

Tilburg University

Coutumes et droit local

De ruysscher, Dave

Published in:
Revue historique de droit français et étranger

Publication date:
2023

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
De ruysscher, D. (2023). Coutumes et droit local: Conserver et adapter la tradition (Les Pays-Bas, XVIe-XVIIe siècles). *Revue historique de droit français et étranger*, 2023(janvier-mars), 11-30.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ARTICLES

1

Deux maîtres parisiens :
Gautier et Aubri Cornut
Anne Lefebvre-Teillard

Revue historique de droit français et étranger

ARTICLES

11

Coutumes et droit local : conserver et adapter
la tradition
Les Pays-Bas, XVI^e-XVII^e siècles
Dave De ruyscher

31

D'une fonction à une profession : l'inscription
sociale des juges de paix de la Restauration
à la V^e République
L'exemple de l'Allier
Fabien Conord

ref : 532301



9 782995 323012

DALLOZ

Lefebvre Dalloz

ARTICLES

- Deux maîtres parisiens : Gautier et Aubri Cornut
Anne Lefebvre-Teillard 1
- Coutumes et droit local : conserver et adapter la tradition.
Les Pays-Bas, XVI^e-XVII^e siècles
Dave De ruyscher 11
- D'une fonction à une profession : l'inscription sociale des juges de paix
de la Restauration à la V^e République. L'exemple de l'Allier
Fabien Conord 31

COMPTES RENDUS

Ouvrages

- Katell Berthelot, Natalie Dohrmann and
Capucine Nemo-Pekelman (ed.) – *Legal
engagement. The reception of Roman law
and tribunals by Jews and other inhabitants
of the empire* (Danielle Anex Cabanis) 55
- Detlef Liebs – *Scintilla de libro legum.
Römisches Vulgarrecht unter den
Merowingern. Die Fuldaer Epitome der Lex
Romana Visigothorum* (Yves Mausen) 58
- Shigeto Kilkuchi – *Herrschaft, Delegation
und Kommunikation in der Karolingerzeit ;
Untersuchungen zu den Missi dominici (751-
888)* (Danielle Anex Cabanis) 61
- Frank-Michael Kaufmann – *Glosse zum
Sachsenspiegel-Landrecht Petrinische
Glosse* (Danielle Anex Cabanis) 62
- Matthias Thiel – *Studien zu den Urkunden
Heinrichs V* (Danielle Anex Cabanis) 62
- Anne Huijbers (ed.) – *Emperors and
Imperial Discourse in Italy c. 1300-1500,
New Perspectives* (Danielle Anex Cabanis) 63
- Amable Sablon du Corail – *La guerre de
Cent Ans. Apprendre à vaincre* (Olivier
Hanne) 65
- Adrien Carbonnet – *Louis XI et les villes en
révolte (1461-1483)* (André Cabanis) 66
- Olivier Poncet avec la collaboration de
Sylvie Desachy et Olivier Guyotjeannin
(études réunies par) – *Figures du notaire
dans la France méridionale. Institutions,
clientèles et actes (XII^e-XVI^e siècle)* (Florent
Garnier) 70
- Dave De ruyscher, Albrecht Cordes, Serge
Dauchy, Stefania Gialdroni and Heikki
Pihlajamäki (ed.) – *Commerce, Citizenship
and Identity in Legal History* (Florent
Garnier) 71
- Lucia Bianchin – *Studi sul diritto pubblico
nell'Età della Riforma* (Sylvain Soleil) 73
- Anne-Claire Faucquez et Linda Garbaye
(dir.) – *Citoyenneté et liberté dans l'empire
britannique et les jeunes États-Unis (XVI^e-
XIX^e siècles)* (Sylvain Soleil) 76
- Gwenaëlle Callemein – *Un crime atroce et
secret. L'empoisonnement devant la justice
royale (1682-1789)* (Sébastien Évrard) 78
- Olivier Wirz – *Les sociétés en nom collectif
au XVIII^e siècle* (Sébastien Évrard) 83
- Anne Bonzon – *La Paix au village. Clergé
paroissiale et règlement des conflits
dans la France d'Ancien Régime* (Brigitte
Basdevant-Gaudemet) 91
- Laurent Coste (dir.) – *L'intendance de
Bordeaux à la fin du XVII^e siècle. Édition
critique du mémoire « pour l'instruction du
duc de Bourgogne »* (Bernard Barbiche) ... 93
- Pascal Even – *L'intendance de La Rochelle
à la fin du XVII^e siècle. Édition critique
du mémoire de Michel Bégon pour
« l'instruction du duc de Bourgogne »*
(Anne-Sophie Condette-Marcant) 95
- Benôit Habert – *La garantie des libertés
(1852-1870)* (Anne-Sophie Condette-
Marcant) 99

Joaquín Garrido Martín – <i>Derecho romano y dogmática en la modernidad jurídica alemana. Estudios sobre Ciencia pandectística</i> (Sylvain Soleil).....	103
Bernardo Sordi – <i>Diritto pubblico e diritto private. Una genealogia storica</i> (Sylvain Soleil).....	105
Loraine Chappuis, Frédéric Chauvaud, Marc Ortolani et Michel Porret (dir.) – <i>Faire parler les corps. François-Emmanuel Fodéré à la genèse de la médecine légale moderne</i> (Romy Sutra).....	108
Jean-Marc Ticchi – <i>Pie VII. Le pape vainqueur de Napoléon</i> (Brigitte Basdevant-Gaudemet).....	111
Anne Billy, Pierre Legal, Philippe Praud (dir.) – <i>L'enseignement catholique en Vendée (1880-2000). Une institution diocésaine</i> (Brigitte Basdevant-Gaudemet).....	113
Aurélie Bergeaud-Wetterwald et al. – <i>150 ans de la faculté de droit de Bordeaux, quel héritage doctrinal ?</i> (Bruno Martin-Gay)..	115
Valentin Gazagne-Jammes – <i>Les actes nuisibles à la vie en société, Étude sur les exigences de la vie en société à partir de l'article 5 de la Déclaration de 1789</i> (Jean-Paul Andrieux).....	120
Michel Pastoureau – <i>Blanc, Histoire d'un coureur</i> (Jean-Paul Andrieux).....	122
Aurore Gaillet – <i>La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire la démocratie par le droit (1945-1961)</i> (Jérôme Henning).....	131
Grégoire Finidori – <i>Un formidable système répressif. Les juridictions d'exception à la fin de la guerre d'Algérie (1961-1963)</i> (Éric Gojosso).....	135
Fabien Conord – <i>Le juge et le métayer. Domination sociale et pratiques judiciaires</i> (Alexandre Deroche).....	141
Evelyne Cohen et Olivier Roger (textes présentés par) – <i>Les politiques audiovisuelles en France de 1945 à nos jours</i> (André Cabanis).....	142
Stanisław Salmonowicz – <i>Polska pod okupacją niemiecką (1939-1945)</i> (Sylvain Soleil).....	143
Revue	
Revue d'histoire ecclésiastique – vol. 117. 1-2, janvier-juin 2022 et 3-4, juillet-décembre 2022 (Brigitte Basdevant-Gaudemet).....	117.

INFORMATIONS

Informations diverses	
Présentation du podcast	
<i>Les Lois de l'Histoire</i>	149
Ouvrages envoyés à la direction de la revue	153

Coutumes et droit local : conserver et adapter la tradition ¹

Les Pays-Bas, XVI^e-XVII^e siècles

Dave De ruysscher
Tilburg University
Vrije Universiteit
Bruxelles

Résumé – Cet article soutient que le droit coutumier dans les municipalités des Pays-Bas à la fin du Moyen Âge et au début de la période moderne était une « tradition inventée ». Les gouvernements des villes pouvaient adapter les règles, ce qui n'excluait pas qu'elles soient présentées comme « coutumières ». Dans le même temps, les nouvelles règles devaient être intégrées et ancrées dans le cadre des règles existantes. Si les autorités municipales allaient trop loin dans l'imposition de solutions nouvelles, cela pourrait susciter des protestations. Les symboles de pouvoir et les perceptions ont joué un rôle à cet égard, mais des recherches plus approfondies sont nécessaires.

Abstract – This article argues that customary law in municipalities of the Low Countries of the later Middle Ages and early modern period was an « invented tradition ». Administrators of cities could adjust rules, and this did not preclude that they were presented as « customary ». At the same time, the novel rules had to be combined with and embedded within existing rules. If city governments went too far in imposing novel solutions this could incite protest. Symbolics of power and perceptions had a part in this, but more research in that regard is needed.

Mots clés | COUTUME – Pays-Bas – Temps modernes – Doctrine – Réception

(1) Ce texte est le produit d'une traduction faite par Marianne Maîtreau, sur la base d'une version en néerlandais ; toute erreur éventuelle est évidemment celle de l'auteur. Cet article fut écrit dans le cadre du projet CaPANES (ERC Consolidator grant 101044356).

Ces dernières décennies, les historiens du droit se sont montrés plus prudents lorsqu'il s'agit de règles qualifiées au Moyen Âge et au début des temps modernes comme de « (vieilles) coutumes ». Des hypothèses plutôt optimistes concernant l'ancienneté de ces normes ont été remises en question. En outre, une plus grande attention a été accordée aux processus de formulation et de modification des règles que l'on qualifiait de droit coutumier. Cet article vise à démontrer que ces tentatives d'apport de nuances doivent être combinées avec une analyse plus approfondie de la conscience juridique des sociétés de l'époque. Il propose de ne pas percevoir le droit ancien comme un ensemble de règles fixées par la tradition mais plutôt comme un ensemble malléable de normes. Les caractères symboliques du droit étaient tels que la modification et la reformulation pouvaient être combinées avec une idéologie de conservation. Il était tout à fait possible pour les détenteurs du pouvoir de défendre de nouvelles règles comme faisant partie d'un « droit centenaire » de la ville ou du pays, sans violer les conventions implicites de ce droit. Les villes et villages des Pays-Bas (méridionaux et septentrionaux) du XVI^e siècle avaient un « droit coutumier », mais ce droit était régulièrement adapté aux besoins de la société et aux considérations du pouvoir politique. Cependant, comme il sera démontré plus loin, les compétences des dirigeants dans ce domaine n'étaient pas sans limites.

Ces conclusions se dégagent d'un examen détaillé du développement du droit de la ville d'Anvers, au XVI^e siècle, et du contenu des compilations de droit local d'autres lieux aux Pays-Bas, qui étaient souvent intitulées « coutumes » mais n'avaient pas toujours un contenu ancien. Les définitions de la coutume dans ces sources sont comparées à la doctrine contemporaine. Une première section de cet article donne un aperçu des théories de droit coutumier du XIX^e et du début du XX^e siècle, ainsi que des critiques qu'elles ont suscitées. Elle est suivie d'une analyse de l'utilisation historique des termes faisant référence aux coutumes, aux Pays-Bas des XVI^e et XVII^e siècles. La doctrine de cette période est ensuite expliquée. Une dernière section examine la malléabilité du droit coutumier ; quelles étaient les limites à la modification, voire à la manipulation, des traditions juridiques locales ?

