rapporte les hésitations et les solutions de la doctrine (47). La discussion en elle-même montre bien que la coutume a acquis un des caractères essentiels de la loi qui est la date certaine d'application. Devenue loi avec le concours de la population et du Roi, la coutume va être utilisée pour affirmer la reconnaissance d'un droit national.

### B - La coutume , moyen d'affirmer un droit national

Intégrée parmi les lois dans la hiérarchie des normes, la coutume doit encore s'affirmer, mais maintenant face au droit romain. La doctrine trouve la parade en faisant de la coutume un droit civil. Il n'en reste pas moins que ce droit civil possède l'inconvénient d'être et fractionné et divers.

Les auteurs d'Ancien Régime disent de la coutume qu'elle est du droit civil : son domaine d'attribution est pour l'essentiel (mais pas exclusivement ) circonscrit au droit privé (48). Ce qualificatif de "civil" dépasse toutefois très largement un domaine d'attribution et quand les auteurs l'emploient, c'est en référence au droit romain, et pour légitimer la coutume face au droit romain. Ferrière a beau assurer avec enthousiasme : "les coutumes de France sont le droit général de la France" (49), ses contemporains ont une vision plus modérée de la situation mais considèrent cependant les coutumes comme du droit civil dans son acception romanisante, pour mieux les opposer au droit

---

(47) D'après Cl. de FERRIERE, *Coutume de Paris...*, *op. cit.*, t. 1, la doctrine distingue entre le jour où la coutume rédigée a été arrêtée et le jour où elle a été "publiée en Assemblée des Etats et imprimée", considérant que si la coutume réformée introduit des nouveautés qui doivent être prises en compte de façon active par le justiciable, c'est la date de la publication qui doit être retenue (n° 41), tandis que "dans les choses qui dépendent entièrement de la disposition de la loi sans le fait de l'homme... la coutume a autorité de la loi dès qu'elle est arrêtée par les trois Etats" (n° 39).

(48) Le droit privé est le domaine par excellence de la coutume, mais il ne faut pas oublier qu'elle contient bien des dispositions de droit féodal ainsi que des dispositions de droit pénal ( à l'exclusion de la procédure pénale qui est du domaine de la législation royale). Elle ne dispose pourtant pas d'un monopole absolu en droit privé car sous l'Ancien Régime, elle entre en concurrence avec le pouvoir royal qui - tout en s'entourant de précautions - légifère dans ce domaine ; ce qui permet à CAMUS d'écrire, en 1772, dans son *Étude du droit français*, que parmi les trois classes d'ordonnances la première classe concerne "celles qui statuent sur des matières dont il est parlé dans les coutumes, par exemple sur les donations, sur les testaments..." , mais, quand écrit Camus, les ordonnances de d'Aguesseau sont passées par là.

(49) Cl. de FERRIERE, *Coutume de Paris...*, *op. cit.*, t. 1, n° 73.

romain. Bouchel (50) est précis : “Coutumes de France ne sont pas statuts mais vrai droit civil” et, alors que Dumoulin avait affirmé “nos coutumes sont notre vrai droit commun” pour bien les distinguer des “statuts” tels que les concevaient les docteurs italiens, Guy Coquille définit les coutumes des provinces de France comme “leur vrai droit civil et commun”, caractère que partagent les coutumes non encore rédigées qui sont, toujours pour Coquille, “le droit civil non écrit desdites provinces”. Challine va dans le même sens quand il rappelle que “la coutume est notre loi ou plutôt notre Droit Civil” et Colbert apporte une confirmation en qualifiant la coutume rédigée avec la participation des États de “vrai droit civil des provinces”.

Incontestablement, il s’agit là d’affirmer la force du droit français coutumier face au droit romain, et Ferrière prétend que le droit romain “n’a jamais eu force de loi dans la France coutumière : les Rois de France n’ont point voulu donner cette autorité aux lois romaines” (51), par conséquent, elles ne peuvent être considérées comme “le droit commun de la France”. Les jurisconsultes connaissent sans doute le motif invoqué pour l’interdiction de l’enseignement du droit romain à Paris dans la Décrétale *Super Specula* de 1219 : “parce qu’en France, les laïques ne se servent pas des lois romaines” (52). Cependant, ce droit civil est loin de posséder toutes les qualités du droit romain. Il présente notamment le défaut d’être morcelé en une multitude de coutumes, car si à l’instar du droit romain, c’est un droit territorial, c’est surtout un droit des particularismes.

Les juristes constatent régulièrement cette multiplicité qui est connue, souvent critiquée, perçue comme inéluctable quand elle n’est pas justifiée. Dareau, tout comme Guyot, la mentionnent sans commentaire (53), aussi bien à l’article “coutume” qu’à l’article

---

(50) BOUCHEL, *op. cit.*, verbo Coutume.

(51) Cl. de FERRIERE, *Coutume de Paris...*, *op. cit.*, t. 1, n° 73.

(52) La décrétale *Super Specula* visait par ce terme l’Île de France : A. TARDIF, *Histoire des sources du droit français*, Paris, 1890, p. 327.

(53) GUYOT, auteur du fameux *Répertoire*, est l’auteur de l’article “Coutume” ; DAREAU a rédigé l’article “Autorité”.

“autorité”. Barthélémy Auzanet (54) la déplorait déjà (55). Il rappelait “[qu]’on a plusieurs fois proposé d’établir une loi, un poids et une mesure qui fût commune pour toute la France” (56), mais il savait ce que cette proposition avait d’irréaliste (57) car d’une part certaines provinces s’étaient données à la France “à la charge et condition de les maintenir dans l’usage de leurs Loix et Coutumes”, d’autre part, “les habitants de chacun bailliage ... sont persuadés que les Loix et Usages sous lesquels ils ont vécu jusqu’à présent sont meilleurs que les autres” (58).

Les juristes qualifient alors souvent la coutume de “droit municipal”, Pothier, par exemple dans son *Introduction générale aux coutumes*, pour qui les coutumes sont “le droit municipal de notre province”. Bouhier (59), Guyot et Dareau emploient la même expression et n’accordent pas de ce fait à la coutume ce caractère plus général que possède le droit civil. Alors, il faut dégager un droit commun coutumier qui serait le véritable droit civil français. Depuis Dumoulin, les commentateurs s’escriment pour mieux le cerner, et selon leurs penchants, reconnaissent ou non ce caractère à la coutume de Paris (60).

(54) B. AUZANET, ( 1591-1673 ), est avocat au Parlement de Paris, il a participé aux conférences tenues chez le Premier Président du Parlement de Paris, Guillaume de Lamoignon, qui ont abouti à la publication des *Arrêtés de Lamoignon*, ainsi qu’au Conseil de réforme de la Justice mis en place pour la rédaction de l’Ordonnance civile et de l’Ordonnance criminelle.

(55) B. AUZANET, *Oeuvres*, Paris, 1704, “Lettre de Maître Barthélémy Auzanet écrite à un de ses amis touchant les propositions arrêtées chez Monsieur le premier Président”.

(56) Il se faisait alors l’écho des pensées de Dumoulin pour qui “non seulement rien n’empêche que nous ayons une seule coutume, mais l’origine unique des coutumes et leur conformité ... prouvent évidemment qu’il en peut être ainsi”, affirmation citée par F. MONNIER, *Guillaume de Lamoignon et Colbert, Essai sur la législation française au XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1862, p. 5-6.

(57) *Ibidem*, “Mais de croire que l’on puisse faire une Loi générale pour tous les pays de Coutume et de Droit Ecrit, il ne faut point espérer d’y parvenir”.

(58) *Ibidem*.

(59) BOUHIER, *Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne*, chap. XIII.

