

L'avocat dans la procédure des anciennes coutumes médiévales bordelaises

The lawyer in the procedure of the medieval old coutumes of Bordeaux

Gérard D. GUYON

Professeur d'Histoire du Droit et Droit Romain
Université Montesquieu - Bordeaux IV
gdg@u-bordeaux4.fr

Recibido: 11 de abril de 2007

Aceptado: 14 de mayo de 2007

RESUMEN

Se estudian en el presente artículo los orígenes y las funciones de los abogados que actuaron en el ámbito judicial del área de Burdeos durante la Baja Edad Media, a partir de la práctica conservada en el viejo derecho «coutumier» de la zona; se interesa el autor por su presencia y obligaciones recogidas en dicha legislación y por el papel cada vez más amplio desarrollado durante esa época.

PALABRAS CLAVE: Abogados, área bordelesa, derecho «coutumier», práctica judicial.

ABSTRACT

The origins and functions of the lawyers who acted in the judicial scope of Bordeaux area during the Low Middle Ages, from the practice conserved in the old «coutumier» law of the zone; the author is focused in its presence and in the obligations picked up in this legislation, as well as in the ample role played by this law, more and more developed during that time.

KEYWORDS: Lawyers, Bordeaux area, «coutumier» law, judicial practice.

RÉSUMÉ

On étudie dans le présent article les origines et les fonctions des avocats pratiquant la juridiction dans le secteur de Bordeaux pendant le Bas Moyen Âge, à partir de la pratique conservée dans le vieux droit «coutumier» de la zone ; l'auteur s'intéresse à sa présence et aux obligations reprises dans cette législation, ainsi qu'au vaste rôle accompli par ce droit, de plus en plus développé pendant cette époque.

MOTS CLÉ : Avocats, secteur de Bordeaux, droit «coutumier», pratique judiciaire.

ZUSAMMENFASSUNG

Im vorliegenden Beitrag werden die Ursprünge und die Aufgaben der Rechtsanwälte untersucht, die im Gerichtsbezirk von Bordeaux im Spätmittelalter vor Gericht auftraten. In der Untersuchung, die anhand der aufgezeichneten Praxis im alten Gewohnheitsrecht des Bezirkes von Bordeaux angelegt ist, fragt der Autor überdies nach Auftreten und Pflichten der Anwälte, die in dieser Gesetzgebung vorkommen, sowie nach ihrer immer stärker werdenden Rolle in jener Epoche.

SCHLÜSSELWÖRTER : Rechtsanwälte, Bezirk Bordeaux, Gewohnheitsrecht, Gerichtspraxis.

SOMMAIRE: I. La présence et les obligations de l'avocat dans les institutions judiciaires coutumières bordelaises. II. Le rôle croissant de l'avocat dans l'évolution de la procédure pénale médiévale bordelaise.

Le rôle de l'avocat n'apparaît pas très nettement dans les textes des anciennes coutumes médiévales bordelaises, et encore moins les données relatives à une quelconque déontologie dans l'exercice de la profession. Ces usages qui nous sont parvenus par le moyen de plusieurs textes manuscrits appelés « *Libro de costumaz* », dont les plus vieux datent des premières décennies du XV^e siècle, traitent d'une situation juridique et judiciaire beaucoup plus ancienne¹. Il est possible, en particulier, de faire remonter au XII^e avec une quasi certitude et même au XI^e siècle, un certain nombre de règles et de décisions pénales. Les unes et les autres sont en effet souvent liées, car la coutume est le plus souvent le résultat des arrêts des juristes locaux appelés : « *costumers, sabys en drep, prodomes* ». Ces derniers ont une connaissance parfaite du droit local – certes principalement à travers la science des cas d'espèces – mais leur culture juridique s'accroît au XIII^e siècle. Ils bénéficient alors de la diffusion du *ius scriptum*, dans le cadre de l'enseignement du droit romain et canonique. Ce sont eux qui composent le tribunal. C'est parmi ces praticiens du droit que l'on trouve les principales autorités urbaines de Bordeaux : clercs de la ville, juges, procureurs, syndics, prévôts, conseillers dénommés « *conselhadores pencionaris* », ainsi que les avocats « *avocadores* ». Cette imbrication entre le droit coutumier et les formes spécifiques de la justice situation entraîne donc la nécessité de faire des investigations larges et complexes lorsqu'on veut examiner le fonctionnement de la justice coutumière, dans laquelle opère l'avocat, et même plus simplement lorsqu'on veut étudier son statut et ses fonctions.

¹ Sur les manuscrits bordelais, H. Barkhausen, *Essai sur le régime législatif de Bordeaux au Moyen Âge*, Bordeaux, Gounouilh, 1890, pp. 11-20. G.-D. Guyon, « Les textes de la coutume de Bordeaux et leurs éditions », *Revue française d'histoire du livre*, 1978, a. 47, nouvelle série, n° 19, pp. 399-414. Sur les 7 manuscrits des coutumes, 4 se trouvent à Bordeaux, mais seulement deux versions existent. Les meilleures remontent au règne de Richard II (deuxième moitié du XIV^e siècle) – Bordeaux ms. Série AA3, et au British Museum, série Add 10-146), manuscrit Péry (Bordeaux ms. AA6).

L'intérêt de ces textes coutumiers est également renforcé par l'existence de notes qui se trouvent intercalées, entre les divers articles, dans la rédaction de certains manuscrits des coutumes. Elles prennent d'abord la forme d'explications, à la manière d'un résumé du problème juridique, dans des sortes de gloses latines. Mais on trouve aussi d'autres annotations qui font état d'une science du droit romain prise chez les meilleurs maîtres des universités du XIII^e et XIV^e siècles (civilistes et canonistes). Elles sont encore plus précieuses. Elles montrent que la justice pénale n'est pas seulement enfermée dans de vieilles pratiques répétitives, léguées par l'histoire et dans lesquelles la communauté locale inscrit tout son univers juridique, sans considération morale élevée – en ce qui concerne l'avocat en particulier – mais qu'elle entend servir, pleinement, une science juridique dont celui-ci doit être le garant à côté du juge. Ces annotations comparent les usages bordelais avec le droit romain. Elles précisent, à chaque fois, si la coutume est, ou non, conforme au droit romain et à certaines de ses valeurs propres (*iuris consona, iuris dissona*)². Cela permet de vérifier si les droits et les obligations de l'avocat sont rapportés aux vieilles règles romaines du Digeste ou du Code et même, quoique plus rarement, aux dispositions du droit canonique.

Ces textes coutumiers sont conservés avec soin dans les archives de la maison commune appelée Hôtel de Ville de Saint-Eloi. Il est interdit de les faire sortir de la ville, sous peine de sanctions très sévères. Ils ont plusieurs destinations : servir de base jurisprudentielle, à partir de laquelle les magistrats des tribunaux bordelais établissent par analogie leurs décisions, soit encore être utilisés pour l'enseignement des juges, des avocats et des procureurs de la ville, dans le cadre des études du droit qui ne sont pas encore organisées en Université et qui dépendent très étroitement des tribunaux locaux, ou des institutions ecclésiastiques épiscopales, pour la matière canonique³.

L'étude des textes montre que le droit civil et le droit pénal sont très mélangés dans la rédaction des coutumes bordelaises, sans qu'il soit possible de tracer une ligne de partage rationnelle entre l'un et l'autre droit. La formation des usages n'obéit pas, en particulier, à un esprit juridique didactique, ou même strictement judiciaire. L'oralité prédominant, même dans la mémoire des jugements (*record de cort*), la chronologie des coutumes est très incertaine. Seules quelques unes d'entre elles se réfèrent à des arrêts datés ou pour lesquels il est possible de restituer la date.

² G.-D. Guyon, « Les annotations de la coutume de Bordeaux et la romanisation du droit pénal », *Etudes d'histoire du droit et des idées politiques*, n° 3, 1999, pp. 297-328. Pour d'utiles comparaisons, J.-M. Font Rius, «Recepcion del derecho romano en la Península Ibérica durante la Edad Media», *Recueil de Mémoires et travaux publiés par la Société d'histoire des anciens pays de droit écrit*, Montpellier, VI (1967), pp. 94-99.

