urce BIU Cujas

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

13.930

LE DROIT

DU XIII^e^ SIÈCLE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

Source BIU Cujas

Corrigé d'après errata de l'auteur.

Source BIU Cujas

LE DROIT

DU XIII[e] SIÈCLE

DANS LES

COUTUMES DE TOURAINE-ANJOU

ET D'ORLÉANAIS

ÉTUDE HISTORIQUE

PAR

PAUL VIOLLET.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

PARIS
1881

BIBLIOTHEQUE CUJAS
D 060 511531 0

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

LE DROIT

DU XIII^{e} SIÈCLE

DANS LES

COUTUMES DE TOURAINE-ANJOU ET D'ORLÉANAIS

ÉTUDE HISTORIQUE.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

PRÉAMBULE.

Les deux Coutumes que je voudrais soumettre à un examen juridique attentif ont été copiées par le rédacteur des *Etablissements de saint Louis,* celle de Touraine-Anjou dans le livre I^{er} (ch. 10-175), celle d'Orléanais dans le livre II.

Ces textes nous offrent un spécimen remarquable du droit du XIII^{e} siècle : grâce au succès des *Etablissements,* ils ont d'ailleurs été lus dans presque toute la France coutumière. Il y a donc utilité et intérêt à en déterminer le caractère, à en rechercher les éléments primitifs, tantôt germaniques, tantôt romains, tantôt canoniques. C'est ce que j'essaierai de faire dans les pages suivantes. Puissent-elles contenir quelques observations utiles pour l'étude du problème si compliqué des origines de notre droit et surtout de ses origines germaniques! C'est là une grosse question et

Source BIU Cujas

qui divise les meilleurs esprits. Il convient, ce me semble, de l'aborder en détail et par les procédés analytiques plutôt que de chercher à la résoudre d'une façon générale et synthétique. Aussi bien les études historiques ne sont pas encore assez avancées pour que le dernier mot de ces longues investigations puisse dès à présent être formulé.

Mais n'est-il point permis d'entrevoir la solution ?

Cette recherche des origines m'a entraîné, porté, charmé longtemps. Je résume aujourd'hui une partie de mon travail, en souhaitant que, du moins, ces pages ne rebutent personne et qu'elles attirent, s'il est possible, à ces belles études quelques amis nouveaux.

PREMIÈRE PARTIE.

CARACTÈRES EXTERNES.

J'étudierai tout d'abord la forme, le relief de ces vieux documents. Puis marchant toujours de l'extérieur à l'intérieur, de la circonférence au centre, je les aborderai en eux-mêmes et peut-être découvrirai-je une harmonie secrète entre la forme et le fond, entre le style et le droit.

L'histoire de la langue juridique nous montre, en effet, comme l'histoire générale du langage, l'esprit humain marchant toujours du fait concret vers l'idée abstraite. Il s'essaye lentement à généraliser, et, pour y réussir sur quelques points, des siècles lui sont nécessaires. C'est pourquoi ses premiers bégaiements dans la langue juridique n'ont ni la précision, ni la largeur suffisante : il n'exprime qu'une partie de ce qu'il sent. Le jurisconsulte, le praticien primitif cite un fait et donne une solution : mais beaucoup d'autres faits réclameraient la même solution : il essaye de les énumérer tous ; il n'y réussit pas. La formule générale qui embrasserait tous les faits lui échappera longtemps. « Ses expressions

Source BIU Cujas

naissent des besoins et de l'expérience journalière, elles ne découlent pas de l'idée juridique abstraite[1]. » Aussi sont-elles pleines de charme et de sincérité; aussi dégagent-elles, malgré leur insuffisance, je ne sais quel parfum de vérité naïve.

Que d'exemples, dans les textes de droit romain, à l'appui de ces observations! Lorsqu'on commença à se préoccuper de la nullité des actes arrachés par la peur, on s'arrêta bientôt à cette formule (et sans nul doute on avait passé par d'autres essais moins heureux) : « Quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habebo. » Mais des esprits habitués à mieux peser les mots remarquèrent que la violence produisait toujours la crainte chez celui qui en était victime : d'où ils conclurent qu'il fallait se contenter de dire : « Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo[2]. » C'était un progrès dans le sens de l'abstraction.

Lorsque, pour la première fois, on se préoccupa de formuler pour le propriétaire d'un arbre, dont les fruits sont tombés sur le champ voisin, le droit d'aller ramasser ces fruits chez le voisin, il s'agissait de glands (ou de fruits glanduleux, comme les marrons, etc.), on ne songea pas à généraliser la solution; et, ne pourvoyant qu'aux besoins du moment, on ne parla que des glands. Plus tard les jurisconsultes durent interpréter ce mot *glands* et déclarer qu'il s'agissait de toute espèce de fruits[3].

De même, la vieille loi Aquilia ne formula pas la notion abstraite du dommage, mais cita nominativement les principaux cas auxquels elle s'appliquait. La jurisprudence, comme l'a remarqué Ihering, créa par abstraction la notion

1. Ihering, *Du fondement de la protection possessoire,* trad. Meulenaere, 1875, p. 95.

2. Dig., IV, II, 1.

3. Ihering, *L'esprit du droit romain,* trad. Meulenaere, t. III, p. 146.

Source BIU Cujas

du *damnum injuria datum* et le formula en ces termes : *damnum corpore corpori datum*[1].

Ce caractère primitif du style juridique qui décèle une si grande inexpérience et qui rappelle à merveille le langage de l'enfant, nous le retrouvons dans toute période naïve et spontanée : il me frappe dans la vieille Coutume d'Anjou. L'idée s'y dégage mal de l'écorce qui l'enveloppe : le trait matériel y apparaît sans cesse; le praticien qui tient la plume est impuissant à abstraire, et, par suite, ne parvient pas à définir. On en jugera par ce qu'il nous apprend de quelques-uns des grands crimes qui constituaient le monopole de la haute justice. Y a-t-il rien de plus enfantin que ces essais de définition ? « Ancis, si est fame enceinte quant « l'en la fiert, et elle muert de l'enfant. Murtres si est d'ome « quant l'en le tue en son lit, ou en aucune meniere por « coi ce ne soit en mellée : enmi sa voie porroit en i home « murtrir, se l'en le feroit si qu'il en mourust, sanz tencier à « lui et sans lui deffier[2]. »

Cette tentative de définition du meurtre est aussi malheureuse qu'instructive : l'écrivain énumère certaines circonstances, puis les trouve insuffisantes, se reprend, se corrige, et, en définitive, n'aboutit pas. Nous assistons au travail pénible de son esprit.

Cependant, vers le même temps, au XIII^e^ siècle, l'école d'Orléans faisait ici usage d'un mot abstrait très heureux et parvenait à dégager en une ligne la notion du meurtre (ce crime que notre Code pénal appelle aujourd'hui l'assassinat). Elle disait excellemment : « Traïson et homicide melé ensemble fait meurtre[3]. »

1. Ihering, *ibid.*, p. 114 ; Ihering, *Du fondement de la protection possessoire*, p. 95.

2. *Cout. de Touraine-Anjou*, § 18. — Cf. *Établissements de saint Louis*, I, 26.

3. *Jostice et Plet*, p. 290.

Source BIU Cujas

Je noterai encore cette énumération insuffisante et grossière donnée par le jurisconsulte angevin à propos de l'*escharpelerie*. « Home quent l'en li toult le suen *ou en chemin, ou en bois*, soit de jorz, soit de nuiz, ce est appelé *escharpelerie*[1]. » *Ou en chemin ou en bois :* et si le crime est commis en pré, en vigne ou en terre labourable, cessera-t-il d'être *escharpelerie ?*

A chaque page, le praticien angevin énumère, nomme les objets, cite les faits, au lieu d'employer une expression abstraite qui embrasse d'un seul mot tout un ordre de faits ou tout un ordre d'idées. Tout son langage se ressent de cette conception matérielle et directe des choses : il n'emploie presque pas le style indirect. Veut-il faire connaître deux opinions juridiques, en adopter une, rejeter l'autre ? Il mettra en scène deux plaideurs qui discuteront à la première personne, comme les héros d'Homère ou des chansons de gestes[2].

Ces traits primitifs sont moins accusés dans l'*Usage d'Orlenois*. Je lui trouve une physionomie différente : j'y remarque de temps à autre une heureuse concision :

> Nuns ne doit plaidier en nule cort despoilliés[3].
> Recreance ne siet mie sanz pleges[4].
> Li morz saisist le vif[5].

Ainsi le droit y prend assez volontiers la forme du brocard.

Le brocard est parfois imagé, animé. L'abstraction s'y colore, elle garde le mot concret et, pour ainsi dire, frappe les sens avant de toucher l'esprit. C'est une transition heureuse entre le style concret, mais inexact et insuffisant, des âges primitifs et le style abstrait, mais froid et décoloré, des

1. *Coul. de Tour.-Anjou*, § 19. *Ét.*, I, 28.
2. Cf. *Ét.*, I, 69, 65, 130.
3. Cf. *Ét.*, II, 7.
4. Cf. *Ét.*, II, 5.
5. Cf. *Ét.*, II, 4.

Source BIU Cujas

périodes secondaires. Le droit tourangeau-angevin du XIII[e] siècle nous offre lui aussi un exemple (un seul) de ce genre de style juridique : « Li rois ne tient de nului fors de Dieu et de lui [1]. »

Cette forme pittoresque aura beaucoup de crédit au XV[e] et au XVI[e] siècle. Elle trouvera sa floraison dans les Institutes de Loisel. Si le brocard est une forme agréable, c'est aussi une forme dangereuse. Frappée et comme saisie dans une formule, la pensée n'est bientôt plus qu'une sorte de monnaie courante qui se prête à des usages très différents : le brocard devient une arme dont chacun se sert à sa guise, un mot dans le vocabulaire : il fait partie de la masse inerte des matériaux ; et c'est ainsi qu'il dure. L'histoire de la formule *Le mort saisit le vif* serait un curieux exemple à l'appui de ces observations.

J'ai signalé les caractères extérieurs qui m'ont paru frappants et distinctifs dans deux Coutumes d'Anjou et d'Orléanais. Toutes deux, d'ailleurs, ont des traits communs : dans l'une et dans l'autre je rencontre ces énumérations incomplètes, cette forme matérielle et concrète qui, toutefois, m'a frappé bien davantage dans la Coutume d'Anjou. Si, laissant la forme, je jette un coup d'œil rapide sur le fond du droit, je m'arrête encore une fois à des ressemblances incontestables. Les deux textes ont un défaut commun à la plupart des premiers essais juridiques du moyen âge : ils pèchent par omission. Des matières importantes n'y sont pas abordées : le rédacteur de la Coutume d'Anjou n'a presque rien dit, par exemple, des successions collatérales autres que celles de frère à frère : l'auteur de l'*Usage d'Orlenois* est plus incomplet encore. Mais je n'insiste pas sur ce point : comme il n'est pas certain que nous possédions intégralement l'*Usage d'Orlenois,* je puis me tromper en cherchant à préciser les oublis du jurisconsulte.

1. *Ét.*, I, 83.

Source BIU Cujas

Si les traits enfantins et primitifs sont dans la Coutume d'Anjou plus abondants et plus saisissants que dans l'Usage d'Orléanais, cela tient certainement à un état de culture intellectuelle moins avancé en Touraine et en Anjou qu'à Orléans ; mais ce fait peut s'appliquer aussi en partie par une circonstance fortuite dont je dois dire un mot : la Coutume de Touraine-Anjou paraît avoir été rédigée à la hâte ; bien des particularités décèlent cette précipitation. On conçoit dès lors que le rédacteur n'ait pas eu le loisir de corriger son style et de lui enlever quelque chose de cette allure naïve qui nous a frappé tout-à-l'heure. Voici quelques traits qui accusent, à mes yeux, cette rédaction hâtive :

1° La matière de l'*assurement* est traitée dans les §§ 21 et 31 : ces deux paragraphes, qui se répètent en partie, gagneraient à être rapprochés et fondus ensemble.

2° Le début du § 55 « Nule dame ne fait rachat, s'ele ne se marie ; mais s'ele se marie, ses sires fera le rachat au seignor » étonne tout d'abord ; on n'est pas préparé à cette hypothèse d'un second mariage qui va être traitée. Ceci a été rédigé un peu vite : on a coupé trop facilement l'ordonnance de 1246 qui sert de base à ce chapitre et qui portait : « Relicta alicujus nobilis vel alterius feodati habet « in Andegavia ballum liberorum suorum et terra, et non « facit rachatum, nisi se maritet[1]. »

3° La fin du § 2 est difficile à comprendre à cause d'une expression malheureuse qui s'est trouvée sous la plume du rédacteur :

« Se gentis hom marie sa suer et il li done petit mariage, « cil qui la prant ne puet autre demander. Mais quant li « sires sera mors, ele puet bien demander avenant partie ; « se il li semble que li freres li en ait po doné por retenir « à soi ou à ses anfanz, *se la mere* moroit. »

Ces mots *la mere* jettent du trouble dans l'esprit ; car il

1. Laurière, *Ord.*, t. I, p. 59.

Source BIU Cujas

s'agit de la sœur mariée et il n'a point été dit qu'elle ait eu des enfants. Le rédacteur eût dû écrire : « se sa suer moroit avant son mari. »

4° J'ai peine à croire que le jurisconsulte ait réussi à rendre exactement sa pensée dans le § 118 consacré aux acquisitions par l'Eglise : toute église qui acquiert devra, dit-il, notifier au suzerain l'acquisition qu'elle a faite, se déclarant prête à garder ce bien ou à le mettre hors ses mains, au choix du suzerain. Rien de plus simple et de plus conforme aux habitudes du moyen âge. Mais voici ce qu'ajoute le rédacteur : « si lor *doit* li sires esgarder qu'il le doivent oster, dedanz l'an et le jor... » D'où il résulterait, à prendre ce texte à la lettre, que le suzerain ne devra jamais autoriser l'acquisition et toujours exiger la mise hors des mains. N'est-il pas sensible que le rédacteur n'a pas rencontré ici l'expression juste ? Il aurait dû, en achevant le paragraphe, laisser au suzerain le droit d'option que suppose le commencement de l'article.

5° Le § 111 nous apprend à propos d'une hypothèse particulière que le duel judiciaire ne peut avoir lieu quand la valeur du litige n'atteint pas cinq sols. D'un art. de la *Compilatio* (32) nous pouvons induire que cette règle est générale. Le rédacteur l'a donc mal présentée et ne lui a pas donné sa vraie portée.

6° Les §§ 38 et 68 consacrés au parage disent deux fois la même chose à peu près dans les mêmes termes. Les §§ 78 et 116 *in fine* disent tous deux que la justice laïque doit s'emparer de l'hérétique et l'envoyer à l'évêque. C'est une répétition inutile [1].

Ainsi, la rédaction de la vieille Coutume de Touraine-Anjou laisse à désirer ; elle n'a pas été revue avec soin, cir-

1. Rapprochez des divers paragraphes de la *Coutume de Touraine-Anjou* que je viens de citer, le texte des *Etablissements* (ci-après t. II, pp. 46, 57, 98, 22, 23, 245, 227, 66, 67, 129, 147, 240).

Source BIU Cujas

constance que je tenais à signaler, car elle peut servir à expliquer pourquoi les caractères primitifs, les traits naïfs du langage sont si accusés dans ce texte.

Les deux ordonnances qui ouvrent le recueil des *Etablissements* ne donnent lieu, au point de vue du style, à aucune observation très topique. Je n'y remarque pas l'inexpérience enfantine du rédacteur de la Coutume de Touraine-Anjou : je n'y trouve rien non plus qui rappelle cette concision heureuse et réfléchie du style orléanais.

Après cet examen tout extérieur, j'arrive à l'étude interne des textes et j'en recherche les éléments divers.

SECONDE PARTIE.

CARACTÈRES INTERNES DES COUTUMES D'ANJOU ET D'ORLÉANAIS.

Ch. I^er^. — Observations générales.

Trois éléments historiques différents ont concouru à l'organisation sociale et juridique du moyen âge, l'élément germanique, l'élément romain, l'élément religieux ou canonique. Nous chercherons à dégager dans nos textes ces trois éléments, à en déterminer l'importance relative.

Entre ces divers facteurs, s'est développée une force nouvelle, la féodalité : nous ne négligerons point de montrer à quelles institutions germaniques ou carolingiennes se rattachent les prescriptions plus précisément féodales des Coutumes d'Anjou et d'Orléanais.

Quant au droit gaulois, qu'en pouvons-nous dire? Il nous est presque inconnu. La science ne fait guère qu'en soupçonner quelques traits. Le peu qu'elle en saura un jour offrira, selon toutes probabilités, de frappantes analogies avec le droit germanique, car plus la critique avance et plus elle tend à constater des mœurs, des usages, des coutumes

Source BIU Cujas

semblables chez les peuples encore peu avancés dans la civilisation. Les deux droits se confondront souvent ; quelques traits marqueront en Gaule un état moins primitif.

Réduits à ignorer à peu près complètement le droit gaulois, nous n'avons donc pas, dans cet examen des éléments archaïques des Coutumes d'Anjou et d'Orléanais, à nous préoccuper beaucoup d'un départ à faire entre l'élément germanique et l'élément gaulois ; et nous appellerons « germaniques » les diverses données juridiques de nos Coutumes qui se retrouvent soit dans les lois barbares, soit même au moyen âge de l'autre côté du Rhin ou dans les pays scandinaves.

Signalons toutefois un trait, mais un seul, dont l'origine gauloise ne paraît pas douteuse : il appartient proprement à l'histoire de la géographie plutôt qu'à celle du droit ; mais il se rattache à nos études, puisqu'il s'agit de la valeur et du sens d'un mot qui s'est conservé dans certaines Coutumes jusqu'en 1789[1]. D'après nos textes angevins[2] du XIIIe s. quiconque se trouve en dehors des limites de l'évêché est réputé absent. Le mot *païs* est, dans l'usage, synonyme d'*évêché*. C'est ce que prouvent et les variantes des *Etablissements* et les Coutumes postérieures[3]. Cette synonymie des deux termes dans les textes juridiques est fort remarquable : le *pays* est très évidemment le territoire que César appelle *civitas*, territoire qui est devenu, dans l'ordre ecclésiastique, l'*évêché*, dans l'ordre civil, le *comté*, et qui, dès l'époque mérovingienne, est désigné par le terme *pagus, pays*[4]. Ainsi l'expression *pays* prise au sens d'*évêché* qui subsiste dans certaines Coutumes[5] jusqu'en 1789 nous

1. Voyez notamment Cout. d'Anjou de 1508, art. 269.

2. *Ét.*, I, 163. L'*absent* est le *despaïsé*, l'absent du pagus. Cf. Varin, *Arch. adm. de Reims*, t. I, 2e part., p. 746.

3. Coutume glosée, art. 154, dans Beautemps-Beaupré, t. I, p. 349.

4. Longnon, *Géographie de la Gaule au VIe siècle*, p. 29.

5. Cout. d'Anjou de 1508, art. 269.

Source BIU Cujas

reporte jusqu'aux *civitates* gauloises des Commentaires de César.

Si le droit gaulois nous échappe, nous constaterons, en revanche, très facilement l'influence du droit germanique : elle est considérable.

Le droit germanique et le droit romain mis en présence au moment des invasions barbares exercèrent d'assez bonne heure l'un sur l'autre une action qui n'a pas été suffisamment étudiée.

