

## SUR LES ORIGINES DE L'EXPRESSION «DROIT COUTUMIER»

ANDRE GOURON\*

Ainsi que le savent les historiens du droit, l'expression *jus consuetudinarium* ne figure nulle part au *Corpus juris civilis*; elle a été imaginée par les glossateurs au moment où ils élaboraient une théorie de la coutume. Nous ne rappellerons pas ici, pour avoir tenté ailleurs de traiter un aspect du sujet<sup>1</sup>, ce qu'a été cette théorie, et notamment son point d'application le plus intéressant, c'est-à-dire la valeur de la *consuetudo contra legem*; soulignons cependant que la matière était dominée, pour les juristes du temps, par une contradiction apparente entre deux de leurs sources: tandis que Julien, au Dig. 1.3.32.1, leur apprenait que l'*inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur*, et que les *leges tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*, ils pouvaient lire dans leurs manuscrits du Code, à un emplacement que les éditions modernes situent au titre 8.52.2, que l'autorité de cette même coutume ne pouvait aller jusqu'à vaincre *rationem aut legem*.

Face à une telle source de dissensions, qualifier de *jus* la norme coutumière pouvait se révéler riche de conséquences. Dans l'état actuel de nos connaissances, c'est sans doute à Martinus que revient la paternité de cette démarche. Nous trouvons en effet la phrase suivante au prologue aux Institutes *De jure tractaturus*, publié par Palmieri en tête de la *Lectura Vindobonensis* à partir du manuscrit Grenoble 691.2:

---

\* Institut d'Histoire des Anciens Pays de Droit Ecrit, Université de Montpellier, 39, rue de l'Université, F-34060 MONTPELLIER.

<sup>1</sup> *La coutume «contra legem» chez les premiers glossateurs*, in *Actes du colloque C.N.R.S. Naissance du pouvoir législatif et genèse de L'Etat*, Montpellier 1988.

talis voluntas redacta in preceptionem, sive scriptum, sive consuetudinarium jus dicitur<sup>2</sup>.

Autrement dit, l'école *gosiana* —de laquelle dépend cet *accessus Institutionum*, comme l'a établi Meijers— considérait que le droit peut s'exprimer soit par voie écrite soit par voie coutumière. Il n'y a aucune raison en effet d'amender le texte, comme le faisait Fitting<sup>3</sup> en lisant *scripta et consuetudinaria* et en rapportant ces adjectifs au substantif *voluntas*. Reste en revanche digne de remarque l'origine martinienne de cette formulation, très différente de ce que l'on trouve par exemple chez Gratien, qui réserve le terme de *jus* à la coutume in *scriptis redacta*, la *consuetudo* n'englobant, au sens strict du mot, que des sources non écrites<sup>4</sup>; digne de remarque dans la mesure où Martinus est resté bien timide dans ses développements sur la coutume, à laquelle il n'a pas osé accorder de valeur *contra legem*.

Quoi qu'il en soit, la formule était promise à un succès aussi rapide qu'éclatant. La pratique italienne, tout d'abord, s'en est emparée. On se contentera d'évoquer ici l'une des plus anciennes consultations connues émanant de civilistes; il s'agit d'un mémoire anonyme rédigé en 1147 lors d'un conflit opposant le chapitre de Vérone au comte de Ronco. Dans cette pièce, publiée par J. Ficker<sup>5</sup> et récemment replacée dans son contexte historique par A. Padoa Schioppa<sup>6</sup>, on lit, au milieu d'une série de passages inspirés par le droit savant, la proposition

possessionem ipsius castri sibi esse restituendam jure consuetudinario.

Mais c'est surtout hors d'Italie que l'expression «droit coutumier» a trouvé fortune. Certains des plus précoces parmi les écrits savants de la zone provençale s'en font l'écho. Telle la *Summa Justiniani est in hoc opere*, publiée par P. Legendre et que nous croyons pouvoir affecter au milieu rufien de Valence ou de Die aux alentours de 1130. On y retrouve en effet<sup>7</sup> le prologue *De jure tractaturus* presque inchangé, et notamment la proposition indiquée plus haut, pourvue d'ailleurs d'une lecture *sive scriptam sive consuetudinariam* grammaticalement impossible.