(60) Cl. de FERRIERE est à cet égard très prudent. Dans sa *Coutume de Paris...*, t. 1, (n° 78), il remarque “qu’une coutume ait autorité de loy dans une autre province ... cette opinion est absurde, quoique suivie par plusieurs, car une coutume n’a autorité de loy que dans une province... Cependant quelques uns prétendent que la coutume de Paris a cet avantage sur les autres coutumes qu’elle sert de loy dans les autres, pour les cas qui y sont omis : ils fondent leur opinion sur ce que les articles réformés de la coutume, ont été rajoutés sur les arrêtés de la Cour, rendus avec connaissance de cause, et que comme jugés très équitables, ils doivent servir de loy dans les autres coutumes.... Qu’il y a néanmoins quelques articles particuliers dans la coutume de Paris, lesquels sont contraires à la disposition du droit et à l’usage général de toute la France, qui ne doivent point être étendus aux autres coutumes”. Dans l’édition de 1763 de la *Nouvelle Introduction à la Pratique*, son fils, Claude-Joseph de FERRIERE n’hésite pourtant pas à affirmer que “La coutume de Paris, qui est la principale ville du Royaume, doit avoir une préférence sur les autres coutumes, d’ailleurs elle est mieux rédigée que les autres, sa rédaction ayant été faite par les plus fameux jurisconsultes”. Nous constatons donc que le temps a joué en faveur de la coutume de Paris.

Mais à vrai dire, n'est-il pas artificiel d'exiger de la coutume un caractère national quand les lois du roi elles-mêmes ne l'ont pas ? Et Dupin (61), à l'issue de l'édition qu'il fait des "Lettres" de Camus consacrées à l'*Etude du droit français*, et après avoir constaté la multiplicité des coutumes, la compare à la "variété" des ordonnances, en remarquant que tel édit "enregistré à Paris ne l'aura pas été à Toulouse ou à Rouen ou bien il n'aura été enregistré qu'avec des modifications qui en restreignent les dispositions".

Par conséquent, la coutume apparaît comme une loi, partielle sans doute, du fait de son domaine d'application et de son détroit ; c'est néanmoins du droit civil français, émanation des populations qui l'ont voulue. Elle est créatrice d'un droit commun, peut-être moins parfait que le droit romain auquel on a toujours régulièrement recours dans quelques domaines précis, et occasionnellement dans des cas plus rares. Elle est écrite, homologuée par le roi. Elle est fixée. Elle a atteint la maturité à partir de laquelle les évolutions sont moins sensibles. Mais les évolutions du droit ne disparaissent pas totalement et vont être prises en compte par l'usage qui va reprendre du service pour permettre à la création spontanée de la coutume de se manifester.

## L'INTÉGRATION DE L'USAGE DANS LA HIÉRARCHIE DES NORMES

Les juristes de l'ancien droit n'ont pas vu dans le mot "usage" le synonyme de "coutume" qui prendrait le sens de "loi". Ils établissent au contraire une distinction entre "la coutume" qui signifie maintenant "coutume rédigée" et "l'usage" qui est "la coutume non rédigée" (62). Cette évolution sémantique recouvre une évolution théorique, car

---

(61) DUPIN dans le *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats*, Paris, 1835, p.332-333.

(62) COUCHOT, dans *Le Praticien universel*, t. 1, livre 1, chap. 1, p. 12 - 13, précise : "Les anciens appelaient Coutume ce que nous appelons Usage : aussi les coutumes qui ne sont point écrites, sont proprement des usages ; c'est pour cela que depuis que nos Coutumes ont été rédigées par écrit, on appelle Usage tout ce qui s'observe sans être écrit". Cité par F. LEBRUN, *op. cit.*, p. 102.

l'usage, désormais coutume non rédigée, va prendre les caractères que l'on reconnaissait à la coutume d'avant la rédaction et, en ayant pris les caractères, il va également en recevoir les fonctions.

#### A - L'usage héritier des caractères de la coutume.

Comme avant la rédaction, le mot "usage" possède des sens divers. Le sens le plus couramment employé est celui de "droit d'usage" qui figure préférentiellement dans les encyclopédies. Mais le sens qui nous retient est tout autre, car il consiste à voir dans l'usage une source normative qui peut prendre deux formes. La première correspond à la coutume non rédigée officiellement, on la nomme aussi *usance* : elle peut avoir fait l'objet, même anciennement d'une rédaction privée mais elle n'a pas été homologuée par le roi (63). La deuxième forme correspond à une norme coutumière nouvellement créée, et apparue notamment depuis la rédaction officielle ou la réformation. Dans les deux cas, la sanction royale manque. Ainsi, alors que l'usage était jusque là l'élément matériel permettant l'émergence de la coutume, il prend désormais le sens autonome de "commune observance formée d'une multitude d'actes dans une longue suite d'années" (64). Pour autant, le sens commun : "ce que l'on a coutume d'observer et de pratiquer dans certains cas" (65), ne disparaît pas mais il prend place à côté d'une définition peu différente de celle qu'avait auparavant la coutume : "le long usage confirmé par le consentement tacite des peuples acquiert insensiblement force de loi", dit l'*Encyclopédie* (66) qui précise : "quand on parle d'usage, on entend ordinairement un usage non écrit, c'est à dire qui n'a point été recueilli par écrit et rédigé en forme de coutume ou de loi". Augéard cite dans ses *Arrêts notables* l'affirmation selon laquelle "toute la différence qu'il y a entre les usages et les articles de la coutume du même bailliage est que ceux-ci sont des usages écrits, et ceux-là des usages non écrits" (67).

Coutume non rédigée, l'usage va très logiquement avoir la même définition que la coutume : "Tout le monde sait, plaide un avocat cité par Ferrière, que [ l'usage ] est une espèce de droit qui s'introduit

---

(63) C'est par exemple le cas de "*l'Usance de Saintonge*", rédigée par Cosme BECHET (en 1764), qui était avocat au Parlement de Paris et au siège présidial de Saintes.

(64) *Journal des Audiences*, t. 3, p. 539.

(65) Définition de l'*Encyclopédie* de DIDEROT et D'ALEMBERT.

(66) Définition évidemment influencée par les droits savants.

(67) AUGÉARD, *Arrêts notables*, t. 2, p. 260.

imperceptiblement par le consentement tacite des peuples et qui par une longue habitude s'acquiert la force et l'autorité des lois" (68), définition très proche de la définition traditionnelle de la coutume ou de celle que proposait Domat (69). L'usage et la coutume d'avant la rédaction ont en commun la pratique habituelle et constante d'un acte juridique et le consentement de la population qui leur confèrent force obligatoire. Challine fait intervenir une sanction car, outre la constance et l'uniformité, il exige une confirmation judiciaire (70). Dareau indique encore que l'usage doit exister depuis un certain temps, qu'il doit être général et connu de tous ceux qui étudient ou pratiquent la coutume, et il complète ce tableau en signalant : " en cas de litige sur l'usage, on aura recours à un acte de notoriété" (71). En effet, se manifeste à nouveau la difficulté de preuve que la rédaction des coutumes avait eu pour objectif de supprimer, et il faut à nouveau faire appel à l'enquête par turbe, puis, après l'Ordonnance civile de 1667, à la pratique des actes de notoriété (72).

L'usage est devenu "une espèce de droit" (73). Il est passé de l'état de fait à l'état de droit, processus qu'avait connu la coutume dans les droits savants du Moyen Age. Sanctionné par les tribunaux, il a désormais force obligatoire. L'assimilation avec la coutume est tellement poussée que Ferrière va jusqu'à écrire : " tout ce qui est attribué à la coutume par les lois romaines se doit attribuer à l'usage" (74) et l'on constate alors que l'usage va, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, exercer les fonctions jusque là dévolues à la coutume.

## B - Les fonctions de l'usage

Après Challine, c'est sans doute Ferrière qui développe avec le plus de détails la théorie de la force de l'usage. Il proclame comme un principe :

(68) Cl. de FERRIERE, *Coutume de Paris...*, t. 3, p. 1016.