³ G.-D. Guyon, « Du Palais à l'Université. Les professeurs legum et l'évolution du droit pénal médiéval », *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad*, 4, Madrid (2001), pp. 135-164.

Ce qui enlève donc une partie du crédit affecté à telle ou telle décision et laisse parfois dans le flou chronologique l'état et le fonctionnement de la procédure dans laquelle apparaît l'avocat.

A première vue donc, si l'on se fonde sur un examen superficiel, le constat qui peut être fait sur l'activité des avocats semble mince. Cependant, cela ne signifie pas d'abord que la présence de l'avocat soit exclue, ni ensuite qu'aucune règle coutumière ne traduise son rôle dans la procédure – en particulier la procédure pénale. Bien au contraire. En dépit du caractère oral des moyens mis en œuvre dans bon nombre d'articles des coutumes bordelaises – ce qui pourrait laisser croire que les justiciables n'ont nul besoin des services d'un conseil – il est patent que la justice locale fait une place non négligeable à l'avocat. Les raisons en sont nombreuses. Elles sont dues essentiellement, on le verra, aux contraintes nées d'un formalisme procédural oral très important (on pourrait même le juger excessif), dans lequel des parties, peu au fait des arcanes formelles du procès, risquent de se tromper sans l'aide de l'avocat et d'encourir en toute bonne foi une condamnation. De plus, ces références aux textes des manuscrits des anciennes coutumes bordelaises ne sont pas les seules à offrir au chercheur des points d'appui dans sa quête de l'avocat médiéval. Il existe, en effet, à côté des manuscrits des coutumes, d'autres textes de droit ayant un rapport avec l'exercice de la justice. C'est le cas, en particulier, du manuscrit intitulé *De l'appel de bataille* (*De Appeu de batalha*), consacré à une description précise de la procédure du duel judiciaire, en usage aux XII^e et XIII^e siècles, peut-être même encore au XIV^e siècles⁴. Or contrairement à ce que l'on pourrait penser, à partir des seuls documents littéraires ou artistiques qui traitent du duel judiciaire médiéval, où s'affrontent des hommes armés (chevaliers la plupart du temps), les avocats sont aussi présents dans les phases préalables de la procédure dont le combat est l'ultime moment et pour ainsi dire la sanction finale⁵. S'ajoutent enfin quelques rares mentions des avocats figurant dans le recueil appelé « *Etablissements de Bordeaux* » – dit *Rolle de la Villa* – dont les 84 articles traitent, assez confusément, de divers usages relevant des matières du droit public féodal, civil et pénal et qui a servi de base à la constitution des coutumes.

⁴ G.-D. Guyon, « La procédure du duel judiciaire dans l'ancien droit coutumier bordelais », *Mélanges G. Aubenas. Recueil Mémoires et travaux de la Société d'histoire des anciens pays de droit écrit*, 1974, pp. 387-409. Le texte de l'appel de bataille » se trouve principalement dans le manuscrit C et intercalé entre les articles 13 et 14 des coutumes.

⁵ Voir sur le duel et les images littéraires, F.C. Riedel, *Crime and punishment in the Old French Romances*, Columbia University (Studies in English and comparative literature), New-York, 1935, pp. 510-525 ; Martín de Riquer, *El combate imaginario. Las cartas de batalla de Joanot de Martorell*, Barcelona, 1972 ; G.-D. Guyon, « Essai de lecture du roman médiéval : le champion du droit chez Chrétien de Troyes », *Revue d'Histoire des facultés de droit et de la Science Juridique*, n° 18 (1999), pp. 251-283.

L'examen de ces sources ne permet pas, toutefois, de relever la présence d'une communauté d'avocats pour le XIII^e et le début du XIV^e siècle. Les premières mentions d'une *Frairie Saint-Yves*, à Bordeaux, sont tardives. Elles ne datent que du XVII^e siècle et, dans l'état actuels des recherches, il n'est pas possible d'en faire l'histoire et surtout d'en retracer l'origine. Pourtant, les bases d'une constitution de l'Ordre des avocats, avant même les ordonnances de 1327 et 1345, sont posées par l'ordonnance de Philippe III du 23 octobre 1274. Cette dernière exige certaines conditions d'admission. Elle prescrit les obligations qui découlent du serment des avocats. De même encore le texte désigné sous le nom d'*Etablissements de Saint-Louis*, dans ses articles 9 et 10, interdit aux avocats d'alléguer des textes du droit écrit dans les pays de coutumes et entend maîtriser les plaidoiries trop prolixes. A quoi s'ajoute la confirmation des dispositions anciennes, par le roi Philippe le Bel, en novembre 1291⁶. Ces périodes de mise en place de l'institution des avocats ont laissé des traces de l'influence des juristes professionnels. Elles voient naître les premières réactions contre les avocats qui amplifient les plaintes du public et des justiciables et trouvent un écho grandissant tout au long du XIV^e et du XV^e siècles⁷. La critique théologique y dispose ainsi d'un terrain très favorable à son intervention et pour ses critiques, dans le cadre de ses études sur l'*ordo judiciorum* ou *ordo judicarius*. Selon elle, les avocats, tout concentrés sur l'art de la glose du droit (le droit romain en particulier), exercent, pour certains de leurs contemporains, la profession la plus dangereuse qui soit au regard du salut de leur âme (*periculosior est advocatura*)⁸. Ces diatribes ne cessent d'être reprises. Elles témoignent d'une certaine réalité mais tout autant des luttes d'influence existant dans la rivalité clercs-juristes. Elles vont cependant de pair avec le souci constant des avocats d'inscrire ou de faire inscrire des règles déontologiques dans le cœur même du fonctionnement de la justice. Les sources coutumières bordelaises en témoignent nettement et précocement. En effet, même lorsque ces dernières mettent en scène uniquement la pratique judiciaire, elles font une place notable au contenu du serment des avocats⁹. Cela dit, d'une manière générale, c'est à travers les règles relatives au fonctionnement de la justice que l'étude du rôle des avocats peut être entreprise, par le moyen d'une ana-

⁶ R. Tolemer, « L'ordre des avocats de 1274 à 1790 », *Revue de la Société Internationale de la Profession d'Avocat*, 1989, n° 1, p. 25.

⁷ A comparer avec J. Fréville, « Fonction des avocats normands au XIV^e siècle », Congrès du millénaire normand, section d'histoire du droit, Caen, 1911, et surtout B. Guenée, *Tribunaux et gens de justice dans le bailliage de Senlis à la fin du Moyen Âge (vers 1380-1550)*, Paris, 1963, p. 3 s.

⁸ J. Krynen, « Un exemple de critique médiévale du métier d'avocat : Philippe de Mézières », *Revue de la Société Internationale de la Profession d'Avocat*, 1989, n° 1, p. 33.

⁹ J. Krynen, « La déontologie ancienne de l'avocat (France : XIII-XVII^e siècle), *Le droit saisi par la morale*, Les travaux de l'IFR. Mutation des normes juridiques, n° 4, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2005, pp. 233-253 qui comporte une exhaustive bibliographie sur la déontologie pour l'époque médiévale.

lyse serrée de la procédure puisqu'il n'existe pas, dans les archives médiévales bordelaises, un état de la réglementation de la profession, sous la forme d'un statut et encore moins un traité doctrinal sur l'avocat¹⁰.

Ce qui semble peser le plus lourd, en ce qui concerne la place et le rôle des avocats bordelais aux XIII^e et XIV^e siècles, c'est le fait que ces praticiens opèrent dans une période de transition judiciaire dont les caractéristiques transparaissent nettement dans les textes procéduraux conservés. Jusqu'au XII^e siècle, la procédure bordelaise est orale. Elle est, de plus, sans grande complexité technique. La fonction de l'avocat y est par le fait même assez limitée. Ce n'est qu'ultérieurement que la procédure devient écrite et savante et que les multiples possibilités d'appel la rendent lente, complexe et coûteuse. Mais là encore, il faut distinguer le domaine civil, plus marqué par le *ius scriptum*, et celui de la matière pénale où les pratiques anciennes perdurent plus longtemps, dans les pays de tradition coutumière et même dans le Sud-Ouest¹¹. Cela ne veut pas dire que l'avocat soit absent de la procédure et qu'il n'y tienne pas sa place, puisqu'on peut relever une vingtaine de mentions dans les articles des anciennes coutumes. Elles traitent, pour la plupart, du droit pénal. Cet état est donc loin d'être négligeable, si on le compare à d'autres régions. Par exemple, ces notations dépassent largement la référence très sommaire qui avait été notée pour une minorité des coutumes du Midi de la France, où les mentions des textes se bornent à indiquer, sans plus, que l'on doit donner « *un défenseur au plaideur qui en était dépourvu* »¹².