Sans parler des lois bourguignonne, wisigothique, bavaroise où ce mouvement s'accuse d'une manière si remarquable, je rencontre çà et là dans d'autres régions des traits frappants de l'influence romaine sur le droit germanique : en Touraine, par exemple, un juge ne se contente pas de la purgation germanique par cojurateurs, il exige une seconde purgation par témoins qui devront être *visores et cognitores*, c'est-à-dire avoir une connaissance personnelle et directe de l'affaire. Ce sont là des témoins tout romains et non plus des cojurateurs germains. Au VI^e^ s., Clotaire I^er^, dans un texte qui concerne les églises, les clercs et les sujets romains (*provinciales*), rappelle la prescription romaine de trente ans[2]. La prescription romaine figure, avec quelques autres idées et notions romaines, dans les capitulaires[3]. On pourrait multiplier ces exemples; qu'il me suffise de dire que dans le Maine, dans l'Anjou et la Touraine [4], les actes et les formules les plus anciennes qui nous soient

1. Roz., 491.

2. Cf. Savigny, *Geschichte des rœm. Rechts im Mittelalter*, t. II, 1816, p. 92.

3. Capit. de 829, art. 2, 3. — Cf. Savigny, *ibid.*, et Bethmann-Hollweg, *Der germ. rom. Civilprozess im Mittelalter*, t. II, p. 77, note 76.

4. Form. d'Anjou, 39; Testament de Bertrannus, évêque du Mans, dans Mabillon, *Vetera analecta*, 1723, pp. 255, 263; form. de Sirmond, dans Roz. 54, 257, 241, 245, 385, 166, 119, 440, 441.

Source BIU Cujas

parvenues sont sensiblement pénétrées de droit romain[1].

Chose remarquable, le rôle du droit romain qui semble d'abord très important va bientôt nous paraître s'amoindrir. Le droit romain reculera, en effet, sur certains points plutôt qu'il n'avancera. Cette décroissance partielle de l'influence romaine se fait sentir dans les institutions politiques et économiques aussi bien que dans le domaine du droit privé. L'histoire en témoigne de mille manières ; mais elle est inégale bien entendu et varie avec les milieux ; on a pu, sur un point qui touche à l'histoire de la langue, la chiffrer et la mesurer rigoureusement. C'est par une sorte de statistique des noms propres qu'un savant éminent est arrivé à ce curieux résultat. Il a constaté qu'à partir du VI^e^ siècle, la proportion des noms germaniques augmente sans cesse ; au V^e^ siècle, elle représentait un quart de la masse ; au VI^e^, elle en représente environ la moitié ; au VII^e^, elle est plus de deux fois supérieure aux noms romains, et, dans les siècles suivants, cette progression continuera[2]. Eh bien, à mon sens, cette invasion germanique n'est point spéciale aux noms propres : elle se fait sentir aussi dans les institutions et dans les lois ; je ne dis pas, bien entendu, suivant les mêmes proportions ; mais, qu'on n'en doute pas, il se produit çà et là comme un recul de l'élément romain devant l'élément germanique : celui-ci, loin d'être anéanti, montre sur divers points une étonnante vitalité, il a des retours offensifs, il s'avance et pénètre notamment jusque dans le domaine du droit canonique.

1. Cf. Savigny, *ibid.*, t. I, p. 270-272, t. II, p. 114-116 ; Quicherat, qui s'exprime ainsi : « En ce qui concerne l'état social et économique de la Gaule sous les fils de Clovis, il faut le juger très peu différent de ce qu'il avait été sous les derniers empereurs romains. » (*Bibl. de l'École des chartes,* VI^e^ série, t. I, p. 554.)

2. Edm. Le Blant, *Supplément à la note sur le rapport de la forme des noms propres avec la nationalité à l'époque mérovingienne* dans *Mém. de la Soc. des antiq. de France,* t. XXVIII (tirage à part, p. 2).

Source BIU Cujas

Veut-on quelques exemples, quelques faits précis? J'en citerai deux.

La loi salique et beaucoup d'autres lois barbares avaient supprimé la *pignoratio* ou saisie du gage extrajudiciaire, procédure profondément barbare : la *pignoratio* reparaît de toutes parts au moyen âge[1].

Il existait, au IXe siècle, à Orléans, un centre d'études romaines : des docteurs y enseignaient le droit : lors d'un débat entre deux couvents qui devait être jugé suivant la loi romaine, on chercha vainement à Paris des juges qui connussent le droit romain : il fallut recourir aux docteurs d'Orléans. Que décidèrent ces romanistes? Ils ne trouvèrent d'autre solution que le duel judiciaire[2]. Il eût été engagé, si tout à coup un « legisdoctor » du Gâtinais n'eût fait prévaloir une solution amiable.

Ainsi, du IXe au XIe s., du sein de cette anarchie spontanée qui succéda à la tentative carolingienne émergent des éléments barbares jusqu'alors comprimés ou cachés : naïvement la barbarie se fait jour. On dirait une écume qui monte à la surface.

Je n'entre pas ici dans le détail : j'en ai dit assez pour préparer l'esprit du lecteur. Quiconque aborde l'histoire du droit du moyen âge doit s'attendre à y voir l'élément germanique jouer un rôle considérable. Quel est au juste ce rôle dans les Coutumes d'Anjou et d'Orléanais et quelle place occupent dans ces deux textes le droit germanique, le droit romain et le droit canonique? Tel est le problème que je vou-

1. Ord. de 1134 pour Paris, dans *Ord.*, I, p. 6; cout. de Charroux de 1247 dans Giraud, *Essai sur l'hist. du droit fr.*, t. II, p. 402; acte du sire de Joinville de 1270 cité dans *Positions des thèses de l'École des chartes,* promotion 1877, p. 14 (thèse de M. Fr. Delaborde), etc., etc.

2. *Miracula sancti Benedicti in Gallia,* dans *Acta Sanctor. Ord. S. Ben.*, sæculum II, Lutetiæ Paris., 1669, p. 381.

Source BIU Cujas

drais maintenant essayer de résoudre et que j'aurai constamment présent à l'esprit dans l'exposé qui va suivre.

Qu'on n'y cherche pas un tableau d'ensemble, mais une série d'observations tendant à dégager les éléments germaniques et les éléments romains et canoniques de l'ancienne Coutume de Touraine-Anjou et de l'Usage d'Orléanais. Je n'étudie pas le droit du moyen âge en général, mais ces deux textes en particulier ; je les compare entre eux : s'il arrive que l'un des deux traite une matière dont l'autre ne parle pas, je cherche volontiers dans les chartes, dans *Jostice et Plet*, ouvrage d'origine orléanaise, dans la *Compilatio*, document angevin, les renseignements nécessaires pour établir néanmoins une comparaison.

CHAPITRE II.

EXAMEN DES TEXTES QUI RAPPELLENT LE CARACTÈRE COLLECTIF DES PREMIÈRES PROPRIÉTÉS IMMOBILIÈRES OU LES PREMIERS MODES D'APPROPRIATION.

1. *Vaine pâture, chasse, pêche.*

La première question que doive à mes yeux se poser la critique en face d'un texte qui paraît sentir encore par quelques côtés le droit primitif est celle-ci : quels débris, quels vestiges a pu y laisser l'antique organisation de la propriété, l'antique communauté des terres ? C'est là un de ces grands faits qui dominent toute l'histoire de l'humanité : ils ne disparaissent pas subitement : ils laissent toujours, et longtemps après eux, quelques traces reconnaissables.

Le droit de pacage se rattache à ces antiques origines ; de nos jours encore dans certaines régions toute terre y est soumise : c'est le cas en Corse[1]. Ailleurs, toute terre, même

1. Gavini de Campile, *Traité des servitudes,* t. I, pp. 137, 147.

Source BIU Cujas

protégée par de petits murs, y est soumise, si elle appartient à plusieurs propriétaires et non à un seul ; c'est le cas dans quelques communes de la Loire-Inférieure[1]. On peut dire d'une manière générale que plus un peuple s'éloigne de la période primitive, plus la vaine pâture y est restreinte[2]. Nos textes angevins font à la vaine pâture une part assez large, mais qui cependant n'a rien de très extraordinaire ; ils semblent l'admettre en principe dans tout bois de plus de trois ans pour les bœufs et les vaches, non pour les chèvres : « Hom coutumiers si paie LX s. d'amende ..... ou se il garde

1. Notamment dans la commune du Pouliguen ; ce fait m'a été attesté par le notaire du Pouliguen, en 1878.

2. Sur l'extension de la vaine pâture dans les lois barbares, voy. Garsonnet, *Hist. des locations perpétuelles et des baux à longues durées,* p. 203.

Il serait très important de suivre de siècle en siècle les restrictions apportées au droit d'usage dans les forêts. Pour le bourg de Wolen (canton d'Argovie), voy. de curieux détails dans Guérard, *Polypt. d'Irminon*, t. I, p. 218. Pour la Normandie, voy. G. de Jumièges dans Duchesne, *Histor. Normannor. script.*, 1619, p. 249.

Nous possédons, entre autres documents sur la vaine pâture, l'historique assez animé d'une entreprise d'un seigneur du XIe s. contre ce droit ; il est fort instructif. Guérard l'a résumé en ces termes d'après une charte antérieure à 1080 du cartulaire de Saint-Père de Chartres : « Hugue, père du vicomte Hilduin, avait, contre « toute justice, interdit l'usage de l'herbe que *Dieu fait naître de « la terre pour tous les animaux* et n'accordait le droit de pâture « qu'en retour de certaines corvées. Le vicomte Hilduin, son fils, « suivit d'abord ce mauvais exemple, puis reconnaissant sa faute, « il rendit aux moines du prieuré de Saint-Pierre de Jusiers, « selon la coutume antique et leur droit perpétuel, la faculté de « faire librement paître leurs bestiaux *sur sa terre dans les bois et « hors des bois l'hiver et l'été.* » (Guérard, *Cartul. de Saint-Père de Chartres,* t. I, pp. CLXI, CLXII, 172, 173.) Il est bien probable que l'étendue des possessions du prieuré de Saint-Pierre de Jusiers fait que ces moines sont seuls intéressés à cette question de vaine pâture ; quoi qu'il en soit, tout en stipulant pour eux, les moines invoquent une idée, un droit général.

Source BIU Cujas

« nuitantre bues et vaches en son bois (le bois du seigneur) « qui n'ait pas III anz et I mai ou chievres[1]. » Ces idées se retrouvent dans la dernière rédaction de la Coutume d'Anjou, mais avec une atténuation assez grave : le droit de pacage ne paraît pas être aussi ordinaire, aussi fréquent. Il n'existe plus que sur quelques points[2].

Aujourd'hui encore, en Touraine, les usages de certaines localités reflètent cet ancien état de choses ; mais le juge de paix chargé de les rédiger a reculé devant la constatation du droit, et la plupart du temps il a parlé faiblement de *tolérance*, de *faculté*, au lieu d'écrire courageusement le mot *droit* qui, je ne puis en douter, est le vrai mot ; et par suite la rédaction de ces usages locaux contribuera à atténuer, à amoindrir la vaine pâture déjà si réduite[3].

Quant aux terres autres que les forêts, la Coutume angevine du XIII^e^ s. ne nous apprend rien à cet égard ; mais il est probable que l'usage d'y faire paître les troupeaux était encore assez fréquent. Il a persisté en Touraine jusqu'en 1789 pour un grand nombre de terres non closes et pendant une partie de l'année[4]. Le droit seigneurial de *fautrage et préage* si odieux aux populations[5] ne serait-il pas tout simplement l'ancien pacage commun maintenu presque sans restriction au profit de certains seigneurs et devenu pour eux un privilège?

1. Cf. *Ét.*, I, 158.

2. Coutume d'Anjou, d^re^ rédact., 4^e^ partie, art. 182.

3. *Recueil des usages locaux du département d'Indre-et-Loire*, Tours, 1863, pp. 10, 11, 64, 65.

4. Coutume de 1559, art. 202.

5. « C'est un des droits les plus onéreux peut-être que la tyrannie des seigneurs ait imposé », écrit l'avocat Dufrementel à la veille de la Révolution. (Dufrementel, *Conférence de la rédaction de la Coutume de Touraine en 1640 et de ses deux réformations*, p. 83 et suiv. ; Dufrementel, *Nouveau commentaire sur la Coutume de Touraine*, t. I, p. 742.)

Source BIU Cujas

Nos textes orléanais du XIII^e siècle sont muets sur la question des droits de pacage ; mais nous conjecturons que le pacage dans les forêts de l'Orléanais était soumis aux mêmes règles qu'en Anjou[1]. La vaine pâture dans les terres autres que les forêts jouissait d'une grande extension. Voici quel était dans une partie de l'Orléanais l'état légal en 1494 :

« En nul temps on ne peult mener pasturer ses bestes en « heritages tenus en fief, qui sont joignans au manoir tenu « en fief dont ils font domaine ; mais s'ils sont separés dudict « manoir et non entretenans à icelluy, ils ensuivent la na- « ture des heritages roturiers, quant à pasturage.

« En terres vaines roturieres, les habitans d'une paroisse « peuvent mener pasturer leurs bestes de leur creu, nourri- « ture, et pour leur usage, jusques aux clochers des pa- « roisses joignans et voisines tenans à eux, synon que les « terres soient closes ou fossoyées ; et sont dictes terres « vaines, où il n'y a aulcune semance : toutesfoys peult « deffendre le laboureur de la terre où il y a chaulme[2]. »

Ces articles se retrouvent dans la Coutume de 1509 et dans la Coutume d'Orléans de 1583[3]. En 1531, les commissaires chargés de rédiger la Coutume de Montargis[4] proposèrent une rédaction différente dont nous ne connaissons pas les termes, mais qui évidemment portait une atteinte très grave aux vieux usages : ils furent obligés de la retirer sur l'avis unanime des gens d'église, des nobles et du tiers.

1. De Maulde, *Condition forestière de l'Orléanais*, p. 149. M. de Maulde nous apprend que l'accès des bois en Orléanais était interdit aux chèvres (comme en Anjou).

2. Toutefois les terres sont *défendues* pendant un certain temps de l'année. Voyez Cout. de 1494, ch. IV, art. 1, 2, 3, dans Thaumas de la Thaumassière, *Cout. loc. de Berry et celles de Lorris*, p. 453.

3. Coutume de 1509, art. 141, 142 ; Coutume de 1583, art. 144, 145.

4. Bourdot de Richebourg, *Coutum. génér.*, t. III, p. 871. Cf. Cout. de Montargis, ch. IV, art. 1, 2. (*Ibid.*, p. 840.)

Source BIU Cujas

Si la vaine pâture est un dernier débris du droit de la communauté sur la terre déjà appropriée, les communaux ne sont autre chose que la terre non encore appropriée, que la terre restée le domaine de la communauté. Il serait donc naturel de jeter ici un coup d'œil sur l'histoire des communaux dans nos quatre provinces et d'examiner ce qu'ils pouvaient être au XIII^e s.; mais les textes dont nous avons à nous occuper n'en parlent pas, et nous ne faisons qu'indiquer en passant ce débris de l'antique communauté subsistant bien entendu au moyen âge, puisqu'il subsiste encore de nos jours.

Le droit de chasse et le droit de pêche se rattachent aussi à l'état primitif de l'humanité : en pêchant et en chassant, le nomade assurait son existence. Devenu sédentaire, l'homme ne changea pas subitement ses habitudes : la chasse et la pêche restèrent pour lui des occupations favorites et, d'ailleurs, presque nécessaires. Les jurisconsultes romains ne portèrent directement aucune atteinte à cet état de choses : et nous pensons que les forêts restèrent pour tous le terrain commun des chasses. Quant aux *fundi,* le chasseur ne pouvait y pénétrer sans l'autorisation du propriétaire, mais la bête qu'il y avait tuée lui appartenait[1]. Les lois barbares accusent la même situation. Cependant de riches Romains, puis les rois Mérovingiens et Carolingiens, enfin çà et là de puissants personnages restreignirent l'usage de ces droits primitifs en créant à leur usage exclusif de grandes garennes de pêche et de chasse (*vivaria, forestæ*[2]); au XIII^e s., notre

1. Voyez un article intéressant sur le droit de chasse chez les Romains dans *Zeitschrift für Rechtsgeschichte,* t. XI, p. 311 et suiv.

2. Cf. Bonvalot, *Chasse et pêche dans le Rosemont,* p. 4; Faider, *Hist. du droit de chasse;* Menche de Loisne, *Essai sur le droit de chasse.* Voyez aussi quelques pages sur la chasse dans Lamprecht, *Beitræge zur Geschichte der franz. Wirthschaftslebens im elften Jahrhundert,* p. 7 et suiv.

Source BIU Cujas

Coutume d'Anjou-Touraine fait mention d'étangs réservés, de garennes seigneuriales; nous savons, par d'autres documents, que ces chasses et pêches réservées formaient des étendues considérables.

« Hom costumiers si paie LX s. d'amande qui...., ou qui « chace en sa garanne (la garenne du seigneur), ou qui « pesche en son estant, ou en son defois[1]. »

Sauf ces étangs, ces garennes, ces défois, le droit de chasse et le droit de pêche sont encore[2] en vigueur : le roturier n'en a point été directement, personnellement spolié. Il en jouira encore plus d'un siècle, avec quelques restrictions toutefois à partir du règne de Charles le Bel[3] : mais c'est seulement à la fin du XIVe siècle que la chasse et la pêche tendront nettement à devenir un privilège nobiliaire[4] : l'ordonnance cabochienne brisera un moment le privilège en voie de formation[5], mais il sera aussitôt rétabli, bientôt aggravé[6]. Il deviendra enfin rigoureusement et absolument exclusif au XVIIe siècle (1669[7]).

1. *Ét.*, I, 158. — Cf. d'Espinay. *Les cartul. angev.*, pp. 92, 93. J'interprète ces textes un peu autrement que M. d'Espinay.

2. J'entends dans nos provinces. En Bigorre, dès le XIe siècle, nous rencontrons l'interdiction de chasse faite aux non-nobles, ou plutôt à tous, « exceptis monasteriis et militibus in exercitum euntibus et placitum et curtem servantibus. » (Cout. de Bigorre, art. 26 dans Giraud, *Essai sur l'hist. du droit franç.*, t. I, p. 23, à la fin du vol.)

3. « Gentilshommes peuvent chasser à connins et à lievres, à tous engins, hors garennes. Personnes non nobles ne peuvent tendre d'engins hors garenne. » (Faider, *Hist. du droit de chasse*, p. 412.)

4. En janvier 1396 (a. s.), la chasse est interdite à quiconque n'est pas noble ou bourgeois vivant de ses possessions et rentes. (Isambert, t. VI, p. 774.)

5. Ord. cabochienne, art. 243 dans Isambert, t. VII, p. 376.

6. On sait que l'ord. cab. fut révoquée et lacérée solennellement le 5 septembre 1413. (*Mém. de la Soc. de l'hist. de Paris*, t. IV, p. 168.) Cf. ord. du 18 août 1451 dans Isambert, t. IX, p. 177; ord. de François Ier de 1515 (Isambert, t. XII, p. 53).