(69) DOMAT, *Traité des Loix*, chap. 9, n° 46, donne, nous l'avons vu, les coutumes comme étant "des lois qui dans leur origine n'ont pas été écrites mais qui se sont établies par le consentement d'un peuple... ou par un usage insensible qui les a autorisées" ..

(70) CHALLINE, *op. cit.*, p. 176 : "Il est important d'observer que cet usage doit être constant et uniforme, établi par des actes solennels passés devant personnes publiques ou par des arrêts de la Cour ou par des sentences judiciaires ou arbitrales".

(71) DAREAU, article "Autorité", *Répertoire...* GUYOT, *op. cit.*

(72) En effet, l'Ordonnance civile supprime, dans son titre XIII, toute utilisation des enquêtes par turbe, sans prévoir de remplacement du mode de la preuve de la coutume. La pratique ancienne des actes de notoriété reprendra dès lors de la vigueur et sera utilisée jusqu'à la Révolution.

(73) Cl. de FERRIERE, *Coutume de Paris...*, t. 3, p. 1016.

(74) *Ibidem*, t. 1, n° 26.



“La coutume et l’usage, dans la France coutumière, ont le même rapport entre eux que le droit écrit et la coutume chez les romains, c’est à dire que l’usage est à l’égard de la coutume, dans la France coutumière, ce que la coutume est à l’égard du droit écrit” (75). Or continue-t-il, “par le droit romain, la coutume a autorité de loi, elle a le pouvoir d’interpréter ses lois”. Dans le même sens, Joly de Fleury, cité par Augeard, affirme que “ c’est l’usage qui interprète la coutume” (76) et Challine développe “si l’intention de la loi, c’est à dire de la coutume qui est notre véritable loi, n’est pas claire par ses propres termes, il faut l’expliquer par le droit commun ou par l’usage” et se retranchant derrière l’autorité de Loyseau, il insiste : “ d’ailleurs, il faut observer que l’usage est le véritable interprète de la loi, c’est lui qui ôte l’ambiguïté” (77). Car des ambiguïtés, il y en a. Boullenois, qui a consacré tout un ouvrage à cette délicate question (78), constate que la rédaction par écrit des coutumes a certes donné des lois fixes et pourtant l’expérience prouve “que le sens de ces lois n’est pas toujours clairement déterminé”. C’est alors à l’usage de trancher. Challine, qui lui aussi a écrit sur cet épineux problème, voit dans “l’usage de la province le fidèle commentaire de la loi” (79), ou mieux “la véritable loi non écrite”. Ce point de vue défendu encore par Ferrière est repris par des arrêstistes comme Augeard ou Bardet (80) quand se pose la question de l’interprétation de la coutume .

La coutume est aussi “susceptible d’altération” et peut même présenter avec le temps des “inconvéniens” imprévus (81). Enfin, tout comme les lois, les coutumes présentent des lacunes. Face à toutes ces difficultés, les juristes vont transférer à l’usage la faculté d’intervenir *praeter legem* ou *contra legem*.

Pourtant, les lettres d’homologation des coutumes interdisaient en principe l’utilisation de l’usage contre les dispositions d’une coutume rédigée et Challine cite un arrêt en robes rouges du 5 avril 1541 interdisant de faire la preuve par turbe d’un usage contraire à une

(75) *Ibidem*, t. 1, n° 24.

(76) AUGÉARD, *op. cit.*, t. 2, p. 74.

(77) CHALLINE, *op. cit.*, p. 14-15.

(78) BOULLENOIS, Dissertation sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes, Paris, 1732, p. XXVI.

(79) CHALLINE, *op. cit.*, réserve un chapitre, la XIII<sup>e</sup> règle, à cette difficulté.

(80) Par exemple, BARDÉT, *Recueil d’Arrêts du parlement de Paris*, ed. de 1773, t. 2, l. 1, chap. 27, p.612.

(81) DAREAU, art. “Autorité”, *Répertoire... GUYOT, op. cit.* .

coutume rédigée (82) ; toutefois, à la fin de l'Ancien Régime, la jurisprudence et la doctrine ont une position plus souple et Ferrière indique que “ la coutume ( c'est à dire l'usage), en interprétant la loi la restreint, y déroge et peut même l'abroger” (83).

La question essentielle est, en effet, de savoir si l'usage peut abroger la loi. Ferrière utilise alors toutes les ressources des droits savants - droit romain et droit canonique (84) -pour légitimer sa position qui reste d'ailleurs très classique et qui sera reprise par Merlin. Quand la loi (encore une fois, il parle là de la coutume) n'a jamais été appliquée ou bien est tombée en désuétude, elle “s'anéantit d'elle même” et l'usage contraire peut être reçu “ non pas que l'usage ait eu assez de force pour détruire la loi lorsqu'elle conservait son autorité, mais que la loi cessant d'être en usage, la coutume s'est introduite insensiblement à sa place”. Plus délicate est pour lui la question de l'abrogation par l'usage d'une loi (coutume) en vigueur. En principe cette dernière prévaut sur l'usage sauf premièrement si l'usage a été introduit par ceux qui ont établi la loi : on présume alors que le législateur y a tacitement consenti. Cela justifie qu'un usage puisse aller à l'encontre des dispositions d'une coutume rédigée. Deuxièmement, sauf si l'usage se substitue à la loi pour des raisons “d'équité” ou “d'utilité publique” : on a là sans doute une référence au caractère rationnel de la norme.

Bouhier, dans ses *Observations*, fait intervenir un autre critère ; affirmant comme les autres que “ les lois elles-mêmes peuvent être abrogées par un usage contraire”, il précise les caractères de validité de l'usage : seul est valable l'usage contredit et confirmé par le jugement d'une cour souveraine. Mais ce jugement est lui-même soumis “au bon vouloir et plaisir du roi, de la volonté duquel dépend toute l'autorité des tribunaux” (85). L'usage est par conséquent en liberté surveillée. Tout comme la confirmation judiciaire renforçait la coutume à la fin du Moyen Age, elle renforce l'usage, nouvelle coutume, dans l'Ancien Régime, à un point tel que Ferrière assimile les Cours souveraines aux

(82) CHALLINE, *op. cit.*, p. 178.

(83) Cl. de FERRIERE, *Coutume de Paris...*, t. 1, n° 28.

(84) *Ibidem*, n° 26-32. En droit romain, il se réfère au *Digeste*, loi *de legibus* et dans le *Code* à la loi *Qua sit longa consuetudo*, 2... auxquels il associe en droit canonique le canon 5, distinction 5 du *Décret* de Gratien, textes qui par les contradictions apparentes qu'ils présentent, permettent au commentateur de la *Coutume de Paris* d'avancer des affirmations nuancées.

(85) BOUHIER, *Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne*, Chap. XIII, n° 38.

réunions des trois ordres. (86)

De fait, et malgré le rôle consenti à l'usage, la coutume sort renforcée de cette évolution. Cela est sensible dans la *Nouvelle Introduction à la pratique* qui est la reprise de l'ouvrage de Ferrière par son fils Claude-Joseph qui le complète et y insère une rubrique nouvelle : "déroger à la coutume" dans laquelle il distingue selon que l'article de la coutume (rédigée bien sûr) est ou non "prohibitif ou irritant". Irritant signifie qui "requiert quelque formalité à peine de nullité". Pour lui, ni les conventions des particuliers, ni un usage contraire, ne peuvent aller contre un article "prohibitif ou irritant" de la coutume. Dans le même sens, il affirme qu'une ordonnance contraire à la coutume, aux intérêts particuliers ou au droit commun, n'a de prééminence qu'autant qu'elle contient une clause expresse exprimant la volonté du prince (87). Il convient évidemment de prendre du recul à l'égard de telles informations quand on sait que bien des textes de la législation d'Ancien Régime, comprenant des dispositions en principe impératives, n'ont pas été appliqués. Cependant, il est intéressant de noter que le contrôle du Prince sur la coutume, ou plutôt sur l'usage qui a pris le rang et la fonction de la coutume non rédigée, est parfaitement admis malgré les affirmations des auteurs sur le pouvoir créateur de l'usage ; et Bouchel est dans le vrai quand il déclare (il écrit au XVI<sup>e</sup> siècle) : "Et ainsi, toute la force des lois civiles et coutumes gît au pouvoir du Prince souverain" (88).

