



HAL
open science

Argumentation et motivation dans les recueils d'arrêts des cours souveraines de France. L'exemple du parlement de Flandre (fin XVIIe - début XVIIIe siècle)

Serge Dauchy, Véronique Demars-Sion

► To cite this version:

Serge Dauchy, Véronique Demars-Sion. Argumentation et motivation dans les recueils d'arrêts des cours souveraines de France. L'exemple du parlement de Flandre (fin XVIIe - début XVIIIe siècle). *Juristische Argumentation - Argumente der Juristen*, 2006, Wetzlar, Allemagne. pp.127-151. halshs-00666989

HAL Id: halshs-00666989

<https://shs.hal.science/halshs-00666989>

Submitted on 6 Feb 2012

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.

Argumentation et motivation dans les recueils d'arrêts des cours souveraines de France
L'exemple du parlement de Flandre (fin XVII^e - début XVIII^e siècle)
Serge Dauchy et Véronique Demars-Sion

Page | 1

Le droit de la France d'Ancien Régime se caractérise par l'extrême diversité de ses sources.¹ Certes, le royaume, comme la plupart des pays d'Europe – du moins continentale – laisse une large place au *ius commune*, c'est-à-dire au droit romain revu et corrigé par le droit canon, mais son droit dépend principalement des coutumes, de la doctrine et surtout de la législation, dont l'importance n'a fait que croître depuis la fin du Moyen Age. La monarchie a d'ailleurs sans cesse cherché à développer son pouvoir normatif, sans cependant réussir à imposer la législation royale comme source unique du droit. Ce pluralisme des sources explique que le droit de l'Ancien Régime soit avant tout un *droit des juristes offrant de larges marges d'appréciation aux juges*.² Pour exercer cette appréciation, les juges sont souvent amenés à peser le poids respectif des différentes sources formelles du droit, voire à trancher les contradictions qui peuvent exister entre elles. Leur décision apparaît donc comme le résultat d'une « argumentation ». Il n'en subsiste malheureusement aucune trace, contrairement à l'argumentation des plaideurs dont les archives du parlement de Paris ont conservé la trace depuis la fin du XIV^e siècle. Dans les registres des plaidoiries sont en effet consignés les arguments de droit et de fait allégués par les avocats, tout comme ceux développés par le Ministère public dans ses réquisitoires. Ces arguments sont d'ailleurs souvent repris – quoique toujours expurgés des allégations de droit romain – dans les décisions que rend la Cour, ainsi qu'on peut le vérifier dans les registres des arrêts et jugés.³ Si, au cours de la première moitié du XVI^e siècle, les greffiers abandonnent l'usage de retranscrire les plaidoyers *in extenso* dans des registres particuliers, on peut néanmoins retracer l'évolution de l'argumentation juridique des avocats à partir des factums et mémoires qui connurent une grande vogue à la fin de l'Ancien Régime. En revanche, aucune source ne permet de reconstituer le raisonnement juridique des juges ou l'argumentation qui sous-tend leurs jugements. Sous l'Ancien Régime, l'usage veut en effet que les décisions judiciaires ne soient pas motivées et il est par ailleurs interdit aux juges de dévoiler d'éventuelles divergences d'opinion.⁴ En résumé, les magistrats sont tenus de garder le secret sur leurs

¹ Ce n'est pas vraiment là une spécificité française mais bien plutôt un phénomène européen : cf. J.L. Halpérin, *Histoire des droits en Europe*, Paris 2004, p. 18 sq.

² J.-L. Halpérin, *op. cit.* note 1, p. 25 : ces juges sont qualifiés d'« *oracles du droit* ». Dans le même sens voir J.-P. Dawson, *The oracles of the Law*, University of Michigan 1968 qui, comme l'indique le titre de son ouvrage, parle d'« *oracles de la loi* ».

³ S. Dauchy, *Les appels flamands au Parlement de Paris. Regestes des dossiers de procès reconstitués d'après les registres du Parlement et les sources conservées dans les dépôts d'archives de Belgique et du Nord de la France*, Bruxelles 1998 (Commission royale pour la publication des Anciennes Lois et Ordonnances de Belgique, Recueil de l'ancienne Jurisprudence de la Belgique, 1^{re} série).

⁴ Sur le principe du secret des délibérés (imposé par une ordonnance de 1344) et sur l'absence de motivation des décisions de justice dans l'ancienne France, voir S. Dauchy et V. Demars-Sion, *La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit français : principe ou usage ?*, in: *Revue historique de droit français et étranger* 82 (2), 2004, p. 223-239.

délibérations et ils doivent par conséquent s'abstenir de révéler à quiconque les arguments invoqués lors du débat dont est sortie leur décision.⁵

Cette absence de motivation fait toutefois obstacle à l'affirmation de précédents et empêche de ce fait la formation d'une véritable jurisprudence. C'est la raison pour laquelle les cours souveraines ont accepté puis encouragé la réalisation de recueils d'arrêts qui, à la faveur du développement de l'imprimerie, assureront à la fois la publicité des décisions et la révélation de leurs motifs. Plusieurs auteurs et imprimeurs vantent d'ailleurs l'intérêt et l'originalité de cette nouvelle littérature juridique en affirmant que celle-ci dévoile les motifs des arrêts qui y ont été recueillis.⁶ Il y a toutefois lieu d'être prudent à leur égard. Rien, en réalité, ne garantit que les auteurs, qui sont généralement des avocats, connaissent réellement les motifs ayant déterminé les juges⁷ et les observations fouillées que livrent les arrestographes à partir de quelques cas d'espèce traduisent souvent un exercice doctrinal par lequel on cherche à construire des « raisonnements » *a posteriori*.⁸ Les éditions préparées par des magistrats, comme celle de Claude Leprestre, qui rassemble principalement des arrêts de la cinquième chambre des Enquêtes du parlement de Paris que l'auteur présida pendant plusieurs années,⁹ lèvent parfois le voile quant aux *moyens sur lesquels les juges se sont déterminés*, mais elles ne révèlent pas pour autant l'argumentation qui sous-tend leur décision, ce qui aurait été contraire au secret des délibérations imposé et répété tout au long de l'Ancien Régime par les ordonnances royales.

Le parlement de Flandre fait à cet égard figure d'exception. Les recueils dans lesquels est livrée la jurisprudence de la Cour présentent en effet quelques particularités notables (I). Certains de leurs auteurs, tel Ladislas-Joseph de Baralle, n'hésitent pas à divulguer la diversité des opinions des juges ; en

⁵ La seule exception à ce secret résidait dans les arrêts dits « de robe rouge » prononcés dans des affaires jugées importantes, c'est-à-dire des arrêts pour lesquels le premier président, après avoir lu le jugement, donnait oralement quelques explications publiques. Mais, comme le souligne J. Poumarède, *Les arrêtistes toulousains*. In: *Les parlements de Province. Pouvoirs, justice et société du XV^e au XVIII^e siècle*, J. Poumarède et J. Thomas (dir.), Toulouse 1996, p. 371 : *il s'agissait moins d'une formulation des motifs que d'une dissertation qui offrait à certains l'occasion de faire étalage de leur érudition juridique et plus souvent littéraire*.

⁶ N. Derasse, *La mise en valeur des recueils d'arrêts et des dictionnaires de jurisprudence à travers les préfaces*. In: *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence, XVI^e-XVIII^e siècles*, S. Dauchy et V. Demars-Sion (dir.), Paris, La Mémoire du droit, 2005, p. 41-68.

⁷ Sauf lorsque ces avocats profitaient des confidences de quelque magistrat, comme l'arrêtiste bourguignon François Perrier : la plupart des arrêts qu'il a recueillis ont été rendus sous l'autorité de Nicolas Brulard, Premier président du parlement de Dijon – chez qui François Perrier logeait – et ce grand magistrat ne craignait pas de lui révéler comment la Cour avait rendu son verdict. Cf. M. Petitjean, *Regards sur l'arrestographie bourguignonne*. In: *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence*, *op. cit.* note 6.

⁸ J. Hilaire, *Questions autour de la jurisprudence des arrêts*. In: *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence*, *op. cit.* note 6, note à ce propos que *comme il faut tenter de restituer la motivation des arrêts, les auteurs qui les rapportent sont incités alors à introduire des raisonnements et à ne pas s'en tenir aux seuls faits. Plus précisément encore, on entend distinguer clairement la portée des raisonnements par rapport aux faits, comme le fait l'auteur du recueil de Catellan, car les premiers orientent vers les principes tandis que les seconds sont là pour rappeler les circonstances particulières de l'espèce*.

⁹ Cl. Le Prestre, *Questions notables de droit décidées par plusieurs arrêts de la Cour de Parlement et distribuées par centuries... avec les arrestés de la cinquième Chambre des Enquestes du Parlement de Paris*, Paris 1645.

violant ainsi ouvertement le secret des délibérés, ils exposent par la même occasion l'argumentation sur laquelle les magistrats fondent leurs décisions (II).

I.

