

PEUT-ON DÉCELER UN DROIT COMMUN DANS L'HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ BELGE ?

Philippe Godding

1. Délimitation du sujet

Avant d'aborder le thème proprement dit de cet essai¹, il est indispensable de préciser le cadre de la recherche, en dissipant quelques ambiguïtés auxquelles peut prêter la notion d' « histoire du droit privé belge », et plus précisément les termes « belge » et « droit privé ».

Au sens strict, on ne peut traiter de l'histoire du droit privé belge que pour la période allant de la création de l'état belge en 1830 à nos jours. Plusieurs travaux y ont déjà été consacrés².

En rester là n'aurait guère de sens eu égard à la question posée : depuis 1830, le législateur belge, en reprenant une législation existante – en ordre principal les codes napoléoniens –, en l'adaptant et en la complétant au fil des années, a veillé au maintien d'un droit privé commun au territoire du royaume, avec l'aide de la jurisprudence, principalement celle de la Cour de cassation.

Mais dès notre indépendance, des juristes belges se sont intéressés au passé juridique du nouvel état. Ils l'ont fait dans une double préoccupation.

Depuis 1794, la conquête de nos régions par les armées de la République y avait substitué les lois françaises au droit appliqué jusqu'alors. Les lois de la République et de l'Empire sont demeurées en vigueur lorsque nos régions furent incorporées dans le royaume des Pays-Bas, sauf les quelques modifications apportées sous le règne du roi Guillaume. Mais si la loi promulguant le Code civil de 1804 précise en son article 7 qu'à partir de l'entrée en vigueur du Code civil le droit antérieur cesse d'avoir force de loi³,

¹ Il a donné lieu à un exposé fait à Gand le 6 mars 2003 en néerlandais, à l'occasion de la remise à l'auteur de la médaille Sarton.

² Voir PH. GODDING, *De huidige stand van het onderzoek betreffende de evolutie van het privaatrecht in België in de negentiende eeuw*, dans : *Verruiming van de grenzen van de rechtsgeschiedenis*, Amsterdam 1978, p. 92-106.

³ [...] « les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens, cessent d'avoir force de loi ».

l'article 2 du même Code énonce le principe que « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». Dans de nombreux cas, dès lors, les tribunaux belges devaient appliquer, dans les procès relatifs à des faits ou à des actes juridiques antérieurs au Code civil, le droit en vigueur à cette époque. La connaissance de l'ancien droit avait donc d'abord un intérêt pratique, pour les problèmes touchant aux droits réels immobiliers, aux régimes matrimoniaux, aux successions (mariages conclus, successions ouvertes, testaments rédigés avant 1804).

Mais la jeune nation belge éprouve le besoin de projeter dans le passé l'image toute neuve d'une Belgique indépendante, afin de légitimer le nouvel état. Il faut se persuader – et persuader l'étranger – qu'en 1830 l'indépendance de la Belgique n'a fait que consacrer l'unité territoriale apparue au cours des siècles précédents. Ce à quoi s'attellent à l'envi peintres, sculpteurs et littérateurs en exaltant nos gloires nationales d'antan ; et les historiens donnent évidemment le ton⁴. En est-il de même des historiens du droit ?

Deux d'entre eux ont tenté d'élaborer une histoire du droit civil belge, mais sous un titre à première vue curieux : à l'« Ancien droit belge » d'Eugène Defacqz⁵, dont la première partie parut en 1846, répond le « Code de l'ancien droit belge » de Jacques Britz⁶ en 1847.

Le choix même de l'adjectif « belge », qui n'a plus cours au 19^e siècle, est significatif. Car il a été utilisé par les juristes de nos régions dès le 17^e siècle : citons entre autres la *Notitia iuris Belgici* (1635) du Malinois Zypaeus (François van den Zijpen), le *Codex Belgicus* (1649) de l'Anversois Antoon Anselmo et les *Institutions du droit Belgique* du Gantois Georges de Ghewiet (1736). Aussi Defacqz, en justifiant le choix de « droit belge », souligne que cette dénomination « est surtout irréprochable quand elle s'applique au droit ancien »⁷.

⁴ Voir à ce sujet J. STENGERS & E. GUBIN, *Histoire du sentiment national en Belgique des origines à 1918*, t. 2 *Le grand siècle de la nationalité belge*, Bruxelles 2002, p. 14-16, et à titre d'exemple PH. GODDING, *Statuaire, histoire et politique au 19^e siècle*, Bull. Cl. des Lettres et des Sc. morales et politiques de l'Académie royale de Belgique, 6^e série, VIII, 1997, p. 213-240.

⁵ V. ma notice dans : *Nouvelle Biographie Nationale*, t. 6, 2001, p. 106-111.

⁶ *Ibid.*, p. 63-65.

⁷ *Ancien droit Belgique*, I, 1873, p. 2. C'est d'ailleurs ainsi que s'exprime l'Académie royale de Belgique lorsqu'elle met au concours en 1842 la question portant sur la contribution des jurisconsultes des « anciens Pays-Bas

Fort bien. Mais de quel territoire ces auteurs étudient-ils le droit ? Defacqz s'en explique : depuis le traité de la Barrière de 1715 entre Charles VI et les Provinces-Unies, et encore au moment de la conquête française en 1794, le territoire devenu celui de la Belgique en 1830 comprenait les Pays-Bas (autrichiens) et le pays de Liège, auxquels il fallait ajouter la petite principauté de Stavelot ; c'est dans ces limites qu'il entend étudier l'ancien droit Belgique ; Britz lui emboîte le pas⁸. Defacqz regrette combien les « belles provinces » de Charles-Quint ont été mutilées depuis le 16^e siècle et il ne peut s'empêcher d'évoquer le rassemblement de ces « belles provinces » sous Philippe le Bon et Charles le Téméraire, leur indivisibilité voulue par Charles-Quint pour qu'elles demeurent sous un même souverain, indivisibilité confirmée par le traité de 1715. Sans le dire expressément, il fait donc remonter la naissance de la Belgique de 1830 à Philippe le Bon, tout comme le fera plus tard Henri Pirenne.

Ni Defacqz, ni Britz, n'ont entendu démontrer que déjà dans le passé l'unité des provinces belgiques indivisibles était fondée notamment sur un droit commun. Mais le fait seul de prendre le territoire de la Belgique indépendante pour cadre d'une histoire du droit civil se rattache implicitement à l'exaltation du passé national, qui faisait encore partie de l'éducation lorsque j'étais à l'école. Depuis de nombreuses années, le culte d'une Belgique unitaire n'est plus de mise. D'autres cultes lui ont succédé, qui fondent l'unité d'une partie du royaume surtout sur la pratique d'une langue commune. La même tentation peut surgir : à cette unité linguistique un droit commun correspondait-il dans le passé ? La question mérite au moins d'être posée. De ce point de vue, une réponse négative aurait l'humble mérite de renforcer le poids d'autres facteurs pour expliquer le devenir politique commun de nos régions depuis le 15^e siècle. Mais en se limitant prudemment à l'histoire du droit privé il est intéressant de vérifier si au-delà de la mosaïque des quelque 450 coutumes, dont l'existence aux 15^e et 16^e siècles sinon le texte⁹ peut être établie, des traits communs à nos régions ou à

autrichiens » qui « ont publié des traités sur l'ancien droit Belgique », question à laquelle allait répondre Britz.

⁸ E. DEFACQZ, *op. cit.*, I, p. 5 ; J. BRITZ, *op. cit.*, p. I.

⁹ J. GILISSEN, *Les phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII provinces des Pays-Bas*, Revue d'histoire du droit, 18 (1950), p. 58.

certaines d'entre elles peuvent être décelés, et si ces traits communs différencient les « provinces belgiques » des pays voisins.

Je viens d'utiliser les termes vagues de « nos régions » et de « provinces belgiques ».

Dans leur grande majorité, les textes des coutumes ne nous sont connus que par des rédactions des 16^e et 17^e siècles. Il ne fallait donc pas prendre comme point de départ, dans l'optique de la recherche, le territoire délimité par les frontières actuelles de la Belgique, ni même comme l'a fait Defacqz, par celles du traité de 1715. Celui, plus vaste en tout cas au Sud, des Pays-Bas méridionaux au début du 17^e siècle avant les conquêtes de Louis XIV, convenait mieux, c'est-à-dire l'ensemble constitué par les Pays-Bas espagnols et les principautés ecclésiastiques de Liège et de Stavelot.

Ayant ainsi déterminé le cadre géographique de la recherche, il reste à préciser qu'il ne sera question que des aspects du droit privé faisant partie du droit civil. Il s'agira pour l'essentiel d'aspects touchant au droit des biens et au rôle de la famille en rapport avec eux, plus spécialement des régimes matrimoniaux et des successions.

2. Un droit régi par la coutume

Il faut commencer par situer le rôle de la coutume dans la formation du droit privé, par insister ensuite sur l'importance de la terre et des droits qui s'y rattachent comme élément essentiel des patrimoines, avant d'en situer l'incidence à propos des rapports patrimoniaux au sein de la famille.

La coutume est source quasi-unique du droit privé pour nos régions dans la période allant du haut moyen âge au 15^e siècle, mis à part le droit de l'Eglise (le droit canonique) qui régit dans toute la chrétienté le lien du mariage, la détermination de la filiation, l'interdiction du prêt à intérêt. La coutume était la source unique du droit pour les peuplades germaniques qui se sont installées en Europe occidentale lors des grandes invasions. Le principe de la personnalité du droit n'a pas résisté longtemps chez nous à celui de la territorialité du droit dominant du peuple franc.

L'éclatement de l'empire carolingien et le glissement du pouvoir à l'échelon régional (les comtés) puis à l'échelon local, favorisé par le régime féodo-vassalique, est à l'origine de la seigneurie (dite banale). En raison de ce démembrement du pouvoir, la coutume, propre à l'origine à une même peuplade, a commencé à présenter des variantes régionales, puis locales dans la mesure où au démembrement du pouvoir politique a correspondu celui de la justice.

L'institution carolingienne de l'échevinage a subsisté dans les régions correspondant actuellement au Nord de la France, à la Belgique, à l'Allemagne et à une partie des Pays-Bas. Il s'agit d'un collège composé généralement de sept juges, non professionnels, choisis au sein de la population, et mené dans chaque seigneurie par le représentant du seigneur. Ces juges n'ont pas de code à leur disposition ; ils ne savent d'ailleurs pas lire. Ils sont supposés connaître la coutume du village et plus tard de la ville, et dans les procès qui leur sont soumis, ils en témoignent en « disant » le droit.

Ce système judiciaire rend compte de la mosaïque de coutumes que j'évoquais plus haut. Mais il faut immédiatement ajouter un correctif : l'action unificatrice du recours à chef de sens¹⁰, institution née sans doute au 12^e siècle. Elle permet à des échevins ne sachant trop quelle règle coutumière appliquer dans tel procès, de s'en informer auprès d'un échevinage plus important qui leur dictera la solution. Ainsi se sont formées peu à peu des coutumes communes aux échevinages allant à chef de sens au même chef-lieu.

L'exercice de la justice a donc été un facteur important de la formation d'une coutume dépassant le cadre strictement local.

3. L'importance des droits réels immobiliers dans les patrimoines

Pour bien appréhender les traits fondamentaux du droit privé coutumier il faut aussi souligner l'action essentielle du facteur économique. A l'époque où se forme le droit coutumier, entre le 9^e et le 13^e siècle, l'économie est essentiellement agraire : « la terre est tout ». A chaque degré de l'échelle sociale, depuis les plus misérables serfs jusqu'au prince, chacun, directement ou indirectement (par les revenus fonciers) tire sa maigre pitance ou sa richesse de la terre..