Le Prince souverain, qui a fait rédiger la coutume, en a certes provoqué la fossilisation ou plutôt la cristallisation. L'usage a cependant permis à cette coutume de continuer à évoluer, à petit bruit sans doute et sans grands changements, par là de ne pas se figer totalement. Malgré l'emprise toujours plus grande du roi sur les sources normatives, les praticiens et les parlementaires ont conservé une partie du pouvoir

---

(86) Cl. de FERRIERE, *Coutume de Paris...*, t. 1, n° 93 : "comme le Roi peut interpréter une coutume, aussi les Cours Souveraines doivent en avoir le pouvoir, aussi nous voyons que la Cour a interprété plusieurs articles de cette coutume... Il est vrai que les coutumes ayant été établies par le commun consentement des trois Etats de la province, il faudrait recourir à eux pour en faire l'interprétation,... mais la difficulté de le faire, a transféré ce droit aux Cours Souveraines, ainsi que chez les romains, la difficulté qui se trouva de faire assembler le Peuple Romain pendant la République, pour faire des lois, donna occasion au Sénat Romain, de l'entreprendre sans en avoir reçu l'autorité du peuple".

(87) CL.-J. de FERRIÈRE, *Nouvelle introduction à la pratique*, Paris, 1768, *verbo* Coutume.

(88) BOUCHEL, *op. cit.*, *verbo* Coutume.

qu'avait eu la population de sécréter son propre droit. L'évolution du droit coutumier a été assurément ralentie, et il n'y a pas eu l'unification qu'avait souhaitée le pouvoir royal : en 1789, subsistent environ 60 coutumes générales et 300 coutumes locales.

Les hommes des Lumières, Voltaire en tête (89), raillent cette situations. Les juristes la déplorent dans des libelles très critiques (90). Des codes ont déjà été rédigés en Europe, avec plus ou moins de bonheur, comme le Code Frédéric en Prusse, également en Autriche ou dans le Royaume de Sardaigne : codes au sens étroit du terme (91). En France, des projets ont été ébauchés sans succès (92). La Révolution hérite alors d'un amoncellement de normes juridiques d'origines diverses, notamment coutumières. Quinze ans après les débuts de la Révolution, l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII "abroge les coutumes générales ou locales relatives aux matières formant l'objet du Code civil". Celui-ci a-t-il pour autant fait disparaître la coutume ?

#### LA COUTUME ET LE NOUVEL ORDRE NORMATIF ÉTABLI PAR LA RÉVOLUTION

La Révolution a très vite établi un ordre politique nouveau mais, alors qu'elle affirme également la nécessité de mettre en place un droit civil nouveau, elle ne s'en préoccupe pas immédiatement.

Les cahiers de doléances rédigés en vue des Etats Généraux présentent sur ce point une position nuancée (93). Rares sont ceux qui souhaitent

---

(89) On connaît le commentaire fameux selon lequel : " En voyageant en France, on changeait aussi souvent de lois que de chevaux " : *VOLTAIRE, Dictionnaire philosophique, verbo* Lois civiles et ecclésiastiques.

(90) J. VAN KAN, *Les efforts de codification en France*, Paris, Rousseau, 1929, p. 139 - 154.

(91) J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, 1997, p. 192 - 197.

(92) J. VAN KAN, *op. cit.*, p.154, qui présente quelques projets dès avant 1789.

un Code civil (94) et, quand ils emploient ce terme de code civil, ils désignent parfois un Code de procédure civile (95) ; ce n'est cependant pas toujours le cas (96). Certains émettent le souhait d'une unification de la coutume : c'est ce voeu récurrent d'une code et d'une mesure uniforme, mais, là encore, la demande est ambiguë, chacun souhaitant, sans doute la généralisation de sa propre coutume (97). Quant aux Constituants, leur position n'est guère plus explicite. Certains, peu nombreux, se présentent comme des défenseurs des coutumes. Les autres sont opposés, non pas forcément à la coutume en général, mais à des dispositions particulières servant d'assises aux droits féodaux par exemple, ou à certains privilèges. Ils reconnaissent pourtant tous la nécessité d'établir " un code des lois civiles communes à tout le Royaume " comme l'annonce la Constitution de 1791. L'on parle alors " d'ardente nécessité ", mais il n'y a pas d'urgence, et Merlin, lucide, constate en 1790, que l'on ne peut pas tout faire à la fois (98). Par conséquent, seules des lois à caractère très souvent politique sont votées, lois que l'on voit coexister avec les anciennes dispositions coutumières, avec les ordonnances royales ainsi qu'avec les dispositions des droits romain et canonique non encore abrogées. Quatre projets de code civil échouent entre 1793 et 1800 et cet échec explique le libellé de l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII qui prend acte de la persistance des normes anciennes, puisqu'il les supprime. Les travaux préparatoires du Code civil révèlent à quel point il a été difficile de se défaire de l'ordre normatif ancien et notamment de la coutume, et le Code civil lui-même

(93) J. GOY, rédacteur de la rubrique " Code civil " dans le *Dictionnaire critique de la Révolution française*, sous la direction de F. FURET et de M. OZOUF, Paris, Flammarion, 1978, remarque la disparité qui existe sur ce point entre les cahiers " primaires " et les cahiers de bailliage : si ces derniers sont nombreux à réclamer la rédaction de nouveaux codes ou au moins une réforme des lois civiles et criminelles, les premiers sont au contraire discrets sur ce sujet.

(94) J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code Civil*, Paris, P.U.F., 1992, p. 46 et s., qui indique " Plus de quatre-vingt cahiers de bailliage ou de sénéchaussée, répartis à peu près à travers toute la France emploient l'expression de *Code civil* ".

(95) C'est particulièrement évident dans le cahier de doléances " des districts réunis de Belfort et Huningue " dans lequel apparaît cette demande : " Qu'il soit procédé sans délais à la réformation des codes civil et criminel ", ce qui se réfère évidemment aux Ordonnances civile et criminelle de Louis XIV. *La France d'après les cahiers de doléances*, Musée de l'histoire de France, Archives Nationales, 1978, p. 26.

(96) J. VAN KAN, *op. cit.*, p. 208 et s.

(97) J. GOY, *op. cit.*, affirme " Chaque français, d'une certaine manière, est favorable à une législation unifiée à condition que la règle appliquée à l'ensemble national soit celle de sa paroisse, de sa vallée ou de sa province ". Dans le même sens, J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 48.

(98) J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 80.

est sans doute moins abolitionniste à l'égard de cette dernière qu'on a bien voulu le dire.

### A - L'abandon discuté de la coutume

Aucun des projets précédant le code de 1804 n'aborde explicitement la question de la suppression de la coutume. L'abolition en semble pourtant acquise car les textes de Cambacérès indiquent tous les trois que désormais la législation seule règle les droits civils des citoyens français (99). Les Discours préliminaires sont un peu plus explicites. Le 9 août 1793, dans le Discours préliminaire de son premier projet, Cambacérès se contente de justifier par l'audace, le dessein du code "de tout changer à la fois dans les écoles, dans les moeurs, dans les coutumes, dans les esprits..." (100). Le vocable "coutume" n'apparaît pas dans le Discours préliminaire du deuxième projet, tandis que le Discours préliminaire du troisième projet de code manifeste un changement, car non content de mentionner la coutume, il évoque la Coutume de Paris "qui contenait des dispositions sages que nous avons cru devoir conserver", tout comme il se réfère à Pothier ; pourtant il fustige "cette bigarrure étrange qui place sous des lois différentes les habitants d'un même Etat" (101). Cette idée est reprise par Jacqueminot. Dans le Discours préliminaire du projet qu'il élabore après le coup d'Etat de l'an VIII, Jacqueminot voit dans "cette bigarrure de moeurs et de coutumes" une stratégie du despotisme qui entendait "tout tenir séparé, désuni, divisé", afin de mieux régner et il insiste sur la contradiction entre le besoin parfaitement ressenti d'une entière refonte de la législation ("tâche énorme" reconnaît-il), et "l'espèce de timidité, ou de prudence" du législateur révolutionnaire dans ce domaine (102). Pour lui Bonaparte est en mesure de résoudre cette contradiction. Il la résoudra en effet.