2 *Biblioteca iuridica medii aevi*, t. I, 2.<sup>e</sup> éd., Bologne, 1913, p. 4.

3 *Eine Summa Codicis des Irnerius?* in *Zeitschr. der Savigny Stiftung, Rom. Abt.* 36 (1915), p. 394.

4 *Dict. post D.* 1, c. 5.

5 *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*, t. IV, 1874 (rééd. Aalen, 1961), n.<sup>o</sup> 116, p. 159.

6 *Sur le rôle du droit savant dans quelques actes judiciaires italiens des XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles*, in *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques, actes du colloque de Montpellier*, Milan, 1979, pp. 362-364.

7 Chap. 1 § 1, éd. P. LEGENDRE, Francfort, 1973, p. 23.

Beaucoup plus remarquable apparaît le traitement par lequel Géraud, l'auteur provençal de la *Summa Trecensis* <sup>8</sup> applique au droit coutumier quelques mots tirés de ses sources antiques:

Ius autem consuetudinarium non solum urbis Romae, sed etiam cuiusve oppidi recipiendum est.

La proposition figure d'ailleurs dans un passage d'inspiration nettement martinienne, où l'auteur renonce à donner valeur à la *consuetudo contra legem*. Plus loin, il est vrai, Géraud se contredit en adoptant le point de vue bien plus audacieux de Bulgarus: incohérence manifeste d'un auteur qui a voulu, ici comme ailleurs, insérer dans une deuxième version de son oeuvre ce qu'il avait appris récemment de glossateurs et qu'il ignorait dans un premier état de sa Somme, aujourd'hui perdu mais dont *lo Codi* s'est inspiré.

En tout cas l'enseignement de Géraud n'est pas resté isolé. On commence depuis peu à observer la présence dans divers manuscrits de gloses qui sont extraites de la *Summa Trecensis*, mais dont le sigle *g* qui les accompagne a longtemps trompé la critique; le passage relatif à la coutume ne fait pas exception. Pour n'en citer qu'un, le manuscrit Berlin, Staatsbibl. Preussischer Kulturbesitz lat. fol. 236 porte, au f.<sup>o</sup> 227 rb:

Audisti de jure non scripto, id est consuetudinario.

Certes cette glose interlinéaire, située à hauteur de la rubrique, est dépourvue de sigle. Elle appartient toutefois à la couche la plus ancienne, contemporaine du type de gloses de Rogerius-Albericus signalé par G. Dolezalek <sup>9</sup>, voire même encore antérieure. Surtout, le même manuscrit porte au Code 2.18.20.1, la glose *de gestis et gerendis tenetur, et hoc est quod sequitur secundum g* <sup>10</sup> et cette fois le passage est bien inspiré par le chapitre II. 8 § 9 de la *Summa Trecensis*. On est donc en droit d'y voir un reflet de l'enseignement de *Geraudus*, comme on en trouve plusieurs dans le manuscrit 408 du même fonds berlinois.

Des civilistes, la locution «droit coutumier» passe chez les canonistes, et surtout les canonistes non italiens, à qui, il est vrai, Gratien fournissait à la

---

<sup>8</sup> Chap. VIII. 48 § 2, éd. H. FITTING, Berlin, 1894 (rééd. Francfort, 1971), p. 306.

<sup>9</sup> *Repertorium manuscriptorum veterum Codicis Iustiniani*, t. I, Francfort, 1985, pp. 148 et s.

<sup>10</sup> Cf. G. PESCATORE, *Kritische Studien*, in *Beiträge zur mittelalterlichen Rechtsgeschichte IV*, Greifswald, 1896 (rééd. Turin, 1967), pp. 167-168.

fois l'expression *jus consuetudinis*<sup>11</sup> et l'équivalence isidorienne entre *consuetudo* et *jus quoddam moribus institutum*. On ne s'étonnera pas de trouver d'abord cette locution chez Etienne de Tournai, qui doit beaucoup à Rogerius et à certains écrits provençaux: *consuetudo*, glose la Somme au Décret sur ce mot, à la D. 1, c. 5, *id est jus consuetudinarium*<sup>12</sup>.