Les recueils d'arrêts du parlement de Flandre, une arrestographie atypique

Le parlement de Flandre a été créé de toutes pièces par Louis XIV à la fin du XVII^e siècle, à la suite de la guerre de Dévolution qui a permis à la France d'étendre sa domination territoriale sur une partie des Pays-Bas espagnols. D'abord qualifiée de « Conseil souverain », la nouvelle juridiction est devenue « Conseil supérieur » avant de se voir finalement reconnaître en 1688 le titre de « Parlement », normalement attribué aux cours souveraines de France.¹⁰ Le parlement de Flandre se trouve dans une situation tout à fait particulière par rapport à celle de la plupart de ses homologues français. D'une part, les conflits entre les diverses sources du droit y sont plus prononcés qu'ailleurs. Le droit de ces territoires rattachés tardivement à la couronne est en effet marqué d'abord par la très grande diversité de leurs coutumes et l'autorité indéniable du droit savant mais aussi par une importante législation d'abord communale¹¹ puis, à partir du XV^e siècle, également princière.¹² Cette législation diverge à de nombreux égards des ordonnances royales. On peut dès lors parler d'un conflit de traditions juridiques tant la tradition des anciens Pays-Bas méridionaux s'oppose sur bien des points à celle du royaume de France. D'autre part, cette juridiction souveraine nouvellement créée ressent de manière sans doute beaucoup plus aiguë que les parlements existant de longue date la nécessité de faire connaître les bases sur lesquelles s'appuient ses décisions, autrement dit la manière dont elle entend fixer sa jurisprudence. Ainsi

¹⁰ Sur l'histoire du parlement de Flandre, voir l'ouvrage de G.-M.-L. Pillot, *Histoire du parlement de Flandres*, 2 vol., Douai 1849. Ce parlement siègera à Tournai jusqu'en 1709 puis, quand la France perdra la ville à la suite de la guerre de Succession d'Espagne, il s'établira provisoirement à Cambrai avant de s'installer définitivement à Douai en 1713. On consultera également les contributions consacrées au parlement de Flandre dans J. Poumarède et J. Thomas (dir.), *op. cit.* note 5 : J. Lorgnier, *Cour souveraine et parlement de Tournai, pièce maîtresse de l'ordre judiciaire français dans les anciens Pays-Bas* (p. 141-164) ; R. Martinage, *Pouvoir royal et justice au parlement de Tournai, 1686-1709* (p. 165-190) et V. Demars-Sion, *Le parlement de Flandres, protecteur ou fossoyeur des particularismes locaux ?* (p. 191-214).

¹¹ Voir les contributions concernant les Pays-Bas dans J.-M. Cauchies et E. Bousmar (dir.), *Faire bans, edictz et statutz. Légiférer dans la ville médiévale. Sources, objets et acteurs de l'activité législative communale en occident, ca. 1200-1550*, Bruxelles 2001 (publications des Facultés universitaires Saint-Louis 87).

¹² J.-M. Cauchies, *Oyez et faites paix... De Baudouin de Constantinople à Joseph II : six siècles de législation aux anciens Pays-Bas*, in: *Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques de l'Académie royale de Belgique*, 6^e série, t. XIV, Bruxelles 2003, p. 287-309.

s'explique sans doute l'importance de la littérature arrêteste de ce parlement de province (A) et la particularité de certains des recueils réunissant des arrêts du parlement de Flandre (B).

A. L'arrestographie du parlement de Flandre

C'est dans les années 1690 que plusieurs membres de la Cour, alors installée à Tournai, se mettent à consigner dans des manuscrits les principales décisions rendues. On dispose pour le parlement de Flandre de six recueils d'arrêts imprimés, auxquels il faut ajouter plusieurs compilations demeurées manuscrites ainsi que des commentaires de coutumes – édités ou inédits – dans lesquels sont également rapportés nombre d'arrêts. Le plus ancien recueil imprimé est l'œuvre de Mathieu Pinault, seigneur des Jaunaux. Son *Recueil d'arrests notables du Parlement de Tournay* paraît à Valenciennes en 1702 et il sera complété par une *Suite des arrests notables du parlement de Flandres* éditée à Douai en 1715. L'objectif de l'auteur – le seul à faire publier son œuvre de son vivant – est clairement de fixer la jurisprudence du nouveau parlement. Comme il l'expose dans son propos introductif, intitulé « Au lecteur » : *Ces ouvrages peuvent aussi beaucoup contribuer à empêcher la variété et la contrariété des arrests ; parce que rendant la jurisprudence d'une Cour supérieure plus connue dans son Ressort, ils la rendent plus constante, ils en fixent les maximes et en assurent les principes*. En tout, Mathieu Pinault rapporte, dans un ordre strictement chronologique, cinq cents arrêts qui couvrent la période allant du 23 octobre 1694 au 9 juillet 1714.¹³ Le deuxième recueil imprimé est celui de Jacques Pollet. Ses *Arrêts du parlement de Flandre sur diverses questions de droit, de coutume et de pratique, ouvrage utile pour l'intelligence des coutumes et usages du pays* paraissent à Lille en 1716, trois années après sa mort, grâce à l'intervention d'un ami auquel l'auteur avait lui-même confié son travail en mourant ; c'est aussi cet ami – dont on ignore l'identité – qui rédigera la préface de cet ouvrage posthume. Le recueil de Jacques Pollet est divisé en trois parties distinctes. La première comporte trente-huit arrêts prononcés par la Cour sur *des questions choisies et importantes* ; la deuxième se présente sous la forme d'un commentaire dans lequel sont interprétés, à la lumière des décisions du parlement, des articles choisis dans les coutumes du ressort de la Cour ; la troisième partie donne, pour reprendre les termes de la préface, *de simples arrêtez sur des point generaux, soit d'usage, de procédure ou de pratique*, en tout cent vingt-huit arrêts présentés dans l'ordre alphabétique des matières traitées. Il s'agit pour l'essentiel de décisions prononcées au cours du dernier tiers du XVII^e siècle et de la première décennie du XVIII^e siècle. La structure de l'ouvrage trahit les buts poursuivis par son auteur : Jacques Pollet ne cherche pas tant à fixer la jurisprudence qu'à réduire les inconvénients qui proviennent *de cette multitude de Loix et de Coütumes si*

¹³ Le *Recueil d'arrests notables*, qui se divise en deux tomes (en un ou deux volumes), comprend 300 arrêts : le premier arrêt rapporté est du 23 octobre 1693, le dernier du 15 juin 1707. La *Suite des arrests notables* se divise également en deux tomes (en un volume) et comprend deux cents arrêts rendus entre le 10 mars 1701 et le 9 juillet 1714.

différentes et si contraires.¹⁴ Enfin, en 1773 paraît à l'initiative de J.-B. Henry, imprimeur-libraire à Lille, un *Recueil d'arrêts du parlement de Flandre* en deux tomes. Le premier des deux tomes est consacré aux arrêts recueillis par Antoine-Augustin Dubois d'Hermaville. Ses cent vingt-deux arrêts – prononcés pour la plupart entre 1689 et 1692 – sont pourvus de longs commentaires dans lesquels l'auteur allègue de la législation, du droit romain, des auteurs de doctrine (tant française que des Pays-Bas) et la jurisprudence des parlements de France comme celle du Grand Conseil de Malines. Dans le second tome sont réunis les arrêts de Ladislas de Baralle (quatre-vingt-douze décisions, principalement des années 1689-1691¹⁵) et ceux de Robert de Flines (soixante et onze arrêts prononcés par la Cour entre novembre 1690 et avril 1702¹⁶). On y trouve également cinquante-sept brèves résolutions du Conseil souverain de Tournai des années 1671-1686 recueillies par Jean-Baptiste de Blye et, du même auteur, des arrêtés sur différents articles de l'ordonnance criminelle de 1670 ainsi qu'un petit commentaire de neuf pages sur quelques articles des coutumes de la Salle, bailliage et châtelainie de Lille.

Ces « recueils d'arrêts » sont à maints égards différents de ceux que l'on rencontre à la même époque dans le reste du royaume. Ils présentent deux particularités majeures. D'abord, ils sont tous l'œuvre de magistrats.¹⁷ Robert de Flines, qui était conseiller pensionnaire des prévôts et jurés de Tournai, fut nommé procureur général au Conseil souverain le 8 juin 1668, l'année même où Louis XIV institua ledit conseil à Tournai par édit du mois d'avril. Un arrêt du Conseil d'Etat du 22 novembre 1669 étant venu restreindre les attributions du procureur général,¹⁸ de Flines renonça à sa charge et fut élu conseiller;¹⁹ sa

¹⁴ L'auteur (inconnu) de la préface souligne d'ailleurs : *Quoique cette Province soit d'une petite étendue, il n'y en a pourtant gueres dans le Royaume, où il y ait une si grande multiplicité de Loix... Toutes ces Coûtumes sont rédigées depuis plus d'un siècle, & cependant il ne s'est encore trouvé personne qui se soit appliqué à nous en donner une explication suivie... En effet, si l'intelligence des Coûtumes est la chose qui nous manque le plus, & qui nous soit pourtant si nécessaire, de quelle utilité ne doit point être un Commentaire tiré des décisions d'une Cour souveraine ?.*

¹⁵ Quelques arrêts plus anciens sont également rapportés ; il s'agit de brefs arrêts (XXIII-XXXIV) portant sur des questions de procédure.