---

(99) Les articles 2 des trois premiers projets : A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, tome 1. L'article 2 du premier projet indique : "La législation règle leurs droits civils", p. 17 ; l'article 2 du deuxième projet précise : "[les lois] qui règlent les rapports des citoyens entre eux composent leur droit privé", p. 110 ; enfin l'article 2 du troisième projet est peu différent du précédent puisqu'il dispose : "[les lois] qui règlent les rapports d'intérêt particuliers entre les citoyens composent leur droit privé", p. 178.

(100) A. FENET, *op. cit.*, t. 1, p. 11. Cambacérès dit également : "en détruisant les lois et les coutumes existantes, il fallait leur substituer une législation parfaite".

(101) *Ibidem*, t. 1, p. 163.

(102) *Ibidem*, t. 1, p. 326.

Le projet du code de 1804 rompt avec le silence relatif à la coutume. Son élaboration, sa discussion et son vote mettent en évidence, à ce propos, un ultime duel entre l'esprit de tradition, qui s'exprime une dernière fois dans le projet de code, et l'esprit nouveau qui triomphe dans le code voté.

L'esprit de tradition n'a pas disparu du projet de code. La personnalité, le passé et la modération des rédacteurs expliquent sans doute leur recours à la tradition. Tronchet, Maleville, Bigot de Prémeneu et Portalis sont en effet des juristes formés dans l'Ancien Régime. Ils sont assurément acquis aux idées nouvelles : certains d'entre eux ont participé aux travaux des assemblées révolutionnaires ; ce sont des praticiens, ils ont tous été avocats, mais également des magistrats : des hommes par conséquent compétents. Ils ont été choisis par le Premier Consul pour leur modération. Tronchet n'a-t-il pas été un des défenseurs du roi ? Ils connaissent les tentatives et de la royauté et de la Révolution pour promouvoir une législation uniforme, mais reconnaissent que le roi n'en avait pas les moyens et que la Révolution, quant à elle, ne bénéficiait pas de la paix intérieure. Ils n'ont pas l'intention de conserver le système coutumier qu'ils expliquent par le fait que "les hommes changent plus facilement de domination que de lois" (103).

Pourtant, lorsqu'ils élaborent leur projet, "il leur paraît utile", dira Portalis dans le Discours préliminaire, de faire figurer en préambule un "Livre préliminaire" qui a pour titre "Du droit et des lois en général". Ce livre est incontestablement le résultat de deux influences. La première est celle des oeuvres de Justinien, transmise par Domat dont "Les Lois civiles" sont précédées par le "Traité des Lois" : Domat, dont le crédit avait été grand durant tout l'Ancien Régime connaît là une dernière faveur, c'est la part de la tradition (104), d'une tradition sans doute encore largement admise puisqu'elle trouve en 1804 des défenseurs comme Bernardi, l'auteur d'un opuscule consacré à une *Nouvelle théorie des lois civiles* qui fait un éloge de Domat et de ses *Lois civiles* qui "chez

(103) *Ibidem*, t. 1, Discours préliminaire.

(104) A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969, p. 146 - 147. L'auteur cite MALEVILLE qui fait état des hésitations des rédacteurs du code, au moment de choisir le plan et parle du "judicieux Domat" qui, "en mettant dans un Livre préliminaire les notions nécessaires sur les personnes et les choses, n'a...ensuite divisé son ouvrage qu'en deux parties" : *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, p. 4.

un autre peuple [seraient] depuis longtemps devenues le code national” (105). Il y a aussi une influence récente : le Livre préliminaire est bref, il comporte 39 articles répartis en 6 titres et il est vraisemblablement rédigé à des fins didactiques ; c’est peut-être une ultime manifestation de l’utopie révolutionnaire qui voulait un Code civil “qui fut à la portée du moindre citoyen” (106).

On pouvait alors attendre de ce catéchisme juridique, sinon un réquisitoire contre la coutume, du moins une abolition aussi totale que celle qui apparaissait dans les projets révolutionnaires. Au lieu de quoi on voit cette ancienne norme réapparaître au contraire comme source du droit. L’article 4 du premier titre consacré à des définitions générales, indique en effet : “ Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres et en partie de ses coutumes et usages qui sont le supplément des lois”. On ne peut être plus clair : supplément des lois, la coutume retrouve là une des fonctions qu’elle avait dans l’Ancien Droit quand on faisait d’elle l’interprète éventuelle de la loi. Quant à sa définition, elle est donnée par l’article 5 qui indique : “la coutume résulte d’une longue suite d’actes constamment répétés, qui ont acquis force d’une convention tacite et commune” (107). En revanche aucune définition n’est donnée de l’usage, mais l’article 11 du titre V dispose ultérieurement que : “dans les matières civiles le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d’équité. L’équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive” (108).

Ces articles ne sont pas anodins et Portalis s’en explique dans son Discours préliminaire. Il reconnaît l’impossibilité pour les rédacteurs d’un code de régler toutes les situations susceptibles de se présenter et de tout prévoir ; il constate que “les lois une fois rédigées demeurent telles qu’elles ont été écrites, les hommes au contraire ne se reposent jamais”, ce qui suscite forcément des situations nouvelles. Par conséquent, “ une foule de choses sont nécessairement abandonnées à l’empire de l’usage, à la discussion des hommes instruits, à l’arbitrage des juges” (109). Et

(105) J.-E.-D. BERNARDI, *Nouvelle théorie des lois civiles*, Paris, an X - 1804, p. 58.

(106) A. FENET, *op. cit.*, t. 1, p.471.

(107) Articles 4 et 5 du titre premier des Définitions générales. A. FENET, *op. cit.*, t. 2, p. 4.

(108) Article 11 du titre V : “De l’application et de l’interprétation des lois”. Projet de Code civil, A. FENET, *op. cit.*, t. 2, p. 7.

(109) *Ibidem*, t. 1, p. 470.



Portalis insiste sur l'importance de l'usage pour pallier le défaut inévitable de textes législatifs. Son argumentation est celle d'un praticien et n'aurait sans doute pas été désavouée par ses confrères de l'Ancien Droit. Il affirme en effet "[qu'] à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi". Il en appelle aux "usages reçus", à "une tradition suivie d'usages", à "l'usage ou l'équité" et il conclut et renforce son analyse en affirmant : " les codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas" (110) ce qui, de la part d'un des rédacteurs du futur Code Napoléon est une position de principe pour le moins surprenante quoiqu'à double sens (111). Cependant il ne détermine pas les places respectives de la coutume, qui a été définie, et de l'usage dont le sens n'est pas précisé. Cette position des rédacteurs du Code n'a pas fait école. Le Livre préliminaire a été laminé au cours de la discussion et du vote.

A l'issue de la rédaction, le Projet de code, accompagné du Discours préliminaire, est soumis à la critique du Tribunal de Cassation et des tribunaux d'appel "afin de s'entourer du plus grand nombre de lumières possibles" (112). Les observations des magistrats sont ensuite collectées et publiées.

Le tribunal de Cassation apporte des retouches légères aux définitions générales du titre premier, et des précisions qui ont pour objet, d'une part d'affirmer le caractère seulement supplétif de la coutume (qui ne peut être contraire aux lois et ne peut les abroger), et d'autre part d'affirmer le rôle de la jurisprudence dans son élaboration (113). L'article 11 du titre V est déplacé sans être modifié (114).

