



HAL
open science

Etude exploratoire sur l'effectivité des lois et de la souveraineté du roi en matière de droit privé (France, XIIIème siècle-XVIIIème siècle)

Alain Desrayaud

► To cite this version:

Alain Desrayaud. Etude exploratoire sur l'effectivité des lois et de la souveraineté du roi en matière de droit privé (France, XIIIème siècle-XVIIIème siècle). Cuadernos de historia del derecho, 1994, I, pp.139-192. hal-04495593

HAL Id: hal-04495593

<https://hal.u-pec.fr/hal-04495593>

Submitted on 11 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Etude exploratoire sur l'effectivité des lois et de la souveraineté du roi en droit privé (France, XIIIème-XVIIIème siècle),

par Alain Desrayaud, Professeur à la Faculté de Droit de Paris XII-Saint-Maur

De la formule "*Quod principi placuit legis habet vigorem*" redécouverte par les auteurs coutumiers du XIIIème siècle¹ au brocard de Loysel "Si veut le roi, si veut la loi"², le pouvoir de légiférer a toujours été considéré comme une des principales et des plus essentielles prérogatives du roi³.

D'abord affirmé en vue de faire reconnaître l'indépendance du roi de France par rapport à l'Empereur⁴, le pouvoir normatif⁵ du roi fut ensuite l'un des premiers instruments de la construction de l'Etat en permettant de doter le royaume d'une justice, d'une administration et d'une monnaie⁶ et il finit par devenir avec Bodin la seule et vraie marque de la souveraineté⁷.

Depuis la Révolution, l'habitude s'est même prise de définir la monarchie d'Ancien Régime par une référence implicite à ce pouvoir : le mot absolutisme et l'expression monarchie

¹ Sur la souveraineté du roi et le pouvoir normatif du roi, entre autres : A. Esmein, *La maxime Princeps solutus est dans l'ancien droit public français* dans *Essays in legal history read before the international congress of historical studies held in London in 1913* ed. by P. Vinogradoff, Londres, 1913, pp. 201-214 ; M. Boulet-Sautel, *Le Princeps de Guillaume Durand* dans *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à G. Le Bras*, Paris, 1965, tome 2, pp. 803-813 ; R. Feenstra, *Jean de Blanot et la formule Rex francie in regno suo princeps est*, *ibid.*, tome 2, pp. 895-895 ; M. Boulet-Sautel, *Le concept de souveraineté chez Jacques de Révigny* dans *Actes du congrès sur l'ancienne Université d'Orléans (XIII-XVIIIème s.)*, Orléans, 1962, pp. 15-27 ; A. Bossuat, *La formule "Le roi est empereur en son royaume". Son emploi au XVème siècle devant le Parlement de Paris*, RHD, 1961, pp. 371-381 ; M. Boulet-Sautel, *Jean de Blanot et la conception du pouvoir royal au temps de saint Louis* dans *Septième centenaire de la mort de saint Louis*, Actes du colloque de Royaumont et de Paris, (20 mai-27 mai 1970), Paris, 1976, pp. 57-68 ; A. Rigaudière, *Princeps legibus solutus est* (*Dig. I, 3, 31*) et *Quod principi placuit legis habet vigorem* (*Dig. I, 4, 1* et *Inst. I, 2, 26*) à travers trois coutumiers du XIIIème siècle dans *Hommage à G. Boulvert*, Nice, 1987, pp. 427-451 et du même, *Législation royale et construction de l'Etat dans la France du XIIIème siècle* dans *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat* sous la direction d'A. Gouron et d'A. Rigaudière, Montpellier, 1988, pp. 203-236 ; J. Krynen, *"De notre certaine science". Remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française*, *ibid.*, pp. 131-144.

² Dupin et E. Laboulaye, *Institutes coutumières d'Antoine Loysel*, Paris, 1846, tome 1, n°19, p. 26.

³ Voir entre autres : F. Olivier-Martin, *Les lois du roi*, cours de doctorat, 1945-1946, pp. 29 et s. et pp. 171 et s. et du même, *L'absolutisme français*, cours de doctorat, 1950-1951, pp. 60 et s. ; R. Mousnier, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, Paris, 1974, tome 1, pp. 510 et s.

⁴ Boulet-Sautel, R. Feenstra et A. Rigaudière, *op. cit.*

⁵ Sur cette terminologie : A. Rigaudière, *Législation et construction de l'Etat dans la France du XIIIème siècle* précité, p. 204 : "Faire référence au pouvoir législatif comme un attribut de puissance, spécifique et spécialisé, n'a guère de sens dans la mesure où son existence autonome présuppose une séparation stricte des pouvoirs, même s'il ne méconnaît pas la réalité d'un pouvoir conférant à son titulaire, -souverain, seigneur, ville, communauté d'habitants, simple agent ou même tribunal- capacité d'édicter des normes. L'expression de pouvoir normatif est alors plus adéquate et de ce pouvoir le roi revendique l'apanage afin d'imposer à l'ensemble du royaume une législation qui se veut créatrice d'un ordre juridique unitaire propre à faciliter l'édification de l'Etat".

⁶ A. Rigaudière, *ibid.* et p. 233.

⁷ *Les six livres de la République*, Paris, 1576, I, X, pp. 221-223.

absolue renvoie au texte du *Digeste* I, 3, 31 : "*Princeps legibus solutus est*"⁸.

Que le pouvoir reconnu au roi d'édicter des règles de droit ne cesse de s'affirmer tout au long des siècles et que, par ce biais, se construise l'Etat français est bien établi. Le domaine de prédilection des ordonnances est le droit public⁹. A l'inverse, en matière de droit privé, il est non moins certain que la coutume a toujours prévalu. Encore ne faut-il pas manquer de relever qu'à partir du XIII^e siècle, même si les interventions du roi y sont exceptionnelles, il lui arrive d'abolir, de rectifier ou de confirmer des coutumes¹⁰. Pendant les trois derniers siècles de l'Ancien Régime, le droit privé demeure encore le domaine réservé de la coutume¹¹; toutefois, à partir de la seconde moitié du XVI^e siècle, différents édits et ordonnances portent sur la matière, tels l'édit des secondes noces (1560), l'édit des mères (1567), les ordonnances de Colbert et celles de Daguesseau¹².

Sphère résiduelle de l'activité normative du roi, - le domaine habituel des ordonnances est celui de la réglementation des services de l'Etat¹³ -, les lois royales touchant au droit privé sont-elles observées ? Dans l'ensemble la question a été peu étudiée, tant il est vrai qu'une conception dogmatique du droit a souvent conduit les juristes, "positivistes" ou historiens du droit, à faire abstraction du problème de l'effectivité ou de l'ineffectivité des lois¹⁴. Il est souvent simplement affirmé sous forme d'un constat que la législation royale en matière de droit privé est mal appliquée.

Aussi nous a-t-il paru intéressant d'entamer une recherche sur cette question, du XIII^e siècle, date de la renaissance du pouvoir normatif royal, jusqu'à la fin de l'Ancien

⁸ O. Bloch et W. von Wartburg, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, édition de 1988, v^o Absolu, p. 4 et dans le même sens : A. Dauzat, J. Dubois et H. Mitterrand, *Nouveau dictionnaire étymologique*, Paris, 1968, v^o Absolu, p. 4.

⁹ F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, pp. 92-97 ; rapp. J.M. Carbasse, *Contribution à l'étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution*, Revue Droits, 3, La coutume, 1986, pp. 34-35.

¹⁰ A. Rigaudière, *Législation royale et construction de l'Etat dans la France du XIII^e siècle* précité, p. 232 ; sur des interventions du roi en droit privé : P. Ourliac, *Législation, coutumes et coutumiers au temps de Philippe Auguste* dans *La France de Philippe Auguste. Le temps des mutations*, Actes du colloque international organisé par le CNRS (Paris, 29 septembre-4 octobre 1980), Paris, 1982, pp. 471-487, spécialement pp. 473-482 ; A. Gouron, *Législateur et droit privé dans la France médiévale* dans *Diritto e potere nella storia europea*, Florence, 1982, pp. 211-230 et G. Giordanengo, *La difficile interprétation des données négatives. Les ordonnances royales sur le droit féodal dans Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat* précité, pp. 99-116, spécialement pp. 100-106 et tableau, pp. 110 et s.

¹¹ Telle est déjà la constatation de nos anciens auteurs : Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, *Traité des Loix*, Paris, 1702, ch. 11, n^o18, p. XVIII : " coutumes...réglent diverses matières comme les fiefs, la communauté de biens entre le mari et la femme, les douaires, les légitimes des enfants, le retrait lignager, le retrait féodal et plusieurs autres" ou encore C.J. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, tome 1, Paris, 1769, v^o Coutume suivant notre droit français, p. 396 : "elle règle indistinctement tous leurs droits (des habitants de la province) ; en sorte qu'on ne peut pas juger contre la coutume du lieu en ce qui regarde le droit privé des particuliers qui s'y sont soumis et entre lesquels elle tient lieu de contrat".

¹² Sur ces textes, notamment : A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris, 1882, pp. 177 et s. ; H. Regnault, *Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau*, Paris, 1929-1938, 2 vol. et du même *Les ordonnances civiles du Chancelier d'Aguesseau : les testaments et l'ordonnance de 1735*, Paris, 1965 ; F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, pp. 75 et s., surtout pp. 227 et s. et J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986.

¹³ M. Boulet-Sautel, *Colbert et la législation* dans *Un nouveau Colbert*, Actes du colloque pour le tricentenaire de la mort de Colbert (4, 5 et 6 octobre 1983), Paris, 1985, p. 125 ; dans le même sens, entre autres : F. Olivier-Martin, *ibid.*, pp. 95 et 100 ; P. Ourliac et J.L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An Mil au Code civil*, Paris, 1985, pp. 166-167 et J.M. Carbasse, *op. cit.*, p. 34.

¹⁴ J. Carbonnier, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit* dans *Flexible droit*, Paris, 1976, p. 99.

Régime.

Naturellement cette étude pose deux difficultés préliminaires : que faut-il entendre par droit privé et par loi dans l'ancien droit français ?

Malgré les recherches entreprises par G. Chevrier, l'histoire précise de la distinction entre droit public et droit privé et celle de ses implications pratiques restent à faire¹⁵. Sans ignorer cette *summa divisio*, les juristes du Moyen Age et de l'Ancien Régime raisonnent largement par rapport au pouvoir de police du roi, lequel embrasse des matières relevant aussi bien de notre droit public que de notre droit privé¹⁶. Compte tenu de cette difficulté conceptuelle, nous avons pris le parti de porter notre attention sur quatre domaines qui appartiennent classiquement au droit privé : la procédure, le droit civil, le droit criminel et le droit commercial¹⁷. De plus, il nous a paru nécessaire d'exclure la question des conditions de validité du mariage : outre qu'elle a été déjà étudiée abondamment, elle aurait présenté l'inconvénient d'étendre encore notre champ d'investigation jusqu'aux rapports entre la législation royale et le droit canonique. Ainsi défini, le domaine de cette étude fait que ses conclusions demanderont à être confirmées par des recherches complémentaires : il s'agit pour lors de poser quelques jalons.

Quant au sens du mot loi, il faut prendre en compte l'absence de séparation des pouvoirs : le roi pouvait très bien prendre un acte à caractère législatif par arrêt, voire par acte que de nos jours nous qualifierions administratif¹⁸. En outre, du fait de la fluctuation de la terminologie pour désigner les actes royaux à la fin du Moyen Age¹⁹, nous avons fait nôtre la définition qu'en donne F. Olivier-Martin dans *Les lois du roi* : "toute mesure émanée du roi, inspirée par le bien du royaume ou l'intérêt public et présentant un certain degré de généralité et de permanence, c'est-à-dire s'appliquant à une série indéterminée de personnes et de cas"²⁰.

¹⁵ G. Chevrier, *Jus privatum et jus publicum dans les oeuvres des anciens juristes français* dans Archives de philosophie du droit, 1952, pp. 5-77 et du même *Les critères de la distinction du droit privé et du droit public dans la pensée savante médiévale* dans *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à G. Le Bras* précité, pp. 841-859. Rapp. P. Ourliac, *Législation, coutumes et coutumiers au temps de Philippe Auguste* précité, p. 488 (discussion) et P. Ourliac et J.L. Gazzaniga, *op. cit.*, note 9, p. 380.

¹⁶ F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, pp. 93-97 et du même *La police économique de l'Ancien Régime*, cours de doctorat, 1944-1945, pp. 13-26 et G. Chevrier, *Jus privatum et jus publicum dans les oeuvres des anciens juristes français* précité, pp. 72-74. Sur le sens du mot police particulièrement : P. Legendre, *Histoire de l'administration de 1700 à nos jours*, Paris, 1968, pp. 11, 22, 88-89, 246-247 et 476-477 et M. Boulet-Sautel, *Police et administration en France à la fin de l'Ancien Régime. Observations terminologiques* dans *Histoire comparée de l'administration*, Actes du colloque franco-allemand, *Beihfte des Francia*, tome 9, Zürich et München, 1980, pp. 47-51.

¹⁷ Voir par exemple J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 1, *Institutions judiciaires et droit civil*, Paris, 1955, n° 11, p. 39 ; Aubry et Rau, *Droit civil français* par P. Esmein et A. Ponsard, tome 1, Paris, 1964, n° 4, pp. 14-19 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Paris, 1990, n° 99, P. 73, rapp. G. Baudry - Lacantinerie, *Précis de droit civil*, tome 1, Paris, 1891, n° 7, pp. 3-4.

¹⁸ F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, pp. 5 et s.

¹⁹ A. Rigaudière, *ibid.*, pp. 222-227.

²⁰ *Op. cit.*, p. 7 ; rapp. H. Regnault, *La législation royale pendant les trois derniers siècles de la monarchie*, cours de doctorat, 1931-1932, pp. 18-19. Et plus généralement sur la définition du mot loi : S. Gagner, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm-Uppsala-Göteborg, 1960 et M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975, pp. 678 et s.

De nos dépouillements à travers la législation royale²¹, la jurisprudence des parlements et les anciens auteurs, il ressort que pendant des siècles, l'ineffectivité de la loi royale est une réalité sociologique patente. Quelle en est l'étendue ? Pourquoi les lois du roi ne sont-elles pas ou mal appliquées ? A travers les âges, le phénomène a-t-il été constant ? Quelle a été l'attitude du monarque face à cet état de fait ? Autant de questions posées par l'impuissance de la loi²² (I).

Par-delà le constat, les vicissitudes de la législation royale conduisent à s'interroger sur l'emprise réelle du pouvoir royal sur le pays. C'est dire que la question doit être envisagée sous un angle politique. Car, *a priori*, cette situation de fait est en complète discordance avec les affirmations des légistes et des théoriciens absolutistes sur la souveraineté du roi en matière législative. Qui plus est, compte tenu de ces présupposés doctrinaux, l'impuissance de la loi n'implique-t-elle pas l'impuissance du roi ? Suffit-il de répondre à cette interrogation en opposant que le droit privé relève essentiellement de la coutume ? Il ne nous le semble pas ou, tout au moins, il est nécessaire de nuancer. A partir d'une certaine époque, toutes nos sources²³ font ressortir que le roi tolère de moins en moins que des coutumes ou des usages contraires paralysent ses lois, même en droit privé. Il est alors de moins en moins vrai que l'impuissance de la loi constitue un défi à sa souveraineté (II).

I. "L'IMPUISSANCE DE LA LOI"

Depuis les premiers Glossateurs, il est établi qu'une loi postérieure abroge une coutume antérieure²⁴ et, plus précisément en ancien droit français, il est de principe qu'une ordonnance nouvelle fait disparaître une ancienne coutume ou un usage²⁵. Pourtant les faits sont là : la législation royale souffre tantôt d'une ineffectivité *ab initio*, tantôt d'une ineffectivité *superveniens*²⁶. Le roi éprouve une difficulté manifeste à imposer l'application de ses lois. En matière de droit

²¹ Malgré ses imperfections, sauf exceptions, nous avons utilisé le recueil d'Isambert (Jourdan, Decrusy et Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, 1824-1830, 28 vol.). Il contient un *corpus* de textes suffisamment important pour dégager, sinon des conclusions, du moins des hypothèses.

²² L'expression a été vulgarisée par J. Cruet (*La vie et l'impuissance des lois*, Paris, 1908), cf. J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 100.

²³ A partir de la rédaction des coutumes, il faut distinguer en ancien droit français coutume et usage : "ce que nous observons, quoique non rédigé par écrit est appelé usage, et lorsque cet usage a été rédigé par écrit, on l'appelle coutume" C.J. Ferrière, *op. cit.*, tome 1, v^o Coutume, p. 394 ; dans le même sens Denisart, *op. cit.*, tome 5, v^o Coutume, §1, n^o1, p. 664, rapp. Bouhier, *Les coutumes du duché de Bourgogne*, tome 1, ch.1, n^o 4 et 5, pp. 173-174 sur les usages de Bresse, Bugey, Valmorey, Gex, Lyonnais et Mâconnais.

²⁴ A. Gouron, *Coutume contre loi chez les premiers Glossateurs dans Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat* précité, p. 125.

²⁵ A. Lebrun, *La coutume. Ses sources. Son autorité en droit privé*, thèse droit Caen, 1932, n^o 101, pp. 107-108 et n^o108, p. 114, rapp. n^o 106, pp. 11-112.

²⁶ Sur la distinction entre ineffectivité *ab initio* (impuissance de la loi au sens strict) et ineffectivité *superveniens* (désuétude ou perte d'effectivité) : J. Carbonnier, *op. cit.*, pp. 100-105. A noter qu'il paraît difficile de souscrire sans réserve aux développements d'A. Lebrun, *op. cit.*, n^o109-110, pp. 114-116, car il ne distingue pas entre ces deux types d'ineffectivité : ainsi les exemples que donne cet auteur pour soutenir que la législation royale peut tomber en désuétude (*ibid.*, n^o 102, pp. 108-109 et n^o 107-110, pp. 112-116) sont en réalité des cas d'ineffectivité *ab initio*.

privé, même pendant les trois derniers siècles de l'Ancien Régime, le monarque en est encore souvent à rechercher à traduire dans les faits sa puissance de faire et de casser la loi²⁷.

Un premier dénombrement des textes royaux demeurés lettre morte, confronté aux préambules des ordonnances et des édits ainsi qu'au sentiment des praticiens, nous conduit à considérer que non seulement l'ineffectivité est un fait reconnu sans faux-fuyant, mais encore que ses causes sont connues et dévoilées sans réticence aucune. A travers leur constatation et quelquefois leur dénonciation, il est possible d'appréhender l'étendue de l'inobservation des lois, l'attitude du roi et la période au cours de laquelle elle connaît une apogée et quand elle décline.

De tous ces points de vue, symptomatique est le préambule de l'édit de novembre 1639, une des innombrables lois somptuaires du roi de France : "quelque soin que nous ayons pu apporter, nous voyons à notre grand regret, que nos bonnes intentions ont été jusques ici sans aucun fruit, soit par une inclination naturelle de nosdits sujets... excités par l'industrie des marchands avides de gain, soit aussi par une négligence des magistrats à faire observer nos réglemens..."²⁸. De la sorte la résistance des sujets (A) ferait-elle le pendant à l'inertie des officiers (B).

A. La résistance des sujets

Le développement d'un pouvoir normatif, instrument et manifestation de l'autorité royale et de l'Etat, ne pouvait pas ne pas provoquer au moins dans un premier temps des résistances en matière de droit privé. En introduisant des "nouvelletés", le roi perturbe, voire menace, des *habitus* immémoriaux. Il porte atteinte à la coutume, à des traditions organiques du royaume qu'il devrait respecter ou dont il devrait au moins s'accommoder²⁹ sous peine de voir ses entreprises avorter sous l'effet de l' "inclination naturelle" de ses sujets (1°). Il est même un domaine placé sous "la domination des faits" dans lequel les prescriptions législatives du roi, même sollicitées par la pratique, doivent être comme ratifiées : c'est celui du droit commercial³⁰. "L'industrie des marchands" n'est pas la moindre cause de la paralysie des lois du roi (2°).

1° "L'inclination naturelle des sujets"

"L'inclination naturelle des sujets" les porte à faire prévaloir des normes séculaires de conduite sociale (a), des règles coutumières de droit civil (b) et des usages judiciaires locaux (c) sur les ordonnances et édits royaux.

²⁷ Rapprocher la constatation d'A. Rigaudière pour le XIII^{ème} siècle, lorsqu'il s'agit d'imposer la reconnaissance du pouvoir normatif du roi : "Faire de lui le seul détenteur du pouvoir édictal représentait déjà un obstacle de taille, persuader les sujets que les normes ainsi élaborées devaient être observées par tous, constituait une épreuve plus redoutable encore sur laquelle bute l'Etat du XIII^{ème} siècle" (*Législation royale et construction de l'Etat dans la France du XIII^{ème} siècle* précité, p. 220).

²⁸ Isambert, XVI, p. 516.

²⁹ Sur l'esprit de tradition et de conservation : F. Olivier-Martin, *L'absolutisme français* précité, pp. 260-263.

³⁰ J. Hilaire, *op. cit.*, n° 3-5, pp. 15-20 et n° 35 et s., pp. 70 et s.

a) L'obstacle des normes séculaires de conduite sociale

Lorsqu'à la suite de ses prédécesseurs³¹, le roi Henri IV prend en 1609 un nouvel édit contre les duels "pour en retrancher et abolir l'usage commun et familier en nostre royaume, ...réprimer la liberté et coustume détestable desdits combats"³², il attribue l'inobservation des prohibitions antérieures à la mentalité aristocratique. En effet, le préambule de l'édit porte : "ce que nous avons remarqué procéder principalement d'une fausse et erronée opinion de longue main conçue et par trop enracinée ès coeurs de la noblesse de nostredit royaume (qui a tousjours eu l'honneur plus cher que la vie)"³³. Il a fallu "l'acharnement du législateur"³⁴ pour enrayer cette pratique³⁵. En l'occurrence, le roi s'est trouvé confronté à la double difficulté de devoir briser à la fois des moeurs et une pratique exprimant une opposition politique à la monarchie absolue³⁶. C'est sans doute la raison pour laquelle M. Laingui voit dans cette intense activité législative "l'exemple le plus net de l'investissement du domaine pénal par une volonté politique"³⁷. De la même façon, au Bas Moyen Age, la prohibition des guerres privées et des gages de bataille³⁸ dont le duel a été plus tard une forme atténuée, avait rencontré les mêmes traverses. Le roi s'était plaint de ce que les nobles faisaient fi de ses interdictions³⁹ et n'avait eu d'autres ressources que de les réitérer⁴⁰ et de

³¹ Ordonnance de 1560, art. 65 (Isambert, XIV, 81) et ordonnance de 1579, art. 197 (Isambert, XIV, 428). Le recueil d'Isambert permet le dénombrement suivant : Edit d'avril 1602, XV, p. 266, Edit de juin 1609, XV, pp. 351-358, Déclaration du 1er juillet 1611, XVI, p. 21, Déclaration du 14 juillet 1617, XVI, p. 106, Déclaration du 25 juin 1624, Edit de février 1626, XVI, pp. 175-183, Déclaration de mars 1634, XVI, p. 408, Edit de juin 1643, XVII, pp. 13-32, Déclaration du 13 mars 1646, XVII, pp. 55-57, Edit de septembre 1651, XVII, pp. 260-275, Ordonnance de 1676, XIX, p. 173, Edit d'août 1679, XIX, pp. 209-217, Ordonnance de 1686, XIX, p. 545 et Edit de février 1723, XXI, pp. 213-216.

³² Isambert, XV, pp. 351 et 352.

³³ *Ibid.*, p. 352.

³⁴ L'expression est d'A. Laingui, *Histoire du droit pénal*, tome 1, *Le droit pénal*, Paris, s. d., p. 8.

³⁵ A. Laingui, *ibid.*, pp. 8-9. Comme on sait, cet usage ne sera jamais véritablement éradiqué: le roi se plaint de l'inobservation de ses textes non seulement au milieu du XVII^e siècle (Déclaration du 13 mars 1646, Isambert, XVII, pp. 55-56 et Edit de septembre 1651, Isambert, XVII, p. 260), mais encore au début du XVIII^e siècle (Edit de février 1723, Isambert, XVI, pp. 215-216). Sur le duel, entre autres : R. Mousnier, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, tome 1, Paris, 1974, pp. 114-120 ; F. Billacois, *Le duel dans la société française : essai de psychologie historique*, Paris, 1986.

³⁶ F. Billacois, *ibid.*

³⁷ *Ibid.*, p. 9.