Ce sont ces données, à la fois tirées de la pluralité des institutions judiciaires bordelaises, mais aussi, et plus spécialement, de la pratique procédurale, qui constituent les deux axes de cette étude. Il convient ainsi, en premier lieu, de dégager le plus nettement possible, la présence de l'avocat dans les textes et de relever le contenu de ses obligations déontologiques dans les institutions judiciaires. Dans une seconde partie, l'étude de la procédure entend mettre en exergue les fonctions de l'avocat, tant dans les vieux usages ritualisés de la procédure orale (la procédure du duel judiciaire), que dans les nouvelles règles qui apparaissent peu à peu lors cette période de transition du XIII^e siècle, où la place et l'autorité de l'écrit se font plus fortes, ainsi que le caractère inquisitorial du procès.

¹⁰ Toutefois, la réunion des articles 213 et 214 peut former la base d'une toute première réglementation déontologique : « Deus segramentz deus avocatz – De las encuzacion deus avocatz ».

¹¹ Les anciennes leçons de A. Tardif, *La procédure civile et criminelle aux XIII^e et XIV^e siècles*, Paris, 1885 et d'A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris, 1882 ont été complétées et revues par J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, 2000, p. 156 s., qui montre que l'évolution de la procédure a été beaucoup plus lente dans les pays du Sud-Ouest atlantique encore attachés à la forme accusatoire.

¹² H. Vidal, « L'avocat dans les coutumes méridionales: l'exemple de Montpellier (XII^e-XIII^e siècle) », *Revue de la Société Internationale d'Histoire de la Profession d'Avocat*, 1992, n° 4, p. 1.

I. La présence et les obligations de l'avocat dans les institutions judiciaires coutumières bordelaises

Avant toute chose, il convient de s'assurer de la présence de l'avocat devant les tribunaux bordelais. Ce n'est qu'après l'avoir établie avec certitude qu'il sera possible, en s'appuyant sur quelques articles des coutumes, de dégager les données générales de ses obligations « statutaires ».

Le premier repérage de la présence de l'avocat doit prendre la forme d'une vérification des termes qui servent à le désigner dans les textes. La question n'est pas sans intérêt, en raison de la difficulté de séparer exactement l'avocat et le procureur dans les sources. Lorsque les mots gascons : « *avocadel, advocat, avocairitz, avocar, avoacion* » figurent expressément, le doute n'est pas permis¹³. Par contre, il est beaucoup plus difficile de dire, avec certitude, si l'on est en présence ou non de l'avocat, lorsqu'on lit les mots *probene, procurador, procedidor, conselhador*, car certaines plaintes ne peuvent être mise en oeuvre que par la rédaction d'un écrit, ce qui laisse la possibilité d'une intervention tout aussi bien de l'avocat que du procureur dans la justice coutumière et, de toute manière, le *procurator* peut être chargé par l'avocat d'accomplir certains actes matériels de la procédure, sans que celui-ci soit expressément mentionné.

Il faut ajouter enfin que la question de la séparation pratique entre l'avocat et le procureur est très importante. Elle figure parmi les problèmes les plus débattus, pendant tout l'ancien droit, tant au sein des Ordres des avocats, que dans ceux des procureurs¹⁴. Notons que le terme *clamator* qui est assez courant dans les sources du XIII^e siècle, ainsi que celui français d'« *avant-parlier* », ne figurent pas dans les textes bordelais.

La seule lecture des articles 75, 135, 172, 209 à 214 du *Libro de Costumas* écarte tout risque d'une confusion entre les deux praticiens. Non seulement le terme est sans équivoque, mais l'énoncé lui-même de l'article de la coutume utilise, à chaque fois, le terme « *avocatz* » : « *De no aver absenssa d'avocat - Deus avocatz et deus jorns - Quantas dilacions deu hom aver per absencia de son avocatz - cum home acusat de crim per avocat se pot deffendre - cum hom diu aver dilacion per avocat,*

¹³ *Avocadel*: petit avocat; *advocat* : avocat ; *avocar* : faire fonction d'avocat, plaider ; *avoacion* : aveu, reconnaissance de la profession d'avocat. Cf. *Dictionnaire du Béarnais et du gascon moderne*, 2^{ème} édition CNRS, 1974. Par comparaison, on peut utiliser avec profit le savant *Petit dictionnaire provençal-français* d'Emil Levy, C. Winter, Heidelberg, 1966.

¹⁴ « Les avocats peuvent-ils exercer les fonctions de procureurs? ». Les tribunaux, les auteurs de la doctrine auront des positions divergentes. Mais, à la fin du Moyen Âge, on considère que les avocats risquent de déchoir en étant procureurs. Ils ne sont pas des mandataires. Ils veulent être indépendants, sans représenter les parties qu'ils assistent et pour qui ils prennent la parole. Voir, en particulier, J.-L. Gazzaniga, « L'avocat au XV^e siècle, d'après A. Monteil », *Revue de la Société Internationale d'Histoire de la Profession d'Avocat*, 1988, n° 0, p. 94.

quant es dat et non escriut – deus segrament deus avocatz – de las encusacion deus avocatz »¹⁵. Des observations identiques peuvent être faites dans les autres textes référencés : l'appel de bataille « *De Appeu de batalha* » et le rôle de la Ville « *Lo Rolle de la Villa* »¹⁶. Ces constatations montrent aussi que l'avocat est présent, dès 1248, et très certainement même auparavant, près le tribunal royal et la Cour du Maire « *Cort deu Mager* », car la procédure du duel judiciaire lui fait une place importante, comme nous le verrons et l'article 49 du *Rolle de la Villa*, s'il ne le rend pas obligatoire, atteste cependant de son emploi, dès le début du XIII^e siècle¹⁷.

L'investigation concernant la nature des juridictions devant lesquelles plaide l'avocat n'est pas facile à mener. Il existe même de sérieuses difficultés pour en connaître exactement la nature. En effet, les textes des coutumes ne mentionnent que très rarement le tribunal en question. Ce point est pourtant tout à fait essentiel car, en l'absence de datation des articles des coutumes, c'est parfois le seul repère qui autorise à faire une chronologie, même approximative, des arrêts et par là-même des usages qui en découlent¹⁸. Les activités de certaines juridictions peuvent être datées, alors que d'autres restent floues. Pour le plus grand nombre des cas, il n'est pas possible de savoir devant quel tribunal s'applique la coutume et par conséquent où l'avocat est présent. Quant à obtenir de plus amples informations, il faut attendre 1323 pour trouver des indications sur les noms et les titres universitaires des premiers avocats qui plaident devant les cours bordelaises¹⁹.

Le fait que le bordelais se trouve à un carrefour d'influence, ainsi que la longue présence anglaise expliquent cette situation complexe. La hiérarchie entre les quatre ou cinq juridictions qui se partagent l'espace judiciaire, elle-même, n'est pas aisée à établir, ni la compétence précise de la Cour du Sénéchal d'Aquitaine, celle du Connétable de Bordeaux, de la Cour Supérieure, de la Cour de Gascogne, du Prévôt de l'Ombrière, du Prévôt de la ville, de la Cour du Maire, des Jurats. On sait que la justice civile et criminelle sur les habitants appartient au Conseil de la ville et qu'elle

¹⁵ L'article 172 comporte une glose latine qui ne figure que dans les manuscrits C et D. Elle dit très précisément: « nec habet locum dilatio pro advocato perquirendo ».