Quant aux tribunaux d'appel, une vingtaine d'entre eux sur les vingt-sept qu'ils sont, portent une appréciation sur le Livre préliminaire, parfois pour le critiquer dans sa totalité, comme le fait le tribunal

(110) *Ibidem*, t. 1, p.470 - 476.

(111) J. CARBONNIER voit dans le Code autant une histoire accomplie qu'une histoire à accomplir et dans la phrase de Portalis "une ouverture à l'avenir", "une mémoire en développement" : "Le Code civil", *Les lieux de mémoire*, sous la direction de P. NORA, t. 2, *La Nation*, Gallimard, 1993, p 295 et note 7, p. 313.

(112) A. FENET, *op. cit.*, t. 1, p. LXIII.

(113) *Ibidem*, t. 2, p. 415.

(114) *Ibidem*, p. 420.

d'appel de Rouen, qui le trouve à la fois inutile et dangereux (115). Dans l'ensemble, les tribunaux d'appel commentent de préférence les titres III, IV et V réglementant respectivement la publication des lois, les effets de la loi et l'interprétation des lois. Le tribunal d'Agen exécute rapidement le titre III de ce Livre en estimant qu'il "ne parait bon ni dans sa rédaction, ni dans ses dispositions (116). Ils sont peu nombreux à s'arrêter sur le titre premier consacré aux définitions générales, mais quand ils le font, c'est pour critiquer les articles relatifs à la coutume ou à l'usage. Six d'entre eux font référence aux articles 4 et 5, parfois brièvement comme le tribunal d'Ajaccio qui juge la définition de la coutume imprécise (117), ou comme celui d'Amiens qui énonce sobrement : "Les coutumes non écrites ne peuvent jamais faire loi sans donner lieu à une variation continuelle de jurisprudence. Il faut supprimer les quatorze derniers mots de l'article 4. Pour les mêmes raisons, supprimer l'article 5" (118). Le tribunal de Montpellier, quant à lui, discute la définition de la coutume (119). Parfois, la réponse donne lieu, comme celles des tribunaux d'appel de Lyon, Paris et Rouen, à des développements fort longs contenant une critique sévère. C'est le cas du tribunal d'appel de Rouen qui proteste contre la trop grande latitude laissée à l'arbitraire des juges et qui remarque que ce défaut tient sans doute "au plan qu'on s'est formé de réunir dans le même Code la totalité [du] droit civil" (120) : car toute législation est composée de deux parties. La première, qui a ses sources dans l'équité, est une collection des principes du droit commun, principes dont le code ne peut donner qu'un "traité plus ou moins sommaire". L'autre partie "forme la législation particulière et positive de chaque peuple ... [elle] appartient à l'ordre public, il n'y peut être dérogé par aucune convention privée, par des usages, par des motifs d'équité ou par toute autre considération". Par conséquent, le tribunal de Rouen demande la

---

(115) A. FENET, *op. cit.*, t. 5, p. 458-459.

(116) A. FENET, *op. cit.*, t. 3., p. 26.

(117) *Ibidem*, p. 118 : "Cet article parait un peu vague, il conviendrait de fixer la manière de constater la réalité des usages et d'établir le temps nécessaire pour obtenir vigueur".

(118) A. FENET, *op. cit.*, t. 3, p. 125.

(119) *Ibidem*, t. 4, p.421 : "Il ne parait pas suffisant d'établir qu'une Coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés ; il faudrait, de plus fixer le temps pendant lequel la Coutume a dû être observée pour avoir acquis force de loi". Les magistrats de Montpellier retrouvent là une exigence que les droits savants avaient tenté d'imposer.

(120) A. FENET, *op. cit.*, t. 5, p.456-457.

suppression du “Livre du droit et des lois” et s’insurge en particulier contre “les coutumes et les usages non sanctionnés par l’autorité publique [qui] ne peuvent avoir force de loi dans un bon Gouvernement et surtout dans un Gouvernement républicain, où la loi doit être une comme sa constitution” (121). Le tribunal d’appel de Lyon lui fait écho et s’étonne : “serait-il possible qu’on laissât subsister encore les lois romaines, les Coutumes, les usages, les statuts locaux, les règlements, qu’ainsi le nouveau Code jeté au milieu de ce chaos, ne fût qu’un embarras, un malheur de plus ?” (122). Le tribunal de Paris conclut : “Le Livre préliminaire érige en article de loi des maximes et des réflexions qui paraîtraient mieux placées dans un traité de droit que dans un Code” (123), code qui “ne doit présenter que des règles claires et précises, et non pas des vérités abstraites qui sont elles-mêmes une méditation sur les lois” (124). Du reste, dans le projet de Livre préliminaire qu’il propose, le tribunal d’appel de Paris supprime toute allusion à la coutume, à l’usage et à toute norme autre que la loi.

L’argument est décisif. La commission de rédaction comprend parfaitement le message. Aussi, quand le Livre préliminaire est soumis à la discussion du Conseil d’Etat, ne contient-il plus que huit articles. La référence à la coutume et à l’usage a disparu. Portalis justifie cet abandon en faisant valoir l’inutilité des définitions trop générales et trop abstraites qui avaient été proposées et en indiquant que la commission a fait la part de la science et de la législation : les définitions sont du ressort de la science, tandis que “tout ce qui est commandement, dispositions

(121) *Ibidem*, p. 459 -460.

(122) *Ibidem*, t. 4, p. 27.

(123) Ce point de vue a été mis à profit par C. DEMOLOMBE, qui, dans le tome I<sup>o</sup> de son *Cours de Code civil*, Paris, 1845, fait précéder le Livre premier, “Des personnes”, d’un Titre préliminaire qui s’intitule : “de la publication, des effets et de l’application des lois en général” qui reprend assez exactement le plan du Livre préliminaire de Portalis et qui va jusqu’à consacrer le premier chapitre à ce thème : “Du droit et des lois”. On est frappé de la similitude des termes et du plan. Demolombe, tout comme les rédacteurs du Code consacre ses premiers développements à des définitions et à des distinctions comme celle qu’il faut faire entre le droit écrit et le droit non écrit. Là, il mentionne la coutume et l’usage sans toutefois les définir.

(124) A. FENET, *op. cit.*, t. 5, p. 94. MALEVILLE prendra acte de cet argument dans son *Analyse raisonnée... op. cit.* : “on dit que le code civil ne devait pas renfermer de définitions, et que tout ce qui était doctrine, devait être renvoyé à l’enseignement du Droit dans les écoles”. J.-E.-B. BERNARDI, écrivait déjà, en l’an VIII, dans son *Institution au droit français civil et criminel*, Paris, 434 p., p. VII : “L’on ne trouvera pas ici toutes les lois en détail. Ce n’est pas un code que nous avons voulu compiler. C’est un traité élémentaire où nous avons discuté et établi les principes fondamentaux des lois civiles et criminelles ; ce qu’un code ne comporte point. Car un code est un recueil de lois qui commandent et ne discutent pas”.

proprement dites est du ressort des lois” (125). Le 28 messidor an IX, la commission décide que “les dispositions du Livre préliminaire qui appartiennent à la législation seront rédigées en un seul projet de loi”, éliminant ainsi les dispositions controversées. Ce parti est renforcé par le choix qui est fait du temps employé : “dans la rédaction du Code, on emploiera toujours le futur”. Ce choix sera ultérieurement développé devant le Tribunal. “En français, indique le rapporteur Andrieux, le futur remplace l’impératif, et convient par conséquent à la rédaction des lois qui sont faites pour ordonner ou pour défendre” (126). Ce n’était pas le cas des coutumes qui, remarque-t-il, “avaient, dans beaucoup de leurs dispositions adopté l’indicatif présent : *Le mort saisit le vif*.. Cette rédaction qui se ressent de sa gothicité.....est l’énonciation d’un fait présent”, les coutumes n’étaient “qu’un recueil de faits et d’usages reçus qu’on couchait sur un registre, pour servir de règle pendant un temps”. L’emploi du futur, que connaissaient déjà les ordonnances royales, ancre définitivement le code civil dans la modernité (127). La coutume est sortie du Livre préliminaire et les débats devant les assemblées législatives vont encore réduire tout ce qui aurait pu rappeler l’existence d’une coutume qui correspond bien encore à des usages rédigés officiellement..