¹⁶ Il convient de signaler que 55 arrêts sur 71 concernent les années 1690-1694. Une même cause est parfois rapportée sous des numéros différents lorsque divers points de droit y sont abordés.

¹⁷ Il s'agit là d'une particularité locale. En effet à cette époque, dans le reste du royaume, l'« arrestographie » est essentiellement devenue l'affaire des avocats : voir à ce propos les articles précités de J. Poumarède, in: *Les parlements de province...* (p. 382) et *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence* ; voir aussi l'article de M. Petitjean, *Les recueils d'arrêts bourguignon*. In: *Case-law in the Making. The techniques and methods of judicial records and law reports*, A. Wijfels (dir.), vol. 1 : *Essays*, Berlin 1997 (*Comparative studies in Continental and Anglo-American Legal History*, bd. 17/1), p. 267-276 (p. 269) et M. Petitjean, *Regards sur l'arrestographie bourguignonne*. In: *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence*, *op. cit.* note 6. Cela n'est pas surprenant car les avocats sont les premiers intéressés à connaître la « jurisprudence » : il y va de l'intérêt de leurs clients ! Mais, d'un autre côté, il est évident que les avocats sont nécessairement moins bien informés. Comme le souligne fort justement Ph. Godding, *Jurisprudence et motivation des sentences*. In: *Motivation des décisions de justice, études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers*, Bruxelles 1978, p. 37-67 (p. 63), leurs recueils sont donc a priori moins fiables.

¹⁸ Cf. *Recueil des édits, déclarations, lettres-patentes, etc...enregistrées au parlement de Flandres ; des arrêts du Conseil d'Etat particuliers à son ressort ; ensemble des arrêts de règlement rendus par cette Cour...*, 9 vol., Douai 1785-1788, t. 1, p. 81, n° 6 : cet arrêt interdit au procureur général, *sous quelque prétexte que ce soit, de faire d'autres fonctions dans le Conseil Souverain de*

réception eut lieu en janvier 1671. Jean-Baptiste de Blye, qui remplissait avant la conquête française l'office de premier conseiller au bailliage de la Salle de Lille, fut désigné comme premier président par l'édit de création et fut installé le 8 juin 1668 ; il exercera cette fonction pendant vingt-trois années. Jacques Pollet,²⁰ conseiller au bailliage de Tournai, fut reçu conseiller le 31 octobre 1689, le même jour qu'Antoine-Augustin Dubois d'Hermaville, ancien avocat au Conseil d'Artois ; ce dernier sera promu président à mortier en 1695. Ladislas de Baralle, subdélégué de l'intendant à Cambrai, fut d'abord reçu conseiller, le 7 décembre 1688, avant de devenir procureur général du parlement, le 23 juin 1691 ; il le restera jusqu'à sa mort, survenue en 1714. Quant à Mathieu Pinault des Jaunaux, il est entré au parlement comme conseiller le 3 octobre 1693 puis il exercera la fonction de président à mortier jusqu'en 1734, date de son décès. Ces magistrats étaient directement impliqués dans les affaires qu'ils relatent : ils ont souvent rapporté ou conclu dans ces causes ou, tout au moins, ils ont siégé dans la chambre qui a prononcé l'arrêt. Ainsi, Robert de Flines, qui à de rares exceptions près mentionne toujours le nom du rapporteur et celui du président et des conseillers qui ont rendu la décision, est intervenu personnellement dans au moins quarante-quatre des causes qu'il rapporte et ce chiffre est certainement en dessous de la vérité puisque dans un seul cas seulement il mentionne explicitement : *je ne fus pas présent à cet arrêt rendu sur la fin de juin 1694.*²¹ Parmi les autres conseillers nommément cités, on reconnaît Pollet, Dubois d'Hermaville et « Desjaunaux », ce qui explique pourquoi ces « auteurs » commentent souvent les mêmes causes. On remarque la même chose en parcourant le recueil de Ladislas de Baralle puisque vingt arrêts portent la mention *la matière mise en délibération à mon rapport* ou *le procès mis sur le Bureau à mon rapport*. Quant à Pinault des Jaunaux, il affirme également dans son avis « au lecteur » avoir sélectionné pour son recueil *Les plus notables d'entre* (les arrêts) *à la résolution desquels (il a) eu l'honneur de présider ou d'assister.*

Tournay, que celle de Procureur-Général ; ce faisant, il lui enjoint de respecter ce qui se pratique dans les Compagnies Souveraines du Royaume alors que jusque là le procureur général – s'abritant derrière l'usage qui s'observe dans la plupart des Conseils des Pays-Bas – prétendait prendre séance entre les Conseillers..., assister aux rapports, participer aux épices, & généralement faire toutes les fonctions de Conseiller, outre celle de Procureur-Général.

¹⁹ Il convient de rappeler ici que Louis XIV – fidèle aux engagements souscrits dans les capitulations par lesquelles il avait promis d'assurer aux populations conquises la jouissance de leurs anciennes lois, traditions et usages – composa le Conseil souverain de Tournai avec des juges flamands. Ceux-ci furent nommés par un brevet viager, selon l'usage des Pays-Bas où les charges de judicature étaient conférées à vie. Par la suite, la Cour se vit reconnaître – par un édit de 1670 – un droit de présentation en cas de vacance d'un siège, conformément aux principes applicables à l'institution des juges souverains dans les provinces d'origine espagnole. Mais par la suite, Louis XIV, soucieux de mettre un terme à ces particularismes locaux et pressé par des besoins d'argent, imposera, par un édit de mars 1693, au Parlement de Flandre le système français de la vénalité. Sur ce point, voir Pillot, *op. cit.* note 10, t. 1, p. 218 sq. et R. Martinage, Quelques aspects des relations du pouvoir royal et du Parlement de Tournai au début de son existence. In: Les juridictions supérieures, Nimègue 1994, p. 53-65 (p. 55 sq.).

²⁰ Voir la notice de M. Huisman, in: Biographie nationale publiée par l'Académie royale de Belgique XVII, Bruxelles 1903, col. 914-915.

²¹ Recueil d'arrêts du parlement de Flandres, t. II, p. 341, arrêt XLIX.

La seconde particularité de l'arrestographie flamande est d'être restée longtemps manuscrite. Exception faite des deux recueils imprimés au début du XVII^e siècle – celui de Pinault des Jaunaux et celui de Pollet – ces notes privées n'étaient pas destinées à être livrées au public et, sans l'initiative très tardive de l'imprimeur lillois Henry, elles n'auraient probablement jamais été éditées.²² C'est d'abord pour leur usage propre que les magistrats prenaient note des arrêts qui leur semblaient importants, soit parce que ceux-ci précisaient les règles de droit applicables dans tel ou tel cas, soit parce qu'ils interprétaient les dispositions des principales coutumes du ressort ou encore parce qu'ils étaient susceptibles de faire jurisprudence.²³ Dans les premières décennies de l'histoire du parlement de Flandre, de nombreux conseillers semblent avoir pris de telles notes de travail. C'est ce que laissent penser les propos de J.-B. Henry qui déclare chercher à rassembler (en vue de leur publication) *les copies des œuvres de MM. Hattu de Véhu...et le Couvreur*.²⁴ Bien qu'à usage personnel, ces manuscrits étaient toutefois laissés à la disposition de la « communauté judiciaire » locale. Ils étaient copiés et annotés par d'autres magistrats²⁵ et même des avocats pouvaient en disposer. Georges de Ghewiet, avocat au parlement et auteur des *Institutions du droit belge*, possédait ainsi un manuscrit intitulé *Arrêts du Parlement recueillis par Messieurs de Flines père, de Blie, Baralle, Heindericx, de Mullet père, Pollet, Dermaville et par moi*,²⁶ dont il s'est servi pour préparer, sous le titre

²² Ces manuscrits, rédigés à la fin du XVII^e siècle, ne seront publiés que près d'un siècle plus tard : cf. Recueil d'arrêts du parlement de Flandres, par MM. Dubois d'Hermaville, de Blye, De Flines, de Baralle, 2 t., Lille 1773.

