

LA CODIFICATION DES COUTUMES RURALES À LA FIN DU MOYEN ÂGE :

LES MÉDIAS ET LES AGENTS DU DROIT ORAL

Les médias (entendus au sens de moyens de connaissance et de transmission) du droit animent le débat scientifique depuis longtemps – et cela, bien au-delà du domaine de l’histoire¹. Depuis le romantique allemand Jakob Grimm au plus tard, le passage d’une tradition de normes non-écrites à une tradition de normes écrites a été considéré comme une rupture radicale, non seulement dans le développement du droit, mais aussi dans le développement culturel en général. Jakob Grimm est connu pour son recueil de contes allemands². Par ailleurs, il commença autour de l’an 1810 à constituer un autre vaste recueil de coutumes rurales allemands, ce que l’on appelle *Weistümer* ou bien rapports de coutumes³. Il interpréta ceux-ci comme étant la première documentation écrite d’une tradition très ancienne de droit non-écrit. Ensuite, il se mit, avec une nostalgie qui fit des émules, à la recherche des vestiges d’un ancien droit germanique pour lequel l’oralité aurait été constitutive⁴. À ses yeux, le droit oral s’orientait, par

1. Cet article est un résumé de mes recherches sur les coutumes et, en partie, une traduction de mon article, « Zur Mediengeschichte des “mündlichen Rechts” im späteren Mittelalter », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 131, 2014, p. 69-88. Je me réfère également à mon livre, *Lord's Rights and Peasant Stories. Writing and the Formation of Tradition in the Later Middle Ages*, Philadelphia, 2012.

2. Brüder Grimm, *Kinder – und Hausmärchen* (Hans-Jörg Uther éd.), 3 Bd., Faksimile der 2. Auflage der KHM von 1819 sowie des Anmerkungsbandes von 1822, Hildesheim 2004 (= Bd. 43-45 der Forschungsausgabe : Jacob – Wilhelm Grimm. Werke) ; Les Frères Grimm, *Contes pour les enfants et la maison* (N. Rimasson-Fertin éd.), 2009.

3. *Weistümer* (J. Grimm éd.), 7 Bd., Nachdruck, Darmstadt, 1957 (Originalausgabe 1840-1866).

4. W.G. Busse, « Jacob Grimms Konstruktion des Mittelalters », *Mittelalter und Moderne. Entstehung und Rekonstruktion der mittelalterlichen Welt, Kongressakten des 6. Symposiums des Mediävistenverbandes in Bayreuth 1995* (P. Segl Hg.), Sigmaringen 1997, p. 443-451 ; W. Ogris, « Jacob Grimm und die Rechtsgeschichte », *Jacob und Wilhelm Grimm : Vorträge und Ansprachen in den Veranstaltungen der Akademie der Wissenschaften und der Georg-August-*

rapport au droit écrit, vers le consensus, plutôt que vers le conflit, vers la tradition, plutôt que vers des intérêts individuels, incarnant ainsi un esprit populaire, pas du tout érudit ou raffiné.

Grimm instaura une tradition de recherche qui traite, certes, des médias, mais qui lie ceux-ci de manière implicite à certaines conceptions des acteurs du droit et de leur constitution sociale. Il attribua l'ancien droit écrit à un collectif indifférencié, le peuple, au sens allemand de *Volk* qui se réfère avant tout à l'ethnicité, alors qu'il associa la mise par écrit au milieu des juristes élitistes et individualistes. On pourrait évoquer le rôle que les *Weistümer* ont joué depuis lors comme indices d'une culture germanique. Par exemple, une des premières démarches de la politique culturelle nazie après l'occupation de l'Alsace était un grand projet d'inventaire des *Weistümer*⁵.

Malgré ses racines remontant au romantisme allemand, cette conception du droit oral connut une véritable mondialisation au cours du xx^e siècle. Déjà Fritz Kern, dont l'œuvre *Recht und Verfassung* se diffusa en traduction anglaise dans le monde occidental, porta hors du cadre national allemand la discussion sur la rupture observée par Grimm⁶. Le marquage traditionnel et populaire du droit non écrit ainsi que l'équivalence entre anciennes pratiques et normes apparaissent chez lui non plus comme des phénomènes spécifiquement germaniques, mais comme des réalités qui auraient affecté le Moyen Âge européen dans son ensemble, celui-ci, par ailleurs, constituant une ère vaguement définie, avant la genèse de l'État et avant le développement d'une culture de l'écrit administratif⁷.

Ultérieurement, dans les années 1960, des anthropologues comme Jack Goody ont généralisé ce concept. Pour eux, la mise par l'écrit dans

Universität Göttingen anlässlich der 200. Wiederkehr ihrer Geburtstage am 24., 26. und 28. Juni 1985 in der Aula der Georg-August-Universität Göttingen, Göttingen, 1987, p. 67-95. Sur la vision évolutionniste de la langue et de la société à l'exemple de la collection de contes, R. Baumann et C.S. Briggs, *Voices of Modernity, Language Ideologies and the Politics of Inequality*, Cambridge, 2003, p. 197-225.

5. Cf. K.R. Kollnig, *Elsässische Weistümer. Untersuchung über die bäuerliche Volksüberlieferung am Oberrhein*, Frankfurt, 1941 (Schriften des wissenschaftlichen Instituts der Elsass-Lothringer im Reich NF 26).

6. F. Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, Darmstadt, 1972 (Neudruck, Originalausgabe in : *Historische Zeitschrift* 120, 1919, p. 1-79) ; *Kingship and Law in the Middle Ages, Translated with an Introduction by S. B. Chrimes*, Oxford, 1939 (mit Neuaufgaben in Oxford 1948, Westport 1985).

7. Les idées de Grimm se sont également imposées dans la recherche francophone, surtout en Suisse Romande, cf. par exemple J.F. Poudret, « L'attitude des coutumiers à l'égard du droit écrit en pays romands à la fin du Moyen Âge », *El dret comú a Catalunya. Ius proprium – ius comune a Europa, actes del IIIer Simposi Internacional, celebrat en homenatge al professor André Gouron amb motiu de la seva investidura com a "doctor honoris causa" per la Universitat de Barcelona, 5-7 de novembre de 1992* (A. Iglesias Ferreirós), Barcelona, 1993, p. 123-138.

son ensemble, et en particulier le passage du droit oral au droit écrit, ne marquaient plus seulement une rupture dans l'histoire européenne, mais étaient devenus les facteurs déterminants d'un processus de modernisation, achevé en Occident par le passage du Moyen Âge à l'Époque Moderne, tandis que dans les pays dits en voie de développement, cette transformation n'avait été achevée qu'au xx^e siècle, ou n'avait même pas encore été entièrement engagée⁸.

Les étapes et les conséquences de la mise par écrit et de la *literacy* sont devenues par la suite un des thèmes centraux de l'anthropologie. En même temps, les Nations Unies et d'autres acteurs de la politique de développement ont déployé des efforts considérables pour des programmes d'alphabétisation, notamment parce que, influencés par la recherche sur la *literacy*, ils étaient persuadés de la force modernisante de la mise par écrit⁹. Dès lors, les discussions sur le droit oral et l'écrit au Moyen Âge européen ne se laissent plus circonscrire à un cercle restreint d'experts du droit médiéval. Ils jouent un rôle considérable aussi dans des débats globaux sur les théories de la modernisation ainsi que sur les politiques qui y mènent.

Il est vrai que ces débats attribuent à l'oralité et à la mise par écrit – et par conséquent au passage d'un médium à l'autre – une portée juridique et sociale énorme, mais il me semble aussi que cela a empêché une confrontation avec les problèmes qui se posent actuellement en sciences de communication et en histoire des médias. Ainsi, on n'a guère interrogé la transmission du droit en fonction des supports matériels, des formats, des genres textuels, ou les options d'action ouvertes par les différentes utilisations de l'écrit¹⁰. Même les questionnements savants sur l'histoire de l'écrit et de la lecture, d'Armando Petrucci et Hagen

8. J. Goody, « The Logic of Writing and the Organization of Society », *Studies in Literacy, Family, Culture and the State*, Cambridge, 1986 ; *The Power of the Written Tradition*, Washington-London, 2003.