I – Anciennes et nouvelles approches du droit coutumier

A – Historicisme juridique et droit coutumier

Jusque dans les années 1960, il était d'usage chez les historiens du droit néerlandais et belges d'interpréter les références historiques du « droit coutumier » à la lettre. Des termes comme « *consuetudo* », « *costuyme* » et « coutume » étaient considérés comme des références à des règles transmises de génération en génération et dont les racines remontaient à un passé lointain. Ces conceptions se rapportaient le plus souvent au droit des successions² mais on les retrouve

(2) Voir par exemple S. J. FOCKEMA ANDREA, « Het middeleeuwsche recht als hulpmiddel bij het onderzoek naar de verspreiding der rassen en stammen in West-Europa », *Mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen, afdeling Letterkunde*, série B, 54, 1922, p. 141-159. Pour un aperçu général du droit des successions en tant que droit coutumier, voir D. HEIRBAUT, « A History of the Law of Succession, in Particular in the Southern Netherlands », in C. CASTELEIN, R. FOQUÉ, et A. VERBEKE (éd.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society : Five Perspectives*, Anvers, 2009, p. 65-82.

également dans des publications relatives à l'histoire d'autres domaines du droit³. En vertu de ces conceptions, des compilations de *costuymen* et de décisions de justice rédigées aux XVI^e et XVII^e siècles furent considérées comme des sources historiques importantes parce que l'on pensait qu'elles renfermaient les règles en vigueur au Moyen Âge⁴.

Ces hypothèses des historiens du droit sont apparues au XIX^e siècle. Dans les années 1810, Friedrich Carl von Savigny (décédé en 1861) énonce que le droit se développe lentement au fil du temps suivant des règles contenues dans l'esprit (*Geist*) du peuple (*Volk*). En conséquence, les coutumes (*Gewohnheiten*) occupent une place importante dans les théories de Savigny dans la mesure où elles sont considérées comme des expressions de ce droit implicite⁵. Il s'efforce de restituer les normes qui étaient en vigueur dans le passé pour expliquer le contenu du droit de son temps⁶. Savigny attache plus d'importance aux écrits des juristes qu'aux coutumes même s'il considère les deux comme étant des expressions du *Volksgeist*⁷.

À la fin des années 1820 et au début des années 1830, l'élève de Savigny, Georg Friedrich Puchta (décédé en 1846), écrivit un essai juridique en deux volumes, portant sur les coutumes⁸. Cette monographie fut à l'époque l'écrit le plus important sur le sujet et il est resté un ouvrage de référence tout au long du XIX^e siècle. Les observations de Puchta ont forgé la façon de penser non seulement des juristes mais aussi des historiens qui analysaient le droit du passé. Dans son livre, Puchta mêle les vues de Savigny avec ce qui avait été écrit sur les coutumes (*consuetudo*) par des auteurs universitaires depuis la fin du Moyen Âge. Selon Puchta, les coutumes sont des règles basées sur l'adhésion implicite d'un groupe quant à leur caractère normatif. L'élément concret des coutumes est l'*usus*, c'est-à-dire une pratique ou un comportement répété⁹. Mais Puchta va cependant plus loin que Savigny en soulignant que les coutumes apportent la preuve du « droit coutumier » (*Gewohnheitsrecht*) qui se trouve dans le *Volksgeist*¹⁰. C'est la raison pour laquelle Puchta considère les coutumes comme l'expression d'un ensemble structuré de règles non écrites au sein du *Volksgeist* et pas uniquement comme une création du *Volksgeist* lui-même¹¹.

Pourtant, la tension entre la structure et le caractère spontané des habitudes finit par amener Puchta à adapter ses opinions initiales. Dans la première par-

- (3) Voir les nombreux exemples in S. J. FOCKEMA ANDREA, *Het oud-Nederlandsch burgerlijk recht*, 2 vol., Harlem, 1906. Pour un exemple par rapport au droit pénal, voir R. FRUIN, « Over den aanbreng van doodslag bij de vierschaar in Kennemerland en in het Noordkwartier van Holland », in *Verspreide geschriften*, t. 6, La Haye, 1902, p. 383-384. Un exemple d'un historien belge, faisant référence à des recueils de droit local contenant des coutumes anciennes, est H. HOSBEY, « Essai sur le statut du Mont ou "Hoop" d'Hazebrouck et sur ses rapports avec l'ancien droit frank », *Annales du Comité flamand de France*, 18, 1889-90, p. 267-462.
- (4) L'hypothèse paraît évidente dans la théorie de l'historien du droit néerlandais Eduard Meijers sur un droit successoral « ligurien » : S. DUSIL, *Eduard Maurits Meijers en het Ligurische erfrecht in Europa. Geschiedenis(sen) van het privaatrecht*, Anvers, 2018, p. 12-18.
- (5) F. C. BEISER, *The German Historicist Tradition*, Oxford, 2011, p. 248 ; C. KLETZER, « Custom and Positivity : an Examination of the Philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy », in A. PERREAU-SAUSSINE et J. B. MURPHY (éd.), *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge, 2007, p. 130-137.
- (6) J. RÜCKERT, *Friedrich Carl von Savigny : Leben und Wirken (1779-1861)*, Cologne, 2017.
- (7) BEISER, *op. cit.*, p. 249.
- (8) G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1828-37, 2 t.
- (9) PUCHTA, *op. cit.*, t. 1, p. 172.
- (10) PUCHTA, *op. cit.*, t. 1, p. 118-119, 148-149.
- (11) Savigny, en se référant aux écrits de son élève, restait sur sa position antérieure. Voir F.-C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, t. 1, Berlin, 1840, p. 34-38.

tie de son ouvrage, datant de 1828, Puchta définit les coutumes comme faisant référence à un ensemble de règles coutumières liées au *Volksggeist*. Puchta considérait le droit coutumier comme le type de droit qui se rapprochait le plus du *Volksggeist*¹². Mais dans la deuxième partie de son livre, Puchta cite la conviction juridique des juristes comme étant un élément plus important que la base populaire des coutumes qui est considérée plutôt comme une fiction¹³. De ce fait, Puchta fut le premier juriste à creuser un fossé entre le droit officiel et le « droit coutumier ». Savigny soutenait encore que le *Volksggeist* pouvait avoir des répercussions sur la législation, la jurisprudence et les coutumes¹⁴. Sur la même ligne, Puchta avait placé le droit coutumier proche du *Volksggeist* dans la première partie de sa monographie ; il affirmait que le « droit coutumier » correspondait à la conviction collective du peuple. Mais dans la deuxième partie, Puchta déclara que c'étaient les juristes qui savaient ce que le peuple voulait. Leurs convictions prévalaient sur les vieilles coutumes¹⁵.

Malgré les conceptions assez contradictoires présentes dans le livre de Puchta, l'ouvrage eut un impact majeur en Europe occidentale. Dans le premier volume surtout, Puchta développait l'idée que des termes historiques tels que « *costuyme* » évoquaient un ensemble de règles interdépendantes enracinées dans l'adhésion du peuple. Mais la deuxième partie également suscita chez les historiens du droit la certitude que « l'ancien droit » devait être recherché et protégé ; il pouvait ainsi être conservé intact et mis à l'abri de l'assiduité des juristes et des législateurs¹⁶.

Les idées scientifiques de Savigny sont étroitement liées à l'historicisme. Ce courant est apparu au XIX^e siècle. L'historicisme est fondé sur une approche « scientifique » qui perçoit l'histoire et la société comme le fruit d'une évolution et non comme le résultat d'une conformité à des lois fondamentales. Une plus large considération et une approche plus critique des sources historiques vont de pair avec cette conception¹⁷. Savigny va à l'encontre des conceptions des auteurs du XVII^e siècle tels que Gottfried Wilhelm Leibniz (décédé en 1716) et Christian Wolff (décédé en 1754) qui considéraient l'histoire comme un domaine hors de portée de la science. Selon eux, seule la science pouvait énoncer des déclarations universellement valables, l'histoire était une sphère de détails et d'idiosyncrasie¹⁸. Savigny, au contraire, identifie l'histoire à la science juridique et la définit comme une science humaine. L'histoire du droit doit être séparée de la philosophie en s'appuyant sur une méthodologie solide de recherche des sources. Savigny plaide en faveur de la recherche de manuscrits de traités juridiques et de commentaires, et pour la comparaison de leurs contenus afin de se rapprocher le plus possible de leur teneur originelle. Cette rigueur devait aboutir à des résultats démontrant que le droit avait évolué en réponse à des circonstances sociales et politiques¹⁹.

(12) PUCHTA, *op. cit.*, t. 1, p. 144-145.

(13) PUCHTA, *op. cit.*, t. 2, p. 18-21. Sur ce changement brusque, voir Ch.-E. MECKE, *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, Göttingen, 2009, p. 279-313 ; J. Q. WHITMAN, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*, Princeton, 1990, p. 120-124.

(14) BEISER, *op. cit.*, p. 247-249.

(15) PUCHTA, *op. cit.*, t. 2, p. 20.

(16) En 1844, Georg von Beseler va encore plus loin en opposant le « droit coutumier » (*Volksrecht*) à la « *juristenrecht* » (le droit des juristes) et plaide en faveur de l'analyse du premier. Voir G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843.

(17) Voir par exemple J. D. BRAW, « Vision as Revision : Ranke and the Beginning of Modern History », *History and Theory*, 46, 2007, p. 45-60.

(18) I. HUNTER, « The Law of Nature and Nations », in A. GARETT (éd.), *The Routledge Companion to Eighteenth-Century Philosophy*, Londres, 2014, p. 577.

(19) BEISER, *op. cit.*, p. 227-233.

Un autre lien avec l'historicisme est la reconnaissance par Savigny de la possibilité d'une modification du droit mais uniquement dans la mesure où le peuple (*Volk*) voulait et éprouvait le besoin d'un tel changement. Cette perception est en rapport avec le concept romantique d'une société structurée qui repose sur des relations interdépendantes et qui ne change donc que très lentement²⁰. Savigny établit souvent une analogie entre le droit et la langue. La complexité intrinsèque de la langue fait que ses adaptations, nécessairement approuvées par ceux qui la parlent, apparaissent progressivement, et non de façon abrupte²¹. Combiné avec la conception ci-dessus mentionnée de Savigny, l'avis de Puchta selon lequel les coutumes font partie d'un ensemble de règles, cède la place à l'hypothèse suivant laquelle il faut s'en tenir au contenu littéral des textes sources du droit. Cette perception est à relier à l'épistémologie de Léopold von Ranke (décédé en 1886), qui lança l'idée que l'historien peut accéder au passé objectif à condition de lire attentivement les sources historiques²².