²³ Cf. J. Hilaire, *op. cit.* note 8 : *en fait ceux qui apparaissent comme les auteurs n'avaient travaillé que pour eux-mêmes sans dessein de publication. Leur but était seulement de comprendre le sens des décisions de la cour à laquelle ils étaient attachés et la jurisprudence qui pouvait s'en dégager. Dans cette préoccupation ils ne se contentaient pas alors de réunir simplement des arrêts ; ils le faisaient à propos de questions de droit fréquentes en pratique ou particulièrement délicates et controversées. En somme ils constituaient des dossiers à leur usage personnel.*

²⁴ *Avertissement*, précité, p. III. Cette publication n'aura jamais lieu. On ignore ce que sont devenus les manuscrits de Hattu de Véhu ; la bibliothèque municipale de Douai conserve encore un exemplaire des *Arrêts et jurisprudence du parlement de Flandre recueillis par M. François Lecouvreur, chevalier, seigneur du Plisson...* (ms 1223). Maximilien Hattu de Véhu a été conseiller au parlement du 12 août 1697 jusqu'à sa mort, survenue en 1730. Quant à François Couvreur (ou Le Couvreur), il fut d'abord reçu substitut du procureur général (3 novembre 1686), puis conseiller (31 octobre 1689) et enfin président à mortier le 1^{er} mars 1705 ; il mourut en exercice en 1712. Cf. P.-A. Plouvain, Notes historiques relatives aux offices et aux officiers de la cour de parlement de Flandres, Douai 1809, p. 53 (art. 72) et p. 29 (art. 31). Dans les « Prolégomènes » de sa *Jurisprudence du parlement de Flandre* (ms. précité), de Ghewiet déclare avoir utilisé les *Notes, Mémoires, Dissertations, Commentaires, Fragments et Recueils manuscrits de Messieurs...Mullet, second Président ; ... Heindericx, de Mullet, ...de Burges et Crupilly, Conseillers* ; nous n'avons malheureusement pu retrouver aucune trace de ces manuscrits. Tous les magistrats cités ont exercé à la fin du XVII^e ou au début du XVIII^e siècle ; cf. P.-A. Plouvain, *op. cit. supra* : de Mullet (art. 93, p. 65-66), Hendricx (art. 74, p. 54), de Burges (art. 20, p. 22) et Tordreau de Crupilly (art. 118, p. 81).

²⁵ Dans l'*Avertissement* placé à la fin du second tome du *Recueil d'arrêts du parlement de Flandre*, p. I, J.-B. Henry déclare par exemple : *on ne s'est permis aucuns retranchemens dans les manuscrits dont on s'est servi & que l'on a comparé entre eux ; on a profité de quelques additions qui se trouvoient dans les copies les plus anciennes.*

²⁶ Bibliothèque municipale de Bergues, ms. 64. Voir à ce sujet G. van Dievoet, *Leven en werk van de Vlaamse jurist Georges de Ghewiet (1651-1745)*, in: *Les Pays-Bas français. Annales éditées par la Stichting ons Erfdeel*, 1983, p. 11-28.

Jurisprudence du parlement de Flandre, une nouvelle édition, commentée et enrichie de nouveaux arrêts, des *Arrests* de Jacques Pollet.²⁷

B. Deux « recueils » particuliers : les recueils de Flines et de Baralle

Parmi ces recueils d'arrêts du parlement de Flandre, deux présentent un intérêt tout particulier dans la mesure où leurs auteurs, Robert de Flines et Ladislas-Joseph de Baralle – qui au cours de leur carrière parlementaire exercèrent tous les deux les fonctions de magistrat du siège et du parquet – y proposent une analyse détaillée d'un certain nombre d'arrêts qui peut parfois paraître choquante quand on se réfère aux principes en vigueur à l'époque. En effet, ils n'hésitent pas à rapporter le débat qui a divisé, voire opposé, les juges et les motifs ou arguments qu'ils ont exposés à l'appui de leur position. Ce faisant, ils portent tout d'abord atteinte à l'usage de non-motivation. La révélation des motifs est parfois tellement flagrante que l'éditeur n'a pas hésité à inscrire en toutes lettres, et parfois en caractères plus grands pour bien la faire ressortir, la mention *Les motifs de l'arrêt sont les raisons suivantes* ou encore *Le motif de l'arrêt a été*.²⁸ Mais surtout, ils enfreignent délibérément l'obligation faite aux juges de garder le secret des délibérés.²⁹ Le conseiller de Flines va même plus loin que son confrère de Baralle en précisant le nom des magistrats qui ont opté pour telle ou telle opinion. La présentation de ses arrêts fait d'ailleurs à plusieurs égards penser aux « reports » de la Cour suprême des Etats-Unis où il est fait état des « concurring and dissenting opinions » : *Ainsi jugé le... juin 1692, consentientibus Præsidi Hattu, consiliariis Hendrick, Mullet, de Flines, dubio Dubois d'Hermaville, dissentiente Couvreur, rapporteur, & Visart, consiliariis*.³⁰

Il est clair que ces collections d'arrêts – contrairement aux ouvrages de Pinault des Jaunaux et de Pollet qui adoptent une démarche plus doctrinale, assez comparable à celle des recueils que font paraître au XVII^e siècle les avocats à Paris ou à Toulouse (et dans lesquels ils accompagnent les citations d'arrêts de leurs réflexions personnelles) – n'étaient pas destinées à être livrées à un public non initié. En même temps, il est symptomatique que J.-B. Henry ait pu éditer impunément – avec approbation et privilège du roi – une documentation bafouant ouvertement les grands principes de la justice d'Ancien Régime.

²⁷ Bibliothèque municipale de Bergues, ms. 65. Nous préparons actuellement l'édition de cette œuvre demeurée inédite. Elle paraîtra dans la série « Recueil de l'ancienne jurisprudence de la Belgique » de la Commission des anciennes lois et ordonnances de Belgique.

²⁸ Par exemple, arrêt L, p. 107 et arrêt LI, p. 110.

²⁹ On peut ici établir un parallèle avec l'arrêtiste toulousain J. De Catellan dont l'éditeur, Caranove, rappelle dans la préface le souci de retrouver avec exactitude *les véritables motifs et les raisons décisives des arrêts qu'il n'écrivait que pour s'en faire une loi et une règle sûre en cas de contestation pareille. Son exactitude allait quelquefois, et assez souvent, jusqu'à marquer le nombre des juges qui s'étoient déterminés par une raison et le nombre de ceux qui s'étoient déterminés par quelqu'autre* : J. de Catellan, *Arrests remarquables du Parlement de Toulouse qui contiennent beaucoup de décisions nouvelles sur toutes sortes de matières...*, Toulouse 1705, *Préface*. Jean de Catellan, comme les auteurs flamands, était magistrat et son œuvre, contemporaine de celle de Ladislas de Baralle et Robert de Flines, parut également après sa mort. Cf. J. Poumarède, *Les arrestographes toulousains*. In: *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence*, *op. cit.* note 6.

³⁰ Arrêt XXIX, p. 312, *in fine*.

L'édition de 1773 est à cet égard révélatrice du changement des mentalités à la veille de la Révolution, même s'il y a lieu de remarquer que les litiges rapportés avaient été tranchés depuis trois quarts de siècle et que les conseillers, décédés depuis, ne pouvaient être accusés d'avoir enfreint leur serment.

L'intérêt des arrêts recueillis par de Baralle et de Flines est indéniable. Ils permettent tout d'abord de mieux connaître le fonctionnement de la Cour. On y découvre, par exemple, le rôle prépondérant du rapporteur – même si, comme ce fut le cas dans la cause mentionnée ci-dessus, son avis n'était pas systématiquement suivi – ou encore comment, en cas de partage de voix, la cause était portée devant une autre chambre.³¹ Ces « recueils » constituent de ce point de vue un observatoire *in vivo* de la procédure en matière civile. Mais le principal intérêt de cette documentation – et c'est aussi ce qui en fait son originalité – réside dans le fait que ses auteurs ont « décortiqué » les arguments de droit qui ont déterminé l'opinion de chaque juge.

II.

L'argumentation juridique à travers les recueils de Flines et Baralle

Tous les arrêts rapportés par de Flines et de Baralle ne répondent pas à une même structure, mais ils livrent en général les principales informations nécessaires à une bonne compréhension de la cause : le nom des parties, l'objet du litige (souvent repris sous la forme d'une question dans le chapeau introductif) et les circonstances de fait qui en précisent les tenants et aboutissants, la décision des juges dont appel fut interjeté au Parlement, parfois les moyens allégués par les parties devant le Parlement et, enfin, l'opinion formulée par les conseillers à chacune des questions qui leur furent soumises et la solution définitive adoptée par la Cour. Dans l'hypothèse la plus favorable, toutes les opinions concordent : la décision est alors adoptée *omnium votis* et les arguments du rapporteur sont repris comme « motifs » de l'arrêt. Ce n'est toutefois pas le cas de figure le plus fréquent. Généralement, diverses opinions s'affrontent. Les auteurs en font alors état – nominativement en ce qui concerne de Flines, de manière anonyme pour de Baralle – en développant de façon souvent détaillée les différents arguments de droit sur lesquels se sont appuyés les magistrats. On présentera d'abord cette argumentation et sa finalité (A) pour s'attarder ensuite sur les différentes sources du droit susceptibles d'emporter la conviction des juges (B).

³¹ Recueil d'arrêts du parlement de Flandres recueillis par M. de Baralle, arrêt LXVII (p. 164-165) : *La question mise en délibération en la première Chambre, le 4 Décembre 1690, au rapport du Conseiller Cordouan, quatre des Juges furent d'avis que... Les quatre autres Juges convenoient que... Le partage ayant été porté en la troisième Chambre, la pluralité des Juges a été que...*

A. L'argumentation et sa finalité : l'exemple de Baralle.

En 1664, Antoinette Brocquet fait, devant deux notaires artésiens, une donation entre-vifs de tous ses biens à Jacques Taverne et Antoinette Caigné, sa femme. Les donataires étant décédés avant la donatrice, les héritiers collatéraux de celle-ci obtiennent de la gouvernance de Douai que la donation soit déclarée nulle. Les héritiers de Jacques Taverne interjettent appel de cette décision au Parlement en 1690. Trois questions sont mises en délibération au rapport du conseiller Jacquerye.