Après la discussion du texte par le Tribunal, et le vote par le Corps Législatif, ne subsistent du Livre préliminaire que les six articles qui y figurent encore aujourd’hui (128). L’esprit nouveau a vaincu. Maleville constate dès 1805 :” Ce fut aussi sans contradiction que passa la suppression presque entière du Livre préliminaire que Monsieur Portalis avait rédigé à l’instar du livre des lois de Domat, dans lequel il avait bien

---

(125) A. FENET, *op. cit.*, t. 6, p. 43. A.-J. ARNAUD, *Essai d’analyse structurale du Code Civil français, La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, 1973, p. 43, considère que si l’on ne peut pas dire que le Code civil soit un recueil de définitions, “il y avait pourtant un grand risque à ce qu’il le fût, puisque ses origines étaient doctrinales, et que la définition est le point de départ de l’axiomatique moderne”.

(126) A. FENET, *op. cit.*, t. 6, p. 56.

(127) Le Code est loin d’être en totalité au futur. Andrieux s’en explique. Seuls sont au futur les articles impératifs. Les autres sont au présent “parce qu’ils ne sont qu’énonciatifs”.

(128) Ces six articles donnent lieu à des débats serrés, restitués par le tome 6 de A. FENET. Des opposants y voient encore des restes de l’Ancien Régime ou pire des dispositions inutiles : ce serait de “vagues maximes”. A cette occasion, un orateur les compare pour les défendre, aux articles supprimés “qui n’étaient en effet que des maximes de barreau”, A. FENET, *op. cit.*, t. 6, p. 334.

surpassé son modèle” (129). Comme le note A.-J. Arnaud, la disparition de la trace de Domat (130) signale une transformation en profondeur : on voit les rédacteurs du code abandonner des fondements anciens pour adhérer à la pensée moderne, ce que J.-A. Arnaud analyse comme “le passage d’un système d’inspiration jusnaturalistique moderne à un système de conception positiviste”. La discussion du Livre préliminaire est par conséquent un temps très fort dans l’élaboration du droit, “moment de rupture, sous couvert de continuité” (131). Les membres du tribunal d’appel de Rouen souhaitaient ils ce passage quand ils distinguaient “les notions générales du droit” -qu’il fallait éliminer du projet de Code- de la “législation positive” (132) ? Ils n’en étaient sans doute pas conscients, mais étaient représentatifs des juristes de leur temps. La rupture a eu pour conséquence en principe de faire disparaître la référence à la coutume. Et cet abandon de la coutume et de l’usage n’a soulevé d’objection ni devant le Tribunal, ni devant le Corps législatif. Est-ce à dire que la coutume a totalement disparu du Code civil ? Pas vraiment car elle se maintient, mais avec discrétion.

## B - La coutume dans le code de 1804

Si la coutume ne figure plus dans le Livre préliminaire, elle n’a pas pour autant disparu du Code civil. Elle est encore présente sous sa double forme d’usage et de coutume rédigée.

Les usages sont la forme la plus visible de la coutume. Le Code civil y fait explicitement référence sans toutefois les colliger ce qui aurait pour effet de les fixer, c’est à dire de les transformer en “coutume”, ce que le code ne prévoit pas. Il s’agit bien de laisser une certaine liberté aux populations et à leur pratique. Sont alors présents dans le Code les usages relatifs à la propriété foncière et au voisinage : dans les articles 663, 671 et 674 ; les usages relatifs à l’usufruit, dans les articles 590,591

---

(129) J. de MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d’Etat*, Paris, 1805, t. 1, p. 4. Il continue : On a dit que le Code civil ne devait pas renfermer de définitions, et que tout ce qui était doctrine devait être renvoyé à l’enseignement du droit dans les écoles. Je connais la règle *omnis definitio in jure periculosa est* ; j’avoue que j’ai toujours regret à ce beau frontispice qui prévenait si agréablement en faveur du corps de l’ouvrage .

(130) A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales...*, p. 147 : “Toute trace du plan de Domat était donc appelée à disparaître, même la plus moderne, ce fameux livre préliminaire souhaité par Leibniz, réalisé par Domat et repris par Portalis”.

(131) A.-J. ARNAUD, *Essai d’analyse structurale...*, *op. cit.*, p. 43 -45.

(132) A. FENET, *op. cit.*, t.5, p. 457.

et 593 ; les usages conventionnels, dans les articles 1135, 1159 et 1160, et enfin les usages en matière de contrat de location des articles 1754, 1759, 1762 et 1777. C'est dans l'article 593 (133) qu'apparaît le terme de "coutume" et l'on peut se demander s'il s'agit d'un oubli du législateur de 1804 tandis que l'article 1135 (134) retrouve l'association, chère aux rédacteurs du Livre préliminaire d'avant la discussion, de l'usage et de l'équité. Le Code n'aborde pas la question des usages commerciaux qui ne sont pas de son domaine. Aujourd'hui cette norme connaît peut-être un regain d'intérêt ainsi que semblent le prouver les articles 389.3 et 450 dont la formulation, qui date de 1964, prévoit des cas où le mineur peut agir lui-même quand "la loi ou l'usage" l'y autorise.

Ces usages retenus par le code civil sont des dispositions coutumières non rédigées. Ils varient selon les régions et conservent la faculté d'évoluer. Ils restent cette partie du droit que nulle codification ne peut ou ne veut fixer. Leur importance est telle qu'ils ont donné lieu à deux reprises, en 1844 et en 1924, à une rédaction menée par les préfets au XIX<sup>e</sup> siècle et par les Chambres d'Agriculture au XX<sup>e</sup> siècle ; mais cette rédaction n'a jamais reçu l'homologation qui aurait fait de ces usages les termes de la loi (135). Cependant, ils interviennent dans le silence volontaire de la loi et dans certains domaines, ils ont tenu au XIX<sup>e</sup> siècle la loi en échec : Merlin le signale dans ses *Questions de Droit* (136). Ce sont des usages au sens où l'on entendait ce mot sous l'Ancien régime après la rédaction des coutumes, une coutume non rédigée ou non homologuée. Le Code s'y réfère mais les laisse évoluer en liberté. C'est à eux que l'on pense lorsqu'aujourd'hui on parle de la coutume et de l'usage.

---

(133) Article 593 : "[l'usufruitier] peut prendre... le tout suivant l'usage du pays ou la coutume des propriétaires". Cette référence à la coutume et à l'usage n'a suscité aucun débat lors de la discussion du Code civil ; J. de MALEVILLE, *Débats raisonnés...*, *op. cit.*, t. 2, p. 67.

(134) Article 1135 : "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature". Lors de la discussion au Conseil d'Etat, "on objecte contre cet article qu'il pourrait soumettre le débiteur à des obligations qu'il n'avait pu prévoir, car personne ne connaît tous les usages. On répondit qu'il était difficile aussi de tout spécifier dans un acte... et qu'on était censé s'assujettir à tout ce qui était la conséquence de [sa] nature, ou que l'usage autorisait. *In contractibus tacite veniunt ea qua sunt moris et consuetudinis*" commente MALEVILLE, *op. cit.*, t. 3, p. 33 -34.

(135) G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit Civil*, t. I, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1972, p. 206 et note 4.

(136) MERLIN, *Question de droit*, Paris, 1828, *verbo* Société.