9. P. Goetsch, « Der Übergang von Mündlichkeit zu Schriftlichkeit. Die kulturkritischen und ideologischen Implikationen der Theorien von McLuhan, Goody und Ong », *Symbolische Formen – Medien – Identität* (Wolfgang Raible éd.), 1991 (Jahrbuch 1989/90 des Sonderforschungsbereichs Übergänge und Spannungsfelder zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit), p. 113-129 ; P. Probst, « Die Macht der Schrift. Zum ethnologischen Diskurs über eine populäre Denkfigur », *Anthropos*, 87, 1992, p. 167-182 ; B.V. Street, « Introduction : The New Literacy Studies », *Cambridge Studies in Oral and Literate Culture*, 23 : Cross-Cultural Approaches to Literacy, Cambridge, 1993, p. 1-21.

10. Pour des approches historiques, cf. L. Kuchenbuch, « Die Achtung vor dem alten Buch und die Furcht vor dem neuen. Cæsius von Milendonk erstellt 1222 eine Abschrift des Prümers Urbar von 893 bis 983 », *Historische Anthropologie. Kultur, Gesellschaft, Alltag* 3, 1995, p. 175-202 ; F. Crivellari, K. Kirchmann, M. Sandl, R. Schlögel, « Einleitung : die Medialität der Geschichte und die Historizität der Medien », *Die Medien der Geschichte. Historizität und Medialität in interdisziplinärer Perspektive*, (S. Grampp éd.), Konstanz, 2005, p. 9-45 ; J. Morsel, « Ce que écrire veut dire au Moyen Âge... Observations préliminaires à

Keller entre autres, ne sont encore guère pris en compte dans ces débats¹¹. Il ne s'agit pas de petits détails que toute théorie de grande portée a tendance à négliger. Nous avons, au contraire, affaire au problème que les idées reçues sur les grandes lignes de l'évolution du droit elles-mêmes doivent être mises en cause, quand on se met à décrire les configurations médiales du soi-disant droit oral d'une manière plus précise qu'en termes d'une dichotomie entre oralité et écrit : c'est ce que je veux essayer de montrer dans cet article, en m'appuyant sur des exemples datant du Moyen Âge tardif. Selon le paradigme initié par Grimm, les aspects médiatiques du droit oral ont été discutés surtout d'un point de vue de la transposition des contenus d'une tradition orale vers un support d'écriture. Par la suite, une des questions qui semblait fondamentale était de savoir avec quelle fidélité les documents écrits reproduisaient les contenus oraux. J'essaierai de montrer que cette question est loin d'être la seule qui se pose d'un point de vue de l'histoire des médias et de la communication.

Dans ce qui suit, j'aimerais d'abord faire deux observations générales, avant de discuter de quelques changements que les médias eux-mêmes ont subis, en nous transmettant le droit du Moyen Âge. J'utiliserai pour cela deux exemples de genres textuels caractéristiques. Le premier est celui des procès verbaux d'enquêtes effectuées pour prouver des règles non-écrites. Ces enquêtes devaient faciliter une décision quand deux parties opposées devant un tribunal étaient en désaccord sur la teneur d'une norme juridique non-écrite. Le deuxième exemple porte sur les *Weistümer* : il s'agit de la mise à l'écrit de séries complètes de règles applicables à la totalité des sujets d'une seigneurie ou à un village (tels que des droits seigneuriaux, des droits d'usage et de pâture ou même des tarifs pénaux). Beaucoup de *Weistümer* ont été transmis en tant que suppléments de terriers (ou d'autres liste de prélèvements seigneuriaux sur les personnes ou les terres individuelles) qu'ils complétaient en achevant d'évaluer ce que la totalité des personnes ou des terres d'un lieu devait au seigneur¹². Souvent, les *Weistümer* commencent par un prologue qui affirme que

une étude de la scripturalité médiévale », *Memini. travaux et documents publiés par la Société des études médiévales du Québec*, 4, 2000, p. 3-43.

11. Pour un aperçu des recherches de Hagen Keller et son équipe : *Transforming the Medieval World. Uses of Pragmatic Literacy in the Middle Ages. A CD-ROM and Book* (F.J. Arlinghaus, M. Ostermann, O. Plessow, G. Tscherpel éd.), Turnhout, Utrecht Studies in Medieval Literacy 6, 2006 ; pour celui d'Armando Petrucci, *Writers and readers in medieval Italy. Studies in the history of written culture* (C.M. Radding et al. éd.), New Haven, 1995.

12. Cf. aussi J. Morsel, « Le prélèvement seigneurial est-il soluble dans les *Weistümer* ? Apprehensions franconiennes (1200-1400) », *Pour une anthropologie de la rente seigneuriale dans l'occident médiéval* (M. Bourin éd.), 2002, p. 155-210.

ce qui suit représente une documentation écrite des droits que les paysans avaient répété par cœur et en collectif devant les plaids généraux de la seigneurie – des assemblées qui servaient à l'exercice de la justice par le seigneur et pour ses prélèvements. C'est avant tout ce genre de texte que Jacob Grimm a collectionné à travers les pays allemands et qui l'ont inspiré pour développer sa conception de l'ancien droit oral. Dans ce qui suit, je parlerai moins des contenus de ces *Weistümer* que de leurs supports matériels, leurs formats et de leur production, et cela, en m'appuyant sur des exemples provenant du territoire de la Suisse actuelle.

L'intérêt particulier de cet espace se justifie par des cultures juridiques et seigneuriales très différentes entre elles, allant du territoire centralisé du comté – et à partir de l'an 1416 du duché – de Savoie, avec sa culture juridique influencée par les universités italiennes, jusqu'aux communes rurales et urbaines largement indépendantes de la Suisse allemande, où l'influence du droit savant ne se fit sentir que timidement à partir du xv^e siècle. Ce sont ces dernières que Grimm et beaucoup d'autres historiens soupçonnaient d'être dotées d'une culture juridique particulièrement archaïque. De fait, Grimm commençait sa collection par deux volumes dédiés aux *Weistümer* de la Suisse et l'Alsace qui, selon lui, fournissait les exemples les plus archaïques. La région examinée permet de passer en revue ce genre d'hypothèses, qui postulent des liens entre des formes d'organisation dites plus primitives et le poids de l'oral en droit.

Mais d'abord, les deux observations préliminaires. En premier lieu, il faut souligner qu'à partir du Haut Moyen Âge au plus tard il ne peut être question, même en Europe du Nord, d'une culture orale *stricto sensu* : cela n'est pas une nouveauté, mais mérite d'être répété. L'Europe était dominée par le christianisme en tant que religion du livre. Étant l'institution principale de réglementation, l'Église catholique s'était donnée la mission de transmettre les prescriptions des Écritures même aux analphabètes. Ses efforts visaient notamment la noblesse qui était chargée de l'exercice de la justice. Ce n'est pas parce que beaucoup de nobles étaient illettrés et rendaient leurs jugements sans écriture que la culture noble était sans rapport avec la culture écrite. Non seulement l'Italie ou la Provence, mais aussi les zones d'Europe qui n'avaient jamais fait partie de l'univers culturel romain participaient à une culture essentiellement orientée vers l'écrit.