La première, rapportée par de Baralle sous le numéro LIV, concerne la validité d'une donation de tous biens entre-vifs. Cette question fut tranchée *omnium votis* : la Cour jugea que cette donation était valable conformément au droit romain,³² la donatrice ayant expressément précisé qu'elle ne donnait que les biens qu'elle possédait au jour de la donation. Comme, par ailleurs, elle avait observé les prescriptions de l'Edit perpétuel de 1611 et les formalités requises par les coutumes, il lui était permis de disposer librement de tous ses biens.³³ La deuxième question, à savoir si une donation entre-vifs acceptée par un notaire au nom des donataires suffit pour transmettre à leurs héritiers les biens donnés, fit en revanche l'objet d'une discussion parmi les conseillers.³⁴ La majorité des juges estimaient que *l'acceptation de la donation en question, faite par les Auditeurs Royaux au nom des Donataires, étoit bonne & suffisante, à effet de transmettre aux héritiers des Donataires les biens donnés, quoiqu'ils fussent venus à mourir avant la Donatrice, sans avoir fait autre acceptation ni ratification de celle faite en leur nom par lesdits Auditeurs Royaux...* Ces juges fondaient leur opinion sur l'usage et la pratique journalière des notaires et autres personnes publiques comme sur la jurisprudence du Parlement *qui avoit ainsi jugé plusieurs fois. J'étois d'avis contraire*, déclare de Baralle, *pour les raisons suivantes...* L'opinion dissidente de notre « arrêviste » s'appuie à nouveau sur le *Digeste*,³⁵ selon les dispositions duquel *la donation d'entre-vifs ne subsiste pas avant qu'elle n'ait été acceptée*. Pour soutenir son opinion, de Baralle allègue en outre Julius Clarus,³⁶ Joannes a Sande,³⁷ Nicolas Valla³⁸ et, par l'intermédiaire de Stockmans,³⁹ la jurisprudence du conseil de Brabant. Malgré *ces raisons & le sentiment*

³² D. 39, 5, 22.

³³ Arrêt LIV, p. 119. Il est en outre précisé que « c'est l'opinion la plus commune » et, pour l'attester, on cite Zoesius et Perez.

³⁴ Cette question est traitée dans l'arrêt LV (p. 120-122), de pair avec la troisième question, à savoir : *s'il est constant et public que les auditeurs royaux à Douay étoient capables d'accepter les donations & autres actes de semblable nature*.

³⁵ D. 38, 2, 8, 3.

³⁶ J. Clarus, *Receptae sententiae*, Lyon 1600.

³⁷ J. van den Sande, *Decisiones Frisicae sive rerum in suprema Frisiorum curia iudicatarum*, 3^e éd., Leuwarde 1656.

³⁸ N. Valla, *De rebus dubiis et questionibus in jure controversis*, Paris 1571.

³⁹ P. Stockmans, *Decisionum Curiae Brabantiae sequicenturia*, Bruxelles 1670.

desdits Auteurs rapportés sur le Bureau, de Baralle ne parvint pas à convaincre ses confrères et l'opinion contraire prévalut, probablement en raison de la jurisprudence constante du Parlement à ce sujet.⁴⁰

Comme on peut le constater, l'argumentation vise avant tout à permettre aux différentes opinions de s'exprimer pleinement et, ainsi, à pouvoir confronter en connaissance de cause des arguments tirés des diverses sources du droit susceptibles de s'appliquer. Cette confrontation des arguments montre d'ailleurs que les juges en arrivent parfois à s'accorder sur la solution alors qu'ils s'appuient sur des arguments différents.⁴¹ De Baralle en fournit un exemple particulièrement explicite à propos d'un arrêt du 6 avril 1690.⁴² Saisi de la question de savoir qui sont, dans la coutume Valenciennes, les héritiers des biens donnés au bâtard par son père *quand les enfans légitimes d'un bâtard viennent à mourir sans enfans*, le Magistrat de la ville avait déclaré non fondée la mère qui réclamait l'héritage en vertu du ravestissement de sang entre conjoints du premier mariage. Celle-ci avait fait appel au Conseil de Mons, *d'où depuis, à raison du changement d'Etat, le procès a été rapporté au Parlement de Tournai*. La Cour mit la sentence à néant et adjugea les terres litigieuses à la mère. Six juges sur sept se prononcèrent en faveur de cette solution, mais ils ne se décidèrent pas tous sur les mêmes raisons. Trois juges, en effet, fondaient leur décision sur les chartes du Hainaut⁴³ auxquelles il fallait, selon eux, se conformer à défaut de coutume. Les trois autres, en revanche, alléguèrent tant l'article 123 de la coutume de Valenciennes que la Nouvelle 118.⁴⁴

L'argumentation tend, en d'autres termes, à permettre à une opinion de l'emporter, rendant ainsi possible la décision. Elle constitue le point de départ d'une discussion à l'issue de laquelle le consensus le plus large doit pouvoir se dégager, par exemple en ralliant les opinions dissidentes à celle de la majorité. C'est ce que démontre bien le débat qui s'engagea à propos d'un litige portant sur la question de savoir *si la clause d'un contrat de mariage, portant que la maison mortuaire des conjoints sera réglée par la coutume du lieu où le contrat de mariage est passé... peut opérer à l'égard des biens immeubles situés dans les lieux où les coutumes sont contraires à celles du contrat de mariage*. Les conseillers étant partagés quant à la solution à adopter et *la question [ayant été] long-temps débattue de part & d'autre*, de Baralle indique que *quelques uns des juges, particulièrement informés de la coutume de Lille* ont proposé une solution à laquelle tous les autres se sont

⁴⁰ De Baralle note en effet que l'opinion contraire a prévalu *pour les raisons ci-dessus, & sur ce que cette question avoit été plusieurs fois jugée*. Il semble d'ailleurs s'être rallié à cette opinion puisqu'il note, pour conclure : *Depuis ayant vû Julius Clar. § donat., quast. 13, n. 4, je le trouve conforme à l'Arrêt*.

⁴¹ C'est ce que de Baralle appelle *un même avis, in terminis juris* ; cf. Arrêt LIX, p. 139.

⁴² Arrêt L, p. 105-108.

⁴³ Chap. 126 : *Des bastards*, art. 7. Cf. P.-J. Raparlier, Exposition de la lettre et de l'esprit des chartes générales du Hainaut, Douai 1771, p. 503-504.

⁴⁴ Le septième juge estimait que la décision du Magistrat de Valenciennes devait être confirmée « selon la loi *Paterna paternis* ».

ensuite ralliés.⁴⁵ Mais il arrive aussi qu'à l'issue de la discussion aucun consensus ne se dégage : on compte alors les voix et la décision est prise à la majorité.⁴⁶ Et, si les juges ne parviennent pas à se départager, la cause est portée devant une autre chambre;⁴⁷ les deux autres chambres étant parfois même consultées.⁴⁸

Les historiens qui se sont intéressés à cette littérature particulière ont souligné à quel point, pour les arrestographes, la recherche de l'argumentation des juges, parce qu'elle relevait du secret des cours, était une entreprise délicate. C'est particulièrement vrai pour les avocats mais aussi, quoique dans une moindre mesure, pour les magistrats lorsqu'ils n'ont pas eux-mêmes participé au jugement de l'affaire. Les arrêts n'étant pas motivés, il fallait procéder par déduction à partir des éléments que contenait le texte de la décision. Sous l'Ancien Régime, les arrêts civils des cours souveraines du royaume comportent généralement deux parties : un exposé des faits et du déroulement procédural de l'instance, puis le dispositif qui est introduit par la formule *le tout joint et diligemment examiné* ou encore *le tout joint, vu, considéré et diligemment examiné*. La première partie fait état de l'argumentation des parties – parfois complétée par les réquisitions du ministère public – mais le plus souvent de manière partielle. En effet, l'exposé des faits rapporté est d'abord celui de la partie qui a gagné le procès et celui-ci est complété par la relation détaillée des arguments de cette dernière ; l'exposé de l'argumentation de la partie adverse est souvent plus succinct et il peut même se résumer à la simple mention qu'elle a opposé des dénégations ou présenté des arguments contraires.⁴⁹ Le parlement de Flandre fait également exception à cet égard : à côté des arrêts ordinaires – qui ne contiennent que le visa des pièces et un dispositif non motivé et qui constituent de loin le cas le plus fréquent – il lui arrive en effet de rédiger des « arrêts étendus ».⁵⁰ Ce

⁴⁵ Arrêt XVI, p. 36-44 (p. 43).