Au milieu du XIX^e siècle, une analyse spécifique de l'histoire institutionnelle des villes et des villages dans des écrits historiques allemands vint enrichir les opinions précitées concernant l'origine sociale du droit. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle eut lieu un débat houleux sur la définition juridique de la ville. Selon Georg von Below, les villes et villages étaient initialement des « communautés » (*Gemeinde*) issues de réunions qui devinrent un conseil où l'on prenait des décisions²³. À partir de 1893, Henri Pirenne publia plusieurs articles dans lesquels il soutenait que des commerçants avaient fondé des villes au cours du XI^e siècle. Ils installaient des commerces et des industries à la périphérie des agglomérations existantes et usaient ensuite de leur influence grandissante pour racheter les droits féodaux attachés à leurs terres. Pirenne défend avec force que le *ius mercatorum*, les coutumes non écrites pratiquées par ces commerçants, constituent les fondements du « droit communal » appliqué dans les villes nouvelles²⁴. Dans un livre de Max Weber, publié à titre posthume en 1921, les villes médiévales étaient en réalité des communautés dans lesquelles les citoyens étaient liés par un serment collectif de loyauté, et ils « choisissaient » les règles auxquelles ils se conformaient. La communauté urbaine était une *Rechtsgenossenschaft* (une communauté de droit)²⁵.

Les opinions ci-dessus mentionnées se trouvent réunies dans les tentatives des historiens de publier une édition critique de textes sur le droit local et régional du Moyen Âge. Les conceptions citées se répandirent au-delà des territoires allemands : en Belgique et aux Pays-Bas, des commissions spéciales furent créées en vue de la publication du « droit ancien de la patrie »²⁶. Les hypothèses sus-nommées relatives au droit coutumier étaient omniprésentes dans les premières publications de ces commissions. Les éditeurs de recueils de règles répertoriées

(20) BEISER, *op. cit.*, p. 246-250.

(21) FR.-C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Berlin, 1814, p. 8, p. 11.

(22) J. K. WRIGHT, « History and Historicism », in T. M. PORTER et D. ROSS (éd.), *The Cambridge History of Science, VII : The Social Sciences*, Cambridge, 2003, p. 120-124.

(23) G. VON BELOW, *Die Entstehung der deutschen Stadtgemeinde*, Düsseldorf, 1889.

(24) L'article « Les origines des constitutions urbaines au Moyen Âge » a été publié entre 1893 et 1898 en plusieurs parties dans la *Revue historique*. Deux monographies postérieures viennent préciser les conceptions qui y sont exprimées : *Les anciennes démocraties des Pays-Bas* (1910) et *Les villes au Moyen Âge* (1926). *Les villes et les institutions urbaines*, 2 t. (Bruxelles, 1939) est une compilation d'articles et de chapitres, parmi lesquels l'article mentionné.

(25) M. WEBER, *La ville*, P. FRITSCH (trad.), Paris, 1982, p. 13, p. 71-73.

(26) En 1846, en Belgique, fut créée la *Commission royale pour la publication des anciennes lois et ordonnances*. En 1879, fut établie aux Pays-Bas la fondation *Stichting tot de Uitgaaf der Bronnen van het Oud-Vaderlands Recht*.

comme coutumes ajoutaient très fréquemment des commentaires explicatifs qui renvoyaient à des documents de différentes périodes²⁷. En outre, on n'utilisait qu'un seul ou quelques manuscrits sous prétexte que le texte était identique dans toutes les versions²⁸. L'hypothèse la plus courante fut que les règles repérées dans les sources étaient des coutumes et qu'elles avaient été transmises à travers le temps sous une forme inchangée.

B – La critique

Depuis les années 1960, des anthropologues ont analysé l'arbitrage de litiges et les processus décisionnels normatifs dans lesquels des règles non écrites jouaient un rôle. La plupart de ces types de règles étaient « trouvées » par des conseils de sages (dirigeants et leurs conseillers) après discussions, et étaient généralement qualifiées par eux de « droit local », de « droit ancestral », de « d'usages », de « coutumes » ou comme faisant partie d'une « tradition ». La recherche anthropologique a démontré la malléabilité de tels concepts. Bien que les descriptions ci-dessus suggèrent une utilisation dans la durée de règles observables, délimitées et connues, bon nombre de normes qui relevaient de ces catégories étaient nouvelles. Leur contenu ne pouvait pas être réduit à un moment dans le temps qui précédait la décision de fixer ce contenu. De plus, le contenu normatif de ces solutions nouvelles (mais néanmoins « traditionnelles ») pouvait changer rapidement au fil du temps, à la suite des modifications des circonstances ou à l'assimilation de règles venant de l'extérieur. L'évolution du contenu des normes n'empêchait nullement de continuer à les définir comme « anciennes » ou « ancestrales »²⁹. Les sociologues du droit et les anthropologues décrivent généralement ce droit changeant mais traditionnel comme un « droit coutumier vivant »³⁰.

Les méthodes et les idées évoquées se sont peu à peu instillées jusque dans la recherche relative à l'histoire du droit. Karl Kroeschell, historien du droit allemand, est un pionnier à cet égard dans la mesure où il rejette déjà dès les années soixante l'existence de la notion de droit objectif avant la fin du Moyen Âge. Dans l'une de ses publications, il démontre que le concept du « bon droit ancien » du haut Moyen Âge faisait bien plus référence à « ce qui était juste » d'après le résultat des procédures d'arbitrage de litiges, plutôt qu'à des règles *ex ante* et objectives, « appliquées » ou « imposées » par des juges³¹. Dans les

- (27) Un exemple : un concept peu clair, apparaissant dans une compilation de *costuymen* de Deurne datant de 1577, fut interprété par l'éditeur Guillaume de Longé à partir d'une compilation anversoise de *costuymen* datant de 1608. Voir G. de LONGÉ (éd.), *Coutumes du Kiel, de Deurne et de Lierre*, Bruxelles, 1875, p. 376 et 400.
- (28) Dans les années 1870, le susnommé Guillaume de Longé n'utilisa habituellement qu'un seul ou quelques manuscrits pour ses éditions ; les *costuymen* bruxelloises de 1570 furent éditées en 1869 par A. A. de Cuyper sur la base d'un seul manuscrit qui se trouvait dans une collection privée. Voir A. A. de CUYPER (éd.), *Coutumes de la ville de Bruxelles*, Bruxelles, 1869, p. 1.
- (29) S. F. MOORE, *Social Facts and Fabrications*. « Customary » Law in Kilimandjaro 1880-1980, Cambridge, 1981 ; M. CHANOCK, *Law, Custom and Social Order : The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge, 1985.
- (30) Ce concept est greffé sur la notion *Rechtsleben* de Eugen Ehrlich. Dans des publications qui traitent du pluralisme du droit « le droit coutumier vivant » (*living customary law*) était habituellement opposé au « droit coutumier officiel » (*official customary law*). Le droit coutumier officiel correspond à du droit fixé à l'écrit ; on considère généralement qu'il vieillissait rapidement et que même le droit coutumier vivant n'était pas fidèlement conforme au moment de sa rédaction. Voir, par exemple, T. W. BENNETT, « Official'vs "Living" Customary Law : Dilemmas of Description and Recognition », in A. CLAASSENS et B. COUSINS (éd.) *Land, Power & Custom : Controversies Generated by South Africa's Communal Land Rights Act*, Le Cap, 2008, p. 138-152.
- (31) K. KROESCHELL, « Der Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte – Das Beispiel des Mittelalters », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung*, 111, 1994, p. 310-329 ; *idem*, « Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert », in *Probleme des 12. Jahrhunderts*, Sigmaringen, 1968, p. 309-335 ; *idem*,

années 1990 et 2000, des historiens du Moyen Âge tels que Raoul Van Caenegem et Robert Jacob citent des exemples faisant référence à une modification volontaire de « *consuetudines* », en Flandre et en France au XII^e et XIII^e siècles, par les instances dirigeantes ou avec leur approbation. Ils attirent l'attention sur les « *coutumes* » qualifiées de « mauvaises » et invitent à poursuivre la discussion sur les différences entre coutumes et législation³². Ces observations n'ont cependant pas entièrement pénétré les opinions ultérieures sur la coutume chez les historiens du droit. Aujourd'hui, les vues d'ensemble de l'histoire du droit des Pays-Bas méridionaux et septentrionaux continuent la plupart du temps de s'appuyer, pour les périodes du Moyen Âge et des temps modernes, sur les conceptions du XIX^e siècle relatives au droit local traditionnel établi.

D'autres points de vue du XIX^e siècle ont également longtemps subsisté. Les caractéristiques de l'autonomie et de la *coniuratio* dans les conceptions de Weber sur les villes ont été développées plus avant dans les écrits de Wilhelm Ebel et Gerhard Dilcher. Dans les années 1950, Ebel distingue différents types de « droit communal » : il cite *Recht*, *Gebot* et *Willkür*. *Recht* renvoie à la justice ou au droit naturel, *Gebot* aux ordres d'un seigneur. *Willkür* fait référence au droit délégué, établi par une communauté, comme celui retrouvé, par exemple, dans les ordonnances des villes³³. Gerhard Dilcher insiste sur l'aspect coercitif du *Recht*. Il pouvait trouver racine et être perpétué dans des procédures et des rituels. Le *Recht* pouvait être oral mais uniquement en référence à des procédures et à des cérémonies. Ce n'est qu'avec l'essor des villes que plus de normes écrites, donc de nature plus objective et *ex ante*, ont été établies. Ces normes étaient elles aussi *willkürt*, c'est-à-dire choisies par la communauté urbaine³⁴. Dans les théories de Jürgen Weitzel, en revanche, l'approbation implicite de la communauté représentée par ses dirigeants est la principale caractéristique du droit du haut Moyen Âge. Dès lors, l'élaboration de textes de droit local par les dirigeants des villes n'était pas, à partir du XIII^e siècle, incompatible avec la rénovation de règles en vigueur³⁵.

Depuis quelque temps, des historiens et des historiens du droit effectuent des recherches empiriques sur l'utilisation des appellations. On fait ainsi une distinction entre le droit local que les tribunaux faisaient respecter et des pratiques normatives plus générales considérées comme des « traditions »³⁶. Le droit

« Rechtsfindung. Die mittelalterlichen Grundlagen einer modernen Vorstellung », in *Festschrift H. Heimpel*, t. 3, Göttingen, 1971, p. 498-517 ; *idem*, « Germanisches Recht als Forschungsproblem », in *idem*, *Studien zum frühen und mittelalterlichen Recht*, Berlin, 1995, p. 65-88. Pour une vue d'ensemble des critiques sur les conceptions de Kroeschell, voir M. PILCH, *Der Rahmen der Rechtsgewohnheiten. Kritik des Normensystemdenkens entwickelt am Rechtsbegriff der mittelalterlichen Rechtsgeschichte*, Cologne, 2009, p. 279-290.