7. Ord. de 1669, tit. XXX, art. 28. (Isambert, t. XVIII, p. 299.)

Source BIU Cujas

2. *Le four et le moulin banal.*

Lorsque l'appropriation des terres fut un fait accompli, les mœurs gardèrent quelque vestige du temps où les récoltes étaient communes, les provisions communes, les repas communs ; la tribu devenue le village conserva, pour moudre le blé, un moulin commun, pour cuire le pain un four commun[1]. Le seigneur féodal mit la main sur ces établissements publics, les exploita à son compte : le voisinage de populations d'esclaves chez lesquelles le moulin et le four étaient nécessairement le moulin et le four du maître dut faciliter ces envahissements : les libres déclinèrent en même temps que les serfs montaient. Toutefois, dans la Coutume de Touraine-Anjou, le sentiment de l'utilité générale, de l'intérêt commun, resta, en ce qui touche le four banal, toujours présent, toujours vif : un seigneur qui ne possédait pas un village, un bourg, ne pouvait établir de four banal : le four banal entraînait nécessairement l'idée d'un groupe assez considérable d'habitants[2]. Cette notion primitive et histori-

1. Voici pour le moulin un texte formel : « Et si in Ecclesia, vel infra curtem Ducis, vel in fabrica, vel in molino aliquid furaverit, ter niungeldum componat, hoc est ter novem reddat : quia ista quatuor domus *casæ publicæ* sunt et semper patentes. » (*Lex Bajuv.*, tit. VIII, c. 2, dans Walter, *Corpus*, t. I, p. 266.) Cf. Harmenopule, édit. Heimbach, 1851, p. 851. — Quant aux fours, nous en connaissons un qui, au XI^e^ s., a conservé très nettement son caractère primitif, c'est celui de Champhol : il a été construit à frais communs par les habitants du bourg et par les moines, seigneurs du lieu : le fournier est élu par les habitants. (Guérard, *Cart. de Saint-Père de Chartres*, t. I, p. CLXIII; t. II, p. 308. — Acte de 1101-1129 relatant un état de choses fort ancien.)

2. *Cout.*, § 102; cf. *Ét.*, I, 113. — Cf. Liger, art. 1464, dans Beautemps-Beaupré, I^re^ partie, t. II, pp. 527, 528; Cout. de Touraine de 1559, art. 49; Coutume d'Anjou, dernière rédaction, I^re^ part., art. 23, édit. Pocquet de Livonnière, t. I, p. 57.

Source BIU Cujas

quement exacte ne s'effaça jamais : elle figure dans les Coutumes d'Anjou et du Maine jusqu'à l'abolition du four banal, jusqu'en 1789.

Un autre trait que je rattache à ces antiques origines s'est effacé au XV^e^ siècle : ce trait remarquable m'est fourni par la procédure suivie pour les contestations avec le meunier banal : lorsque le moulant, c'est-à-dire celui qui est obligé de faire moudre au moulin, accuse le meunier de lui avoir fait dommage de son blé, il obtient la réparation demandée pourvu qu'il atteste par serment ou sur sa foi le *quantum* du dommage[1]. En d'autres termes, le meunier est entièrement à la merci des contribuables. Je m'explique cette anomalie apparente si je considère un moment que le meunier a succédé au serviteur de la communauté primitive chargé par elle du moulin commun, à ce serviteur qui trouvait en chaque moulant un maître ou, du moins, un mandant, un commettant. Le meunier conserve, au XIII^e^ s., quelque chose de ce caractère primitif. « Nul meunier n'a deffense contre son moulant, » répétera la Coutume glosée du XIV^e^ siècle[2].

Serviteurs de la communauté, le meunier et le fournier subissent les inconvénients, mais recueillent aussi les profits de cette situation : la Coutume de Touraine-Anjou les exempte du service militaire : « Nule fame à costumier ne « doit ne ost, ne chevauchiée, *ne li fornier, ne li monier « qui gardent les fourz et les molins*[3]. »

Quelques-uns de ces traits anciens ne tarderont pas à s'effacer : au commencement du XV^e^ siècle, le moulant n'est plus dispensé de faire la preuve du dommage causé, dès que ce dommage dépasse cinq sols[4].

1. *Cout.*, § 100; cf. *Ét.*, I, 111.
2. *Coutume glosée* dans Beautemps-Beaupré, I^re^ part., t. I, p. 318.
3. *Ét.*, I, 65 (ci-après t. II, p. 94).
4. Beautemps-Beaupré, *ibid.*, p. 397.

Source BIU Cujas

Une décision du *Livre de Jostice et Plet* reflète probablement aussi ces antiques origines : il y est dit que le four et le moulin ne peuvent être divisés : il en est de même d'un marché : « Ainz doit l'en ceste chose fere durer communement[1]. »

3. *Confiscation restreinte aux meubles. Garantie des créances restreinte aux meubles.*

J'arrive à quelques dérivés plus lointains de l'idée de communauté :

Si la propriété immobilière était originairement commune entre un grand nombre de personnes, la terre ne pouvait être cédée par une seule d'entre elles, et le droit de vente, tel que nous l'entendons aujourd'hui, était inconnu[2]. La terre ne pouvait non plus garantir les obligations contractées par un particulier, car elle était le bien commun : elle ne pouvait être confisquée sur un coupable, car elle n'appartenait pas au coupable, mais à tous (et surtout aux membres de la famille). Plus tard, lorsque les domaines privés commencèrent à se former, sans que l'idée primitive du droit de la communauté eût encore entièrement disparu, cet ordre de choses primitif laissa des traces longtemps reconnaissables. La vente fut un acte public auquel prirent part, avec le vendeur proprement dit, les autres membres de la tribu intéressés dans l'opération, et cette forme subsista longtemps, comme toutes les formes juridiques, alors qu'elle n'avait plus de raison d'être. La confiscation de la terre resta inconnue. L'immeuble ne répondit pas des dettes[3].

1. *Jostice et Plet,* pp. 151, 153.

2. J'ai développé cette idée, en 1872, dans une étude intitulée : *Caractère collectif des premières propriétés immobilières.* Il faut lire sur la propriété collective des temps primitifs les beaux travaux de sir Henry Sumner Maine et de M. de Laveleye.

3. Sohm, *Das altdeutsche Reichs-und Gerichtsverfassung,* t. I,

Source BIU Cujas

Si je voulais sortir du texte des Coutumes que j'examine, je pourrais donner pour l'Anjou, la Touraine et le Maine, quelques exemples de ces ventes dans lesquelles le vendeur et l'acheteur (avec le vendeur ses plus proches parents) ne sont pas les seules parties intéressées : elles subsistent jusqu'au XI^e s.[1] ; mais nos textes sont sensiblement postérieurs à cette phase primitive du contrat de vente. Je n'aborde donc pas cet aspect de la copropriété de tribu ou de voisinage. Quant à la copropriété de famille, j'en parlerai plus loin dans le chapitre consacré à la famille.

Sur la confiscation, au contraire, nos Coutumes sont très instructives et toutes pénétrées de l'esprit antique : la confiscation des terres est inconnue en Touraine et en Anjou : c'est le vieux droit germanique plus net, plus pur que dans les textes du VIII^e et du IX^e siècle : car, dans les capitulaires, on voit souvent la terre assimilée aux meubles, et il faut à la critique quelque effort de sagacité pour percevoir à cet égard l'état de choses primitif[2]. Sans doute, les empereurs chrétiens avaient d'abord atténué, puis, en beaucoup de cas, complètement supprimé la confiscation inscrite dans les lois romaines ; mais ne nous y méprenons pas : le droit que nous fait connaître la Coutume de Touraine-Anjou est ici purement germanique et n'a rien encore de romain ; car la Coutume exempte de la confiscation les seuls immeubles, non les meubles : la loi romaine ne fait pas cette distinction ; la Coutume n'admet jamais la confiscation, la loi romaine l'admet en plusieurs cas[3]. L'influence romaine se fera sentir

p. 117. Le roi fera très vite fléchir à son profit ce principe germanique : et c'est par son intermédiaire que, de bonne heure aussi, on verra certains créanciers se faire payer sur les biens immobiliers du débiteur. (Voy. Sohm, *ibid.*, p. 118, note 58 ; p. 122, note 66.)

1. Acte de 1065 dans Chevalier, *Cartulaire de Noyers*, p. 52 ; acte de 1095 cité par d'Espinay, *les Cartul. angevins*, p. 97.

2. Sohm, *ibid.*, p. 117 et suiv.

3. Novelle 134, c. 13. — Cf. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 177-180.

Source BIU Cujas

plus tard, lorsque la confiscation sera prononcée contre le crime de lèse-majesté (et contre celui d'hérésie[1]).

L'Orléanais est plus avancé que l'Anjou : la confiscation y est fréquente au XIIIe s.; et déjà, au XIIe, le roi confisquait à son profit sur le territoire de la Coutume de Lorris[2].

Si, dans le Maine, l'Anjou et la Touraine, la confiscation est inconnue, ce n'est pas à dire que toute propriété foncière y soit solidement affermie entre les mains des détenteurs : j'ai entendu parler de la propriété roturière et des crimes non féodaux; mais le fief est une propriété beaucoup moins solide que le bien roturier : il tombe facilement en commise. Nous y viendrons.

Notre Coutume de Touraine-Anjou me paraît suffisamment explicite en ce qui touche la nature des biens qui garantissent les créances. Comme à l'époque barbare, ces biens sont exclusivement les meubles : et cet axiome germanique :

« Wer nur noch Immobilien hat, ist insolvent[3]. »

est tout aussi rigoureusement vrai en Touraine, en Anjou (et dans une grande partie de la France) qu'en Allemagne. La Coutume d'Anjou nous apprend, en effet, que le fils aîné à qui reviennent les meubles de la succession paye les dettes[4], que la veuve noble qui prend la moitié des meubles paye la

1. Cf. Cout. d'Anjou dite de 1411, art. 77, dans Beautemps-Beaupré, Ire part., t. I, p. 430; Coutume d'Anjou de 1462, IVe part. dans ms. fr. nouv. acq. 4172, paragraphe commençant par ces mots : *Les delinquens de ses meffaiz,* etc.; Pocquet de Livonnière, *Cout. d'Anjou,* t. I, col. 348, 349 et suiv. — Sur le crime d'hérésie en droit romain, voyez *Code de Justinien,* I, v, 4; sur le crime de lèse-majesté, voyez notamment Code, IX, xxiv, 2.

2. *Jostice et Plet,* p. 281. — *Ét.,* II, 36. — Coutume de Lorris dans Galland, *Du franc aleu,* p. 376. — Sur la non-confiscation des terres en Anjou, voyez *Et.,* I, 28, 90, 91, 92.

3. Sohm, *Der Process der lex Salica,* p. 174, note 20.

4. *Cout.,* § 1; cf. *Ét.,* I, 10.

Source BIU Cujas

moitié des dettes[1] : c'est nous dire que les meubles seuls répondent des dettes : un mourant conçoit les choses de la même manière : il affecte au paiement de ses dettes non pas ses immeubles, mais ses meubles et ses revenus[2].

Les capitulaires évaluent souvent la fortune d'après les biens mobiliers[3] : ne peut-on apercevoir quelque souvenir de cette conception dans le ch. 143 au l. Ier des *Etablissements?* L'homme riche y est dit l'homme qui a *granz muebles.*

On suit avec un vif intérêt les traces affaiblies mais longtemps reconnaissables de ce principe primitif, à savoir que les dettes sont payables sur la valeur des meubles et non sur celle des immeubles. A un certain moment, l'idée-mère disparaît de la législation : l'immeuble du débiteur cesse d'être inviolable et garantit subsidiairement la créance, mais les conséquences diverses et nombreuses de l'idée supprimée n'en subsistent pas moins : ainsi, en 1461, en Touraine, le principe a disparu : l'immeuble peut servir à payer la dette[4]; mais une des conséquences subsiste, car le donataire qui prend par testament *tous les meubles* du décédé doit payer les *debtes personnelles* du décédé[5].

Cette notion primitive disparaît de bonne heure en Orléa-

1. *Cout.*, § 8; cf. *Ét.*, I, 17.

2. Testament de 1273 dans Port, *Cartul. de Saint-Jean d'Angers,* p. CXXV, acte n° CLX : rapprochez une décision du Parlement de 1259 dans Boutaric, *Actes du parlement de Paris,* t. I, p. 31.

3. Capit. de 805 et de 866 dans Boretius, *Beitræge zur Kapitularienkritik*, pp. 141, 154, 167, 168. Voyez des évaluations basées, au contraire, sur la fortune immobilière, *ibid.*, pp. 155, 156, 157.

4. *Stille de Touraine,* Langeais 1461 (n. s.), édit. goth. (Bibl. de Tours, vol. n° 133.)

5. Dufrementel, *Conférence,* pp. 226, 241. Cette disposition figure dans les rédactions de 1461 et de 1507 : en 1559, on substitue à l'expression *debtes personnelles* celles-ci : *dettes mobilières et personnelles,* à l'expression *donataire* celle-ci : *tous donataires universels de meubles.* (Cout. de 1559, tit. XXIV, art. 237.)

Source BIU Cujas

nais : dans ce pays dès le XIII^e s., l'immeuble du débiteur paraît répondre de la dette[1].

4. *Prescription d'un an dérivée de l'antique appropriation annale. — Prescription romaine.*

Abordons un autre fait juridique qui se rattache, suivant moi, à la communauté primitive, ou plus exactement aux premières appropriations : n'est-il pas sensible que le fait d'avoir ensemencé et récolté, d'avoir cultivé un terrain pendant une année entière fut, à l'origine des choses, au temps où se constitua la propriété immobilière, un des titres les plus sérieux à cette propriété? Nous voyons dans la loi salique que l'individu étranger à un village et qui s'y installe irrégulièrement sans le consentement des habitants acquiert, au bout d'un an, un droit parfait tout semblable à celui des autres membres du groupe[2]. Ce cas ne répond pas exacte-

1. *Usage d'Orlenois,* §§ 20, 37; cf. *Ét.,* II, 22, 37. — *Jostice et Plet,* pp. 112, 311.

2. *Lex Salica*, tit. XLV, 3, édit. Behrend, p. 60. Un capitulaire bien postérieur et qui, d'ailleurs, paraît supposer un cas différent, à savoir l'invasion d'un fonds appartenant à un membre du groupe et cela contre la volonté de ce possesseur, s'oppose à la prescription annale par ces mots : « Nullus..... per annos tenere vel possidere possit. » (Behrend, p. 115.) Une expression presque identique (per annorum curricula dierumque) désigne encore la prescription annale dans un diplôme publié par D. Bouquet (t. VIII, p. 410, acte n° 10). Elle est enfin sanctionnée au IX^e siècle dans deux hypothèses particulières. (Capit. de 825, ch. 11, dans Pertz, *Leg.*, t. I, p. 252; capit. de Lothaire dans *Bibl. Casin.*, t. III, appendix, p. 130.) Je crois, contre Heusler, que ces textes auxquels il s'efforce vainement d'échapper désignent une possession d'an et jour identique à la *Gewere* du droit allemand postérieur (Heusler, *Die Gewere,* p. 89) : seulement, au début, cette prescription annale fut presque étouffée par les influences romaines et religieuses. Chez nous, M. Valentin Smith a nié bien à tort cette origine germanique de la prescription annale (*De l'origine de la possession annale,*

Source BIU Cujas

ment à celui que suppose d'ordinaire l'acquisition de la propriété par prescription annale, mais il nous offre sous le régime même de la loi salique un exemple spécial d'acquisition de la propriété par voie de possession annale, exemple qu'on doit nécessairement rapprocher de la règle générale mille fois formulée au moyen âge en Allemagne[1], en Scandinavie[2] et en France, à savoir que la propriété d'un immeuble s'acquiert par la possession d'un an.

Cette règle est inscrite dans la Coutume de Touraine-Anjou et dans la *Compilatio*[3] : les chartes nous en révèlent aussi l'existence dans ces provinces.

Nous rencontrons parallèlement à cette prescription germanique la prescription romaine de dix, vingt, trente ans : elle est mentionnée dans des chartes angevines[4] ; elle est visée dans l'Usage d'Orléanais[5], bien que le droit orléanais

Lyon, 1854). Tous les textes mérovingiens et carolingiens qui mentionnent d'autres délais sont manifestement influencés par les idées romaines.

1. *Zeitschrift für gesch. Rechtswiss.*, t. III, p. 233, notes 101, 102.

2. Loccenius, *Sueciæ regni leges provinciales prout quondam a Carolo IX... publicatæ sunt*, tit. III, c. XXIII., Londini Scanorum, 1675, pp. 77, 78.

3. *Compil.*, 35, 110. — *Ét.*, I, 163 (à propos du droit de retrait).

4. Charte de 1120, dans Marchegay, *Archives d'Anjou*, t. II, p. 45. — Cf. *Olim*, édit. Beugnot, t. I, p. 748, n° 15 ; d'Espinay, *les Cart. angev.*, p. 108, n° 2, p. 160 et suiv. ; Marchegay, *Cartul. du Ronceray*, p. 275. — En 1363, à Loches, un vendeur garantit son acheteur non pas seulement par an et par jour, « mes à touz jourz mes perdurablement, non obstant droit ou coustume de païs disant que qui ait garenti par an et par jour ait suffisamment garenti. » (Vente par Jehan de Mombason à Pierre Beaucousin d'une guangnerie sise à Loches. — Charte de ma collection, liasse *Loches*.)

5. *Ét.*, II, 31. — Cf. *Jostice et Plet*, pp. 128, 142, 254, 264, 265, 270, 271. A la p. 264, à la fin du § 1 du ch. II au livre XVI, le contexte oblige à corriger : « Longue tenue de x ans. »

Source BIU Cujas

conserve néanmoins quelques traces de la prescription annale[1].

Cette prescription de 10, 20, 30 ans qui était, à l'origine, un moyen de défense, qui devint un mode prétorien d'acquérir, et que Justinien avait fondue avec l'ancienne *usucapio*[2], fut adoptée par le droit canonique[3]. Le droit romain et le droit ecclésiastique sont les deux canaux par lesquels elle a pénétré dans nos usages, et chassé peu à peu la prescription germanique d'un an. Il convient de rappeler ici que de très bonne heure le délai de trente ans avait fait son apparition dans la législation franque sous l'influence d'une novelle de Valentinien et du Code de Théodose[4] : mais on n'avait pas réussi à détruire l'ancienne prescription germanique. De tous côtés, elle reparaît au moyen âge.

5. *Complainte et réintégrande.*

Un paragraphe de la Coutume de Touraine-Anjou, qu'il ne faut pas isoler du principe de la prescription annale, donne la clef de la théorie de l'action possessoire appelée *complainte*, théorie si difficile et si compliquée quand on l'aborde directement, si simple quand on en connaît l'histoire. Ce chapitre ne traite point encore, à proprement parler, d'une action possessoire distincte de la revendication, distincte du pétitoire; l'une et l'autre action y sont sensiblement confondues. Le plaignant soutient que sa possession a été troublée dans l'année (ouan) : s'il obtient gain de cause, on lui rend aux

1. Voyez notamment *Jostice et Plet*, p. 254 : « Et se li morz », etc.; p. 128 : « Il se home, » etc.

2. Code de Justinien, VIII, xxxi; Inst., II, vi. — Cf. Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, 2e édit., pp. 549, 555.

3. Gratien, *Decretum*, secunda pars, causa XVI, quæst. III, c. 15, pars VIII, § 1 (édit. Friedberg, p. 794).

4. Savigny, *Geschichte des rœm. Rechts im Mittelalter*, 1846, t. II, p. 92.

Source BIU Cujas

termes de notre Coutume la *saisine*. Cette décision équivaut à un jugement au pétitoire : en effet, du moment que le plaignant a obtenu la saisine, il y a eu implicitement, en sa faveur, jugement déclaratif de propriété, car il a été reconnu que la dépossession dont il s'est plaint n'avait pas un an de date, qu'en conséquence le nouveau possesseur n'avait pu acquérir la propriété ; qu'antérieurement à cette dépossession temporaire lui, plaignant, avait possédé an et jour (antan et avant antan) ; qu'en conséquence il était propriétaire. Le demandeur, en se plaignant de nouvelle dessaisine, a donc entendu poser du même coup, à son profit, la question de propriété : les juges n'ont point méconnu sa pensée. Dans cette procédure, la possession ne se distinguera utilement de la propriété que le jour où on cessera d'acquérir un immeuble par voie de possession annale : dès lors sera créée avec tous ses caractères définitifs cette voie coutumière dite de *complainte* ou *d'applégement et contr'applégement*, qui a subsisté jusqu'à la Révolution et laissé sa trace dans notre Code de procédure civile. Je lis, en effet, dans ce code :

« Art. 23. Les actions possessoires ne seront recevables « qu'autant qu'elles auront été formées, dans l'année du « trouble, par ceux qui depuis une année au moins étaient « en possession paisible... »

Voilà bien la complainte en cas de saisine et de nouvelleté : le demandeur doit agir dans l'année du trouble : il doit être en possession lui-même au moins depuis un an.