⁴⁶ Arrêt XIII, p. 32-33 : ... *j'étois d'avis de réformer la Sentence... Mais les voix furent partagées ; nous fumes trois pour réformer la Sentence, & quatre pour la confirmer... ; à la pluralité des voix, il fut résolu que...*

⁴⁷ Arrêt LXVII, p. 165 : *Le partage ayant été porté en la troisième Chambre, la pluralité des juges a été que...*

⁴⁸ Arrêt LII, p. 112 : *Aucuns des Juges voulant suivre sa doctrine [il s'agit de Loiseau sur l'enseignement duquel le rapporteur, M. Heindricx fondait son opinion], ce qui occasionna de consulter les deux autres Chambres, où la question ayant été mise en délibération, il fut tenu presque par tous les juges, que...*

⁴⁹ En fait on peut reconnaître là encore une très vieille tradition qui remontait au début du XIV^e siècle et était apparue peu après 1300 dans les premiers registres du Parlement, les *Olim*. Dans la seconde moitié du XIII^e siècle en effet il y avait quelques éléments donnés quant aux fondements de la décision qui était introduite par les termes : *attento quod* ou *quia*. Voir J. Hilaire, *Le Roi et Nous*. Procédure et genèse de l'Etat aux XIII^e et XIV^e siècles, in: *Revue Histoire de la Justice* 5, 1992, p. 8 sq. Le contenu de l'arrêt est cependant susceptible de varier sensiblement d'une affaire à l'autre et les indications fournies par la décision sont parfois très lacunaires. Sur ce point, voir les observations de V. Demars-Sion, *Les recueils d'arrêts à l'épreuve de la pratique : l'exemple des mariages à la Gaulmine*. In: *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence*, *op. cit.* note 6.

⁵⁰ Ces arrêts sont collationnés dans des registres spéciaux. L'inventaire des Archives départementales du Nord fait état de cent registres d'arrêts étendus qui couvrent les années 1668-1783 pour la première chambre (8 B 2^e série 593 à 632), les années 1671-1771 pour la seconde (8 B 2^e série 633 à 668), les années 1689-1787 pour la troisième (8 B 2^e série 669 à 688), et les années 1705-1714 pour la quatrième (8 B 2^e série 690 à 691). Si l'on en croit Pillot, l'extension des arrêts coûtait très cher (il

faisant, il s'inspire de la tradition judiciaire des anciens Pays-Bas méridionaux et plus particulièrement de la pratique du Grand Conseil de Malines,⁵¹ dont les sentences étendues reprennent en long et en large les arguments de fait et de droit allégués par les deux parties. Cette argumentation des parties – détaillée ou non – constituait souvent la principale voire l'unique base sur laquelle s'appuyaient bien des arrêtistes, au XVIII^e siècle encore, pour déduire les motifs de l'arrêt : les moyens de la partie gagnante étaient alors censés avoir emporté l'adhésion de la Cour à sa cause.⁵²

Notre « recueil » confirme que la motivation de la Cour se calque souvent sur le plaidoyer de la partie gagnante et que l'argumentation des juges se nourrit directement des références juridiques avancées par son avocat. L'arrêt IV en fournit un exemple parmi d'autres. Par testament, le seigneur de Vandergraek avait partagé entre les enfants de sa fille aînée tous ses biens meubles, « *sans faire aucune mention d'héritier, ni parler dans ses dispositions aucunement de ses deux filles* ». Après sa mort, le seigneur d'Hauteroche, qui avait épousé sa fille cadette, contesta le testament. La Cour décida, en mars 1689, que les dispositions testamentaires litigieuses étaient valables, motivant son jugement en rappelant *que la coutume de Tournai, où les dispositions avoient été faites, le dispose ainsi, art. 3, tit. Des testamens*, argument qu'avait précisément allégué l'époux de la fille aînée, le comte de Rombecq,⁵³ à l'encontre des prétentions de l'époux de la cadette qui s'appuyait pour sa part sur *les loix qui le dispose ainsi..., & l'art. 2, tit. Des testamens & l'art. 23, tit. Des droits de gens mariés de la Coutume de Tournai*. Encore plus explicites sont les raisons livrées par de Baralle d'un arrêt rendu à son rapport le 27 juin 1690 à propos de l'obligation des décimateurs du diocèse de Saint-Omer de contribuer à la réparation de la nef des églises dans les paroisses où ils perçoivent les dîmes :

parle à ce propos de *cérémonial dispendieux*), ce qui explique sans doute leur relative rareté : pour la période 1697 à 1718, Pillot en a recensé 379, soit une moyenne de 18 par an (*op. cit.* note 10, t. 2, p. 76).

⁵¹ Des « sentences étendues » du Grand Conseil de Malines sont conservées dès le XV^e siècle. Cf. Geëxtendeerde sententiën en procesbundels (dossiers) berustende in het archief van de Grote Raad van Mechelen (1470-1504), Deel I, opgesteld door J.-Th. De Smidt en Eg.-I. Strubbe, in samenwerking met M.-J. Abeling, J.-C. Andries en J. Van Rompaey, 1965, XXXVI. Ces sentences ont été étudiées, pour le XVI^e siècle, par A. Wijffels, Grand Conseil de Malines : la rédaction des sentences étendues et le recueil de jurisprudence de Guillaume de Gysperre. In: Case Law in the Making. The techniques and methods of judicial records and law reports, A. Wijffels (dir.), vol. 1 : Essays, Berlin 1997 (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, bd. 17/I), p. 299-316. Voir aussi J.-M. Koster-van Dijk, Instruction pour le greffier du Grand Conseil concernant la rédaction des sentences, in: Miscellanea Consilii Magni III, Amsterdam 1988, p. 17-41. Comme le souligne fort justement A. Wijffels (*art. cit. supra*, p. 300-303), ces sentences étendues *ne comportent formellement aucune motivation, ni de fait, ni de droit* ; elle visent *avant tout des effets procéduraux*. Elles constituent en effet pour la partie victorieuse d'abord un titre exécutoire et, à terme, un titre destiné à garantir l'autorité de la chose jugée. C'est à cette fin qu'elles précisent exactement l'identité des parties, la qualité dans laquelle elles procèdent, l'objet du litige et les moyens invoqués. Les sentences étendues étaient également connues du Conseil de Hainaut, comme en témoigne son style de procédure de 1611 (Ch. 3, art. 21-23) : J. Grandgagnage, Coutumes de Namur et de Philippeville, t. 1, Bruxelles 1869 (Recueil des anciennes coutumes de la Belgique, série in-4^o), p. 61.

⁵² Ce que la préface de Jean de Catellan, exprime très clairement : *Bien des compilateurs peu instruits des arrêts qu'ils recueillent les rapportent aux questions qui étoient traitées dans le procès jugé et les présument jugées dans le sens et suivant la prétention de la partie qui le gagne*.

*suivant laquelle jurisprudence, & pour les raisons ci-dessus, j'ai conclu que..., & ainsi fut-il résolu omnium votis.*⁵⁴ On trouve encore une formule semblable – *il a été jugé conformément aux conclusions ci-dessus* – pour exposer les motifs d'un arrêt rendu le 8 août 1693 conformément aux conclusions du procureur général, à savoir Ladislas de Baralle en personne.⁵⁵ Enfin, à propos d'un arrêt par lequel il fut décidé qu'en Flandre *les arbres suivent la nature du fond*, de Baralle conclut, sans transition, l'argumentation de l'une des parties par la formule *& ainsi fut-il jugé : voici l'arrêt...*⁵⁶

Mais ce même recueil rappelle également qu'il est aléatoire de s'en remettre aveuglément à ce type de déduction pour connaître la motivation des juges. Un arrêt du Parlement en date du 7 mars 1689 en fournit un exemple.⁵⁷ Jean-Charles Dubosquet, seigneur des Cauliers, avait fait appel d'un jugement de la gouvernance de Lille par lequel il avait été déclaré non fondé à percevoir des droits seigneuriaux des deux filles de Pierre Catteau et Marie Le Rouge pour des héritages patrimoniaux relevant de sa seigneurie, parce que ces dernières avaient acquis ces biens suite à un partage entre cohéritiers. Les deux sœurs avaient avancé pour leur défense la coutume de la Salle de Lille (art. 60, tit. *Des juridictions*) qui dispose *qu'en partage des biens faits entre cohéritiers, ne sont dûs droits seigneuriaux*. De Baralle, en qualité de rapporteur, estima que c'était à raison que la gouvernance avait rejeté la demande du seigneur des Cauliers. Toutefois, il ne fonda pas son opinion sur les dispositions de la coutume alléguées par les intimées, mais bien sur le droit romain⁵⁸ et sur ce qu'enseignent les *interprètes du Droit & les praticiens*.⁵⁹ Et, note-t-il, *ainsi fut-il jugé omnium votis*. Cet exemple montre bien, comme l'affirmait de Ferrière, que *... dans les arrêts qui se rendent à l'ordinaire sur les raisons alléguées par les parties, on ne voit point les motifs de leurs décisions comme on le voit dans les arrêts de règlement* et, poursuivait-il, il en résulte *qu'on en peut faire avec certitude une juste application à d'autres espèces, quoiqu'elles paraissent semblables*.⁶⁰

⁵³ Arrêt IV, p. 12-13 : *Le comte de Rombecq soutenoit au contraire... que la Coutume de Tournai le dispoit ainsi expressément, art. 3, tit. des testaments, disant que taciturnité vaut institution pour les prochains héritiers...*

⁵⁴ Arrêt LVIII, p. 134. Les habitants de la paroisse de Broquerque, qui avaient fait saisir les dîmes perçues par le chapitre de Saint-Omer pour faire face aux frais de réfection de leur église, fondaient leur argumentation sur un édit des archiducs Albert et Isabelle de 1613 et se référaient également à un précédent, puisque la Cour *l'avoit ainsi dernièrement jugé... au procès entre les habitans de Morseel... & les Prévôts, Doyen et Chapitre de la Collégiale d'Harlebecque, lesquels furent condamnés en leurs qualités de Décimateurs, de réparer aussi-bien le chœur que la nef de l'Eglise dudit Morseel, conformément audit Placard de l'an 1613*. De même, à l'occasion d'un conflit opposant l'évêque de Tournai au chantre de la cathédrale, il est précisé que la première Chambre *est convenu que selon les maximes de Droit ci-dessus alléguées, & qui sont reçues en pratique...* ; cf. Arrêt XXII, p. 57. De Baralle, rapporteur dans cette affaire, adhère à cette argumentation.