¹⁶ Ainsi le n° LXI du *Rolle de la Villa* : « ...o per son avocatz... » et dans l'*Appeu de Batalha* : « l'avocat si savy es... », « lo avocato o partide... », « l'avocat deü protestar ... ».

¹⁷ Il est possible de relever des mentions anciennes dans des sources proches comme le *Livre Velu* de la ville de Libourne ou le *Livre Noir* de Dax (n° LXXXIII). Cf. aussi H. Vidal, « Les premiers avocats à Montpellier aux XII^e et XIII^e siècles », *Etudes offertes à Pierre Jaubert*, Bordeaux, 1992, pp. 719-733.

¹⁸ L. Saignat, *Essai sur l'origine de la coutume de Bordeaux*, Bordeaux, Gounouilhou, 1861 reste dans les généralités sur cette question. Pourtant les coutumes « usatges » tiennent compte des décisions de justice et les rédacteurs les maintiennent à jour en y incluant des jugements dont elles ne sont parfois que la transcription. Ces sources réglementaires interfèrent parfois avec les établissements (ordonnances) des évêques de Bordeaux, les sentences des cours seigneuriales locales, ecclésiastiques et laïques. Sur ces points, notre travail déjà cité « Les annotations de la coutume de Bordeaux », p. 299.

¹⁹ Cf. *Le Livre des Bouillons*, Archives municipales de Bordeaux, 1889, p. 505.

est rendue, en première instance par le Prévôt de la ville. Les jugements étant susceptibles d'appel devant la Cour du Maire. Mais il existe de nombreuses exceptions, nobiliaires entre autres. Le Sénéchal se réservant la justice des duels.

Cette complexité s'explique par la présence d'une suzeraineté anglaise dès 1152 dont les habitants sont loin de se plaindre, au contraire, et d'une souveraineté française dès 1362²⁰. Deux juridictions échappent cependant à ces imprécisions. Elles semblent faire un usage coutumier de l'avocat plus fréquent ou du moins nettement attesté dans les textes. Il s'agit de la Cour du Maire (*Cort deu Mager*) dite encore Cour de Saint-Eloi et de la Cour du Sénéchal (*Cort deu Senechau*)²¹. Devant ces tribunaux, l'avocat joue un rôle très différent. La première cour (celle du Maire) est réservée aux habitants de la ville et particulièrement à ceux qui bénéficient d'un droit de bourgeoisie locale dont l'avocat est un des principaux garants. C'est sur lui que le plaideur peut s'appuyer pour bénéficier des délais devant la justice, particulièrement en ce qui concerne les assignations. Ce sont des privilèges auxquels les habitants sont très attachés. Ils les invoquent régulièrement car c'est ce qui les distinguent des étrangers à la ville²². Devant la Cour du Sénéchal, la présence de l'avocat est aussi fréquente, car ce sont surtout les nobles qui en sont justiciables dans le cadre de la procédure du duel judiciaire²³. Or, nous le verrons, l'avocat y joue un rôle important, quoique plus ou moins décisif, dans les parties « juridiques » du procès, à savoir : l'appel ou proposition, la plainte, la présentation des excuses, l'offre de la preuve, la remise des gages, le serment et l'acceptation du duel²⁴. La conclusion qui doit être tirée de ces constatations est donc nette : l'avocat est présent dans ces deux juridictions.

La solution est plus difficile à trancher pour les autres tribunaux, faute de sources précises. Il est néanmoins possible de repérer quelques avocats parmi les juristes qui composent la Cour Supérieure d'Aquitaine créée en 1370 qui juge désormais de tous les appels civils et pénaux (il y a une distinction, dès 1375, entre les causes

²⁰ Ch. Higounet (dir.), *Histoire de Bordeaux. Bordeaux sous les rois d'Angleterre*, Bordeaux, Delmas, 1965, p. 439-445.

²¹ Voir l'Abbé Baurein, *Recherches sur l'ancienne administration de la justice à Bordeaux*, Bordeaux, 1854. H. Brochon, *Essai sur l'histoire de la justice criminelle à Bordeaux pendant le Moyen Âge*, Bordeaux, Crugy, 1857. A. Nicolăi, *Histoire de l'organisation judiciaire à Bordeaux et en Guyenne du XIII^e au XIX^e siècle*, Bordeaux, 1892, pp. 7-9.

²² L'article 172 « *De no aver absensa d'avocat* » précise nettement ces points et il s'y greffe tout une série de question touchant aux droits et aux libertés essentielles. G.-D. Guyon, « Nature humaine, Territorialité et personnalité du droit : l'étranger dans les coutumes pénales bordelaises », *Cahiers d'Histoire du droit et des institutions*, n° 11-12, Bruxelles, 1999, pp. 1-25.

²³ Cf. L'article 48 du *Rolle de la Villa* : « *que affermament de batalha ; e depuis tornera a las mans de nostre senhor lo reys* ».

²⁴ Y. Bongert, *Recherches sur les cours laïques du X^e au XIII^e siècle*, Thèse droit, Paris, 1948, p. 146s. On complètera par le riche état des questions mis à jour par J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 115-116; 198-199.

civiles et criminelles). Tous ces praticiens appartiennent désormais à une nouvelle génération très marquée par l'enseignement du droit romain et ils sont gradués en droit (licenciés ou maîtres).

Cela dit, les lois et les usages du pays restent encore la référence première de la cour et pour les avocats eux-mêmes. Témoin la formule répétitive : « *secundum leges, foras et consuetudines ipsarum* »²⁵.

La deuxième question posée relève de l'existence ou non d'un « *statut* » de l'avocat dans les textes coutumiers dans lequel on pourrait trouver des règles déontologiques. D'une manière générale, il est rare qu'il existe, dès le XIII^e siècle, des règles précises définissant les droits et obligations de l'avocat. A Bordeaux, il n'est pas possible de dater, avec certitude avant le milieu du XIII^e, la rédaction de ces règles. Néanmoins, le fait que dans tous les manuscrits des coutumes, les articles qui les énoncent soient tous regroupés n'est pas dû au hasard, mais plutôt à la volonté des praticiens de constituer une sorte de base juridique, mise directement à la portée des juges, et sur laquelle l'enseignement lui-même pouvait prendre appui, puisque ces manuscrits servaient aussi pour l'étude du droit. C'est d'ailleurs ainsi que l'on a procédé pour toutes les questions, en particulier celles relatives à l'organisation judiciaire et à la procédure²⁶. De ce point de vue, les articles 213 et 214 forment un embryon de statut. Celui-ci reprend, en premier lieu, des obligations communes dont plusieurs viennent du droit romain et du droit canonique. Elles se retrouvent dans de nombreux exemples locaux, parfois pour défendre les avocats face à l'empiètement des légistes et des commentateurs du Décret de Gratien (maîtres ou même étudiants en droit romain et en droit canon)²⁷.

Le serment est la disposition centrale de ce statut. Dès 1231, les conciles de Rouen, Château-Gontier, puis Loudun en 1268, exigent un serment devant l'official ou l'évêque. En 1274, le concile de Lyon instaure un serment annuel²⁸. Des dispositions semblables figurent, la même année, dans l'ordonnance de Philippe le Hardi. Elles obligent ceux qui veulent exercer une charge d'avocat à jurer sur les Evangiles

²⁵ E. Brives Cazes, *Les origines du parlement de Bordeaux (1370-1462)*, Bordeaux, 1887, p. 18 ; du même, *Les légistes bordelais*, Bordeaux, 1872, p. 13.

²⁶ Article 213 : « *Deus segramentz deus avocatz* » - 214 : « *De las encuzacion deus avocatz* ».

²⁷ La distinction selon laquelle les légistes sont payés « *pro consilio et patrocinio suo* », les avocats « *pro sua avocatione* » n'est pas tout à fait pertinente au regard des textes bordelais contrairement à certains exemples du Midi. Cf. H. Vidal, « L'avocat dans les coutumes méridionales : l'exemple de Montpellier (XII^e-XIII^e siècles) », *Revue de la Société Internationale d'Histoire de la Profession d'Avocat*, 1992, n° 4, pp. 1-6. En fait, c'est l'arbitraire qui s'impose. La différence reste floue.