³⁸ Sur le duel judiciaire d'une part et sur sa disparition d'autre part, voir entre autres : E. Faral, *Le procès d'Enguerran de Concy*, RHD 1948, pp. 213-258 ; H. Morel, *La fin du duel judiciaire en France et la naissance du Point d'Honneur*, RHD 1964, pp. 574 et s., J. Gaudemet, *Les ordalies au Moyen Age : doctrine, législation et pratiques canoniques* dans Recueils de la Société Jean Bodin, *La Preuve*, XVII, II, Bruxelles, 1965, pp. 99 et s. ; M. Boulet-Sautel, *Aperçus sur le système des preuves dans la France coutumière du Moyen Age*, *ibid.*, pp. 279 et s., spécialement pp. 286-303 ; J.M. Carbasse, *Le duel judiciaire dans les coutumes méridionales*, Annales du Midi 1975, pp. 385-403 ; M. Chabas, *Le duel judiciaire en France au XIV^e siècle*, Paris, 1978 ; P. Ourliac, *Le duel judiciaire dans le Sud-Ouest, Etudes d'histoire du droit méridional*, tome 1, Paris, 1979, pp. 253-258 ; M.B. Bruguière, *L'irrationnel et le droit : le duel judiciaire dans les coutumes du Sud-Ouest*, *Mélanges Hébraud*, Toulouse, 1981, pp. 165-170.

³⁹ Ordonnance de 1361, Isambert, V, p. 126 : "Nous avons entendu que aucuns nobles et autres de notre royaume, disanz estre privilegiez ou accoustumez de user de defiances et de guerres les uns contre les autres, combien que ce ait este plusieurs foiz par nous defendu pour cause de noz guerres, veulent a present souz umbre de la paix publiee en nostre royaume, et s'efforcent de faire defiances et guerres entreulx et de proceder par voie de fait...". Ce texte fait écho à un mandement renouvelant la défense des guerres privées pendant la guerre du roi de France avec le roi d'Angleterre en date du 17 décembre 1352 et adressé au prévôt de Paris (Isambert, IV, p. 674 : "*Quonquam defunctus*

mander aux prévôts de les faire observer⁴¹. Dans la matière voisine de la défense de faire des tournois, les mêmes faits peuvent être relevés : constat d'échec par le roi lui-même⁴², répétition des textes législatifs⁴³ et multiplications des mandements⁴⁴.

Lorsque la perpétuation d'un usage ne porte pas directement atteinte à l'autorité du roi, le souverain ne tient pas la main à l'application de ses lois avec la même opiniâtreté. Il en est ainsi spécialement, lorsque, par mimétisme social, le "commun état" emprunte au mode de vie noble. Le développement des dépenses somptuaires (habits, vaisselle, bijoux, dorures des carrosses, est.) ne laisse pas d'inquiéter le gouvernement, parce qu'il stérilise des richesses, enrichit les puissances étrangères exportatrices et efface les marques extérieures de la hiérarchie entre les ordres de la société. Dès 1485, un édit constate que les anciennes lois somptuaires sont bafouées⁴⁵. Un édit de juillet 1549 les donne "mal observées et comme quasi contemnées"⁴⁶. A l'apogée du mercantilisme, le roi confesse : "nos bonnes intentions ont été jusques ici sans aucun fruit"⁴⁷, "nos défenses, quoique souvent renouvelées, n'ont pas produit tout l'effet que nous en attendions"⁴⁸, ou encore "le luxe (a) prévalu à notre prévoyance"⁴⁹. En 1720, une déclaration

inclinatae recordationis carissimus dominus genitor noster, dum vivebat, omnibus et singulis regnicolis cujusquamque status conditionis et loci, patriae, aut provinciae extiterit, inhibuisset expresse, ac eciam palam, et publice proclamari et inhiberi fecisset ne quis sub poena corporis et averii et bonorum, sui et dicti regni guerris durantibus, diffidationes quascumque, aut guerras penitus adnullasset ac damnasset, privilegiis, consuetudinibus et usibus, aut observantiis locorum, vel patriarum nonobstantibus quibuscumque".

⁴⁰ Sur la prohibition des guerres privées et des gages de bataille : ordonnance de la Chandeleur 1260, art. 1 pour le Domaine royal (Isambert, I, pp. 284-285), ordonnance de la Toussaint 1296, art. 2 (Isambert, II, p. 702), établissement de 1303 (Isambert, II, p. 807), ordonnance de 1306 (Isambert, II, p. 832), ordonnance de 1353 (Isambert, IV, pp. 688-689), ordonnance de 1361 (Isambert, V, pp. 126-129), Lettres du 17 septembre 1367 (Isambert, V, p. 292).

⁴¹ Mandement du 29 juillet 1314 adressé à "tous les justiciers du royaume" (Isambert, III, pp. 40-41), mandement du 17 décembre 1352 adressé au prévôt de Paris précité, lettres adressées au bailli d'Amiens du 13 mai 1380 (Isambert, V, p. 529), rapp. l'art. 15 de l'ordonnance de 1350 sur l'inobservation de la quarantaine le roi dans le bailliage de Vermandois : "Combien que les nobles du bailliage de Vermandois, aient guerre les uns aux autres, aient use ou accoustume depuis un peu de temps, que si tost que li un avoit deffie, ou fait deffier l'autre, il s'entreportaient tantost dommage, sans attendre jour ne terme, il ne pourront dores en avant porter dommage les uns aux autres ; c'est assavoir les principaux chiefs de la guerre jusques à quinze jours entiers et accomplis apres les deffiemens ; et les amis d'iceulz jusques à quarante jours apres lesdites deffiances" (Isambert, IV, p. 632).

⁴² Mandement du 13 avril 1304 adressé au bailli de Sens : "Vous savez que nos avons expressement deffendu, et fait defense tournoiemenz, et les armes par nostre reame, a la quele defense nous entendons que plusieurs gentz hommes de vostre baillie et du ressort ont este et sont desobeissant et rebelles..." (Isambert, II, p. 826) et ordonnance de 1312 : "Et jà pieça par plusieurs fois nous eussions fait defendre generalement par tout nostre royaume toutes manieres d'armes et de tournoiemens... non contrestant cette generale defense, plusieurs nobles personnes de nostre dite garde aient esté, et soient allez au tournoiement par plusieurs fois a joustes, a tupineiz, tant en nostre royaume comme dehors, comme en autres plusieurs faits d'armes enfrenant nostre dite defense" (Isambert, III, p. 34).

⁴³ Ordonnance de la Toussaint 1296, art. 4 (Isambert, II, p. 702), ordonnance de 1311 (Isambert, III, p. 19), ordonnance de 1312 (Isambert, III, p. 34-35), ordonnance de 1314 (Isambert, III, p. 44-45), ordonnance de 1318 (Isambert, III, p. 182), déclaration du 6 avril 1333 (Isambert, IV, p. 411).

⁴⁴ Mandement du 13 avril 1304 adressé au bailli de Sens précité, lettres du 1er avril 1316 adressées à douze baillis (Isambert, III, pp. 154-156), mandement du 27 janvier 1404 adressé aux gens du parlement et au prévôt de Paris (Isambert, VII, pp. 106-107).

⁴⁵ "Fust ja pieça par nos predecesseurs defendu et prohibe de porter vestemens et habillemens de draps d'or, d'argent et de soye... Sçavoir faisons que nous desirons remettre les choses en bon ordre, et faire garder les bonnes ordonnances de nosdits progeniteurs...", édit de décembre 1485 défendant à tous autres qu'aux nobles de porter des draps d'or et de soie (Isambert, XI, p. 155).

⁴⁶ Isambert, XIII, p. 101.

⁴⁷ Edit de novembre 1639 précité (Isambert, XVI, p. 516).

⁴⁸ Déclaration du 27 novembre 1660 (Isambert, XVII, p. 363).

portant défense de porter des diamants, perles et pierres précieuses atteste encore de leur ineffectivité⁵⁰. Ce n'est pas faute pour la monarchie d'avoir légiféré en la matière. De 1283 à 1721, le recueil d'Isambert permet de dénombrer pas moins de 32 textes⁵¹. A la fin du XVIIIème siècle, le *Répertoire* de Guyot classe ces lois au nombre de celles auxquelles "personne ne croit plus devoir faire attention"⁵².

Ce même mimétisme social explique encore la résistance à laquelle se heurtent les dispositions des ordonnances d'Orléans (1560) et de Moulins (1566) sur les substitutions⁵³. Quelles que soient les critiques dont les substitutions font l'objet, les prescriptions restrictives de ces deux ordonnances rencontrent l'opposition certaine des parlements⁵⁴. Elles s'accordent mal avec les préoccupations aristocratiques de la robe ; il est vrai aussi qu'elles vont à l'encontre de règles coutumières de droit civil.

b) L'obstacle des règles coutumières de droit civil

L'activité normative du roi en matière civile a souvent retenu l'attention des historiens. Dans l'état actuel de la recherche, quelques points paraissent déjà bien établis.

Il est acquis que, du XIIIème siècle au XVIIIème siècle, quand le roi prend un texte touchant au droit civil, sa loi entre en application sans grande difficulté seulement s'il consacre ou s'inspire des solutions coutumières. Ainsi, pour le XIIIème siècle, il a été montré que si quelques succès ont été remportés par le roi (ordonnance de 1204 sur l'irrévocabilité de l'option accordée à la veuve entre les juridictions ecclésiastiques et laïques ; ordonnance de 1219 sur la dévolution des conquêtes en Normandie ; ordonnance de 1246 sur le bail féodal en Anjou et dans le Maine ; ordonnance de 1275 sur l'acquisition de francs fiefs par les roturiers)⁵⁵, c'est parce que

⁴⁹ Déclaration du 14 décembre 1689 (Isambert, XX, p. 100).

⁵⁰ Déclaration du 4 février 1720 (Isambert, XXI, p. 176).

⁵¹ Ordonnance de 1283 (Isambert, II, p. 669), ordonnance de 1294 (Isambert, II, pp. 696-697), établissement de 1294 (Isambert, II, pp. 698-700), ordonnance de 1356 (Isambert, IV, p. 745), lettres du 13 octobre 1367 (Isambert, V, p. 297), édit de décembre 1485 (Isambert, XI, pp. 155-156), édit de juin 1532, art. 1, (Isambert, XII, p. 363), édit de décembre 1543 (Isambert, XII, pp. 834-835), lettres du 19 mai 1547 (Isambert, XIII, p. 18), édit de juillet 1549 (Isambert, XIII, pp. 101-104), édit d'avril 1561 (Isambert, XIV, p. 108), déclaration du 22 avril 1561 (Isambert, XIV, p. 159), édit de février 1573 (Isambert, XIV, p. 260), édit de juillet 1576 (Isambert, XIV, p. 305), édit de septembre 1577 (Isambert, XIV, p. 327), édit de mars 1583 (Isambert, XIV, p. 538), édit de novembre 1606 (Isambert, XV, p. 303), édit de mars 1613 (Isambert, XV, p. 39), déclaration du 20 mars 1623 (Isambert, XVI, p. 145), ordonnance de 1629, art. 134 à 136 (Isambert, XVI, pp. 264-265), déclaration du 3 avril 1636 (Isambert, XVI, p. 465), édit de novembre 1639 (Isambert, XVI, pp. 515-519), déclaration du 31 mai 1644 (Isambert, XVII, p. 41), déclaration du 13 novembre 1656 (Isambert, XVII, p. 335), déclaration du 27 novembre 1660 (Isambert, XVII, pp. 382-385), ordonnance de 1663 (Isambert, XVIII, p. 26), déclaration du 21 novembre 1667 (Isambert, XVIII, p. 191), ordonnance de 1672 (Isambert, XIX, p. 9), déclaration du 14 décembre 1689 (Isambert, XX, pp. 100-101), ordonnance de 1700 (Isambert, XX, p. 355), déclaration du 4 février 1720 (Isambert, XXI, p. 176), déclaration du 18 février 1720 (Isambert, XXI, p. 177) et déclaration du 23 novembre 1721 (Isambert, XXI, p. 202).

⁵² *Op. cit.*, tome 5, v° Désuétude (article de Dareau), p. 558.

⁵³ Ordonnance d'Orléans, art. 59 (Isambert, XIV, p. 80) et ordonnance de Moulins, art. 57 (Isambert, XIV, p. 204).

⁵⁴ R. Caillemer, *Des résistances que les parlements opposèrent à la fin du XVIème siècle à quelques essais d'unification du droit civil* dans *Le Code civil : Livre du centenaire*, Paris, 1904, tome 2, pp. 1081-1086 ; P. Ourliac et J.L. Gazzaniga, *op. cit.*, pp. 353-356 et les références.

⁵⁵ P.C. Timbal, *La coutume, source du droit français*, cours de doctorat 1958-1959, pp. 116-120.

dans chacun de ces cas, la loi pouvait "s'intégrer dans le cadre coutumier existant"⁵⁶. Et la constatation vaut pour les établissements seigneuriaux⁵⁷. La contre-preuve est fournie par l'échec relatif des ordonnances de Philippe Auguste sur le parage (1209)⁵⁸ et sur le douaire (1214)⁵⁹ ou bien par le rejet total d'une ordonnance seigneuriale comme les Statuts de Pamiers de Simon de Montfort (1212)⁶⁰. L'essence de la fonction royale étant alors la justice, le roi est gardien de la coutume ; par voie de conséquence, les "nouvelletés" sont destinées à rester lettre morte. De la même manière, Olivier-Martin a noté que les innovations législatives royales des Temps Modernes ne sont reçues que si elles répondent à des aspirations des sujets ou à des considérations d'intérêt commun⁶¹, telles les mesures prises aux XV^{ème} et XVI^{ème} siècles en matière de cens et de rentes pour empêcher la ruine des immeubles parisiens et la spéculation⁶², l'insinuation des donations imposées par les ordonnances de Villers-Cotterêts (1539)⁶³ et de Moulins (1566)⁶⁴ pour protéger les familles et les créanciers⁶⁵, l'exigence d'une preuve écrite au-delà de 100 livres par l'ordonnance de Moulins (1566)⁶⁶ pour remédier aux subornations de témoins⁶⁷ ou encore les ordonnances de Daguesseau rédigées en vue d'unifier les jurisprudences des parlements⁶⁸.

Outre les dispositions touchant aux substitutions⁶⁹, d'autres textes sont restés sans effet. Il en est ainsi des différentes ordonnances et édits qui, depuis le milieu du XVI^{ème} siècle, visent à assurer la publicité des mutations de propriété à titre onéreux et celle des constitutions d'hypothèque par une insinuation au siège de la juridiction royale de la situation de l'immeuble⁷⁰.

⁵⁶ P.C. Timbal, *ibid.*, p. 115 ; rapp. G. Giordanengo, *op. cit.*, p. 101. Voir aussi F. Olivier-Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, tome 1, Paris, 1920, pp. 466 et 475, ou encore p. 469 sur l'ordonnance de 1288 rendue au bénéfice des personnes possédant des cens à Paris.

⁵⁷ P.C. Timbal, *ibid.*, p. 118 et G. Giordanengo, *op. cit.*, p. 108 et annexe II, pp. 112-115.

⁵⁸ P.C. Timbal, *ibid.*, pp. 117-118 et P. Ourliac, *Législation, coutumes et coutumiers au temps de Philippe Auguste* précité, pp. 474-475 ; voir cependant les nuances de G. Giordanengo, *op. cit.*, p. 101.

⁵⁹ P.C. Timbal, *ibid.*, p. 119 et P. Ourliac, *ibid.*, pp. 475-476.

⁶⁰ P.C. Timbal, *Un conflit d'annexion au Moyen Age. Une application de la coutume de Paris au pays albigeois*, Paris, 1950.

⁶¹ F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, p. 100.

⁶² F. Olivier-Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris* précité, tome 1, pp. 479 et s. ; à noter que l'auteur rapporte que l'ordonnance de 1424 visant à introduire à Paris les formalités du nantissement des coutumes du Nord de la France en vue de rendre opposables au tiers les rentes et hypothèques demeura sans effet, *ibid.*, tome 2, Paris, 1930, pp. 35-36.

⁶³ Art. 132 (Isambert, XII, p. 627).

⁶⁴ Art. 58 (Isambert, XIV, pp. 204-205).

⁶⁵ P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, tome 3, *Le droit familial*, Paris, 1968, p. 465.

⁶⁶ Art. 54 (Isambert, XIV, p. 203).

⁶⁷ R. Villers, *La preuve dans l'ancien droit français du XVI^{ème} siècle au XVIII^{ème} siècle* dans Recueil de la Société Jean Bodin, *La preuve*, II, tome 17, Bruxelles, 1965, pp. 351-352 où il souligne le triomphe de l'écrit avec le développement de l'instruction et de l'écriture ; A. Dumas, *Histoire des obligations en ancien droit français*, Aix, 1972, pp. 109-113.

⁶⁸ H. Regnault, *Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau. Les donations et l'ordonnance de 1731*, Paris, 1929, pp. 49 et s., spécialement pp. 56-57 et 64-65 et du même, *Les ordonnances civiles du Chancelier d'Aguesseau. Les testaments et l'ordonnance de 1735*, Paris, 1965, pp. 10-11.

⁶⁹ Cf. *supra* p. 8.

⁷⁰ Toute une série de textes institua et abrogea successivement cette insinuation : édit de mai 1553 (Isambert, XIII, pp. 314-321), ordonnance de 1560, I, art. 86 (emportant suppression des greffiers d'insinuation, Isambert, XIV, p. 85), édit de novembre 1581 (Isambert, XIV, p. 505), édit de mars 1673 (Isambert, XIX, pp. 73-83), édit d'avril 1674 (Isambert, XIX, p. 133), édit de décembre 1703 (Isambert, XX, pp. 438-441). Sur ces dispositions, voir avec les références bibliographiques : F. Olivier-Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris* précité, tome 2, pp.

A chaque tentative, la pratique s'oppose au texte en lui faisant grief de son caractère bursal et en arguant du secret des affaires privées⁷¹. Aussi bien est-ce dans ces conditions que demeure lettre morte un édit de novembre 1581 étendant le retrait lignager à tout le royaume⁷². Non moins significatifs sont l'édit des secondes noces de 1560⁷³, l'édit des mères de 1567⁷⁴ et l'édit sur l'abrogation du sénatus-consulte velléien de 1606⁷⁵. L'édit des secondes noces s'impose en pays coutumier⁷⁶, car il fait figure de loi de police⁷⁷; ses dispositions sont même aggravées par la nouvelle coutume de Paris de 1580⁷⁸; en pays de droit écrit, les parlements affectent de l'ignorer⁷⁹ et de suivre les lois romaines qu'ils observent depuis la première moitié du XVIème siècle⁸⁰. L'édit des mères, inspiré du droit successoral coutumier, reste inobservé en pays de droit écrit sauf dans le ressort du Parlement d'Aix⁸¹. Quant à l'édit de 1606, il n'est pas enregistré là où l'incapacité de la femme mariée s'harmonise parfaitement avec le régime matrimonial local, c'est-à-dire en pays de droit écrit et en Normandie, là où se pratique le régime dotal⁸².

Ce sommaire inventaire conduit à s'interroger sur le point de savoir pourquoi telle disposition législative s'impose, telle autre non. Il paraît difficile de répondre par une simple référence aux aspirations des sujets ou à des motifs d'intérêt commun. Car les restrictions apportées aux substitutions ne satisfont-elles pas un vœu assez général? Et l'insinuation des donations obéit-elle réellement à une nécessité plus impérieuse que celle des aliénations à titre onéreux? Par ailleurs, il faut noter que certaines prescriptions royales, d'abord repoussées par la jurisprudence, sont ensuite reçues. En effet, au milieu du XVIème siècle, Dumoulin rapporte que le Parlement de Paris fait prévaloir la coutume du Maine rédigée en 1508 sur une ordonnance de 1510⁸³, la première instituant une prescription trentenaire pour impêtrer des lettres de rescision⁸⁴, la seconde limitant à dix ans le laps de temps pour agir⁸⁵. Pareillement le même Dumoulin expose que la coutume de Lorris-Montargis de 1531 l'emporte sur l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539⁸⁶, celle-là consacrant la prescription acquisitive

41-42 et 348; P. Ourliac et J. Malafosse, *Histoire du droit privé*, tome 2, *Les biens*, Paris, 1971, p. 343 et A. Dumas, *op. cit.*, pp. 277-278.

⁷¹ A. Dumas, *ibid*

⁷² L. Falletti, *Le retrait lignager en droit coutumier français*, thèse droit Paris, 1923, pp. 166 et 176.

⁷³ Isambert, XIV, pp. 36-37.

⁷⁴ Isambert, XIV, pp. 221-224

⁷⁵ Isambert, XIV, pp. 302-303.

⁷⁶ A. Desrayaud, *Les secondes noces dans l'ancien droit français (XIIIème s. - XVIIIème s.)*, thèse droit Paris XII, 1984, tome 2, pp. 566-569.

⁷⁷ *Ibid.*, tome 2, pp. 559-560.

⁷⁸ *Ibid.*, tome 2, pp. 647 et s.

⁷⁹ *Ibid.*, tome 2, pp. 564-565 et plus spécialement, pp. 569 et s., 586 et s. et 609 et s.

⁸⁰ *Ibid.*, tome 2, pp. 554 et s.

⁸¹ R. Caillemer, *op. cit.*, pp. 1086-1106

⁸² Entre autres : A. Dumas, *op. cit.*, pp. 141-145.

⁸³ *Oeuvres*, Paris, 1681, tome 2, *Notae solennes*, Maine, *v^o* Dure jusque à trente ans, pp. 730-731, rapp. Anjou, *eisdem verbis*, p. 727. La solution est approuvée par Chasseneuz, *Consuetudines ducatus Burgundiae*, Lyon, 1543, des forests, pasturages et rivières, art. unique du ch. 14, § 8, n° 10, f° 376 v°.

⁸⁴ Art. 447 (Bourdot de Richebourg, *Nouveau coutumier général*, Paris, 1724, 4 vol., tome 4, p. 511).

⁸⁵ Art. 46 (Isambert, XI, pp. 595-596).

⁸⁶ *Ibid.*, Lorris-Montargis, *v^o* Moindre de trente ans, p. 721 : "*judicatum per arrestum Curie parisiensis quod haec consuetudo non tollitur per constitutionem latam anno 1539 des trente cinq ans*".

trentenaire en matière immobilière et de droits incorporels⁸⁷, celle-ci fixant à dix ans à dater de sa majorité (25 ans) le délai pendant lequel une personne peut demander une rescision⁸⁸. Mais, dès le début du XVII^{ème} siècle, le Parlement de Paris applique les ordonnances royales à l'encontre de ces coutumes⁸⁹ et, dans la seconde moitié du XVII^{ème} siècle, la nouvelle solution demeure incontestée⁹⁰.

Pourquoi le Parlement de Paris s'est-il ravisé ? Que faut-il penser de ce revirement ? Nous répondrons à ces questions ultérieurement, car il est d'autres sources de résistance aux lois du roi qui permettent de prolonger ces interrogations.

c) L'obstacle des usages judiciaires

Rédigés ou non les styles de procédure⁹¹ invétérés paralysent quelquefois les ordonnances et édits royaux sur le fait de la justice tant après l'ordonnance de Villers-Cotterêts (1539) par laquelle le roi entreprend d'imposer des règles uniformes qu'après l'ordonnance civile de 1667 qui constitue le point d'aboutissement de cette politique⁹². Dans nombre de préambules, le roi dénonce l'inobservation des dispositions législatives. De ce point de vue, la déclaration du 19 mars 1673 sur l'exécution des ordonnances de 1667 et de 1670 qui fait écho à bien d'autres est particulièrement significative. Elle porte : "quelqu'application que nous ayons apportée par nous même à la composition de nos dernières ordonnances pour régler les instructions des procédures civiles et criminelles, quoiqu'elles aient été universellement approuvées et que l'observation qui s'en est ensuivi dans nos premières et principales cours, en ait fait connaître l'utilité, néanmoins...chaque tribunal ayant son style particulier⁹³", et les huissiers, procureurs et autres ministres de la justice qui donnent la première forme aux procès, s'étant trouvés instruits et habitués dans les usages différens ou contraires aux formes prescrites par nos dernières ordonnances, l'exécution en a été retardée dans plusieurs sièges ; et d'autres confondant les nouvelles dispositions avec leurs styles anciens, les procédures ont été faites avec moins d'ordre et de régularité ; mais, comme il importe de rendre la procédure uniforme dans toute l'étendue de notre royaume et que nos ordonnances soient universellement suivies ... (suit le dispositif)"⁹⁴. A

⁸⁷ Ch. 17, art. 12 (Bourdot de Richebourg, tome 3, p. 851).

⁸⁸ Art. 134 (Isambert, XII, p. 628) : plus précisément, ce texte explicite l'article 46 de l'ordonnance de 1510 qui établissait le point de départ des dix ans à *compter du jour du contrat pour les majeurs*. Sur les lettres de rescision : A. Dumas, *Les lettres de rescision* dans Recueil de mémoires et de travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, I, 1948, pp. 39-53, spécialement pp. 51-52.

⁸⁹ 31 janvier 1615 : Louet par Brodeau, *Recueil d'aucuns notables arrests*, tome 1, Paris, 1693, lett. D, somm. XXV, n° 5, p. 274.

⁹⁰ Annotateur de R. Choppin, *Avant-propos sur les coutumes d'Anjou touchant les règles communes des coutumes de France* dans *Oeuvres*, tome 1, Paris, 1663, II. p., qu. 5, p. 40 ; P. Challine, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, Paris, 1666, règle 12, exemples 2 et 5, pp. 159-160 et pp. 162-163 ; remarques de G. Guéret sur C. Le Prestre, *Questions notables de droit*, Paris, 1679, 1^{ère} cent., ch. 54, p. 173 et L. Legrand, *Coutume du bailliage de Troyes*, Paris, 1737, art. 200, gl. 1, n° 1-3, p. 321.