⁵⁵ Arrêt XC, p. 257. Ces conclusions sont rapportées aux p. 254-257.

⁵⁶ Arrêt LX, p. 140. L'arrêt LXXV, p. 184-185, en fournit un autre exemple.

⁵⁷ Arrêt VII, p. 18-20.

⁵⁸ Sont allégués explicitement : D. 10, 3, 8, 4 et C. 3, 37, 5.

⁵⁹ Sont ainsi cités : Bertrand d'Argenté sur la coutume de Bretagne (art. 73, n. 4), Charles du Moulin sur la coutume de Paris (sans précisions) et Jacques de Lalande sur la coutume d'Orléans (tit. *Des fiefs*, art. 15).

⁶⁰ Cl.-J. de Ferrière, Dictionnaire de droit et de pratique, Paris 1734, v^o *Partage d'opinions*.

Les juges peuvent aussi se déterminer par des considérations d'opportunité, indépendamment de l'argumentation de l'une des parties. Appelée à trancher un conflit opposant le curé de Saint-Nicolas à Cambrai et l'abbé de Saint-Sépulcre au sujet de l'obligation des décimateurs de donner aux curés des villes la portion congrue, la Cour refusa, en 1690, de donner gain de cause au curé en application d'un édit royal qui ne prévoyait ce cas de figure que pour les curés de campagne. Toutefois, un nombre de juges, sensibles au fait *que les gros fruits de la cure étoient fort modiques et que tous ses revenus ne consistoient que dans un revenu fort incertain...*, avait plaidé, mais en vain, pour lui accorder la portion congrue de trois cents florins.⁶¹ Dans une autre cause rapportée par de Baralle, la majorité des juges se rallia en revanche à des considérations d'opportunité. Le différend opposait les bailli et gens de loi du village de Castres aux vicaires généraux d'Ypres suite à l'abattage des arbres du cimetière de ce village réalisée sans la permission de l'ordinaire. Les conseillers ne contestaient pas les arguments de droit avancés par les vicaires généraux – les dispositions du droit canonique par ailleurs confirmées par un arrêt du Parlement en date du 6 avril 1688 – mais *comme il s'agissoit d'affaire de peu d'importance... ils furent d'avis de mettre les parties hors de Cour & de procès, sans dépenses* en assortissant néanmoins le jugement d'une défense expresse *de faire à l'avenir aucune vente des arbres dudit cimetière, sans la permission de l'Ordinaire.*⁶²

B. Les sources du droit qui sous-tendent l'argumentation des juges

Le droit des anciens Pays-Bas méridionaux est régi, au même titre que celui des autres pays de coutumes,⁶³ par les coutumes – homologuées seulement au cours des XVI^e et XVII^e siècles – et par l'importante législation des villes et des princes territoriaux qui, aidée par la jurisprudence et la doctrine, a participé aux tentatives très incomplètes et souvent vaines d'uniformisation et d'unification du droit. Quant au droit savant, et en particulier au droit romain, on lui reconnaît très tôt un rôle supplétoire dans le sens où il est susceptible de suppléer la coutume locale chaque fois que celle-ci ne contient aucune disposition applicable à l'espèce.⁶⁴

⁶¹ Arrêt LXIV, p. 155-156. Voir à ce sujet R. Martinage, *Le Parlement de Tournai, le Roi et les curés (1686-1709)*. In: *Eglises et justices. Actes des journées de la Société d'histoire du droit et des institutions des pays flamands, picards et wallons tenues à Saint-Riquier du 29 mai au 1^{er} juin 2003*, V. Demars-Sion et R. Martinage (dir.), Lille, 2005, p. 119-139.

⁶² Arrêt LXXVIII, p. 191-193.

⁶³ Voir P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris 1985, p. 31-172 ; les chapitres consacrés aux sources du droit dans J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris 1998 (Collection Domat droit privé) et J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, 2^e éd., Paris 1998 (Collection droit fondamental des P.U.F.).

⁶⁴ J. Gilissen, *A propos de la réception du droit romain dans les provinces méridionales des pays de par-deça aux XVI^e et XVII^e siècles*, in: *Revue du Nord* XL, 1958, p. 259-271.

Depuis le Moyen Age, la coutume, la législation et le droit savant constituent donc logiquement les bases de l'argumentation des avocats, comme le démontrent les plaidoiries – retranscrites dans les registres du même nom – dans les causes portées devant le parlement de Paris sur appels flamands.⁶⁵ En l'absence de toute motivation, il n'est pas possible de mesurer le poids respectif de ces différentes sources du droit, mais on peut supposer que le droit savant constituait bel et bien une réserve de solutions juridiques pour tous les cas où les coutumes étaient muettes ou jugées mauvaises et peut-être aussi lorsqu'elles apparaissaient – même après une enquête par turbe – comme contradictoires.

On peut penser qu'il en allait encore ainsi à la fin du XVII^e siècle dans le ressort du parlement de Flandre.⁶⁶ Une double évolution, déjà soulignée par les historiens, y est toutefois à remarquer : on peut noter un nombre croissant de références à la doctrine – Dumoulin, par exemple, est souvent cité par les parties – ainsi que la place de plus en plus grande de la jurisprudence des cours souveraines du royaume et, davantage encore, celle des cours supérieures des anciens Pays-Bas – en particulier du Grand Conseil de Malines – dans l'argumentation juridique des avocats.

Plus surprenante, en revanche, est l'importance du droit romain et de la doctrine savante dans l'argumentation juridique que développent les plaideurs et leurs avocats. De nombreux arrêts étendus attestent la prépondérance des références au *Corpus juris civilis* parmi les arguments avancés de part et d'autre.⁶⁷ Un arrêt du 24 janvier 1690 tranchant le litige qui oppose les héritiers fidéicommissaires de Pierre-Philippe de Rantre à Antoinette le Maire, mère du *de cuius*, et portant sur la question de savoir si le fidéicommiss universel comprend la légitime due à l'enfant institué, en fournit un exemple parmi d'autres. En première instance, les échevins de Douai avaient donné gain de cause à la plaignante qui fondait principalement ses prétentions sur la coutume locale,⁶⁸ déboutant les héritiers qui, pour leur part, avaient construit leur défense à partir du *Corpus* et de la doctrine, en particulier Balde, Peregrinus, Decius et Menochius. Robert Pronnier, Martin de Rantre et les autres héritiers avaient fait appel de cette décision à la gouvernance de Douai. Ils avaient obtenu la réformation de la sentence des échevins. Antoinette de Rantre interjeta alors à son tour appel au Parlement qui, *in fine*, confirma le jugement des échevins de

⁶⁵ S. Dauchy, Les appels flamands..., *op. cit.* note 3, p. VIII-IX. Il convient toutefois de préciser que les allégations de droit savant ne sont jamais retranscrites dans les arrêts et jugés.

⁶⁶ Plusieurs arrêts revendiquent l'appartenance du ressort du Parlement à *ces pays coutumiers* ; par exemple A.D.N. [Archives départementales du Nord], VIII B^{2e} série 600, fol. 46.

⁶⁷ A. Wijffels (*art. cit.* note 51, p. 300) note, à propos du Gand Conseil de Malines, que *les références au droit savant sont en principe ignorées et, en tout cas, les argumentations parfois fortement élaborées à partir de sources du droit savant sont omises, même sous forme concise*. La rédaction des arrêts étendus du parlement de Flandre déroge aux règles en vigueur à Malines puisque les allégations de droit romain et canonique y sont largement reprises.