²⁸ P. Fournier, *Les officialités au Moyen Âge*, Paris, 1880, p. 30. Les serfs, les femmes, les clercs en sont exclus (conciles de Latran 1159, Paris 1212, Rouen 1214, Compiègne 1228). D'une manière générale, de nombreux conciles rappellent les avocats à leurs devoirs. H. Vidal, « Les avocats dans les décisions conciliaires et synodales du XII^e et XIII^e siècles en France », *Revue de la Société Internationale d'Histoire...Avocat*, 1990, pp. 1-21.

d'accomplir leur devoir de bonne foi et fidèlement. C'est aussi une manière de distinguer les avocats des notaires et des prud'hommes qui donnent souvent des consultations, dressent des mémoires et parfois prononcent des plaidoiries²⁹.

Le détail du serment bordelais est très précis. Il tient compte de la spécificité du droit bordelais (à mi-chemin du droit coutumier et du droit écrit). Il fait également référence à ce qui est souvent désigné, dans les coutumes locales, comme la « *raison écrite* » :

« *Costuma es en Bordales que los avocatz deven jurar au mager et a la cort que (que edz) no prenguan nulha causa contra rason (contra dreyt) ni contra la costuma (constrenssa) a lor constrenta (constranssa) ; ni prepausaran contra costuma ni contra rason, a lor consiensa ; ans dezemparan (desemparreran) las causas desertas (que conoysseren) segont dreyt et costuma, et leyau-men avocaran (conselheran et avoqueran lo senhor) »³⁰.*

Ainsi qu'il ressort du texte, l'avocat prête serment devant le maire et toute la cour, sans qu'il soit fait mention d'une enquête préalable, ni d'un lieu religieux. Ce dernier point suscite l'étonnement, car il existe une pratique bordelaise très ancienne qui figure dans les plus vieilles chartes du X^e siècle. Elle oblige sans exception tous les jureurs, à venir s'engager solennellement sur les tombeaux où sont conservées les reliques de saint Mommollin ou de saint Seurin.

La lecture attentive du serment montre que l'avocat jure de ne prendre aucune cause sous la contrainte, contre la raison et la coutume. Le premier terme est traduit dans deux manuscrits par « *contra dreyt* ». Ce qui marque l'influence du droit romain, puisque c'est par ce terme que l'on désigne, non seulement la lettre du *ius scriptum* « *dreyt escriut* » (ce qui correspond en général au Code, au Digeste et aux Nouvelles de Justinien, ainsi qu'au droit canonique, à savoir le Décret de Gratien et les Décrétales de Grégoire IX), mais aussi, plus généralement, les commentaires des auteurs savants dont certains sont nommément cités dans les annotations complétant les articles des coutumes³¹. L'avocat ne doit pas non plus agir consciemment contre le droit et les usages. Au contraire, il doit abandonner les causes mauvaises qu'il connaît. Enfin, il doit conseiller et plaider loyalement.

L'article 214 énonce les cas d'excuse, mais en réalité il réitère particulièrement

²⁹ J. Le Mappian, « Les avocats au XIII^e siècle », *Ibidem*, 1988, n° 0, pp. 13-24.

³⁰ Cela rejoint les obligations classiques : ne rien donner ni ne prêter ni promettre, ne pas défendre les causes contraires à la raison ou la conscience, les abandonner s'il les découvre en cours de procès. Ne pas donner de mauvais conseil, faire de son mieux.

³¹ L'expression *ius et ratio* est fréquente. Les juristes les plus souvent cités sont : Azon, Dinus, Cinus de Pistoie, Mugellanus, Odofredus, Cyprianus pour le droit romain, ou encore pour les canonistes : Guillaume Durand, Guy de Baipe (de Baisio), Bernard de Pavie, Henri de Suze, Jean d'André. Pour une plus ample étude voir notre article déjà cité « Les annotations de la coutume de Bordeaux et la romanisation du droit... », *art. cit.*, p. 302, n. 3.

l'obligation de loyauté de la cause : « *De las encuzacion deus avocatz.- Usatge es en Bordales que l'avocat quant se desencusa de una causa, quant sera requerit a estre avocat, et no ne vou estre per constrensa de senhor, deu alegar rason sufficienta per que no : so es assaber que la partida no aya bona causa, et sap son segret aquet de qui es pencionari, et l'a promes patrocini* ». L'avocat doit invoquer une raison valable pour refuser de se charger d'une cause, quand il est requis, ou pour l'abandonner. Toutefois, le texte ne précise pas véritablement la nature de cette raison. Elle est laissée à la conscience de l'avocat. Ainsi ne peut-il être contraint à accepter de prêter assistance à une personne dont il sait qu'elle défend une mauvaise cause. Même si cette connaissance est secrète, même si elle provient simplement des rapports qu'il a entretenus avec son client et vis à vis duquel il s'est engagé. Son invocation suffit à mettre fin à la promesse d'assistance. Elle entraîne la nullité du lien juridique qui avait été conclu.

Il est possible de constater que, pour cette question, les coutumes bordelaises reprennent les obstacles édictés dans les vieilles règles romaines³². Ce juridisme est assez strict. Mais il ne fait cependant aucune place à l'obligation de secourir le plaideur indigent. Il existe pourtant une Nouvelle de Justinien qui le rappelle et les mentions du droit romain qui s'y rapportent, dans les textes coutumiers, sont nombreuses³³. Elles ont été élargies par les grands juristes médiévaux du XIII^e siècle, les canonistes surtout. Y figurent désormais les raisons du droit et les données de la conscience chrétienne telles que saint Thomas d'Aquin les expose dans la Somme Théologique³⁴. Bien qu'elle soit plus explicite, dans le *Libro de Costumas*, la référence au canoniste Guillaume Durant, auteur du *Speculum judiciale*, n'est pas directe. Mais il est connu que le titre « *de advocato* » de son ouvrage a été très influent chez les praticiens du Midi de la France et qu'il sera recopié jusqu'au XV^e siècle. Il est même, en Italie, la base du « *Bon Avocat au Moyen Age – Soldat de la Justice et de la Vérité* »³⁵. Beaucoup plus restrictif, on le sait, à l'égard du droit romain et des gens de justice (avocats compris), Bernard de Clairvaux estimait

³² Cf. Appleton, *Traité de la profession d'avocat*, Paris, 1923, p. 29. La *Très ancienne Coutume de Bretagne* oblige à donner un avocat gratuit au plaideur indigent et les *Coutumes de Beauvaisis* de Philippe de Beaumanoir, V, 178, I, Paris, 1970, p. 91, les avocats plaident sans attendre de loyer, «*pour aucune religion povre ou pour aucune autre povre persone, pour l'amour de Nostre Seigneur*».

³³ Par exemple: Code de Justinien 3, 1 « *Primo existat advocatus cautus et querat a clientulo qualem causam fovat, si bonam, aut disparatam. Si disparatam, non debet sibi patrocinari – quia non decet causam a suis allegationibus colorare* ». Il existe de nombreuses mentions (Digeste 15,1,31; 26,2,30; 47, 10, 5; Constitution 2,6,5 (De postulando); 3,1,6.

³⁴ Sur la justesse des causes et l'attitude de l'avocat, *Summa theologica* IIa IIae, Q.71, De injusta quae sit in judicio ex parte advocatorum, spécialement l'article 1 « *Utrum advocatus teneatur praetare patrocinium causae pauperum* » et l'article 3 « *Utrum advocatus peccet, si injustam causam defendat* ».

³⁵ S. Peralba, «Le 'Bon avocat' au Moyen Âge d'après « les devoirs de l'avocat » de Bonaguida d'Arezzo», *Revue de la Société internationale...Avocat*, 1999, n° 7, pp. 91-105. Guillaume Durand définit ainsi les obligations de l'avocat : « *Advocati, qui ambigua facta causarum dirimunt suaeque*

d'ailleurs que les lois romaines étaient des «sophismes destinés à ruiner le jugement»³⁶.