L'auteur inconnu, mais certainement français, qui écrit, vers 1170, la *Summa Parisiensis* (*Magister Gratianus in hoc opere*), sait de son côté combiner la locution empruntée à Etienne avec l'opposition, déjà marquée par Abélard<sup>13</sup>, entre le *jus naturale* et les deux sources de ce que les canonistes vont appeler le droit positif:

Differentiam ostendit inter effectus juris naturalis et constitutionis sive consuetudinarii...

Le même thème est repris et développé, quelques années plus tard, par la personnalité complexe —un Parisien ayant sans doute enseigné à Cologne, mais assez au courant d'une particularité linguistique anglaise pour que l'on puisse en faire un auteur insulaire— à la plume de qui l'on doit la *Somme Antiquitate et tempore*<sup>14</sup>:

Assignavit supra differentiam juris naturalis cetera jura, scil. jus consuetudinarium, quod est jus non scriptum, et jus constitutionis, quod est jus scriptum, dicens ipsum inter omnia jura precellere et tempore et dignitate. Consequenter ejusdem ad alia jura assignat differentiam secundum effectum, dicens hunc esse effectum juris naturalis quod omnia sint omnibus communia. Set secundum jus consuetudinis vel constitutionis aliqua sunt propria, hoc meum, illud alterius.

Dans les années 1175 à 1178, la *Somme Imperatorie maiestati* (*Monacensis*), écrite en Carinthie mais d'inspiration manifestement française et même, pour ce qui est du droit civil, provençale, pose l'équation

11 Voir sur ce passage St. GAGNER, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm—Uppsala—Göteborg, 1960, pp. 216 et s. Notons d'autre part que Cicéron évoque les «iura consuetudinis» (*In Verr.* 4.122).

12 Ed. Fr. von SCHULTE, Giessen, 1891 (rééd. Aalen, 1965), p. 9. Ceci n'est pas repris par la *Summa Coloniensis* dans son traitement de la matière (éd. Fransen-Kuttner, t. I, New-York, 1969, § 16, p. 4).

13 Voir St. KUTTNER, *Sur les origines du terme «droit positif»*, in *Rev. hist. de droit français...*, 4e s., t. 15 (1936) (auj. dans *The history of ideas and doctrines of canon law in the Middle Ages*, Londres, 1980, n.º III), pp. 729 et s.

14 Ce passage, comme le précédent, est publié par St. KUTTNER, *Gratian and Plato*, in *Church and government in the Middle Ages, Essays presented to C.R. Cheney*, éd. C.N.L. Brooke et autres, Cambridge, 1976 (auj. dans *The history cit.*, n.º XI), p. 110 (à partir de l'édition Mac Laughlin et du ms. Bamberg Can. 36 pour le premier, du ms. Goettingue 159 pour le second).

Idem est justitia positiva et jus consuetudinarium.

Le droit coutumier prend ici la place que tenait la *disciplina morum* chez Hugues de Saint-Victor, comme l'a remarqué St. Kuttner<sup>15</sup>; mais nous pouvons ajouter que la substitution s'est opérée par emprunt au moins indirect à la *Summa Trecensis*, peut-être par l'intermédiaire d'Etienne de Tournai.

Un autre écrit canonique, la *Summa Et est sciendum*, composée dans le milieu parisien entre 1179 et 1187, traite du *jus consuetudinarium* dans les termes suivants<sup>16</sup>:

Jus civile est quod quaque civitas sibi constituit. Ex hoc habes quod qualibet civitas potest jus condere, quod jus civile civitatis illius dicitur. Nam si consensu civium potest consuetudo constitui et dicitur jus consuetudinarium, eadem ratione de jure civile potest dici.