⁹¹ Sur les usages et styles judiciaires : F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, pp. 79-84.

⁹² Cf. M. Boulet-Sautel, *Colbert et la législation* précité, pp. 121-122 et 126-128.

⁹³ C'est nous qui soulignons.

⁹⁴ Isambert, XIX, p. 89. Rapp. lettres patentes du 4 août 1688, Isambert, XX, pp. 58-59.

l'instar de ses prédécesseurs, Louis XIV a rencontré l'obstacle des usages judiciaires ; la jurisprudence offre des illustrations de cette résistance en matière de saisies et de voies de recours.

Ainsi, le 26 janvier 1593, le Parlement de Paris est-il appelé à trancher un litige touchant à la mainlevée d'une saisie effectuée par les créanciers d'une rente foncière. L'avocat du saisi invoque le droit coutumier. Notre source, -Bouchel en l'occurrence⁹⁵ -, ne précise pas la coutume dont il s'agit. Tout au plus est-il possible de conjecturer qu'elle a été rédigée au plus tard en 1539 : car, à partir de l'ordonnance de Villers-Cotterêts, s'impose la distinction entre les matières de coutume et les matières de style. De la sorte les commissaires royaux élimineront-ils à l'avenir les questions de procédure des rédactions officielles des coutumes afin d'en faire un domaine en principe réservé au roi⁹⁶. En l'espèce, le défenseur du saisi se prévaut d'une disposition coutumière qui permet d'obtenir mainlevée d'une saisie en offrant de constituer hypothèque. La partie adverse oppose l'édit de novembre 1563, postérieur à la rédaction de la coutume. Ce texte prévoit que dans une telle hypothèse, la mainlevée ne peut être accordée que si le débiteur consigne par provision trois années d'arrérages⁹⁷. Alléguant un précédent en date du 19 janvier 1591, le Premier Président de Harlay, juge qu' "en telle occurrence de la coutume et de l'ordonnance, il faut suivre la coutume, si ce n'estoit que l'ordonnance eust disertement dérogé à la coutume"⁹⁸.

Un autre arrêt du même parlement (7 juillet 1607) est non moins intéressant. Lors d'une saisie et de la constitution de commissaires, l'ordonnance de 1579 exige à peine de nullité que les opérations s'effectuent en présence de deux témoins et *qu'ils signent* le procès-verbal ou qu'interpelés, ils déclarent ne pas savoir⁹⁹. A l'opposé, la coutume de Senlis (art. 258) rédigée en 1539 se satisfait de la *seule présence* de deux témoins¹⁰⁰. Saisi du point de savoir s'il faut suivre la loi royale ou la règle coutumière, le Parlement de Paris n'hésite pas à écarter l'application de l'ordonnance après qu'une enquête par turbes ait attesté que le droit coutumier a été observé de tous temps¹⁰¹.

⁹⁵ *Op. cit.*, tome 1, v° Coutume, p. 700.

⁹⁶ F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, p. 83.

⁹⁷ P. Néron et E. Girard, *Recueil d'édits et d'ordonnances royaux*, tome 1, Paris, 1720, p. 432 ; voir Choppin, *op. cit.*, tome 1, II. p., qu. 5, p. 40 et B. Schnapper, *Les rentes au XVIème siècle. Histoire d'un instrument de crédit*, thèse droit Paris, 1956, pp. 264-265.

⁹⁸ Bouchel, *op. cit.*, tome 1, v° Coutume, p. 700.

⁹⁹ Art. 174 (Isambert, XIV, p. 422), rapp. ordonnance de 1498, art. 56 (Isambert, XI, p. 349) et pour les actes notariés : art. 84 de l'ordonnance de 1560 (Isambert, XIV, p. 85) et art. 166 de l'ordonnance de 1579 (Isambert, XIV, pp. 420-421). Le Maistre, *Oeuvres*, Paris, 1653, liv. I, Des criées, p. 7, explicite : "En exploit d'importance, comme saisie, établissement de commissaire, dépost de gage, les tesmoins doivent signer l'exploit du sergent et qu'ils ne soient parens, alliez, ny domestiques des parties, requête desquels ils exploiterent. Ils doivent signer les exploits et coppies sans distinction, et, s'ils ne savent signer en feront mention, à peine de nullité, despens, dommages et interests des parties. Le plus seur est d'avoir tesmoins à chacune criée, qui signent ou fassent déclaration pour faire foy et rendre l'exploit bon et valable". Voir A. Dumas, *op. cit.*, pp. 205-207 et sur la saisie réelle dans la coutume de Paris, F. Olivier-Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris* précité, tome 2, pp. 593-600.

¹⁰⁰ Bourdot de Richebourg, tome 2, p. 730.

¹⁰¹ C. Le Prestre, *op. cit.*, Ière centurie, ch. 54, p. 173 et apostille de J.M. Ricard dans Bourdot de Richebourg, *ibid.*, note i.

Ces mêmes usages vont encore à l'encontre des dispositions visant à l'abrègement des procédures. Lors de la préparation de l'ordonnance de 1667¹⁰², Pussort avait souligné que la volonté du roi était de voir réduire la durée des procès "qui ruinaient ses sujets par leurs longueurs"¹⁰³. L'oncle de Colbert avait relevé que de trop longs délais pour exercer des recours conduisaient les plaideurs à se montrer négligents "pour prendre (leurs) précautions et songer à (leurs) affaires"¹⁰⁴. Mais, le Premier Président du Parlement de Paris, Guillaume de Lamoignon, tout en convenant de l'opportunité et de la nécessité de la réforme, ne manqua pas d'objecter à différentes reprises qu'il était non moins impératif d'éviter les surprises dues à une trop grande précipitation¹⁰⁵. Cet épisode du duel Pussort - Lamoignon a trouvé des prolongements dans l'application de l'ordonnance. En effet, il est difficile de plus méconnaître les articles de l'ordonnance civile que les parlements de Paris, de Bordeaux et d'Aix. Ces trois cours maintiennent à trente ans le délai d'appel¹⁰⁶, alors que l'ordonnance le ramène à trois ou dix ans à dater de la signification du jugement selon les cas¹⁰⁷. De la même façon, tandis que la voie de l'opposition contre des décisions rendues par défaut est ouverte seulement dans la huitaine du jour de la signification¹⁰⁸, le Parlement de Paris conserve un délai de ... trente ans en cas de défaut, faute de comparoir et de constituer procureur¹⁰⁹. En cas de défaut, faute de défendre, l'ordonnance ne permet plus de faire opposition, passé ledit délai, et ne donne que la voie de l'appel¹¹⁰. D'après Merlin, cette solution ne fut pas non plus observée, "l'usage le plus général l'a emporté sur le texte de la loi" et le Chancelier Daguesseau lui-même y aurait donné finalement son acquiescement¹¹¹.

Faut-il en déduire que l'ordonnance de Colbert n'a pas porté tous les fruits escomptés ?

¹⁰² Voir A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882, pp. 177-206 ; H. Regnault, *La législation royale pendant les trois derniers siècles de la monarchie précitée*, pp. 249-270 et M. Boulet-Sautel, *Colbert et la législation précitée*, pp. 119-132.

¹⁰³ *Procès-verbal des ordonnances de Louis XIV du mois d'avril 1667 pour les matières civiles et du mois d'août 1670 pour les matières criminelles*, Paris, 1757, 2 vol., tome 1, p. 32 (conférence du 3 février 1667 sur le titre 5).

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 427 (conférence du 12 mars 1667 sur le titre 27).

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 110-112 (conférence du 1^{er} février 1667 sur le titre 11).

¹⁰⁶ Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, 1825 - 1828, 36 vol., tome 1, v^o Appel, sect. 1, § 5, n^o 4, pp. 446-447.

¹⁰⁷ Tit. 27, art. 12 et 17 (Isambert, XVIII, pp. 157-158). Pussort avait fait observer que "la jurisprudence de cet article (12) était nouvelle, que jusqu'ici l'on pouvait appeler d'une sentence dans les trente ans. L'on demeure d'accord que cela tenait les biens et les familles dans une trop longue incertitude et qu'il était bon d'abroger cet usage, mais que par l'article dont il s'agit, l'on passait d'une extrémité à l'autre", *Procès-verbal des ordonnances de Louis XIV précité*, tome 1, p. 427 (conférence du 12 mars 1667 sur le titre 27). Sur ces articles : P. Bornier, *Conférences des ordonnances de Louis XIV*, Paris, 1719, tome 1, pp. 258-259 et 260-261.

¹⁰⁸ Tit 3, art. 5, tit. 5, art. 3 et tit. 11, art. 2 à 6 (Isambert, XVIII, pp. 110, 112, 117-118) ; sur ce point, voir le *Précis de l'ordonnance de 1667* placé en préface du *Procès-verbal des ordonnances de Louis XIV précité*, tome 1, pp. XXI-XXII. Sur ces articles, P. Bornier, *ibid.*, pp. 32-33, 39-40 et 70-72.

¹⁰⁹ Merlin, *Répertoire alphabétique des questions de droit*, Paris, 1828-1830, 16 vol., tome 11, v^o Opposition aux jugements par défaut, § 7, pp. 34-40. Sur les observations et réserves de Lamoignon : *Procès-verbal des ordonnances de Louis XIV précité*, tome 1, p. 31 (conférence du 3 février 1667 sur le titre 3), p. 36 (conférence du même jour sur le titre 5), pp. 110-112 et 113 (conférence du 1^{er} février 1667 sur le titre 11).

¹¹⁰ Mêmes références que *supra* note 108.

¹¹¹ Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence précité*, tome 1, v^o Appel, sect. 1, § 5, n^o 4, pp. 445-446. Sur les observations et réserves de Lamoignon, mêmes références que *supra* note 109.

Pour lui, l'erreur des devanciers du Roi-Soleil avait été de faire un "ramas d'ordonnances"¹¹² dont la diversité confuse autorisait n'importe quel magistrat à juger "tous les jours contre les termes précis de l'ordonnance"¹¹³. Au contraire, son texte avait été pensé et construit comme un code de dispositions claires et précises pour "réduire tout (le) royaume sous une seule loi"¹¹⁴. Dès lors, comment analyser la jurisprudence ? Faut-il utiliser le terme de résistance ? Il est assuré que les parlements ont eu souvent le souci de préserver des particularismes juridiques séculaires. Il est également certain qu'il ne faut pas perdre de vue le mode d'élaboration des ordonnances de Colbert caractérisé par la "volonté délibérée d'en exclure tout organisme qui appartienne à la justice, cet ostracisme s'étendant même au Chancelier..."¹¹⁵. En conséquence faut-il en conclure que de la jurisprudence précédemment étudiée transparaissent en filigrane les aigreur de la robe ? Pour des raisons analogues, mais, en une époque plus favorable, n'a-t-elle pas tenue pour non avenue le Code Michaud ? A notre sens, il ne faut pas manquer de faire la part des choses. Que quelques articles épars de l'ordonnance n'aient pas été observés par tel ou tel parlement ne doit pas conduire à des conclusions excessives sur l'effectivité de l'ordonnance de 1667 et *a fortiori* sur celle de la législation de Louis XIV. Pour tout dire, l'inapplication de quelques dispositions d'une ordonnance ne nous paraît guère significative.

L'ordonnance de 1673 renforce ce sentiment.

2° "L'industrie des marchands"

Dès le Moyen Age, la puissance publique intervient dans le droit du commerce, mais c'est surtout par le biais de la police économique¹¹⁶. A partir de la fin du Moyen Age, malgré son origine internationale, s'opère une véritable "insertion du droit du commerce dans l'ordre juridique de l'Etat"¹¹⁷. Cela tient au développement du pouvoir royal et aux sollicitations de la pratique¹¹⁸. Il s'agit à la fois d'unifier le droit¹¹⁹, de réprimer des abus¹²⁰, de réduire le contentieux¹²¹ et aussi parfois d'accroître les rentrées fiscales¹²². Lorsque le roi impose des exigences trop contraignantes ou trop contraires aux usages suivis jusqu'alors, la pratique exerce une force de résistance¹²³. Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur l'ineffectivité de la prohibition

¹¹² L'expression est de Colbert : M. Boulet-Sautel, *Colbert et la législation* précité, p. 121.

¹¹³ La constatation est de Colbert : M. Boulet-Sautel, *ibid.*

¹¹⁴ Colbert cité par M. Boulet-Sautel, *ibid.*

¹¹⁵ M. Boulet-Sautel, *ibid.*, p. 129, voir aussi pp. 122-124.

¹¹⁶ Sur ce point, voir notamment F. Olivier-Martin, *La police économique de l'Ancien Régime*, cours de doctorat 1944-1945 ; J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, 1985, n° 21, pp. 34-36 et J. Hilaire, *op. cit.*, n° 12-15, pp. 31-35.

¹¹⁷ J. Hilaire, *op. cit.*, p. 59.

¹¹⁸ *Ibid.*, n° 33, p. 66-67.

¹¹⁹ *Ibid.*, n° 33-34, pp. 67-68.

¹²⁰ J. Hilaire, *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, IIème partie, Paris, 1984, n° 171, pp. 141-142 et n° 202, p. 164.

¹²¹ *Ibid.*, n° 171, pp. 141-142.

¹²² *Ibid.*, n° 221, p. 221, p. 181 et n° 222, p. 182-183.

¹²³ *Ibid.*, n° 246-248, pp. 199-201.

du prêt à intérêt¹²⁴.

L'ordonnance sur le commerce de 1673 dont l'objet était de donner une certaine cohérence et une unité au droit des marchands est le symbole de cette intégration législative¹²⁵. Néanmoins un certain nombre de ses articles sont demeurés lettre morte, quand des usages contraires n'ont pas prévalu. Pour quelles raisons ? Selon Merlin, "il n'y en a pas eu d'autres que la faveur extrême du négoce, la nécessité d'en faciliter, d'en simplifier toutes les opérations, et le préjudice irréparable qui résulterait d'un attachement trop scrupuleux à des formalités qu'on a de bonne foi regardées généralement comme superflues"¹²⁶. Rapidité et simplification l'auraient ainsi emporté sur sécurité et protection. C'est pour l'essentiel exact, mais d'autres facteurs ont pu contribuer à l'inobservation des dispositions de l'ordonnance de 1673. En nous inspirant de la démarche suivie par J. Hilaire dans sa contribution à la recherche "*Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*"¹²⁷, il nous paraît possible d'en mettre à jour quelques-uns.

Ont d'abord été éludées des formes qui se voulaient protectrices, mais qui en réalité étaient inefficaces. Tel a été le cas des articles 1, 23 et 28 du titre 5 relatifs à l'indication de la valeur fournie dans les lettres de change¹²⁸. L'ordonnance avait imposé de préciser quelle était la nature de la valeur fournie (deniers, marchandises ou autres effets) lors de l'émission ou de l'endossement de la lettre de change. Elle visait à empêcher des abus en évitant que cet effet ne cachât une usure ou qu'un endossement frauduleux ne s'effectuât à la veille d'une faillite¹²⁹. Cette prescription ne constituant pas en fait une précaution efficace, la pratique se dispensa de l'observer¹³⁰. Il en fut de même des articles 8 et 9 du titre 6 relatif au prêt sur gage¹³¹. Du fait de l'ordonnance de Moulins, il était devenu nécessaire de rédiger un acte écrit afin de pouvoir en

¹²⁴ Entre autres : E. Chénon, *Le rôle social de l'Eglise*, Paris, 1921, pp. 250 et s. ; G. Le Bras, *Dictionnaire de théologie catholique*, tome 15, Paris, 1950, v° Usure, col. 2336-2372 ; B. Schnapper, *Les rentes au XVIème siècle. Histoire d'un instrument de crédit*, Paris, 1957, pp. 65-78 (et les références) ; R. Aubenas, *Cours d'histoire du droit privé (anciens pays de droit écrit)*, tome 2, *Autour de deux passions de l'homme : la femme et l'argent*, Aix, 1958, pp. 111-172 ; P.C. Timbal, *Les obligations contractuelles dans la jurisprudence du Parlement (XIII-XIVème s.)*, tome 1, Paris, 1973, pp. 232-263. Le procès-verbal du projet de révision de l'ordonnance de 1673 (séance du 7 juillet 1770) donne les articles 1 et 2 du titre VI sur la prohibition du prêt à intérêt et sur celle de l'anatocisme pour "universellement fraudées" (H. Lévy-Bruhl, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)*, Paris, 1932, p. 183 et plus généralement, pp. 183-188 ; rapp. A. Vandenbossche, *Contribution à l'histoire des sources du droit commercial. Un commentaire manuscrit de l'ordonnance de 1673*, Paris, 1976, p. 81 et 83 (ce commentaire a été rédigé entre 1678 et 1686 (*ibid.*, p. 10) et du même, *Un projet de code de commerce sous la Régence*, Paris, 1980, pp. 76-78, sol. impl. (ce projet peut être daté de 1716).

¹²⁵ J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial* précité, n° 34, p. 68.

¹²⁶ *Répertoire alphabétique des questions de droit* précité, tome 14, v° Société, § 1, I, p. 298.

¹²⁷ *Quel droit des affaires pour demain ?* précité, pp. 129 et s. et plus spécialement sur l'art d'appliquer la loi, pp. 191 et s.

¹²⁸ Isambert, XIX, pp. 97-98 et 100.

¹²⁹ J. Savary, *Le parfait négociant ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises en France et des pays étrangers*, Paris, 1721, 1ère p., pp. 140 et s.

¹³⁰ A. Vandenbossche, *Contribution à l'histoire des sources du droit commercial. Un commentaire manuscrit de l'ordonnance de 1673* précité, "selon l'usage universel, il n'importe pas de déclarer en quelle nature effets la valeur a été payée, et cette disposition paroist assez indifférente", art. 1, p. 57 (commentaire rédigé entre 1678 et 1686, *ibid.*, p. 10) ; du même, *Un projet de code de commerce sous la Régence* précité, "...nonobstant la disposition des 23ème et 28ème articles, on se donne communément la liberté de ne point spécifier quelle valeur on a reçu pour les lettres de change ou billets que l'on endosse ou que l'on fait, et que l'on se contente d'y mettre le seul mot de *valeur reçue*", p. 65 (projet paraissant daté de 1716, *ibid.*, p. 8). Sur la valeur fournie, voir H. Lévy-Bruhl, *Histoire de la lettre de change en France aux XVIIème et XVIIIème siècles*, Paris, 1933, pp. 83-91.

¹³¹ Isambert, XIX, pp. 101-102.

rapporter la preuve, dès lors que la valeur d'un contrat était supérieure à cent livres¹³². A défaut, un créancier gagiste pouvait être amené à restituer la chose sans que le débiteur fût tenu de s'acquitter de sa dette. En cas de faillite, cette formalité pouvait redoubler d'intérêt dans la mesure où si l'acte avait date certaine, celle-ci empêchait le débiteur obéré de constituer des gages pour soustraire une partie de l'actif ou pour avantager un créancier¹³³. Pour assurer l'égalité des créanciers en cas de faillite, l'ordonnance de 1673 obligea à dresser un acte notarié des contrats de gage et des objets donnés en nantissement sous peine de restitution de l'objet gagé et de la perte du privilège du gagiste¹³⁴. Ce formalisme fut très mal accueilli par la pratique¹³⁵. Quelques-uns prétendirent qu'il touchait seulement les usuriers ; il fut simplement jugé qu'il était inutile entre les parties et ne servait qu'à rendre le gage opposable aux tiers¹³⁶. La jurisprudence n'était pas loin de permettre de réaliser l'objectif poursuivi par la loi, mais, selon le témoignage de Tolozan¹³⁷, pour réaliser une fraude, rien n'était plus facile que "d'éluder les formalités prescrites pour le prêt sur gage en le métamorphosant en contrat de vente"¹³⁸.

Si des articles sont restés inobservés parce qu'impropres à réaliser leur but, d'autres l'ont été parce que paralysants. Inspirés par un souci de protection, ils se sont trouvés en porte-à-faux avec l'impérieuse nécessité pour la pratique de pouvoir faire circuler des effets négociables sans entrave. Le sort de l'article 24 du titre 5 relatif à l'endossement est symptomatique¹³⁹. Tandis que dans l'article 23, l'endossement était un simple mandat, dans l'article 24, il opérait transfert de propriété du titre¹⁴⁰. Pour parvenir à ce dernier résultat, l'ordonnance exigeait la signature de l'endosseur, la date et le nom du cessionnaire ainsi que la mention précise de la valeur fournie. En l'occurrence, le but de Savary était de lutter contre des abus liés aux endossements non datés ou en blanc. Pour les premiers, en cas de faillite, la fraude consistait pour le porteur à antidater l'effet afin d'éviter qu'il ne tombât dans la masse. Pour les seconds, ils permettaient au porteur en cas de faillite de les distraire de la masse en portant au lieu et place de son nom celui d'un tiers ou d'un créancier de son choix¹⁴¹. Le formalisme institué

¹³² Cf. *supra* p. 9.

¹³³ Sur cette question en général : J. Savary, *op. cit.*, IIème p., pp. 100-101 et J. Foyer, *Le principe du gage avec dépossession : la loi de 1863 et ses précédents dans Le gage commercial. Etudes de droit commercial* sous la direction de J. Hamel, Paris, 1953, pp. 17 et s.

¹³⁴ L'article 9 disposait qu'à défaut d'énonciation du gage dans l'obligation, une facture ou un inventaire détaillé devait en faire mention et être rappelé dans l'acte.

¹³⁵ J. Hilaire, *Quel droit des affaires pour demain ?* précité, n° 243, p. 198.

¹³⁶ A. Dumas, *op. cit.*, p. 242.

¹³⁷ Né en 1728, mort en l'an IX, ce maître des requêtes, intendant du commerce depuis 1777, faisait partie de la commission instituée en 1778 par Miromesnil pour réviser l'ordonnance de 1673 : H. Lévy-Bruhl, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)* précité, p. 14.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 243 (révision du titre XI).

¹³⁹ Isambert, XIX, p. 100. Sur le développement de l'endossement : R. de Roover, *L'évolution de la lettre de change (XIVème-XVIIIème siècles)*, Paris, 1953, pp. 83 et s. et sur l'endossement en général : H. Lévy-Bruhl, *Histoire de la lettre de change en France aux XVIIème et XVIIIème siècles*, Paris, 1933, pp. 103-138 et R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Paris, 1989, n° 417-424, pp. 174-177.

¹⁴⁰ J. Savary, *Suite du parfait négociant ou l'art des lettres de change*, Paris, 1721, n° 11, p. 10 ; H. Lévy-Bruhl, *ibid.*, pp. 103-104 et 131-132, R. de Roover, *ibid.*, pp. 116-117 et J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial* précité, n° 171, p. 275.

¹⁴¹ Sur ces points : J. Savary, *op. cit.*, pp. 153-155.

par l'ordonnance parut trop pesant à la pratique¹⁴². Elle continua à recourir à des endossements non datés. Il fallut un arrêt du Parlement de Rennes (1679) et surtout un arrêt du Parlement de Paris (21 mars 1681) pour imposer le respect de l'ordonnance ; à défaut de date, l'endossement n'était considéré que comme un mandat¹⁴³. Faits significatifs, les six négociants parisiens consultés s'étaient prononcés en sens contraire et les juges et consuls de Paris tinrent l'arrêt pour si extraordinaire qu'il fut "lu et publié leur audience tenant et transcrit sur le livre des chartes de leur juridiction"¹⁴⁴. La résistance fut plus active pour les endossements en blanc. Le Parlement de Paris, suivant l'opinion de Savary consulté, mais une fois encore, contre l'avis des cinq négociants parisiens, vit seulement en eux des avals¹⁴⁵. En vain, car cette pratique se propagea et au XVIIIème siècle, la jurisprudence des parlements la consacra contre le texte même de l'ordonnance. Quant à Daguesseau, appelé à se prononcer, il déclara : "ces abus sont du nombre de ceux que les lois humaines ne sauraient prévenir entièrement et qui ne pouvant causer que quelques inconvénients particuliers sont plus que compensés par l'utilité publique"¹⁴⁶. Les exigences économiques et commerciales l'emportaient de la sorte sur la législation royale. Aussi bien faut-il rappeler que les besoins du commerce en effets négociables et la nécessité d'en permettre une circulation aisée fournissent d'autres exemples d'ineffectivité de la loi. Ainsi, afin de ne pas porter atteinte à la foi publique sous laquelle circulaient les effets de commerce, l'endossement intervenu à la veille d'une faillite fut considéré comme valable au XVIIIème siècle par les négociants et les banquiers. Or, à la suite du droit statutaire italien et du règlement de la place de Lyon, la déclaration du 18 novembre 1702 instaurait une période suspecte de dix jours "avant la faillite publiquement connue"¹⁴⁷, réserve faite des ventes de marchandises et des négociations d'effets effectuées de bonne foi¹⁴⁸. Dans le même ordre d'idées, il convient d'évoquer au XVIIème siècle l'interdiction des billets en blanc même entre marchands imposée par arrêts de règlement du Parlement de Paris : elle provoqua en réaction le développement des lettres de change et billets au porteur¹⁴⁹. Interdits par édit de mai 1716¹⁵⁰, - officiellement "pour

¹⁴² J. Hilaire, *ibid.*

¹⁴³ H. Lévy-Bruhl, *L'endossement des lettres de change en France aux XVIIème et XVIIIème siècles* publié dans les Annales de droit commercial français, étranger et international, 1930, tiré à part, p. 8. Sur la nature juridique de la lettre de change et l'endossement : J.L. Lafon, *Les députés du commerce et l'ordonnance de 1673. Les juridictions consulaires : principe et compétence*, Paris, 1979, pp. 92-99.