Le développement des villes à partir du 12^e siècle va introduire une diversification dans ce type d'économie. Et le développement de l'artisanat et du commerce, ainsi que la concentration de la population urbaine dans un espace restreint par une enceinte fortifiée, sont à l'origine d'un droit urbain

¹⁰ R. MONIER, *Le recours au chef de sens au Moyen Age dans les villes flamandes*, Revue du Nord, 14 (1928), p. 5-19 ; B.H.D. HERMESDORF, *Te hoofde gaan*, Verslagen en Mededeelingen Vereeniging tot Uitgaaf der Bronnen van het Oud-Vaderlandsche Recht, 11 (1954), p. 17-50 ; R. BYL, *Les juridictions scabinales dans le duché de Brabant (des origines à la fin du Xve siècle)*, Bruxelles 1965, p. 140-146.

qui, sur certains points, va se différencier de la coutume des campagnes voisines.

Passons enfin au droit privé. Pour bien comprendre la façon dont la coutume a réglé les rapports juridiques au sein de la famille et la transmission des droits patrimoniaux à l'occasion de la naissance, du mariage et de la mort, il faut examiner d'abord comment la coutume a organisé les rapports juridiques relatifs à la terre, et ensuite comment la famille s'est structurée¹¹.

Depuis le haut moyen âge s'est instauré en Europe occidentale un système de tenures, dont le fief et la tenure à cens. L'octroi d'une terre en fief au vassal a été l'un des facteurs de succès du système féodo-vassalique. A un niveau beaucoup plus modeste, la tenure à cens, dont l'origine remonte au Bas-Empire, est devenue une terre concédée à titre héréditaire à charge du paiement d'une redevance, le cens, en espèces ou en nature, et souvent de « corvées » sur les terres que conserve celui qui n'est plus vraiment propriétaire, le seigneur foncier. La tenure à cens devient aliénable entre vifs moyennant l'accord du seigneur foncier, et le cens devient immuable. Or, au fil du temps, l'amélioration des techniques agraires et la dépréciation de la monnaie contribuent à augmenter le revenu net du tenancier. Il pourra céder sa tenure en exigeant à son tour une redevance périodique et perpétuelle analogue au cens, la rente. Ou, plus fréquemment encore, le tenancier, tout en conservant son bien, s'engage à verser périodiquement une rente, dont le paiement est garanti par le bien. Il peut le faire en échange d'une somme d'argent (le capital de la rente) ou à titre gratuit, pour établir un de ses enfants, dans un but charitable, etc. Dans les deux cas (aliénation moyennant une rente et constitution de rente) les rentes prendront, comme le cens, le caractère de droits réels immobiliers. Ce système de rentes hypothéquées sur des immeubles connaît un grand succès. Même dans les villes, où le sol urbain a augmenté considérablement de valeur, les meubles, voire l'or et l'argent, ne sont que des éléments passagers des patrimoines. Les riches commerçants préfèrent investir leurs gains en immeubles ou en rentes sur des immeubles, en ville ou aux alentours.

Une fois entré dans le patrimoine d'un individu l'immeuble corporel ou incorporel (cens et rentes) constitue la part de ses biens dont il se défera le

¹¹ Pour les développements qui suivent, v. PH. GODDING, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12^e au 18^e siècle*, [Mémoires de l'Académie royale de Belgique, Cl. des Lettres, coll. in-4°, t. XIV], Bruxelles 1987 (réimpr. avec *addenda et corrigenda* 1991).

moins volontiers et qu'il voudra laisser à ses descendants, s'il en a, ou en tout cas transmettre au sein de sa famille.

4. Les structures familiales

Qu'est-ce que la famille au moyen âge ? Entre le début du 10^e et le milieu du 11^e siècle apparaît dans l'aristocratie de l'Europe occidentale une structure familiale axée sur la filiation agnatique : la famille se perpétue de père en fils, l'héritage se transmet de la même façon. Ce « lignage » va devenir le modèle sur lequel la famille sera structurée dans d'autres couches de la société, même dans les villes, coexistant avec la « maisonnée ».

Jusqu'à présent, tout ce que j'ai dit de la formation de la coutume, du lignage, des droits réels immobiliers comme cens et rentes, vaut pour l'ensemble de nos régions et au-delà. C'est lorsqu'on examine le transfert des biens à la faveur du mariage, des naissances et des décès, que les coutumes diffèrent. Pourquoi ? Parce que le mariage est une communauté de vie entre deux individus, appartenant chacun à une famille distincte. Chacune de ces familles a la hantise de voir un bien immeuble échapper à son patrimoine au profit de l'autre famille. Il y a de ce fait une tension entre le ménage (le mari et la femme) et leurs lignages respectifs. Le lignage domine dans l'aristocratie féodale, le ménage a tendance à prendre le pas dans les villes. Entre les deux extrêmes s'instaure tout un éventail de compromis.

5. Le recours à la géographie coutumière

Pour visualiser les différentes solutions coutumières, il faut recourir à la géographie du droit coutumier. La méthode n'est pas nouvelle. Le premier à l'appliquer, au 19^e siècle, fut le Strasbourgeois Henri Klimrath, qui dressa en 1837 une carte de la France coutumière¹². Il se limita cependant à une analyse détaillée sans parvenir à dégager les traits essentiels qui rapprochaient ou séparaient les diverses coutumes. En France, les travaux de Klimrath demeurèrent longtemps méconnus. En Allemagne, la *Geschichtliche Rechtsgeographie* se développa au 19^e siècle¹³.

A partir des années vingt du 20^e siècle, E.M. Meijers, professeur à Leyde, recourut à la géographie coutumière, notamment pour nos régions ;

¹² Publiée dans ses *Travaux sur l'histoire du droit français*, édités en 1843 par M.L.A. WARNKOENIG (Paris/Strasbourg, 2 vol.).

¹³ Voir W. MERK, *Wege und Ziele der geschichtlichen Rechtsgeographie*, Berlin 1926.

elle lui permit de distinguer deux groupes de coutumes en fonction de la réglementation familiale relative aux biens, l'un qu'il rattacha à un ensemble qualifié de « droit ligurien », l'autre qu'il qualifia de « belgo-helvétique ». Ses travaux, où la publication de documents inédits prenaient une grande place, furent surtout précieux pour la Flandre et le Brabant¹⁴. Chaque volume était muni d'une carte indiquant les ressorts de coutumes.

Un autre ouvrage important pour nos régions fut l'*Essai de géographie coutumière*¹⁵ du français Jean Yver. On y trouve une carte des pays coutumiers en France, en fonction de leur admission ou non de l'égalité successorale, ce qui l'amène à distinguer dans le Nord de la France et dans nos régions deux groupes de coutumes, l'un « flamingant », l'autre picard-wallon¹⁶. Il en sera question plus loin.

Dans son *Introduction historique au droit*¹⁷, mon maître John Gilissen recourut systématiquement à une représentation cartographique des phénomènes juridiques à propos des grands systèmes juridiques, de la France coutumière, des coutumes de la Belgique et du Nord de la France, du ressort de la coutume d'Uccle, de la puissance paternelle et de la majorité émancipatrice ainsi que du droit de maineté (juveigneur). Il avait en outre entrepris d'établir pour nos régions une carte des ressorts de coutumes, dont il m'a remis une première esquisse.

J'ai à mon tour recouru à cette méthode dans mon ouvrage sur le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12^e au 18^e siècle¹⁸, mais sans en tirer parti dans la perspective du présent essai : vérifier dans quelle mesure on peut parler d'un droit privé commun à nos régions. Ce sont les cartes figurant en annexe de ce livre que j'utiliserai dans ce but.

¹⁴ *Het Ligurische erfrecht in de Nederlanden : I. Westbrabantsche erfrecht, Haarlem 1929 ; II. Het West-Vlaamsche erfrecht, 1932 ; III. Het Oost-Vlaamsche erfrecht, 1936.*

¹⁵ Sous-titre de : *Egalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés*, Paris 1966.

¹⁶ Cette distinction avait déjà fait l'objet de son article (dépourvu de carte) sur *Les deux groupes de coutumes du Nord*, *Revue du Nord* 35 (1953), p. 197-220 ; 36 (1954), p. 5-36.

¹⁷ Dont les sous-titres sont : *Esquisse d'une histoire universelle du droit. Les sources du droit depuis le 13^e siècle. Eléments d'histoire du droit privé*, Bruxelles 1979

¹⁸ Voir note 10.

Depuis l'établissement de ces cartes a paru la pénétrante thèse de Robert Jacob¹⁹, dans laquelle il situe le groupe de coutumes picard-wallon beaucoup plus finement que je n'ai pu le faire. C'est un bel exemple de ce que le recours à la géographie coutumière peut apporter ; mais l'auteur en souligne deux limites, apparentes aussi dans l'usage que j'en ai fait. Toutes deux concernent la documentation dont les cartes sont tributaires : le texte des coutumes ne nous est connu que par des rédactions datant au plus tôt du 15^e, généralement du 16^e ou du 17^e siècle ; les cartes permettent donc rarement de représenter une évolution par rapport aux siècles antérieurs. En outre il s'avère en de nombreux cas que la pratique ne se conforme pas à la coutume telle qu'elle a été rédigée²⁰. Ajoutons encore que toutes les particularités (énumérées au premier paragraphe des conclusions de cet exposé) ne peuvent apparaître sur les cartes, sous peine de les rendre illisibles, ou de devoir les multiplier et de perdre ainsi leur effet synthétique.

La répartition coutumière a-t-elle été influencée par certaines frontières ? Provisoirement, nous n'en retiendrons que deux : du Nord au Sud, la limite politique entre l'Empire et le royaume de France, qui remonte à la dislocation de l'empire carolingien ; elle suit, en gros, le cours de l'Escaut. L'autre, d'Est en Ouest, remonte aux grandes invasions : c'est la limite entre parlers germaniques et romans, de nos jours la « frontière linguistique »²¹.

6. Les régimes matrimoniaux

Commençons par les régimes matrimoniaux²².

Tous les biens, nous le comprenons maintenant, ne sont pas concernés de la même façon : les meubles sont le plus souvent considérés comme communs aux deux époux, de même que les immeubles qu'ils acquièrent durant le mariage. Cette communauté de meubles et d'acquêts est le régime

¹⁹ R. JACOB, *Les époux, le seigneur et la cité. Coutume et pratiques matrimoniales des bourgeois et paysans de France du Nord au moyen âge*, Bruxelles 1990 [Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 50].

²⁰ Voir dans le même ouvrage, au chapitre I (*Le groupe de coutumes picard-wallon, III. Le terrain de l'enquête*), les développements concernant le « cadre géographique, méthode et limites des recherches », p. 69.

²¹ Voir la première carte, sur laquelle les frontières actuelles de la Belgique ont également été indiquées..

²² *Le droit privé*, n° 466 à 556.

La communauté universelle dès le mariage ne se rencontre que dans les villes de Flandre et celles ressortissant au droit d'Anvers. En Flandre occidentale, la communauté universelle est de droit commun, mais ne s'établit entre époux que lors de la naissance d'un enfant. Pourquoi ? Parce que dans ce cas chaque famille est rassurée : les biens des époux iront plus tard à leur descendance, prolongement commun des deux familles.

L'union de biens est un système répandu en Allemagne. Il diffère peu de la communauté universelle : durant le mariage le mari est maître absolu des biens de sa femme, sauf des immeubles venant de la famille de celle-ci. Faute de descendance, si la femme survit, tous les biens lui échoient ; le mari survivant reste maître de tous les biens.