II. Le rôle croissant de l'avocat dans l'évolution de la procédure pénale médiévale bordelaise

Ces données précédemment établies – même s'il reste des zones d'ombre – permettent d'aborder la question du rôle de l'avocat. Deux terrains s'offrent alors au chercheur. Celui proposé par le *Libro de Costumas* qui traite, nous l'avons vu, des institutions urbaines et de la procédure « ordinaire ». Celui révélé par le texte de la procédure du duel judiciaire « *De Appeu de Batalha* », plus ancien, mais encore en usage jusqu'au XV^e siècle. La chronologie naturelle fait que l'on doit étudier celui-ci en premier, alors même que la forme orale de la procédure laisserait entendre que les fonctions de l'avocat y sont plus rares, ce qui n'est cependant pas le cas. Quant à l'introduction de la procédure écrite, lentement perceptible devant les tribunaux de la Ville, elle ne se traduit pas, dans le texte des coutumes, par la rédaction de nombreux articles formant un cadre juridique complet de la fonction de l'avocat, comme on peut le constater dans d'autres coutumes contemporaines à celles de Bordeaux.

Le texte dit « *De Appeu de Batalha* » est très intéressant pour ce qui relève de notre étude. Les plus anciens articles des coutumes, en effet, concernent naturellement le droit pénal dans lequel il faut ranger le duel judiciaire. Sa nature est, on le sait, incertaine. Ce n'est pas une preuve reconnue par tous les juristes, loin de là. C'est même une « *probatio reprobata* », selon le canoniste Hostiensis³⁷. C'est un prolongement judiciaire de la guerre privée : à la fois jugement et preuve. Ce qui explique que les jurisconsultes formés à l'école des droits savants n'ont que du mépris pour un tel système³⁸. Cependant sa pratique est ancienne et constante, sinon générale, dans tout le ressort des coutumes bordelaises, ainsi que dans toutes les coutumes limitrophes (Bazas, Libourne, Dax). Elle n'exclut pas non plus les principaux nombreux usages rédigés des « pays de coutumes » (Poitou, Touraine, Anjou, Beauvaisis, Picardie, Normandie, Bretagne)³⁹. C'est également, selon Paul Ourliac,

defensionis viribus in rebus saepe publicis et privatis lapsa erigunt ; fatigata reparant : non minuo provident humano generi quam si praeliis ac vulneribus patriam parentesque salvarent : milites ergo sunt», *Speculum judiciale*, I, IV, De advocato, Venise, 1556, p. 394.

³⁶ Jugement abrupt assez largement partagé, cf. P. Ourliac, « Troubadours et juristes », *Etudes de droit médiéval*, Paris, 1979, p. 273.

³⁷ Cité dans J.-P. Lévy, « Les preuves dans les droits savants », *Recueil de la Société Jean Bodin*, La preuve, tome XVII, 2, 1965, p. 143.

³⁸ Y. Bongert, *Recherches sur les cours laïques* », *op. cit.*, p. 146. M. Boulet, *Questiones Johannis Galli*, Paris, 1944, questio 89, p. LXXXIV.

³⁹ M. Boulet-Sautel, «Aperçu sur les systèmes des preuves dans la France coutumière du Moyen Âge», *Recueil de la Société Jean Bodin*, XVII, 2, *op. cit.*, p. 275-326. A quoi l'on peut ajouter de nombreuses pratiques étrangères, G.-D. Guyon, « La procédure du duel judiciaire... », *art. cit.*, 387-388, n. 18.

« un mode normal de preuve là où un privilège particulier n'en dispense pas les plaideurs »⁴⁰.

Mais rares sont les archives qui portent la trace de sa pratique effective⁴¹. C'est seulement dans les manuscrits des coutumes que l'on peut en étudier les modalités. Le rôle de l'avocat y est strictement fondé sur le caractère formaliste de sa mise en œuvre.

L'analyse du texte permet de constater que la procédure du duel suit un déroulement strict : l'appel ou proposition, la plainte, les excuses, l'offre de la preuve, la remise des gages, le serment, l'acceptation de duel, la présentation et le combat. Le combat exclut évidemment toute présence de l'avocat. La représentation, si elle a lieu, est celle d'un champion qui lutte à la place de l'accusateur ou de l'accusé, et l'on sait que ses modalités et ses conséquences sont pendant longtemps très rigoureuses⁴².

La plainte montre clairement le rôle de l'avocat. Elle prend la forme d'une sorte de moule juridique dans lequel il faut que le plaideur utilise impérativement telle ou telle expression. Plus encore, la « *demande* » doit être formulée oralement : « *de bouche* » et l'appelé doit contredire de la même manière. L'importance des formules, dans cette exigence du bon droit, est un des critères essentiels de l'oralité de cette procédure. Toute cause engagée s'ouvre par ce débat oral⁴³. Toutefois, la coutume autorise les parties à faire des réserves pour toutes les erreurs ou méprises qu'elles pourraient commettre. C'est ce qui explique l'importance de l'avocat. Celui-ci, selon les formules courantes, est « *savy en drept* ». Il peut donc dès le début de l'appel, utiliser « la retenue de parler par amendement – le *ius variandi loquelam* ». Ce qui compte d'abord, c'est l'identité formelle de la demande et de la réponse. Le texte est très net : « *l'averssari qui es appera... deven far les medissas protestacions, deü lo desmantir disant en aquesta maneyra* ». A quoi il ajoute : « Seigneur, je dis qu'il ment faussement par la gueule ».

Ensuite, l'avocat « *deü protestar que nulha causa que diga o per sabenssa o per ativetat de parlar, o de sillaba creysser o leyssar* ». Il s'excuse donc par avance pour tous les mots dits de travers, les bégaiements, les balbutiements, les silences, le non respect en général des termes formels. Ces précautions ne sont pas seulement le

⁴⁰ « Le duel judiciaire dans le Sud-Ouest », Mélanges R. Monier, *Revue du Nord*, XL, 1958, p. 345.

⁴¹ *Archives Historiques de la Gironde* V, n° XIII (1289) ; I, n° CLXXXI (1292) ; II, CXCVI (fin XIII^e siècle) ; *Archives départementales de la Gironde*, série G 1030 (1182).

⁴² Le mot gascon « *Batalhey* », c'est-à-dire combattant, ne laisse place à aucun doute. Cf. sur le champion instrument de guerre et de procédure, A. Canel, *Le combat judiciaire en Normandie*, Caen, 1858, pp. 56-57, 65 ; V. H. Galbraith, « The death of a champion (1287) », *Studies in Medieval History presented by F.M. Powicke*, Oxford, 1848, p. 283-295 et notre étude « Essai de lecture du roman médiéval : le champion du droit chez Chrétien de Troyes », *art. cit.*, p. 280.

⁴³ H. Levy-Brulh, *La preuve judiciaire, essai de sociologie juridique*, Paris, 1963, pp. 102-107.

fait de gascons bavards, de nombreuses coutumes les mentionnent⁴⁴. C'est aussi une manière pour l'avocat de faire prévaloir son autorité et sa connaissance des règles de la procédure. Il est une sorte de truchement formel dont les parties ignorantes du droit ne peuvent pas se passer.

Pendant la plainte, l'avocat doit non seulement être présent, mais il a l'obligation de se tenir matériellement près de son client. Il doit le nommer et le toucher, mettre la main sur son épaule. A chaque fois qu'il intervient, il doit préciser qu'il parle en nom et place de l'appelant : « *entenden a dire en nom et en loc d'aquest* ». Il ne faudrait pas en déduire une complexité particulière de la procédure. La plainte est énoncée sommairement, sans luxe de détail. C'est ensuite qu'elle se complique en confiant à l'avocat et à celui qu'il conseille le soin de présenter les excuses à comparaître et surtout de faire l'offre de la preuve qui est le cœur même de l'instance. En ce qui concerne les excuses, le texte prévoit que l'avocat peut invoquer la maladie « *per malaudia que no pogos aver* » (nécessairement importante pour le combat). Il a le droit de demander un répit qui prend la forme d'un délai « *lendoman et toyz autres jorns par bos a my assignats* ». Ce moyen dilatoire a cependant des effets limités, car une fois que les gages seront jetés, il ne sera plus possible d'échapper à la poursuite de la procédure⁴⁵.