¹⁴⁴ H. Lévy-Bruhl, *ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 10.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 10-12, rapp. Merlin, *op. cit.*, tome 14, v° Société, § 1, I, p. 298. Un arrêt du Parlement de Paris en date de 1702 a déclaré nul un ordre en blanc rempli après coup, mais il a été rendu dans des circonstances particulières exposées par H. Lévy-Bruhl, *ibid.*, p. 11, note 1.

¹⁴⁷ Isambert, XX, pp. 419-421.

¹⁴⁸ J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial* précité, n° 198, p. 320, rapp.. H. Lévy-Bruhl, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)* précité, pp. 240-241 (révision du titre XI, art. 24 et 25). Sur cette disposition, voir également A. Vandebosche, *Contribution à l'histoire des sources du droit commercial* précité, pp. 97-99.

¹⁴⁹ J. Hilaire, *Quel droit des affaires pour demain ?* précité, n° 252, pp. 202-203 et du même, *Introduction historique au droit commercial* précité, n° 178, pp. 285-286. rapp. H. Lévy-Bruhl, *L'endossement des lettres de change en France aux XVIIème-XVIIIème siècles* précité, p. 9, note 4 d'après lequel cette prohibition fit naître également la pratique des endossements en blanc sur les lettres de change et sur un autre exemple d'innovation par résistance de la pratique, en l'occurrence contre le statut du corps des merciers de Paris : G. Sautel, *L'histoire du contrat de commission jusqu'au Code de commerce* dans *Le contrat de commission, Etudes de droit commercial* sous la direction de J. Hamel, Paris, 1949, p.23-53.

faire cesser des fraudes et des abus si préjudiciables au bien du commerce et à l'intérêt des créanciers légitimes"¹⁵¹, en réalité, pour protéger la Banque générale de Law et son privilège exclusif d'émettre des billets au porteur et à vue¹⁵², ils ne purent qu'être autorisés de nouveau sous la pression de la pratique en 1721, peu après l'effondrement du Système¹⁵³.

De la même façon, prenant acte de l'inobservation de l'ordonnance de 1673 sur un autre point, la commission chargée de la réviser a dû renoncer à proposer une réforme novatrice. Les prescriptions des articles 1, 2 et 3 du titre 3 sur la tenue des livres de comptabilité¹⁵⁴ ont été assez mal respectées¹⁵⁵ par analphabétisme, par incurie ou par impéritie dans les meilleurs des cas, d'où évidemment des fraudes lors des faillites¹⁵⁶. Or, en 1779, la négligence des marchands-détailleurs fut jugée si commune qu'elle parut rendre impossible d'ordonner la généralisation de la comptabilité en partie double dans le royaume de France¹⁵⁷. Au surplus, l'obligation de faire parapher et signer les livres de commerce par un juge consulaire ou le maire de la ville afin d'ajouter foi en justice à leur mention n'était guère observée¹⁵⁸ du fait de la dépense provoquée par l'accomplissement de cette formalité¹⁵⁹.

"Esquiver la fiscalité" selon la formule de J. Hilaire¹⁶⁰ a été aussi l'un des facteurs de l'ineffectivité de l'article 2 du titre 4 relatif à l'enregistrement et à la publicité à peine de nullité d'un extrait de l'acte de société¹⁶¹. De l'avis général, ce fut l'article le moins suivi de l'ordonnance¹⁶². Ordinairement aucun extrait de l'acte constitutif de la société n'était enregistré ni

¹⁵⁰ Isambert, XXI, pp. 115-116.

¹⁵¹ *Ibid.* Sur la réalité de ces fraudes : A. Vandenbossche, *Un projet de code de commerce sous la Régence* précité, pp. 63-65 et H. Lévy-Bruhl, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)* précité, pp. 120-121 (séance du 20 juin 1780).

¹⁵² G. Antonetti, *Observations sur certains aspects du système de Law*, RHD 1978, pp. 681-682.

¹⁵³ Déclaration du 21 janvier 1721, Isambert, XXI, pp. 190-191.

¹⁵⁴ Isambert, XIX, p. 95 et voir J. Savary, *op. cit.*, Ière p., pp. 292-300.

¹⁵⁵ A. Vandenbossche, *ibid.*, p. 27 : "Tous les négociants devoient tenir leurs livres en bon ordre ; leur honneur et la satisfaction qu'ils auroient de se pouvoir rendre conte à eux-mêmes toutes fois et quantes de leur fortune, devoit les y engager. Mais ces derniers temps, qu'on peut appeler l'écoeuil d'une partie des négociants, ayant fait voir que trez peu ont observé les ordonnances, on estime qu'il est nécessaire d'imposer des peines contre ceux qui à l'avenir pourront s'écarter de leur devoir. Le public a trop souffert ou de la mauvaise foy ou du trop peu de sécurité des uns et des autres".

¹⁵⁶ Aussi l'article 11 du titre XI (Isambert, XIX, p. 105) prévoyait-il que le failli qui n'aurait pas respecté ces dispositions pourrait être déclaré banqueroutier frauduleux. Rapp. H. Lévy-Bruhl, *ibid.*, pp. 252-253 et 259 (révision du titre XI, art. 30 et 37) et les dispositions prises en 1716 pour réprimer les banqueroutes frauduleuses : J.L. Lafon, *op. cit.*, p. 115 et la note 10. Voir aussi R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires et des institutions commerciales*, tome 1, p. 315.

¹⁵⁷ H. Lévy-Bruhl, *ibid.*, p. 79.

¹⁵⁸ A. Vandenbossche, *ibid.*, p. 31 et Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* précité, tome 35, v° Usage, § 2, n° 3, p. 299.

¹⁵⁹ A. Vandenbossche, *ibid.* : "Cet article de l'ordonnance n'est presque point observé en ce que, Sa Majesté ayant ordonné par arrêt du 3 avril 1674 que les livres journaux seroient faits sur du papier timbré, les juges-consuls n'en peuvent parapher d'autres, et les négociants à cause de la dépence se sont dispensés de les faire timbrer et conséquemment parapher...".

¹⁶⁰ *Quel droit des affaires pour demain ?* précité, n° 255-262, pp. 204-209.

¹⁶¹ Isambert, XIX, p. 96 et voir J. Savary, *op. cit.*, IIème p., pp. 6-7. Sur l'exigence d'un acte écrit et celle de la publicité : R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires* précité, n° 367-370, pp. 154-156.

¹⁶² A. Vandenbossche, *ibid.*, p. 33 : "cet article de l'ordonnance est le moins observé, quoique le plus nécessaire au public, exposé journellement à estre la dupe de prétendus associés...". Voir également H. Lévy-Bruhl, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVIIème et XVIIIème siècles*, Paris, 1938, pp. 79-92, A. Vandenbossche, *Contribution à l'histoire des sources du droit commercial* précité, notes 1 à 4, pp. 48 et 50 et J. Hilaire, *Introduction historique au*

publié. A cela, il y avait deux raisons selon les députés du commerce : le refus d'acquiescer un droit de contrôle proportionnel et le secret des affaires. En effet, l'extrait à enregistrer et à publier ne comportait que les clauses de l'acte qui, d'après Savary, intéressaient le public : noms, surnoms, qualités et demeures des associés, durée de la société, clauses extraordinaires à l'exclusion du montant du capital¹⁶³. Mais, pour calculer le droit proportionnel, les commis du contrôle demandaient communication de l'acte original de la société. Cette exigence provoqua la résistance des marchands soucieux de préserver le secret des affaires¹⁶⁴. La jurisprudence des parlements (dès 1681, à Paris) et le Conseil du roi (3 mai 1752) jugèrent toujours que cet article de l'ordonnance était tombé en désuétude¹⁶⁵. Les sociétés non enregistrées étaient valables pourvu que leur existence fût prouvée par écrit, la rédaction d'un acte prévu par l'article 1 du titre 4 étant requise seulement *ad probationem*¹⁶⁶. Pour remédier aux fraudes que favorisait l'inobservation de la loi, les députés du commerce avaient proposé de substituer au droit proportionnel un droit fixe ; cependant, en 1748, ils se heurtèrent à la juridiction consulaire parisienne qui, consultée sur la question, exposa que l'absence d'enregistrement présentait un avantage : renforcer le secret des affaires en évitant la révélation du nom des associés¹⁶⁷. A la fin de l'Ancien Régime, par un avis en date du 11 mai 1787, les députés du commerce tinrent que cet article 2 du titre 4 était complètement tombé en une désuétude "attestée par l'usage et confirmée par une foule d'arrêts"¹⁶⁸. A l'évidence, tous ces exemples donnent à penser que la pratique a préféré la liberté à la sécurité. Et il est vrai que cette liberté a conduit encore à tenir pour lettre morte l'article 3 du titre 6 relatif au change¹⁶⁹. En l'espèce, la règle posée par l'ordonnance n'a pas convenu à la pratique par manque de souplesse. Plutôt qu'une norme objective et générale, elle a préféré se retrancher dans la liberté des conventions plus propre à s'adapter à une réalité mouvante et à prendre en compte des considérations de personnes. Cet article portait que le prix du change devait se régler par le cours du marché du lieu où la lettre a été tirée, eu égard à celui où la remise a été faite "pour ne pas laisser le tireur maître des besoins du porteur pour exiger un change excessif et usuraire"¹⁷⁰. Il n'empêche que l'usage faisait

droit commercial précité, n° 114, pp. 197-198. Pour les mêmes raisons que celles développées au texte, l'article 6 du même titre ("Les sociétés n'auront effet à l'égard des associés, leurs veuves et héritiers et créanciers et ayants cause que du jour qu'elles auront été registrées et publiées au greffe du domicile de tous les contractants et du lieu où ils auront magasin", Isambert, XIX, p. 97) est demeuré inobservé, voir Merlin, *Répertoire alphabétique des questions de droit* précité, tome 14, v° Société, § 1, I, pp. 292-299 où il reprend ses réquisitions du 22 messidor an IX.

¹⁶³ H. Lévy-Bruhl, *ibid.*, p. 82.

¹⁶⁴ H. Lévy-Bruhl, *ibid.*, p. 90 (avis des députés du commerce du 28 août 1733).

¹⁶⁵ Merlin, *ibid.*, v° Société, § 1, I, pp. 294-295 ; H. Lévy-Bruhl, *ibid.*, pp. 89-90 et J. Hilaire, *ibid.*, n° 114, pp. 197-198.

¹⁶⁶ H. Lévy-Bruhl, *ibid.*, pp. 76-79, rapp. H. Lévy-Bruhl, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)* précité, p. 114 (séance du 7 déc. 1779) et Merlin, *ibid.*, § 1, II, pp. 299-301 et III, 2°, pp. 301-302.

¹⁶⁷ H. Lévy-Bruhl, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVIIème et XVIIIème siècles* précité, pp. 91-92.

¹⁶⁸ H. Lévy-Bruhl, *ibid.*, p. 17. J. Hilaire pose cependant la question de savoir si, à la même époque, quelques juridictions consulaires ne s'efforçaient pas d'en revenir à la lettre de l'ordonnance, voir *Quel droit des affaires pour demain ?* précité, n° 274, pp. 220-221.

¹⁶⁹ Isambert, XIX, p. 101 et plus généralement sur cette question : J. Savary, *op. cit.*, Ière p., pp. 263 et s.

¹⁷⁰ H. Lévy-Bruhl, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)* précité, p. 189, la constatation a été faite par les intendants du commerce Montaran père et fils, Tolozan et le député du commerce Marion (séance du 7 juillet 1780).

dépendre le taux du change de la convention des parties, parce qu'en la matière, tout était fonction des circonstances et des personnes¹⁷¹.

Enfin, un autre des ressorts de la résistance de la pratique à l'ordonnance paraît avoir été l'égalité entre créanciers en cas de faillite. Elle a donné lieu sur certaines places et dans quelques provinces à un usage juridiquement incongru qui s'explique peut-être par les arrangements léonins qui intervenaient entre quelques créanciers privilégiés dans tous les sens du terme et le failli¹⁷². La mise en oeuvre de l'article 33 du titre 5 relatif à l'effet de l'aval¹⁷³ a suscité des difficultés, quand les signataires d'une lettre de change, à quelque titre que ce soit, tombaient tous en faillite. Pour le Conseil royal du commerce et la jurisprudence dominante, le porteur pouvait produire dans toutes les faillites pour la totalité de sa créance. Tel était l'effet de la solidarité instituée par ce texte¹⁷⁴. Cependant un usage contraire introduit sur plusieurs places de commerce voulait que le porteur ne pût produire dans chaque faillite qu'en déduisant les sommes reçues successivement sur les répartitions des biens de ses débiteurs coobligés. La conséquence pratique était qu'il pouvait être amené à devoir se satisfaire d'un paiement partiel. Déjà dénoncée par le *Mémoire des syndics de la chambre du commerce de Normandie* (1716)¹⁷⁵, cette solution était encore celle du Parlement d'Aix à la fin de l'Ancien Régime d'après le témoignage des travaux préparatoires du projet Miromesnil¹⁷⁶. Selon toute apparence, cette cour répugnait à l'idée de faire jouer un avantage aussi considérable au bénéfice d'un créancier¹⁷⁷.

Ainsi les préoccupations de la pratique dictées par la vie des affaires ont-elles paralysé l'application de dispositions de l'ordonnance de Colbert. A tort en conclurait-on qu'elles seules ont eu cette conséquence. Des considérations étrangères au commerce ont pu provoquer également son ineffectivité. Il en est une qui transparaît de l'inobservation des articles 8 du titre 3 et 4 du titre 1¹⁷⁸. La première de ces dispositions a trait à l'inventaire périodique des effets

¹⁷¹ A. Vandenbossche, *Contribution à l'histoire des sources du droit commercial* précité, p. 83 : "Cet article est contre la liberté publique, contre l'usage universel et ne s'observe pas. Aussi ne porte-t-il aucune peine. Il est contre la liberté publique qui permet de vendre sa créance autant qu'on veut, comme de ne l'acheter que ce que l'on veut. Il est contre l'usage universel parce que partout il y a eu en mesme temps des lettres de change de gens accrédités plus chères que celles de ceux qui ne sont pas en crédit", rapp. H. Lévy-Bruhl, *ibid.*, pp. 188-189 (intervention des députés du commerce de Marseille et de Rouen, Rostagny et Deschamps, séance du 7 juillet 1780).

¹⁷² Sur ces arrangements frauduleux : J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial* précité, n° 198, p. 319 et n° 199, p. 321 et rapp. J.L. Lafon, *op. cit.*, p. 115 et 121 (où est rapporté un cas d'espèce touchant à une créance fautive et simulée).

¹⁷³ Isambert, XIX, p. 101. Voir J. Savary, *op. cit.*, Ière p., pp. 218-219. Sur l'aval généralement : R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires* précité, n° 408, p. 172.

¹⁷⁴ A. Vandenbossche, *Un projet de code de commerce sous la Régence* précité, p. 71 ; voir aussi le *Mémoire sur l'effet de la solidarité à laquelle sont soumis tous les auteurs d'une lettre de change ou de tout autre effet de commerce* rédigé par Rostagny, député du commerce de Marseille dans H. Lévy-Bruhl, *ibid.*, pp. 245-252 (révision du titre XI).

¹⁷⁵ A. Vandenbossche, *ibid.*, pp. 70-71 ; aussi l'addition à l'article 33 proposée était-elle ainsi conçue : "Et les porteurs de lettre de change et billets ne seront tenus d'opter, mais auront leur recours contre les tireurs, accepteurs et endosseurs solidairement jusqu'à parfait paiement". Voir aussi le *Mémoire* précité de Rostagny où l'exemple donné éclaire sur l'intérêt pratique de la question, H. Lévy-Bruhl, *ibid.*, pp. 250-252.

¹⁷⁶ A. Vandenbossche, *ibid.* et H. Lévy-Bruhl, *ibid.*, pp. 246-249 où sont développés les arguments de Rostagny contre la jurisprudence du Parlement d'Aix.

¹⁷⁷ La critique de la jurisprudence du Parlement d'Aix montre bien qu'en filigrane le noeud de la question est l'égalité des créanciers : Lévy-Bruhl, *ibid.*, pp. 248-249. Sur cette question, voir H. Lévy-Bruhl, *Histoire de la lettre de change* précité, pp. 268-269.

¹⁷⁸ Isambert, XIX, pp. 96 et 93-94. Voir J. Savary, *op. cit.*, Ière p., pp. 344 et s. et rapp. Ière p., pp. 290 et s.

mobiliers et immobiliers des marchands d'une part et à celui de leurs dettes passives et actives d'autre part. Contre l'esprit de l'ordonnance, l'usage s'était établi de ne pas faire figurer dans cet inventaire les immeubles personnels du commerçant¹⁷⁹. Cette pratique atteste de la distinction opérée *de fait* entre les biens personnels et ceux de l'entreprise¹⁸⁰. Elle révèle aussi le souci de préserver les secrets de famille, en particulier en ne dévoilant pas la consistance et l'étendue du patrimoine familial. Cette réticence participe de l'une des principales préoccupations des familles dont l'ancien droit fournit d'innombrables manifestations : protéger les "héritages". Cette sauvegarde des intérêts patrimoniaux trouve encore écho dans la désuétude de l'article 4 du titre 1 relatif à l'interrogation des aspirants à la maîtrise sur les livres de comptabilité, les lettres de change, les poids, mesures et qualités des marchandises, quand il s'agissait des fils des maîtres¹⁸¹. L'accaparement des maîtrises des différents métiers par les familles de maîtres explique l'ineffectivité de cette disposition.

De l'absence d'effectivité de ces prescriptions, il ne faut pas induire l'échec de l'ordonnance de 1673, car nous savons par différentes sources que de bien nombreuses autres étaient suivies¹⁸². Toutefois il ne fait aucun doute que quelques-unes de ces dispositions à l'instar d'autres touchant le droit civil ou la procédure restèrent lettre morte, alors qu'elles étaient des lois de police. Dès lors une question ne peut pas ne pas être posée : le roi ne pouvait-il pas faire fond sur les officiers de son administration pour imposer le respect de ses lois ?

B. L'inertie des officiers

Au XIII^{ème} siècle, l'insuffisance du réseau administratif et la négligence de la part des autorités compétentes de se plier aux ordres de publication sont des sources de blocage dans la diffusion de la législation royale¹⁸³. A partir de la première moitié du XVI^{ème} siècle, la pratique de la publication et de l'enregistrement des lettres patentes par les cours souveraines passe en coutume ; ensuite celle de leur notification aux juridictions inférieures pour exécution devient une habitude¹⁸⁴. Même si, à la fin du Bas-Moyen Age, les Etats de Tours (1484) se plaignent encore d'une publicité insuffisante¹⁸⁵, l'ignorance de la législation royale ne semble pas pouvoir

¹⁷⁹ A. Vandebossche, *Contribution à l'histoire des sources du droit commercial* précité, p. 45 : "L'usage n'a jamais été de comprendre dans les inventaires de négoce les immeubles ; et, de plus, dans les sociétés, les immeubles particuliers n'entrent pas dans la société, il serait absurde de les comprendre dans l'inventaire de la société".

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ H. Lévy-Bruhl, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)* précité, p. 79, (séance du 16 novembre 1779, intervention de Montaran fils, intendant du commerce).

¹⁸² Il suffit pour s'en convaincre de lire les documents précités qu'ont publié H. Lévy-Bruhl et A. Vandebossche ; dans le même sens, J. Imbert, préface du *Projet de code de commerce sous la Régence* précité d'A. Vandebossche, p. V.

¹⁸³ A. Rigaudière, *Législation royale et construction de l'Etat en France* dans *La France du XIII^{ème} siècle* précité, pp. 218-222.

¹⁸⁴ F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, pp. 251 et s., spécialement pp. 251-260 et 270-276.

¹⁸⁵ "Item, et pour ce que les ordonnances des deffunts roys ont été très mal gardées et observées, dont plusieurs et quasi infinis inconveniens sont advenus en ce royaume, Dauphiné et pays adjacens, semble ausdits Estats estre convenable, et requierent que les ordonnances faites par les roys deffunts : Philippe le Bel, le roy Jehan, Charles le Quint et Charles VII, et les prédecesseurs roys de France, et par les cours souveraines, que chacune contrée, selon les loix et costumes des contrées et pays, soient maintenues et gardées et qu'elles soient lues et publiées es cours et juridictions des baillifs, senechaulx et autres juges qu'il appartiendra, chacun an une fois" (cahiers des trois ordres,

être présentée comme une source majeure d'ineffectivité. En revanche, aux Temps Modernes, l'inertie des officiers continue encore longtemps à être dénoncée. Il est vrai que ce grief d'indiligence (1°) doit être tempéré, les officiers pouvant exciper de circonstances exonératoires (2°).

1° L'indiligence des officiers

Dans différents actes, le roi reproche expressément à ses officiers de ne pas tenir la main à l'application de textes royaux. En voici le relevé :

Date	Nature du document	Objet	Agents incriminés	Références
13 avril 1304	Mandement	Interdiction des tournois	Bailli de Sens	Isambert II p. 826
1315	Ordonnance (art. 13)	Interdiction des incarcérations sauf crime énorme	Baillis et sénéchaux du Languedoc	Isambert III p. 57
1347	Ordonnance	Répression du blasphème	Prévôt de Paris	Isambert IV p. 542
1364	Ordonnance (préamb.)	Expédition des affaires au Parlement	Officiers du Parlement	Isambert V p. 229
1371	Ordonnance (préamb.)	Interdiction de poursuivre un délinquant avant information préalable d'un bailli ou juge ordinaire	Procureurs et avocats du roi	Isambert V pp. 364-365
1376	Ordonnance (art. 52)	Délit de pêche	Officiers des Eaux et Forêts	Isambert VII p. 571
Septembre 1402	Règlement général sur les Eaux et Forêts	Délits touchant aux eaux et forêts	Officiers des Eaux et Forêts	Isambert XI p. 17
1446	Ordonnance (préamb.)	Justice (procédure)	Officiers royaux	Isambert XI p. 149
24 juillet 1493	Cri du Prévôt de Paris pour l'exécution d'un texte non identifié	Répression du blasphème	Officiers de la prévôté et seigneurs justiciers	Isambert XI p. 255
1499	Ordonnance (préamb.)	Justice (procédure)	Officiers royaux	Isambert XI pp. 332-333

chapitre touchant la justice, art. 22, Isambert, XI, p. 61) ; Réponses faites par le roi, chapitre de la justice : "A l'article commençant : "Item, et pour ce que les ordonnances des defunts roys etc...", Response : "Les ordonnances des roys deffunts seront recueillies et en sera fait comme est requis au present article" (Isambert, XI, p. 94). Dans le même esprit, rapp. le serment de faire observer la loi royale exigé des officiers au XIIIème siècle (A. Rigaudière, *ibid.*, pp. 221-222) que l'on retrouve encore dans les deux grandes ordonnances sur le fait de la justice de 1493 (art. 111, Isambert, XI, pp. 248-249) et de 1498 (art. 162, Isambert, XI, pp. 377-378).

1510	Ordonnance (préamb.)	Répression du blasphème	Officiers royaux	Isambert XII p. 570
Juin 1522	Edit (préamb.)	Police des vivres et de l'hôtellerie	Officiers royaux	Isambert XIII p. 559
Mai 1555	Edit (préamb.)	Police générale de la ville de Paris	Officiers royaux	Isambert XIV p. 443
Janvier 1573	Edit (préamb.)	Police des vivres	Officiers royaux	Isambert XIV p. 243
6 octobre 1576		Répression de l'usure	Officiers royaux	Isambert XIV p. 308
Mars 1577	Edit (préamb.)	Police de l'hôtellerie	Officiers royaux	Isambert XIV p. 320
Juillet 1607	Edit (préamb.)	Police de la chasse et du port d'armes	Officiers royaux	Isambert XIV p. 331
Juin 1627	Edit (art. 20)	Saisie et criées d'immeubles	Huissiers et sergents	Isambert XVI p. 210
Novembre 1639	Edit (préamb.)	Loi somptuaire	Officiers royaux	Isambert XVI p. 516
19 mars 1673	Déclaration (préamb.)	Justice (procédure)	Officiers de justice	Isambert XIX p. 89
4 octobre 1688	Lettres patentes	Justice (procédure)	Officiers de justice	Isambert XX p. 59
19 juin 1691	Déclaration (préamb.)	Papier timbré	Officiers de justice	Isambert XX pp. 128-129

Ce relevé appelle deux séries d'observations portant sur les matières et la chronologie.