⁶⁸ Ibid., fol. 43 : ... *disant que par le trespas de Pierre de Rantre, son filz, elle estoit devenue son heritiere universelle selon la coustume de ladite ville, articles 8 et 13^e, chap. 1^{er}, qu'entre autres ses biens il lui avoit laissé le tiers de ceux fideicommisséz par damoiselle Jacqueline Copin, veuve de Pierre de Rantre, sa mere grande...*

Douai. Cet arrêt n'étant pas motivé, on ne connaît pas les raisons qui ont conduit les conseillers à réformer la décision de la gouvernance. Toutefois, si on s'en réfère à l'argumentation des protagonistes, on peut penser que les allégations savantes des intimés ont été écartées au profit des dispositions de la coutume. En réalité, il n'en fut rien. De Baralle, qui rapporte dans son recueil les « *motifs et principes* » de cet arrêt,⁶⁹ précise en effet que l'argumentation des juges était fondée sur le Code et « *l'opinion la plus commune des docteurs* », sans souffler le moindre mot de la coutume de Douai. Il précise néanmoins qu'« *on rapportoit au procès un semblable arrêt du 13 juillet 1673, par lequel il avoit été aussi jugé que la légitime n'étoit pas comprise dans un fideicommiss universel* ». Il ne s'agit pas là d'un cas isolé. A en croire de Baralle, le parlement de Flandre s'en remettait très souvent au droit savant sans pour autant que la coutume soit muette quant au différend à trancher. Ainsi, à propos de la question déjà évoquée de savoir si les droits seigneuriaux sont dus pour les partages faits entre cohéritiers, la Cour – suivant *omnium votis* l'opinion du rapporteur, à savoir Ladislas de Baralle lui-même – fonda son jugement sur le droit romain alors que les deux parties s'étaient exclusivement appuyées sur les dispositions de la coutume de la Salle de Lille.⁷⁰ La « Loi »⁷¹ apparaît ainsi comme « la » source du droit par excellence et comme la principale voire la seule base de l'argumentation des juges.

Dans son *Introduction historique au droit*, J.-M. Carbasse note que si le droit romain, qui paraissait pouvoir s'immiscer dans les interstices des coutumes, n'est pas devenu « le droit en second » des pays coutumiers, c'est en raison de l'émergence du droit français, principalement à travers le développement d'un droit coutumier commun.⁷² Le recueil de Ladislas de Baralle semble bien contredire cette affirmation, du moins en ce qui concerne le ressort du parlement de Flandre. Fidèle à une tradition bien ancrée dans son ressort,⁷³ cette cour souveraine reconnaissait ouvertement au droit romain un rôle supplétoire. C'est ce que confirme Georges de Ghewiet dans sa « Méthode pour étudier la profession d'avocat » où il rappelle que le *droit écrit... sert de loi dans ces pays pour tous les cas qui ne sont pas réglés par les ordonnances, par les coutumes particulières ou par les usages généraux*.⁷⁴ Dans ses *Institutions du droit Belgique*, il va encore plus loin en

⁶⁹ Arrêt XXXVIII, p. 75-77.

⁷⁰ Arrêt VII, p. 18-20 (cf. *supra* p. 15 et la note 55). L'argumentation des parties portait sur l'interprétation de l'art. 60 du titre *Des juridictions*.

⁷¹ Notion sous laquelle il faut entendre le droit écrit.

⁷² *Op. cit.* note 63, p. 236-237.

⁷³ De nombreuses formules d'homologation de coutumes renvoient expressément au droit romain comme droit supplétoire, cf. J. Gilissen, *art. cit.* note 64.

⁷⁴ Cette *Méthode* se trouve à la fin du ms. 65 précité, fol. 944-946 (fol. 945 verso) ; elle a été imprimée à la fin de ses *Institutions du droit Belgique*, publiées à Lille en 1736, 589-597. Le texte imprimé est légèrement différent du texte manuscrit mais le passage cité s'y retrouve p. 593-594 (art. 25).

affirmant haut et fort que le droit romain doit être reconnu comme « le droit commun »⁷⁵ du ressort du parlement le plus septentrional du royaume ; il soutient même que *dans ce pays, le droit romain est adopté comme Loi écrite*, ce qui le distingue des autres pays coutumiers.⁷⁶

Dès lors, les magistrats du parlement de Flandre n'hésitent pas à privilégier les solutions puisées dans le droit savant et à l'élever au rang de source du droit à part entière, voire à celui de première source du droit des territoires annexés en 1668, alors même que les coutumes ne sont ni muettes ni hésitantes. Ils ne partagent donc pas l'opinion de Dumoulin qui estimait stupide l'idée que le droit de Justinien puisse être reconnu comme droit commun en pays de coutume, bien au contraire. Il ne s'agissait peut-être pas seulement pour eux de défendre un particularisme des anciens Pays-Bas qui, en raison de la grande diversité de coutumes homologuées tardivement, ont été marqués par un conflit particulièrement aigu entre droit coutumier et droit romain, un conflit de droits finalement tranché en faveur du droit commun. On peut se demander si, en outre, la Cour ne se rattachait pas au courant doctrinal minoritaire – mais non négligeable – qui, au cours des derniers siècles de l'Ancien Régime, voulait faire du droit romain *le fondement du droit commun du royaume*.⁷⁷

Pour l'Ancien Régime, il n'est pas possible de déterminer à partir du texte de la sentence quelle règle de droit a été appliquée ou à partir de quelle argumentation les juges se sont déterminés. Même lorsque les arrêts étendus développent les arguments respectifs des parties – et en particulier ceux de la partie qui gagne le procès – il est souvent spéculatif, comme on a pu le constater, de vouloir percer le raisonnement juridique ayant conduit à la décision ou de dégager de celle-ci un principe de droit. La Cour ne suit pas nécessairement la combinaison d'arguments présentés par la partie victorieuse et il peut même arriver que sa décision ne prenne aucunement en considération les différents principes juridiques avancés par les plaideurs. Ne disposant d'aucune information sur les délibérés, il est donc extrêmement hasardeux – ainsi que le constatait déjà A. Wijffels pour le Grand Conseil de Malines – de vouloir reconstituer une motivation juridique des jugements à partir de l'issue d'un procès.

De là tout l'intérêt des recueils de Robert de Flines et Ladislas de Baralle. Ce dernier surtout se distingue des recueils « classiques » dans lesquels les arrêts des cours souveraines sont davantage prétexte à de longs développements doctrinaux qu'à une analyse fiable de la motivation des décisions rendues. De

⁷⁵ Selon J. Gilissen, *art. cit.* note 64, p. 269, les formules d'homologation des coutumes emploient indifféremment les termes *droit commun écrit*, *droit écrit* ou *droit commun* ; encore faut-il préciser que *cette expression visait l'ensemble du droit romain et du droit canonique*.

⁷⁶ Institutions du droit Belgique, *op. cit.* note 74, part. 1, tit. 1, § 7, art. 2, p. 13 : *Quoique ce pays soit un pays coutumier, le droit romain y est considéré tout autrement que dans les pays coutumiers de France, où ses principes et ses décisions ne sont adoptées que comme raisons ; au lieu que dans ce pays le droit romain est adopté comme Loi écrite*.

⁷⁷ J. Bart, *op. cit.* note 63, p. 135.

Baralle nous permet de percer le secret des délibérés en nous dévoilant le fonctionnement concret d'une justice administrée de manière collégiale. Mais surtout, il consigne les motifs des arrêts qu'il rapporte et, plus important, le raisonnement juridique sur lequel s'appuie la décision des juges. L'objectif de ces magistrats-arrêtistes est incontestablement de garder une trace de la jurisprudence de la Cour. La consignation des motifs – et surtout de l'argumentation sous-tendant la motivation – permet de percevoir ces arrêts comme des précédents (du moins au sein de la Cour puisque ces « recueils », rappelons-le, sont destinés à un usage purement interne et que leurs « auteurs » n'ont jamais envisagé de les livrer au public). On trouve d'ailleurs fréquemment sous la plume de Ladislas de Baralle l'indication des précédents que le rapporteur cite à l'appui de l'opinion qu'il entend soutenir et une référence aux jugements postérieurs rendus *pour les mêmes raisons*.

Si l'argumentation juridique demeure généralement inconnue, elle est paradoxalement d'un très grand poids sous l'Ancien Régime. N'ayant pas à motiver leur décision, les juges disposaient d'une très grande liberté quant au choix de la ou des sources du droit qu'ils estimaient devoir appliquer à tel ou tel cas d'espèce. De Baralle en fournit l'illustration en nous faisant découvrir l'importance accordée par les conseillers du parlement de Flandre au droit romain qui n'apparaît pas comme une simple source supplétoire ou subsidiaire. On ne peut certes pas parler de création de droit, mais il est évident que par leur argumentation les magistrats parviennent à orienter l'ordre de préférence qu'ils entendent reconnaître aux différentes sources du droit et, dans le ressort du parlement de Flandre, prééminence est clairement donnée au droit savant. De Baralle nous montre toutefois qu'il existait au sein de la Cour un courant dissident, mais minoritaire, hostile à la progression – et davantage encore à la primauté – du droit romain aux dépens de la coutume locale.

C'est certainement pour préserver l'indépendance de ses membres et la grande liberté d'appréciation qui lui permettait de trouver une solution en dehors des sources formelles du droit que le parlement de Flandre, à l'instar des autres cours souveraines du royaume, a défendu jusqu'à la fin de l'Ancien Régime l'usage de non-motivation de ses jugements.⁷⁸ Avec la Révolution, le schéma s'inverse : la motivation des décisions devient obligatoire mais le rôle de l'argumentation diminue dans la mesure où les ordres juridiques modernes sont construits selon une structure hiérarchisée⁷⁹ dans laquelle la première place est réservée à la loi.

⁷⁸ S. Dauchy et V. Demars-Sion, La non-motivation des décisions judiciaires sous l'Ancien Régime : usage ou principe ?, *art. cit.* note 4.

⁷⁹ Cf. J.-L. Halpérin, *op. cit.* note 1, p. 26.