Une autre action possessoire, la réintégrande, d'origine canonique et romaine, est venue se juxtaposer à la complainte : s'il m'était permis d'employer ici des expressions familières aux philologues, je dirais volontiers que la *complainte* et la *réintégrande* forment un doublet juridique. J'explique ma pensée. L'*Usage d'Orlenois* formule cet axiome :

« Nuns ne doit plaidier en nule cort despoilliés [1]. »

1. *Usage d'Orl.*, § 5 ; cf. *Ét.*, II, 6 ; Pierre de Font., édit. Marnier, pp. 271, 272.

Source BIU Cujas

traduction libre de la formule canonique : « Spoliatus ante restituatur. »

Voilà un brocard qui se rattache à l'interdit romain *Unde vi* par l'intermédiaire des Décrétales, du Décret de Gratien, de Benoît-le-Lévite et de Pseudo-Isidore[1].

L'interdit romain *Unde vi* avait pour objet de faire recouvrer la possession à celui qui avait été dépossédé par violence. Il ne pouvait servir que dans l'année de la dépossession : mais on n'exigeait pas que l'individu dépossédé eût possédé lui-même pendant an et jour avant le fait de la dépossession. Aucune condition de ce genre n'était requise.

Ce moyen romain de protection a passé avec quelques altérations dans le droit canonique[2] : il y est parfaitement reconnaissable : on l'a nommé, au moyen âge, la *réintégrande*.

Lorsqu'au XIII^e^ s. le droit coutumier commença à ressentir l'influence croissante du droit romain et du droit canonique, il se trouva en présence de deux institutions juridiques destinées à permettre à l'individu dépossédé de recouvrer la possession, l'une, la complainte, d'origine germanique; l'autre, la réintégrande, d'origine romaine. Quelle place relative donna-t-on à ces deux moyens de droit? Comment essaya-t-on de les utiliser l'un et l'autre? Les *Etablissements de saint Louis* ne nous renseignent pas à ce sujet; car s'ils nous offrent les deux institutions, c'est comme par hasard et par suite d'une simple juxtaposition : la complainte est prévue et réglée par la Coutume d'Anjou : la réintégrande est rapidement visée par l'Usage d'Orléanais, lequel ne parle pas de la complainte.

1. Sur cette filiation voyez Bruns, *Das recht des Besitzes*, pp. 146, 147, 358, 359; Rosshirt, *Canonisches Recht*, pp. 517, 518 et suiv. Cf. aussi de Parieu, *Études sur les act. poss.*, p. 82.

2. *Décret de Gratien*, 2^e^ partie, *Causa III, Qu. I*, can. 3 et 4; *Décret de Grég. IX*, II, XIII; *Sexte*, II, V.

Source BIU Cujas

Il nous faut descendre un peu dans l'ordre des temps pour rencontrer une première tentative de synthèse : c'est Beaumanoir[1] qui nous la fournit ; et, chose fort remarquable, ce premier essai de fusion des deux éléments romano-canonique et coutumier est fort bien compris, remarquablement conçu : de nos jours, la Cour de cassation[2] voulant à son tour trouver une place distincte à ces deux institutions analogues, mais d'origine différente, n'a rien imaginé de mieux que le système de Beaumanoir. Il se résume ainsi :

Quelle que soit la possession, la détention, *bonne ou mauvaise*, *grande ou petite*, n'eût-elle duré que quelques mois, quelques jours, quelques heures, celui qui est dépouillé par violence doit avant tout recouvrer la possession par la voie de la *réintégrande*. Le spoliateur fera ensuite valoir ses droits à la possession légale par la complainte ou ses droits à la propriété.

Cet enchaînement est heureusement trouvé : le moyen romain protégeait la possession non annale : il est toujours utile de défendre cette possession : et ce sera l'objet de la réintégrande. Le moyen germanique ou coutumier protège la possession annale : il sera employé lorsque le plaideur pourra invoquer l'annalité de la possession[3].

1. Beaum., ch. XXXII, nos 22 et suiv., édit. Beugnot, t. I, p. 474.

2. Voyez les arrêts de 1819, 1826, 1839 dans *Traité théorique et pratique des actions possessoires*, avec introduction par Hector Leconte, pp. 44, 45, 47, 48.

Cf. un excellent résumé de la doctrine de Beaumanoir et de la doctrine de la Cour de cassation dans Boitard et Colmet Daage, *Leçons de procédure civile*, t. I, 1860, p. 643 ; 12e édit., 1876, pp. 630-633.

3. On remarquera que je me garde d'exposer ici *ex professo* une théorie des actions possessoires en droit romain, en droit canonique et en droit français. Ce que je viens de dire serait par trop incomplet. J'ai voulu seulement mettre en relief quelques traits importants.

Source BIU Cujas

Malheureusement cette façon de concevoir les deux procédés, retrouvée de nos jours, mais non encore dégagée de tout mélange d'erreur, s'était de bonne heure obscurcie : les notions s'étaient confondues, troublées, et quand on voulut les distinguer, on méconnut souvent l'un des caractères historiques de la complainte. C'est ainsi qu'aux yeux de Pasquier, la dépossession *par force* donne lieu à la réintégrande, et la dépossession *sans force*, *sans violence*, à la complainte[1]. Rien de plus faux que cette distinction qui a fait fortune; car le plus ancien texte concernant la complainte, le ch. 69 au livre Ier des *Etablissements*, nous parle précisément de dépossession par force : « m'en a dessaisi à tort et *à force* ». Des formules du XIVe s. sont tout aussi explicites[2].

6. *De la propriété des meubles.*

Après avoir parlé des immeubles qu'on peut acquérir par la possession annale, je dois dire un mot de la propriété des meubles qui s'acquiert par le seul fait de la possession, sauf toutefois le cas de perte ou de vol. On voit déjà dans la loi des Wisigoths qu'en règle générale la revendication des meubles n'est pas admise : cette règle, d'origine germanique et si contraire aux idées romaines, se rencontre dans beaucoup de textes du moyen âge[3] : nos coutumes d'Anjou et d'Orléanais la reçoivent, car elles ne supposent de revendication mobilière que dans le cas où la chose a été « emblée » (*Et.*, I, 95; *Et.*, II, 18). La Coutume d'Orléans resta jusqu'au bout fidèle à la tradition germanique; la prescription,

1. Pasquier, *Interprétation des Institutes de Justinien*, édit. Giraud, pp. 765, 766.

2. Beautemps-Beaupré, *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*, 1re partie, t. Ier, p. 274 et suiv.

3. Voyez Ortlieb, *Des effets de la possession des meubles*.

Source BIU Cujas

même dans la dernière rédaction de cette Coutume[1], ne s'y applique qu'aux immeubles. Elle devient inutile dès qu'il s'agit de meubles. J'en dirai autant de la Coutume de Touraine qui, parlant de la prescription, vise exclusivement les immeubles[2]. L'Anjou et le Maine avaient fini par admettre la prescription romaine des meubles par trois ans[3].

Notre Code civil a sanctionné la vieille idée germanique et coutumière dans l'art. 2279 ainsi conçu :

« *En fait de meubles, la possession vaut titre.*

« Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé « une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter « du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains « duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre « celui duquel il la tient[4]. »

CHAPITRE III.

EXAMEN DES TEXTES RELATIFS AU RÉGIME DES BIENS DANS LA FAMILLE.

1. *Observations générales.*

De la propriété collective de tribu ou de village. J'arrive à la communauté de famille.

1. Art. 260 à 271. Rapprochez le commentaire de Pothier, t. I, 1776, pp. 641, 642.

2. Dufrementel, *Conférence,* 1786, p. 198 et suiv.

3. Anjou, 419, 420; Maine, 434, 435. Sur la prescription romaine de trois ans pour les meubles, voyez *Code de Justinien,* VII, XXXI.

4. Je n'hésite pas à reconnaître avec M. Jobbé-Duval que « l'art. 2279 repose sur des motifs qui n'auraient pas été compris par les auteurs des Coutumiers du moyen âge. » (*Étude hist. sur la revendication des meubles,* p. 238); mais je ne crois pas que la tradition barbare ait jamais été complètement brisée. Il est rare qu'on ait conscience des influences historiques que l'on subit.

Source BIU Cujas

Cette communauté de famille laisse, dans toute période historique, des traces reconnaissables. Pour ne parler ici que des Germains, personne n'ignore que la famille offre, chez ces Barbares, une cohésion qui s'altère plus tard et s'en va diminuant. Tous les membres de la famille, surtout les enfants et les parents, sont des associés aux mêmes intérêts : la fortune, entre les mains de chacun d'eux, n'est point appropriée d'une façon absolue : il semble, pour employer des mots bien rigides et une langue trop moderne, que l'usufruit soit à un ou à quelques-uns des membres de la famille, le domaine à tous. Une fille se marie : le fiancé lui apporte une dot. Qui fixera le *quantum* de cette dot? Le fiancé sans doute? Non point : ce ne sera ni le fiancé seul, ni le fiancé d'accord avec son père et sa mère : mais bien le fiancé et toute sa famille réunie qui conviendront avec les parents, les amis charnels de la fiancée, de la valeur de la dot[1]. L'opération sera, au premier chef, une opération de famille.

Ce caractère antique de la constitution de la dot devenue plus tard le douaire traverse les siècles et subsiste encore au XIII[e] : on ne saisira jamais la théorie juridique du douaire si on perd de vue ce point de départ : ainsi la veuve a un droit de douaire non seulement sur les biens que laisse le mari, au jour du décès, mais même sur ceux qui lui seraient venus par succession directe s'il avait vécu plus longtemps[2].

1. « Cum consensu virorum illustrium propinquorum meorum... in præsentia virorum nobilium. » (Form. Lindenbr. 79, Roz. 231. — Très bon texte dans Lépinois et Merlet, *Cartul. de Notre-Dame de Chartres,* Chartres, 1861, t. I, 2[e] part., p. 69.) « Dum taliter apud pares vel parentes nostros utrisque partibus complacuit nobis. » (Lindenbr. 75, Roz. 228) : « Sicut nostris utriusque complacuit amicis tibi donare. » (Goldast 9, Roz. 233.) Toutefois cette formule ne se trouve pas toujours. — Elle subsiste au moyen âge : « Du doaire qui est devisés *entre mes amis et les tiens* te deu. » (Beaumanoir, ch. XIII, § 12, édit. Beugnot, t. I, p. 216.)

2. Arrêt de 1268 dans *Olim,* t. I, p. 735, n° XXIX. — Cf. Labou-

Source BIU Cujas

Ce n'est pas là une anomalie bizarre, c'est une conséquence naturelle des faits. La famille s'est réunie; elle a constitué au profit de l'épouse des droits réels quoiqu'éventuels sur certains biens qui, dans l'ordre naturel des choses, doivent un jour appartenir au mari. Devenue veuve, la femme jouit de ces droits, sans que la date de la mort de son mari (décédé avant ses ascendants) lui puisse nuire. Tel est le droit en Touraine et en Anjou.

Si les biens sont, en quelque sorte, communs à tous les membres de la famille, nous pouvons, *à priori*, entrevoir plusieurs conséquences de cette idée. J'en énumère quelques-unes : le père de famille n'est pas seul propriétaire, il n'est pas propriétaire exclusif de son bien : il ne pourra donc, par un acte de sa seule volonté, aliéner des terres auxquelles tous les lignagers ont quelque intérêt, ou, du moins, il ne pourra les faire passer définitivement en des mains étrangères. Le père de famille n'est pas propriétaire exclusif de son bien : il ne pourra donc changer, par un testament, l'ordre naturel des successions.

2. *Retrait lignager.*

Les faits, si nous les étudions avec soin, vont justifier ces prévisions :

En ce qui touche le droit de vente, les moyens de contrôle ne paraissent pas d'abord très faciles, parce que, durant la période barbare, beaucoup de ventes gardent une physionomie sensiblement romaine : si pourtant on prend la peine

laye, *Recherches sur la condition civile et pol. des femmes,* p. 265. Même droit en Touraine-Anjou (*Et.*, I, 22). Le douaire normand portait encore dans le dernier état du droit sur les immeubles du père ou aïeul du mari ayant consenti au mariage qui décédait après le mari. (Cf. *Observations présentées par la Faculté de droit de Caen sur le projet de loi de M. Delsol concernant les droits de l'époux survivant,* pp. 21, 22.)

Source BIU Cujas

d'examiner de près certaines formules[1], on y voit l'acheteur se préoccuper tout particulièrement des réclamations qui pourraient surgir du côté de la famille du vendeur : pour faire taire ses craintes, le vendeur garantit dans l'acte de vente l'acheteur contre toute éviction de la part de ses héritiers ou de ses parents. Ces précautions accusent à mon sens une période durant laquelle l'individu essaye d'émanciper la propriété du contrôle gênant de la famille : mais ce n'est là qu'une tentative : elle n'aboutit pas. De toutes parts, au moyen âge, en Scandinavie[2], en Allemagne, en France[3] et dans d'autres pays, le sentiment germanique de la copropriété de la famille se fait jour à travers le droit : ici, l'individu ne peut vendre sa terre qu'après l'avoir offerte à ses parents : là, les parents, les lignagers ont droit, une fois la vente consommée, de la reprendre des mains de l'acheteur en lui remboursant le prix d'achat. C'est le retrait. Le retrait lignager est inscrit dans notre Coutume de Touraine-Anjou[4] et dans *Jostice et Plet*[5]. C'est, d'ailleurs, une institution qu'on retrouve dans presque toutes les Coutumes de France jusqu'à la Révolution.

Quant au testament, les anciens Germains ne le connaissaient pas : il n'apparaît pas encore dans la loi Salique : nous n'y trouvons qu'une sorte de donation solennelle (*adfatomia*) qui n'est pas un acte purement privé, et dans laquelle le pouvoir public joue un rôle considérable[6].

1. Roz., form. 271, 273, et *passim*.

2. Loi de Valdemar, liv. Ier, art. xxxvi, édit. Kold.-Rosenvinge, 1837, p. 72; *Antiq. leges Scanie,* ch. XIX dans Kolderup-Rosenvinge, *Samling af gamle danske Love,* foerste Deels foerste Afdeling, 1846, pp. 16, 17.

3. Cf. Mittermaier, *Grundsætze des gemeinen deutschen Privatrechts,* t. II, Regensburg, 1843, p. 33.

4. *Et.,* I, 161-163.

5. *Jostice et Plet,* pp. 128, 129.

6. Voy. Tacite, *Germ.,* XX; *Lex Salica,* tit. XLVI, édit. Behrend, p. 60.

Source BIU Cujas

Le paragraphe que je consacre ci-après à l'histoire des successions et des testaments montrera ce que cet état de choses primitif a laissé, après lui, au moyen âge.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

3. *Successions ab intestat et testaments.*

Avant d'aborder les textes orléanais et angevins dont j'ai ici à m'occuper, je dois rappeler quelques idées romaines et quelques idées germaniques sur la matière :

L'égalité des partages entre cohéritiers est un usage tout à la fois germanique et romain : mais le droit germanique diffère du droit romain en ce qu'à la mort du père, il exclut les filles de tout droit aux propriétés immobilières et souvent même aux propriétés mobilières[1], tandis que le droit romain les admet au partage avec les frères.

Quant au testament proprement dit, il est, comme je l'ai dit, inconnu des Germains : leur *adfatomia* (acte solennel auquel prend part le pouvoir public, l'assemblée de la tribu) y supplée dans une certaine mesure : il y a, dans cet acte, quelque chose de la donation, du testament, et enfin de l'adoption, car le Germain n'y procède que s'il n'a pas de

1. « De *terra* (et non *terra salica*) vero nulla in muliere hereditas non pertinebit sed ad virilem sexum qui fratres fuerint tota terra perteneat. » (*Loi Salique,* tit. LIX, art. 5, édit. Behrend, p. 78.) Bien que le mot *salica* ne se trouve pas dans le plus ancien texte de la loi salique, quantité de travaux récents continuent à se référer aux textes secondaires et à la *terra salica :* c'est une tradition erronée dont nous ne sortons pas.

Cf. *Lex Saxonum*, tit. VII dans Walter, *Corpus,* t. I, p. 387; — *Lex Anglior. et Werin.*, tit. VI, *ibid.*, p. 378; — *loi des Francs Chamaves,* art. 42, dans la *Revue hist. de droit fr. et étr.*, t. I, 1855, p. 442; — *Lex Bajuw.*, text. prim., tit. XV, § 9; text. secund., tit. XXXV, text. tert., tit. XIV, § 9 dans Pertz, *Leg.*, t. III, p. 320, 352, 430, 431; — Schildener, *Guta-Lagh*, Greifswald, 1818, pp. 37, 39, 210; — Stein et Warnkœnig, t. II, p. 148, à la fin du vol., etc., etc.

Source BIU Cujas

postérité[1]. L'*adfatomia* rappelle, par certains côtés, le testament *calatis comitiis* des anciens Romains : dans une paléontologie juridique, il faudrait rapprocher ces deux institutions.

Voyons ce que sont devenus dans le droit angevin et orléanais ces éléments primitifs :

Dans les deux pays, toute baronnie est indivisible et appartient à l'aîné seul[2].

Quant aux autres terres, en Anjou, à la succession du père ou de la mère, l'aîné noble reçoit les deux tiers du domaine, un tiers est dévolu aux puînés[3]. Toutefois si un gentilhomme ne laissait que des filles, elles partageraient également entre elles, à cela près que l'aînée recevrait la maison d'habitation à titre de préciput[4].

En Orléanais, l'aîné noble obtient les deux tiers s'il n'a qu'un frère ; la moitié seulement s'il y a plus de deux frères[5]. Si le défunt n'a laissé que des filles, la succession se divise comme en Anjou par parts égales, avec la maison d'habitation en préciput à l'aînée[6]. En Anjou et en Orléanais, les frères et sœurs roturiers partagent également[7]. Quant aux successions collatérales entre frères nobles, elles sont recueil-

1. *Lex Salica,* tit. XLVI, *De hac famirem,* édit. Behrend, p. 60; Loi Rip., tit. XLVIII (50), dans Walter, *Corpus,* t. I, p. 178; Pertz, *Leg.,* t. I, p. 443. « Qui filios non habuerit, etc. »

2. *Jostice et Plet*, pp. 233, 234; *Ét.,* I, 26.

3. *Ét.,* I, 10.

4. *Ét.,* I, 12.

5. « Femes et homes prenent *iveement* en acheeste en vilenage. » (*Jostice et Plet,* p. 257.) On peut aussi tirer un argument de cette phrase de *Jostice et Plet* où il est fait seulement allusion aux vilenages : « Uns hom si a sa terre qui mot de fié, et meurt sanz en- « fanz de sa feme esposée, sa terre doit escheer au plus près, ausint « *comme de vilenage, fors en ce, s'il i a en escheete de costé masle et* « *femele iuves, li masles prent et la femele non.* » — Cf. *Ét.,* I, 136.

6. *Jostice et Plet,* pp. 235, 252.

7. *Jostice et Plet,* pp. 235, 236, 252.

Source BIU Cujas

lies en Anjou par l'aîné seul[1]; en Orléanais, par tous les frères[2].