La littérature anthropologique actuelle nous met également en garde contre des images déformées de ce que pourrait être une culture orale, par exemple quand Jack Goody se réfère à l'Afrique

subsaharienne contemporaine. Là aussi, les chercheurs ont désormais admis que, bien avant le colonialisme Européen, grâce à l'entremise de marchands, au moins les élites ont participé de différentes manières à une culture arabe de l'écrit. Aujourd'hui on sait que même le texte le plus ancien en afrikaans qui nous a été transmis avait été écrit en abjad arabe¹³. Les anthropologues ont ainsi commencé à lire de manière plus critique les récits qui disaient rendre compte de la rencontre avec des cultures complètement dépourvues d'écriture. Ils ont démasqué le caractère topique, sinon moqueur, de ces récits qui racontaient comment les indigènes restaient stupéfaits à l'égard de ces bouts de papier omniscients qui parlaient silencieusement¹⁴. Depuis que l'on mène des recherches qui portent vraiment sur les cultures de l'usage de l'écriture, la mise par écrit a perdu, en partie, son enchantement. De la même façon, plusieurs des ces paysans, qui – selon les *Weistümer* – auraient récité une sorte de tradition juridique orale aux plaids généraux de leurs seigneurs, conservaient – selon d'autres sources – chez eux des chartes d'achat de terrain ou attendaient la prochaine lettre des fils qui couraient le monde comme mercenaires¹⁵. Aujourd'hui, on ne peut plus partir du principe qu'au Moyen Âge tardif, il y a eu des segments sociaux de pure oralité.

C'est vrai qu'une société de paysans germaniques entièrement dépourvue d'une culture de l'écrit serait pensable comme cas de figure théorique¹⁶, mais serait-ce bon « à penser » ? Qu'il y ait eu une certaine forme d'oralité au début des transformations de la culture de l'écrit ne me semble pas une hypothèse très fructueuse. L'insistance de la recherche qui a essayé de saisir d'un point de vue théorique le développement médiatique comme passage de l'oralité à l'écrit nous a fait détourner le regard du fait que le développement de la culture de l'écrit au Moyen Âge ne repose pas uniquement, ni même principalement, sur le passage de l'oralité vers un régime de l'écrit. Il serait tout aussi important de parler des développements à l'intérieur de la

13. S.B. Diagne, « Toward an intellectual history of West Africa, The meaning of Timbuktu », *The Meanings of Timbuktu* (S. Jeppie éd.), Kapstadt, 2008, p. 19-28.

14. G. Krüger, « Das sprechende Papier ». Schriftgebrauch als Zugang zur außereuropäischen Geschichte », *Historische Anthropologie. Kultur, Gesellschaft, Alltag* 11, 2003, p. 355-369.

15. Cf. *supra*, S. Teuscher, *Lord's Rights*, *op. cit.*, p. 170 ; pour un exemple précoce d'une lettre de mercenaire : Burgerarchiv Thun, Thuner Missiven 661.1 Nr. 530.

16. Pour une démarche récente qui va dans ce sens, M. Pilch, « Rechtsgewohnheiten aus rechtshistorischer und rechtstheoretischer Perspektive », *Rechtsgeschichte*, 17, 2010, p. 19-39, dans ce cas, p. 23, cf. p. 30-31 ; cf. *Der Rahmen der Rechtsgewohnheiten, Kritik des Normensystemdenkens entwickelt am Rechtsbegriff der mittelalterlichen Rechtsgeschichte*, Wien, Köln, Weimar 2009, p. ex. p. 184, 237, 245.

culture de l'écrit. Ainsi, des techniques de compilation, de commentaire, de glose, d'indexation, d'inventaires, répandues dans les sphères de la liturgie et de la théologie, déjà au début du Moyen Âge, furent transférées peu à peu au champ de l'administration séculaire. Et ces techniques médiatiques n'appréhendaient pas seulement de vieux contenus qui auraient existé auparavant dans l'oral, mais en créaient aussi de nouveaux. Une meilleure prise de conscience du fait que des nouveaux médias n'ont pas seulement transmis de vieux contenus, mais en ont produit de nouveaux, me semble justement un des mérites principaux des études de communications des dernières décennies.

Ma deuxième observation préliminaire porte sur le constat que l'oralité médiévale n'est pas accessible au travers d'un seul document écrit. Ce problème a été formulé à maintes reprises, mais toujours en recourant à la dichotomie entre l'oral et l'écrit et en la dramatisant. Les droits oraux authentiques alors ne devraient-ils pas avoir été même plus exotiques que ce que leur mise à l'écrit laisse deviner ? Or il me paraît plus productif de formuler la problématique d'une manière qui tienne compte de la dynamique de la culture de l'écrit et du fait qu'il y ait eu plusieurs formes de mise à l'écrit successives, plutôt qu'un écrit unique. De ce point de vue, la question principale est de savoir comment chacune des différentes formes d'écriture et chacune des situations de communication écrite thématisaient l'oral ou y faisaient référence. Les différentes manières de faire émerger l'oral sont alors un des éléments des transformations que la culture de l'écrit a connues. Cette approche nous donne une piste de réflexion qui permet de dépasser l'appréhension de l'oralité et de l'écrit dans une relation de pure succession temporelle, ce qui me semble nécessaire pour faire avancer la recherche sur les traditions orales en droit et ailleurs.

Un examen approfondi de quelques exemples concrets permet d'illustrer comment on peut distinguer dans l'écrit de différentes formes médiatiques dont chacune a sa propre façon de faire émerger l'oralité. Les illustrations montrent deux documents produits lors de la mise à l'écrit de coutumes non-écrites, de droit oral, pour ainsi dire. Chacun est représentatif du temps de sa genèse. La petite charte (illustration 1), datant de 1236, résulte d'une enquête concernant des règles d'usage d'un étang près d'Interlaken ; le deuxième document (illustration 2) fut rédigé presque un siècle et demi plus tard, en 1374. Il s'agit d'un rouleau qui devait prouver des règles d'usage pour une pâture près de Bursins en Pays de Vaud. Bien évidemment, il s'agit, dans les deux cas, de documents écrits. Mais ne voit-on pas du premier coup que nous avons affaire à deux fonctionnements diffé-

rents de l'écrit ? Les quelques lignes de texte courant, peu structurées, sur la petite charte scellée plusieurs fois sont sans doute les seules qui ont été écrites à propos de ce cas. En revanche, la médialité du second cas montre une portée quantitative différente : le support formé de plusieurs feuilles cousues de manière à former un rouleau long de plus de 20 mètres. Celui-ci a été produit en plusieurs exemplaires et il contenait uniquement des témoignages. Cela signifie qu'il ne constituait un dossier intégral qu'à travers le regroupement de beaucoup d'autres documents qui avaient été produits lors de ces enquêtes coutumières.

Les deux documents sont visiblement liés à des pratiques différentes et à des acteurs de l'usage de l'écrit distincts. Et comme nous le verrons plus loin, chacun renvoyait également à une image du droit non-écrit différente. La petite charte de 1236 a été émise par des ministériaux du couvent des Chanoines de Saint-Augustin à Interlaken. Par leur fonction d'arbitres, les ministériaux avaient établi le contenu d'une coutume contestée. Selon l'habitude de l'époque, ils interrogèrent près de 15 témoins. Les scribes annotèrent leurs noms, mais plutôt que de dresser un procès verbal du contenu des témoignages individuels, ils rédigèrent un seul abrégé des témoignages, qu'ils attribuaient à l'ensemble des témoins. Ce texte court consistait en une formulation de la règle coutumière que la procédure avait cherché à vérifier. Des chartes françaises décrivent des procédures similaires sous le nom d'« enquête par tourbe »¹⁷.

Il est vrai que la tourbe est collective, mais elle n'est pas issue d'une mémoire collective qui aurait été celle d'une masse paysanne illettrée. Car à l'époque, on interrogeait principalement, voire exclusivement, des personnes de rang élevé ; non seulement des paysans, mais aussi des chevaliers, des châtelains et des représentants de la haute noblesse, non seulement des prêtres, mais aussi des doyens et des abbés de monastère. Il s'agissait de procédures d'enquêtes et de mise à l'écrit qui permettaient aux témoins d'influencer sensiblement la définition d'une norme. On pourrait même aller plus loin et dire que les témoins étaient presque libres de se mettre d'accord sur ces définitions. Bien que la formule de la règle ait été controversée entre les parties engagées juridiquement, les chartes ne fournissent presque pas d'informations sur les justifications des témoignages. Il n'est écrit ni qu'il s'agit de règles divines ou anciennes, ni qu'il y ait eu des exemples

17. J.F. Poudret, « Réflexions sur la preuve de la coutume devant les juridictions royales françaises aux XIII^e et XIV^e siècles, notamment le rôle de l'enquête par tourbe », *Revue historique de droit français et étranger* 65, 1987, p. 71-86 ; L. Waelkens, « L'origine de l'enquête par tourbe », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 53, 1985, p. 337-346.

pour une observance ancienne. L'enquête se présente, de fait, comme un procédé de formation du consensus entre des représentants de l'élite locale qui y participaient soit en tant que témoins, soit en tant qu'arbitres. D'une certaine manière, elle rappelle les jugements des échevins de la période carolingienne, qui ont fait dire Janet Nelson que le droit, c'est ce que des personnes, qui ont été estimées compétentes, ont déclaré comme droit et qu'on a appliqué comme droit¹⁸.