J. Gaudemet a remarqué<sup>17</sup> que le texte s'écarte d'Isidore de Séville; E. M. Meijers y voyait l'influence de Placentin<sup>18</sup> mais on a peine à imaginer que le glossateur ait ici servi de source, alors que le titre VIII.56 de sa *Summa Codicis* évite d'alléguer le *jus consuetudinarium*. Il est en tout cas bien certain qu'*Et est sciendum* appartient au courant hostile à la validité de la coutume *contra legem*, dont Placentin est un des représentants: *consuetudo civitatis, si juri est contraria, nulla est*, poursuit la Somme canonique, qui reconnaît cependant que, selon *alii*, la coutume peut déroger à la loi dans le lieu où elle a été «instituée», faisant ainsi allusion à une célèbre dissension entre glossateurs.

Les civilistes et les canonistes anglais on très tôt tenu, dans cette dissension, pour la thèse bulgarienne favorable à la coutume. Rien d'étonnant par conséquent à ce qu'il manient avec aisance le concept du droit coutumier, au fond à l'origine de la «common law». Alanus Anglicus, par exemple, évoque les princes *quorum est imperatorem eligere ex jure consuetudinario*<sup>19</sup>. Quant à Bracton<sup>20</sup>, il fait du droit coutumier l'une des acceptions possibles du *jus*

---

15 *A forgotten definition of justice*, in *Studia Gratiana XX* (1976) (auj. dans *The history cit.*, n.º V), p. 87 et n. 49.

16 Ed. du passage par GILLMANN, in *Arch. f. kath. Kirchenrecht* 107 (1927), p. 236.

17 *La contribution des romanistes et des canonistes médiévaux à la théorie moderne de l'Etat*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Br. Paradisi*, t. I, Florence, 1982, p. 29, n. 117.

18 Dans une recension sur S. MOCHI ONORY, aujourd'hui in *Etudes d'histoire du droit*, t. IV, Leyde, 1966, p. 208.

19 Cf. Fr. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, Florence, 1945, p. 56.

20 *De legibus et consuetudinibus Angliae*, éd. G. E. WOODBINE, trad. S.E. Thorne, t. II, Cambridge, Mass., 1968, p. 27, § *Quod sit ius civile*.

civile, ce qui amène à supposer une influence exercée par *Et est sciendum*, dont précisément St. Kuttner a noté<sup>21</sup> la marque sur l'école anglo-normande:

Jus autem civile, quod dici poterit jus consuetudinarium, pluribus modis ponitur. Uno modo pro statuto cujuslibet civitatis. Alio modo dicitur jus civile id quod non est praetorium...

Mais le phénomène le plus remarquable dans la diffusion des termes «droit coutumier», est sans doute constitué par la vitesse avec laquelle celle-ci s'est opérée dans le langage de la pratique et des droits statutaires. A notre connaissance, la première manifestation s'en trouve au *Cartulaire du chapitre d'Agde*: le 7 juin 1133, l'évêque donne trois églises au chapitre, *salvo jure consuetudinario quod in aliis ecclesiis nostri episcopatus antecessores nostri habuisse videntur*<sup>22</sup>. Il est très remarquable que cet évêque soit Raymond de Montredon, le même prélat qui, devenu archevêque d'Arles, se dotera d'un entourage savant où figureront des personnages comme Nicolas Breakspear, le futur Hadrien IV, Raymond des Arènes, c'est-à-dire le canoniste *Cardinalis*, et Géraud, l'auteur de la *Trecensis*, sans parler de la silhouette évanescence de Rogerius. Ce n'est pas le lieu ici d'exploiter notre petite découverte; mais le fait que l'évêque Raymond —probablement originaire de Nîmes, d'où proviennent aussi deux chanoines témoins à la donation—, sache manier un concept aussi nouveau que celui du *jus consuetudinarium* dès 1133, et avant même de se retrouver dans le milieu arlésien, vient compliquer encore l'histoire, déjà passablement obscure, propre au premier âge des juristes provençaux.