De façon générale, que se passe-t-il lorsqu'une communauté est dissoute par décès d'un des époux ? Les solutions sont très diverses, et dépendent souvent de l'existence ou non d'enfants issus du mariage. Généralement, les meubles sont partagés par moitié entre le survivant et les héritiers du prédécédé, ou sont attribués au survivant à condition de payer toutes les dettes. Quant aux immeubles, le survivant a au moins un usufruit sur une partie des immeubles, qu'il y ait des descendants ou non. Pour la période du 16^e au 18^e siècle (carte 2), on constate, en présence d'enfants, un droit commun dans les régions dépendant de l'Empire, sauf dans le Brabant occidental et dans le petit ressort de Bouillon. On retrouve le système flamand dans une partie du Brabant. En Artois, la veuve bénéficie d'un usufruit sur une partie des immeubles propres du mari, le douaire, issu du droit de la noblesse, qui est répandu en France. Faute d'enfants (carte 3), les solutions sont plus diversifiées. L'usufruit du survivant sur les propres et la part d'acquêts du prédécédé est le système dominant.

Jean Yver, le premier, a cru pouvoir discerner, à propos des régimes matrimoniaux, deux systèmes de part et d'autre d'une frontière « assez comparable à celle des langues » : un groupe « flamingant » et un groupe « picard-wallon ». Cette thèse a été critiquée, en tant qu'elle paraissait tenir compte d'une frontière des langues ; les cartes que j'ai dressées témoignent en tout cas de ce que celle-ci ne coïncide pas avec les limites coutumières. Robert Jacob s'est surtout intéressé au groupe picard-wallon et en a souligné les particularités. Sa caractéristique majeure serait de donner le pas au ménage sur le lignage²³. Et il est vrai que l'on y trouve une institution importante, celle du *ravestissement* ; le ravestissement « de sang » attribue tous les biens du ménage au conjoint survivant si des enfants sont issus du mariage, le ravestissement « par lettres » permet aux époux de se faire un

²³ *Les époux, le seigneur et la cité*, p. 41.

don mutuel de tous leurs biens à défaut d'enfants. Cette institution, connue au moyen âge en Hainaut, dans le souverain bailliage de Lille-Douai-Orchies et dans une partie de l'Artois, est celle qui contribue surtout à la caractéristique qu'attribuent Yver et Jacob au groupe picard-wallon de donner le pas au ménage sur le lignage. Mais là où elle existe encore au 16^e siècle, notamment à Lille et en Hainaut, ses effets ont été réduits²⁴.

7. Le droit successoral²⁵

La règle générale de la priorité des héritiers du degré le plus proche s'applique aux enfants d'un même mariage par rapport à la succession de leurs père et mère, mais il y a des exceptions pour certains immeubles : les fiefs pour lesquels le plus souvent l'aîné est privilégié et les filles sinon exclues, du moins désavantagées. L'exclusion des filles concerne parfois les tenures à cens. Pour les alleux, l'égalité est de principe. Sans entrer dans les détails, je me bornerai à illustrer l'application de certains principes.

Le premier concerne les enfants nés d'un même père ou d'une même mère, mais de mariages différents, un problème redevenu très actuel. Il se posait fréquemment jadis, les époux mourant souvent jeunes. Prenons l'exemple d'un veuf, qui à son décès laisse comme héritiers des enfants de deux ou plusieurs mariages successifs : partagent-ils également entre eux ?

Certaines coutumes réservent aux enfants du premier lit les immeubles du prédécédé, les acquêts et même les propres du survivant, dont celui-ci conserve l'usufruit mais dont il ne peut plus disposer : c'est le droit de *dévolution*, que nous ne connaissons plus de nos jours. Comme le montre la carte 5, il est très répandu dans nos régions, du Nord au Sud, mais inconnu en Flandre et en Artois, tout comme il l'est dans le royaume de France ; on le trouve par contre en Allemagne, en Alsace et en Lorraine, toutes terres d'Empire²⁶. Mais son origine ne peut être établie au delà du 12^e siècle.

²⁴ *Ibid.*, p. 45 : il n'emporte plus que la propriété des meubles et l'usufruit des immeubles. Il faut tempérer cette remarque de l'auteur par l'assimilation aux meubles des immeubles situés en ville ou dans la banlieue, dès le début du 16^e siècle, à Tournai, Lille et Douai: PH. GODDING, *Droit privé*, n° 487 et 518. La carte 2 a été corrigée par rapport à celle figurant dans cet ouvrage.

²⁵ *Ibid.*, n° 557-729.

²⁶ R. Jacob voit à juste titre dans le droit de dévolution l'une des caractéristiques majeures du groupe picard-wallon, par opposition aux coutumes flamandes (*op.*

Autre principe successoral : la **représentation**. Si lors de l'ouverture d'une succession certains enfants sont décédés, mais laissent des descendants, deux systèmes s'opposent :

- seuls les enfants encore en vie héritent, car ils sont les plus proches parents du défunt ;
- les descendants d'un enfant déjà décédé recueillent la part qu'il aurait reçue s'il avait été en vie.

La représentation²⁷ peut aussi jouer en ligne collatérale : le défunt n'a pas de descendants et ses plus proches héritiers sont ses frères et sœurs : le principe de la représentation peut jouer, conduisant à un partage par souches.

Connue en droit romain, la représentation ne l'était pas en droit germanique. Le roi franc Childebert II introduisit en 594 la représentation, en ligne directe seulement, pour le royaume d'Austrasie. L'évêché de Liège était compris dans ce royaume ; or dans celles de nos régions qui dépendent de cet évêché, la représentation en ligne directe seulement prévaut au moyen âge (carte 6). S'agit-il des lointains effets du décret de 594 ? C'est ce que E. Meijers a supposé et a cru pouvoir démontrer. Et il est vrai qu'une grande partie de nos régions comprises au bas moyen âge dans le diocèse de Liège n'admettaient alors la représentation qu'en ligne directe ; un doute subsiste toutefois pour le Limbourg et le Namurois, pour lesquels les sources de l'époque n'attestent pas l'existence de la représentation. Et en Hainaut la représentation en ligne directe seulement est attestée, mais seulement pour les tenures à cens. Toujours au moyen âge, la représentation dans les deux lignes à l'infini est admise dans la plus grande partie de la Flandre et en Brabant occidental (dépendant du diocèse de Cambrai). Le droit féodal a tendance à rejeter toute représentation.

A partir du 16^e siècle (carte 7) excluent encore toujours la représentation en ligne collatérale le quartier de Bois-le-Duc et le Brabant oriental, la Flandre gallicante et le Hainaut occidental ; le Namurois l'exclut aussi. Si la situation antérieure se maintient aussi en Flandre et en Brabant occidental, un changement spectaculaire intervient : sous l'influence du droit romain, les coutumes qui admettaient la représentation seulement en ligne directe, l'admettent également en ligne collatérale, mais limitée aux neveux et nièces du défunt..

A défaut de descendants, quels sont les droits des **a s c e n d a n t s** : les père et mère excluent-ils ou non les frères et sœurs du défunt ? Ce devrait

cit., p. 47) ; mais, comme on le voit, il ne s'agit pas d'une particularité par rapport à d'autres coutumes.

²⁷ PH. GODDING, *Droit privé*, n° 657-663.

logiquement être le cas, car les père et mère sont plus proches du défunt d'un degré. Or, dans une bonne partie de nos régions ce fut primitivement l'inverse : les ascendants sont ou bien exclus de la succession dans tous les cas (Flandre orientale, Brabant occidental, Namurois), ou bien sont exclus au profit des frères et sœurs du défunt, s'il y en a (carte 8). Ici encore (carte 9), l'influence du droit romain a joué à partir du 16^e siècle en consacrant dans plusieurs régions un partage entre ascendants et frères et sœurs du défunt. Mais pareil partage n'est souvent admis (Artois, Hainaut, Courtrais et quelques autres coutumes) que pour les meubles, voire les meubles et les acquêts, mais non pour les propres. Nous allons voir pourquoi.

Faute d'héritiers en ligne directe, en vertu du *retour lignager* (*paterna paternis, materna maternis*) les biens immeubles venant du côté maternel doivent retourner dans la famille de la mère, ceux venant du côté paternel dans celle du père. Comme le nom l'indique, cette règle est dictée par l'intérêt du lignage dont l'immeuble provient. Dans l'application la plus simple du principe (coutumes de simple côté), le propre échoit au plus proche parent du côté d'où il vient. L'application la plus stricte attribue chaque propre du défunt aux descendants de celui qui a fait entrer le bien dans le lignage : il faut remonter à la souche (coutumes souchères). Entre les deux, les coutumes de côté et de ligne réservent chaque propre aux héritiers du défunt du côté d'où vient le bien, qui sont en outre parents en ligne directe ou collatérale du premier acquéreur.

Le principe est largement appliqué dans nos régions (carte 10). Seuls ne l'appliquent pas le pays de Liège, le quartier de Bois-le-Duc, une partie du Luxembourg et, en Artois, le seul bailliage de Bapaume. La frontière entre royaume et empire et la frontière linguistique ne jouent aucun rôle.

Dérivée en Europe occidentale du retour lignager, la *fente* concerne tous les biens, meubles et acquêts, autres que les propres. Afin d'éviter qu'en ligne ascendante ou collatérale la fortune du défunt puisse passer tout entière au lignage paternel ou maternel par l'attribution au plus proche héritier, la coutume s'est basée sur la fiction que dans les biens du défunt, abstraction faite des propres, autant est censé provenir de chacun des deux côtés. Dès lors elle attribue une moitié des biens aux plus proches héritiers de chaque côté. Si les différentes applications de la fente sont présentes dans les coutumes de Flandre, du Brabant occidental, du Hainaut et du pays de Loos, on constate qu'elle est moins répandue que le retour lignager.

Qu'en était-il des biens légués par *testament* ? A la lumière de ce que nous avons vu, nous pouvons nous attendre à ce que le droit de l'individu de disposer d'immeubles par testament ait été fort restreint par la coutume. Mais le testament, disparu au haut moyen âge dans l'Europe du

Nord-Ouest, réapparaît dans nos régions au début du 13^e siècle, sous l'influence de l'Eglise qui en fait un acte religieux par excellence : faire des aumônes pour le salut de son âme. On comprend que l'Eglise ait poussé les fidèles à y recourir.

L'interdiction radicale de disposer d'immeubles par testament est donc exceptionnelle dans la coutume (carte 12). Dans le bloc constitué par la Flandre, l'Artois et le Hainaut, seul ce dernier la connaît. En Artois, la limitation ne concerne que les immeubles propres, dont l'individu ne peut disposer qu'à concurrence d'un cinquième comme ailleurs en France. En Flandre, il peut disposer de n'importe quels biens, mais seulement à concurrence d'un tiers de leur valeur totale. Il existe un net contraste avec toutes les régions à l'Est de la Flandre et du Hainaut : au moyen âge on n'y trouve aucune limitation, ce qui explique le succès de l'introduction dans ces coutumes de la l é g i t i m e du droit romain au 16^e siècle : celle-ci protège les ascendants et les descendants du testateur en leur réservant une part de la valeur totale des biens, dont le testateur ne peut disposer.

Un dernier principe a pour but d'assurer, lorsque les exceptions prévues par la coutume n'y font pas obstacle, le respect de la règle « à degré égal, partage égal ». Ce principe peut être faussé par des dons ou legs du défunt à l'un de ses enfants. Le r a p p o r t tient compte de ces libéralités, lors du partage successoral, pour réduire la part successorale du bénéficiaire. Les coutumes sont plus ou moins strictes à cet égard (carte 13). La Flandre était sans doute à l'origine une coutume d'égalité stricte : *men mag geen lief kind maken* (on ne peut faire d'enfant chéri). Mais à la même époque, selon d'autres textes, le rapport ne s'impose qu'à ceux qui veulent participer au partage ; s'ils y renoncent, ils peuvent conserver ce qu'ils ont reçu du défunt par legs ou par don. Cette liberté de choix se reflète dans les coutumes d'option, en Flandre, en Brabant et au Luxembourg. Les coutumes préciputaires (du Hainaut à la Gueldre en passant par la Flandre gallicante, le Hainaut, le Namurois et la principauté de Liège) permettent aux parents de donner « à l'un plus, à l'autre moins ». Cette faculté d'avantager certains enfants connaît toutefois des limites : le privilège des enfants du premier lit, là où il est observé, et la notion de part légitime du droit romain (carte 12).