Il est clair que, pour l'essentiel, la quasi-totalité des textes porte sur la procédure d'une part et sur la police¹⁸⁶ d'autre part. La même constatation peut être faite à partir d'autres édits et ordonnances dans lesquels le roi se borne à constater l'inobservation de la législation antérieure et, par voie de conséquence, la nécessité de la renouveler ; bien que l'administration royale ne soit pas nommément dénoncée, il est évident que l'ineffectivité des textes peut lui être imputée¹⁸⁷.

S'agissant de procédure, il est inutile de revenir sur le fait que la législation royale se heurte aux différents styles judiciaires et à l'esprit de routine de la basoche tout entière, officiers royaux et auxiliaires de justice. S'agissant de la police, si les textes dénonçant l'incurie des officiers sont rapportés à ceux qui réitèrent des dispositions royales prohibitives, la liste est

¹⁸⁶ Sur la définition de la police dans l'ancien droit : *cf. supra* note 16.

¹⁸⁷ Ordonnance de 1397 contre le blasphème (Isambert, VI, pp. 777-778) ; ordonnance de 1437 contre le blasphème, (Isambert, VIII, pp. 852-853) ; ordonnance de 1493 sur la justice (Isambert, XI, p. 221) ; ordonnance de 1537 sur le vagabondage (Isambert, XII, pp. 537-538) ; déclaration du 18 avril 1558 sur le vagabondage (Isambert, XIII, pp. 509-512) ; déclaration du 23 juillet 1559 sur le port d'armes (Isambert, XIV, p. 2) ; édit de décembre 1559 sur le port d'armes (Isambert, XIV, p. 14) ; édit de juin 1601 sur le fait des chasses (Isambert, XV, p. 247) ; édit de sept. 1651 sur le duel (Isambert, XVII, p. 260) ; déclaration du 25 juillet 1700 sur le vagabondage (Isambert, XX, p. 366) ; déclaration du 8 janvier 1719 sur le vagabondage (Isambert, XXI, p. 170) ; déclaration du 23 mars 1728 sur le port d'armes (Isambert, XXI, p. 311) et déclaration du 25 août 1737 sur le port d'armes (Isambert, XXII, pp. 30-31).

impressionnante des matières dans lesquelles la législation du roi serait restée lettre morte. Innombrables sont les textes qui répriment le blasphème¹⁸⁸, l'usure¹⁸⁹, la mendicité et le vagabondage¹⁹⁰, le port d'armes¹⁹¹, la prostitution¹⁹², les délits de chasse¹⁹³ et de pêche¹⁹⁴ ainsi que

¹⁸⁸ Ordonnance de 1298 (Isambert, I, 341), ordonnance de 1293 (Isambert, II, p. 692) ; ordonnance de 1329 (Isambert, IV, pp. 366-367), ordonnance de 1347 (Isambert, IV, pp. 541-543), ordonnance de 1397 (Isambert, VI, pp. 777-779), lettres du Dauphin du 8 octobre 1420 (Isambert, VIII, pp. 648-649), ordonnance de 1437 (Isambert, VIII, pp. 852-854), édit d'octobre 1460 (Isambert, IX, pp. 367-369), ordonnance de 1478, art. 1 (Isambert, X, pp. 806-807), déclaration du 28 août 1486 (Isambert, XI, p. 165), ordonnance de 1487 (Isambert, XI, pp. 171-173), cri du Prévôt de Paris du 20 juillet 1493, art. 4 à 10 (Isambert, XI, pp. 255-257), ordonnance de 1510 (Isambert, XI, pp. 569-572), déclaration du 30 mars 1514 (Isambert, XII, p. 25), ordonnance d'octobre 1535 (Isambert, XII, p. 491), édit d'août 1536 (Isambert, XII, p. 527), ordonnance de 1566, art. 86 (Isambert, XIV, p. 212), déclaration du 24 octobre 1572 (Isambert, XIV, p. 259), déclaration du 4 décembre 1581 (Isambert, XIV, p. 505), déclaration du 6 avril 1594 (Isambert, XV, p. 87), déclaration du 10 novembre 1617 (Isambert, XVI, p. 112), déclaration du 7 août 1631 (Isambert, XVI, p. 366), édit de septembre 1651 (Isambert, XVII, p. 260), Déclaration du 30 juillet 1666 (Isambert, XVIII, pp. 86-87), ordonnance de 1686 (Isambert, XIX, p. 549) et nouvelle ordonnance de 1686 (Isambert, XX, p. 22).

¹⁸⁹ Ordonnance de 1311 (Isambert, III, pp. 11 et s.), déclaration du 8 décembre 1312 (Isambert, III, pp. 25-27), ordonnance de 1315 (Isambert, III, pp. 116-118), ordonnance de 1318 (Isambert, III, pp. 201-204), ordonnance de 1330 (Isambert, IV, pp. 377-380), lettres du 3 mars 1402 (Isambert, VII, pp. 40-43), ordonnance de 1510, art. 64 (Isambert, XI, p. 600), mandement du 20 janvier 1567 (Isambert, XIV, p. 220), mandement du 6 octobre 1576 (Isambert, XIV, pp. 307-310), ordonnance de 1579, art. 202 et 362 (Isambert, XIV, pp. 428-429 et 461), ordonnance de 1629, art. 151 (Isambert, XVI, p. 268), arrêt du Conseil du 10 janvier 1777 (Isambert, XXIV, pp. 323-328).

¹⁹⁰ Ordonnance de 1350, tit. 1 (Isambert, IV, pp. 576-577), ordonnance de 1354, art. 2 et 3 (Isambert, IV, pp. 700-702), ordonnance de 1456, art. 32 (Isambert, IX, pp. 302-303), ordonnance de 1498, art. 91 (Isambert, XI, p. 360), déclaration du 7 mai 1526 (Isambert, XII, pp. 269-272), édit d'août 1536, ch. 3, art. 3 (Isambert, XII, p. 525), ordonnance de 1537 (Isambert, XII, pp. 535-540), édit de décembre 1540, art. 10 (Isambert, XII, p. 713), déclaration du 16 janvier 1545 (Isambert, XII, pp. 900-902), déclaration du 18 avril 1558 (Isambert, XIII, pp. 509-512), lettres patentes de 1639 (Isambert, XVI, pp. 509-510), déclaration de décembre 1660, art. 6 (Isambert, XVII, p. 389), ordonnance de 1670, tit. 1, art. 12 (Isambert, XVIII, p. 374), déclaration du 13 avril 1685 (Isambert, XIX, pp. 504-507), déclaration du 12 octobre 1686 (Isambert, XX, p. 21), déclaration du 25 janvier 1687 (Isambert, XX, pp. 22-23), déclaration du 25 juillet 1700 (Isambert, XX, pp. 366-367), déclaration du 27 août 1701 (Isambert, XX, p. 394), ordonnance de 1718 (Isambert, XXI, p. 166), déclaration du 8 janvier 1719 (Isambert, XXI, pp. 169-170), déclaration du 23 mars 1720 (Isambert, XXI, pp. 179-180), déclaration du 18 juillet 1724, préambule (Isambert, XXI, pp. 271-273), déclaration du 12 septembre 1724 (Isambert, XXI, p. 277), arrêt du Conseil du 26 octobre 1767 (Isambert, XXII, p. 469), ordonnance de 1769 (Isambert, XXII, p. 488), règlement du 27 juillet 1777 (Isambert, XXV, p. 74).

¹⁹¹ Ordonnance de 1265 (Isambert, I, 322), ordonnance de 1331 (Isambert, III, 19), ordonnance de 1478, art. 3 (Isambert, X, pp. 807-808), ordonnance de 1487 (Isambert, XI, p. 170), édit de juillet 1546 (Isambert, XII, pp. 910-912), édit de novembre 1548 (Isambert, XIII, p. 66), mandement du 28 novembre 1549 (Isambert, XIII, p. 139), édit de décembre 1558 (Isambert, XIII, p. 514), déclaration du 23 juillet 1559 (Isambert, XIV, p. 1), édit de décembre 1559 (Isambert, XIV, pp. 14-16), déclaration du 5 août 1560 (Isambert, XIV, p. 46), ordonnance de 1560, art. 120 (Isambert, XIV, p. 93), édit d'octobre 1561 (Isambert, XIV, p. 123), déclaration du 4 avril 1598 (Isambert, XV, p. 211), édit de septembre 1609 (Isambert, XV, p. 359), déclaration du 16 décembre 1611 (Isambert, XVI, p. 22), déclaration de décembre 1660, art. 1 à 5 et 14 (Isambert, XVII, pp. 388-389, 392), déclaration du 4 décembre 1679 (Isambert, XIX, p. 222), ordonnance de 1700 (Isambert, XX, p. 369), ordonnance de 1718 (Isambert, XXI, p. 166), déclaration du 23 mars 1728 (Isambert, XXI, pp. 311-312), déclaration du 25 août 1737 (Isambert, XXII, pp. 30-33), déclaration du 18 avril 1741 (Isambert, XXII, p. 144), ordonnance 1778, art. 11 (Isambert, XXV, p. 445), ordonnance 1779 (Isambert, XXVI, pp. 94-95).

¹⁹² Ordonnance de 1254, art. 34 (Isambert, I, p. 273), ordonnance de 1256, art. 11 (Isambert, I, p. 276), lettres royaux de 1269, art. 5 (Isambert, p. 347), lettres patentes du 3 août 1381 (Isambert, VI, pp. 559-560), édit d'avril 1424 (Isambert, VIII, p. 684-686), ordonnance de 1560, art. 101 (Isambert, XIV, p. 88), déclaration de décembre 1660, art. 9 (Isambert, XVII, p. 390), ordonnance de 1684 (Isambert, XIX, p. 464), règlement du 18 mars 1687 (Isambert, XX, p. 47), déclaration du 26 juillet 1713 (Isambert, XX, pp. 603-605), ordonnance de 1777, art. 19 et 25 (Isambert, XXV, pp. 72 et 73), ordonnance de 1778 (Isambert, XXV, pp. 448-450).

¹⁹³ Ordonnance de 1292 (Isambert, II, pp. 691-692), règlement du 3 mai 1317 (Isambert, III, pp. 159-161), ordonnance de 1326 (Isambert, III, pp. 318-320), mandement du 16 août 1344 (Isambert, IV, pp. 483-484), ordonnance de 1376, art. 52 (Isambert, V, pp. 471), ordonnance de 1388, art. 47 (Isambert, VI, pp. 667-668), règlement de septembre 1402, art. 72-75 (Isambert, VII, pp. 39-41), ordonnance de 1515, art. 89-92 (Isambert, XII, pp. 72-74), édit d'août 1669, tit. 31 (Isambert, XVIII, pp. 302-306), arrêt du Conseil du 27 novembre 1731 (Isambert, XXI, p. 367).

les infractions à la réglementation des prix et de l'hôtellerie¹⁹⁵ ou encore à celle des jeux¹⁹⁶. Toutefois il serait contestable d'en inférer une ineffectivité absolue. Négligence des officiers ou réitération des textes ne signifie pas nécessairement inefficacité totale. Comme le remarque le doyen Carbonnier, les juristes de l'ancienne France, - le Chancelier Pontchartrain notamment¹⁹⁷ -, savaient par expérience que l'applicabilité d'une loi peut plus importer que son application : "une règle de droit, même ineffective, peut avoir son utilité, en créant un climat d'insécurité juridique, de responsabilité, de "mauvaise conscience", qui s'oppose à des violations plus étendues"¹⁹⁸. En matière pénale, les dispositions législatives ont une vertu comminatoire en ce sens qu'elles apparaissent "comme une sanction destinée à exercer une pression psychologique par l'incertitude même de son application"¹⁹⁹. L'intimidation suffit à assurer le respect de la norme dans la moyenne des occurrences. En outre, il faut aussi observer qu'il convient de renouveler fréquemment les lois de police. Car, non seulement elles s'effacent vite des mémoires dans les grandes villes où les flux migratoires apportent indéfiniment de nouveaux habitants, mais aussi, plus généralement, il faut empêcher que les populations ne prétendent ignorer la loi²⁰⁰. Nul doute aussi, nous semble-t-il, que le caractère paternaliste de l'autorité monarchique²⁰¹ impose de rappeler au respect d'une loi avant que de l'appliquer, lorsqu'il a paru opportun d'en suspendre la mise en oeuvre pendant un certain temps ou si, par incurie, les officiers l'ont mal fait observer. *Rex moneat priusquam feriat*, pourrait-on dire.

La dénonciation de la négligence des officiers est aussi une injonction à destination des agents royaux. Dans le meilleur des cas, ce peut être pour eux l'indication d'un changement de la politique suivie par le roi désireux de redonner vie à d'anciennes dispositions. Dans le pire, c'est une admonestation, car les préambules ne se limitent pas toujours à un simple grief de négligence : les officiers royaux sont parfois accusés de "connivence" avec les contrevenants. Il

¹⁹⁴Ordonnance de 1292 (Isambert, II, pp. 691-692), règlement du 3 mai 1317 (Isambert, III, pp. 159-161), ordonnance de 1326 (Isambert, III, pp. 318-320), mandement du 16 août 1344 (Isambert, IV, pp. 483-484), ordonnance de 1376, art. 52 (Isambert, V, pp. 471), ordonnance de 1388, art. 47 (Isambert, VI, pp. 667-668), règlement de septembre 1402, art. 72-75 (Isambert, VII, pp. 39-41), ordonnance de 1515, art. 89-92 (Isambert, XII, pp. 72-74), édit d'août 1669, tit. 31 (Isambert, XVIII, pp. 302-306), arrêt du Conseil du 27 novembre 1731 (Isambert, XXI, p. 367).

¹⁹⁵ Edit de mars 1498 (Isambert, XI, pp. 379-388), édit d'octobre 1508 (Isambert, XI, pp. 525 et s.), ordonnance de 1519 (Isambert, XII, pp. 168-171), édit de juin 1532 (Isambert, XII, pp. 359-360), édit d'octobre 1540 (Isambert, XII, p. 694), édit de novembre 1546 (Isambert, XII, p. 919), édit de décembre 1557 (Isambert, XIII, p. 504), édit de septembre 1561 (Isambert, XIV, p. 117), déclaration du 20 janvier 1563 (Isambert, XIV, p. 160), ordonnance de 1566, art. 82 (Isambert, XIV, p. 211), édit de mars 1577 (Isambert, XIV, p. 320).

¹⁹⁶ Ordonnance de 1254, art. 35 (Isambert, I, p. 273), ordonnance de 1369 (Isambert, V, p. 322-323), ordonnance du Prévôt de Paris du 22 janvier 1397 (Isambert, VI, p. 782), ordonnance de 1478, art. 2 (Isambert, X, p. 807), ordonnance de 1560, art. 101 (Isambert, XIV, p. 88), édit de mai 1611 (Isambert, XVI, p. 16), ordonnance de 1629, art. 137-138 (Isambert, XVI, pp. 265-266), déclaration de décembre 1660, art. 9 (Isambert, XVII, p. 390), ordonnance de 1717 (Isambert, XXI, pp. 156-157), ordonnance de 1731 (Isambert, XXI, p. 367), ordonnance de 1749 (Isambert, XXII, p. 223), ordonnance de 1757 (Isambert, XXII, p. 275), ordonnance de 1759 (Isambert, XXII, p. 297), ordonnance de 1765 (Isambert, XXII, p. 431), ordonnance de 1777, art. 20 et 22 (Isambert, XXV, pp. 72 et 73), déclaration du 1er mars 1781 (Isambert, XXVI, pp. 425-427).

¹⁹⁷ *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit* précité, p. 110, note 19 *in fine*

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 111

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 110, note 19 *in princ.*

²⁰⁰ F. Olivier-Martin, *La police économique de l'Ancien Régime* précité, pp. 29-30.

²⁰¹ Sur cet aspect de l'autorité monarchique : F. Olivier-Martin, *L'absolutisme français* précité, pp. 301 et s.

faut citer ici quatre textes. Le premier sur la police générale de la ville de Paris (mai 1555) dénonce "la faute, tolérance, connivence ou négligence" des officiers²⁰², le deuxième portant sur la répression de l'usure (6 octobre 1576) "la connivence et dissimulation"²⁰³, le troisième relatif à la police de l'hôtellerie (mars 1577) "la négligence ou connivence"²⁰⁴ et enfin le quatrième touchant à la police de la chasse et au port d'armes (juillet 1607) expose que "juges et officiers connivent" avec plusieurs princes, seigneurs, gentilshommes ou autres²⁰⁵. Est-ce à dire que par concussion, des officiers royaux dispensent certains sujets d'observer des dispositions royales ? Cela n'est pas impossible, mais il faut bien voir que la connivence au sens premier du terme consiste à cligner, à fermer les yeux sur un fait en connaissance de cause²⁰⁶. Cette abstention coupable peut s'expliquer par une solidarité lignagère ou corporative, par des liens de fidélité ou encore par pusillanimité face à un puissant²⁰⁷. Quoi qu'il en soit, le résultat en est le même : une loi royale est bafouée. Et, de ce point de vue, la date d'au moins trois de ces textes n'est pas indifférente, pas plus au reste que celle des autres ordonnances et édits dénonçant la négligence des officiers. En effet, il importe de faire ressortir que deux des préambules accusant les officiers de connivence datent des années 1576-1577, lorsque le dernier des Valois voit le pouvoir peu à peu lui échapper et le royaume sombrer dans l'anarchie. Quant à celui de 1607, il se situe à une époque où le gouvernement royal s'efforce de réparer les séquelles des troubles de la seconde moitié du XVI^e siècle, ce qui se traduit par une reprise en mains de l'administration. Plus généralement, force est de constater que sur 22 actes royaux dénonçant la négligence et la connivence des officiers, 10 datent du Bas-Moyen Age (de 1304 à 1499), 6 du XVI^e siècle, 3 de la première moitié du XVII^e siècle, 3 de la seconde moitié du XVII^e siècle, aucun du XVIII^e siècle. Est-il besoin de souligner que leur fréquence est en raison inverse du renforcement de l'administration royale et de son contrôle par le monarque ? Naturellement la césure paraît devoir être fixée au milieu du XVII^e siècle. Les trois textes de Louis XIV n'infléchissent en rien cette proposition. D'une part la déclaration du 19 mars 1673 et les lettres patentes du 4 octobre 1688 sont liées aux difficultés de faire prévaloir l'ordonnance de 1667 sur la routine et les styles judiciaires ; d'autre part la déclaration du 19 juin 1691 sur le papier timbré est un texte à finalité bursale, *ipso facto* voué presque par nature à rencontrer la résistance des officiers. Somme toute, la négligence ou la connivence des officiers semble cesser d'être dénoncée comme une cause d'ineffectivité des lois du roi du jour où triomphe ce puissant

²⁰² Isambert, XIII, p. 443.

²⁰³ Isambert, XIV, p. 308.

²⁰⁴ Isambert, XIV, p. 320.

²⁰⁵ Isambert, XV, p. 247.

²⁰⁶ Furetière, *op. cit.*, v^o Conniver : "négliger de punir les fautes de ceux sur qui nous avons l'inspection, l'autorité, ou les souffrir et ne pas faire semblant de les voir", rapp. P.E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, rééd. Monte-Carlo, 1968, v^o Conniver et P. Imbs, *Trésor de la langue française. Dictionnaire de la langue du XIX^e siècle et du XX^e siècle (1789-1860)*, tome 5, Paris, 1977, v^o Connivence, p. 1354.

²⁰⁷ Sur ces points, entre autres : R. Mousnier, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, tome 1, Paris, 1974, pp. 47 et S et A. Lebigre, *Les Grands Jours d'Auvergne, désordres et répression au XVII^e siècle*, Paris, 1976, pp. 67 et s. et du même auteur, *Colbert et les commissaires du roi. Grands Jours et intendants. La réduction des officiers à l'obéissance dans Un nouveau Colbert* précité, pp. 138-139.

rouage centralisateur qu'est l'intendant. Au reste, Louis XIV ne fut-il pas un monarque plus absolu, mais mieux obéi que ses prédécesseurs ?

Parallèlement il n'est pas indifférent de relever que c'est environ à la même époque que disparaît presque totalement des préambules l'exposé des causes étrangères absolvant les officiers.

2° Les causes absolutaires

L'inertie des officiers peut ne pas être fautive et être justifiée par des circonstances indépendantes de leur volonté. Il arrive que l'inobservation des lois procède de la force majeure (a) ou du fait du Prince (b)

a) La force majeure

L'exécution de la loi peut être paralysée par la force majeure qui en premier lieu, prend la forme de la guerre étrangère, de la guerre civile, voire des deux à la fois. Dans cette perspective, de la fin du Moyen Age au milieu du XVII^{ème} siècle, les crises n'ont pas manqué qui ont empêché la stricte application de la législation royale : guerre de Cent Ans, rébellion des féodaux, guerres de religion, menées des Grands, etc. Différents préambules s'en font l'écho en établissant un lien de cause à effet entre l'ineffectivité des ordonnances et des édits du roi et tels événements politiques. Ainsi le préambule de l'ordonnance de 1446 sur la justice porte : "considerans que pour les guerres, divisions et autres maux qui ont este en nostredict royaume, lesdictes ordonnances n'ont bonnement peu du tout estre gardees et entretenues en leur force et vertu"²⁰⁸. Pareillement, celui de l'ordonnance de 1499 sur la justice impute cette ineffectivité "à l'occasion des guerres et divisions qui ont par ci-devant régné en cedit royaume"²⁰⁹, celui du mandement du 6 octobre 1576 contre l'usure au "malheur de ce siècle"²¹⁰, celui de l'édit de mars 1577 sur la police de l'hôtellerie à la "confusion que les troubles qui de long-temps, à nostre regret, ont duré en nostre royaume"²¹¹ ou encore celui de l'édit de juin 1601 sur la chasse à "la misère des guerres civiles qui ont eu cours en ce royaume"²¹². Quant au préambule de la déclaration du 27 novembre 1660, il note que le retour à la paix doit permettre d'astreindre à l'observation des lois somptuaires²¹³.

En second lieu, la force majeure peut être constituée par une calamité naturelle. La déclaration du 25 juillet 1700 sur la mendicité et le vagabondage en fournit une illustration. Les motifs de son dispositif relèvent l'état de nécessité dans lequel s'est trouvé un certain nombre de

²⁰⁸ Isambert, IX, p. 149.

²⁰⁹ Isambert, XI, p. 332.

²¹⁰ Isambert, XIV, p. 308.

²¹¹ Isambert, XIV, p. 320.

²¹² Isambert, XV, p. 247.

²¹³ Isambert, XVII, p. 363.

sujets : "la stérilité et les maladies durant une partie des années 1693 et 1694, ayant donné lieu à plusieurs de nos sujets qui demeuraient à la campagne, de chercher dans les villes, et particulièrement dans celle de Paris, le secours dont ils avaient besoin..."²¹⁴. Bien que parmi les textes dépouillés, ce préambule soit le seul exemple où une crise de subsistance et une épidémie soient présentées explicitement comme des causes d'inobservation de la loi royale, il paraît licite de penser qu'en telles circonstances, l'administration royale a généralement modéré l'application des lois de police²¹⁵.

b) Le fait du Prince

A côté de la force majeure, le fait du Prince apparaît comme un autre facteur énervant la mise en oeuvre de la législation. De par sa souveraineté, le roi a la faculté de dispenser tel ou tel sujet de l'observation de la loi. Quelques textes donnent à penser que les "congés", "permissions" ou "dispenses" délivrés par le roi notamment en matière de port d'armes ou de chasse ont provoqué une certaine confusion²¹⁶. Ils établissent une corrélation entre d'une part les dispenses obtenues et les abus qui en découlent²¹⁷ et d'autre part la nécessité de renouveler d'anciennes prohibitions. Selon toute vraisemblance, les officiers royaux ont dû éprouver quelques difficultés à faire le départ entre les dispenses et les usurpations : finalement il est probable qu'ils n'ont guère tenu la main à l'application de la loi. De la même manière, un autre droit régalien, le droit de grâce²¹⁸, paraît avoir aussi été un facteur d'ineffectivité. Différents textes touchant à la répression du duel sont autant d'indices en ce sens. Une remontrance du Parlement de Paris du 22 mai 1615 laisse transparaître l'état d'esprit des officiers : "...que les édits et arrêts intervenus sur le fait des duels seront observés et entretenus sans que les coupables puissent avoir aucune grâce et abolition, étant chose trop regrettable, que tant d'édits et déclarations vérifiés en votre parlement, demeurent sans exécution"²¹⁹. Le préambule de l'édit de février 1626 fait de la grâce royale une cause d'ineffectivité de la loi²²⁰ et son article 13 porte sententivement : "or,...ce n'est rien de faire des lois, si on ne le fait religieusement et

²¹⁴ Isambert, XX, p. 366.

²¹⁵ Rapp. F. Olivier-Martin, *La police économique de l'Ancien Régime précité*, p. 30

²¹⁶ Déclaration du 23 juillet 1559 sur le port d'armes (Isambert, XIV, p. 2), rapp. édit de décembre 1559 sur le port d'armes (Isambert, XIV, p. 14) ; édit de juillet 1607 sur la chasse et sur le port d'armes (Isambert, XV, p. 331).