La donation agathoise n'est pas isolée au sein de la pratique méridionale. Sans prétendre à un relevé exhaustif des actes du temps, nous avons ainsi une pièce non datée, mais du douzième siècle, dans laquelle l'archevêque de Narbonne fait valoir son «droit coutumier» de perception de droits sur la collecte du vermillon<sup>23</sup>; le voisinage, apparemment étrange, d'une locution très moderne avec l'acception archaisante d'une *consuetudo* considérée comme un élément de la seigneurie banale, constitue une caractéristique de la

---

21 *Les débuts de l'école canoniste française*, in *Studia et doc. hist. et iuris* IV (1938), aujourd'hui dans *Gratian and the schools of law*, Londres, 1983, n.º VI, p. 197.

22 Ed. O. TERRIN, Nîmes, 1969, n.º 10, p. 21. J'observe que le document qualifie l'évêque de *pontifex*, ce qui, pour ne pas rester inconnu des scribes méridionaux, n'est pas dans la tradition des actes transcrits au cartulaire; et que cette particularité figure également aux actes n.º 11 et 381 de celui-ci, qui constituent les seules pièces où sont présents les chanoines Guiraud d'Esparron et Bertrand de Liouc.

23 Ed. G. MOUYNÈS, *Cartulaire de la seigneurie de Fontjoncouse*, in *Bull. de la commission archéologique de Narbonne I* (1877), n.º 26, p. 158.

diplomatique contemporaine, où par exemple de savants recours à l'équité forment le préambule d'aveux féodaux du type le plus traditionnel.

C'est à peu près la même observation que mérite un acte de la chancellerie capétienne des années 1156 ou 1157: Louis VII y concède divers avantages à Saint Pierre le Vif de Sens, de sorte à ce que les marchands, *consuetudinario jure*, puissent traverser les terres du monastère et trouver gîte<sup>24</sup>. Le document, qui ne paraît guère avoir attiré l'attention, constitue pourtant un des premiers témoignages d'apparition d'une terminologie savante dans cette chancellerie, puisqu'on y trouve aussi la formule *ab omni strepitu et judicariae potestatis nomine*.

Tenue pour un véritable *jus*, la coutume l'est aussi dans divers droits urbains, et dès le douzième siècle. Là encore, le recensement ne prétend pas à l'exhaustivité; deux textes en tout cas méritent d'être mis en valeur par leur précocité, encore que leurs horizons, badois pour l'un, catalan pour l'autre, soient bien éloignés. L'un et l'autre restent d'ailleurs de datation difficile.

Il s'agit d'abord du droit de Fribourg en Brisgau, que sa datation traditionnelle en 1120 a rendu célèbre depuis longtemps, mais dont précisément la remise en cause chronologique est de nos jours la source d'une discussion à «forte charge émotionnelle», comme l'écrit l'un des meilleurs connaisseurs de ce droit, Bernhard Diestelkamp<sup>25</sup>.

Dans son article 6, la charte attribuée à Conrad de Zähringen —et dont, observons-le, nous n'avons aucun témoignage assuré du contenu avant le «Stadtrodel» de 1218— dispose qu'en cas de conflit entre les bourgeois, le concédant tranchera, non pas selon son *arbitrium* ni celui du recteur, mais *pro consuetudinario et legitimo jure* de tous les marchands et, avant tout, de ceux de Cologne.

Beaucoup d'auteurs ont admis qu'il y avait ici l'un des plus anciens recours à un «droit coutumier» d'autant plus remarquable qu'il aurait été fait d'usages commerciaux; c'est ainsi que le met par exemple en valeur Siegfried Brie dans son livre classique sur le «Gewohnheitsrecht»<sup>26</sup>. Même en des temps plus récents, où la datation classique avait été remise en cause —et nous ne pouvons entrer là dans la discussion, qui est pour partie fondée sur l'authenticité de la concession du droit fribourgeois à Diessenhofen, en 1178—, plusieurs critiques, tout en admettant diverses adjonctions ultérieu-

---

<sup>24</sup> Ed. Ach. LUCHAIRE, *Etude sur les actes de Louis VII*, Paris, 1885, n.º 370, p. 405.

<sup>25</sup> *Die Freiburger Gründungsurkunde von 1120. Zum Stand der Diskussion in Alemannisches Jahrbuch*, 1979/80 (1983), pp. 1-20.