Deux traits surtout me frappent dans ce régime successoral du XIII^e siècle : 1° l'égalité parfaite dans les familles roturières : les femmes y sont au même rang que les hommes; 2° le droit d'aînesse chez les nobles. L'admission des filles au partage d'une succession immobilière se rattache aux influences civilisatrices nouvelles : ces influences se firent sentir de très bonne heure chez les Francs, car, dans une formule de Marculfe, nous voyons déjà un père se servir du testament pour appeler sa fille à partager également avec ses fils[3]. Il convient peut-être d'ajouter que les roturiers, pour la plupart d'origine gallo-romaine, conservèrent tout naturellement le régime romain des successions.

Le droit d'aînesse régit les successions nobles; mais, chose remarquable, ce droit n'a rien d'absolu (sauf pour les baronnies, et sauf en Anjou dans les successions collatérales).

Chacun connaît l'origine de ce régime nouveau qui n'est, en soi, ni germanique, ni romain : le droit d'aînesse est, à proprement parler, la loi de transmission du bénéfice devenu le fief[4]. Mais pourquoi ce droit d'aînesse est-il dans nos Coutumes si mitigé, si amoindri? Faut-il expliquer ce fait en supposant une modification apportée à un état de choses primitif, état de choses dans lequel la loi de transmission intégrale du fief, la loi d'aînesse pure et simple eût été rigoureusement observée? Il y a dans cette interprétation une part de vérité, car, assurément, la plupart des bénéfices et des offices devenus héréditaires furent soumis au droit d'aînesse absolu[5]: mais, en regard de ces bénéfices-fiefs, types du fief

1. *Ét.*, I, 23.
2. *Jostice et Plet*, pp. 232, 235.
3. Marculfe, II, 12 dans Roz., 136 (t. I, p. 174).
4. Voyez notamment édit de Kiersy de 877, art. 9, 10, dans Pertz, *Leg.*, t. I, p. 539.
5. Voyez des exemples pour l'Anjou dans d'Espinay, *Les Cartul. angev.*, pp. 232, 233.

Source BIU Cujas

proprement dit, grand nombre de terres libres, de ces terres qu'on appelait des alleux, parce qu'elles étaient héréditaires de droit (*al*, totus, integer. — *od*, bonum, possessio[1]), grand nombre de terres libres devinrent fiefs par voie d'assimilation. On doit admettre que les familles qui transformèrent ainsi la nature de leurs propriétés ne renoncèrent pas facilement aux usages tout à la fois germains et romains qui régissaient les successions : le partage égal ici était la loi : il est évident *à priori* que les cadets tendirent à ne pas se laisser dépouiller. Et voilà comment dans des documents fort anciens nous les voyons en possession d'un droit successoral plus ou moins important. Au XI[e] siècle, toute une famille noble du Berry, deux frères, deux sœurs et leur mère possèdent en commun une église dépendant de l'abbaye de Saint-Sulpice de Bourges[2]. Les faits de ce genre abondent. Des textes champenois antérieurs[3] aux ordonnances de 1212 et de 1224 nous parlent de successions féodales qui ont été ou qui seront divisées entre les enfants : et, à regarder de près, ces deux dernières ordonnances[4], au lieu de restreindre le droit d'aînesse, comme on l'a dit, le favorisent plutôt et fixent, en sa faveur, une jurisprudence encore incertaine. Ce droit n'est établi en Bretagne qu'à la fin du XII[e] siècle, en l'année 1185[5]. Quant à l'Anjou,

1. Trad. latine *sors*. — Cf. Zoepfl, *Alterthümer des deutschen Reichs und Rechts* (t. II, p. 344); Zoepfl adopte une autre étymologie.

2. Voyez Raynal, *Hist. du Berry*, t. I, p. 359, note 1.

3. Des trois fils de Thibaut II, comte de Champagne, mort en 1152, l'un, Henri le Large, fut comte de Champagne et de Brie; l'autre, Thibaut, fut comte de Blois; le troisième, Étienne, fut comte de Sancerre (Joinville, *Hist. de saint Louis*, ch. XX). Cf. Longnon, *Livre des vassaux, Préface*, p. 96, articles relatifs à Hanrion de Roche-Fontene, à Jehan de Tyl, etc.

4. Cf. Brussel, *Usage des fiefs*, t. II, p. 816; d'Arbois de Jubainville, *Hist. des ducs et des comtes de Champagne*, t. IV, p. 573-575; les art. 1 et 8 de l'ordonnance de 1224 sont surtout à lire.

5. Brussel, *Usage des fiefs*, t. II, pp. 881-884.

Source BIU Cujas

quantité de chartes du x^e^ et du xi^e^ s.[1] prouvent que, dans ce pays, les alleux se partageaient également. Cette vieille habitude va s'affaiblissant, et le droit d'aînesse gagne de proche en proche. Toutefois, au xiii^e^ siècle, dans notre Coutume de Touraine-Anjou, ce droit n'est pas encore très rigoureux : mais il s'affermira plus tard : les puînés mâles perdront tout droit de propriété et n'obtiendront plus qu'une part d'usufruit[2].

Je crois devoir rattacher aux traditions anciennes (à la fois germaniques et romaines) cet état précaire et peu rigoureux du droit d'aînesse.

Les droits laissés aux puînés, le sentiment d'égalité, de parité primitive entre les puînés et l'aîné, enfin les nécessités féodales, tous ces éléments combinés ont donné naissance entre l'aîné et ses cadets à une relation *sui generis*, appelée le *parage*. On y sent clairement le vieil esprit de famille germanique : les cadets ou leurs descendants restent sensiblement les égaux, les pairs du chef parageur. Toutefois celui-ci est seul responsable vis-à-vis du suzerain. Notre Coutume de Touraine-Anjou[3] fournit à ce sujet des données précises qui permettent de bien saisir l'esprit du *parage* : un trait essentiel, sur lequel on s'est souvent mépris, se dégage de nos textes ; les aparageurs ne font point hommage au chef-parageur : ils sont censés ses pairs, ses égaux : l'institution tout entière trahit cette pensée de Richard Cœur de Lion, refusant de faire hommage à son frère Henri : « *Incongruum esse dicens* cum eodem ex patre, cum eadem ex

1. D'Espinay, *Les Cartul. angevins*, pp. 218, 219.

2. Voyez déjà en ce sens, au xiv^e^ s., la *Coutume glosée* dans Beautemps-Beaupré, *Cout. et instit. de l'Anjou et du Maine*, 1^re^ part., t. I, pp. 183, 184.

3. *Ét.*, I, 46, 47, 48, 79. On sait que Philippe-Auguste avait voulu supprimer l'intermédiaire de l'aîné et placer les cadets directement en face du suzerain (*Ord.*, t. I, p. 29). Cette tentative n'eut aucun succès dans notre région.

Source BIU Cujas

matre traxisset originem, *si fratrem primogenitum aliqua specie subjectionis superiorem agnosceret*[1]. »

Dans une foule de chartes du XI^e^ et du XII^e^ siècle, on voit les frères appelés à consentir à l'aliénation d'une terre par leur frère : c'est le sentiment de la copropriété familiale qui visiblement persiste. Cette cohésion primitive de la famille se fait encore sentir, mais lointainement, dans un chapitre de la Coutume d'Anjou relatif au parage : ce chapitre garde le souvenir d'un temps où, dans les familles nobles, le chef-parageur ne pouvait faire aucune aliénation sans le consentement préalable de ses aparageurs. Notre Coutume établit un dialogue entre un aparageur et son chef : le premier fait mine de contester à ce dernier le droit d'aliéner : celui-ci le revendique. Bref, on lui reconnaît le droit de vendre sa terre à qui bon lui semble; mais il est tenu de laisser à ses aparageurs des biens suffisants pour maintenir leur position et faire leurs services féodaux[2].

Telles sont les dispositions de nos Coutumes qui concernent les successions *ab intestat*.

J'arrive au testament :

Le testament pénétra assez vite chez les Barbares. Ce ne fut autre chose, dans certaines contrées, qu'un développement de l'*adfatomia* : dans ces pays, le testament garde jusqu'aux temps modernes l'empreinte de l'*adfatomia*[3]. Je n'aperçois en France aucune trace de ce germanisme : c'est le testament romain qui, de tous côtés, s'insinue : à cet égard, les preuves abondent. Toutefois le testament ne se fit

1. *Historia comitum Andegav.* dans Marchegay et Mabille, *Chroniques des comtes d'Anjou,* p. 344.

2. *Ét.,* I, 130.

3. Cela résulte, à mes yeux, de la comparaison de l'*adfatomia* avec les usages cités dans Bluntschli, *Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt.... Zürich,* 1838, 1^re^ part., p. 302, et dans l'ouvrage intitulé : *Differentia juris romani et belgici,* Lugd. Batav., 1769, p. 187.

Source BIU Cujas

pas définitivement dans le droit français la place qu'il occupait dans les mœurs romaines : il fut souvent limité aux legs pieux. Je parlerai tout à l'heure de ces legs. Je constate tout d'abord qu'en Touraine-Anjou le droit de tester, au sens moderne du mot, n'existe pas pour le roturier. Celui-ci ne peut porter aucune atteinte aux droits égaux de ses héritiers : et même aucune cause légitime d'exhérédation n'est reconnue par la Coutume[1]. Ainsi au XIIIe siècle, en Anjou, les familles roturières conservent cette égalité nécessaire et parfaite entre les enfants à laquelle chez les Burgondes une atteinte pouvait déjà être portée par le père de famille, au temps du roi Gondebaud[2]. Les familles bourgeoises de l'Anjou étaient profondément attachées à cette égalité des partages : au XVe s., lorsque Louis XI accorda la noblesse aux officiers du corps de ville d'Angers, il leur laissa la liberté d'opter entre le partage noble ou coutumier : ces nouveaux nobles optèrent pour le partage coutumier, *à cause des inconvéniens de l'autre*[3].

Quant au père noble, il peut, en Anjou, disposer de tous ses acquêts et du tiers de ses propres[4]. La Coutume d'Anjou ne prononce pas le mot *testament :* mais ses dispositions s'appliquent évidemment aux testaments aussi bien qu'aux libéralités entre-vifs : c'est ce que diront formellement les Coutumes angevines de 1411 et de 1462[5].

Voici quelle était en Orléanais l'étendue du droit de tester au XIIIe siècle :

« Home ou feme puet doner en testament le quint de son « heritage, et toz ses mobles, et toz ses conquez, et plus non,

1. *Cout. de Touraine-Anjou,* 125; *Ét.,* I, 136.
2. Pertz, *Leg.,* t. III, pp. 554, 555.
3. Pocquet de Livonnière, *Cout. du pays et duché d'Anjou,* t. I, col. 715.
4. *Cout. de Touraine-Anjou,* § 1, 57; *Ét.,* I, 10, 68.
5. Cout. dite de 1411, XIe part., art. 223; Cout. d'Anjou de 1462, XIe partie, dans ms. fr. nouvelle acq. 4172.

Source BIU Cujas

« ait enfanz ou n'ait enfanz. D'achest l'on puet testamenter.
« Lo quint de totes choses puent estre aumônées, fors baro-
« nies qui ne puent estre desmembrées ; et sor cez baronies
« puet l'en lessier pecune à rendre, la value dou quint ou
« testament[1]. »

Ainsi, dans les deux provinces, le droit est le même pour les meubles et les acquêts ; toutefois le droit orléanais paraît accorder aussi bien au roturier qu'au noble ce que le droit angevin n'accorde qu'au gentilhomme. Quant aux propres, le droit orléanais connaît un droit de tester limité au cinquième : le droit angevin permet au père de disposer du tiers des propres, mais non pas peut-être en faveur de qui que ce soit, ainsi que je le dirai tout à l'heure[2].

Si le droit de tester, au sens moderne du mot, n'existe pas dans les familles roturières, ce n'est pas à dire que le testament y soit inconnu, ni même qu'il y soit fort rare. Tout au contraire, divers textes et notamment un article de la Coutume d'Anjou[3] et un passage de *Jostice et Plet*[4] nous prouvent qu'on testait toujours au moyen âge. Le testament servait-il parfois à répartir la fortune entre les ayants droit? Peut-être; mais, incontestablement, ce point de vue est secondaire ; cet acte avait, avant tout, un but religieux[5],

1. *Jostice et Plet,* p. 224; cf. p. 225. Rapprochez le legs de la *quinta pars* d'une fortune immobilière en 1244, par un certain Gaufridus dans le cartulaire de Saint-Euverte, Bibl. nat., ms. lat. 10089, pp. 72, 73; une donation du quint en 1244, *ibid.,* pp. 156, 157 et suiv.

2. Voyez Touraine, 249, 325 (rédact. de 1559).

3. *Ét.,* I, 93.

4. *Jostice et Plet,* pp. 224, 225.

5. « Il est grans besoins que cascune juridicions mete s'ayde en « fere tenir les testamens qui sont à droit fet, *por le sauveté des « ames à cex qui les font.* » (Beaum., ch. XII, édit. Beugnot, t. I, p. 179; cf. la formule donnée par Beaumanoir, p. 209, et la fin du ch., p. 241.)

Source BIU Cujas

un but pieux : c'est sous cet aspect qu'il doit être envisagé. Il se lie intimement avec la confession à l'article de la mort[1] : mourir sans confession ou mourir sans testament sont deux expressions synonymes, et le chapitre de notre Coutume d'Anjou qui traite du *deconfès* s'occupe, en réalité, de l'intestat. Quel est donc l'objet de cet acte pieux ! C'est un legs aux pauvres ou à l'Église, en vue de réparer les fautes commises pendant la vie. Cet usage, que Salvien recommandait déjà au v^e^ siècle avec une insistance bien remarquable[2], devint très vite une règle assez rigoureuse : on exploita la piété chrétienne : on fit, par exemple, une loi aux mourants d'ordonner des messes par leur testament : il fallut qu'un concile de Paris[3] réprimât cet abus : ailleurs, c'est un évêque qui veut s'attribuer les meubles des intestats : les juges laïques luttent victorieusement contre cette prétention[4] : à Orléans, le doyen de Sainte-Croix est plus heureux : il cède pour 5,000 livres aux habitants son droit sur les biens des intestats[5]. Mais les évêques ou les hauts dignitaires ecclésiastiques sont loin d'être les seuls à exploiter les intestats : et, sur beaucoup de points, ce sont les seigneurs temporels laïques ou ecclésiastiques qui bénéficient du scandale causé par une mort sans confession et sans testament : les meubles

1. Voyez un acte du commencement du XII^e^ s., dans la collection D. Housseau, t. IV, n° 1341 ; un acte de la seconde moitié du XII^e^ s., dans *Chart. insignis Eccles. Cenom.*, pp. 44, 45, n° LXXXV : le testament y est appelé *confessio*.

2. Cf. Lœning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, t. I, p. 225.

3. Synode de Paris de 1212 ou 1213 dans Hefele, *Hist. des conc.*, trad. Delarc, t. VIII, p. 105.

4. Warnkœnig et Stein, *Franz. Staats- und Rechtsgeschichte*, t. III, p. 336.

5. Cet accord fut ratifié par l'évêque Gilles en 1285 (Le Maire, *Hist. et antiq. de la ville et duché d'Orléans*, 1648, 2^e^ part. du vol., p. 201). — Cf. sur cette question H. Bordier dans la *Bibliothèque de l'École des chartes*, 2^e^ série, t. I^er^, 1844, pp. 409, 410.

Source BIU Cujas

du décédé leur sont attribués, si la mort n'a rien eu de soudain et d'imprévu : c'est le cas, par exemple, en Normandie[1] et en Anjou[2].

Quant à l'étendue de ces legs pieux, voici ce que m'apprennent les textes :

Le roturier angevin peut aumôner jusqu'à la moitié de ses propres : le gentilhomme ne peut en donner que le tiers[3] : et je doute que ce dernier ait eu le droit, au XIII^e siècle, de disposer de ce tiers autrement qu'en faveur de l'Église ou de ses enfants puînés. En Orléanais, le legs pieux ne peut excéder le cinquième des propres.

La faculté de disposer laissée au père est réelle : toutefois les chartes gardent, pendant des siècles, le souvenir du temps où les enfants pouvaient soit empêcher, soit révoquer ces générosités de leur père : on voit, en effet, à chaque instant, les couvents obligés de faire des cadeaux aux enfants pour obtenir un consentement ou une ratification[4], et il est bien probable que ces cadeaux sont faits dans les cas même où la quotité disponible n'est point dépassée.

4. *Forisfamiliatio.*

Voici une institution qui remonte aux premiers temps, et qui en garde merveilleusement l'esprit.

1. Warnkœnig et Stein, II^b, 47 ; *Grand Coutumier de Normandie,* ch. 21. Cf. pour Oleron, Bibl. nat., Ms. Baluze, t. XVII, fol. 99.

2. *Ét.,* I, 10, 68, 93.

3. *Ét.*, I, 68, *in fine ; Compil.* 43, 78. Rapprochez Cout. de Touraine, rédact. de 1559, art. 248, 251, 325. Au XV^e s., en Anjou, le gentilhomme ou même la femme noble peut disposer du tiers des propres en faveur d'un étranger (Cout. dite de 1411, art. 223, dans Beautemps-Beaupré, 1^re part., t. I^er, p. 526; Cout. de 1462, XI^e part., dans ms. fr. Nouv. acq. 4172).

4. Voyez notamment le *Cartulaire du Ronceray,* édit. Marchegay, pp. 227, 230.

Source BIU Cujas

Chez les peuples primitifs, la communauté de biens entre les membres de la famille est, avant tout, un fait matériel : si un enfant quitte la maison paternelle pour s'établir ailleurs et chercher fortune, il recevra une portion du bien ; mais il perdra désormais toute part à la communauté, et le droit de succession qui n'est qu'un prolongement du droit de communauté lui échappera aussi. Cet usage existe encore aujourd'hui chez les Slaves du Sud et en Russie [1]. Pareillement, chez les Lombards, chez les Saxons, le père, en émancipant son fils, lui donnait une part de ses biens : le fils, exclu dès lors de la famille (*forisfamiliatus*), la quittait, ainsi pourvu sur les biens communs, mais ne prenait plus tard aucune part à la succession de ses parents. Cet usage existe, pour le moins, au x^e^ siècle, dans les pays francs [2] : il se retrouve fréquemment au moyen âge (Beauvaisis [3], Italie [4], Scandinavie [5]). Le droit orléanais me rappelle très nettement cette conception germanique : suivant l'Usage d'Orléanais, la fille ou le fils, auquel le père et la mère ont fait un don au moment de son mariage, est désormais exclu de la succession. Ceux qui restent « en la sele, » c'est-à-dire « en la maison » paternelle, la recueillent seuls [6].

1. Sumner Maine dans *Revue gén. du droit*, année 1879, p. 235. — Cf. Leroy-Beaulieu, *L'empire des Tsars*, t. I^er^, pp. 481, 482.

2. Voyez Sohm, *Die altdeutsche Reichs-und Gerichtsverfassung*, p. 345, note 29.

3. Cout. de Clermont en Beauvoisis de 1496, dans ms. fr. 4515, fol. 64 verso. (Bibl. nationale.)

4. Voyez les textes réunis par Pasquier, *L'Interprét. des Institut. de Justinien*, édit. Giraud, pp. 378, 379.

5. *Antiq. leges Scanie* dans Kolderup-Rosenvinge, *Samling af gamle danske Love*, foerste Deels foerste Afdeling, 1846, pp. 7, 8 ; *Konig Valdemar Jydske Lov.*, édit. Kolderup-Rosenvinge, 1837, p. 38. — Rapprochez Bracton, *De legibus Angliæ*, lib. I, cap. X, § 1, édit. de Londres, 1640, fol. 6 verso.