- (32) R. JACOB, « Les coutumiers du XIII^e siècle ont-ils connu la coutume ? », in M. MOUSNIER et J. POUMARÈDE (éd.), *La coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne*, Toulouse, 2001, p. 117-119 ; R. JACOB, « Beaumanoir vs. Révigny : The Two Faces of Customary Law in Philip the Bold's France », in S-G. HELLER et M. REICHERT (éd.), *Essays on the Poetic and Legal Writings of Philippe de Remy and His Son Philippe de Beaumanoir of Thirteenth-Century France*, Lewiston (NY), 2001, p. 237 et 259 ; R. C. VAN CAENEGEM, « Aantekeningen bij het middeleeuwse gewoonterecht », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 64/1, 1996, p. 103-104 ; R. C. VAN CAENEGEM, « Boekenrecht en gewoonterecht : het Romeinse recht in de Zuidelijke Nederlanden op het einde der Middeleeuwen », *Bijdragen en Mededelingen van het Historisch Genootschap*, 80, 1966, p. 2-37.
- (33) W. EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, Göttingen, 1967, p. 15-26 ; W. EBEL, *Die Willkür. Eine Studie zu den Denkformen des älteren deutschen Rechtes*, Göttingen, 1953.
- (34) G. DILCHER, « Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter », in G. DILCHER, *Normen zwischen Oralität und Schriftkultur*, Cologne, 2008, p. 123-170 ; G. DILCHER, « Noch einmal : Rechtsgewohnheit, Oralität, Normativität, Konflikt und Zwang », *Rechtsgeschichte*, 17, 2010, p. 67-73.
- (35) J. WEITZEL, *Dinggenossenschaft und Recht*, Berlin, 1986 ; J. WEITZEL, « Gewohnheiten im lübischen und im sächsisch-magdeburgischen Rechtskreis », in *La coutume – custom*, t. 2, Bruxelles, 1990, p. 353-356.
- (36) En général, J. GILISSEN, *La Coutume*, Turnhout, 1982, p. 22-24. Pour le bas Moyen Âge et le début de la période moderne en Angleterre, voir L. BONFIELD, « What Did English Villagers Mean by "Customary Law" ? », in Z. RAZI et R. SMITH (éd.), *Medieval Society and the Manor Court*, Oxford, 1996, p. 107-109 ; A. KIRALFY, « Custom in Medieval

coutumier soutenu par le gouvernement avait une plus large portée géographique que les coutumes locales qui s'écartaient de ce « droit commun »³⁷. Les concepts « coutume » et « droit coutumier » ont été utilisés pour toutes les variantes mentionnées, donc tant pour le droit commun officiel que pour les pratiques normatives. De plus, les historiens et les historiens du droit font une distinction entre les coutumes ou les pratiques d'une importance limitée et les « coutumes générales ». Ces dernières étaient imposées d'office par les tribunaux et pouvaient être modifiées dans le cadre de la pratique judiciaire. Les « coutumes particulières » étaient étroitement associées aux privilèges, les « coutumes publiques » étaient la règle générale à laquelle ces privilèges dérogeaient³⁸. Ces dernières années, Emily Kadens a aussi analysé la coutume de la fin du Moyen Âge et du début de la période moderne. Elle s'est plus particulièrement intéressée aux différentes caractéristiques de la « coutume anthropologique » (ou coutume comportementale) par opposition à « la coutume juridique » (ou coutume normative). Elle a démontré que la coutume au sens anthropologique était inévitablement floue ; la coutume juridique était plus délimitée mais néanmoins flexible dans la mesure où elle avait toujours la résolution d'un problème comme objectif³⁹.

De plus, l'évolution historique de la catégorie des « coutumes » a été interprétée comme le reflet de la lutte pour le pouvoir. Quant au mouvement français d'homologation, des auteurs comme Martin Grinberg ont mis l'accent sur les mécanismes de formation de l'État dans les dessous de l'enregistrement obligatoire des *coutumes*. Par exemple, de nombreux droits féodaux ont été adaptés dans les *cahiers* de compilation de *coutumes*⁴⁰. Raoul van Caenegem et Emily Kadens ont largement démontré à quel point la *Verschriftlichung* allait de pair avec un changement de discours. Le flou des mœurs a fait place à la solidité du droit écrit. Selon Kadens, cela allait de pair avec la perte d'une culture flexible de la mémoire dans les communautés locales⁴¹.

Dans toutes les analyses ci-dessus mentionnées, l'influence de concepts plus anciens est maintenue. On part toujours dans une large mesure du principe que le droit contient des règles fixes que l'on peut retrouver dans la législation, dans les commentaires ou dans les coutumes qui ont subsisté. Kadens aussi définit une « coutume anthropologique » comme identifiable, du moins comme un point de départ reconnaissable pour la formulation de règles de droit. Surtout en ce qui

English Law », *The Journal of Legal History*, 9, 1988, p. 26-39 ; A. WOOD, *The Memory of the People : Customs and Popular Senses in the Past in Early Modern England*, Cambridge, 2013, p. 39. Pour le bas Moyen Âge en Écosse, R. HOUSTON, « Custom in Context. Medieval and early modern Scotland and England », *Past & Present*, 211, 2011, p. 35-76.

- (37) D. IBBETSON, « Custom in Medieval Law », in A. PERREAU-SAUSSINE et J. B. MURPHY (éd.), *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge, 2007, p. 153-155 et 162-165.
- (38) Cette distinction est souvent appliquée pour ce qui concerne le bas Moyen Âge et le début des temps modernes en Angleterre et en Écosse. Voir HOUSTON, « Custom in Context... », art. préc., p. 38-40 ; IBBETSON, art. préc., p. 161-162. Cependant cette distinction est également de temps en temps appliquée pour ce qui concerne le droit continental du bas Moyen Âge. Voir E. CONTE, « Consuetudine, Coutume, Gewohnheit and Ius Commune. An Introduction », *Rechtsgeschichte*, 24, 2016, p. 239-241.
- (39) E. KADENS, « The Myth of the Customary Law Merchant », *Texas Legal Review*, 90, 2012, p. 1153-1161 ; E. KADENS, « Convergence and the Colonization of Custom in Pre-Modern Europe », in O. MORETEAU et K. MODEER (éd.), *Comparative Legal History*, Cheltenham, 2019, p. 167-185 ; E. KADENS, « Custom's Two Bodies », in K. L. JANSEN, G. GELTNER et A. E. LESTER (éd.), *Center and Periphery. Studies on Power in the Medieval World in Honour of William Chester Jordan*, Leyde, 2018, p. 239-248.
- (40) M. GRINBERG, « La rédaction des coutumes et les droits seigneuriaux, nommer, classer, exclure », *Annales, économies, sociétés, civilisations* 1997, p. 1017-1038 ; J. POUMARÈDE, « Droit romain et rédaction des coutumes dans le ressort du Parlement de Bordeaux », dans J. KRYNEN (éd.), *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, Toulouse, 1999, p. 341-345.
- (41) KADENS, « Convergence and the Colonization », art. préc., p. 185.

concerne la coutume, ces opinions ne peuvent être maintenues, car les croyances lorsqu'elles étaient symboliquement liées à la tradition, pouvaient, elles aussi, être considérées comme des coutumes (voir *infra*). Une question pertinente en ce sens, que l'on a parfois soulevée mais qui est restée sans réponse, est de savoir pourquoi des changements drastiques dans le contenu du droit privé urbain, en intégrant par exemple des règles qui figurent dans les écrits académiques dès le XII^e siècle, n'ont pour ainsi dire provoqué aucune résistance de la part de la population⁴². Les troubles récurrents dans les villes des Pays-Bas depuis la fin du XIII^e siècle n'étaient pas dirigés contre les changements apportés au droit urbain par les dirigeants de la ville ; l'abus de pouvoir et les finances publiques en étaient bien davantage les motivations principales⁴³.

II – L'appellation « coutume » dans les recueils de règles urbaines des XVI^e et XVII^e siècles

Dans les années 1520, les Pays-Bas suivirent l'exemple français qui imposait la transcription et l'enregistrement du droit local coutumier. Les institutions princières optèrent pour cette approche dans une tentative d'apporter plus d'unité et de sécurité juridique aux différentes provinces. Des lettres du souverain incitaient les dirigeants locaux à fixer leur droit par écrit en partant de l'idée que le droit local était synonyme de coutumes⁴⁴. L'empereur Charles Quint demanda ainsi en 1546 aux échevins de ses villes, villages et seigneuries des Pays-Bas, de consigner ces « coutumes telles qu'elles avaient été en usage jusqu'alors »⁴⁵. Les dirigeants locaux eurent de la sorte la possibilité de présenter au souverain les normes appliquées dans leur juridiction et de les faire certifier comme droit officiel. Si les conseillers du roi acceptaient le contenu des *cahiers*, ces derniers étaient homologués, ce qui signifiait que leur contenu était repris dans une ordonnance princière.

Les termes les plus usités concernant les coutumes dans les recueils (*cahiers*) de droit local du XVI^e siècle, élaborés à la suite de l'obligation susmentionnée, sont – outre « *costu(y)me* » – « *hercomme* » et « *usantie* » (usage). *Usage* faisait référence à des pratiques répétées et renvoyait à la notion d'*usus*. L'*usus* était comme déjà mentionné une exigence doctrinale en matière de coutume. Le terme *consuetudo* renvoyait à une règle fondée sur le consentement implicite que l'on déduisait de la répétition de pratiques qualifiées d'*usus*. La notion d'*usus* au sens d'actions répétées fit son apparition à la fin du Moyen Âge, comme nous le verrons dans la section III. On combinait souvent les termes. Plusieurs compilations

(42) VAN CAENEGEM, « Boekenrecht en gewoonterecht », art. préc., p. 24.

(43) La littérature relative aux révoltes urbaines aux Pays-Bas dans le bas Moyen Âge est très riche. Pour une vue d'ensemble sur les causes de contestations et de révoltes, voir J. DUMOLYN et J. HAEMERS, « Patterns of Urban Rebellion in Medieval Flanders », *Journal of Medieval History*, 31(4), 2005, p. 369-393. Certaines révoltes (par exemple à Cassel en 1427 et à Gand en 1540) étaient la conséquence de décisions gouvernementales lorsque les « impôts traditionnels » furent augmentés par le prince. Voir par exemple, J. DUMOLYN et K. PAPIN, « La révolte paysanne à Cassel (1427-1431) : lutte d'une communauté rurale contre la centralisation bourguignonne », in G. BRUNET et S. BRUNET (éd.), *Haro sur le seigneur ! Les luttes antiseigneuriales dans l'Europe médiévale et moderne*, Toulouse, 2008, p. 82-85.