9. Conclusions

Peut-on affirmer que nos régions ont connu un droit privé commun ? On serait tenté de répondre négativement. Car à elles seules, les cartes annexées à cet exposé témoignent d'une bigarrure apparente du droit coutumier dans les domaines entremêlés des régimes matrimoniaux et des

successions. Cette bigarrure serait encore accentuée si l'on tenait compte du statut particulier des fiefs, des alleux et des tenures à cens, des privilèges de masculinité, d'aînesse ou de maineté, de l'assimilation fictive d'immeubles aux meubles et inversement, des diverses conceptions de la notion d'acquêts, du préciput du conjoint survivant lors du partage de la communauté, et d'autres particularités encore.

Mais, précisément dans ces domaines, la diversité des règles ne se manifeste pas sous forme d'ensembles coutumiers cohérents, nettement délimités les uns par rapport aux autres. Les clivages entre groupes de coutumes ne sont pas les mêmes, que ce soit à propos des régimes matrimoniaux ou des successions (représentation, droits des ascendants, dispositions testamentaires, rapport). Il s'agit plutôt d'une variété de dosages différents, qui témoignent tous à leur manière de la recherche d'un équilibre entre ménage et lignage, entre l'égalité des héritiers du même degré d'une part, la protection des enfants du premier lit ou du patrimoine lignager de l'autre, entre ascendants et frères et sœurs du défunt.

Cette recherche d'un équilibre peut conduire à des solutions apparemment opposées ; et lorsqu'il s'agit de ressorts coutumiers voisins, la tentation est forte d'en conclure à des systèmes coutumiers distincts, comme l'ont fait Yver et Jacob. Selon ce dernier, le groupe picard-wallon se caractériserait par la cohésion de la plus petite cellule familiale, attestée surtout par la position privilégiée du conjoint survivant et par le droit de dévolution²⁸. Mais quant à ce dernier, nous avons vu qu'il déborde considérablement l'aire assignée au groupe picard-wallon vers le Nord-Est de nos régions. La position privilégiée du conjoint survivant se retrouve ailleurs, notamment dans les coutumes connaissant le droit de dévolution, mais dans une forme moindre que le ravestissement. Et à l'époque moderne, il n'est pas certain que cette dernière institution, réduite souvent à un simple usufruit, soit plus avantageuse pour le conjoint survivant que le partage de la communauté universelle que connaissent des coutumes du groupe « flamand », ou d'une communauté quasi-universelle qu'on trouve à Gand et dans le droit anversois, et qui comprend les immeubles situés en ville, assimilés à des meubles. Enfin, J. Yver et R. Jacob ont dû admettre l'hétérogénéité interne du groupe picard-wallon²⁹.

²⁸ *op. cit.*, p. 41.

²⁹ J. YVER, *Les deux groupes de coutumes*, p. 209, parle d'institutions « décousues dans leur variété, un peu sporadiques dans leur répartition territoriale », R. JACOB, *op. cit.*, p. 51, de l'« extrême variété des institutions qui s'y trouvent rassemblées », d'une « bigarrure ». La transmission d'une

Malgré cette diversité des règles relatives aux régimes matrimoniaux et aux successions, des traits communs se font jour. Avec des modalités diverses, les régimes matrimoniaux favorisent presque tous une communauté de biens entre époux, contrairement à ce qu'on constate par exemple en certaines régions de France. L'égalité entre héritiers du même degré tend à prévaloir au fil du temps. Enfin, on discerne une tendance à l'unification à partir du 16^e siècle, due à la rédaction des coutumes et à l'influence du droit romain. Le rôle direct de la législation à cet égard a été minime³⁰, mais il faut tenir compte en outre de l'indication du droit supplétoire lors de l'homologation des coutumes³¹.

Les traits communs sont encore plus manifestes quant au droit des biens. Nous avons vu que des facteurs économiques y ont contribué, principalement la prépondérance absolue de l'économie agraire durant les siècles où la coutume s'est formée dans ses traits essentiels ; la longue dépendance à l'égard du travail de la terre a marqué durablement le droit patrimonial. Mais les répercussions du phénomène urbain ont aussi marqué l'évolution du droit coutumier. Parmi les traits communs, on pourrait encore citer la rareté de la vente au comptant d'immeubles, à laquelle on préfère l'aliénation en échange d'une rente grevant le bien vendu, le régime des sûretés personnelles au moyen âge, etc.³².

génération à l'autre « obéit à une capricieuse logique du tout ou rien », les prévisions sont difficiles, les surprises fréquentes, « c'est là, en définitive le vrai trait d'unité de la famille wallon-picarde » (p. 52).

³⁰ Dans les édits généraux on n'en découvre qu'une dizaine. Voir à ce sujet J. GILISSEN, *Efforts d'unification du droit coutumier belge aux XVI^e et XVII^e siècles*, dans : Mélanges Georges Smets, Bruxelles 1952, p. 301-306 (en matière de droit civil) ; on peut y ajouter l'édit de Joseph II concernant le mariage, du 28.9.1784 (*Recueil des ordonnances des Pays-Bas*, 3^e série, XII, Bruxelles 1910, p. 380).

³¹ J. GILISSEN, *A propos de la réception du droit romain dans les provinces méridionales des Pays de par-deçà aux XVI^e et XVII^e siècles*, *Revue du Nord*, 40 (1958), p. 259-269. Comme le montre l'auteur, l'expression « droit commun écrit » souvent utilisée à cette occasion recouvre l'ensemble du droit romain et du droit canonique, pour autant que leurs règles ne soient pas contraires au droit coutumier (p. 269).

³² PH. GODDING, *Droit Privé*, n° 783, 769 et suiv. Au sujet de la location, deux groupes de coutumes s'opposent quant à l'effet de la vente d'un bien loué : la règle « vendage passe louage » prévaut dans le pays de Liège, le Limbourg, le Namurois et la Flandre gallicante dès le 14^e-15^e siècle, la règle opposée (*huur*

Toutes les coutumes témoignent enfin, quant à leur formation lointaine, de l'influence de facteurs institutionnels comme la féodalité, le régime seigneurial ou le recours à chef de sens, et de la diffusion de la structure familiale lignagère.

Il reste à se demander si dans la répartition territoriale des coutumes, des frontières ont pu jouer un rôle.

J'en ai déjà évoqué deux, antérieures aux développements de la plupart des aspects du droit privé. De la frontière linguistique, nous n'avons perçu aucune manifestation : l'histoire du droit ne conforte donc pas l'accent mis actuellement sur la langue comme fondement d'une identité communautaire territoriale. Le rôle de la frontière entre Empire et royaume a été peu déterminant : presque toujours, Flandre « sous la couronne » et Flandre « impériale » font bloc.

Mais ceci nous amène à envisager d'autres frontières. Politiques d'abord : celles des principautés constituées du 9^e au 13^e siècle, durant une même période cruciale pour la formation du droit privé. Au plus tard lors de la rédaction des coutumes, opérée par principauté et par subdivision administrative, la limite territoriale des coutumes (en dehors des villes et souvent de leur banlieue) s'est confondue avec ces frontières³³.

Mais alors, l'existence d'un droit privé commun se constate-t-elle plutôt à l'échelon de chaque principauté ? Oui, dans une large mesure, pour le comté de Flandre³⁴ et la principauté de Liège³⁵. Moins pour le Hainaut. En ce

gaat voor koop) dans la majorité des coutumes flamandes, en Brabant et en Hainaut (*ibid.*, n° 805).

³³ Sous réserve des ressorts formés par le recours à chef de sens. Mais à l'époque moderne en tout cas, ils tendent à se restreindre au territoire des principautés : la politique brabançonne sous Philippe le Bon a été de substituer le Conseil de Brabant aux échevins de Liège comme chef de sens des échevinages qui recouraient à ces derniers : PH. GODDING, *Le Conseil de Brabant, chef de sens, au quinzième siècle*, dans : *Brabandts recht dat is...*, Assen/Maastricht 1990, p. 121-133. R. Jacob (*op. cit.*, p. 58) a remarqué que la frontière entre les groupes picard-wallon et flamand ne coïncide ni avec le découpage des anciens comtés, ni avec la frontière linguistique au 13^e siècle, mais se superpose à la distinction de deux types de châtelainies de l'ancien comté de Flandre.

³⁴ A l'exception de la Flandre gallicante. On y relève les mêmes gains de survie faute d'enfants, l'absence de privilège de masculinité pour les tenures à cens et du droit de dévolution, la représentation en ligne directe et collatérale à l'infini, le retrait lignager de côté et de ligne, la fente (sauf dans la coutume de Courtrai), la réserve des deux tiers comme limite aux libéralités (sauf dans la Salle

qui concerne le comté de Namur et le duché de Luxembourg, les coutumes locales ont été absorbées respectivement en 1564 et 1623 par une coutume provinciale unique³⁶. Quant au duché de Brabant, la réponse est franchement négative³⁷.

Je ne puis entrer dans les autres raisons qui pourraient expliquer cette évolution différente, sinon pour le Brabant, en faisant valoir encore le rôle d'une autre frontière, à laquelle j'ai déjà fait allusion à propos de la représentation : celle entre les diocèses. Si Brabant occidental et oriental ont souvent une coutume distincte, selon les options de caractère familial, n'est-ce pas dû au fait que le territoire du duché est ainsi réparti depuis le haut moyen âge, entre les diocèses de Liège et de Cambrai ?

Une dernière réflexion, toujours à propos des frontières. Un droit privé commun, peut-être. Mais se distingue-t-il de celui des pays voisins ? Certainement pas en fonction des frontières actuelles des états. La légitimation par l'histoire du droit est une impasse aussi bien pour les partisans d'une Belgique unitaire que pour les indépendantistes flamands ou wallons (et Bruxellois ?). Les systèmes coutumiers que j'ai évoqués transcendent pour la plupart les frontières de notre petit royaume. L'histoire du droit privé de nos régions peut tout au plus aider à faire encore rêver certains à un futur état thiois (*Dietse staat, Dietsland, Grande Néerlande*) que l'on a conçu entre les deux guerres.