6. *Usage d'Orlenois*, § 24 ; *Ét.*, II, 26 ; *Jostice et Plet*, pp. 234, 252, 255. Le droit est identique à Amiens (A. Thierry, *Rec. des*

Source BIU Cujas

En Touraine-Anjou, le principe ne subsiste plus qu'à l'égard de la fille noble : la fille noble dotée par son père est exclue du partage de la succession, quelle que soit la valeur de sa dot[1].

Le père de famille ne trouvait pas là primitivement un moyen de favoriser l'enfant doté : ce dernier plutôt y perdait : cet état de choses subsista longtemps : à la fin du XIII[e] siècle, des parents font une donation à un enfant avec cette clause que celui-ci pourra, en rapportant, prendre part à la succession ; nous remarquons que les autres enfants s'efforcent d'empêcher ce rapport[2]. Preuve certaine que le don ainsi fait n'a rien d'exorbitant.

5. *Douaire, communauté.*

La femme germaine, que les influences civilisatrices nouvelles et les idées chrétiennes élevèrent peu à peu à un niveau supérieur, ne tarda pas à prendre sa place au sein de cette communauté familiale.

Ce fait important ne fut, à bien prendre, que le développement, la transformation de certains usages germaniques :

mon. inéd. de l'hist. du tiers-état, 1[re] série, *Région du Nord,* t. I[er], pp. 166, 167).

1. *Ét.,* I, 11. Bon nombre de coutumes du Midi ont retenu cette idée germanique : mais, poussées par la nécessité de lutter contre l'influence romaine favorable aux droits des filles, elles ont introduit pour celles-ci l'usage des renonciations à succession future (déclarées nulles par le droit romain). Voyez Gide, *Condition privée de la femme,* p. 441, note 2.

Rien de semblable dans les familles roturières angevines (*Ét.,* I, 136).

2. Sentences du 22 août et du 14 nov. 1291 parmi les *Sentences du Parloir aux Bourgeois* dans Le Roux de Lincy, *Hist. de l'Hôtel de ville de Paris,* 2[e] part., pp. 107, 108. Cf. Beaumanoir, édit. Beugnot, t. II, p. 499.

Source BIU Cujas

c'est un arbre dont il faut chercher la racine ou, si l'on veut, la semence dans le droit germanique.

Le mari, chez les Barbares, donnait une dot à sa femme : la femme ne lui apportait à peu près rien. Je ne ferai pas l'énumération des dépenses et générosités diverses que l'usage et la loi imposaient au mari : prix d'achat, don du matin, etc. Peu à peu, ces apports divers s'unifient : peu à peu, ils se concentrent sur la tête de la femme, au lieu d'aller en partie enrichir son père ou son tuteur[1] : enfin peu à peu, les usages tendent à se fixer, et les droits de la femme vont être arrêtés à un *quantum* déterminé : dans la loi des Ripuaires[2] et dans des textes du IXe siècle[3], la femme reçoit, outre la dot, un

1. Ou de revenir en partie au mari ou à ses héritiers à la mort de la femme (Schrœder, *Geschichte des chel. Güterrechts,* 1re partie. Danzig, 1863, pp. 148, 171).

Il faut tenir grand compte, quand on étudie l'évolution historique des droits de la femme, de ce fait signalé par Sohm, à savoir que la *dos* germanique était primitivement composée d'objets mobiliers. (Sohm dans *Zeitschrift für Rechtsgeschichte,* t. V, 1866, p. 421.) Quand on suit cette idée et qu'on songe au trouble que dut jeter dans les intérêts des familles la transformation de la *dos* mobilière en *dos* immobilière, on pénètre certains textes qui, sans cette considération, resteraient énigmatiques.

2. « Si autem per seriem scripturarum ei nihil contulerit, si « virum supervixerit, quinquaginta solidos in dotem recipiat, et « tertiam partem de omni re, quam simul laboraverint, sibi stu- « deat evindicare, vel quicquid ei in morgangeba traditum fuerat, « similiter faciat. » (*Leg. Rip.,* tit. XXXVII (39), § 2, dans Walter, *Corpus,* t. I, pp. 175, 176.)

3. Dans une charte de l'an 833 environ, un mari constitue un *dotalitium* à sa femme, en pleine propriété, avec pouvoir de vendre, échanger, aliéner. Il lui donne, en outre, « terciam partem ex « omnibus rebus meis mobilibus quas modo habeo vel in futuro « pariter acquirere poterimus, in omnibus rebus que dici vel no- « minari possunt. » La permission de vendre, échanger, donner, et la formule de transmission en pleine propriété s'applique à ce tiers aussi bien qu'au *dotalitium* (Bruel, *Recueil des chartes de l'abbaye de Cluny,* t. I, pp. 9, 10).

Source BIU Cujas

tiers des acquêts faits pendant le mariage. Peut-être voyons-nous aussi apparaître sous Louis le Débonnaire le chiffre de la moitié pour certains biens, pour les biens qui n'ont pas été donnés en bénéfice[1]; la loi des Saxons attribue très clairement à la femme la moitié des acquêts[2].

Le tiers, la moitié : ce sont là deux proportions, deux *quantum* importants qu'il ne faut plus perdre de vue.

Que se passa-t-il dans certaines régions? On appliqua ce *quantum* du tiers (ou de la moitié) non seulement aux acquêts, mais à l'ensemble des droits conférés à la femme (dot proprement dite, ou douaire et droit aux acquêts). Pour tout simplifier, on reconnut à celle-ci un droit à un tiers sur l'ensemble de la fortune du mari (formule du IXe siècle[3]), et

Sur le douaire de propriété, voyez encore *form. Roz.* 229, 1re part., pp. 278, 279. Sur l'ancienneté de la quotité du tiers et sur la nature des droits de la femme pendant le mariage, voyez Schrœder, *Geschichte des ehel. Güterrechts,* 1re partie, 1863, p. 92 et même page, note 7.

1. « Volumus ut uxores defunctorum post obitum maritorum « tertiam partem conlaborationis quam simul in beneficio conla- « boraverunt, accipiant. Et de his rebus quas is qui illud benefi- « cium habuit, aliunde adduxit vel comparavit, vel ei ab amicis « suis conlatum est, *has volumus tam orphanos defunctorum quam « ad uxores eorum pervenire.* » (Capit. de 821, art. 9; cf. Ansegise, IV, 9, dans Pertz, *Leg.*, t. I, pp. 230, 312.) Cf. une constitution de douaire à la moitié *tam ex mancipiis quam ex alode.* (Roz., form. 231.)

2. « De eo quod vir et mulier simul conquisierint mulier mediam « portionem accipiat : hoc apud Westfalaos. Apud Ostfalaos et « Angrarios, nihil accipiat, sed contenta sit dote sua. » (*Lex Saxon.,* tit. IX, dans Walter, *Corpus,* t. I, pp. 387, 388.)

3. Formule lombarde ou plutôt salienne, car elle est rédigée pour une veuve qui vit sous la loi salique, dans Pertz, *Leg.,* t. IV, p. 599, et dans Sohm, *Das Recht der Eheschliessung,* p. 318. — Même conception dans la formule : « Martine, trade per hanc pergamenam, etc. » apud Pertz, *Ibid.,* p. 595. Cf. Schrœder, *Geschichte des ehel. Güterrechts in Deutschland,* 1re partie, *Die Zeit der Volksrechte,* Stettin, 1863, p. 90.

Source BIU Cujas

l'on fonda ainsi une des formes définitives de la communauté de biens.

Cette confusion ne me surprend pas : à l'origine, le droit de la femme sur une part de la fortune immobilière du mari concernait en réalité l'ensemble des biens immobiliers (et souvent aussi mobiliers) qui se trouvaient entre les mains des époux, car la femme ne succédant pas à la fortune immobilière, tous les immeubles dont jouissaient les époux venaient du mari. Dans certains pays, l'usage de faire masse de tous les biens dont jouissaient les époux et d'opérer le partage sur cette masse se maintint, quoique la femme eût cessé d'être exclue des successions immobilières : ce fut la communauté universelle : elle était usitée à Tournai, à Daours, à Hambourg[1], dans les villes danoises, en Portugal, etc. Dans ces pays, douaire et communauté ne forment pas deux institutions, ne correspondent pas à deux idées distinctes. Le droit de la femme au tiers (ou à la moitié) de la fortune commune comprend les deux éléments qui, sur d'autres points, restent séparés, et qui s'appelleront l'un douaire, l'autre communauté.

Voici, en effet, une autre forme de la communauté : elle est fondée sur la distinction persistante du douaire et du droit aux acquêts : les biens existants donnés par le mari à

1. Coutume de Tournai citée par Boutillier, *Somme rural,* liv. Ier, tit. LXXVI, édit. de 1621, p. 468 ; Cout. de Daours, art. 13, dans Bouthors, *Cout. loc. du bailliage d'Amiens,* t. I, p. 308 ; Hambourg, VI, 7, dans Harder, *Beitrag zu den ehelichen Verhæltnissen, insbesondere zu der rechtlichen Stellung der Frauen nach dem Hamburgischen Stadtrechte von* 1270. (Hamburg, 1843, pp. 75, 76.) A Hambourg, la femme reçoit un tiers quand il y a plusieurs enfants, la moitié quand il y en a un seul. S'il n'y a pas d'enfants, la femme a la moitié. Suivant M. Harder, la femme reprend son apport avant de partager par moitié avec les parents : elle le reprendrait même en présence des enfants, suivant le même auteur, bien que le texte ne dise pas cela du tout.

Source BIU Cujas

sa femme lors du mariage[1] (*dos, dotalitium, douaire*) et ceux à venir, ceux qui seront acquis lors de la dissolution de l'union conjugale, se présentent naturellement à l'esprit, distincts les uns des autres : cette distinction, en soi très naturelle, tend à s'accuser dans beaucoup de régions coutumières : car, d'une part, on y altère graduellement la nature du douaire proprement dit qui, de douaire de propriété, devient simple douaire d'usufruit ; de l'autre, on respecte la conception primitive du droit aux meubles et aux acquêts. Déjà, dans la loi burgonde[2], la femme n'obtient plus qu'une part d'usufruit : une formule allemande[3] nous place aussi en présence d'un douaire d'usufruit et non de propriété : cependant le droit de la femme à la propriété du douaire se retrouve encore aux IXe, Xe, XIe siècles[4] ; mais, dans beaucoup de provinces, il a disparu au XIIIe. Cette évolution fut lente ; elle n'eut rien de radical : la femme, tout en

1. Les biens de famille, surtout ceux des ascendants, sont des biens présents : la femme y a droit quand même la succession ne s'ouvrirait qu'après la mort du mari.

2. *Lex Burg.*, tit. XXIV ; tit. XLII, dans Walter, t. I, p. 323 ; dans Pertz, *Leg.*, t. III, pp. 543, 544, 549 ; cf. tit. LXI (Pertz, p. 560). On se tromperait gravement si on allait chercher dans la loi burgonde les traits caractéristiques de l'esprit germanique. — Le titre XLII que je viens de citer est probablement de date postérieure au tit. XXIV. (Voyez le remarquable travail de M. Hubé dans la *Rev. hist. de droit fr. et étrang.*, t. XIII, pp. 229, 256, 257 et *passim*.) Un manuscrit de la loi salique a donné lieu à des confusions contre lesquelles Binding a prémuni la critique. Ce manuscrit contient quelques textes burgondes sur le régime des biens dans le mariage. Ces textes n'ont rien à faire avec le droit franc. (Voyez Binding dans *Zeitschrift für deutsches Recht*, t. VIII, pp. 378-380.)

3. Roz., form. 234 ; cf. form. 235, 236.

4. Roz., form. 229, 1re part., pp. 278, 279 ; acte de l'an 907 dans Mabillon, *De re diplom.*, édit. de Naples, 1789, t. I, pp. 578, 579, no 123 ; chartes citées par M. d'Espinay, *Les Cart. angevins*, p. 195, note 1.

Source BIU Cujas

cessant d'être propriétaire du douaire, garde sur le douaire des droits réels : l'aliénation des biens affectés au douaire est très difficile au mari pendant le mariage, si la femme n'y consent[1]. Réalisée par lui, elle reste comme suspendue jusqu'à la mort de la femme.

Le droit coutumier ne se dégagera pas facilement de cette antique notion de la propriété du douaire au profit de la femme ; et tel axiome qui, en sa forme, voudrait nier cette idée traditionnelle en révèle, au fond, l'action persistante. Voyez, par exemple, cette règle du droit orléanais : « Le douaire de la femme noble est fait *propre heritage aux enfans*, en telle maniere que le mary ne le peult vendre ne alliener ou prejudice des enfans, sans le *voulloir et consentement de ladicte femme*[2]. » Ce consentement, qu'on exige de la femme, ne décèle-t-il pas le droit de la femme bien plutôt que celui des enfants?

Dans nos provinces d'Anjou-Touraine, le *dotalitium* primitif a subi, au XIII^e^ siècle, les altérations dont je viens de parler : ce n'est plus qu'un droit d'usufruit au profit de la femme[3]. Il y a plus : les praticiens angevins frappés de

1. *Ét.*, I, 173.

2. Montargis-Lorris-Orléans, ch. XIV, art. 3. Cette décision de Jean des Mares se soutient mieux : « Doaire est fait propre heri-« tage as enfans d'icelle beneïsson, tellement que pere et mere ne « le puent aliener ne forfere, soit pour crime de leze-majesté ou « autrement, que les enfans ne le puissent vendiquier. » (Décision 217, dans Brodeau, *Coust. de Paris*, t. II, p. 586 ; cf. décision 283.)

3. Déjà, dans des chartes du XII^e^ siècle, le douaire angevin apparaît souvent comme un simple droit d'usufruit. (D'Espinay, *Cart. angev.*, p. 197.) Cf. *Ét.*, I, 173. — Il convient de noter ici l'influence romaine qui se fait sentir dans la langue : le douaire ou *dotalitium* est souvent appelé *donatio propter nuptias*. Voyez notamment acte de 1197 dans Ménage, *Hist. de Sablé*, p. 370 (cf. p. 371) ; acte de 1265 dans Port, *Cart. de l'hôpital Saint-Jean d'Angers*, p. CXIX, acte n^o^ CLIV, etc., etc.

Source BIU Cujas

l'inutilité de ce droit de douaire lorsque la femme est héritière d'immeubles ont permis, en ce cas, au fils aîné, de l'éluder en s'emparant lui-même de l'usufruit du tiers des biens de sa mère[1].

Dans ces provinces et dans beaucoup d'autres, l'antique notion du douaire de propriété ne s'est maintenue dans sa pureté que pour les meubles et les biens acquis pendant la durée du mariage[2] : relativement à ces biens, la notion primitive subsiste : la femme jouit à leur égard d'un droit de propriété : et c'est la communauté de meubles et d'acquêts. Les chartes viennent confirmer le texte de la Coutume : elles suffiraient à nous révéler clairement l'existence d'une communauté d'acquêts[3]. Dans cette communauté, la part du mari et celle de la femme sont égales en Anjou-Touraine : ailleurs, la division des deux tiers au tiers subsiste[4].

Si la communauté angevine est une communauté à la moitié, la quotité n'est pas toujours la même pour le douaire : le douaire est de la moitié de la fortune du mari dans les familles roturières[5] : il est du tiers dans les familles nobles[6].

1. *Ét.*, I, 15.

2. *Ét.*, I, 17, 140, 143. Cf. sur la communauté de meubles, divers actes cités par M. d'Espinay, *Cart. angev.*, p. 183. Voyez aussi un acte de 1085 dans Chevalier, *Cartul. de Noyers*, p. 152.

3. Voyez notamment une charte du XIIe siècle citée par M. d'Espinay dans le *Cart. angev.*, p. 186 et p. 187, note 1. Cf. *Revue hist. du droit franç. et étr.*, t. VIII, pp. 45, 46.

4. Voyez, pour la Lorraine, Bonvalot, *Les plus principalles et générales coustumes du duché de Lorraine.* Paris, 1878, p. 47, note 1, p. 95.

5. *Ét.*, I, 138. Cf. une charte du cartulaire de la Trinité de Vendôme, par laquelle un mari nommé Adam confère en douaire à sa femme Holdigarde la moitié de toute une série de biens, notamment de biens situés en Anjou. (Bibl. nat., ms. latin 1232, nouv. acq., p. 56.)

6. *Ét.*, I, 17. Comp. la form. ang. 58 qui constate un droit du tiers sur les acquêts. (Giraud, *Essai sur l'hist. du droit fr.*, t. II,

Source BIU Cujas

Chacun sait que la jurisprudence du XIII^e^ siècle hésitait entre ces deux quotités. En Angleterre, le douaire légal était le plus souvent du tiers[1] : en France, Philippe-Auguste avait voulu le fixer à la moitié[2].

La nature du douaire orléanais n'est pas nette au XIII^e^ s. : le douaire orléanais se rapproche bien davantage du douaire primitif de propriété. Ainsi *Jostice et Plet* parle, à plusieurs reprises, du douaire d'une femme qui est morte avant son mari : aux yeux des jurisconsultes orléanais, le douaire existe au profit de la femme par le fait de la consommation du mariage : ce douaire est de la moitié du patrimoine du mari. Le mariage fait passer cette fraction de la fortune du mari dans la sphère des biens de la femme : elle leur est dès lors assimilée : ajoutez qu'aux termes du droit rural orléanais (non pas du droit urbain), le mari garde dans une certaine mesure la libre disposition de la fraction de son patrimoine (la moitié) non affectée au douaire : on jugera bien de ce système par un exemple :

Paul épouse Prima : la moitié de la fortune de Paul devient le douaire de Prima. Prima meurt. Ce douaire, ainsi que toute la fortune de Prima, appartient en propriété aux enfants. Paul épouse en secondes noces Secunda : le quart de la fortune primitive de Paul devient le douaire de Secunda. Celle-ci meurt, laissant des enfants. Ce quart appartient aux enfants de Paul et de Secunda. Il ne reste plus à Paul qu'un quart de la fortune qui lui appartenait avant ses deux

p. 458.) Cette formule appartient tout autant à l'hist. du douaire qu'à celle de la communauté.

1. Cf. Glanville, liv. VI, ch. 2, édit. Phillips dans *Englische Reichs-und Rechtsgeschichte,* t. II, 1828, p. 381. (Dans cette édition, le ch. 2 est coté par erreur 18.) Britton, édit. Nichols, II, 238. Toutefois les Anglo-Normands connaissent aussi le douaire à la moitié : « Si cum de aucuns sokages, etc. » (Britton, *ibid.,* t. II, p. 248.)

2. Beaumanoir, édit. Beugnot, t. I, p. 216.

Source BIU Cujas

mariages : ce quart sera partagé à sa mort également entre les enfants des deux lits[1].

Quant aux acquêts et aux meubles, ils sont partagés de la même manière que le patrimoine du mari :

« Et se home conquiert, lui et sa feme, et muere, sa feme « sera heir en la moitié, par la reson de la compoignie : et « des mobles ausint[2]. »

Il ne faut pas attacher d'importance à ce mot *heir*[3] : il s'agit bien, au fond, d'une communauté et non d'un droit de succession : c'est ce que prouve cet autre passage : « Et s'il « i a conquez fez en la nanée, la seconde feme avra la moitié « por son doere. »

A première vue, tout ceci ressemble beaucoup à la communauté universelle : le douaire de la femme, son droit aux acquêts, appelé d'ailleurs expressément *douaire*[4], et sa fortune personnelle semblent se confondre. Le tout forme une même masse paralysée entre les mains de la veuve au profit des enfants. Pour déterminer à quelle sorte de communauté nous avons affaire, il nous faut rechercher ce que devient le

1. « Segont la costume de hors la lanliue, la feme emportera « premiere do patremoine à l'ome la moitié por son doere ; et ce « sera patremoine as enfanz. La segonde feme avra en l'autre « moitié le quart por son doere ; et celi quart sera patrimoine as « enfanz do segont mariage. Le quart qui remoint sera communs « à toz les enfanz, premers et dereniers. » (*Jostice et Plet,* pp. 256, 257.) Cf. p. 231, § 3, « Li heritages do pere, etc., » ; p. 219, « Non de doere n'est pas, etc. »

En Anjou, au contraire, on voit, dès le XIe siècle, un veuf reprendre à la mort de sa femme le douaire qui lui avait été donné et en disposer, le vendre même à son fils du premier lit, lequel, suivant le droit orléanais, en serait précisément propriétaire. (D'Espinay, *Cartul. angev.,* p. 196.)