Si la petite chartre a été rédigée avec un fort enjeu de communication, avant tout pour produire du consensus et dans un but ouvertement politique, le rouleau plus récent en revanche a été constitué lors de pratiques à caractère épistémique, visant à la recherche de la vérité. Son scribe notait de manière séparée la déposition de chacun des témoins interrogés. Dans ce cas, ils étaient beaucoup plus nombreux que dans le cas précédant : à peu près quarante témoins pour chaque partie, dont une majorité était constituée par des paysans. Chacun devait prêter serment individuellement et était entendu à l'écart des autres. Les résultats de l'enquête n'étaient ensuite disponibles au tribunal de jugement que sous la forme de ces procès verbaux écrits. Ils devenaient alors l'objet d'un travail d'interprétation par les avocats et les juges, qui fut progressivement facilité à mesure que les commissaires renonçaient à soumettre aux témoins dans son intégralité la question de droit contestée. Au lieu de cela, ils découpaient l'enquête en des questions individuelles – des *articuli* – de plus en plus nombreuses, auxquelles les témoins devaient répondre une à une.

Avec la subdivision des dépositions par témoins individuels, d'une part, et la subdivision des réponses en questions subsidiaires, d'autre part, les protocoles étaient désormais orientés essentiellement selon deux nouveaux axes. Et c'était surtout dans l'Ouest francophone de la Suisse actuelle qu'à partir du milieu du xiv^e siècle, les scribes commencèrent à arranger les protocoles d'enquête en introduisant soit des alinéas et des numérations des témoins, soit les questions, de manière que l'on pouvait les utiliser comme des simples bases de données. L'illustration 2 montre la déposition d'un seul témoin. Les réponses qu'il donna à chacun des *articuli* furent notées séparément, en différents paragraphes. Si l'un des témoins ne savait pas quoi répondre, on l'annotait également dans un passage très court. Du coup, les dépositions pouvaient être comparées entre elles de manière systématique, afin de renforcer ou d'atténuer l'effet de preuve.

18. J.L. Nelson, « Politics and Ritual in Early Medieval Europe », London 1986, p. 62 ; et K. Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. 2 (1250-1650), 8ième éd., Opladen, 1992, p. 85.

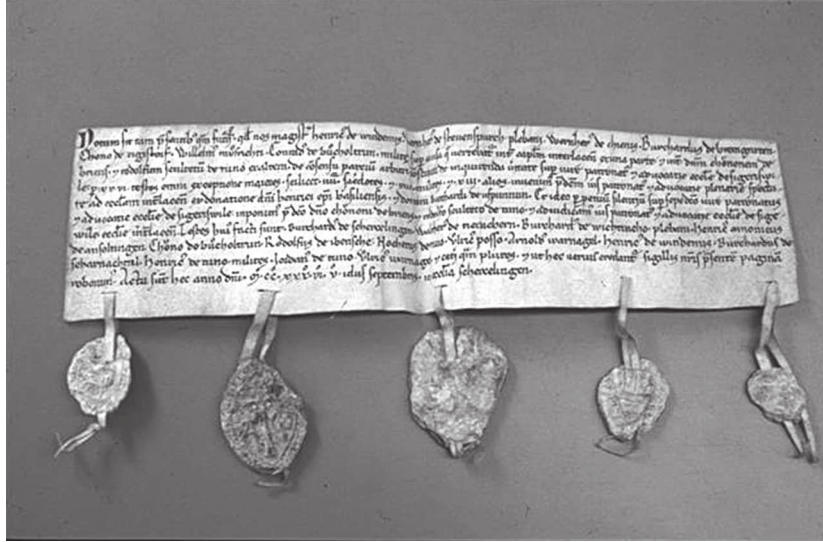


Fig. 1. – Charte (première moitié du XIII^e siècle) concernant une enquête sur une coutume à Hüttemannsei près d'Interlaken (canton de Berne). Berne, Archives cantonales, Urkunden F. Interlaken 1339.06.22.

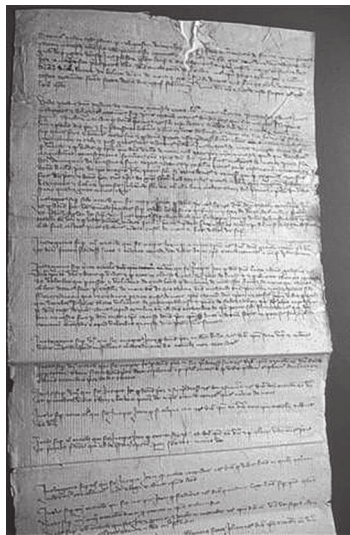


Fig. 2. – Début d'un rouleau (seconde moitié du XIV^e siècle) contenant les dépositions détaillées d'un témoin lors d'une enquête sur une coutume concernant le village de Bursins (canton de Vaud). Lausanne, Archives cantonales vaudoises C VIIa No. 404.

Les premiers exemples de ces nouveaux systèmes d'enquête et de notation se sont développés sous l'influence de juristes pourvus d'une éducation universitaire. Ils menaient ces enquêtes en tant que commissaires ou ils réclamaient des enquêtes au bénéfice des parties qu'ils assistaient¹⁹. Sans aucun doute, la nouvelle méthode prend ses racines dans les techniques d'enquête et de notation qu'on appliquait en Europe du Sud déjà depuis le XII^e siècle, lors de procédures civiles ou d'Inquisition. Les différents *articuli* correspondaient aux points d'accusation dans les procédures engagées contre des hérétiques, ou contre des clercs défailants. Pour ce type de procès, les témoins devaient aussi déposer contre ou en faveur d'un accusé. Selon le même modèle, la marge de manœuvre des interrogés, lors des enquêtes effectuées pour prouver des règles non-écrites, se limitait de plus en plus à l'alternative qui consistait à approuver ou désapprouver un indice de circonstance juridique qu'on venait de soutenir. En revanche, on élimina progressivement les *articuli* qui interrogeaient selon des phrases normatives.

Un exemple tardif, qui avait donc déjà subi un changement très net, nous est donné par une enquête datant de 1397. Elle concerne un litige entre les seigneurs d'Oron et l'évêque de Lausanne. Le cas portait sur l'étendue et la délimitation de leurs droits seigneuriaux²⁰. Aucune question de l'enquête n'exigeait que les témoins fissent une description explicite de ces droits. C'était plutôt un détail assez peu délicat qui captivait l'attention ; il concernait la haute juridiction qui, souvent, comprenait aussi le droit de chasse ainsi que le droit sur les peaux de cadavres d'animaux. La plupart des témoignages renseignent de manière minutieuse sur les personnes qui avaient ôté la peau d'un animal pourri, ainsi que sur l'heure et l'endroit de l'événement, avant qu'elle eut été portée au château d'un des deux seigneurs en litige. De nombreux témoins se souvenaient de d'un bœuf – il était de couleur brune – qui s'était cassé une jambe sur le pont du village. Alors que le seigneur d'Oron ne voulait pas en garder la peau, il la céda au porteur pour le prix de trois deniers. Un autre objet, qui devait être plutôt au goût du seigneur, était une tête de sanglier qu'un paysan nommé Leysin avait dûment amenée devant la porte du château. L'enquête effectuée pour prouver des coutumes se réduit ainsi à l'établissement de faits de la vie quotidienne, et sur l'obéissance de la population.