(44) J. Gilissen, « La rédaction des coutumes en Belgique aux XVI^e et XVII^e siècles », in J. GILISSEN (éd.), *La Rédaction des coutumes dans le passé et le présent*, Bruxelles, 1962, p. 98-102.

(45) J. GILISSEN, « Les phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII provinces des Pays-Bas », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 18, 1950, p. 42.

faisaient, pour définir le droit local, référence aux « coutumes, droits et *usantiën* »⁴⁶ ou aux « coutumes, *usantiën* et *hercommen* »⁴⁷. De telles formulations couvraient tous les aspects des coutumes en référence aux théories classiques. *Usantie* (usage) mettait l'accent sur le fait qu'une règle était appliquée⁴⁸ tandis que « *hercommen* » faisait référence à sa durabilité. *Hercomme* ou *herbringe* signifiait à la lettre « provenant du passé »⁴⁹.

Les notions d'*usus* et d'*hercomme* étaient principalement utilisées dans les Pays-Bas méridionaux. Dans les villes des Pays-Bas septentrionaux, les termes *handvest* (charte) et *privilegie* (privilèges) étaient plus en usage⁵⁰. Ces notions renvoyaient au fait que l'on retrouvait le plus souvent les règles urbaines les plus anciennes dans les chartes princières. Au XVI^e siècle, le terme *willekeur*, qui exprimait le consentement de la population, est plus utilisé en Hollande, dans la Drenthe et à Groningue, qu'ailleurs⁵¹. Ces termes se retrouvaient dans la formule du serment prêté par le prince lors de sa « Joyeuse Entrée » et qui impliquait l'acceptation des droits de la ville ou du territoire. Le duc ou le comte nouvellement installé déclarait solennellement qu'il respecterait les « droits, privilèges, immunités, coutumes et *herkommen* » de la localité⁵².

Même si le droit local était présenté comme ancien et stable, le contenu des cahiers soumis aux autorités princières a plus d'une fois été modifié au fil du temps. Plusieurs villes déposèrent des versions différentes de leur droit local. Anvers envoya des compilations en 1548, 1570 et 1608. Les autorités bruxelloises déposèrent trois recueils, en 1547, 1570 et 1606. De nouvelles règles furent ajoutées à ces compilations et des règles plus anciennes furent modifiées ou complétées⁵³.

Le contenu des cahiers montre comment les dirigeants urbains qui les rédigeaient considéraient les coutumes. À Anvers, à la fin du Moyen Âge, on appelait le droit de la ville le « droit du Tribunal » ou le « droit des citoyens d'Anvers »⁵⁴. Lorsque dans le troisième quart du XV^e siècle le nombre de diplômés universitaires augmenta au sein de l'administration municipale, les exigences formulées dans les écrits juridiques relatives aux *consuetudines* ont été accrues (même si elles ont également été adaptées, voir IV). Depuis lors, les coutumes ont été certifiées au moyen de la procédure par *turbe*⁵⁵. Lorsqu'une question juridique était soulevée, on consultait une dizaine de juristes ou plus (d'anciens échevins, des praticiens et des fonctionnaires), le plus souvent de formation universitaire, sur le contenu des règles

(46) Par exemple, C. CASIER (éd.), *Coutumes de Santhoven*, Bruxelles, 1873, p. 2-4.

(47) Par exemple, C. CASIER (éd.), *Coutumes de la Ville d'Aerschot, de Neder-Assent et de Cagevinne*, Bruxelles, 1894, p. 124 (*costuymen* de Caggevinne, 1570).

(48) « Usance », *Woordenboek der Nederlandsche Taal* (ci-après *WNT*) (gtb.inl.nl).

(49) « Herbrengen », *WNT* (gtb.inl.nl).

(50) « Handvest (II) », *WNT* (gtb.inl.nl).

(51) « Willekeur », *WNT* (gtb.inl.nl).

(52) A. ANSELMO (éd.), *Placcaerten ende ordonnanciën van de hertogen van Brabant*, t. 1, Anvers, 1648, p. 194 (5 juillet 1549).

(53) GILISSEN, « La rédaction », art. préc., p. 103 ; P. GODDING, « La rédaction de la coutume de Bruxelles », *Annales de la Société d'Archéologie de Bruxelles*, 51, 1966, p. 195-196 ; J. MONBALLYU, « Het costumiere recht in de kasselrij Kortrijk tijdens de 15de en de 16de eeuw », *Handelingen van de Koninklijke Geschied- en Oudheidkundige Kring van Kortrijk. Nouvelle série*, 45, 1978, p. 161.

(54) CLEMENTYNBOECK, « 1288-1414 », *Antwerpsch Archievenblad*, première série, t. 25, p. 217 (vers 1390).

(55) Sur les enquêtes par turbe, voir J. GILISSEN, « La preuve de la coutume dans l'ancien droit belge », in G. DESPY et al. (éds.), *Hommage au professeur Paul Bonenfant (1899-1965). Études d'histoire médiévale dédiées à sa mémoire par les anciens élèves de son séminaire à l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles, 1965, p. 568-570 ; KADENS, « Convergence and the Colonization », art. préc., p. 183-185 ; L. WAELKENS, « L'origine de l'enquête par turbe », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 53, 1985, p. 337-346.

relatives au droit urbain d'Anvers⁵⁶. Les questionnaires et les réponses de ces enquêtes par turbe ont été fixés par écrit dans ce que l'on appelle les *turbeboecken* qui, au fil du temps, ont facilité l'argumentation relative aux normes anversoises autrefois certifiées⁵⁷. Dans ces *turben*, on insistait régulièrement sur le fait que la coutume était appliquée depuis plusieurs années ; des témoins devaient confirmer qu'ils avaient constaté qu'une règle était imposée au tribunal. La durée était une condition préalable importante exigée par la doctrine universitaire⁵⁸.

Il est frappant de constater que certaines règles mentionnées dans les *turbes*, et que les témoins qualifiaient « d'anciennes », étaient en réalité nouvelles. Dans une enquête par turbe anversoise de 1520, un usage « d'abandonnement », qui permettait à un débiteur emprisonné de recouvrer sa liberté à condition de céder tous ses biens à ses créanciers, était lié à des règles du droit romain relatives à la procédure de *cessio bonorum*. Malgré l'enregistrement de ces règles académiques qui n'étaient pas d'usage auparavant, tous les aspects ayant trait aux règles confirmées par les témoins étaient décrits comme des « *costuymen* » anciennes⁵⁹.

Un autre exemple se rapporte au droit des femmes mariées de signer des contrats. À la fin du xv^e siècle, à Anvers, on désapprouvait encore de façon générale que les femmes puissent conclure des contrats sans le consentement de leur mari. Elles furent considérées incapables de s'engager seule dans des liens contractuels. Toutefois, à partir environ 1526, les femmes disposèrent d'un droit d'annulation. À partir de là, elles purent légalement passer un accord sans le concours de leur mari mais, si l'accord s'avérait désavantageux par la suite, elles avaient le droit de le faire résilier⁶⁰. En 1532, lors d'une enquête par turbe, cette règle – bien que récente – fut proclamée « coutume bien connue qui était sans aucun doute en usage depuis 2, 3, 4, 6 10, 20, 30 ans »⁶¹.

Les modifications apportées au droit local, telles qu'elles apparaissent dans les versions ultérieures des recueils de règles, étaient souvent le résultat d'une interprétation incrémentale, mais elles pouvaient aussi être radicales. Ce qui ressort, par exemple, clairement de la situation juridique de la *femme sole* (*coopwyf*) à Anvers dans la première moitié du xvi^e siècle. Une femme mariée était considérée comme juridiquement autonome lorsqu'elle possédait – avec le consentement de son mari – sa propre entreprise. Dans ce cas, elle n'était pas obligée de demander l'autorisation de son mari pour signer des contrats liés à son commerce. Bien que consigné lors d'une enquête par *turbe* en 1509⁶², ce principe était probablement plus ancien. L'objectif sous-jacent de cette règle était de permettre aux épouses d'agir rapidement et de manière autonome dans l'intérêt de leur entreprise. À

- (56) D. DE RUYSSCHER, « From Usages of Merchants to Default Rules : Practices of Trade, Ius Commune and Urban Law in Early Modern Antwerp », *The Journal of Legal History*, 33/1, 2012, p. 12-14.
- (57) FelixArchief Anvers (ci-dessous FAA), *Vierschaar* (ci-dessous V), n° 68.
- (58) R. GARRÉ, *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16.–18. Jahrhundert)*, Francfort-sur-le-Main, 2005, p. 128-140.
- (59) FAA, V, 68, f° 34 r. (1^{er} juin 1520). Pour l'analyse de ces règles, voir D. DE RUYSSCHER, « Reconciling Old and New : Imprisonment for Debts and *Cessio Bonorum* in Antwerp and Mechelen (c. 1500-c. 1530) », in J. W. OOSTERHUIS et E. VAN DONGEN (éds.), *European Traditions : Integration or Disintegration*, Oisterwijk, 2012, p. 35-48.
- (60) R. DE RUYSSCHER, « De ontwikkeling van het Antwerpse privaatrecht in de aanloop naar de *costuymen* van 1548. Uitgave van het *Gulden Boeck* (ca. 1510-ca. 1537), (projecten van) ordonnances (1496-ca. 1546), een rechtsboek (ca. 1541-ca. 1545) en proeven van hoofdstukken van de *costuymen* van 1548 », *Bulletin de la Commission royale pour la Publication des anciennes Lois et Ordonnances de Belgique*, 54, 2013, p. 88-89.
- (61) FAA, V, 68, f° 93 r. (s.d., ca. 1532).
- (62) FAA, V, 68, f° 17 v. (15 octobre 1509).

l'origine, la règle stipulait que les *coopvrouwen* devaient répondre elles-mêmes des dettes contractées pour leur entreprise. Mais en 1509, cet aspect de la règle a été rédigé tout à fait différemment. Dans la *turbe* de 1509, il fut stipulé que les dettes contractées par une « *femme sole* » pouvaient être recouvrées tant sur les biens de l'épouse que sur les biens de la communauté conjugale. L'autorisation donnée par le mari à son épouse de créer sa propre entreprise était interprétée de telle sorte que les biens de la communauté conjugale – qui était gérée par le mari – servaient de caution pour les dettes de l'entreprise de l'épouse.