2. *Jostice et Plet,* p. 256.

3. Voyez la même expression dans une charte angevine, bien que d'autres chartes angevines fassent envisager la femme comme associée. (D'Espinay, *Cartul. angev.*, p. 189, note 2.)

4. *Jostice et Plet,* p. 257.

Source BIU Cujas

douaire si la veuve ne laisse pas d'enfants : *Jostice et Plet* nous fournit cette réponse laconique : « Cause de doaire est « perdurable à la personne de la feme, et à ses heirs qui « istront de celui mariage [1]. » D'où je crois pouvoir conclure que ce régime n'est pas, à proprement parler, celui de la communauté universelle, et que l'unification des droits de la femme n'a lieu qu'en présence des enfants.

Si le douaire orléanais ne paraît pas transmissible aux héritiers de la femme autres que les enfants, l'épouse orléanaise est pleinement propriétaire de sa part de meubles et d'acquêts : elle en pourra même disposer un jour si ces enfants viennent à disparaître [2] : c'est ce fait d'une propriété absolue et complète qu'a voulu marquer l'auteur de *Jostice et Plet* en disant :

« Et se home conquiert, lui et sa feme, et muere, sa feme « sera heir en la moitié, par la reson de la compoignie ; et « des mobles ausint. »

Par la reson de la compoignie, et plus haut : *conquez fez en la nanée*. Ces mots sont significatifs : ils nous prouvent que, déjà, au XIII^e^ siècle, à Orléans, on appliquait à la communauté entre époux les principes de la communauté taisible, c'est-à-dire de la communauté née d'elle-même par la confusion des biens et des intérêts pendant un an et un jour.

Cette conception s'était, à mes yeux, substituée peu à peu à la vieille idée de l'acquisition du douaire au coucher : mais cela n'indique pas une origine première différente ; et, en

1. *Jostice et Plet*, p. 219.

2. Rien de plus net à cet égard qu'un acte de l'an 1227 par lequel la veuve de *Gilo qui non bibit* donne à l'abbaye de Saint-Euverte d'Orléans un arpent de terre représentant sa moitié des conquêts réalisés pendant l'union conjugale. (Bibl. nat., ms. latin 10089, p. 61.) Un acte de l'an 1263 est également aussi formel que possible (même manuscrit, p. 301-303), pour établir l'existence de la communauté d'acquêts dans les familles nobles orléanaises.

Source BIU Cujas

effet, la communauté elle-même s'acquiert ailleurs[1] au coucher.

J'ajoute que ce délai d'un an[2] nécessaire en Orléanais à la formation de la communauté taisible est tout barbare; ici encore, nous retrouvons les idées germaniques.

Des textes angevins du XV^e siècle[3] mentionnent, à leur tour, cette formation de la communauté de biens par la cohabitation d'an et jour : ceux du XIII^e siècle ne connaissent pas ce délai.

La Coutume de Touraine-Anjou mentionne, au profit du mari noble, un droit d'usufruit sur l'apport de la femme dans le cas où celle-ci était vierge au moment du mariage, et pourvu qu'un enfant soit né de cette union[4], n'eût-il vécu qu'un moment. Je n'incline pas à rattacher cet usage à une constitution impériale qui se place à un tout autre point de vue et en face d'hypothèses différentes[5] : je rapprocherai plutôt ce paragraphe de la loi des Allemands, des coutumes anglo-normandes, du miroir de Saxe[6] : j'y reconnaîtrai donc

1. Van der Marck, *Institutiones juris civilis privati communis et reipublicæ Groningo-omlandicæ proprii,* pars prima, § 122, Groningæ, 1761, pp. 232, 233.

2. M. Laboulaye a signalé le premier le rôle que la notion de la communauté taisible a joué dans l'histoire de la communauté de biens entre époux. (Voyez *Recherches sur la condition civile et politique des femmes,* pp. 334, 335 et suiv.)

Au XIV^e siècle, la notion de la communauté taisible par an et jour joue un rôle considérable dans l'histoire du régime des biens à Augsbourg. (Schrœder, *Das eheliche Güterrecht in Süddeutschland und der Schweiz im Mittelalter,* Stettin, 1868, p. 164.)

3. Liger, art. 624, 822 dans Beautemps-Beaupré, 1^re part., t. II, pp. 230, 296.

4. *Ét.,* I, 13.

5. *Code de Théodose,* VIII, XVIII. — Cf. Laferrière, *Hist. du droit franç.,* t. VI, pp. 146, 147.

6. *Lex Alamannor,* lib. II, ch. XCV, dans Pertz, *Leg.,* t. III, p. 78, et *Lex Alam. Lantfrid.,* ch. LXXXVIII, *ibid.,* p. 115; Glan-

Source BIU Cujas

encore une idée qui, d'assez bonne heure, s'est manifestée dans divers centres germaniques.

En Touraine-Anjou, le conjoint survivant jouit pendant sa vie des acquêts compris dans la part de communauté du prédécédé. Ce gain de survie existe, qu'il y ait ou non des enfants. Telle est, du moins, la solution juridique qui se dégage d'un chapitre dont le texte est très altéré dans les mss., chapitre que j'ai restitué non sans peine et après, je l'avoue, bien des tâtonnements[1]. — Suivant toute probabilité, cet usufruit au profit du survivant n'existe que parmi les coutumiers, les vilains.

CHAPITRE IV.

EXAMEN DES TEXTES RELATIFS A L'ÉTAT DES PERSONNES DANS LA FAMILLE. — LA FEMME, L'ENFANT.

Après avoir parlé du régime des biens dans le mariage, j'arrive aux personnes. Ici je serai bref, car nos textes ne me fournissent qu'un nombre d'indications assez restreintes.

1. *La femme.*

Un auteur du IXe siècle, frappé du rôle passif que jouait la jeune fille dans la conclusion du mariage, — elle était primitivement donnée ou plutôt vendue au mari par son père, — cherche à concilier ce fait brutal[2] avec la théorie du

ville, liv. VII, ch. 18, § 3; *Sachsenspiegel,* I, art. 33. Cf. Cout. de Charroux de 1247, dans Giraud, *Essai sur l'hist. du droit fr.,* t. II, p. 402.

1. *Ét.,* I, 140.

2. Tout en admettant pour l'époque tout à fait primitive ce fait contesté, suivant moi, à tort (voyez notamment *Loi des Saxons,* tit. XVIII, 1 dans Walter, *Corpus,* t. I, p. 389, etc., etc.), je ne prétends pas qu'il subsiste dans sa crudité, au IXe siècle; mais il

Source BIU Cujas

consentement mutuel, et imagine cette combinaison d'idées propre à lui donner quelque satisfaction : « Sciscitandum est si vult, pater virginis quia caput mulieris vir. Requirenda est a patre voluntas virginum[1]... » On pourrait croire, à première vue, qu'à quatre siècles de distance les mœurs ne se sont pas modifiées, car la fille est toujours, dans la Coutume d'Anjou, *donnée*[2] par son père. Assurément il y a beaucoup de vérité dans ce mot *donnée*, et aujourd'hui encore notre langue, par l'usage qu'elle en fait, peint bien l'état de nos mœurs : c'est toujours, comme au IXe siècle, le père qu'on interroge et qui décide : « Quia caput mulieris vir. » Il ne faudrait cependant pas s'attacher trop exclusivement à ce mot *donnée* et supposer que la volonté personnelle de la jeune fille ne jouait, au XIIIe siècle, absolument aucun rôle : notre Coutume prévoit quelque part[3] l'hypothèse d'un projet de mariage rompu par la volonté de la fiancée.

Les familles nobles ont une haute idée de la vertu de la femme : toute fille qui manque à son devoir perd ses droits successoraux[4]. Les lois barbares reflètent le même respect de la femme et lui imposent la même sévérité de mœurs[5]. Plusieurs textes scandinaves vont plus loin que la Coutume d'Anjou et privent de tous ses droits successoraux[6] la fille

laisse, à cette époque, des traces très remarquables. Le texte que je signale est peut-être un des plus piquants.

1. Pseudo-capit. de Benoît le Lévite, liv. III, art. 455 dans Pertz, *Leg.*, t. II, pars II, p. 131.

2. « Je vos doing ceste damoisele et tant de ma terre » (*Et.*, I, 119). Joignez *Et.*, I, 63 : les négociations pour le mariage d'une fille noble orpheline de père y sont décrites : la fille ne joue aucun rôle. Tout se passe au-dessus d'elle.

3. *Cout. de Touraine-Anjou*, § 117; *Ét.*, I, 128.

4. *Ét.*, I, 14.

5. Loi des Frisons, tit. IX, dans Pertz, *Leg.*, t. III, p. 664. Cf. Wilda, *Strafrecht der Germanen*, pp. 830, 847.

6. Loi de Valdemar, *Jydske Lov.*, liv. Ier, ch. XXXIII, édit. Kol-

Source BIU Cujas

noble qui s'est mariée sans le consentement de sa famille. (Toutefois le droit romain présente de son côté certaines analogies [1].)

Orpheline et sous la tutelle de sa mère, la fille ne se mariera point sans l'avis de ses parents paternels : ceux-ci sont tenus de conseiller la mère [2]. Nous retrouvons ici le rôle actif des parents du côté paternel, auxquels les textes germaniques font si souvent allusion [3].

derup-Rosenvinge, 1837, p. 70 : toutefois la rigueur de cet article est mitigée par l'art. 8 du liv. Ier (*ibitl.*, p. 28) où je crois apercevoir l'influence du droit romain (Nov. 115, c. 3, § 11). Au XVIIe siècle, la loi Suédoise porte encore : « Quæcumque virgo nubit viro con« tra patris voluntatem aut matris, sive nubat ei ut legitimo ma« rito, sive fornicatur cum eo, excludetur hæreditate bonorum « paternorum et maternorum... » (*Sueciæ regni leges provinciales prout quondam a Carolo IX..... publicatæ sunt*, tit. II, c. 3, édit. Loccenius, Londini Scanor., 1675, p. 45.)

1. Voyez les textes juridiques romains qui punissent les dérèglements de la femme de bonne société dans *Nouvelle Revue hist.*, 1878, no 1, p. 19.

Les textes orléanais ne me fournissent sur ce point aucun rapprochement.

2. *Ét.*, liv. I, ch. 67.

3. D'après les lois de Valdemar, le mère veuve non remariée peut rester avec les enfants, mais il y a un tuteur pris de préférence du côté paternel. (Valdemar, *Jydske Lov.*, liv. Ier, art. 28, 29, édit. Kolderup-Rosenvinge, 1837, pp. 58, 60.) Rapprochez aussi ce texte : « Femina a tutore peti debuit, et quoad nubendi licentiam, « sub perpetua fuit tutela, perinde vidua ut virgo. Tutor autem « vel nubendi author (gifftomadir) pater fuit, post illum frater « majorennis modo, deinde avus, patruus, avunculus, aut proxi« mus ab illis, et cæteris paribus, *agnatus, non cognatus.* » (Stiernkœœk, p. 153. — Cité par Gaupp, *Das alte Gesetz der Thüringer*, pp. 387, 388.)

En Lorraine, encore au XVIe siècle, les parents du père excluent ceux de la mère pour la tutelle et curatelle, « jaçois que tous les biens viennent de par leur mere. » (Bonvalot, *Les plus princ. et génér. coust. du duché de Lorraine.* Paris, 1878, p. 96.)

Source BIU Cujas

2. *Le mariage.*

Le mariage relève, sans contestation, au moyen âge de la juridiction ecclésiastique : c'est donc dans le cercle tracé par les lois de l'Église que se meut ce conseil de famille germanique. — Nos textes, rédigés en vue des cours laïques, ne pouvaient s'occuper *ex professo* du mariage. Ils y font cependant plusieurs allusions qu'il est intéressant de relever.

La Coutume d'Anjou (*Et.*, I, 48) nous apprend que la relation féodale dite *parage* subsiste entre parents tant que le mariage est prohibé entre eux : il s'agit évidemment ici de la législation du concile de Latran (1215) qui prohibe le mariage jusqu'au quatrième degré[1] (huitième degré de droit civil).

La même Coutume d'Anjou consacre un paragraphe à une question de droit, qui touche d'aussi près que possible à la matière même du mariage ; je veux parler des arrhes échangées non entre fiancés, mais entre les parents des futurs conjoints. Le jurisconsulte décide que la partie, par la volonté de laquelle le mariage convenu ne se réalise pas, fait perdre à sa famille les arrhes réciproquement données : le droit romain admet, de son côté, les arrhes en cas de fiançailles[2]. Si la Coutume admet les arrhes, elle n'admet pas une autre forme de la même pensée, la simple stipulation pénale[3].

Cette convention entre deux familles ne saurait être assi-

On sait, d'ailleurs, quels étaient aussi à Rome les droits des agnats à la tutelle. (*Inst. de Just.*, I, xv.)

1. Cf. Pennafort, *Summa*, liv. IV, tit. vi, § 3, édit. de Vérone, 1744, p. 491 ; concile de Latran de 1215, c. 50 et 51 dans Hefele, *Hist. des Conciles*, trad. franç., t. VIII, pp. 145, 146.

2. *Code de Théodose*, III, v, *De sponsalibus*, 6. (Conf. loi 5, § 1, *Ibid.*) ; — *Code de Justinien*, I, iv, *De episcopali audientia*, 16.

3. *Cout. de Touraine-Anjou*, § 117 ; cf. *Ét.*, liv. I, ch. 128, *in fine* (ci-après, t. II, p. 242-244).

Source BIU Cujas

milée aux fiançailles *par parole de futur,* puisqu'elle n'a pas lieu directement entre conjoints : elle s'éloigne plus encore des fiançailles par *paroles de présent,* de ces fiançailles auxquelles la critique moderne croit reconnaître une origine germanique[1].

3. *Droit d'ester en justice accordé à la femme mariée dans certains cas.*

La communauté de biens qui se rattache matériellement, nous l'avons vu, aux origines germaniques, se développe parmi des mœurs simples et chrétiennes, et acquiert une force singulière qu'elle a perdue depuis ; ce n'est pas seulement une communauté de biens légale, un état juridique abstrait dont les conjoints ont une idée vague et que le notaire seul connaît ; c'est une communauté de vie, une communauté de fait, toujours palpable, saisissable : non seulement la femme ne peut faire aucun acte important sans le consentement du mari, qui est son bail, son mainbourg, et qui exerce sur elle une autorité dérivée de l'ancien mundium germanique, mais elle est associée elle-même à tous les actes de celui-ci[2]. Les chartes nous en fournissent la preuve mille fois répétée. Notre Coutume de Touraine-Anjou renferme de son côté une rapide allusion à cet état de choses, dans un passage où, traitant des coupes de bois, elle s'exprime ainsi : « Et s'il i « avoit bois que la dame aüst commenciez à vendre, et « *qu'antre li et son seignor l'aüssent autre foiz* « *vandu*[3]. »

La femme, ai-je dit, ne peut faire aucun acte important

1. Sohm, *Das Recht der Eheschliessung,* p. 115-127.

2. Cf. M. d'Espinay dans la *Revue hist. du droit franç.,* t. VIII, p. 39. Rapprochez *Jostice et Plet,* p. 170.

3. *Ét.,* liv. I, ch. 66.

Source BIU Cujas

sans le consentement du mari : la Coutume d'Anjou connaît cependant à cette règle quelques exceptions importantes : plus libérale que notre Code civil, elle accorde à la femme mariée le droit d'ester en justice, pour affaires relatives à son négoce, si elle est marchande publique; elle accorde à toute femme mariée le droit de plaider sans autorisation du mari pour demander justice d'une injure, d'un outrage, de voie de fait[1]. Le droit orléanais se rapproche sur ce point du droit angevin, mais il est moins hardi : « L'on ne respont « point à feme qui a son seignor, se n'est par le commende- « ment son seignor, ou ses sires ne li en done poer de fere « aucune marcheandise[2]. »

La Coutume d'Anjou est, à ma connaissance, le plus ancien document du moyen âge qui constate cette situation particulière et privilégiée de la femme marchande publique. Le statut d'Erfurt qui donne le même droit à la femme marchande, pourvu qu'elle ne soit pas mariée, est de 1305 : un statut plus récent d'Augsbourg paraît applicable, comme la Coutume d'Anjou, même à la femme mariée[3].

Le sentiment vrai de l'utilité et des besoins pratiques avait inspiré en France et en Allemagne les praticiens qui tentèrent de bonne heure ce mouvement juridique si contraire aux traditions germaines[4]. Nos vieilles Coutumes se divisèrent sur ce point : c'est la notion barbare et germanique de l'incapacité de la femme qui a triomphé dans le

1. *Ét.*, liv. I, ch. 153.

2. *Jostice et Plet*, p. 131.

3. Kraut, *Die Vormundschaft*, t. II, p. 327, notes 10, 11. Cf. p. 324, note 1 des textes de 1235 et 1240 qui ne parlent pas encore de la faculté d'ester en justice.

4. Cf. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, pp. 356, 231, 232. J'insisterais plus que l'éminent auteur sur l'incapacité juridique de la femme germaine. La loi wisigothique ne paraît pas s'inspirer du sentiment barbare. (Liv. II, tit. III, loi 6 dans Walter, t. I, p. 449.)

Source BIU Cujas

Code civil[1]. Il est sur ce point beaucoup plus barbare que le droit orléanais ou tourangeau du XIII^e siècle.

4. *Donations entre époux.*

La Coutume d'Anjou[2], d'accord avec les Coutumes d'Auvergne[3], de Bar[4], de Lorraine[5] (avant 1594), avec le Miroir de Saxe[6], interdit à la femme mariée toute libéralité entre vifs en faveur du mari ; le mari, au contraire, peut faire une donation entre vifs à sa femme.

On sait que la prohibition des donations entre époux est ancienne à Rome (mais toutefois postérieure à la loi Cincia)[7] : il ne semble pas que le droit germanique ait formulé aucune prohibition de ce genre. J'incline donc à apercevoir dans cette interdiction de donner faite à la femme quelque influence romaine, influence assez lointaine, car les générosités que notre Coutume interdit à la femme seule sont défendues par le droit romain aux deux conjoints. M. Laboulaye[8] et M. de Salvandy[9] ont signalé, avant moi, ce rapport éloigné avec le droit romain : ce qui confirmerait l'hypothèse d'une influence romaine, c'est la liberté des donations à cause de mort laissée à la femme par le même article de la Coutume ; c'est aussi le motif qu'invoque le praticien angevin : « Car

1. *Code civil,* art. 215.
2. *Ét.*, liv. I, ch. 118.
3. Boutry, *Essai sur l'hist. des donations entre époux,* p. 85.
4. Art. 26, 31, dans Bourdot de Richebourg, t. II, p. 1017.
5. Bonvalot, *Les plus princ. et génér. coust. du duché de Lorraine,* p. 45.
6. I, 31, § 2. Cf. Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte,* 1853, p. 534 ; Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et pol. des femmes,* p. 282.
7. Boutry, *Ibid.,* pp. 2, 3.
8. Laboulaye, *Ibid.,* p. 283.
9. De Salvandy, *Essai sur l'hist. et la législ. part. des gains de survie entre époux,* p. 214.