19. Cf. *supra*, S. Teuscher, *Lords' Rights*, *op. cit.*, p. 31.

20. Archives Cantonales Vaudoises C IV n° 436 (1396).

Ce changement était accéléré par une tendance croissante à s'imaginer le droit non-écrit selon le modèle de statuts écrits. Ce lien est très visible dans le cas du pays de Vaud savoyard, auquel les ducs voulaient octroyer leur *statuta sabauda*, un des premiers codes territoriaux de l'Europe. Les pays de Vaud et la Vallée d'Aoste s'opposaient avec succès à cette innovation et on leur concéda le privilège de continuer à être jugés selon les règles de leurs pays²¹. En conséquence, quand des parties en litige portaient une sentence devant la cour de Savoie, cette cour dépendait de l'expertise de notables provenant de la région concernée.

Ainsi, le conseil ducal citait régulièrement des personnages de grande envergure provenant du Pays de Vaud ; il s'agissait surtout de nobles importants et de notaires qui opéraient sur le terrain. Par le biais d'un autre document, un des témoins nous fournit l'information que la cour convoquait habituellement deux témoins de chaque ville vaudoise, soit un total d'une quinzaine d'hommes. On laissait les notables assister au procès concernant le Pays de Vaud, et on leur demandait de temps en temps comment ils auraient procédé ou décidé dans leurs tribunaux locaux. Enfin, ils cherchaient collégialement une solution qui devait être présentée par un seul d'entre eux. Plusieurs témoins soulignent que, de fait, on ne les avait pas interrogés, mais plutôt consultés comme conseillers et experts (« *non [...] per modum examinis, sed ad consulendum et informandum animum iudicis* »). D'autres décrivaient leur fonction comme celle de « *opinionem dicere* »²². Alors que les témoins assistaient à la négociation pendant toute sa durée, ils avaient la possibilité d'exprimer leurs « *opinionnes* » à propos de chaque aspect juridique pertinent pour le cas.

En 1430, la cour du duc fut confrontée à un litige entre des représentants du duc de Savoie lui-même et des représentants de l'évêque de Lausanne qui, tous les deux, entretenaient leur tribunal à Lausanne. Un Lausannois avait présenté un recours contre une amende émise par un officier de la ville, successivement devant l'un puis l'autre des deux tribunaux. Après ces événements, les juges des deux tribunaux s'accusèrent mutuellement d'avoir illicitement

21. J.D. Morerod, D. Tappy, « L'introduction des Statuts de Savoie de 1430 dans quelques régions romandes : à propos d'un acte inédit », *Mémoires de la Société pour l'Histoire du droit et des Institutions des Anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 52, 1995, p. 29-48 ; J.F. Poudret, *Coutumes et coutumiers. Histoire comparative des droits des pays romands du XIII^e à la fin du XVI^e siècle*, vol. 1, Bern, 1998, p. 129 et s.

22. Enquête d'Aubonne (1437), *Les sources du droit du Canton de Vaud. Époque Savoyarde (XIII^e-XV^e siècle)* (ci après *SDVD*), Partie A : Coutume, Vol. 1 : Enquêtes (J.F. Poudret et J. Gallone-Brack éd.), SSRQ 19.A1, Aarau, 1972, p. 53 et 73.

accueilli la plainte du bourgeois et ils annulèrent l'ordonnance de l'autre tribunal. Comme dans plusieurs autres cas de litige qu'on devait juger selon le droit du Pays de Vaud, la cour des ducs appela des témoins provenant de la région. En l'espèce furent convoqués neuf hommes de différentes villes vaudoises, y compris Moudon, Vevey et Lutry, qui durent se rendre à Thonon – lieu de séjour de la cour – en traversant le Lac Léman en barque. À nouveau il s'agissait de notables : deux d'entre eux portaient un titre nobiliaire, la majorité, sans exercer une charge administrative de haut prestige, s'occupaient de justice, comme *locumententes*, comme adjoints des officiers qui se trouvaient la plupart du temps auprès de la cour savoyarde. Au moment du témoignage ou peu après, les témoins apparaissent dans des fonctions telles qu'adjoint du bailli de Vaud, la plus haute charge administrative du Pays de Vaud, adjoint du châtelain de Vevey et du mayor de Lutry, ou bien adjoint du plus haut officier de l'évêque de Lausanne, le bailli de Lausanne. D'autres encore étaient des notaires. Seule une minorité d'entre eux recurent une citation à la cour territoriale pour la première fois.

Contrairement aux cas précédents, la cour refusa aux convoqués toute participation aux négociations du procès. Au lieu de cela, trois commissaires du tribunal interceptèrent les notables vaudois dans leur auberge et leur présentèrent une liste de neuf articles. Chaque article décrivait une étape de la procédure suivie par un des deux juges lausannois qui se trouvaient en querelle, en invitant les témoins à se prononcer sur sa légalité. Les deux derniers articles demandaient enfin ce qui se devait passer pour l'amende infligée au bourgeois qui, au début, avait fait éclater la dispute. Sur ces derniers deux articles, les commissaires voulaient interroger chaque témoin un par un – une demande que les notables contestèrent de manière péremptoire.

Les commissaires ne parvinrent à interroger individuellement qu'un seul témoin. Tous les autres refusèrent, au motif que ce procédé aurait été en contradiction avec toutes les procédures établies. Cependant, ils ne réussirent pas à imposer l'ancienne coutume, selon laquelle ils auraient pu se consulter entre eux, afin de parvenir à un témoignage collectif. Plus tard ils se résignèrent à un compromis quelque peu singulier : les scribes notèrent dans leur protocole les témoignages collectifs de deux groupes de deux et d'un groupe de cinq témoins. Quelques-uns de ces groupes refusèrent tout de même de répondre à plusieurs questions en arguant du principe qu'on ne pouvait pas déterminer ce qui est de droit, sans que les témoins n'aient entendu les deux parties en litige sur le lieu et à la date de la

procédure. Dans les réponses des témoins, on repère des réserves sur la possibilité que les règles du droit non-écrites soient l'objet d'un savoir détaché de l'exercice de la juridiction, et dont on aurait pu parler n'importe où, même dans une auberge, hors de tout cas concret.

Les témoins étaient également déconcertés par l'idée que les commissaires ne s'intéressent plus à leurs *opinionēs*, à leurs avis au sujet du cas judiciaire, mais qu'ils leur demandaient avec insistance une connaissance sûre des faits. La nouvelle procédure exigeait des rapports factuels, et les commissaires continuaient à questionner les témoins pour déterminer d'où ils savaient qu'une sentence donnée avait été prononcée. Une directive édictée par le tribunal de Savoie au milieu du xv^e siècle établit une liste de question que l'on devait poser aux témoins : « *Interrogentur in quibus casibus, et quod ipsus casus specificē et ad longum declarent, et quot vicibus, et quo tempore, de anno scilicet mese et die et in quo loco et de loco loci et pro quibus rebus et inter quas personas et per quos* »²³. En plus, les témoins devaient préciser si la décision avait été prise lors d'une controverse, et dans ce cas, entre qui ce conflit avait eu lieu, s'il avait été résolu et par qui il avait été résolu. Ensuite, on devait de nouveau demander : quand est-ce que cette sentence avait été prononcée, en quelle année, dans quel mois, quel jour, en quel lieu et où il se trouvait²⁴ ? Les commissaires interrogeaient les témoins aussi par rapport à leur rôle lors du procès, ou pour savoir s'ils n'avaient connaissance du cas que par ouï-dire. Dans les protocoles, les scribes utilisaient des formulations comme « *dicit et deponit se tantum scire et verum esse* » – ils soulignaient ainsi l'orientation du procédé qui visait à l'établissement de faits vérifiables. Ainsi on saisissait les coutumes par une procédure qui présupposait qu'on puisse prouver des droits non-écrits sur la base d'indices.