Cette approche a cependant semé la confusion. Difficile de comprendre si le mari était associé dans la société de son épouse, auquel cas ses biens propres répondaient également des dettes contractées par la « *coopvrouw* », ou si les créanciers de la société de l'épouse n'avaient de recours que sur les biens de la communauté conjugale et non sur les biens de l'époux. En cas d'application de la première interprétation, la réciprocité paraissait évidente. L'épouse pouvait alors également être tenue responsable des dettes contractées par son mari, même sur ses biens propres (et donc aussi sur son entreprise)⁶³. Cela revenait à considérer que les biens propres aussi devaient répondre des actes de l'autre, époux ou épouse, même s'ils ne servaient pas un objectif commun. Cette approche entraînait une augmentation des droits des créanciers qui disposaient ainsi d'une assiette de biens plus étendue. Il résultait aussi d'une telle interprétation que le soutien d'un mari en faveur de l'entreprise particulière de son épouse améliorerait également la position de ses propres créanciers. Avant les années 1540, lorsque cette interprétation fut formulée pour la première fois, la règle voulait qu'une veuve fût civilement responsable de la moitié des dettes contractées par son mari, dans la mesure où elles étaient « en commun », c'est-à-dire contractées dans l'intérêt du couple ou du ménage. Les dettes personnelles étaient payées sur des biens personnels. Le statut de la *coopvrouw* n'a en rien changé ce principe. L'extension de la caution de la dette de la *coopvrouw* a cependant conduit à la responsabilité des épouses pour les dettes contractées par leurs maris, même si elles ne servaient pas un but commun. Finalement, cette interprétation de la règle a été rapidement abandonnée. Dans les compilations de *costuymen* anversoïses de 1548, on renoue avec des normes plus anciennes qui opéraient une distinction claire entre les dettes personnelles et les dettes communes et entre les biens propres et les biens communs⁶⁴.

III – Droit coutumier et droit local : ouvertures dans la théorie contemporaine

Les textes universitaires de la fin du Moyen Âge et du début de la période moderne traitant des coutumes étaient, jusqu'à récemment, principalement interprétés sous l'angle des conceptions du XIX^e siècle. Pourtant, en y regardant de plus près, leur contenu peut davantage être mis en relation avec l'esprit de l'« *inventive tradition* » décrite ci-dessus. Puchta considérait le droit des coutumes comme fondé sur des croyances profondément ancrées dans le *Volksgeist* tout en réduisant la

(63) FAA, V, 68, f° 113 r. (9 juin 1542).

(64) G. de LONGÉ (éd.), *Coutumes de la ville d'Anvers*, t. 1, Bruxelles, 1872, p. 316 (chap. 10, art. 32-34). Pour un autre exemple d'une interprétation incrémentale des droits de la femme mariée, dans les « *costuymen* » de Bruxelles de 1547 et 1570, voir GODDING, « La rédaction », art. préc., p. 195-196.

portée des coutumes à des comportements répétés. Ce point de vue représentait un changement significatif par rapport aux opinions académiques antérieures sur ce que pouvait être une coutume (*consuetudo*). Les juristes de la fin du Moyen Âge insistaient sur le fait que les coutumes n'avaient de force juridique que si, et dans la mesure où, elles découlaient « *ex usu seu moribus plurium personarum* » [c'est-à-dire du comportement ou des croyances d'un grand nombre de personnes]. Ils ne se focalisaient donc pas exclusivement sur l'*usus*, au sens d'actes répétés⁶⁵.

L'élément *mores* (mœurs) occupait déjà une place importante dans le droit romain. Le juriste romain Salvius Julianus considérait les *consuetudines* et les *mores* comme un *ius* pouvant compléter les lois écrites (*leges*) (D. 1, 3, 32pr.). Il semblerait que Julianus regardait les *mores* comme élément constituant ou source sous-jacente des *consuetudines* (D. 1, 3, 32,1). D'autres juristes romains opéraient une distinction plus claire entre les deux catégories : ils faisaient aussi bien référence dans une même opinion aux *mores* qu'aux *consuetudines* avec des significations différentes (par exemple D. 1, 16,7 pr.). Les *mores* étaient considérées comme beaucoup plus anciennes et plus générales que les *consuetudines*. La *patria potestas*, par exemple, qui se rapporte au statut et aux droits du *paterfamilias* en tant que chef de la *familia* romaine, est décrite comme appartenant aux *mores*⁶⁶ et n'est pas regardée comme *consuetudo* dans la mesure où elle est considérée⁶⁶ comme une institution séculaire. Le Code Justinien (529 après JC), qui a plutôt favorisé « l'*usus* » (C. 8.52 (53), 2), a jeté les bases pour les appréciations dans les ouvrages juridiques du Moyen Âge qui ont dégagé le concept « *mores* » du concept de « *consuetudo* ».

Les définitions de Julianus ont néanmoins cheminé jusque dans les *Étymologiae* d'Isidore de Séville du début du VII^e siècle (« *consuetudo est ius quoddam moribus institutum* »)⁶⁷. Cette formule a été adoptée dans le *Decretum* de Gratien (vers 1140)⁶⁸. La préférence donnée à *mos* et *mores* au détriment des *consuetudines* s'impose également dans les enseignements des Pères de l'Église tels qu'Augustin et Tertullien, qui considèrent les *mores* du peuple comme très proches de la *lex aeterna divina*. Les *mores* désignaient alors un ensemble de croyances ou de traditions culturelles plutôt qu'un ensemble d'usages, de pratiques⁶⁹.

Ce que le droit romain et le droit canonique médiéval basé sur le droit romain suggèrent, c'est que les *mores* pouvaient devenir des coutumes sans comportement répété⁷⁰. Une tradition juridique pouvait se référer à une opinion collective plutôt

(65) Cette opinion est celle de Bartole de Saxoferrato. Pour la citation, voir KADENS, « Custom's Two Bodies », art. préc., p. 248.

(66) D. 1,6,8pr.

(67) ISIDORUS SEVILLAE, *Etymologiae*, livre 2, 10.2.

(68) GRATIANUS, *Decretum*, dist. 1, ch. 5pr. « *Moribus institutum* » est souvent traduit par « établi par l'usage » ; cependant, « convictions » ou « mœurs » sont de meilleures traductions. Voir, par exemple, J. PORTER, « Custom, Ordinance and Natural Right in Gratian's Decretum », in A. PERREAU-SAUSSINE et J. B. MURPHY (éd.), *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge, 2007, p. 93.

(69) J. GAUDEMET, « La coutume en droit canonique », in J. GLISSEN (éd.), *La coutume*, (Recueils de la Société Jean Bodin 52), Bruxelles, 1991, p. 41-61 ; U. WOLTER, « Die consuetudo im kanonischen Recht bis zum Ende des 13. Jahrhunderts », in G. Dilcher, et al. (éd.) *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*, Berlin, 1992, p. 96-100.

(70) Voir ISIDORUS SEVILLAE, *Etymologiae*, livre 2, 10.3 (*nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat*, « il importe peu que la coutume (*consuetudo*) soit établie par l'écrit ou par la raison dans la mesure où la raison détermine aussi la loi »). Ceci ressort aussi de la description des *consuetudines in usu communi* (d'usage commun, mais aussi : largement diffusé, communément partagé). Voir GRATIANUS, *Decretum*, dist. 1, c. 5, § 3. *Usus* au sens d'action était par ailleurs associé à *consuetudo* par Gratianus. Voir, par exemple, dist. 11, ch. 5pr.

qu'à des actes identifiables⁷¹. Ce qui eut trait à un autre débat entre juristes de la fin du Moyen Âge et du début de l'époque moderne : une coutume pouvait-elle émaner d'une règle transmise oralement, sans preuve de sa concrétisation⁷² ?

Un élément crucial à cet égard réside dans le « *tacitus consensus populi* », c'est-à-dire le « consentement » tacite de la communauté. Il s'agissait d'une condition essentielle pour tout *consuetudo*⁷³. À partir du XIX^e siècle, cette exigence a été réinterprétée comme *opinio necessitatis* ou *opinio iuris* (c'est-à-dire l'opinion selon laquelle un usage était normatif), mais au début de la période moderne cette condition était bien différente. Le *consensus populi* faisait référence à un partage intériorisé de conceptions relatives à des idées et/ou des usages. L'*opinio necessitatis* du XIX^e siècle supposait l'appréciation subjective d'un usage comme norme. La notion de *consensus* dans la période allant de 1200 à 1650 environ, ne correspondait pas au « consentement » du droit des obligations d'aujourd'hui, à savoir un accord explicite, mais était davantage en rapport avec une « conscience juridique ». *Consensus* sous-entendait toujours le *con-sentire*, qui signifie « éprouver une perception commune ». Le consentement dans sa signification actuelle fait référence à la rencontre de volontés qui crée un accord. La notion de *consensus* utilisée en droit romain et dans les enseignements basés sur le droit romain jusqu'au milieu du XVII^e siècle concernant les *consuetudines* et les *mores*, renvoyait davantage à des opinions partagées au sein d'une communauté qu'à une somme de consentements⁷⁴. En raison de cette caractéristique du *consensus populi*, les *mores* étaient solidement intégrées dans le concept des *consuetudines*. Il pouvait s'agir d'usages ou d'idées répétées, et même de convictions. Ainsi, des conceptions encore relativement récentes pouvaient tout de même entrer dans la catégorie *consuetudo*.

L'adjectif *tacitus* a été utilisé pour expliquer pourquoi les *consuetudines* n'exigeaient pas un acte d'approbation formel de la part de la communauté dans laquelle elles étaient en vigueur. Il n'était pas nécessaire de prouver un usage pour établir une coutume ; une conception ou une opinion suffisait à condition qu'elle fut « approuvée dans toute la communauté ». Une *consuetudo* était parfois considérée comme une « loi tacite » (*statutum tacitum*)⁷⁵. Raison pour laquelle il était généralement admis que l'organe législatif de la communauté déterminait et même promulguait ce qu'était cette loi tacite⁷⁶. Cela paraît étrange pour le lecteur moderne car cela ne correspond pas à la conception d'une décision démocratique. Toutefois, jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, les membres des institutions qui édictaient des ordonnances (*statuta*) pour les villes et les petites juridictions étaient considérés comme le *sanior pars* (l'élite) de la population⁷⁷. C'est à cela que Hugo de Groot fait référence lorsqu'il parle du droit international introduit « *sive moribus et pacto tacito* »⁷⁸. Par *moribus*, il entend les points de vue que toutes les popu-

(71) Pour la relation entre *mores* et opinions, voir le concept de *mos maiorum*, qui renvoyait à l'ancienne tradition romaine. Cette tradition englobait tant les rituels et les usages que les valeurs morales et des convictions fondamentales relatives à l'organisation de l'État. Voir à ce sujet, P. DU PLESSIS, *Cicero's Law : Rethinking Roman Law of the Late Republic*, Edinburgh, 2016, p. 156 (« *ethical continuity* »).