²¹⁷ "... Souz ombre de quoy (des congés et des permissions), nos subjects, sans avoir aucun congé, n'ont laissé d'en porter et en ont les uns et les autres tellement abusé, qu'il se voit journellement advenir infinis inconueniens, meurtres et voleries, par la licence que chascun a prise d'enfreindre les défenses qui ont cy-devant par plusieurs fois este faites" (déclaration du 23 juillet 1559 sur le port d'armes précité, *ibid.*) ; "... sous pretexte de quelques permissions qu'ils disent avoir de nous pour chasser en l'estendue de leurs terres, vont dans nos forests, bois, buissons et garennes, où ils tirent sur toutes sortes de bêtes fauves et noires, contre nosdicts édits et ordonnances (édit de juillet 1607 sur la chasse et le port d'armes précité, *ibid.*).

²¹⁸ Voir notamment : F. Olivier-Martin, *L'absolutisme français* précité, pp. 153-161 et J. Foviaux, *La rémission des peines et des condamnations, droit monarchique et droit moderne*, Paris, 1970 ; sous la direction de P. Braun, *La faute, la répression et le pardon*, Actes du 107ème Congrès national des Sociétés savantes (Brest, 1982), Paris, 1984.

²¹⁹ Isambert, XVI, p. 69.

²²⁰ Isambert, XVI, p. 175.

inviolablement observer"²²¹. Et, vingt ans plus tard, une nouvelle déclaration royale fait encore la même constatation²²². Certes, en l'occurrence, ce sont moins les agents royaux que le souverain lui-même qui paralyse l'application de la loi, puisque la grâce royale présuppose une condamnation par des officiers de justice et donc la mise en oeuvre des dispositions royales. Mais il est permis de conjecturer qu'un exercice trop bienveillant du droit de grâce n'a pas dû manquer de freiner l'empressement des officiers à poursuivre les contrevenants. Il y aurait là une recherche à entreprendre sur la corrélation entre l'exercice du droit de grâce en général et la mise en oeuvre de la législation royale par les agents publics. Aussi bien la pratique du duel a-t-elle pu être enrayée, parce que le souverain a renoncé à faire grâce et que la répression s'est faite de plus en plus sévère²²³.

En définitive, un double constat s'impose.

En premier lieu, la réitération des mesures répressives appelle l'observation suivante : abstraction faite de l'influence que le Prince a pu avoir accidentellement sur les officiers en exerçant ses prérogatives de souverain, en matière d'infractions, l'ineffectivité des dispositions royales et par voie de conséquence leur répétition trouve principalement leur source dans les temps de crise²²⁴. Fait symptomatique, un seul et unique texte parmi ceux dépouillés fait référence à une insuffisance de moyens. Il s'agit d'un édit relatif à la police générale du royaume en date de janvier 1572 dont l'article 4 sur le prix des vivres met en évidence le manque de personnel pour assurer le respect de la réglementation²²⁵. En règle générale, la répression et l'observation des prescriptions royales sont énervées par le "malheur des temps". Une fois rétabli l'ordre, pour reprendre une formule imagée, il est nécessaire de les "rafreschir"²²⁶, tout comme périodiquement il est procédé à une réformation conservatrice de l'ordonnancement juridique du royaume et préservatrice de ses traditions organiques²²⁷. Les seules dispositions législatives qui échappent notablement à ce schéma concernent la répression du jeu, de la prostitution, du port d'armes, de la mendicité et du vagabondage. Tout au long du XVIIIème siècle, des textes similaires sont repris. Cette réitération est à notre sens la conséquence de l'expansion continue des villes au XVIIIème siècle et de la nécessité croissante de mener une lutte préventive contre la criminalité. Elle est révélatrice moins d'une ineffectivité de la

²²¹ *Ibid.*, p. 180.

²²² Déclaration du 13 mars 1656 (Isambert, XVII, pp. 55-56) ; rapp. édit de septembre 1651 (Isambert, XVII, p. 260). F. Billacois, *op. cit.*, p. 192, souligne que, si, en théorie, la répression était sévère, en pratique, l'indulgence du roi était grande.

²²³ R. Mousnier, *op. cit.*, tome 1, pp. 118-119 ; rapp. le témoignage d' A. Furetière, *op. cit.*, v° Duel.

²²⁴ Rapp. F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, p. 361.

²²⁵ "Et d'autant que par expérience nous avons cogneu que nos prédécesseurs et nous, ayant cy-devant fait de très belles ordonnances sur le fait de la police, elles sont néanmoins demeurées inutiles et sans exécution, par faute de personnes qui spécialement ayent eu ceste charge de vacquer à icelles faire observer et entretenir..." (Isambert, XIV, p. 243).

²²⁶ Ordonnance de 1446, préambule (Isambert, IX, p. 149).

²²⁷ Entre autres : F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, pp. 182-183 et *L'absolutisme français* précité, p. 260-263 ; R. Cazelles, *Une exigence de l'opinion depuis saint Louis : la réformation du royaume* dans *Annuaire-bulletin de la Société de l'Histoire de France*, années 1962-1963, pp. 91-99 ; F. Garrisson, *Histoire du droit et des institutions*, tome 2, *La société des temps à la Révolution*, Paris, 1983, p. 47.

législation que de l'aggravation d'un problème social.

En second lieu et plus généralement, dans l'état actuel de la recherche et compte tenu du témoignage des préambules et des oeuvres de praticiens de l'Ancien Régime, il apparaît que du Moyen Age à la fin du XVIème siècle, l'effectivité de la législation royale dépend de sa concordance avec le droit coutumier. Par ailleurs, c'est dans la seconde moitié du XVIème siècle que l'ineffectivité des ordonnances royales semble avoir atteint son apogée. Non seulement le roi prend alors des dispositions novatrices, mais encore les circonstances politiques se prêtent mal à la réception de règles qui procèdent de l'autorité souveraine du roi. Au début du XVIIème siècle, la tendance paraît commencer à se renverser, ainsi la jurisprudence revient-elle sur des solutions qui avaient fait prévaloir des articles de coutumes sur des dispositions législatives. Sous Colbert, le renforcement de la puissance de l'Etat accroît singulièrement l'emprise du monarque sur le droit privé et l'effectivité de ses prescriptions. Faut-il faire de la seconde moitié du XVIIème siècle une date-charnière ? Pour la négative, il pourrait être avancé que l'inobservation des ordonnances et des édits du XVIème siècle n'a point disparu et que l'ordonnance de 1673 a souffert indiscutablement d'ineffectivité en certaines de ses dispositions. Il pourrait aussi être noté qu'en matière de droit civil particulièrement, le roi fait montre de plus d'audace au XVIème siècle ou dans le Code Michaud et s'est par là plus exposé à de graves résistances qu'ultérieurement. Pour prendre le seul exemple des fameuses ordonnances de Daguesseau, le chancelier a préféré unifier la jurisprudence plutôt que d'innover véritablement. Pourtant il nous semble bien qu'à partir de la seconde moitié du XVIIème siècle, le roi a relevé le défi que l'inapplication de lois constituait pour sa souveraineté : l'absolutisme législatif, prôné depuis des siècles, devient alors réalité même en matière de droit privé.

II. L'IMPUISSANCE DU ROI ?

A partir du XIIIème siècle - début du XIVème siècle s'affirme définitivement le concept de loi analysé comme "l'oeuvre d'une volonté, l'ordre arbitraire d'une autorité investie d'une *potestas absoluta* : Dieu premièrement, ensuite les princes, ses mandataires au temporel"²²⁸. A la même époque, les légistes du roi de France proclament son absolutisme législatif ; les témoignages des théoriciens reconnaissant au monarque la maîtrise de l'élaboration des lois tout comme la faculté de s'en affranchir ne se comptent plus²²⁹. Au XVIème siècle, Jean Bodin et ses épigones font du pouvoir de légiférer l'essence même de la souveraineté²³⁰. En bref, la loi est

²²⁸ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975, p. 680, voir également pp. 169 et s., spécialement pp. 174-175 et 223-224.

²²⁹ J. Krynen, "De nostre certaine science...", *remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française dans Renaissance du Pouvoir législatif et genèse de l'Etat précité*, p. 142.

²³⁰ Entre autres : H. Regnault, *La législation royale dans les trois derniers siècles de la monarchie précité*, pp. 128-140, M. Antoine, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Paris, 1970, pp. 17-19 et S. Goyard-Fabre, *Philosophie politique*

devenue l'ordre ou commandement du Souverain.

Par-delà ces doctrines, il ne faut pas perdre de vue qu'en pratique, depuis la fin du Moyen Âge, la loi du Prince ne peut acquérir force contraignante et la volonté du Souverain se substituer aux anciennes normes sans que sa chancellerie insère une clause dérogatoire²³¹ dans son décret²³². À défaut, la loi est vouée à rester ineffective. Jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, on en trouve trace dans les actes royaux²³³.

Il nous semble nécessaire de souligner l'importance de cette clause. En effet, elle a connu une évolution qui laisse transparaître en filigrane non seulement "la valorisation et la promotion du pouvoir de légiférer du roi"²³⁴ en matière de droit privé, mais aussi l'effectivité de ses lois. Plus précisément, une première mutation affecte sa nature, sa finalité se modifie avec l'essor de la puissance législative du roi (A). Corrélativement, avec l'avènement d'un droit étatique, s'esquisse un second changement dans la rédaction même de la clause (B).

A. Le changement de nature de la clause dérogatoire, expression de l'essor de l'absolutisme législatif

Dans un premier temps, la clause dérogatoire est jugée nécessaire pour abroger une coutume, elle peut alors avoir l'effet réflexe de préserver le droit coutumier contre les entreprises des ordonnances et des édits du roi et en assurer la primauté. De la sorte elle fait parfois peser de graves menaces sur l'effectivité de la législation royale (1°). Dans un second temps, quand le roi s'est fait de moins en moins le gardien des coutumes et de plus en plus le législateur souverain, cette clause est devenue accessoire et n'a plus guère entravé les initiatives royales (2°).

1° La clause dérogatoire nécessaire

L'origine de la clause dérogatoire est connue. Elle procède d'un enseignement de Bulgarus qui autorisait à tenir *sicut superior* une coutume spéciale *contra legem* à condition que le peuple l'ait introduite *ex certa scientia*, c'est-à-dire en connaissant le caractère "illégal" de la

(XVI^e-XX^e siècle) précité, n° 49, pp. 87-88, n°52, pp. 91-93, n° 107, pp. 177-178, n° 121, pp. 200-202, n° 148 et s., pp. 248 et s.

²³¹ Sur la clause dérogatoire en diplomatique : A. Giry, *Manuel de diplomatique*, Paris, 1894, p. 557 et G. Tessier, *Diplomatique royale française*, Paris, 1962, p. 242. Sa formule est généralement : "*privilegiis, consuetudinibus, usibus aut observantiis locorum vel patriarum nonobstantibus quibuscumque*" (Mandement du 17 décembre 1322, Isambert, IV, p. 675), "*quacumque consuetudine contraria nonobstante*" (Lettres d'août 1367 en faveur des habitants du Dauphiné, art. 41, Isambert, V, p. 289), "nonobstant statuts, coutumes ou usances quelconques à ce contraires" (ordonnance de 1510, art. 46, Isambert, XI, p. 596) ou encore "nonobstant le contenu de la coutume de Paris, même l'article 95, et toutes autres coutumes, styles et ordonnances" (édit de février 1683, art. 10, Isambert, XIX, p. 419).

²³² J. Krynen, *ibid.*, pp. 139 et s.

²³³ F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, pp. 95-96 et 247-248.

²³⁴ L'expression est de F. Garriçon, *Histoire du droit et des institutions*, tome 1, *Le Pouvoir des temps féodaux à la Révolution* précité, p. 219.

coutume²³⁵. Etendue du peuple à l'*imperator* par Rogerius²³⁶, le Prince trouva justifié son pouvoir de légiférer en excipant de sa *scientia* pour déroger à la loi ou à la coutume. La *certa scientia Principis* était ainsi devenue la clause indispensable pour donner force contraignante à une loi du Prince contraire à une ancienne norme, écrite ou non²³⁷. Emprunté par le droit canon aux romanistes, cette solution provoqua l'essor de la clause dérogatoire²³⁸ en matière de privilèges et de dispenses²³⁹. Une fois proclamé par les légistes l'absolutisme législatif du roi de France, l'usage de cette clause passa tout naturellement de la Chancellerie pontificale à la Chancellerie royale²⁴⁰.

Expression de la pleine conscience du roi de déroger à la coutume d'une part et traduction diplomatique de sa pleine puissance d'autre part, cette clause se retrouve dans de rares actes du Bas-Moyen Age touchant au droit privé, -il est vrai aussi qu'après l'enthousiasme des pionniers du XIIIème siècle²⁴¹, la législation royale en la matière est comme frappée d'aphasie jusqu'au début du XVIème siècle²⁴². - Un dépouillement systématique des actes royaux serait sur ce point du plus haut intérêt. Pour notre part, nous avons relevé un texte à portée générale sur les dépens (janvier 1324)²⁴³ et deux autres à portée plus restreinte, l'un relatif aux inventaires successoraux en Dauphiné (août 1367)²⁴⁴, l'autre à la procédure par défaut devant le Châtelet de Paris (3 juin 1391)²⁴⁵.

A partir du XVIème siècle, F. Olivier-Martin estime que la clause dérogatoire ne serait plus exigée des théoriciens²⁴⁶. Ce sentiment mérite d'être quelque peu nuancé. Une première constatation s'impose : elle figure encore dans les textes législatifs novateurs²⁴⁷. Une seconde observation doit être faite : elle paraît même revêtir une importance particulière dans la mesure

²³⁵ A. Gouron, *Coutume contre loi chez les premiers glossateurs* dans *Renaissance du Pouvoir législatif et genèse de l'Etat précité*, pp. 119-121 et les références ; voir aussi des éléments dans L. Waelkens, *La théorie de la coutume chez Jacques de Révigny. Essai et analyse sur la loi quibus (D. 1, 3, 32)*, thèse droit Leyde, 1984, pp. 314 et s

²³⁶ A. Gouron, *ibid.*, p. 123 et les références.

²³⁷ J. Krynen, "De nostre certain science", *remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française* précité, p. 139.

²³⁸ On trouvera des exemples de clauses dérogatoires dans R. Wehrlé, *De la coutume dans le droit canonique. Essai historique s'étendant des origines de l'Eglise au pontificat de Pie XI*, thèse droit, 1928, p. 196.

²³⁹ J. Krynen, *ibid.*, pp. 139-140 et les références ; voir aussi G. Le Bras, Ch. Lefebvre et J. Rambaud, *L'âge classique (1140-1378), Sources et théorie du droit*, Paris, 1965, p. 507 et les références.

²⁴⁰ J. Krynen, *ibid.*, pp. 134-138.

²⁴¹ Cf. *supra* p. 8-9. Les lois royales du XIIIème siècle touchant au droit privé ne portent pas la clause dérogatoire, c'est du moins ce qui résulte de leur dépouillement dans E. de Laurière, *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, tome 1, Paris, 1723, p. 29-30 (pour l'ordonnance de 1209 sur le parage), p. 46 (pour l'ordonnance de 1214 sur le douaire, simple mention), p. 38 (pour l'ordonnance de 1219 sur les conquêts en Normandie), pp. 58-60 (pour le bail féodal en Anjou-Maine) et pp. 303-305 (pour l'ordonnance de 1275 sur les francs fiefs).

²⁴² A. Gouron, *Postface* dans *Renaissance du Pouvoir législatif et genèse de l'Etat précité*, p. 279.

²⁴³ "Praemissa nonobstante consuetudine" (Isambert, III, p. 315).

²⁴⁴ Art. 41 *in fine* : "quacumque consuetudine contraria nonobstante" (Isambert, V, p. 289).

²⁴⁵ "Nonobstans quelzconques stilles, usages, coustumes et communes observances autrefois gardez en la court dudit Chastellet et desdictes autres cours (subjecttes de nostre Chastellet)" (Isambert, VI, p. 699).

²⁴⁶ *Les lois du roi* précité, p. 173.

²⁴⁷ Art. 46 de l'ordonnance de 1510 touchant au délai de prescription pour impétrer des lettres de rescision (Isambert, XI, p. 596) ; art. 77 de l'ordonnance de 1539 touchant aux criées (Isambert, XII, p. 615), rapp. art.162 touchant au ministère d'avocat dans les procédures criminelles (*ibid.*, p. 633) ; édit des secondes noces de 1560 *in fine* (Isambert, XIV, p. 37) ; édit de novembre 1563 sur les censives et les rentes foncières (P. Néron et E. Girard, *op. cit.*, tome 1, p. 432) ; édit des mères de 1567, art. 1 (Isambert, XIV, p. 223) ; art. 163 de l'ordonnance de 1579 touchant à la taxation des épices dans les procédures de distribution (Isambert, XIV, p. 420) ; art. 4 de l'édit de mai 1609 touchant aux banqueroutes frauduleuses (Isambert, XV, p. 351) ; art. 124 de l'ordonnance de 1629 touchant aux substitutions (Isambert, XVI, p. 262).

où les innovations royales suscitent quelques résistances. Aussi n'est-il pas peu significatif que le célèbre développement de Bodin sur la loi, principale marque de la souveraineté, s'achève par une référence à cette clause²⁴⁸. Surtout, d'après de nombreux témoignages concordants, il s'avère que du début du XVI^{ème} siècle jusqu'au milieu du XVII^{ème} siècle, c'est une opinion couramment partagée qu'une coutume ne peut être tenue pour abrogée que si cette clause est insérée dans la loi royale²⁴⁹. A défaut, celle-ci est destinée à demeurer lettre morte. Faisant écho à l'antique doctrine du Prince censé "*habere omnia jura in scrinio pectoris sui*"²⁵⁰, le roi est supposé connaître les coutumes d'autant plus qu'il les a fait rédiger, et par voie de conséquence, toute abrogation nécessite une clause dérogatoire expresse. Une décrétale de Boniface VIII vient même fortifier cette doctrine. En effet, ce Souverain Pontife a posé le principe qu'il était impossible pour une *loi générale* de révoquer une *coutume particulière* antérieure, si mention expresse n'en est faite dans la loi²⁵¹. L'esprit de la décrétale était de subordonner la survie d'une coutume ancienne au décret du pape, de la même façon que par le jeu de clauses réprobatoires, la naissance d'une nouvelle coutume *contra legem* était subordonnée à sa volonté²⁵²; il s'agissait de faire dépendre le domaine d'application des coutumes de son autorité souveraine²⁵³. Chasseneuz et Dumoulin en tirent parti en considérant qu'une ordonnance générale ne peut pas abolir une coutume spéciale autrement que par une clause dérogatoire expresse, surtout, souligne le second de ces auteurs, quand le roi a homologué la coutume rédigée et qu'elle a été enregistrée²⁵⁴. Car, alors il n'a pu agir qu'en connaissance de cause. Ce point de vue ne reste pas sans écho. N'avons-nous pas vu le Premier Président de Harlay exposer : "en telle concurrence de la coutume et de l'ordonnance, il faut suivre la coutume, si ce n'estoit que l'ordonnance eust disertement dérogé à la coutume" ou encore certains arrêts de parlements faire prévaloir, -ne serait-ce qu'un temps-, une ancienne coutume contre une nouvelle loi²⁵⁵? Dans la même perspective, il convient de rappeler que pendant plusieurs décennies, jusqu'à la fin des années 1620, des juridictions inférieures cherchent à appliquer contre l'édit des secondes noces (1560) des coutumes moins sévères²⁵⁶. Ce n'est pas le seul exemple. En effet, du fait des résistances, du milieu du XVI^{ème}

²⁴⁸ "Or il faut que ceux-là qui sont souverains ne soyent aucunement sujets aux commandements d'autrui, et qu'ils puissent donner loy aux sujets, casser ou anéantir les loix inutiles, pour en faire d'autres : ce que ne peut faire celuy qui est sujet aux loix, ou à ceux qui ont commandement sur luy. C'est pourquoi la loi dit que le Prince est absous de la puissance des loix : et ce mot loy emporte aussi en latin commandement de celuy qui a la souveraineté. Aussi voyons nous qu'en tous edicts et ordonnances on y adjouste ceste clause, nonobstant tous edicts et ordonnances, ausquelles nous avons dérogé et dérogeons par ces présentes, et à la dérogatoire des dérogatoires" (*Les six livres de la république*, Lyon, 1593, liv. 1, ch. 8, p. 191). Sur la dérogatoire des dérogatoires, voir les explications de Jean Bodin, *ibid.*, pp. 191-192 et 212 et s.

²⁴⁹ L. Bouchel, *op. cit.*, tome 1, v^o Coutume, p. 699 et 700-701 ; R. Choppin, *op. cit.*, II. p., qu. 5, p. 43 ; L. Charondas Le Caron, *Pandectes* précité, liv. 1, ch. 25, p. 169.

²⁵⁰ Rapp. l'incise terminale de C.J. 6, 23, 19, 1, 1.

²⁵¹ VI, I, 2.

²⁵² G. Le Bras, Ch. Lefebvre et J. Rambaud, *op. cit.*, pp. 553-554 et 557.

²⁵³ R. Wehrlé, *op. cit.*, pp. 195-196.

²⁵⁴ Chasseneuz, *op. cit.*, des forests, pasturages et rivières, art. unique du ch. 14, § 8, f^o 376 v^o ; Dumoulin, *op. cit.*, tome 2, *Notae solennes*, Maine, art. 447, *vis Dure* jusques à trente ans, pp. 730-731 ; rapp. R. Choppin, *ibid.*, pp. 39-40 et L. Charondas Le Caron, *ibid.*, p. 169.

²⁵⁵ Cf. *supra* p. 10.

²⁵⁶ Nous renvoyons à notre thèse précitée, tome 2, pp. 566-569.

siècle jusque vers les années 1660-1670, on trouve dans un certain nombre d'ouvrages de véritables inventaires d' "édits dérogoires"²⁵⁷. Il s'agit de catalogues de textes royaux comportant une clause dérogoire expresse ou considérés comme lois de police et en tant que tels abrogeant de plein droit les anciennes coutumes²⁵⁸. A quelques variantes près, la liste des lois tenues pour dérogoires s'établit ainsi :

- art. 46 de l'édit de 1510
sur le délai de prescription pour impétrer des lettres de rescision,
- art. 68 de l'édit de 1510
sur le délai de prescription de l'action des marchandises vendues par le menu,
- art. 132 de l'ordonnance de 1539, sur l'insinuation des donations,
- art. 77 de l'ordonnance de 1539 sur la mise sous main de justice des choses criées,
- ordonnance des criées de 1551,
- édit des secondes noces de 1560,
- art. 96 de l'ordonnance de 1560 sur les saillies des maisons,
- art. 15 de l'ordonnance de 1563 sur les péremptions d'instance,
- édit de 1563 sur les censives et les rentes foncières,
- art. 53 de l'ordonnance de 1566 sur l'hypothèque judiciaire,
- art. 58 de l'ordonnance de 1566 sur l'insinuation des donations,
- édit des mères de 1567²⁵⁹.

Il est symptomatique que toute disposition royale affectée de la clause n'est pas nécessairement comprise dans cette série de textes²⁶⁰. Lacune ou nouvelle preuve de la pesanteur des coutumes et des styles judiciaires ? Nous sommes tenté d'opter pour la seconde solution, car il faut savoir que pour chacun des édits ou ordonnances jugés dérogoires, les compilateurs allèguent force arrêts qui ont dû imposer l'observation de la législation royale à des praticiens

²⁵⁷ R. Choppin, *ibid.*, pp. 40-43 ; L. Charondas Le Caron, *ibid.*, p. 169 ; Louet par Brodeau, *op. cit.*, lett. D, somm. XXV, pp. 272-274 ; P. Challine, *op. cit.*, règle 12, pp. 154-172 ; C. Le Prestre, *op. cit.*, 1ère cent., ch. 54, pp. 172-173.

²⁵⁸ Sur ce point : R. Choppin, *ibid.*, p. 39 ; rapp. P. Challine, *ibid.*, p. 163.

²⁵⁹ Mais il demeure inobservé dans les pays de droit écrit, sauf dans le ressort du Parlement d'Aix, *cf. supra* p. 10.

²⁶⁰ Comparer la liste *supra* note 247.

visiblement récalcitrants²⁶¹.

A partir du dernier quart du XVII^{ème} siècle, ces dénombrements paraissent ne plus être de saison et la clause dérogoire être devenue accessoire.

2° La clause dérogoire accessoire

Le triomphe de l'idéal classique "un roi, une foi, une loi" ne favorise pas seulement la propagation de l'idée d'une *reductio in unum* des coutumes, il crée non moins certainement une atmosphère favorable au développement de l'activité législative du roi, même en matière de droit privé. Au surplus, à partir du moment où le roi *absolutus* est délivré des dernières entraves qui freinaient son pouvoir, la clause dérogoire ne peut pas ne pas apparaître comme un obstacle à la puissance législative du monarque et à l'effectivité de ses édits et ordonnances. C'est ainsi que de nécessaire, la clause dérogoire finit par n'être plus qu'accessoire. Remarquable est l'évolution des développements que nos anciens auteurs consacrent à la clause dérogoire et plus généralement aux rapports de la législation royale et de la coutume.