L'autre forme sous laquelle la coutume est présente dans le Code civil n'est plus perceptible pour nous après deux siècles. C'est l'emprunt que le Code a fait à la coutume rédigée, la seule en 1804 à porter ce nom de coutume, qui s'est fondue dans le droit positif. La coutume fait ainsi partie de la chair même du Code ; ce dont les rédacteurs n'avaient pas fait de mystère et que Portalis exprimait en indiquant " nous avons fait une transaction entre le droit écrit et les coutumes toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions" (137). Des emprunts d'autant plus invisibles que le style homogène du Code les met sur le même plan que des dispositions récentes, mais ils n'en sont pas moins nombreux : emprunts à des solutions de la coutume de Paris ou à celle d'Orléans, par le truchement de Pothier : la coutume est de ce fait devenue partie intégrante du droit positif moderne (138). Ces emprunts sont tellement nombreux qu'au XIX<sup>e</sup> siècle des tables de concordance sont régulièrement établies entre les articles du Code civil et les articles des traités de Pothier (139). La filiation est reconnaissable mais l'expression des textes est différente : le style de la codification est plus concis plus clair, plus moderne. Toutefois, il existe des cas où la ressemblance est saisissante. C'est le cas notamment de l'article 1453 du Code que l'on peut aisément rapprocher de l'article 531 du Traité de la communauté de Pothier et de l'article 237 de la Coutume de Paris. La Coutume énonce en 1580 : "Il est loisible à toute femme noble ou non noble de renoncer si bon lui semble après le trépas de son mari à la communauté de biens d'entre elle et de sondit mari, la chose étant entière". Ce qui deux siècles plus tard environ est traduit par Pothier en ces termes : "Après la dissolution de la communauté, il est ordinairement au choix de la femme ou de ses héritiers et autres successeurs universels d'accepter la communauté ou d'y renoncer". Le Code civil retient la formulation : "Après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers ou ayants- cause ont la faculté de l'accepter ou d'y renoncer, toute convention contraire est nulle". C'est

---

(137) A. FENET, *op. cit.*, t. 1, p. 481. Portalis dit encore dans le Discours préliminaire : "Dans le nombre de nos coutumes, il en est sans doute qui portent l'empreinte de notre première barbarie ; mais il en est aussi qui font honneur à la sagesse de nos pères, qui ont formé le caractère national et qui sont dignes de notre temps. Nous n'avons renoncé .... qu'à celles qui répugnent autant à la raison qu'à nos moeurs".

(138) A. VIGIE, en donne des exemples dans sa contribution : "De la nécessité d'une édition du Code civil au point de vue historique" : *le Code civil, 1804 - 1904, Livre du centenaire*, rééd. 1979, p. 25-43.

(139) L'avocat Dupin établit une telle table de concordance dans l'édition qu'il donne des ouvrages de Pothier.

en 1985 que l'article 1453 est abrogé. Des emprunts aussi évidents à la coutume de Paris ou à Pothier sont nombreux. Les importantes réformes du droit de la famille depuis les années soixante de notre siècle ont fait disparaître la plupart de ces témoins de notre ancien droit. Il en subsiste encore en droit des biens (140). Alors, depuis bientôt deux siècles, le Code civil ignore la coutume parce qu'il en a assimilé ce qui en était assimilable et certains usages ou coutumes qu'il a oubliés ont perduré d'eux-mêmes.

Le XIX<sup>e</sup> siècle a hérité d'un droit venu parfois en ligne directe de l'Ancien Régime. Et il hérite aussi de son vocabulaire. La coutume au XIX<sup>e</sup> siècle reste, quoiqu'ait pu en dire A. Lebrun, l'usage rédigé et homologué (141). Merlin, comme le remarque A. Lebrun, conserve la distinction dans son *Répertoire* (142) et dans ses *Questions de droit* et indique que les coutumes peuvent être invoquées comme "raison écrite" sur les questions que ces matières présentent et que le Code civil ne décide pas. En 1830, Toullier donne encore les définitions respectives de la coutume et de l'usage telles qu'elles avaient été établies dans l'ancien droit et il constate : "les anciennes coutumes rédigées par écrit étant abrogées, il ne peut plus être question que des usages non écrits" (143) ; ce qui n'aboutit pas à rétablir la synonymie entre les deux termes, mais au contraire à conserver l'ancienne dénomination. En 1858, encore, le *Répertoire de jurisprudence* de Dalloz adopte une définition directement issue de la doctrine d'Ancien Régime : " sous cette dénomination d'usage sont comprises les règles introduites par les mœurs et la tradition mais non rédigées par écrit, à la différence des

---

(140) On peut ainsi rapprocher l'article 92 de la Coutume de Paris pour laquelle "Bois coupé, blé, foin ou grain soyé ou fauché, supposé qu'il soit encore sur le champs et non transporté, est réputé meuble ; mais quand il est sur le pied et pendant par racine, est réputé immeuble. Ce que l'article 520 du Code énonce sous la forme : "Les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis sont pareillement immeubles. Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés quoique non enlevés, ils sont meubles..."

(141) A. LEBRUN, *La coutume...*, *op. cit.*, p. 144 écrit : "Il nous faut signaler le changement qui survint dans la terminologie employée après la codification. Du fait de la disparition définitive des coutumes rédigées, les mots "coutume" et "usage" perdirent l'acceptation (sic) occasionnelle qu'ils avaient prise à la suite de la rédaction des coutumes".

(142) "Aujourd'hui, nous appelons *coutumes*, les règles qui se sont introduites par les mœurs du peuple, et que l'autorité législative a fait rédiger par écrit ; et le nom d'*Usage* est resté à celles dont il n'existe point de rédaction ordonnée ou approuvée par le souverain, *Répertoire raisonné de jurisprudence*, 1827, *verbo Usage*.

(143) C.-B.-M. TOULLIER, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris, 1830, t. 1, p. 126-127.



coutumes proprement dites” (144). Quelques années plus tard, Aubry et Rau parlent des usages ou coutumes *lato sensu* et précisent que “l’expression coutume est aussi employée dans un sens plus restreint pour désigner les anciens usages qui, ayant été rédigés par écrit et promulgués par l’autorité publique, ont revêtu la forme d’un droit écrit” (145) mais ils donnent cependant la primauté au terme d’usage pour qualifier par préférence les coutumes non rédigées. Ils sont sans doute parmi les derniers à enseigner que la préférence pour le mot usage s’exprime en référence à des coutumes rédigées, seules qualifiées de coutumes. Rares sont ceux qui, à l’image du Doyen Carbonnier, enseignent aujourd’hui que lorsque la loi du 30 ventôse an XII déclare dans son article 7 les coutumes générales abolies en bloc, “cette abrogation ne porte que sur les coutumes rédigées de l’Ancien Droit” (146). De nos jours on l’a généralement oublié et cet oubli suscite un malentendu à propos de la coutume dans le Code civil car les rédacteurs du Code sont restés fidèles aux choix sémantiques de l’Ancien Régime. Ils n’ignoraient pas la coutume dans son sens originel de coutume non rédigée, d’usage ; mais ils auraient cru être imprécis en parlant de coutume car cette dernière était pour eux, par principe rédigée. C’est l’oubli de ce choix vieux de deux siècles, qui a pu nous laisser croire que, pour le Code civil, le mot coutume fait partie d’une “succession répudiée”.

Jacqueline MOREAU-DAVID

*Professeur à l’Université  
René Descartes - Paris V*

(144) Dalloz, *Répertoire de jurisprudence*, 1858, à l’article “Lois”, § Usage, n° 112.

(145) Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de Droit civil français*, 4<sup>e</sup> édition, 1869, t. 1, p. 42.

(146) J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Paris, P.U.F., 1991, p. 240, pour qui d’ailleurs “[l’abrogation] ne concerne pas la coutume en tant que source générique du droit... il y a donc une épaisseur de coutumes postérieures à 1804, sur quoi la loi de l’an XII est sans effets” ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.*, pensent au contraire que l’article 7 s’appliquait également aux usages non écrits.