(72) Voir H. KRAUSE and G. KÖBLER, « *Gewohnheitsrecht* », in A. CORDES et al. (éd.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. 2, Cologne, 2005, p. 366.

(73) GARRE, *Consuetudo*, op. cit., p. 128-140.

(74) Voir, par exemple, sur la doctrine de Grotius, F. IURLARO, *The Invention of Custom : Natural Law and the Law of Nations*, ca. 1550-1750, Oxford, 2021, p. 107.

(75) Par exemple, A. PIAGGIO, *De iure consuetudinis tractatus*, 1611 (q. 2, n° 27).

(76) VAN CAENEGEM, « *Aantekeningen* », art. préc., p. 103, note 26 (qui fait référence à l'opinion de Petrus de Ravannis (décédé vers 1528) selon laquelle les gouvernements peuvent créer des coutumes).

(77) GARRE, *Consuetudo*, op. cit., p. 128-140.

(78) HUGO DE GROOT, *De iure belli ac pacis*, R. J. D. DE KANTER-HETTINGA (éd.), Leyde, 1939, p. 5 (livre 3, pr.).

lations partageaient même s'ils n'étaient pas explicités dans un traité ou même dans un document personnel⁷⁹. Une interprétation des *mores* comme des « actes de populations » (ou d'une population), comme ce sera le cas au XIX^e siècle, n'est pas compatible avec l'opinion de De Groot selon laquelle elles étaient une source de droit international public.

Le caractère rationnel de l'usage était également important. On insistait généralement sur le fait que les coutumes devaient être raisonnables (*rationabilis*). Cette exigence était la plupart du temps expliquée comme une condition supplémentaire aux preuves à fournir pour les usages avant que ceux-ci ne soient reconnus comme faisant partie du droit (donc comme *consuetudines*). Cette exigence était cependant aussi souvent décrite en termes d'*aequitas* ou de *ratio scripta* qui, comme déjà mentionné, pouvait suffire à constituer une coutume. Ces notions renvoyaient à des idées établies empruntées à des textes classiques, notions très proches du « droit naturel » tel que défini depuis les années 1500. Pour de Groot, *ius naturale*, *ius voluntarium* et *consensus gentium* sont étroitement liés. Les nations reconnaissent les règles fondamentales comme contraignantes parce qu'elles sont raisonnables et y adhèrent parce qu'elles désignent ce qui est juste et ce qu'il ne l'est pas⁸⁰.

Compte tenu de ce qui précède, il est clair que les historiens ont souvent considéré les coutumes et les catégories équivalentes à travers les yeux de la doctrine du XIX^e siècle. Puchta insistait sur l'aspect ontologique du droit coutumier mais affirmait par ailleurs que les coutumes n'étaient que des actes répétés (*Handlung, Übung*), et non de la tradition (*Sitte*). Selon Puchta, les juges n'étaient pas supposés les connaître, même s'ils pouvaient les déduire des faits⁸¹. Ce qui signifiait que les coutumes n'étaient plus considérées comme faisant partie de la « tradition » ou du « droit coutumier public », mais plutôt comme des règles particulières qui constituaient des exceptions au droit imposé par les tribunaux et les juristes. Puchta a séparé les « coutumes » des croyances (*mores*) et les a réduites à des faits.

Intégrer les *mores* dans la catégorie plus large de *consuetudo* avait un avantage que les théories de Puchta ont abandonné. Il permettait de faire le lien entre *ex ante* et *ex post*. Aujourd'hui, on considère généralement qu'une règle n'a pas d'effet rétroactif. Cette perception continue de s'appuyer sur l'exigence de la connaissance des normes contraignantes. Lorsqu'une norme était élaborée en réponse à un problème nouveau, le problème lui-même ne pouvait être résolu par cette règle spécifique puisque personne ne peut être tenu responsable d'avoir enfreint une règle qui n'existait pas. La nécessité d'une règle ne peut donc pas être identifiée à la règle elle-même. Lorsqu'un nouveau problème surgit, la réponse normative à ce problème ne peut relever du droit coutumier⁸². Dans la mesure où de nombreux problèmes juridiques sont nouveaux, l'approche de Puchta limitait considérablement la portée du droit coutumier. Les théories de Puchta ont donc eu pour effet de réduire l'utilité concrète des coutumes. Cependant, si l'on considère les coutumes comme une appellation pouvant également être utilisée pour des solutions nouvelles, en référence à une tradition perpétuée par des dirigeants ayant explicité cette tradition, le problème évoqué ci-dessus ne se pose

(79) À ce sujet IURLARO, *The Invention of Custom*, op. cit., p. 106-107.

(80) T. TOYODA, *Theory and Politics of the Law of Nations*, Leyde, 2011, p. 24-30.

(81) PUCHTA, *Des Gewohnheitsrecht*, t. 2, p. 29-32.

(82) A. WATSON, « An Approach to Customary Law », *University of Illinois Law Review*, 1984, p. 561-576.

plus. L'attachement de Puchta aux coutumes particulières avérées avait comme conséquence que les juges ou les dirigeants, faute de pouvoir imposer une « loi existante », devaient plutôt considérer les coutumes comme étant elles-mêmes des règles. Cette réduction de la marge d'interprétation et d'action est une notion propre au XIX^e siècle, qui n'a eu de précurseur ni à la fin du Moyen Âge ni au début de la période moderne.

IV – Limites à la flexibilité de la tradition vivante

En 1578, les échevins d'Anvers, qui avaient déjà envoyé des recueils aux institutions princières en 1548 et 1570⁸³, décidèrent de rédiger une nouvelle compilation de *costuymen*. Le nouveau texte, imprimé dans les derniers mois de 1582 et de ce fait appelé *Impressae*, était considéré comme la compilation anversoise de règles de droit la plus importante. Les *Impressae* étaient universellement citées et estimées pour leur teneur, entre autres pour la qualité des dispositions en rapport avec les contrats commerciaux. Parce que c'était un gouvernement anversoise à orientation calviniste qui avait publié les *costuymen* de 1582, le nouveau collègue d'échevins anversoise, cette fois d'orientation catholique, en interdit l'utilisation en mai 1586. On confia à un comité de juristes la mission de constituer un nouveau recueil de droit anversoise⁸⁴. Ce qui aboutit en 1608, à un texte de droit de la ville aux proportions gigantesques. La compilation de 1608 contenait 3 643 articles, répartis en sept volumes et quatre-vingt-un chapitres. Les dispositions relatives au droit commercial représentaient près d'un tiers de l'ensemble, soit 1 124 articles répartis en dix-huit chapitres, contre 111 articles traitant des questions similaires dans le code de 1582. Peu de temps après que la compilation de 1608 fut soumise au Conseil de Brabant pour homologation, les échevins anversoise insistèrent pour obtenir l'approbation princière provisoire et la publication de la partie ayant trait au droit commercial, ce qui fut accordé en février 1609⁸⁵.

Bien que les échevins d'Anvers eussent imposé l'utilisation des chapitres relatifs au droit commercial en mars 1609⁸⁶, la compilation de 1608 n'a jamais bénéficié d'une grande popularité. Même après 1609, ce furent les *costuymen* de 1582 que l'on continua d'utiliser le plus souvent pour tout ce qui avait trait ou presque au droit commercial et à d'autres sujets, ce qui s'explique principalement par la constatation que les solutions nouvelles figurant dans le Code de 1608 s'étaient maintes fois avérées en contradiction fondamentale avec les pratiques juridiques plus anciennes et avait paru difficilement conciliables avec les contrats commerciaux. Le fait que l'on rédigea des *Memorieboeken*, dans lesquels l'origine de certaines règles figurant dans la compilation de 1608 était révélée⁸⁷, indique que le comité de rédaction ne s'était pas exclusivement limité aux textes de droit anversoise existants. La nouvelle stratégie pour le renouvellement législatif résultait d'un choix en faveur d'une gestion de l'économie plus stricte à la suite de l'attractivité commerciale décroissante d'Anvers imputée à des comportements frauduleux sur le marché. Les rédacteurs de la compilation 1608 insistèrent par

(83) FAA, *Privilegiekamer* (ci-dessous PK), 552, f° 204 r. (18 juillet 1578).

(84) FAA, PK, 558, f° 112 v. (30 mai 1586).

(85) FAA, V, 64.

(86) FAA, V, 55.

(87) Pour une analyse de ces *Memorieboeken*, voir B. VAN HOFSTRAETEN, *Juridisch Humanisme en Costumiere Accultuuratie. Inhouds- en vormbepalende factoren van de Antwerpse Consuetudines Compilatae (1608) en het Gelderse Land- en Stadrecht (1620)*, Maastricht, 2008.

exemple pour inclure des clauses obligatoires dans les contrats d'assurance et exigèrent en outre une déclaration sur l'honneur des preneurs d'assurance procéduriers. On suspectait donc une possible fraude de leur part⁸⁸ ! La compilation de 1608 était également sévère en ce qui concerne les sanctions. La fraude à l'assurance était poursuivie comme un vol⁸⁹ qui correspondait à un délit capital et les notaires et courtiers qui rédigeaient des contrats d'assurance comprenant des clauses prohibées étaient passibles d'une amende⁹⁰. Selon les *Memorieboeken*, toutes ces mesures avaient comme objectif d'éradiquer des pratiques d'assurance frauduleuses. Les auteurs des *Memorieboeken* affirmèrent que – selon eux – l'assurance maritime à Anvers étaient en proie au désordre et à la confusion et que les nouvelles règles allaient s'attaquer à ces problèmes afin de rétablir la sécurité et de stimuler la croissance du marché de l'assurance⁹¹. Cependant, les commerçants de la ville étaient favorables à de telles règles.

Des protestations éclatèrent peu de temps après la divulgation du texte de la compilation. En 1610, l'avocat Jacques van Uffel plaida pour le retrait de la compilation des *costuymen* et pour l'élaboration d'un nouveau recueil plus proche de la version de 1582. Il considérait que le volume de 1608 contenait un grand nombre de « règles inventées et imaginées » et de « lois fantasmées »⁹². Vers la même époque, les dirigeants anversoises reçurent une lettre anonyme dans laquelle les rédacteurs des *costuymen* de 1608 étaient qualifiés de « faussaires » et leur contenu comme de produit de « l'imagination » et de « rêveries académiques »⁹³. Il ressort de ces lettres que certains membres de la communauté judiciaire anversoise estimaient que les dirigeants anversoises avaient outrepassé les limites. Même si on admettait dans l'ensemble que les coutumes n'étaient pas toujours séculaires, qualifier des règles entièrement nouvelles de « coutumes » alors qu'elles ne s'appuyaient aucunement sur la tradition juridique de la ville, était perçu comme exagéré.