C'est, on s'en doute, dans l'offre de preuve que la fonction de l'avocat est essentielle. Le formalisme de l'offre est strict « *jo asso, senhor, me offeri de proher ...* ». Sa conclusion se fait par la remise ou le jet du gage qui lie définitivement l'instance. Pour mieux préparer sa démonstration, l'avocat ne peut utiliser des écrits, qui de toute façon ne sont pas invoqués comme nullité, mais seulement de courtes notes tenues à la main et simplement comme un aide-mémoire : « *ne se deü pleiteyar en scriut mas si lo avocat a partide bolen thier remembrances en lo mang, poden far aquero mas que parlin e recetin lor feyt de boqué* ».

Enfin, la remise du gage « *gictar son gatge* » et la prestation du serment constituent la fin de la procédure proprement dite. Le gage n'est qu'un objet symbolique, de peu de valeur. Ce n'est pas une caution qui permettrait de demander au juge une *recredentia* (liberté sous caution). Le rôle de l'avocat est cependant important dans l'appréciation du moment où le gage doit être jeté, car il suffit qu'une des parties l'ait jeté pour qu'il ne soit plus possible d'invoquer des preuves supplémentaires.

Le serment au cours duquel les parties jurent sur les Evangiles (*tactis sacrosanctis Evangeliiis*), ne laisse aucune place à l'avocat. Il est le prélude au jugement de

⁴⁴ Du Cange, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, v° Duellerio verba, verborum formula, Paris, 1842, pp. 954-955. De même, le *Livre Roisin du XIII^e siècle, coutumier lillois*, éd. R. Monier, Paris, 1832 ; E. J. Kaufman, *Die Erfolgshaftung*, Frankfurt/Main, 1958, p. 50 „Die Gefahr des Prozesses beruht auf der Strenge der Form, diese aber auf dem ordalähnlichen Charakter des Beweisverfahrens“.

⁴⁵ Le texte du *Libro de costumas* prévoit, dans les articles 12 et 208, la sanction par défaut de comparution qui fait perdre la cause : « *si defalch de venir au jorn assignat per combatre...ed es atent et conogut* ».

Dieu. Preuve des preuves, le duel faussera tout, plainte, témoignages. Le silence du texte souligne combien l'on est entré, désormais, dans le cadre d'un affrontement qui ne souffre plus la présence d'un défenseur. Le sens de l'*Appeu de Batalha* est clair : il s'agit, pour chaque partie, de prouver avec son corps qu'elles ont juré « *ben et dreytement* ».

Si l'on quitte maintenant la procédure du duel judiciaire, pour se pencher sur celle en usage devant la cour du prévôt et du Maire, on s'aperçoit que le rôle de l'avocat est de plus en plus nettement attesté dans sept articles des coutumes (35, 75, 172, 209, 210, 211, 212). Mais d'une part, la procédure est essentiellement limitée à la phase d'information–instruction. Celle-ci prend ses caractères spécifiques, lentement, dans la mesure où le procès pénal abandonne peu à peu la forme accusatoire et met en œuvre progressivement des modes inquisitoires nouveaux. D'autre part, le texte des coutumes circonscrit l'action de l'avocat dans un cadre marqué de plus en plus par la présence de l'écrit devenu obligatoire, tant dans le dépôt de la plainte que dans le déroulement de l'instance et la constitution de l'appel.

La saisie du juge prend désormais la forme d'une accusation formée dans laquelle l'avocat tient une place centrale. Le texte du *Libro de costumaz* le reconnaît en consacrant l'exigence de réciprocité de l'avocat dans l'article 211 intitulé : *Cum hom acusat de crim per avocat se pot deffendre*. Ainsi la personne qu'on accuse d'un crime, par l'intermédiaire d'un avocat, peut-elle recourir à un conseil pour assurer plus efficacement sa défense.

La présence de l'avocat répond aussi à une autre exigence des juristes coutumiers bordelais : ils veulent éviter qu'une des parties ne soit placée dans une situation inférieure par rapport à l'autre⁴⁶. Cette coutume peut être considérée aussi comme un legs du système accusatoire, car le juge y prenait grand soin de mettre les plaideurs dans une situation de stricte égalité. Elle témoigne de l'attachement des habitants de la Ville à leurs privilèges de porter plainte ou non devant la cour, sans être suspendus à une quelconque « *districtio* » de l'autorité seigneuriale ou royale⁴⁷.

L'article 19 du *Rolle de la Villa* complète cette règle par l'obligation – qui ne figure pas dans tous les manuscrits – de rédiger la plainte par écrit, ce qui rend encore plus indispensable la présence et le rôle de l'avocat « *Que totz los clams siam mes en escriut* »⁴⁸. Bien que cette mention ne figure pas dans tous les manuscrits, contrairement à la disposition précédente, on est loin maintenant des anciens usages accusatoires, précédemment mentionnés, qui interdisaient, sous peine de nullité, aux avocats de s'aider de notes écrites.

⁴⁶ « *Costuma es segont que diden aucuns savis, que, quant un home accusa un autre de fait de crime per avocat, que aquet qui es accusat se pot deffendre et pot respondre per son avocat* ».

⁴⁷ Cf. par comparaison, M.-R. Santucci, « Justice à domicile : du droit d'être jugé dans sa ville à travers les chartes méridionales », *S.H. D.E.*, XIV, 1988, p. 101 s.

⁴⁸ « *Establit es que tut si (totz los) clam feitz a Bordeu sian mes en escriut, e, si que no, nulhs nous auza jutjar* ».

En ce qui concerne les auditions des témoins, lorsqu'il s'agit de prouver par témoin un acte de violence, les règles énoncées par l'article 75 (*De guatge de forssa proada*) écartent l'avocat lors de la prestation de serment. Pendant que le juge entend le témoin, la partie qui l'a invoqué, ses avocats ainsi que les autres témoins doivent sortir du tribunal⁴⁹. Il est difficile de trancher sur la valeur particulière de cette pratique probatoire qui ne semble pas être commune à toutes les juridictions. Les juges bordelais eux-mêmes ne sont pas tous d'accord sur la valeur du serment prêté par le témoin et fait hors la présence de l'avocat et des autres témoins. Certains considèrent cependant qu'une telle preuve est complète et ils interdisent alors au plaideur toute possibilité d'appel : « *Et diden aucuns que, de tau jutge de proa, no s'pot hom apperar* »⁵⁰.

A trois reprises, le texte des coutumes revient sur l'absence de l'avocat, signe que cette question est cruciale, mais qu'il est nécessaire aussi de l'ancrer plus profondément encore dans la pratique judiciaire et qu'elle fait l'objet d'une utilisation fréquente par les plaideurs qui n'hésitent pas à demander des délais pour absence d'avocat. Le défaut de chronologie des articles rend difficile l'établissement des règles sûres relatives à cette question. Cependant, les quatre articles 172, 209, 210, 212 qui sont au cœur des dispositions relatives au « statut » de l'avocat et de ses obligations, paraissent constituer un véritable corpus des moyens de défense : l'avocat est de droit et même celui qui y a renoncé doit pouvoir en obtenir un, sauf s'il a fait une renonciation écrite et qu'elle vise expressément la coutume de Bordeaux. La règle est simple. Elle est d'ailleurs empruntée pour l'essentiel au droit romain, puisque les usages bordelais sont annotés et rapportent les opinions des romanistes médiévaux Odofredus et Cinus. Une partie au procès ne peut obtenir un délai pour cause d'absence d'avocat que selon les trois cas suivant :

1° Lorsque le maire (juge du tribunal) lui a accordé un avocat et que cet accord est mentionné sur le registre de la Cour (*Cum homo diu aver dilacion per avocat, quant es dat et no escriut*)⁵¹.

2° Les délais ne peuvent être accordés qu'en un nombre limité dans la même affaire (*De no aver absensa d'avocat*)⁵².

⁴⁹ « *Et dementre que l'un testimoni se examina per lo jutge e per sa cort, l'autre, et la partida qui lo produys, et son avocatz, diven estar fora de la cort* ». le manuscrit E ne mentionne pas « *et son avocatz* ».