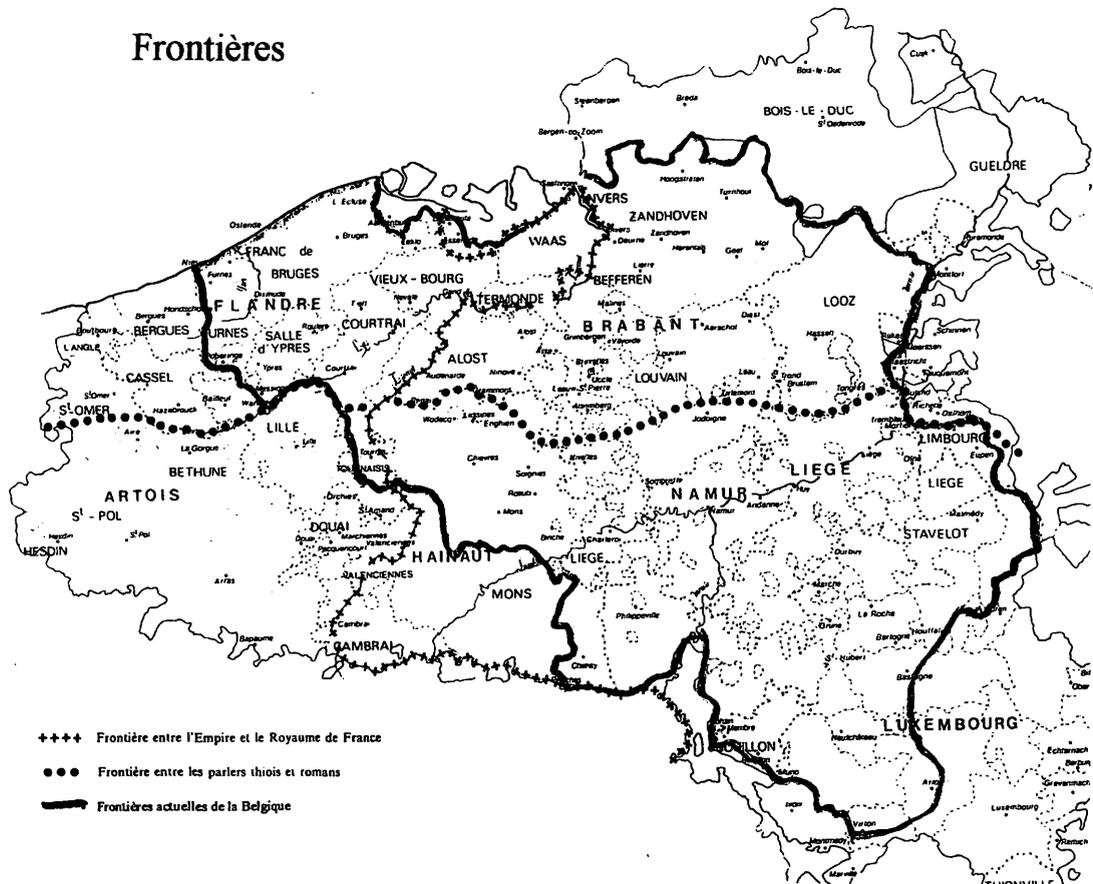
d'Ypres), l'option à l'égard du rapport. On n'y reconnaît pas de droits successoraux aux ascendants.

³⁵ A l'exception du comté de Looz. Les mêmes coutumes y prévalent pour les gains de survie, le privilège de masculinité pour les tenures à cens, le droit de dévolution, la représentation limitée à la ligne directe jusqu'au 16^e siècle, les droits successoraux des ascendants, l'absence de retour lignager et de fente, ainsi que de limitation au droit de disposer par testament (jusqu'au 16^e siècle), la dispense de rapport.

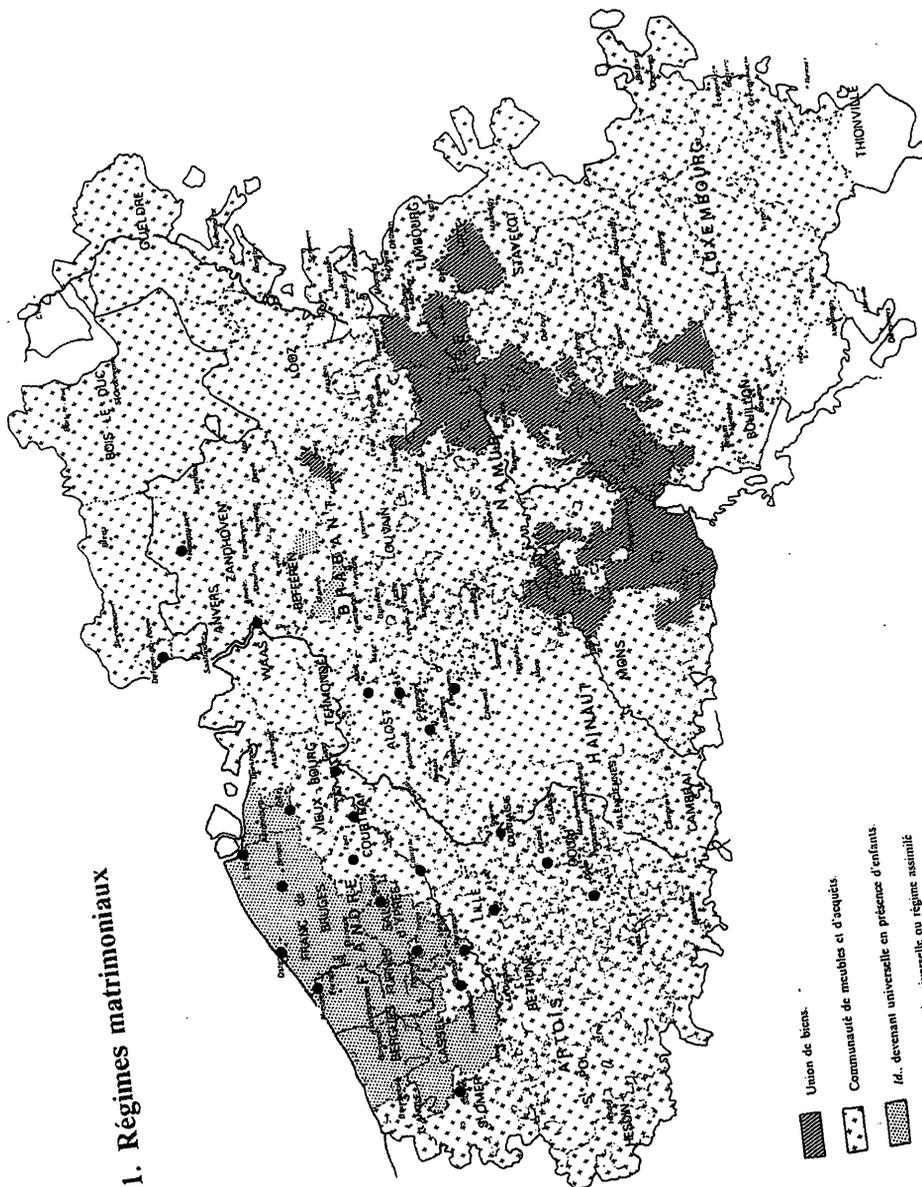
³⁶ J. GILISSEN, *Efforts d'unification*, p. 306-309.

³⁷ Le Brabant fut en grande partie soustrait à l'homologation des coutumes en raison du conflit qui opposa aux 16^e et 17^e siècles le Conseil de Brabant au Conseil Privé : J. GILISSEN, *Les phases de la codification*, p. 272 et 278.

Frontières

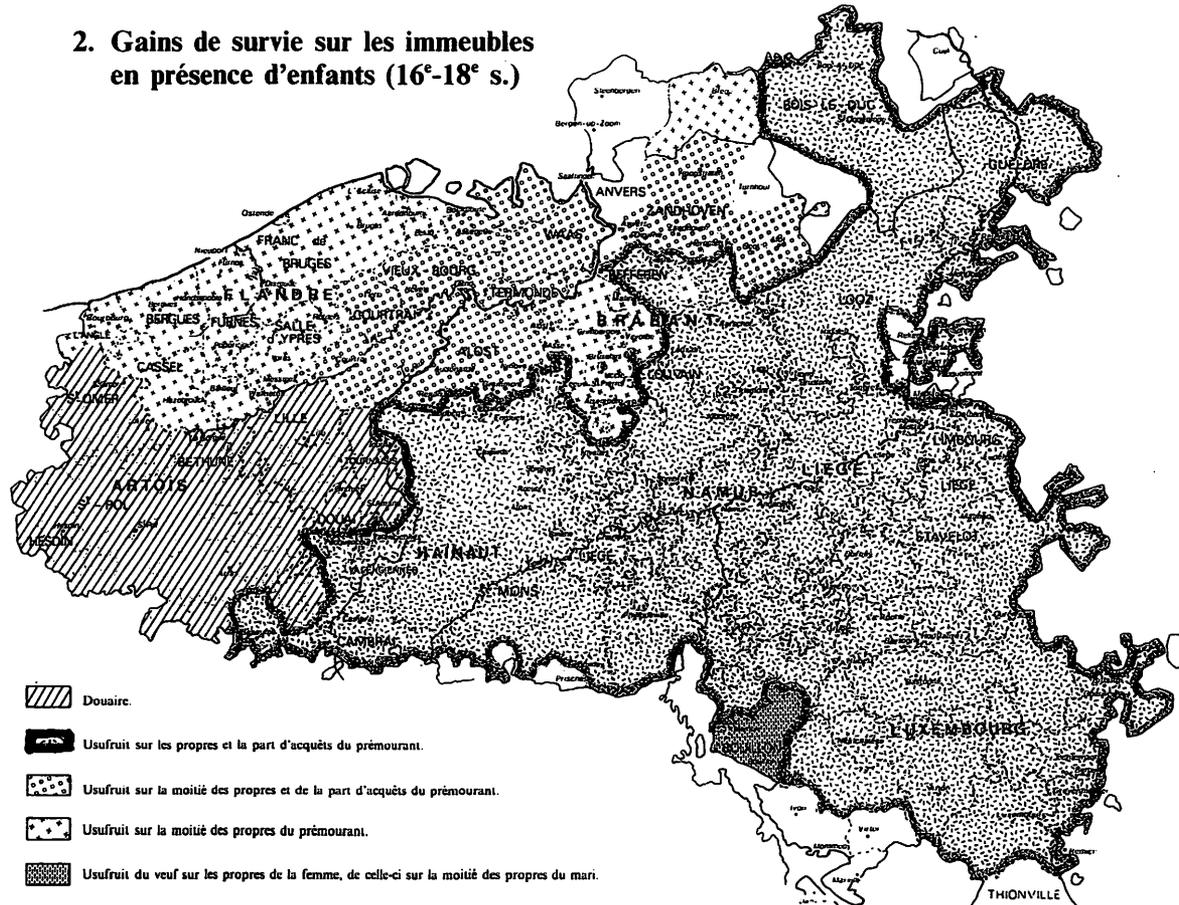


1. Régimes matrimoniaux

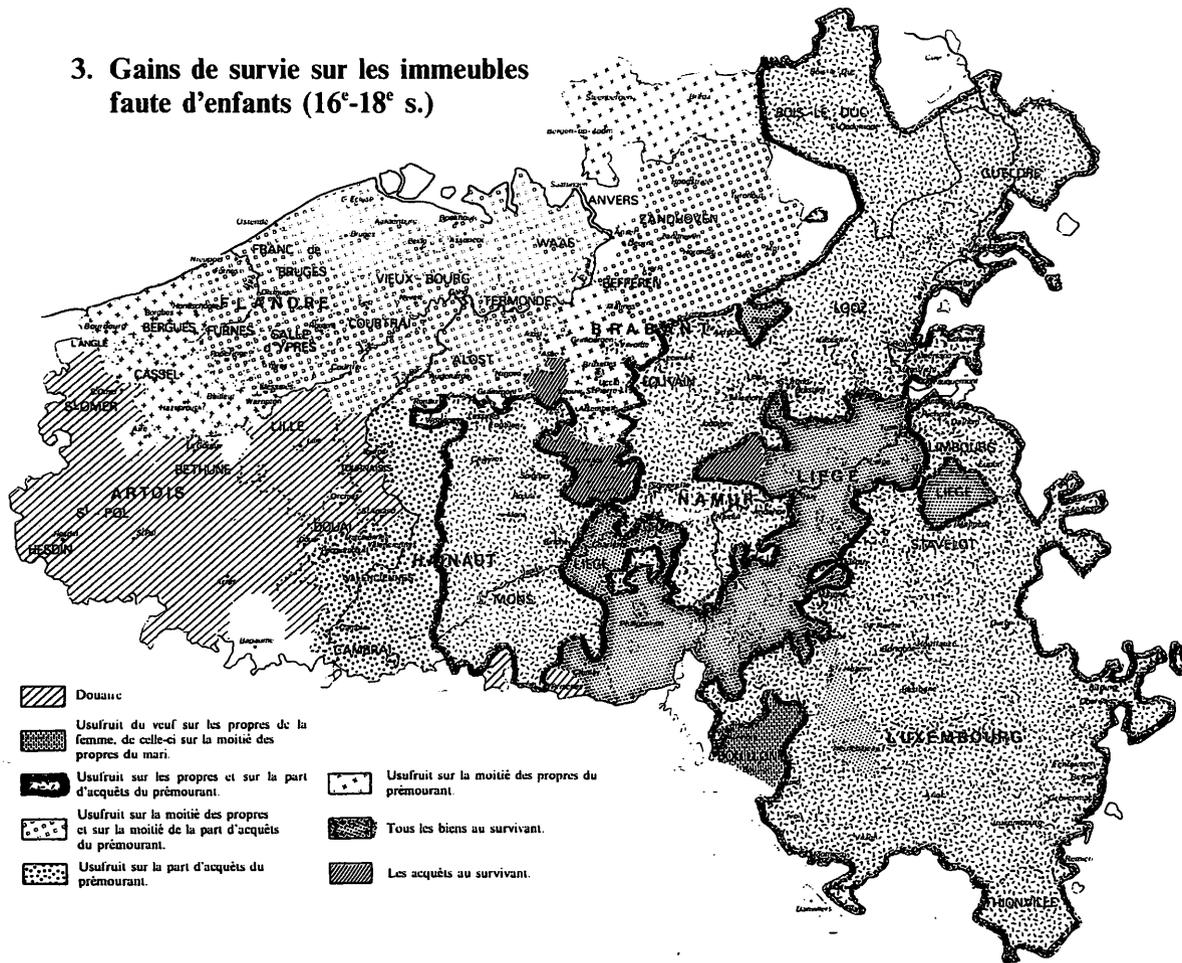


- Union de biens.
- ▤ Communauté de meubles et d'acquêts.
- ▨ Id., devenant universelle en présence d'enfants.
- Communauté universelle ou régime assimilé.