Dans les écrits des auteurs du XVI^{ème} siècle, Chasseneuz, Dumoulin ou Choppin, la clause dérogoire est le point central de leurs démonstrations. Elle est la condition *sine qua non* de la révocation des coutumes et en constitue la justification²⁶². Un peu plus tard, un Charondas Le Caron innove. Il commence par deux phrases consacrées à la souveraineté du roi²⁶³, continue en se référant au précédent constitué par l'Empereur romain, puis développe son étude des édits dérogoires²⁶⁴. Même un Cardin Le Bret, zélateur de l'absolutisme monarchique²⁶⁵, ne manque pas d'inciter les rois à la prudence, quand il s'agit de changer une solution coutumière. A l'instar d'Ulpien²⁶⁶, il juge opportun d'avertir : "ils (les rois) doivent néanmoins procéder en cela avec de la retenue, pource qu'il n'y a rien dont les peuples soient plus jaloux que de leurs anciennes coutumes"²⁶⁷. Au nom de la seule souveraineté législative du roi, il paraît encore bien difficile en pratique de détruire une coutume. Dans la même perspective, il faut citer Louet. Dans son *Recueil d'aucuns notables arrests* (première édition en 1602), la partie consacrée à la clause dérogoire intitulée "si l'ordonnance des insinuations déroge aux coustumes"²⁶⁸ comporte dans

²⁶¹ Aux mêmes lieux que *supra* note 257.

²⁶² Chasseneuz, *op. cit.*, des forests, pasturages et rivières, art. unique du ch. 14, § 8, f^o 376v^o (*a contrario*) ; Dumoulin, *op. cit.*, tome 2, *Notae solemnes*, Maine, *vis Dure* jusques à trente ans, pp. 730-731 (*a contrario*), rapp. Auvergne, art. 41 du ch. 14, pp. 747-748 (sol. impl.) ; R. Choppin, *op. cit.*, II. p., qu. 5, pp. 39-40 et 43.

²⁶³ "En France, le roy seul a puissance de donner loix à ses subjects, ou leur octroyer d'en faire et accorder entre eux. Encores touiours demeure par devers luy le souverain empire pour deroger aux coustumes, ou du tout les abroger, s'il luy plaist pour la cause de son estat, ou pour le bien public ou pour autres justes et équitables considérations..."
op. cit., *Pandectes*, liv. 1, ch. 25, p. 169. Sur la loi et le roi chez Charondas Le Caron, voir M. Foisil, *La loi et le monarque absolu* dans *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, tome 1, Florence, 1967, pp. 226-228.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Sur Cardin Le Bret : G. Picot, *Cardin Le Bret (1558-1655) et la doctrine de la souveraineté*, thèse droit Nancy, 1948 et notamment S. Goyard-Fabre, *op. cit.*, pp. 196-204.

²⁶⁶ D. I, 16, 4.

²⁶⁷ Oeuvres, *De la souveraineté du roy*, Paris, 1689, liv. 1, ch. 9, p. 19.

²⁶⁸ Lett. D, somm. XXV précité, pp. 272-274.

un *obiter dictum* une référence à la souveraineté du roi²⁶⁹ ; l'essentiel de son développement (251 lignes sur 262) porte sur les objections et résistances que les édits et ordonnances royaux ont pu rencontrer.

A partir de la seconde moitié du XVII^e siècle, les juristes mettent beaucoup plus en avant la puissance législative du roi. Dorénavant, dans leurs exposés, c'est elle qui suffit à légitimer la suppression d'une coutume. Le *Précis* de l'ordonnance de 1667, peut-être rédigé par Pussort²⁷⁰, et reflétant l'opinion commune dans les milieux du Conseil et du Parlement de Paris²⁷¹, affirme que les ordonnances prévalent contre les coutumes, *même sans clause dérogoire*, surtout quand elles sont confirmatives du droit commun²⁷². Un nouveau ton est donné. Alors que dans ses *Questions notables de droit* (première édition en 1642), Le Prestre avait consacré un chapitre à la question "si l'ordonnance doit estre suivie contre la disposition de la coutume"²⁷³, son annotateur Gueret complète les références jurisprudentielles²⁷⁴ d'une part et d'autre part expose la doctrine du *Précis* de 1667²⁷⁵. Dans les articles qu'il consacre au rapport entre loi royale et coutume, Claude de Ferrière écrit sans plus de commentaire : "Elles (les coutumes) y dérogent au droit romain que nos docteurs appellent avec justice la raison écrite, mais elles y cèdent à l'autorité des ordonnances de nos rois qui sont loix générales du royaume"²⁷⁶. Au XVIII^e siècle, son parent, Claude-Joseph de Ferrière, qui représente assez bien le sentiment ordinaire est plus disert et tout aussi péremptoire : "les ordonnances dérogent aux coutumes auxquelles elles sont contraires. La raison est que, qui peut faire la loi, y peut déroger : elles y dérogent même, quoiqu'elles ne contiennent pas de clause dérogoire ; parce qu'elles sont les loix générales de tout le royaume et que les coutumes ne sont que des loix particulières qui ne peuvent valider au préjudice des ordonnances, quand elles s'y trouvent contraires, d'autant plus que c'est dans les ordonnances que le roi manifeste expressément sa volonté"²⁷⁷. C'est seulement *in terminis* qu'il apporte une précision qui se retrouve dans la préface de l'édition de 1720 du *Recueil* de Néron et de Girard²⁷⁸ : "cette prééminence incontestable des ordonnances reçoit quelque restriction et ne doit s'entendre que quand l'ordonnance est conçue en termes généraux

²⁶⁹ "Nous tenons en France pour maxime certaine et indubitable que l'ordonnance qui est la loy vivante et animée, lie et oblige indirectement tous les sujets du roy et passe pardessus toutes les coutumes n'ayant autres bornes que l'étendue de l'Empire et de la domination du roy, contre l'opinion de ceux qui tiennent indéfiniment que les coutumes sont pardessus l'ordonnance et que le roy ne peut rien faire, statuer, ny ordonner au contraire sans le consentement des trois Estats", *ibid.*, p. 273.

²⁷⁰ F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, p. 92.

²⁷¹ F. Olivier-Martin, *ibid.*

²⁷² *Op. cit.*, tome 1, p. II.

²⁷³ *Op. cit.*, 1^{ère} cent., ch. 54, pp. 172-173.

²⁷⁴ *Ibid.*, pp. 173-174.

²⁷⁵ "... il est néanmoins certain que l'ordonnance... doit l'emporter sur la disposition contraire des coutumes, parce qu'en France nous tenons que la volonté du Prince est égale à sa puissance et qu'elle s'étend aussi bien que les bornes de son Empire, si bien que, quand l'ordonnance ne porteroit point dérogoire aux coutumes, elle ne laisse pas de faire cesser leur disposition...", *ibid.*, p. 173.

²⁷⁶ *Nouvelle institution coutumière*, tome 1, Paris, 1692, tit. 1, art. 16, p. 8, rapp. art. 18, pp. 9-10.

²⁷⁷ *Op. cit.*, tome 1, *vis* Coutume suivant notre droit français, p. 396 ; rapp. notamment Bouhier, *op. cit.*, tome 1, ch. 13, p. 267 ou encore Renusson, *Oeuvres*, Paris, 1780, *Traité des propres*, ch. 2, sect. 20, n^o 3, p. 118.

²⁷⁸ *Recueil d'édits et d'ordonnances royaux de Néron et Girard (1620) augmenté par E. de Laurière* précité, tome 1, préface, p. I.

pour avoir son exécution par tout le royaume"²⁷⁹. Mais si la disposition royale est contraire au droit commun ou porte préjudice à un droit acquis d'un tiers, alors et alors seulement la clause dérogoire redevient indispensable²⁸⁰. C'est dire que son domaine d'application est devenu résiduel. A la fin de l'Ancien Régime, en 1780, elle est pour Tolozan, intendant du commerce, commissaire chargé de réviser l'ordonnance sur le commerce de 1673, une clause de style²⁸¹. Pour tous, le pouvoir de légiférer du roi en matière de droit privé est une vérité et un fait bien établis. Il n'y a plus lieu de dresser des inventaires de lois dérogoires, car il est reconnu unanimement que le commandement du roi suffit à faire prévaloir ses prescriptions contre celles des coutumes.

Quoi qu'il en soit, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, il arrive encore que des textes royaux soient assortis de la clause dérogoire²⁸². Faut-il y voir banalement une contradiction entre la théorie et la pratique ? Ou faut-il invoquer trop facilement l'esprit de routine de la Chancellerie ? A notre sens, l'explication est autre. Cette survivance nous paraît devoir être interprétée par la perpétuation d'une des plus anciennes manifestations de l'autorité royale : l'abolition des mauvaises coutumes²⁸³. En effet tous ces textes suppriment des droits ou des pratiques abusifs, odieux ou irrationnels (droits d'usage, publicité insuffisante des sûretés immobilières, usurpation du Domaine, droit d'aubaine, procédure quasi clandestine)²⁸⁴. Fait remarquable, parmi eux, ne figure aucune des grandes ordonnances novatrices de Louis XIV ou de Louis XV touchant au droit privé ou, plus exactement, son libellé séculaire y est supplanté par un nouveau. Ce changement de rédaction apparaît comme le prodrome de la prochaine révolution des sources du droit.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.* et dans le même sens que Claude-Joseph de Ferrière, mais avant lui, notamment Dumoulin, *op. cit.*, tome 2, *Notae solemnes*, Lorris, ch. 17, art. 12, *vis* moindre de trente ans, p. 721, Anjou, art. 432, *vis* dure jusques à trente ans, p. 727 et Maine, art. 447, *iisdem vis*, pp. 730-731 ; Louet, *ibid.*, *a contrario* ; Legrand, *op. cit.*, art. 2, gl. 4, n° 14, p. 14, art. 51, gl. 3, p. 10 (sol. impl.), art. 69, gl. uni., n° 22-23, p. 247 (sol. impl.) ; Gueret, *op. cit.*, 1ère cent., ch. 54, p. 173.

²⁸¹ H. Lévy-Bruhl, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)* précité, pp. 261-262 (sur l'article 42 du titre 11 consacré aux faillites et banqueroutes).

²⁸² Edit d'août 1669 portant règlement général des eaux et forêts, tit. 19, art. 8 (Isambert, XVIII, pp. 266-267), tit. 22, art. 5 (*ibid.*, pp. 272-273), tit. 25, art. 18 (*ibid.*, p. 283) ; édit d'août 1669 touchant l'hypothèque du roi sur les biens des officiers comptables, art. 3 (*ibid.*, p. 330) et art. 24 (*ibid.*, p. 333) ; édit de mars 1673 portant établissement de greffes pour l'enregistrement des oppositions des créanciers hypothécaires, art. 71 (Isambert, XIX, p. 82) et art. 78 (*ibid.*, p. 83) ; édit de février 1683 sur la vente par décret, art. 10 (*ibid.*, pp. 418-419) ; édit d'avril 1683 sur les droits de propriété sur les îles etc., disposition finale (*ibid.*, p. 427) ; déclaration du 19 juillet 1739 sur les successions mobilières des sujets britanniques (Isambert, XXII, p. 124) ; lettres patentes du 25 novembre 1769 sur les demandes en interdiction pour démence, fureur et prodigalité (*ibid.*, pp. 493-494) ; rapp. clause injonctive de la déclaration du 24 août 1780 sur l'abolition de la question préparatoire (Isambert, XXVI, p. 375). Voir aussi le mémoire des syndics de la chambre de commerce de la province de Normandie concernant l'ordonnance de 1673 (1716) qui préconise l'insertion d'une clause dérogoire afin d'obliger les juges consulaires à établir une jurisprudence uniforme dans le royaume : A. Vandenbossche, *Un projet de code de commerce sous la Régence* précité, p. 95.

²⁸³ Voir F. Olivier-Martin, *Le roi de France et les mauvaises coutumes au Moyen Age*, ZSS, GA, 1938, pp. 108-137 et J.M. Carbasse, *Philippe III le Hardi et les "mauvaises coutumes" pénales de Gascogne* dans *Hommages à G. Boulvert*, Nice, 1987, pp. 153 et s.

²⁸⁴ Sur l'abolition des mauvaises coutumes aux Temps Modernes : F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, pp. 69-70.

B. Le changement de rédaction de la clause dérogoire, prélude à l'avènement d'un droit étatique

Dans ses textes les plus innovateurs, le roi ne déclare plus *déroger* au droit coutumier, il affirme *abroger* telle ou telle coutume. Ce changement de terminologie traduit le plus parfaitement l'absolutisme législatif et le célèbre "Si veut le roi, si veut la loi"²⁸⁵. Cet amendement de la clause qu'il conviendrait peut-être de qualifier abrogatoire exprime la maîtrise absolue du roi sur les coutumes, donc en pratique sur le droit privé. Ce bouleversement nous semble avoir été préparé par une tendance à assimiler les coutumes aux lois du roi (1°). Avec d'autres facteurs, elle a sans doute contribué à la subversion au sens propre du terme des sources du droit privé (2°).

1° L'assimilation des coutumes aux lois du roi

Tant les coutumiers²⁸⁶ que les juristes d'Ancien Régime²⁸⁷ reproduisent à l'envi les définitions que le droit romain donne de la coutume²⁸⁸ et qui mettent en avant notamment le consentement général (*consensus omnium*), l'assentiment du peuple. Cependant l'ancien droit français a recueilli ce legs par l'intermédiaire des droits savants médiévaux qui ont ajouté entre autres conditions de la force obligatoire de la coutume l'approbation expresse ou même tacite du Prince²⁸⁹. Cette dernière exigence est incontestablement reproduite par des coutumiers²⁹⁰; mais

²⁸⁵ *Institutes coutumières* précité, tome 1, n° 19, p. 26.

²⁸⁶ *Li livres de justice et de plet* par Rapetti, Paris, 1850, liv. I, 2, § 4, pp. 6-7; *Le conseil de Pierre de Fontaines* par A.J. Marnier, Paris, 1846, Appendice, XIII, 1, p. 491 et XIV, 3, pp. 496-497; A. Arpadelle, *Commentaire de la coutume de Toulouse (1296)* par H. Gilles, Toulouse, 1969, préf., p. 168; J. Bouteiller, *Somme Rural* par L. Charondas Le Caron, Paris, 1621, liv. 1, tit. 1, p. 5 et liv. 1, tit. 2, p. 8; J. d'Ableiges, *Le Grand coutumier de France* par Laboulaye et Dareste, Paris, 1868, liv. 2, ch. 2, p. 190; Liger, *Cy sont les constumes d'Anjou et du Maine intitulées selon les rubriques du Code* par C.J. Beutemps-Beaupré, *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine antérieures au XV^eème siècle, 1^{ere} partie, Coutumes et styles*, tome 3, Paris, 1878, §§ 1199, 1200, 1204 et 1217, pp. 454, 455 et 456-457; Masuer, *La pratique de Masuer* par A. Fontanon, Paris, 1581, tit. 42, n°5, p. 567; rapp. *Le coutumier bourguignon glosé (fin XIV^eème siècle)* par M. Petitjean et M.L. Marchand sous la direction de J. Metman, Paris, 1982, § 45, p. 102 et *Icy apres est traictié d'aucunez coutumez, usaigez et stillez et mesmement de ce dont on procede ou pais d'Anjou (vers 1440)* par C.J. Beutemps-Beaupré, *op. cit.*, tome 4, Paris, 1883, art. 242, pp. 117-118.

²⁸⁷ Entre autres : L. Charondas Le Caron, *Somme rural* précité, note sur liv. 1, tit. 2, p. 12 et *Oeuvres* précité, tome 2, *Pandectes*, liv. 1, ch. 25, pp. 167 et 169; L. Bouchel, *op. cit.*, tome 1, v° Coutume, p. 699; P. Challine, *op. cit.*, règle 3, p. 26 et règle 12, pp. 154-155; C. Ferrière, *op. cit.*, tome 1, tit. 1, art. I, p. 1 et art. XIV, note a, p. 8; Bouhier, *op. cit.*, tome 1, ch. 1, n°3, p. 173 ou encore C.J. Ferrière, *op. cit.*, tome 1, v° Coutume, p. 393.

²⁸⁸ D. 1, 3, 32, 1 : "*Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum, nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt : merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes : nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis ?*" ; I.J., 1, 2, 9 : "*Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit ; nam diuturni mores, consensu utentium comprobati legem imitantur*" ; rapp. *Tituli ex corpore Ulpiani*, 4 : "*Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*".

²⁸⁹ E. Cortese, *op. cit.*, tome 2, pp. 55 et s. et pp. 169 et s. ; G. Le Bras, Ch. Lefebvre et J. Rambaud, *op. cit.*, pp. 535-538 ; A. Gouron, *op. cit.*, p. 125 et les références.

²⁹⁰ *Summa de legibus* par E.J. Tardif, *Coutumiers de Normandie*, tome 2, Paris - Rouen, 1896, ch. 10, n° 1, pp. 34-35 ; *Li livre des constitutions demenees el Chastelet de Paris* par C. Mortet, Paris, 1883, § 41, p. 55 : *Le coutumier bourguignon glosé (fin XIV^eème siècle)* précité, § 51, pp. 108-109.

c'est par la rédaction des coutumes qu'elle prend une importance accrue. Pour réaliser cette compilation officielle, des commissaires du roi avaient été désignés afin d'établir le texte des coutumes de concert avec une assemblée d'ordres dans chaque province ou bailliage. Ils devaient le mettre en forme en dirigeant les débats, en arbitrant les divergences et les conflits d'intérêts ou encore en inspirant des suppressions ou des additions. Quand un article était "accordé" par l'assemblée, ils devaient séance tenante le promulguer au nom du roi. En cas d'opposition grave des états, d'une fraction des états ou encore du procureur du roi, le souverain, en personne ou par l'intermédiaire de son Conseil ou de son Parlement tranchait²⁹¹. Cette procédure d'authentification et de sanction a été décrite de deux manières par les juristes d'Ancien Régime. Elles ne sont aucunement contradictoires, il s'agit seulement de deux éclairages sous des lumières différentes.

Une première série d'écrits souligne avec insistance que l'intervention du roi (ou des délégataires de son pouvoir) a eu pour effet d'insuffler la vie aux coutumes établies par les assemblées d'ordres. Dans un style imagé, Le Maistre note à propos des coutumes de France : "Elles sont toutes égales, parce qu'en général elles sont toutes filles d'un mesme père, du prince qui les anime ; mais elles ont toutes des mères particulières et différentes. Car elles naissent des diverses volontés des peuples"²⁹². La même idée peut être exprimée plus juridiquement : "leur force dépend de la souffrance et permission du Prince souverain" (Charondas Le Caron)²⁹³, "c'est du consentement du Prince que les coutumes tirent leur force" (Dunod)²⁹⁴, "les coutumes... ont esté conservées par l'autorité souveraine du roy qui leur donne le sceau et la vigueur" (Challine)²⁹⁵ ou encore "le roi accorde la confirmation de ces usances" (Bouhier)²⁹⁶. Si ces juristes présentent l'approbation du roi comme une des conditions nécessaires à la force obligatoire de la coutume, il en est d'autres qui font ressortir ses effets.

Nombre d'auteurs mettent en évidence que la sanction royale a aussi pour conséquence de faire participer la coutume de la nature de la loi. Quelques brèves citations sont instructives. "Ainsi les commissaires ordonnez par le roi pour présider en ces assemblées d'Estats, les ont auctorisées en y inspirant la puissance de loy" (Coquille)²⁹⁷, "dans les Etats sujets à un souverain, les coutumes ne s'établissent ou ne s'affermissent en force de loix que de son autorité. Ainsi, en France, les rois ont fait arrêter et rédiger par écrit et ont confirmé en loix toutes les coutumes..."

²⁹¹ Sur la rédaction officielle des coutumes, voir notamment A. Lebrun, *op. cit.*, n° 68 et s., pp. 73 et s. ; R. Filhol, *Le Premier Président Christophe de Thou et la rédaction des coutumes*, thèse droit Poitiers, 1937 ; F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, pp. 72-79 ; J. Gilissen, *Introduction historique au droit*, Bruxelles, 1979, pp. 259-261.

²⁹² *Plaidoyés et harangues*, Paris, 1669, pl. 12, p. 229 ; rapp. C.J. de Ferrière, *op. cit.*, tome 1, *vis* Coutumes qui doivent estre suivies dans les questions sur lesquelles la coutume du lieu est muette, p. 398.

²⁹³ *Op. cit.*, tome 2, *Pandectes* précité, liv. 1, ch. 2, p. 6 ; rapp. M. Foisil, *op. cit.*, pp. 228 et 231-232.

²⁹⁴ *Op. cit.*, liv. 1, ch. 13, p. 103.

²⁹⁵ *Op. cit.*, règle 3, p. 26 et dans le même sens : "Mais, en France, les coutumes sont establies par le consentement des peuples et prennent vigueur de l'autorité du roy qui les approuve", règle 13, 1ère observation, p. 175.

²⁹⁶ *Op. cit.*, tome 1, ch. 13, p. 260 sur la réformation de la coutume de Bourgogne approuvée par le roi en 1642.

²⁹⁷ *Oeuvres*, Paris, 1646, *Questions et responses et méditations sur les articles des coutumes*, quest. 1, p. 1. Pour autant, il ne fait pas faute de faire ressortir la part du peuple dans l'établissement de la coutume : F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, p. 76 et P. Ourliac et J.L. Gazzaniga, *op. cit.*, pp. 148-149.

(Domat)²⁹⁸, "Ainsi les coutumes ne peuvent estre rédigées ou réformées pour avoir autorité de loy, si ce n'est sous l'autorité du Prince" (C. de Ferrière)²⁹⁹, "elles tiennent lieu de loix..., lorsqu'elles ont été une fois revêtues de l'autorité du roi" (Chancelier Daguesseau)³⁰⁰, "dans les Etats monarchiques, tels que la France, où la volonté seule du Prince fait la loi, les coutumes ne peuvent recevoir le caractère de loi que par l'approbation expresse ou tacite du Souverain" (Prévôt de la Jannès)³⁰¹, "elles ont autorité de loi par la sanction qu'y a donnée le Prince lors de leur rédaction" (Dareau)³⁰², ou encore "quand une coutume est ainsi revêtue de l'autorité publique, elle tient lieu de loi..." (Garran de Coulon)³⁰³. Cette assimilation de la coutume rédigée à la loi n'a rien en soi de très original. Elle se trouve déjà suggérée dans le *Digeste*³⁰⁴ et dans les *Institutes* de Justinien³⁰⁵ et plus encore dans les textes royaux ordonnant la rédaction des coutumes³⁰⁶ ou dans les lettres de commission³⁰⁷ qui démarquent la "clause de loi perpétuelle"³⁰⁸ en disposant que les coutumes arrêtées devront être tenues et gardées "comme loy et edict perpétuel et irrévocable"³⁰⁹. Cette assimilation vient perturber les cadres juridiques de l'ancien droit. En effet l'opinion commune définissait la coutume comme *loi non écrite*³¹⁰ en suivant en cela le droit romain³¹¹. En outre, abstraction faite de la question agitée par les docteurs médiévaux sur le point de savoir si une coutume rédigée conserve sa nature coutumière³¹², elle opposait loi et coutume en démontrant que l'une naît par une commune observance fondée sur un consentement tacite, alors que l'autre prend incontinent son autorité dans le commandement du Prince³¹³. Il est difficile d'établir avec précision le moment où s'est propagée l'idée que la rédaction de la coutume influait en quelque sorte sur sa nature. En premier lieu, il faudrait avoir procédé à une recherche systématique dans toutes les oeuvres des auteurs cités ; en second lieu, il y aurait des cas aberrants : Coquille s'y réfère déjà³¹⁴, alors que Dunod n'y fait guère écho. Quoi qu'il en soit, force est de constater que de nos dépouillements, il ressort que généralement ce

²⁹⁸ *Les loix civiles dans leur ordre naturel* précité, liv. prélim., tit. 1, sect. 1, XI, p. 3 ; rapp. *Traité des loix*, ch. 11, n° 18, p. XVIII.

²⁹⁹ *Op. cit.*, liv. 1, tit. 1, note a de l'art. 17, p. 9 ; rapp. *ibid.*, note a de l'art. 23, p. 11.

³⁰⁰ *Oeuvres*, tome 8, Paris, 1774, lettre 109 (4 septembre 1752), p. 152.

³⁰¹ *Les principes de la jurisprudence française*, tome 1, Paris, 1759, n° 2, p. 2.

³⁰² Article *Autorités* dans Guyot, *op. cit.*, tome 1, Paris, 1784, p. 863.

³⁰³ Article *Coutume*, *ibid.*, tome 5, Paris, 1784, p. 145.

³⁰⁴ D. 1, 3, 32, 1 précité.

³⁰⁵ 1, 2, 9 précité.

³⁰⁶ Lettres patentes du 15 mars 1497, édit de mai 1506 et édit de janvier 1510 (Bourdod de Richebourg, *op. cit.*, tome 4, pp. 639 et 640 et Isambert, XI, pp. 457-461 et 611).

³⁰⁷ F. Olivier-Martin, *Les lois du roi* précité, p. 74.

³⁰⁸ Voir J. Bodin, *op. cit.*, liv. 1, ch. 8, pp. 212-217.

³⁰⁹ L. Charondas Le Caron, *op. cit.*, tome 2, *Pandectes* précité, liv. 1, ch. 2, p. 6.