<sup>26</sup> *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Breslau, 1899 (rééd. Francfort, 1968), p. 215, n. 14.

res, ont maintenu cet article dans le noyau primitif, tel Walter Schlesinger<sup>27</sup>.

A partir d'une critique serrée, B. Diestelkamp nous paraît avoir fait décisivement justice de cette hypothèse au profit d'une élaboration à placer à la fin du siècle; bien évidemment, la diffusion de l'expression de «droit coutumier» nous semble confirmer cette prise de position. Ajoutons cette conjecture personnelle que l'apparition de consuls à Fribourg, autre élément de célébrité de ce droit urbain, est peut-être contemporaine de la rédaction de l'article 6, puisque les deux innovations nous semblent procéder d'un courant identique: l'imitation des régimes consulaires italiens emprunte les mêmes voies que la diffusion des droits savants. Ajoutons également que, même si son expression écrite s'en trouve rejetée cinquante ou soixante-dix ans plus tard, le droit fribourgeois n'en témoigne pas moins d'une belle avance sur la plupart des «Stadtrechte». Son expansion intéresse d'ailleurs jusqu'à la Savoie par l'intermédiaire des concessions des Zähringen, notamment à l'autre Fribourg: l'article 10 de la charte de Flumet en Faucigny (1228) reproduit la disposition qui nous intéresse<sup>28</sup>.

Passons maintenant à la Catalogne. L'article 142, selon le comput traditionnel, des Usages de Barcelone, fait dire à un concédant inconnu que, comme ses prédécesseurs, il punira *per legem consuetudinariam* les violateurs de trêve et les fabricants de fausse monnaie. On sait que la datation des divers éléments qui se sont intégrés aux *Usatici* pose de redoutables problèmes. Pourtant, l'hésitation n'est ici guère permise. Déjà Guillem de Brocà faisait de cet article l'oeuvre d'Alphonse le Chaste (1162-1196) et remarquait son absence au manuscrit de la Bibl. Nat., lat. 4792<sup>29</sup>; et Valls-Taberner n'a pas pensé autrement<sup>30</sup>. Tout récemment, l'édition, par les soins de Joan Bastardas<sup>31</sup> du manuscrit de l'Arxiu de la Corona d'Arago dit manuscrit K, a montré que cette version, certes traduite en catalan mais plus proche de l'archétype rédigé en 1150 ou peu avant, n'offre rien qui se rapproche de l'article 142.

Autrement dit, les droits fribourgeois et barcelonais, une fois ramenés à

---

27 *Das älteste Freiburger Stadtrecht*, in *Zeitschr. der Savigny Stiftung, Germ. Abt.* 83 (1966), pp. 63-116.

28 Cf. J. Y. MARIOTTE, *La charte de fondation de Flumet (1228), source du droit de Fribourg*, in *Mémoires de la Société d'histoire du droit... des anciens pays bourguignons, comtois et romands* 30 (1970-1971) (= *Etudes... Georges Chevrier*), pp. 73-92. Sur le droit de Fribourg en Suisse, cf. B. de VEVEY, *La Handfeste de Fribourg*, *ibid.* 26 (1965), pp. 157-191.

29 *Historia del derecho de Cataluña...*, t. I, Barcelone, 1918 (rééd. *ibid.*, 1985), p. 135.

30 *El problema de la formació dels Usatges de Barcelona*, aujourd'hui dans *Los Usatges de Barcelona. Estudios, comentarios y edición...*, Barcelone, 1984, p. 16.

31 *Usatges de Barcelona. El Codi a mitjan segle XII*. Barcelone, 1984. Un jugement de l'année 1151 utilise l'expression de *lex usuaria* pour distinguer les Usages (*ibid.*, p. 12).

leur chronologie probable, contiennent des renvois à peu près contemporains, l'un au *jus consuetudinarium*, l'autre à la *lex consuetudinaria*. N'y voir qu'une simple coïncidence nous semblerait insuffisant. Après tout, les deux textes, en dépit de leur inégale étendue, sont à porter au nombre, somme toute bien restreint, des chartes urbaines où se font jour les premiers signes par lesquels se manifeste la culture savante: consuls, voire *arbitrium* dans le premier cas, recours aux *leges* et emprunts au Livre de Tubingue dans le second.