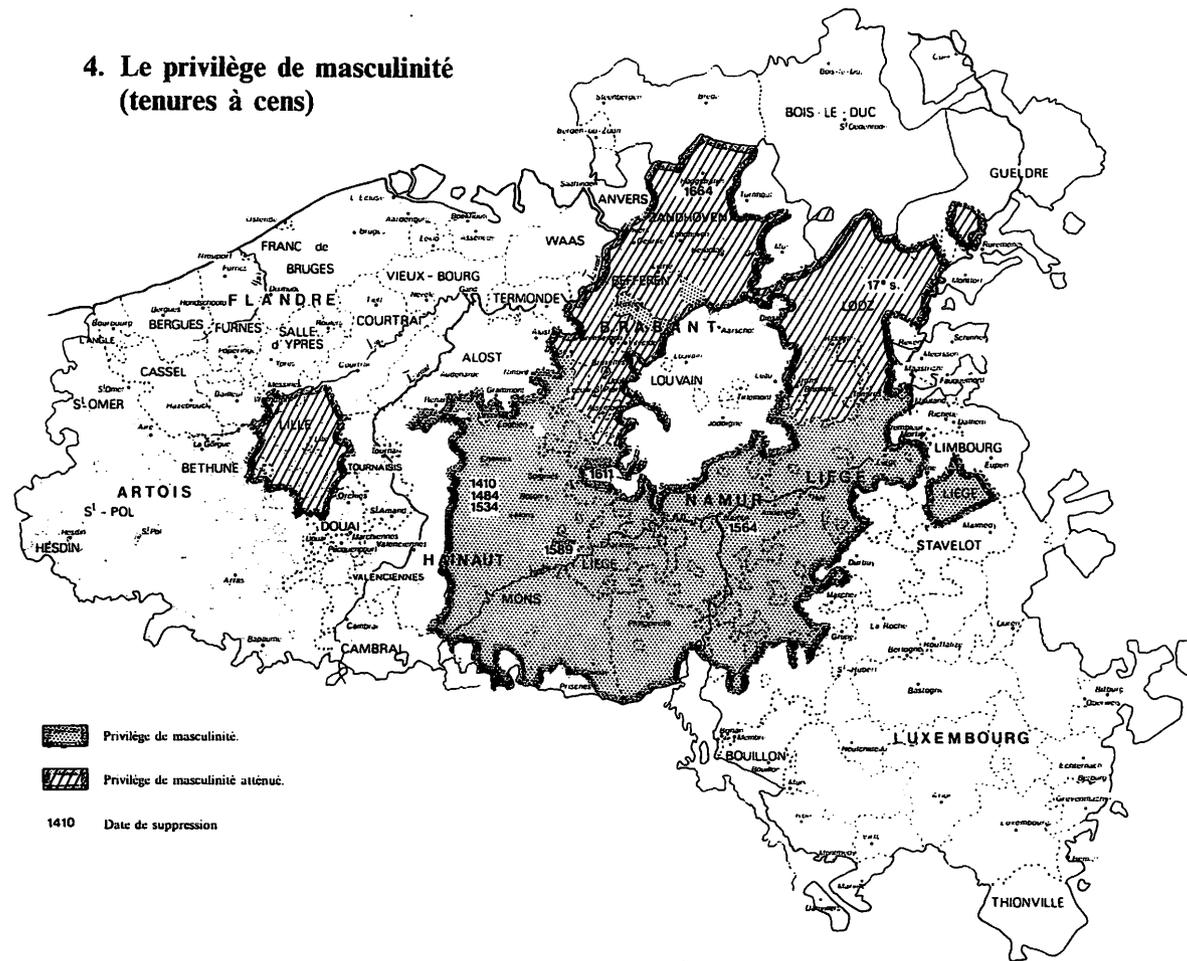
2. Gains de survie sur les immeubles en présence d'enfants (16^e-18^e s.)



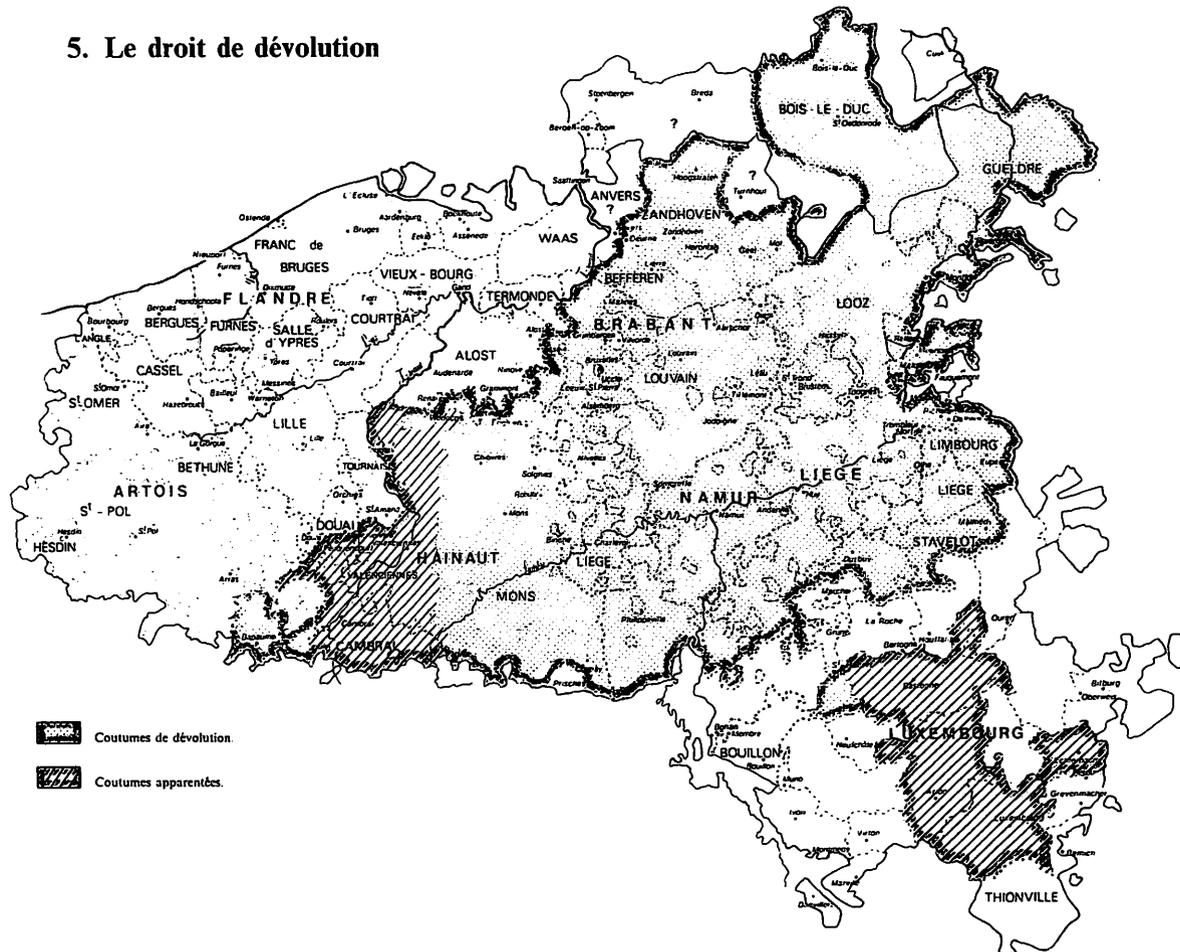
3. Gains de survie sur les immeubles faute d'enfants (16^e-18^e s.)



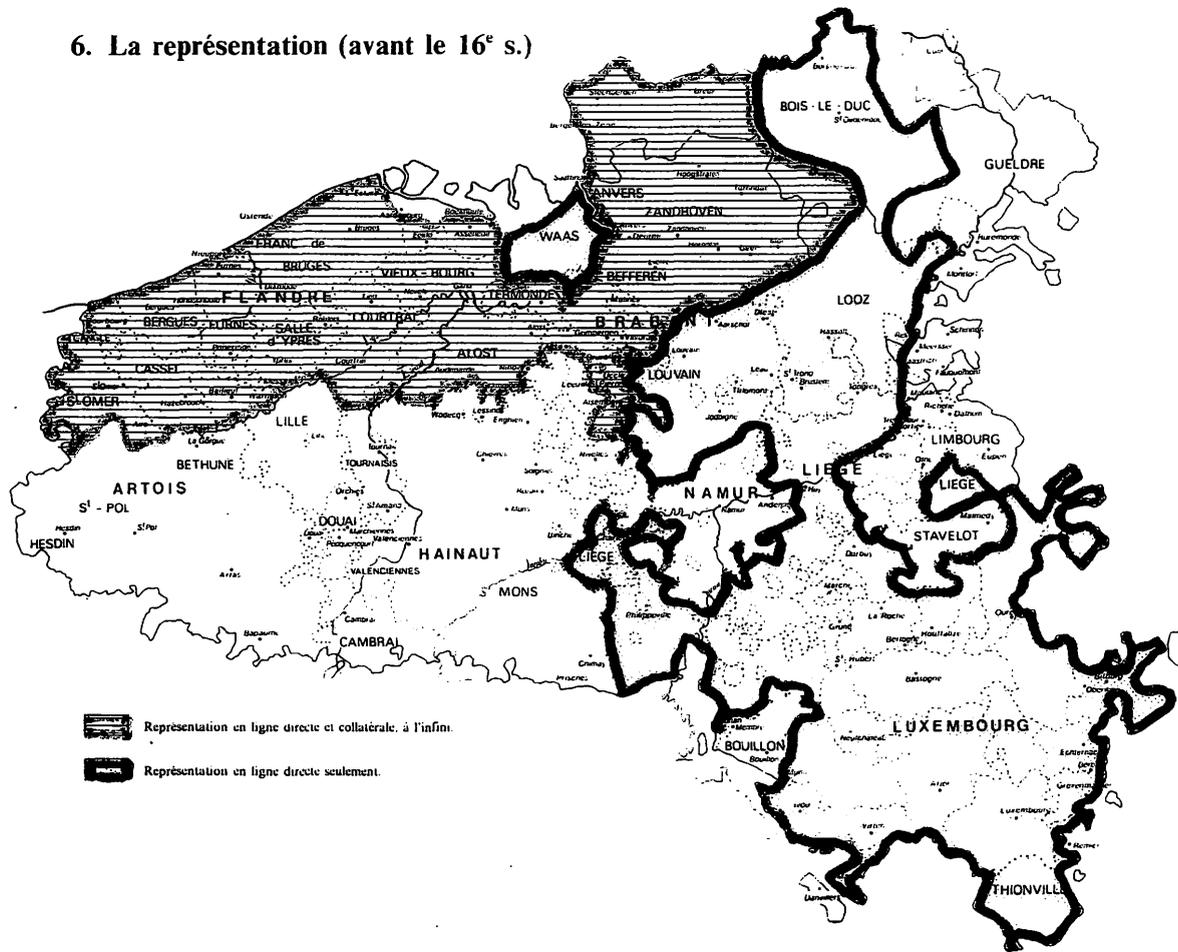
4. Le privilège de masculinité (tenures à cens)