Ces formes d'enquête et d'annotation renvoyaient à l'idée que les normes juridiques en question existaient objectivement, pour ainsi dire, déjà avant leur enquête et qu'on pouvait les prouver comme des circonstances de fait. Ce n'est qu'avec cette nouvelle procédure d'enquête que les actions et les normes, ainsi que la tradition et le droit, apparaissaient comme confondues et que l'enquête donnait l'impression d'être une coutume ancrée profondément dans la pratique et la conscience des hommes. Désormais, les tribunaux concevaient les coutumes en quelque sorte comme un champ de savoir, ce

23. Cf. *supra* J.F. Poudret, *Coutumes, op. cit.*, vol. 1, p. 184.

24. *Ibid.*

qu'exprime également une autre forme de question qui venait d'apparaître au xv^e siècle, principalement pour des témoins en Pays de Vaud, à qui l'on demandait s'ils étaient des *consuetudinarii*²⁵. La majorité des témoins, de même qu'un lecteur d'aujourd'hui, ne comprenait pas ce que le terme voulait dire. Ils répondaient que, dans le passé, ils avaient assisté souvent en tant que juges ou prud'hommes à l'application des coutumes au tribunal, mais qu'ils ne savaient pas si, à cause de cela, ils devaient se considérer des *consuetudinarii*²⁶. Pour ces témoins, la pratique des coutumes était liée à des fonctions judiciaires définies et ne se laissait pas transposer à d'autres champs sociaux.

Les commissaires, en revanche, se fondaient sur l'idée que la connaissance de coutumes était un savoir dont on pouvait disposer de manière indépendante des situations concrètes. Pour eux, le concept de *consuetudinarii* signifiait qu'ils jugeaient les témoins comme des experts de coutumes qui, à l'instar des *juris periti*, agissaient comme des experts du droit écrit. Un docteur en l'un et l'autre droit, interrogé lors d'une enquête, donna une réponse qui correspond tout à fait à cette conception. Il nomma différents nobles et notaires vaudois qui selon lui avaient été des *consuetudinarii* de prestige, en les désignant même comme « *doctores consuetudinis* »²⁷. En même temps, il souligna qu'ils étaient justement un autre type de docteurs qui, contrairement à ceux des facultés de droit, n'avaient rien à faire avec des formules solennelles, et qui évitaient des expressions comme « s'il en était ainsi » ou « pour ainsi dire » autant que d'autres tournures subtiles et sophistiquées. Bien que portant des habits « *vulgari modo* » et parlant un latin peu élaboré, les *consuetudinarii* s'avéraient des personnes de grande érudition²⁸. L'apparition de cette nouvelle catégorie d'experts, qui d'ailleurs devait sembler peu convaincante aux contemporains, est sans doute le signe le plus évident du changement radical dans la conception des coutumes.

Les protocoles du xv^e siècle restèrent essentiellement inchangés, sauf pour deux innovations. D'une part, on les subdivisa selon des critères territoriaux. On peut observer des divisions très similaires pour des rentiers, des inventaires d'archives ou des cartulaires de l'époque. D'abord on classait par districts, châtelainies ou bailliages, et au niveau inférieur par villes et villages. On ne précisait souvent le lieu qu'en tête de la déposition du premier témoin. Pour les suivants,

25. Enquêtes de Chalon (1470/71), *SDVD*, vol. A1, p. 188, 314.

26. *Ibid.*, p. 131, 138, 211, 437, 289, 418 et s.

27. *Ibid.*, p. 325 et s.

28. *Ibid.*, p. 320.

une simple note indiquait plutôt quand celle-ci était différente ? Ou sinon, comme le montre l'illustration 3, on les nommait seulement en indiquant leur domicile dans une parenthèse à droite de la feuille. De cette manière, les protocoles permettaient de mettre en évidence la diffusion des connaissances juridiques dans l'espace, en d'autres termes, on présentait les coutumes pour faire apparaître leur pertinence locale ou régionale.

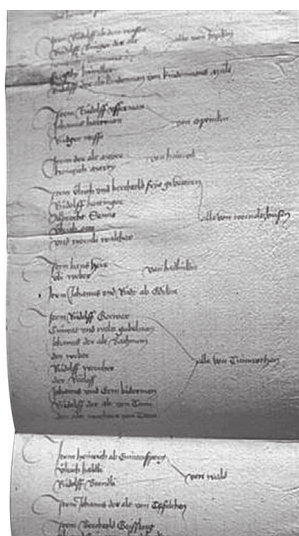


Fig 3. – Partie d'un rouleau (début du xv^e siècle) registrant les noms de témoins, organisés par villages, pour apporter la preuve d'une coutume dans le baillage de Grüningen. Zurich, Archives cantonales A 124 No. 15.

D'autre part, on s'intéressait de plus en plus aux origines de ces coutumes. Après l'apparition de procédés d'enquête qui exigeaient qu'on déduise les coutumes d'actions observables, les parties étaient apparemment poussées à rivaliser pour l'observation la plus ancienne. À partir de l'an 1400 environ, on a demandé explicitement aux témoins dans quelques articles le moment de naissance des coutumes. Au départ, ils répondirent qu'ils ne le savaient pas, puis au cours du xv^e siècle, de plus en plus la réponse fut qu'ils avaient appris de leurs pères et grands-pères ²⁹.

C'est surtout dans l'espace alémanique de la Suisse actuelle que les enquêtes insistaient sur l'ancienneté des coutumes, en les

29. Cf. *supra*, S. Teuscher, *Lords Rights*, *op. cit.*, p. 126 et s.

transposant dans des contes ³⁰. Là, on pend le lourdaud voleur de chevaux qui avait été surpris par l'hôte rusé, précisément à ce gibet qu'on citait comme étant la preuve d'un droit seigneurial. Le héros d'un autre conte est mis sur la piste d'un trésor lorsqu'il est en train de traverser un pont qui faisait l'objet d'une dispute pour un droit de péage. Ainsi, pour les témoins, ce n'était pas la pointe du récit qui comptait, mais bien cette circonstance qui se manifeste au second plan et qui renvoyait à une coutume ainsi enracinée dans le quotidien.

Plus l'enquête était récente plus on avait tendance à faire remonter l'origine de ces coutumes à des temps anciens. Par exemple les aïeux, qui avaient appris une règle aux témoins, avaient tendance à devenir de plus en plus âgés au cours du xv^e siècle. Dans plusieurs enquêtes de la fin du siècle, quelques témoins renvoyaient à des grands-pères dont non seulement la vie, mais même la mémoire personnelle, s'étendaient sur plus de 130 ans. D'autres encore prétendaient que la coutume en question existait depuis « la création du pays », avant qu'il y ait eu un droit écrit, « *ab initio mundi* » ou « *ab eterno* » ³¹. Un témoin érudit du Pays de Vaud déclara être en désaccord avec les personnes qui continuaient à dire que les coutumes étaient plus anciennes que le droit – il était de l'avis que cela n'était pas vrai. Il n'empêche qu'il jugea lui aussi les coutumes comme très anciennes, situant leurs origines dans la génération de Caïn et Abel ³².

Une esquisse si rapide sur le développement des enquêtes pour le droit non-écrit simplifie nécessairement les évolutions du phénomène, mais elle suffit à illustrer comment des caractéristiques authentiques d'une prétendue culture orale, tel que l'attachement à une tradition ou le caractère populaire, n'apparaissent que très tardivement. Et ce ne fut pas en dépit de l'écrit, mais à cause de lui, lors du passage au nouveau support. Dans ce processus, la nature des coutumes a connu une transformation radicale. Les procédés d'enquête donnaient l'impression qu'au xiii^e siècle, elles résultaient d'accord entre les potentats de la région. Au xv^e siècle en revanche, il semble que personne ne pouvait plus créer de nouvelles règles, mais qu'on constatait des usages qui ne valaient que s'ils avaient été mis en place depuis l'aube des temps. En effet, les coutumes avaient gagné un nouveau degré de factualité et de stabilité, dont témoignent les

30. *Ibid.*, p. 123-126 ; G.P. Marchal, « Das Meisterli von Emmenbrücke oder : Vom Aussagewert mündlicher Überlieferung », *Revue Suisse d'Histoire*, 34, 1984, p. 521-539.