On peut supposer que les protestations ci-dessus mentionnées s'appuyaient sur la conviction que la nouvelle compilation modifiait considérablement les règles des transactions commerciales. L'idée que la transaction commerciale est basée sur la liberté contractuelle et que le législateur doit s'abstenir de trop corriger le contenu des accords commerciaux était, depuis le milieu du XVI^e siècle, une opinion largement partagée à Anvers. En 1555, le marchand italien Giovan Battista Ferrufini proposa de centraliser le courtage et l'enregistrement des contrats d'assurance maritime. Il suggéra d'utiliser un formulaire type pour les polices d'assurance pour répondre au manque de coutumes claires en matière d'assurance maritime. En 1557 et 1558, 165 marchands se révoltèrent contre les projets de Ferrufini. La liberté contractuelle était l'argument principal qu'ils mirent en avant. Le projet fut finalement abandonné et les règles antérieures concernant l'assurance maritime en grande partie conservées⁹⁴. Des arguments comparables à ceux évoqués ci-dessus ont sans doute aussi trouvé écho chez les autorités centrales. L'homologation des *costuymen* de 1608 s'est fait attendre. En 1633, une

(88) *Antwerp 1608 Law*, t. 2, p. 310 (t. 4, chap. 11, art. 266).

(89) *Ibid.*, p. 208 (t. 4, chap. 11, art. 24) et p. 240 (t. 4, chap. 11, art. 97).

(90) *Ibid.*, p. 224 (t. 4, chap. 11, art. 58).

(91) FAA, V, 28bis.

(92) FAA, V, 64 (requête du 9 août 1610).

(93) FAA, V, 64 (lettre anonyme).

(94) D. DE RUYSSCHER et J. PUTTEVILS, « The Art of Compromise. Legislative Deliberation on Marine Insurance Institutions in Antwerp (c. 1550-c. 1570) », *BMGN-Low Countries Historical Review*, 130/3, 2015, p. 25-49.

quinzaine d'années après avoir présenté la compilation, les échevins n'insistèrent pas plus longtemps pour obtenir l'approbation officielle des autorités centrales⁹⁵.

En 1510, à Gand, le juriste Marten van den Bundere invoqua des points de vue similaires à ceux développés dans les exemples d'Anvers. Il fit valoir aux juges du Conseil de Flandre princier qu'ils avaient déformé les coutumes de la ville de Gand, en s'appuyant sur leur interprétation à partir de « livres ». Il objecta qu'ils avaient introduit des « nouveautés » fondées sur des « murmures » et que ces nouveautés allaient « monter le peuple contre ceux qui le gouvernaient »⁹⁶. Ce récit montre que le droit local était perçu comme tissant un lien entre les citoyens et leurs dirigeants.

Au XVI^e siècle des idées similaires étaient exprimées dans d'autres pays européens. L'avènement de l'imprimerie fit qu'un plus grand nombre de livres juridiques devinrent accessibles. Dans les salles d'audience de toute l'Europe occidentale, des avocats se mettaient à citer des passages d'écrits d'auteurs souvent obscurs. Ce qui explique, entre autres, le mouvement « nationaliste » de l'humanisme juridique dans la France du XVI^e siècle. Charles Dumoulin, par exemple, s'opposa à l'utilisation d'écrits « exotiques » et souhaitait limiter la doctrine utilisée dans les tribunaux français à des textes bien connus et bien acceptés. L'opposition acharnée d'autres auteurs juridiques, comme François Hotman, au *ius commune* était en partie motivée par le sentiment que l'ensemble des traités juridiques contenaient trop d'écrits de mauvaise qualité⁹⁷. Il reste des traces de cette opinion dans le *Tribonianus belgicus* d'Antoon Anselmo (1662). L'auteur, un avocat anversois, regrette que les avocats fassent référence à des auteurs étrangers de piètre réputation, ce qui justifiait un retour aux racines et à l'essence du droit « belge »⁹⁸.

Il est important de noter que dans les exemples qui précèdent ce n'était pas la modification du droit existant en tant que tel qui était dénoncée mais bien la façon particulière d'y procéder. Les juristes mettaient en garde contre l'inclusion pure et simple, sans prendre plus de précautions, du *ius commune* dans le droit local. Cependant, ils ne s'opposaient pas aux règles académiques en tant que telles. On n'était pas convaincu que l'influence croissante des règles académiques ou même l'homologation des coutumes portait atteinte aux qualités du droit. Il s'agissait plutôt de ne pas étendre le contenu du droit académique au-delà du point où il n'était plus compatible avec le droit local.

En Flandre, l'intégration du *ius commune* dans le droit local débute dès le XII^e siècle. On retrouve très peu d'exemples de plaintes ou de querelles relatives à ce processus. Raoul van Caenegem cite un cas, datant de 1430, où une règle de droit romain fut invoquée pour la première fois devant les échevins du village de Saint-Pierre de Gand. Les échevins ne s'estimaient pas en mesure de trancher sur la question à cause de leur manque de connaissance des « lois écrites » dont « ils n'avaient pas l'usage ». C'est la raison pour laquelle ils renvoyèrent l'affaire devant une juridiction supérieure, à savoir le banc des échevins de la ville de Gand⁹⁹. Cet exemple est éloquent : au lieu de refuser d'entendre des arguments

(95) Une dernière tentative fut réalisée en 1630 mais on y mit fin en décembre 1633. Voir FAA, PK, 579, f° 22 v. (14 juillet 1633), f° 23 r. (23 juillet 1633), et f° 25 r. (9 août 1633).

(96) VAN CAENEDEM, « Boekenrecht en gewoonterecht », art. préc., p. 25-26.

(97) V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milan, 1962, p. 113-114.

(98) A. ANSELMO, *Tribonianus Belgicus*, Epistola Dedicatoria.

(99) VAN CAENEDEM, « Boekenrecht en gewoonterecht », art. préc., p. 12-17.

fondés sur le droit académique, les juges renvoyèrent l'affaire à des juges qui avaient l'expertise pour les évaluer. De plus, il semblerait que les groupes de population les plus concernés par le droit des contrats et des successions, à savoir les nobles et les patriciens, incorporaient volontairement des règles issues des écrits romains et canoniques dans leurs conventions et ce dès le XIII^e siècle¹⁰⁰.

Un autre argument démontrant que l'adoption du droit académique en tant que tel ne posait pas problème est le fait que les compilations de droit de la ville du XVI^e siècle prévoyaient la possibilité de les compléter avec du « droit commun écrit ». Ceci fait référence au *ius commune*, mais avec une touche supplémentaire indiquant que des règles savantes ne pouvaient être utilisées que si elles étaient compatibles avec le droit urbain¹⁰¹. En 1578, les commissaires du comité de rédaction, chargés de la rédaction d'un nouveau recueil de *costuymen* anversois, reçurent la mission de compléter et d'interpréter les *costuymen* sur la base des « opinions générales des docteurs maintenues ici comme coutumes »¹⁰². La procédure des enquêtes par turbe, reprise de la pratique française, fut rapidement adaptée afin de la mettre en conformité avec les conceptions antérieures de la tradition juridique. À Anvers, dès la mise en application de cette technique dans les années 1480, on considérait que les déclarations des témoins ne devaient pas être unanimes mais qu'il suffisait d'une majorité pour considérer une coutume comme valable¹⁰³.

* * *

Dans les Pays-Bas des XVI^e et XVII^e siècles, les coutumes étaient une catégorie juridique importante mais diffuse. Le flou entourant la notion de « coutume » avait une certaine utilité car il permettait aux dirigeants des villes et des villages d'adapter et de compléter le droit de leur juridiction. Ce qui explique les évolutions juridiques et l'intégration largement incontestée de règles académiques dans le droit local à partir du XII^e siècle. Ni l'adoption des règles académiques ni la rédaction à l'écrit du droit local n'ont été dénoncées comme contraires à la tradition. Les exemples ci-dessus montrent que la reformulation de règles demeurait possible dans le cadre du droit écrit.

L'approche des historiens du droit qui conçoivent les coutumes comme des règles fixes et séculaires a été davantage influencée par les conceptions du XIX^e siècle que par celles de l'époque moderne. L'épistémologie de la fin du Moyen Âge et du début de l'époque moderne relative au droit coutumier est telle qu'elle permettait

(100) J. GILISSEN, « L'apparition des renonciations aux exceptions de droit romain dans le droit flamand au XIII^e siècle », *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 4, 1950, p. 513-550.

(101) J. GILISSEN, « À propos de la réception du droit romain dans les provinces méridionales des Pays de Par-deçà aux XVI^e et XVII^e siècles », *Revue du Nord*, 40, 1958, p. 268-269 ; J. GILISSEN, « Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne », in C. PERELMAN (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, [Travaux du Centre national de recherches de logique], Bruxelles, 1968, p. 225-226 ; P. GODDING, « L'interprétation de la "loi" dans le droit savant médiéval et dans le droit des Pays-Bas méridionaux », in M. VAN DE KERCHOVE (éd.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, [Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, XIII], Bruxelles, 1978, p. 474.

(102) FAA, V, 21, f^o 2 r.-v.

(103) L'exigence de l'unanimité existait en France dès le début du quatorzième siècle. Willem van der Tannerijen, secrétaire de la ville d'Anvers, fut en 1474-76 le premier à exiger cette condition aux Pays-Bas. Voir GILISSEN, « La preuve de la coutume », art. préc., p. 581. Mais malgré son opinion, l'unanimité des témoins ne constituait pas un critère déterminant pour valider la règle mentionnée dans une *turbe*.

la formulation de règles juridiques en tant que coutume à condition que ces règles puissent s'inscrire dans la tradition du droit urbain. Ce qui implique une certaine souplesse mais il était impossible d'incorporer au droit coutumier des règles qui lui étaient complètement étrangères. Il est bien sûr très difficile de déterminer où se situe la frontière entre un changement acceptable et une perturbation des traditions juridiques. Et cette limite était très probablement peu précise. Mais cette frontière semblait bel et bien exister dans les Pays-Bas des XVI^e et XVII^e siècles. Les résultats ci-dessus invitent à une analyse plus approfondie des processus de formation du droit dans un contexte plus large de l'utilisation du symbole du pouvoir. Les dirigeants des villes et des villages avaient le pouvoir de modifier le droit local et ce pouvoir devait reposer sur leur capital symbolique. L'utilisation de cérémonies et les démonstrations publiques d'autorité peuvent être mises en relation avec l'étude du processus législatif. Un examen plus approfondi des arguments formulés dans les requêtes introduites contre les dirigeants urbains et princiers pourrait compléter le lien entre l'autorité symbolique et le droit au début de la période moderne.