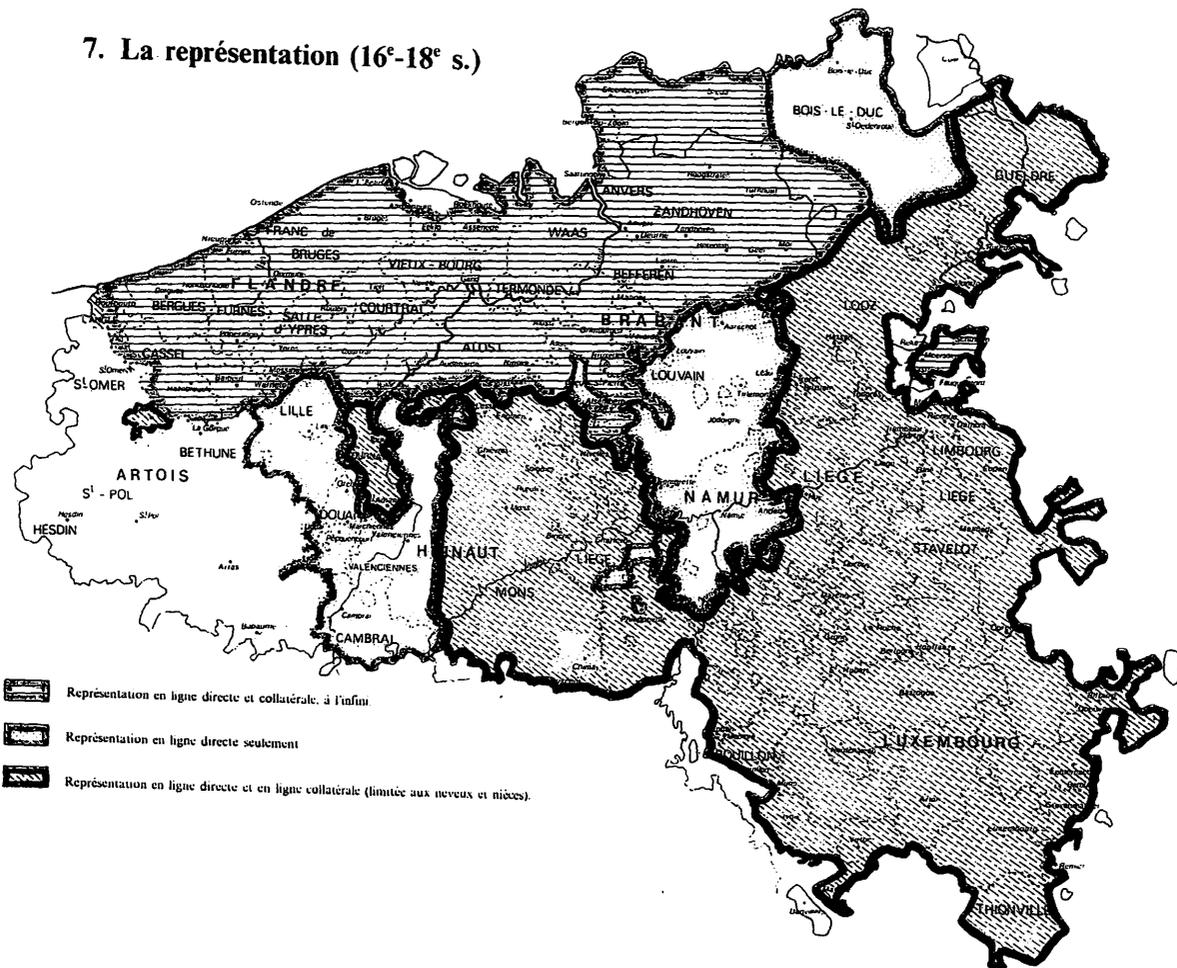
5. Le droit de dévolution



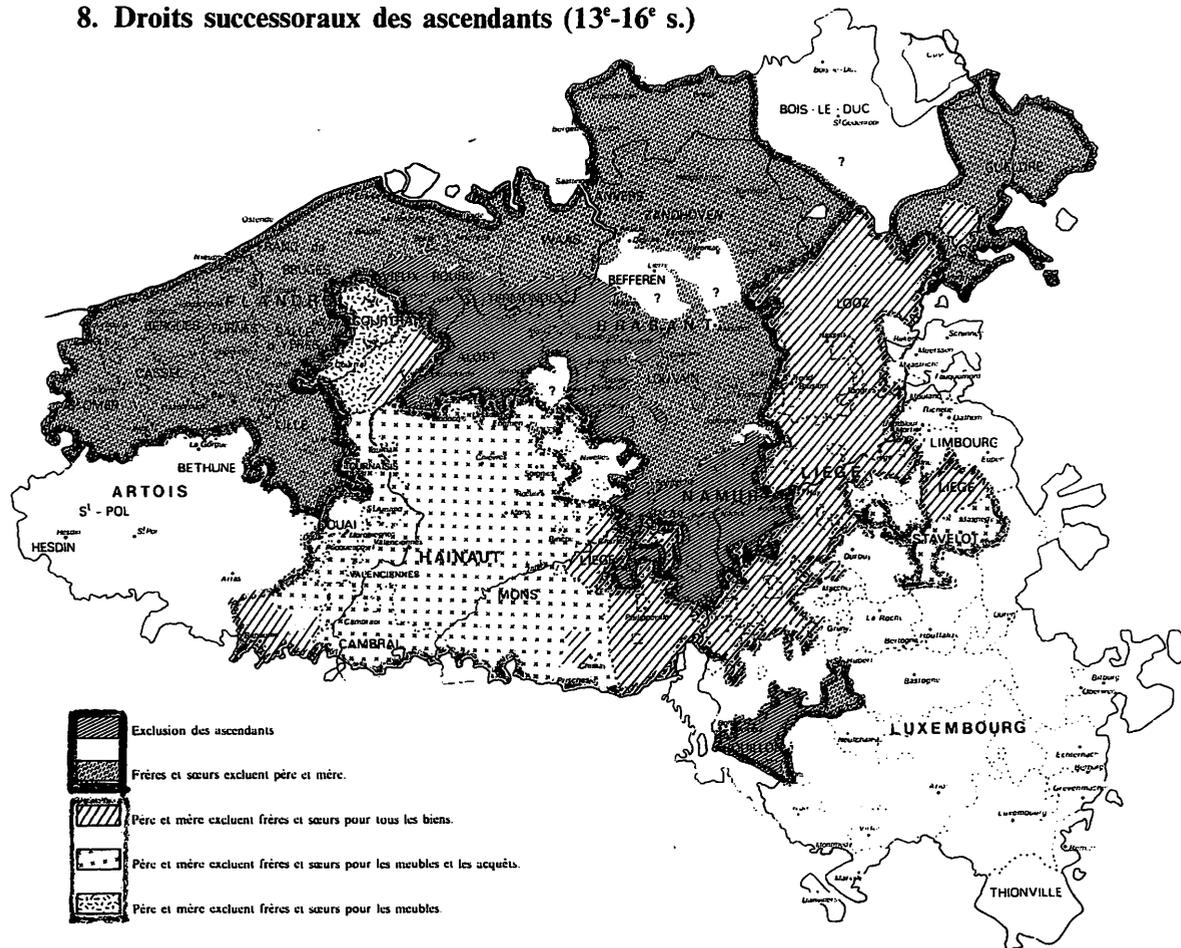
6. La représentation (avant le 16^e s.)



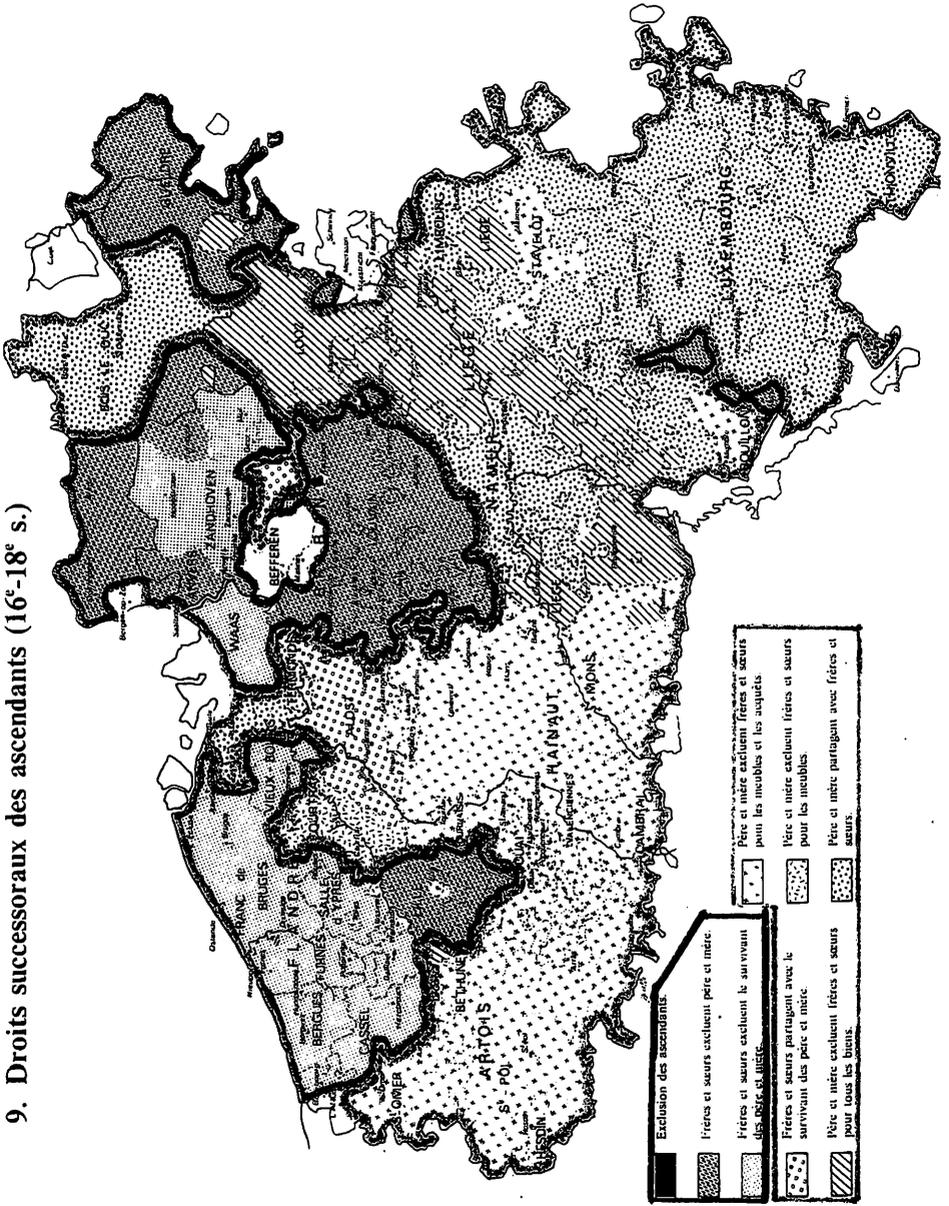
7. La représentation (16^e-18^e s.)