31. Enquête Aubonne (1437), *SDVD*, vol. A1, p. 32 et 47 ; Enquête Gruyère (1439), *ibid.*, p. 127 ; Enquêtes Chalon (1470/71), *ibid.*, p. 413.

32. Enquêtes Chalon (1470/71), *ibid.*, p. 316 et s.

fantaisies sur leur âge et leur origine. Cette mutation ontologique est d'ailleurs étroitement liée à un changement dans les rapports de force des groupes sociaux en charge de l'établissement des coutumes. Au XIII^e siècle, l'enquête dépendait des seigneurs ecclésiastiques et laïques ainsi que des notables de la région. Au XV^e siècle, les coutumes apparaissent de plus en plus comme le savoir d'une large population paysanne. Paradoxalement, les coutumes devinrent du même coup le domaine d'un petit groupe d'experts – surtout des juristes et des officiers de grands pouvoirs territoriaux. Car ces experts développaient les questions que les commissaires devaient ensuite poser aux nombreux témoins paysans, et ils étudiaient les procès-verbaux des enquêtes en tirant leurs conclusions sur ce que la constatation des faits comportait pour la justice.

Confirmation en est donnée par les *Weistümer*. Rappelons que les *Weistümer* sont une forme de statut villageois, une sorte de recueil de règles qui valaient pour tout un village ou l'intégralité des dépendants d'une seigneurie locale. Comparés aux enquêtes coutumières, les *Weistümer* subirent peu de changements formels entre le XIII^e et le XV^e siècle. Ici, l'innovation résidait dans le fait qu'on ne commença à compiler des contenus juridiques divers sous forme de *Weistümer* qu'à partir du XIII^e siècle, leur production augmentant au cours du XV^e siècle³³. Nous avons donc affaire à l'expansion d'un moyen spécifique de conservation et de diffusion de contenus juridiques.

La recherche traditionnelle sur les *Weistümer* est très riche, et elle part presque toujours du présupposé que les *Weistümer* reproduisaient le contenu de déclarations ritualisées de coutumes lors de plaids seigneuriaux. Cette pratique est effectivement décrite dans des récits, à l'intérieur de quelques *Weistümer* tardifs. Selon ces récits, le seigneur arrivait au village lors des plaids qui se tenaient sur une base semestrielle ou trimestrielle, puis il appelait ses paysans sous le tilleul de la justice au milieu du village et leur demandait de réciter les coutumes du village par cœur. Enfin, les paysans lui répondaient collectivement en disant ce qu'ils avaient répété depuis la nuit des temps³⁴.

Contrairement aux temps de Grimm, la recherche d'aujourd'hui s'orientent autour de deux axes d'études : l'un essaie d'évaluer la proxi-

33. D. Werkmüller, *Über Aufkommen und Verbreitung der Weistümer. Nach der Sammlung von Jacob Grimm*, Berlin, 1972 ; K.H. Spieß, « Einleitung : Die Weistümer und Gemeindeordnungen des Amtes Cochem im Spiegel der Forschung », *Ländliche Rechtsquellen aus dem kurtrierischen Amt Cochem* (C. Krämer et K.H. Spieß), Wiesbaden, 1986, p. 1-32.

34. Pour un aperçu de ce genre de descriptions, J. Grimm, *Deutsche Rechtsaltertümer*, 4. vermehrte Auflage besorgt durch Andreas Heusler, Bd. 2, Leipzig, 1899, p. 507 et s.

mité entre ces documents et une quelconque tradition orale, l'autre veut savoir dans quelle mesure une tradition orale aurait été stable dans le temps. Il est bien concevable que l'un ou l'autre de ces documents ait été produit lors d'enquêtes menées aux plaids, de surcroît, surtout à partir du xvi^e siècle, les représentants de la seigneurie pouvaient lire les textes à haute voix devant les paysans.

Mais dans ce cas aussi, on aboutit à une impasse, si l'on part du présupposé de vouloir deviner l'origine orale des documents écrits. Dans ces débats on a négligé qu'en grande partie, les contenus des *Weistümer* ne sont pas issus de l'oralité, mais dérivent de documents écrits plus anciens, notamment, des reconnaissances, ainsi que des serments, des cahiers de charge pour des officiers seigneuriaux, des actes d'inféodation et des chartes de sentences arbitrales par lesquelles on avait apaisé les différents conflits locaux. Beaucoup de *Weistümer* ont été créés par la compilation de normes hétérogènes provenant précisément de ces types de sources. En l'occurrence, on ne copia que des règles abstraites. Par exemple, une charte de sentence arbitrale, comme celle que l'abbé d'un monastère local et trois nobles avaient émise lors d'un conflit concret entre deux fermiers, portant sur l'usage d'un bois auprès d'une rivière, pouvait servir de modèle pour la compilation. Quand on copiait ce passages dans un *Weistum*, on effaçait toutes les indications du tribunal – les mentions de sa composition, les parties, le motif du conflit, le temps et les circonstances de son occurrence – et on conservait uniquement les règles générales sur l'usage du bois eux-mêmes³⁵. En faisant cela, les normes juridiques les plus diverses, qui auparavant avaient des rapports de justification fort différents entre elles, apparaissaient de manière homogène en tant que contenus d'une tradition générale apparemment transmise par la communication orale.

La recherche a largement négligé le fait que le *Weistum* d'un même village nous a souvent été transmis à travers de différentes rédactions consécutives. À l'instar de l'œuvre fondatrice de Jacob Grimm, les travaux spécialisés successifs se sont limités aux versions qui semblaient être les plus proches de l'oral ou les plus archaïques – sauf que celles-ci ne sont souvent pas les plus anciennes, mais justement les plus récentes !

En suivant les opérations des scribes, on s'aperçoit que les *Weistümer* ne furent rapprochés de l'oral qu'au cours de leurs adaptations successives. Les plus anciennes versions se présentent souvent

35. Cf. S. Teuscher, *Lord's Rights*, *op. cit.*, p. 147-155.

ouvertement comme faisant partie d'une culture de l'écrit élaborée. Notamment, les plus anciens textes renvoient souvent à d'autres textes, par exemple à des *Weistümer* d'autres villages sous le même pouvoir seigneurial. Le *Weistum* du village B contenait par exemple des formulations telles que : « Pour l'entretien des routes et des clôtures, les règles au village B sont les mêmes que celles qui sont contenues dans le *Weistum* pour le village A... ». De tels renvois disparaurent dans les versions plus récentes, et on ne fit que répéter à la lettre dans le *Weistum* B la disposition du *Weistum* A, sans aucune mention de la source³⁶. En conséquence, les *Weistümer* ont été progressivement dissociés d'un système écrit global, donnant l'impression que l'oralité des paysans était devenue le seul point de référence externe.

Surtout pour les mentions de quantités, de redevances et de distributions, les nouvelles versions adoptaient des modes d'expression que les scribes devaient associer à une tradition paysanne et archaïque. Un exemple est fourni par le *Weistum* latin écrit au XIV^e siècle pour le village de Meilen, au bord du lac de Zurich, réglant les services de transport que les paysans devaient à leur seigneur, qui lui était obligé de les nourrir pendant cette corvée. La version la plus ancienne du *Weistum* indique, de manière quelque peu compliquée mais par des chiffres précis, combien de pains les paysans devaient recevoir du seigneur, ainsi que la quantité de farine qui devait être employée pour les faire. La version allemande, et plus récente, en revanche, remplace ces indications numériques par la formule plus poétique que le seigneur leur devait un pain pour chaque roue de chariot qu'ils entraînaient³⁷.