⁵⁰ C'est alors un corollaire de la vieille expression gasconne « *es atteint e conogud* » qui équivalait à celle utilisée couramment dans la procédure pénale « *confessus et judicatus* » et qui interdisait de faire appel. Sur ce point, J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., pp. 175-176 et les indications bibliographiques récentes, p. 198.

⁵¹ « *Costuma es a Bordeu que, quant jo demandi avocat, si no es escriut au paey de la cort, que lo mager moll'aya autreyat, que no pusc demandar dilacion per absencia d'avocat, cum encaras no agi avocat de jurat per la cort* ».

⁵² « *En la causa de mossen Johan de Landa et de en Bons de Larroqua, lo jorn, fo jutgar queu medis Bons dive recebre la causa en medis estat en que era en temps de Bernard de Laroqua, son payre. E*

3° On ne peut obtenir de délai pour absence d'avocat que par trois fois, même s'il y a changement dans la personne d'une des parties en cause (*Quantas dilacions deu hom aver per ausencia de son avocat*)⁵³.

Le premier exemple souligne l'obligation de disposer d'un avocat appartenant à la cour pour bénéficier d'un délai. L'expression : « *cum encaras no agi advocat de jurat (donat) per la cort* » montre, selon la leçon des divers manuscrits, que l'avocat est « soit donné, soit lié par serment, assermenté », s'il n'appartient pas au tribunal et n'a pas été expressément octroyé par le juge, l'obtention d'un délai n'est pas possible.

Le deuxième exemple, fondé sur un cas d'espèce précis, établit qu'une partie ne peut obtenir de délai supplémentaire pour cause d'absence d'avocat, lorsque les trois délais prévus par la coutume ont déjà été accordés à son père dans le même procès⁵⁴.

Le troisième exemple reprenant la question des trois délais, distingue plus précisément, dans l'annotation latine qui suit le texte gascon des coutumes, selon que la demande de délai a lieu *ab initio litis* ou *post litem ceptans*. La règle romaine est clairement évoquée. Au début de l'instance, la demande de délai doit être accordée, quelle qu'en soit la cause, alors que dans le cas d'une *petitio post litem*, elle ne peut être accordée qu'en l'absence de l'avocat⁵⁵.

Comme nous l'avons signalé, la coutume ajoute aussi à ces trois cas l'usage selon lequel, devant la cour du maire, la partie qui a renoncé « *au jour de conseil ou d'avocat* » peut l'obtenir tout de même, à moins que la renonciation ne soit écrite et ne vise expressément la coutume de Bordeaux. La glose latine du texte gascon

en apres, cum I jorn, en pleneyra assissa, lodeyt mossen Johan demandes jorn per ausencia d'avocat, lodeit Bons disso que no deve aver, quar en temps deudit bernard, son payre, ave agut tres dilacions per avocat ; de laquau causa fo feyta fe per la inspeccion deu paper de la cort. E lodeit mossen Johan diden que, puyque la causa vine ad autre persona per la mort deudeyt Bernard, que ed dive aver jorn per aver avocat. E, conclusion feyta en la causa, fo jutgar en pleneyra asiza que lodeit mossen Johan no dive aver jorn per avocat ».

⁵³ « *Costuma es en Bordales que hom a III dilacions per ausencia de son avocat, et no pot aver si son escriutas au papey de la cort. Empero, si a agudas las III dilacions, lo pleyt endevindre a outra persona, et lo filh siccedisse en pleit de payre, que ja non aurens autras III dilacions, mas las prumeyras. E fo jutgat per en Bos de La Roqua, lo jorn, encontra mossen Johan de La Landa, en l'asissa ».*

⁵⁴ La glose latine ajoute dans deux manuscrits : « *Nota hic quod filius causam cum patre suo inceptam debetur (sic), post mortem suam, in eodem statu recipere ; nec habet locum dilatio pro advocato perquirendo, videlicet pater ante decessum dilaciones habuisset ».*

⁵⁵ « *Habes ergo hic quod causa advocati debet trina dilatione dari. Videlicet utrum ista consuetudo vondicet sibi locum post litem ceptam ? Credo sic dicendum : quod si petatur dilatio propter advocatum ab initio litis, quod tunc debeat dari (et sic credo consuetudinem istam debere intelli) ; aut petitur dilatio propter advocatum post litem ceptam, et tunc non debet, nisi causa, ut, si advocatus vel absens. Ita distinguitur per Odofredum, ut notatur per Cinum, in l. Velamento, C, De postulando; et dic ut ibi notatur ».*

renforce encore l'esprit de ce « *droit à l'avocat* » en limitant la renonciation à un pur effet temporaire⁵⁶.

Enfin, les dispositions relatives à l'appel du jugement du prévôt devant la Cour du Maire ne prévoient pas de règles spéciales concernant le rôle de l'avocat. Une seule indication mentionne clairement la vieille procédure orale de la prise à partie du juge dans laquelle l'avocat doit déclarer, au nom de son client : « *jo son bon et loyau, jo jutge provoquie a aperi a l'esmendement de la cort* » (je suis bon et loyal, je provoque le juge et fais appel à l'amendement de la cour). Hormis ce rappel des usages anciens, seuls les articles 193 et 194 font état des règles de l'appel devant la juridiction du maire (*Feyt de apeu*) et (*Cum jutgan la causa appellacion*). Le premier article relève qu'il doit être interjeté dans les dix jours, sous peine de nullité⁵⁷. Le second article interdit à la partie de proposer, par l'intermédiaire de son avocat, de nouvelles conclusions⁵⁸. Il est aisé de constater, dans cette rédaction coutumière, qu'elle évoque tout de même avec de plus en plus de précision les nouvelles règles de la procédure écrite et ses exigences implicites relatives à la fonction de l'avocat. Celle-ci prend ainsi corps, peu à peu, dans les textes pénaux bordelais.

La conclusion de ce travail porte en elle-même ses limites mais elle lui donne aussi, nous semble-t-il sa justification. Car le relevé des notations coutumières sur l'avocat que nous avons effectué – si mince qu'il soit – permet de mettre à jour un véritable corpus de règles établissant la présence et la fonction de l'avocat. Même si le constat dressé peut paraître sommaire, il faut comparer les renseignements que nous avons tirés des anciens manuscrits avec ceux dont on dispose, dans ces mêmes coutumes bordelaises, sur les juges par exemple, à propos desquels les textes sont encore plus concis et les incertitudes plus nombreuses. En outre, ces articles témoignent (si on les compare encore à d'autres recueils coutumiers manuscrits de la même époque), de la présence de plus en plus nécessaire de l'avocat. Celui-ci n'était pas absent de la vieille procédure orale du jugement de Dieu, dans le duel judiciaire.

Avec l'instauration progressive de la procédure écrite, son autorité et ses fonctions augmentent. Le *Libro de Costumas* le reconnaît. Il montre que la formulation et l'étendue des prérogatives de l'avocat sont, comme les coutumes elles-mêmes, le résultat du travail des juges et des praticiens locaux. On peut ainsi dire que dans l'ère coutumière bordelaise des XIII^e et XIV^e siècles, les règles relatives au statut

⁵⁶ Ce que la glose latine reprend en soulignant : « *Nota quod ubi consuetudo renunciatur non tenet renunciatio, inde consuetudo tempore renunciacionis exprimat* ».

⁵⁷ « *Costuma es que, sy aucun a apperat, dedintz X jorns no a seguit sa appellacion, d'aqui en la no deu ester audit, ans cay de l'apeu, si no pot mostrar enbargament bon et sufficient...* ».

⁵⁸ « *Costuma es que, en la causa de appellacion, re noet nos'prepausa ; mas jutgan segon lo proces premey deu premey jutge, per que las causas syan de lor resort* ».

et à la fonction des avocats sont d'abord nées d'une création casuelle jurisprudentielle et que c'est, en particulier, sur ce terrain pratique et procédural (où les règles romaines ne sont évidemment pas absentes), que se sont établis aussi les éléments déontologiques d'une profession dont saint Yves a été un modèle de rigueur et de justice.