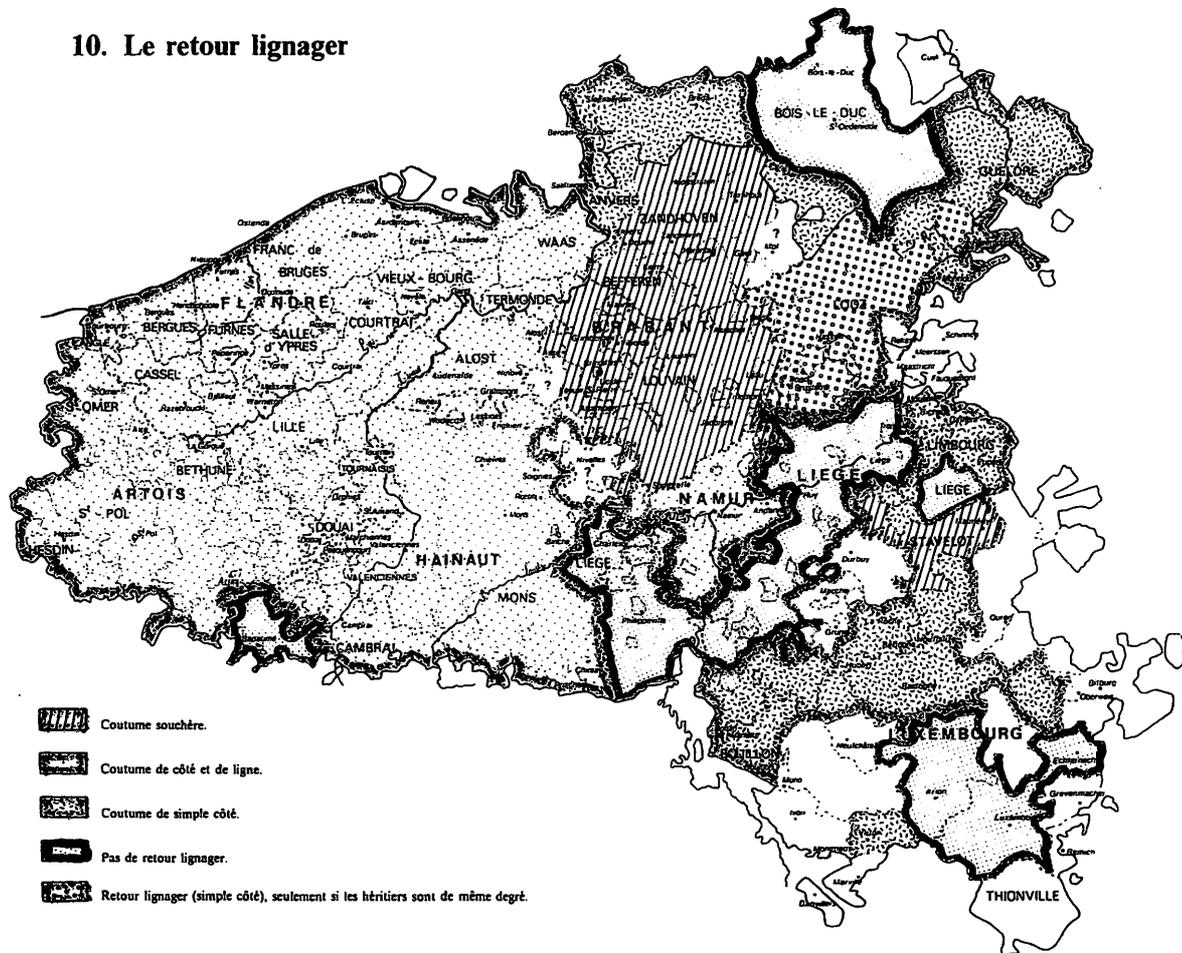
8. Droits successoraux des ascendants (13^e-16^e s.)



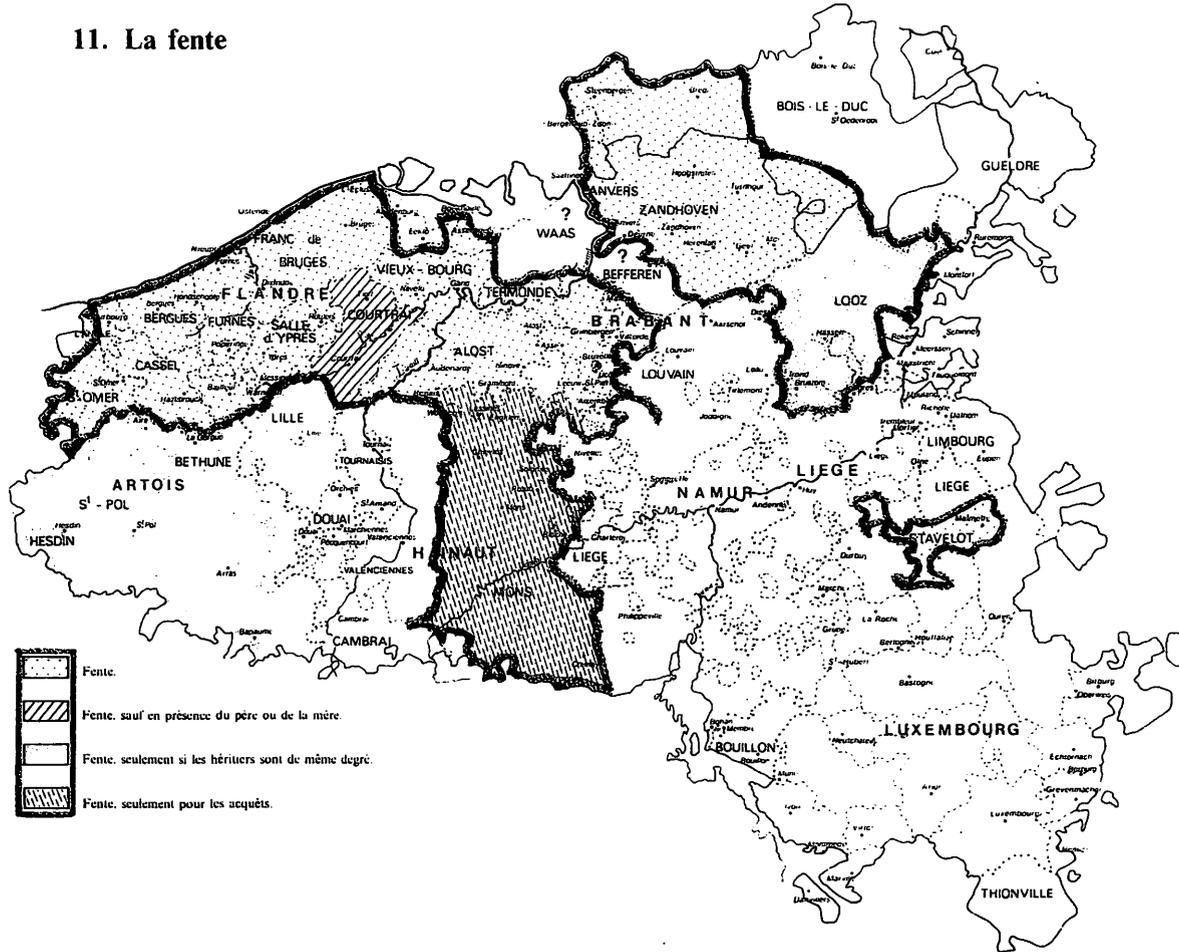
9. Droits successoraux des ascendants (16^e-18^e s.)



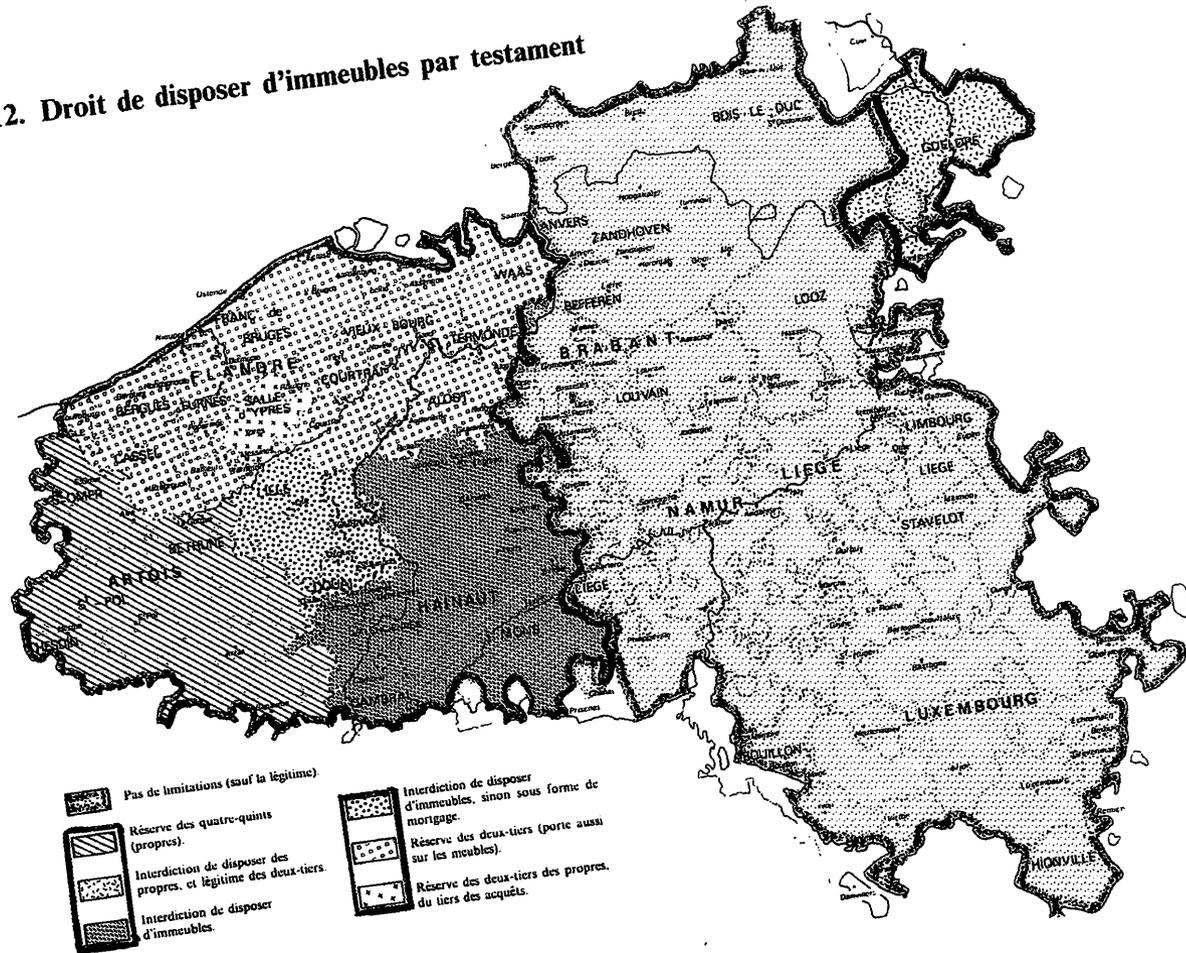
10. Le retour lignager



11. La fente



12. Droit de disposer d'immeubles par testament



-  Pas de limitations (sauf la légitime)
-  Réserve des quatre-quiens (propres).
-  Interdiction de disposer des propres, et légitime des deux-tiers.
-  Interdiction de disposer d'immeubles.

-  Interdiction de disposer d'immeubles, sinon sous forme de mortgage.
-  Réserve des deux-tiers (porte aussi sur les meubles).
-  Réserve des deux-tiers des propres, du tiers des acquis.

13. Le rapport