³¹⁰ Entre autres : G. Coquille, *op. cit.*, quest. 1, p. 1 ; P. Challine, *op. cit.*, règle 13, 1ère observation, p. 174 ; Domat, *op. cit.*, tome 1, *Traité des loix* précité, ch. 11, n° 18, p. XVIII ; C. de Ferrière, *op. cit.*, tome 1, liv. 1, tit. 1, art. 1, p. 1 ; Bouhier, *op. cit.*, tome 1, ch. 1, n° 3, p. 173.

³¹¹ I.J. 1, 2, 9 précité ; rapp. D. 1, 2, 32, 1 précité.

³¹² St. Gagner, *Studien zur Ideengeschichte des Gesetzsbuch*, Stockholm, Uppsala et Göteborg, 1960 ; G. Le Bras, Ch. Lefebvre et J. Rambaud, *op. cit.*, note 5, p. 206 (et les références) et A. Gouron, *op. cit.*, p. 121 (et les références).

³¹³ Entre autres : L. Charondas Le Caron, *op. cit.*, tome 2, *Pandectes* précité, liv. 1, ch. 25, p. 167 et L. Bouchel, *op. cit.*, tome 1, v° Coutume, p. 699 ; rapp. Dunod, *op. cit.*, liv. 1, ch. 13, p. 102.

³¹⁴ Cf. *supra* note 297.

sont les écrits les plus tardifs qui professent cette doctrine que les coutumes rédigées ont autorité de loi ou caractère de loi. Cette observation peut être corroborée par le sentiment de Claude-Joseph de Ferrière dans son *Dictionnaire de droit et de pratique* dont la première édition remonte à 1734³¹⁵. Dans les différents articles qu'il consacre à la coutume, le premier, intitulé simplement *coutume* est directement inspiré du droit romain³¹⁶; en revanche, le second porte le titre de *coutume suivant notre droit français*³¹⁷. Il y définit la coutume comme "une loi écrite à qui le roi donne la forme et le caractère de loi dont les dispositions sont déterminées et arrêtées par la reconnaissance et le consentement des habitants d'une province"³¹⁸. Compte tenu de nos précédentes conclusions, il semble possible de considérer que c'est dans les dernières décennies du XVII^e siècle que cette doctrine prend son essor.

En définitive, cette intervention du roi pour authentifier et pour sanctionner la coutume ainsi que l'assimilation de la coutume à la loi ont eu d'abord pour effet de minimiser l'importance du *consensus omnium* qui reste néanmoins une condition d'existence de la coutume³¹⁹. Elles témoignent ensuite d'un mode de penser qui aboutit à accoutumer les esprits à l'idée qu'une loi écrite est la source du droit, même du droit privé, et par voie de conséquence, que le Souverain en est le maître. Faut-il y voir une influence de la pensée de Hobbes ? Répondre à cette question dépasserait le cadre de cette étude, elle mériterait cependant d'être approfondie. Car ne réserve-t-il pas la création de l'ordre juridique à la seule loi de l'Etat ? N'y-a-t-il pas pour lui d'autre source du droit que la volonté du Prince ? Ne soutient-il pas que l'essence de la loi est d'être promulguée ou encore que le droit est *statute* et non coutume ou jurisprudence ?³²⁰

2° Une contribution à la subversion des sources du droit privé

L'emprise croissante du Souverain sur le droit privé se traduit par l'irruption du verbe abroger, lorsque, dans un texte législatif, le roi entend supprimer une coutume de droit privé. Historiquement et juridiquement, l'*abrogatio* s'oppose à la *rogatio*. A Rome, les comices se prononçaient sur la *rogatio* d'un magistrat pour approuver ou rejeter le projet de loi et sur

³¹⁵ A. Gouron et O. Terrin, *Bibliographie des coutumes de France. Editions antérieures à la Révolution*, Genève, 1975, n° 65, p. 10.

³¹⁶ *Op. cit.*, tome 1, p. 393.

³¹⁷ *Ibid.*, pp. 393-398.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 393. Rapp. Denisart, *op. cit.*, tome 5, v° Coutume, § 3, n°2, p. 668.

³¹⁹ Les développements précédents empêchent de souscrire à la thèse de F. Olivier-Martin (*Les lois du roi* précité, pp. 76-79) d'après lequel "... la rédaction des coutumes n'a aucunement modifié la nature du droit coutumier. Il ne tire pas sa force du roi ou de ses commissaires, mais du consentement solennellement constaté des gens des trois états du pays" (*ibid.*, p. 76), *contra* E. Chénon, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, tome 2, I, Paris, 1929, n° 399-2°, pp. 298-299, A. Lebrun, *op.cit.*, n°75, pp. 80-81 et n° 86-87, pp. 92-93, F. Garrisson, *op. cit.*, tome 1, p. 218 ou encore A. Laingui, *Lois, juges et docteurs dans l'ancien droit pénal*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1988, pp. 73 et s., tiré à part, p. 10 ; J. Gilissen adopte une position nuancée, *op. cit.*, p. 266, écrit : "Elles (les coutumes rédigées) sont d'ailleurs, en Belgique, formellement des lois, elles ne le sont pas en France. Mais, même devenu à peu près du droit législatif, le droit coutumier reste distinct de la législation".

³²⁰ M. Villey, *op. cit.*, spécialement pp. 684, 696 et 701-703.

l'*abrogatio*, quand il s'agissait de faire disparaître une loi³²¹. "*Lex aut rogatur id est fertur, aut abrogatur id est prior lex tollitur*"³²². Y a-t-il un lien à établir entre l'*abrogatio* romaine et l'usage du mot abroger dans la diplomatie royale française ? La question reste posée, tant il est vrai que manque une étude des formulaires de la Chancellerie royale³²³.

Toujours est-il qu'il est évident que le sens du terme abroger est beaucoup plus fort que celui du mot déroger³²⁴. Celui-ci suppose un acte contraire au précédent qui le prive d'effet sans pour autant le faire disparaître irrémédiablement³²⁵, celui-là implique une disparition pure et simple³²⁶. "La dérogation laisse subsister la loi antérieure, l'abrogation l'annule absolument. La loi dérogeante ne porte atteinte à l'ancienne que d'une manière indirecte et imparfaite ; la loi qui abroge est directement et pleinement opposée à l'ancienne"³²⁷. Déroger implique l'idée d'atteinte, abroger celle de destruction. Dans les actes législatifs, abroger a une signification comparable au verbe abolir utilisé dans les lettres d'abolition³²⁸. D'après nos dépouillements, les prémices de la nouvelle rédaction de la clause dérogatoire en matière de droit privé paraissent remonter au début du XVI^e siècle. L'ordonnance de Villers-Cotterets (1539) en son article 162 touchant à la suppression du ministère d'avocat dans la phase d'instruction du procès criminel³²⁹ porte la formule : "ostans et abolissant tous styles, usances ou coutumes..."³³⁰. Quelques décennies plus tard, le verbe abroger figure dans l'article 1 de l'Edit des mères (1567) ... avec le succès que l'on sait³³¹. C'est à partir des grandes ordonnances de Colbert que le nouveau style de la clause dérogatoire s'affirme³³². Le relevé suivant peut être établi :

³²¹ Sur la technique législative à l'époque républicaine : J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1982, n° 269 et s., pp. 388 et s.

³²² *Tituli ex corpore Ulpiani*, 3.

³²³ A. Giry, *op. cit.*, note, pp. 764-765, E. Schwob, *Un formulaire de Chancellerie au XVIII^e siècle*, thèse droit Paris, 1936, pp. 61-84 et G. Tessier, *op. cit.*, pp. 266-267 ont pourtant fourni d'abondants inventaires sur les recueils manuscrits et imprimés. A noter que la thèse d'E. Schwob ne contient aucun développement qui intéresse notre étude.

³²⁴ *Tituli ex corpore Ulpiani*, 3 : "*aut abrogatur, id est prior lex tollitur ; aut derogatur, id est pars primae legis tollitur*".

³²⁵ Rapp. les adages bien connus "*Generalia specialibus non derogant*" (H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, II, *Adages*, Lyon, 1978-1979, 2 vol., tome 1, pp. 358-361) et "*Specialia generalibus derogant*" (*ibid.*, tome 2, pp. 486-489).

³²⁶ Du Cange par G.A.L. Henschel, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, tome 1, Paris, 1840, p. 29, v° *Abrogans* et tome 2, Paris, 1840, p. 812, *vis Derogare, derogatio, derogatorius* ; A. Furetière, *op. cit.*, *vis* Abrogation, abroger, abrogé, dérogation, dérogatoire, dérogeant et déroger ; P. Imbs, *op. cit.*, tome 1, Paris, 1971, p. 208, v° Abrogation et surtout pp. 209-210, v° Abroger, B et étym. et histor. et tome 6, p. 1219, *vis* dérogation, dérogatoire, dérogeant et déroger. J.F Niermeyer, *Mediae latinitatis lexicon minus*, Leyden, 1976, n'a pas retenu ces mots qui relèvent de l'héritage classique (voir Avant-propos, p. VIII).

³²⁷ P.E. Littré, *op. cit.*, v° Dérogation.

³²⁸ A. Furetière, *op. cit.*, *vis* Abolir, Abolissement et Abolition et P.E. Littré, *op. cit.*, v° Abolir, rapp. O. Bloch et W. von Wartburg, *op. cit.*, p. 2, v° Abolir ; G. Tessier, *op. cit.*, p. 262.

³²⁹ Ordonnance de 1536, ch. 2, art. 10 et 11 (Isambert, XII, pp. 517-518).

³³⁰ Art. 162 (Isambert, XII, p. 633).

³³¹ "Que d'oresnavant telle observance et manière de succéder n'ait lieu, et ne soit suivie ni pratiquée en aucun endroit de nostre royaume, et laquelle, en tant que besoin seroit, nous avons abrogé, et des puissance et autorité dessusdictes, abrogeons par ces présentes" (Isambert, XIV, p. 223).

³³² Par exemple : "Ceux qui seront condamnés au bannissement et aux galères à temps et les absents pour faillite, voyage de long cours ou hors du royaume, seront assignés à leur dernier domicile sans qu'il soit besoin de procès-verbal de perquisition, ni de leur créer un curateur, dont nous abrogeons l'usage" (ordonnance de 1667, tit. 2, art. 8, Isambert, XVIII, pp. 107-187) ; "Toutes lettres de change seront acceptées par écrit purement et simplement. Abrogeons l'usage de les accepter verbalement, ou par ces mots "vu sans accepter", ou "accepté pour répondre à temps", et toutes autres acceptations sous condition, lesquelles passeront pour refus et pourront les lettres être

- *Ordonnance civile de 1667*

Tit. 2, art. 8 (assignation subordonnée à une perquisition et création d'un curateur au bénéfice des bannis et des absents)

Isambert, XVIII, pp. 107-108

Tit. 5, art. 2 (usage des déboutés de défense et des réajournements)

Isambert, *ibid.*, p. 111

Tit. 11, art. 7 et 8 (usage des réajournements en cas de défaut)

Isambert, *ibid.*, p. 118

Tit. 21, art. 14 (usage de faire recevoir en justice les procès-verbaux des descentes et les rapports d'experts)

Isambert, *ibid.*, p. 142

Tit. 22, art. 26 (usage de transmettre des expéditions des actes de procédure dans un sac clos et scellé portant la mention que la partie donnera moyens de nullité et de reproche)

Isambert, *ibid.*, p. 146

Tit. 24, art. 16 (usage de laisser le président récusé se prononcer sur le bien-fondé de la récusation)

Isambert, *ibid.*, p. 151

Tit. 34, art. 1 (usage de la contrainte par corps pour les dettes civiles)

Isambert ; *ibid.*, p. 172

Tit. 35, art. 30 (usage de ne pas faire connaître le nom des avocats ayant obtenu une requête civile)

Isambert, *ibid.*, p. 179

Clause dérogatoire finale : "Abrogeons toutes ordonnances, coutumes, lois, statuts, réglemens, stiles et usages différens ou contraires aux dispositions y contenues"

Isambert, *ibid.*, p. 180

- *Ordonnance de 1669 (complétant la précédente)* Clause dérogatoire finale identique à la précédente

protestées" (ordonnance de 1673, tit. 5, art. 2, Isambert, XIX, p. 98) ; "abrogeons toutes ordonnances, coutumes, lois, statuts, réglemens, stiles et usages différens ou contraires aux dispositions y contenues" (ordonnance de 1670, clause dérogatoire, Isambert, XVIII, p. 423).

Isambert, *ibid.*, p. 361

- *Ordonnance criminelle de 1670*

Clause dérogatoire finale identique à la précédente

Isambert, *ibid.*, p. 423

- *Ordonnance de 1673 sur l'établissement des greffes pour l'enregistrement des oppositions des créanciers hypothécaires*

Art. 71 (usage des saisines et des nantissements pour acquérir hypothèque et préférence)

Isambert, XIX, p. 82

- *Ordonnance du commerce de 1673*

Tit. 5, art. 2 (usage d'accepter verbalement ou sous condition des lettres de change)

Isambert, *ibid.*, p. 98

- *Ordonnance sur les donations de 1731*

Art. 47 (clause dérogatoire finale : "Abrogeons toutes ordonnances, lois, coutumes, statuts et usages différents ou qui seraient contraires aux dispositions y contenues")

Isambert, XXI, p. 354

- *Ordonnance sur les testaments de 1735*

Art. 22 (usage des testaments autres qu'olographes ou authentiques en pays coutumier)

Isambert, *ibid.*, pp. 391-392

Clause dérogatoire finale identique à la précédente

Isambert, *ibid.*, p. 402

- *Ordonnance sur les substitutions de 1747*

Clause dérogatoire finale identique à la précédente Isambert, XXII, p. 216

- *Edit de juin 1771 portant création des conservateurs des hypothèques sur des immeubles réels et fictifs et abrogation des décrets volontaires*

Art. 35 (usage des saisines et des nantissements pour acquérir hypothèque et préférence)

Isambert, *ibid.*, p. 537

Art. 37 (usage des décrets volontaires)

Isambert, *ibid.*

- *Déclaration du 14 août 1780 sur l'abolition de la question préparatoire* Clause dérogatoire finale : "Nous avons aboli et abrogé, et par ces présentes signées de notre main, abolissons et abrogeons l'usage de la question préparatoire"³³³

Isambert, XXVI, p. 375

- Rapp. *Projet d'ordonnance relative au commerce*, Tit. 4, art. 1 (lettre de change au porteur) H. Lévy-Bruhl, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)* précité, p. 41, voir aussi *ibid.*, pp. 120-121

Cette nouvelle rédaction de la clause dérogatoire ne doit pas être tenue sans nuance aucune comme la preuve du triomphe complet de l'absolutisme législatif en matière de droit privé. Encore moins faut-il considérer que la loi royale s'est substituée à la coutume comme source du droit privé. En ce domaine, le gouvernement royal a pris acte des résistances que ses textes ont pu rencontrer même aux XVII^{ème}-XVIII^{ème} siècles³³⁴. Aussi, par pragmatisme comme par respect des traditions, coutumes et privilèges, se garde-t-il bien d'intervenir trop autoritairement. Il lui paraît parfois opportun, sinon nécessaire, de réduire la portée d'une disposition novatrice et de restreindre le champ d'application d'un édit ou d'une ordonnance. Alors, un ou plusieurs articles du texte royal déroge ... à l'abrogation. Dans ces cas, le souverain exprime sa volonté dans une clause du type suivant : "N'entendons néanmoins rien innover à l'usage de notre Châtelet de Paris, dont les juges pourront déclarer aux accusés dans leur dernier interrogatoire sur la sellette qu'ils seront en dernier ressort, si, par la suite des preuves survenues au procès ou par la confession des accusés, il paraît qu'ils aient été repris de justice, ou soient vagabonds et gens sans aveu"³³⁵, "N'entendons néanmoins rien innover à l'usage observé jusqu'à présent en cette matière, tant au siège de la conservation de Lyon que dans la juridiction des prieurs et consuls de notre province de Normandie"³³⁶ ou encore "La forme qui a eu lieu jusqu'à présent à l'égard des codicilles, continuera d'être observée, et il suffira qu'ils soient faits en présence de cinq témoins, y compris le notaire et le tabellion, n'entendons pareillement déroger aux statuts ou coutumes qui exigent un moindre nombre de témoins pour les codicilles"³³⁷.

Ces restrictions visent à préserver les traditions organiques du royaume, c'est dire qu'elles couvrent un vaste domaine et que les dérogations octroyées par le roi sont variées et diverses. Elles peuvent avoir trait à un privilège de juridiction en faveur de l'ordre ecclésiastique³³⁸, à des privilèges corporatifs tels que la contrainte par corps pour dettes commerciales³³⁹, les usages

³³³ L'exécution de la Déclaration est ordonnée : "...nonobstant toutes coutumes, lois, statuts, règlements, stiles et usages à ce contraires, auxquels nous avons dérogé et dérogeons" (Isambert, XXVI, p. 375).

³³⁴ Cf. *supra* Ière partie, A.

³³⁵ Ordonnance de 1670, tit. 1, art. 19 (Isambert, XVIII, p. 375).

³³⁶ Déclaration du 15 mai 1703 (Isambert, XX, p. 634).

³³⁷ Ordonnance de 1735, art. 14 (Isambert, XXI, p. 390).

³³⁸ Ordonnance de 1670, tit. 1, art. 13 (Isambert, XVIII, p. 374).

³³⁹ ~~Ordonnance de 1667, tit. 34, art. 5~~ (Isambert, XVIII, pp. 172-173).

touchant aux lettres de change dans une ville de foire comme Lyon³⁴⁰, la réglementation de la saisie des biens des faillis dans le statut des marchands et maîtres ouvriers en soie de la ville de Lyon³⁴¹ ou les usages suivis par les juridictions consulaires de Lyon et de Normandie en matière de reconnaissance des billets et promesses sous seing privé³⁴², à des styles et usages judiciaires comme celui du Châtelet de Paris³⁴³ et naturellement à des coutumes. S'agissant d'elles, les exemples de prescriptions déroatoires sont nombreux. L'ordonnance de 1735 sur les testaments en fournit des illustrations relatives au nombre des témoins et à leur qualité³⁴⁴, aux pactes sur succession future³⁴⁵, à l'usage du testament olographe³⁴⁶, aux causes de nullité des testaments³⁴⁷ ou encore à l'institution des héritiers légitimaires³⁴⁸. Il faut aussi citer la déclaration du 1er février 1743 sur l'élection des tuteurs et curateurs aux mineurs par laquelle le roi ne veut en rien innover en ce qui concerne les règles suivies en pays écrit ou en Bretagne sur l'autorité des père et mère sur les enfants ni sur celles touchant à la délation de la tutelle ou de la curatelle³⁴⁹. Enfin, de la même façon, l'ordonnance de 1747 sur les substitutions réserve les coutumes contraires à certaines de ses dispositions relatives à l'assiette des substitutions³⁵⁰.

De la sorte, les restrictions apportées au domaine d'application des édits et ordonnances visent à limiter ce qui pourrait faire figure d'entreprises de la législation royale sur les coutumes. En ce sens, le pouvoir de légiférer du roi en matière de droit privé apparaît encore effectivement bridé par le droit coutumier. Mais il n'empêche que le développement de la clause déroatoire dans son nouveau style va de pair avec la multiplication des dispositions restreignant la portée des abrogations prononcées par le roi. Il y a concomitance et lien de cause à effet entre les deux. A partir de Colbert, le roi peut ordonner des abrogations générales de coutumes et leur substituer de nouvelles règles ; cependant, compte tenu de la pesanteur des traditions organiques, voire constitutionnelles, il lui est nécessaire de modérer son pouvoir en réservant certains privilèges, usages ou coutumes³⁵¹.

Ainsi, à partir de la fin du XVIIème siècle, l'absolutisme législatif du roi en matière de droit privé a-t-il marqué une avancée aussi bien sur le plan doctrinal que dans la réalité. Une véritable

³⁴⁰ Ordonnance de 1673, tit. 5, art. 7 (Isambert, XIX, p. 98) et rapp. Projet d'ordonnance relative au commerce, tit. 4, art. 36 (H. Lévy-Bruhl, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)* précité, p. 46 et *ibid.*, pp. 167-168).

³⁴¹ Déclaration du 19 août 1704 (Isambert, XX, p. 455).

³⁴² Déclaration du 15 mai 1703 (*ibid.*).

³⁴³ Ordonnance de 1670, tit. 1, art. 9 et 19 (Isambert, XVIII, pp. 373 et 375).

³⁴⁴ Art. 13, 14, 15, 24 et 46 (Isambert, XXI, pp. 390, 391, 391 et 396).

³⁴⁵ Art. 17 (*ibid.*, p. 391).

³⁴⁶ Art. 19 (*ibid.*).

³⁴⁷ Art. 47 (*ibid.*, p. 396).

³⁴⁸ Art. 55 (*ibid.*, p. 397).

³⁴⁹ Art. 13 et 14 (Isambert, XXII, pp. 162-163).

³⁵⁰ Tit. 1, art. 18 (*ibid.*, p. 197).

³⁵¹ Rapp. intervention de J.M.J. Michau de Montaran, intendant du commerce, sur le projet de révision de l'ordonnance de 1673, tit. 5, art. 7 réservant les usages lyonnais en matière de lettre de change (H. Lévy-Bruhl, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)* précité, pp. 167-168, voir aussi, *ibid.*, pp. 125-126).

révolution s'est même opérée³⁵². A l'origine, la règle est que le droit privé est régi par la coutume, le roi y légifère comme par exception par le biais de la clause dérogoire. A partir de l'époque de Colbert, le recours à cette pratique séculaire est jugé superflue pour bon nombre de juristes qui s'appuient sur le principe "*Quod principi placuit legis habet vigorem*". Lorsque le roi déclare : "abrogeons toutes ordonnances, coutumes, lois, statuts, règlements, styles et usages différents ou contraires", il se pose en législateur ordinaire dans le domaine du droit privé et la clause par laquelle il réserve à titre dérogoire l'application d'un certain nombre de coutumes contraires fait d'elles des *privileges*. De cette manière commence à se mettre en place un système juridique qui fait apparaître le Souverain, -aujourd'hui le roi, demain la Nation-, comme le maître du droit privé.

Lorsqu'à la fin du XVème siècle, un procureur général du roi déclara au Parlement de Paris : "*consuetudines popolorum non possunt astringere Principem*"³⁵³, il professa plus une doctrine qu'il ne dépeignit la réalité juridique du royaume de France. Il dédaigna les entraves coutumières. Et les souverains du XVIème siècle ont fait l'expérience de la force du droit coutumier qui a rendu ineffectif nombre de leurs innovations législatives. De notre recherche, nous croyons devoir conclure que c'est seulement de Colbert à la Révolution que l'absolutisme législatif s'est imposé dans les faits en matière de droit privé. En effet, la primauté de la législation royale sur les coutumes est alors affirmée péremptoirement et est consacrée par la nouvelle rédaction de la clause dérogoire. De leur côté, les écrits des auteurs de la fin de l'Ancien Régime ne consacrent plus guère de développements à la résistance du droit coutumier et ils ne sont en aucune façon démentis par les préambules des textes royaux desquels transparait une effectivité croissante. Sans doute faut-il excepter le code marchand, mais le droit du commerce n'est-il pas confronté par nature aux impulsions de la pratique³⁵⁴ ?

Ce sont d'autres raisons qui doivent venir tempérer cette victoire de l'absolutisme législatif. En premier lieu, le roi légifère peu en droit privé, surtout en droit civil. En deuxième lieu, lorsqu'il le fait, il se justifie généralement en invoquant la nécessité d'unifier les usages, coutumes et jurisprudences. En troisième et dernier lieu, il prend souvent précaution de réserver certaines coutumes contraires. En toute hypothèse, il ne saurait être oublié que Daguesseau est aussi le chancelier qui a rapporté l'édit des mères.

Il n'empêche que cette évolution porte en germe l'avenir, puisqu'elle est sous tendue par une doctrine qui assimile les coutumes rédigées aux lois du roi et fait ainsi du Souverain l'unique source du droit dans l'Etat. La nomophilie des Lumières ne répudiera pas cet héritage³⁵⁵.

³⁵² Rapp. H. Regnault, *Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau. Les donations et l'ordonnance de 1731* précité, p. 53 : " Il (le projet du Chancelier) ne tend, en effet, à rien moins qu'à transformer la source du droit privé. Alors que, jusque-là la coutume seule apparaît comme créatrice de ce droit, que la législation royale est impuissante à l'établir ou à le modifier, c'est une transformation *radicale* (c'est nous qui soulignons) qu'envisage le Chancelier : désormais les principes généraux en quelque manière que ce soit ressortiront aux ordonnances qui les fixeront et les coutumes ne régleront plus que quelques points de détail, celles-ci n'auront plus pour but que d'assouplir la règle devenue commune et de la modeler sur les moeurs et le particularisme local".

³⁵³ 25 mars 1492, X¹A 4833, f^o 328 cité par P.C. Timbal, *op. cit.*, p. 120.

³⁵⁴ J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial* précité, n^o 4, pp. 17-20.

³⁵⁵ S. Goyard-Fabre, *op. cit.*, n^o 159 et s., pp. 267 et s.