Un autre exemple vient du *Weistum* de Fällanden qui date du XV^e siècle et qui détermine, entre autres, combien les poules d'un paysan pouvaient s'éloigner de sa maison, sans que les droits d'usage du voisin fussent lésés. La réponse à cette question est très simple : il suffisait que le paysan prît une échelle et qu'il grimpât sur le toit de sa maison. Une fois arrivé sur la crête du toit, il faisait qu'il se mette debout et qu'il saisisse une touffe de poils de sa aisselle gauche avec la main droite. Puis, il devait prendre un marteau avec sa main gauche, en passant avec celle-ci au dessous son bras droit, et lancer le marteau aussi loin que possible. En définitive, les poules pouvaient s'éloigner de la maison aussi loin que le paysan avait lancé son marteau.

36. *Die Statutenbücher der Propstei St. Felix und Regula (Großmünster) zu Zürich* (D.W.H. Schwarz éd.), Zürich, 1952, p. 159.

37. Staatsarchiv des Kantons Zürich G I n° 103 fol. 26 v°.

En premier lieu et à l'instar des enquêtes, les *Weistümer* montrent qu'un style aux connotations traditionnelles et populaires n'émerge qu'à un stade avancé du processus de mise à l'écrit. En second lieu, on observe que les règles nouvelles étaient généralisées à la totalité des sujets d'une seigneurie, à un village par exemple, ainsi qu'à sa population, de manière analogue aux enquêtes du xv^e siècle. Les territoires et leurs habitants étaient devenus les points de référence des coutumes. Les concepts de population et de popularité articulés dans les *Weistümer* n'étaient pas tout à fait les mêmes que ceux que Grimm avait cherchés au xix^e siècle, mais ils étaient largement concordants.

Les *Weistümer* ne s'écrivirent donc pas sous le tilleul de la justice chez les paysans, mais au contraire surtout dans les chancelleries des seigneurs. Les configurations sociales de leur rédaction devenaient similaires à celles des enquêtes tardives. De fait, c'étaient les officiers des grands territoires qui décidaient ce qui devait s'appliquer comme coutume. Dans ce cas aussi, leur rôle se justifiait par l'idée qu'ils ne créaient pas le droit eux même, mais qu'ils constataient seulement ce que les paysans avait transmis à travers le médium de l'oralité depuis des temps immémoriaux, au moyen de pratiques épistémologiques définies.

Tout comme la rédaction des enquêtes, celle des *Weistümer* s'appuyait sur la notion que les coutumes étaient propres à des régions et leur population. À cet égard, une opération empruntée à la scolastique jouait un rôle important : ce sont les commentaires d'un texte muni d'autorité (en latin, un *textus*) à l'aide de gloses (*glosae*)³⁸. Les scribes des chancelleries des pouvoirs temporels, à commencer par ceux des grands territoires, empruntèrent cette manière de commenter à l'exégèse biblique ou aux droits canonique et civil. En entourant les *Weistümer* par des gloses, ils les élevèrent, à l'instar de la Sainte Écriture ou des grandes compilations du droit savant, au niveau d'un *textus* qui justifiait et nécessitait un commentaire érudit. Dans leurs gloses, les scribes parlaient de toutes sortes de coutumes alentours : il s'agissait de règles qu'ils avaient trouvées dans des chartes, dont on leur avait parlé, de procédures et principes qu'ils devaient respecter eux-même au quotidien, et de bien d'autres contenus, normatifs par diverses manières.

38. Pour ce qui suit, cf. S. Teuscher, « Notiz, Weisung, Glosse. Zur Entstehung "mundlicher Rechtstexte" im spätmittelalterlichen Lausanne », *"Textus" im Mittelalter. Komponenten und Situationen des Wortgebrauchs im schriftsemantischen Feld* (L. Kuchenbuch und U. Kleine éd.), Göttingen, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte 216, 2006, p. 253-284.

Tout ce dont les gloses faisaient mention était mis en correspondance avec le *Weistum* glosé. Car chaque glose se référait à un passage ou un paragraphe du *Weistum*. Celui-ci devint ainsi un cadre réglementaire pour inscrire une grande variété de règles, provenant de différentes origines, dans le contexte cohérent de la coutume d'une région et de sa population. Ainsi c'est au travers des gloses du *Weistum* de Lausanne que furent introduites des normes tout à fait hétérogènes qui devinrent les coutumes de Lausanne ; de même, les gloses du plaid général de Romainmôtier, également un *Weistum*, engendrèrent les coutumes de Romainmôtier etc.

D'ailleurs, ce sont précisément ces processus de compilation, de réécriture et de commentaire des *Weistümer* qui montrent que l'écrit ne doit pas être nécessairement lié à une stabilité supérieure à celle de l'oralité. On présuppose souvent que l'écrit met fin à une transmission dans laquelle les contenus se transforment, et que l'oralité produit des contresens et des reconstructions, ce qu'on illustre ordinairement par le jeu du téléphone arabe. Mais ce genre d'équivoques se produisent aussi avec le médium de l'écrit : dans des processus de copie et de compilation qui veulent transmettre en principe de vieux contenus, ceux-ci se transformant graduellement et sont ajustés de manière presque imperceptible à de nouvelles situations, expectatives, et conceptions du droit.

En conclusion, le modèle d'une succession chronologique entre cultures du droit oral puis du droit écrit se met à vaciller dès lors qu'on s'interroge sur les médias et les situations sociales de leur usage. Car ce que la recherche a conçu comme étant l'expression d'une culture juridique orale ancienne, ancrée profondément dans le milieu paysan régional, s'avère être largement engendré par le support de l'écrit et ceux qui l'utilisent. Cet oral prétendument original est en quelque sorte une fiction produite par l'écrit, à l'aide de techniques de notation spécifiques et au travers des configurations des différents supports du droit caractéristiques des stades avancés du développement de la culture de l'écrit administratif et séculaire.

Néanmoins, des changements très réels sont liés au passage à l'écrit, mais ils sont largement internes à la culture écrite : il s'agit, notamment, d'évolutions dans les statuts des normes juridiques, ainsi que de transformations dans les groupes sociaux participant à l'établissement des règles. Le pouvoir de définition du droit dit paysan n'incombait pas aux paysans, mais justement aux officiers des grands pouvoirs territoriaux.

Peut-être aurait-on dû poser la question, au début de cet article, de la pertinence de l'examen du passage à l'écrit aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècle ? On pourrait objecter avec raison qu'en Europe occidentale, la mise à l'écrit du droit s'était achevée dans la plupart des domaines bien avant l'an 1300. Des auteurs comme Grimm, Kern et Goody croyaient d'avoir découvert des exemples particulièrement représentatifs pour le fonctionnement du droit oral dans des sources qui provenaient des deux derniers siècles du Moyen Âge. Cet exposé a essayé d'expliquer pourquoi ces auteurs sont arrivés à de telles conclusions et il invite à revisiter les récits sur le développement du droit au long terme.

Le Moyen Âge tardif s'avère être un champ particulièrement important pour une recherche qui problématise la simultanéité et les interdépendances entre droit oral et droit écrit. C'est le moment où commence une période de l'histoire du droit marquée entre autre par la mise à l'écrit, la fixation ainsi que l'interprétation des coutumes, des *usos*, des *Rechtung*, etc., qui, d'une manière ou d'une autre, furent remaniées pour être apparentées à des traditions non-écrites. L'âge d'or du soi-disant droit oral était moins le Moyen Âge que le début des temps modernes, sans qu'ils ne soient archaïques. Une supposition peut terminer ces observations : les juristes du Moyen Âge ont dans un premier temps dressé des images contrastées d'un ancien droit oral et d'un nouveau droit savant pour des motifs pragmatiques. Ensuite, les pionniers des sciences sociales et de l'histoire culturelle du ^{xix}^e siècle reprirent cette polarisation, en développant leur propre dichotomie entre sociétés traditionnelles et modernes. Dans cette perspective, la mise à l'écrit du droit n'est pas tant génératrice de la modernisation, que de récits de modernisation.

Simon TEUSCHER
Professeur d'histoire médiévale,
Université de Zurich