Droit coutumier, loi coutumière, peu importe en définitive le terme exact. Dans son essentiel, la fortune de ces locutions tient à une sorte de conceptualisation de la coutume, devenue une source incontestée du droit. L'empreinte des premiers glossateurs y est évidente; la formule est née sans doute sous la plume de Martinus, tandis que sa diffusion revient à Géraud et à sa *Summa Trecensis* dont l'influence sur les milieux parisiens, anglo-normands et rhénans mérite une complète réévaluation. En sorte que ce sont les canonistes, et ceux de Paris en particulier, qui tirent les enseignements majeurs de cette percée des civilistes, ainsi que le fait s'est si souvent produit.

Comme en tant d'autres domaines, les premiers glossateurs ont divulgué un ensemble de normes savantes, mais laissé, à mots couverts, la porte entrebâillée à l'innovation. Les plus célèbres diffuseurs de la science bolonaise ne s'y trompent pas: bien avant les Orléanais, le *jus consuetudinarium* viendra sous la plume aussi bien d'Accurse<sup>32</sup> que de Johannes Teutonicus<sup>33</sup>.

Le témoignage le plus original n'en est pas moins offert par le bien moins illustre professeur de Padoue que fut Guillelmus Vasco; glosant le terme *legibus* dans la décrétale *Super speculam*<sup>34</sup>, ce canoniste, probablement originaire de Gascogne et qui étudia à Bologne<sup>35</sup>, remarquait:

Bene dicit ad differentiam Lombardae qua utuntur. Utuntur etiam jure consuetudinario sive generali sive speciali quod pro lege accipitur.

Ce passage, en dehors du fait qu'il s'inspire manifestement, selon nous, de Jean Bassien, comme l'attestent tant la distinction *generalis-specialis* que

---

32 Gl. *ergo* sur Dig. 1.3.40.

33 Gl. sur D.1 *ante* c.1; cf. Br. TIERNEY, *Origins of papal infallibility*, Leyde, 1972, p. 20 et n. 2.

34 Cf., après W. Ullmann, St. KUTTNER, *Papst Honorius III. und das Studium des Zivilrechts*, in *Festschrift für Martin Wolff*, Tubingue, 1952, aj. dans *Gratian cit (supra. n. 21)*, p. 97, n. 78.

35 Sur la vie et les tendances de cet auteur, dont le professorat a commencé entre 1222 et 1226, voir A. M. STICKLER, *Der Dekretist Willelmus Vasco und seine Anschauungen über das Verhältnis der beiden Gewalten*, in *Etudes... Gabriel Le Bras I*, Paris, 1965, notamment p. 717 et n. 46.

l'allusion à la *Lombarda* <sup>36</sup>, présente un intérêt majeur: il symbolise un discret changement d'acception dans l'histoire du *jus consuetudinarium*. Celui-ci reste sans doute antithétique aux *leges*; mais ce n'est plus dans le cadre abstrait d'une théorie des sources du droit que s'inscrit la distinction, et nous sommes désormais bien loin de la *consuetudo cujusve oppidi* dont se réclamaient les premières générations de glossateurs. Par voie de conséquence, l'accent se trouve mis, non plus sur l'élaboration de la coutume ni sur sa légitimité, mais sur son application (*utuntur*), et donc inévitablement sur les populations et les espaces qui s'y trouvent soumis, comme ne manquera pas de l'observer Hostiensis <sup>37</sup>. En quelque sorte, le *jus consuetudinarium* n'est plus seulement la norme d'origine étrangère aux droits savants; il devient le droit même des pays coutumiers.

---

<sup>36</sup> Voir la glose publiée par Enn. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, t. II, Milan, 1964, p. 236, n. 177.

<sup>37</sup> Cf. St. KUTTNER, op. cit. (*supra*, n. 34), p. 98, n. 82: *...et breviter excepta Italia et regno Arelatensi nullae aut paucae provinciae sunt quae jure civili regantur, licet utantur argumentis ipsius propriis deficientibus consuetudinibus et statutis...*