Source BIU Cujas

« par aventure, ele ne li avroit pas doné de son bon gré, « ne de sa bone volenté; ainz l'avroit doné par creinte « qu'il ne li en feïst pis, ou por la grant amor qu'ele avroit « en lui. » Tout cela sent le droit romain[1].

5. *Veuvage de la mère.*

La mère noble devenue veuve n'acquiert pas toujours, par la mort de son mari, les droits qui lui manquaient pendant le mariage. Pour peu qu'elle ait un fils, elle n'a pas la libre disposition de ses propres biens : elle n'en est que bail, dit la Coutume d'Anjou[2] : déjà sa fortune appartient quasi à ses enfants. Ce chapitre de la Coutume respire évidemment le même esprit que les textes barbares qui placent la mère veuve sous la tutelle de son fils[3]. Au commencement du XI^e siècle, cette tutelle du fils est encore expressément mentionnée dans un texte breton[4].

Ce principe de notre Coutume : « Dame n'est que bail de « son heritage, puis qu'ele a oir malle, ne ele ne puet doner, « ne changier pour quoi ce soit à l'amenuisemant de l'oir » ne pourrait-il pas servir à expliquer un fait que relate une charte angevine aujourd'hui détruite, mais dont nous possédons une analyse du XVII^e siècle?

Un nommé Renaud Charpentier, soutenu dans cette reven-

1. Cf. Dig., XXIV, 1 (surtout loi 9, § 2). Voyez toutefois l'observation très juste de M. Laboulaye, p. 282.

2. *Ét.*, liv. I, ch. 68.

3. Schupfer, *La famiglia presso i Longobardi*, p. 97; acte de 874 dans Mabillon, *De re diplom.*, édit. de Naples, 1789, t. I, p. 565.

4. Acte cité par M. d'Espinay dans la *Revue hist. du droit franç.*, t. VIII, p. 42. — Rapprochez dans une charte angevine du XII^e s. ces expressions; il est dit d'une veuve : « Et terram illam per dotem suam *tenuit cum Werrio filio suo,* » et, plus bas : « Tenuit *illam cum matre sua prædictus Aymericus* » (autre fils de la même femme). (Bibl. nat., Coll. D. Housseau, t. IV, n° 1577).

Source BIU Cujas

dication par Foulques Réchin, reprit au chapitre d'Angers[1] des terres qui avaient été données aux chanoines par sa mère. Charpentier fut excommunié. Foulques Réchin, qui le protégeait, cessa probablement de le soutenir. Il dut restituer et faire amende honorable. A mon sens, Renaud Charpentier n'avait pas obéi, en cette circonstance, à une inspiration purement fantaisiste et tout individuelle : il représentait la tradition germanique et il essayait de la faire triompher aux dépens de l'Église : le droit coutumier l'autorisait à contester les générosités de sa mère.

Au commencement du XV^e^ siècle, cet antique souvenir des mœurs germaniques a disparu de la Coutume d'Anjou : la mère veuve peut aliéner ses biens[2].

6. *Protection des veuves.*

Ainsi la veuve est incapable, mais cette incapable est faible, et l'Église protège sa faiblesse : le ch. 137 du liv. I^er^ des *Etablissements* laisse cette option à la veuve : « Qui li « fera tort de son douaire, ele s'en porroit bien plaindre en la « cort le roi, ou en la cort au baron, ou en la cort de sainte « Iglise, et si en seroit en son chois. »

La veuve a donc une position exceptionnelle : en dehors

1. Bibl. mun. d'Angers, ms. n° 624. *Recueil de notes et de documents pour servir à l'histoire des évêques d'Angers* (XVII^e^ siècle), t. I, fol. 401. Je dois un extrait de ce recueil à mon excellent confrère, M. Lelong. Sur cette charte, voyez *Revue d'Anjou*, 8^e^ année, t. XV, p. 15. Les chartes VIII et LXIV du cartulaire du Ronceray (édit. Marchegay, p. 10, 56) présentent un cas qui n'est pas sans quelque analogie, mais avec des circonstances particulières qui ne permettent pas de le rattacher franchement à cette tendance germanique. Sur cette affaire relatée deux fois par le cartulaire du Ronceray voyez *Revue de l'Anjou*, 7^e^ année, t. XIII, p. 43 ; Marchegay et Mabille, *Chron. des églises d'Anjou*, p. 293, note 1.

2. Coutume dite de 1411, art. 226, 227.

Source BIU Cujas

de la cour seigneuriale dont elle relèverait naturellement, elle peut s'adresser soit à la cour du roi, soit à la juridiction de l'Église. D'où lui vient ce privilège? Elle le doit aux efforts constants de l'Église qui, dès l'origine, l'a prise avec les orphelins et les pauvres sous sa protection. Cette préoccupation chrétienne s'est traduite de bonne heure dans des décisions conciliaires[1] ou bien est venue influencer certains actes du pouvoir civil[2].

Dès le VIII[e] et le IX[e] siècle, nous nous trouvons en présence d'une juridiction particulière de l'Église sur les veuves[3] : le pouvoir royal ou impérial, évidemment inspiré par l'Église elle-même, rivalise de zèle avec elle et se préoccupe tout particulièrement de la mission sainte de faire bonne et prompte justice aux orphelins, aux pauvres et aux veuves dont il se déclare le mainbourg[4]. On n'aperçoit, à cette époque, aucune trace des luttes dont la protection due aux veuves sera, plus tard, l'occasion entre l'Église et l'État : le germe en est déposé dans la législation ; il ne se développe

1. Voyez notamment le concile de Sardique de 344 environ, can. 7 (Hefele, *Hist. des conc.*, trad. fr., t. I, pp. 572, 573) ; voyez surtout le second concile de Mâcon, de l'an 585, canon 12 : « Les évêques doivent protéger les veuves et les orphelins contre les juges civils ; ceux-ci ne doivent pas, sous peine d'excommunication, décider sur les affaires des veuves et des orphelins sans en avoir auparavant donné connaissance à l'évêque ou à son archidiacre, afin qu'il assiste à la séance judiciaire et à la proclamation du jugement. » (Hefele, *Ibid.*, t. III, pp. 580, 581). Cf. conc. de Pavie de 850, can. 20 (Hefele, t. V, p. 3).

2. Voyez notamment un diplôme de 693 cité par Sickel, *Beitræge zur Dipl.*, III, 269.

3. Cap. de 779, art. 5, dans Pertz, *Leg.*, t. I, p. 36. Sur ce capit., cf. Boretius, *Die Capit. im Langobardenreich*, p. 57 et suiv.

4. Capit. de 803 (*ad legem Baioar.*), c. 1 ; autre capit. bavarois de 803, c. 3 ; capit. de 817, c. 3, dans Pertz, *Leg.*, *Ibid.*, pp. 126, 127, 211. — Sur le capit. de 817, voyez Boretius, *Ibid.*, p. 143 et suiv.

Source BIU Cujas

point encore. Mais ces grandes luttes sont nées au XIIIe siècle[1]: déjà elles sont ardentes : elles ne s'éteindront pas de sitôt.

Le passage de la Coutume d'Anjou transcrit plus haut correspond à un courant d'opinion moyen qui faisait la veuve elle-même arbitre suprême du différend. Beaumanoir exprime, en d'autres termes, la même pensée[2].

Je n'ignore pas que le droit barbare a connu, de son côté, une protection, un *mundium* du roi, non pas précisément sur la veuve, mais bien sur la femme à laquelle aucun parent ne peut servir de mainbourg[3]. Il y avait donc, chez les Barbares, comme une préparation à bien recevoir, sur ce point, les enseignements et les conseils de l'Église : et je ne m'étonne pas de les voir de bonne heure porter des fruits.

7. *L'enfant, la tutelle.*

Suivant la Coutume de Touraine-Anjou, la mère est tutrice (baillistre) de ses enfants mineurs quand ceux-ci n'ont pas un frère aîné capable d'exercer la tutelle[4]. Ce droit de tutelle, concédé à la mère, est d'origine récente dans les

1. Nombreux témoignages. Voyez notamment un acte de 1258 dans Delisle, *Rec. des jug. de l'échiquier de Normandie,* pp. 185, 186, n° 808; cf. n° 809.

2. Beaumanoir, ch. XI, art. 9, édit. Beugnot, t. I, p. 161.

3. Cf. *Loi des Rip.*, tit. XXXV (37), c. 3, dans Walter, t. I, p. 174; *Edict. Roth.*, c. 205. *Ibid.*, p. 719, et les divers textes recueillis par Kraut, *Die Vormundschaft,* t. I, 1835, p. 74, note 30 et p. 75. Quant aux abus de ce *mundium* royal, voyez notamment le canon 6 du concile de Paris de l'an 557 (environ) : « Que personne n'ait l'audace d'enlever ou de réclamer *comme donnée par le roi* une veuve, ou la fille d'un autre. » (Labbe et Cossart, *Sacros. conc.*, t. V, col. 817.)

4. *Ét.*, liv. I, ch. 19. « Elle tendroit le bail de son oir male, « jusques à XXI an, et le bail de la fille jusques à XV anz, por « coi il n'i ait oir male » (ci-après t. II, pp. 28, 29). Voyez ci-dessus p. 14, n. 1.

Source BIU Cujas

législations qui se rattachent au droit germanique aussi bien que dans la législation romaine : car le droit romain primitif, pas plus que le droit germanique primitif, n'accordait à la mère la tutelle des enfants. C'est en vertu d'une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius[1], que les mères purent, après la mort de leurs maris, être chargées de la tutelle des enfants, mais à la condition qu'elles s'obligeraient à ne pas convoler à de secondes noces, et alors seulement qu'il n'y aurait ni tuteur testamentaire, ni tuteur légitime. La loi romaine des Wisigoths reproduisit cette décision[2]. A côté de cette reproduction servile, nous voyons, dans certains textes bourguignons[3] et wisigothiques[4], l'idée se développer, pour ainsi dire, et porter ses fruits : ces textes appellent la mère à la tutelle de préférence aux agnats : il est bien probable que le Christianisme contribua à ce progrès nouveau. Il s'accomplit sous l'empire des mœurs avant d'être sanctionné par les lois, et tout indique que Justinien ne fit, par la novelle 118[5], que consacrer et généraliser un état de choses qui, déjà, tendait à s'introduire.

Ce n'est pas exactement le droit de Justinien ou le droit des Burgondes que nous retrouvons, en matière de tutelle, dans la Coutume de Touraine-Anjou : car la mère n'y est admise à la tutelle (bail) qu'à défaut du frère aîné, peut-être de la sœur; mais cette admission de la mère aux fonctions de tutrice est encore, même à ce degré secondaire, une déroga-

1. *Code de Théodose,* III, XVII, 4; *Code de Justinien,* V, XXXV, 2. Dans le Code de Théodose, il n'est pas question du tuteur testamentaire : celui-ci apparaît seulement dans le texte du *Code de Justinien.*

2. *Lex Rom. Wisig.*, III, 17, 4. Interpretatio. (Edit. Hænel, pp. 97, 98.) — Cf. *Lex Wisig.*, lib. III, tit. I, c. 7. (Walter, *Corpus juris,* t. I, p. 469.)

3. *Lex Burg.*, tit. LIX, LXXXV, § 1. (Walter, t. I, pp. 334, 342.) — Cf. *Papien,* XXXVI.

4. *Lex Wisig.*, liv. IV, tit. II, c. 13. (Walter, *Ibid.*, p. 495.)

5. *Nov.* 118, c. 5.

Source BIU Cujas

tion aux vieux usages germaniques, dérogation due au droit romain nouveau qui venait fortifier et favoriser un sentiment naturel. Je sais qu'on a mis en doute l'inaptitude primitive de la femme germaine à exercer les fonctions de tutrice[1] ; et que l'influence romaine sur ce point a paru à certains auteurs très douteuse. Pour ma part, je crois, avec Kraut[2], que l'idée d'une tutelle confiée à la mère est étrangère au droit germanique proprement dit : en Scandinavie, la loi de Valdemar respire encore très nettement la conception primitive[3], c'est-à-dire qu'elle exclut la mère. J'en dirai autant du miroir de Saxe et même du miroir de Souabe (si Kraut l'interprète sainement). De bonne heure, au contraire, les lois de Scanie subirent l'action des influences civilisatrices nouvelles[4].

La mère, et, sans nul doute, le frère aîné, est gardien de la personne du pupille en même temps que baillistre de ses biens : les deux tutelles ne sont pas distinctes. Mais si l'enfant n'a pour le protéger que des parents plus éloignés, il devient dangereux de le confier à ceux qui, en cas de mort, seraient appelés à lui succéder et qui, par conséquent, ont intérêt à le voir disparaître. C'est pourquoi la Coutume ici dédouble le bail : elle organise à côté du bail des biens[5] le bail de la personne[6]. Ce double bail est assez fréquent au moyen âge[7]. Il est évident qu'une pareille institution est

1. Chorinsky, *Das Vormundschaftsrecht Niederœsterreichs,* Wien, 1878, p. 85.

2. Kraut, *Die Vormundschaft,* t. II, pp. 671, 672.

3. *Konig Valdemar Jydske Lov*, liv. 1er, art. 28, 29, édit. Kolderup-Rosenvinge, 1837, pp. 58, 60.

4. Kolderup-Rosenvinge, *Samling af gamle danske Love,* foerste Deels foerste Afdeling, 1846, pp. 19, 20.

5. Double lui-même. (Cf. ci-dessus, pp. 15, 16, 17, 28, 29.)

6. Confié à un parent du côté paternel, et à un parent du côté maternel (*Ét.*, liv. I, ch. 121).

7. Voyez les textes réunis par Bouthors, *Cout. loc. du bailliage d'Amiens,* t. I, p. 110.

Source BIU Cujas

inspirée avant tout par des considérations pratiques et un sentiment vrai de la situation : le bail des biens constitue un droit et un profit[1] pour les héritiers présomptifs de l'enfant (noble) : on ne peut les en frustrer; mais on protège la vie de l'enfant en le confiant lui-même à un autre parent. Cette sage mesure concilie des intérêts contraires. Il est permis de faire observer que les Romains, en face d'une situation analogue, avaient imaginé une combinaison du même genre : les fonctions du tuteur romain concernaient le patrimoine et non la personne du pupille : mais le droit romain a connu, indépendamment du tuteur, un gardien de la personne[2].

Il est possible que ces précédents romains soient pour quelque chose dans la formation de cette institution compliquée du double bail, dans plusieurs régions coutumières.

Dans nos provinces de Touraine, Anjou et Maine, le double bail paraît spécial aux familles nobles. Il en est de même en Beauvoisis[3].

Je ne sais rien de très précis sur l'organisation de la tutelle en Orléanais au XIII^e siècle. Si je m'en tenais au *Livre de Jostice et Plet*[4], j'admettrais assez volontiers que le double bail est inconnu dans cette région ; mais voici que, dans une charte de 1279, une veuve orléanaise noble nous parle des « tutores seu curatores » de son fils[5]. Plus tard, une formule orléanaise de la seconde moitié du XIV^e siècle mentionne les tutores d'un mineur[6]. Serait-ce le double

1. Voyez Warnkœnig et Stein, *Franz. Staats-und Rechtsgeschichte,* t. II, pp. 277, 278.

2. *Dig.*, XXVII, II ; *Code de Justinien,* V, XLIX. Il ne faut pas s'embarrasser ici de la règle : « *Tutor personæ, non rei vel causæ datur.* » Elle garde toute sa signification, sans heurter le moins du monde ma pensée.

3. Beaumanoir, édit. Beugnot, t. I, pp. 103, 248.

4. *Jostice et Plet,* p. 58.

5. *Cartul. de Saint-Euverte,* ms. latin 10089, p. 585.

6. *Formulaire de l'officialité d'Orléans* dans ms. 765 de la Bibl. de Tours (cat. imprimé, n° 663), fol. 113 verso.

Source BIU Cujas

bail? — Autre fait utile à noter pour l'histoire de la tutelle dans la région orléanaise : une fille noble mineure vient à perdre son père. Elle passe sous la tutelle d'un frère : celui-ci marie au loin sa pupille sans consulter ses préférences (prout voluit) et lui donne en mariage ce que bon lui semble (quod sibi placuit)[1].

8. *Majorité.*

Chez tous les peuples primitifs, l'enfant passe vite à la dignité d'homme. Une éducation mâle et rude développe rapidement ses forces physiques : on songe d'ailleurs assez peu à protéger ses intérêts. Il est majeur[2] dès qu'il est en état de porter les armes. « Les aigles, dit Théodoric, cessent de donner la nourriture à leurs petits sitôt que leurs plumes et leurs ongles sont formés. Il serait indigne que nos jeunes gens qui sont dans nos armées fussent censés d'un âge trop faible pour régir leurs biens et pour régler la conduite de leur vie. C'est la force qui fait la majorité chez les Goths[3]. » Il en est de même chez les Francs. Le Franc était primitivement majeur à douze ans[4] : cette limite ancienne est déjà modifiée dans la loi des Ripuaires : l'âge de la majorité y est quinze ans[5]. En revanche, la majorité de douze ans figure encore dans un document allemand du XI^e^ siècle[6], et per-

1. Contestation à ce sujet. Voyez arrêt de 1260 dans *Olim*, édit. Beugnot, I, 491.

2. C'est à dessein que, me plaçant ici au point de vue des peuples primitifs, je confonds ce que les Romains classiques ont distingué sous les noms de *puberté* et de *majorité*.

3. Cassiodore, *Var.*, liv. I^er^, ep. 38, édit. de Venise, 1729, t. I, p. 17.

4. *Loi Salique*, tit. XXIV, 5 (édit. Behrend, p. 28). Les Barbares ont même connu la majorité de dix ans : elle figure dans certaines lois anglo-saxonnes. (Kraut, *Die Vormundschaft*, t. I, 1835, p. 112, note 16.)

5. *Loi des Rip.*, LXXXI (83), dans Walter, *Corpus juris*, t. I, p. 191.

6. Acte de 1027 environ dans Senkenberg, *Corpus juris feudalis germanici*, Francf., 1740, p. 9.

Source BIU Cujas

siste dans la Hesse jusque dans la seconde moitié du XV^e siècle[1].

Notre Coutume de Touraine-Anjou mentionne deux majorités différentes : l'une de quinze ans pour le roturier[2] ; l'autre de vingt et un ans pour le gentilhomme. La fille noble est majeure à quinze ans[3], et la fille roturière probablement à douze ans[4].

En Orléanais comme en Anjou, et en général dans l'ouest de la France, le gentilhomme est majeur à vingt et un ans[5], le roturier l'est plus tôt. La fille noble est majeure à quinze ans[6].

Ainsi la limite ancienne a été sensiblement élevée.

Suivant toutes les probabilités, l'usage romain influença ici les Barbares : leurs lois se modifièrent d'après l'esprit du droit romain : chez les Romains, la tutelle finit à quatorze ans pour les hommes, à douze ans pour les femmes ; mais elle se continue dans le dernier état du droit par la curatelle jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans[7]. En d'autres termes, le droit romain secondaire est très éloigné de cette majorité précoce, absolue des Germains : établis en Gaule, ceux-ci avaient donc sous les yeux une pratique toute différente de la leur : ils s'en inspirèrent.

Au XIV^e et au XV^e siècle, l'influence romaine se fera sentir plus directement : la restitution en entier pour cause de lésion en faveur des mineurs de vingt-cinq ans pénétrera dans nos Coutumes[8].

1. Voyez les textes cités par Schrœder dans *Forschungen zur deutschen Geschichte,* t. IX, 1^re livr., p. 142.
2. *Ét.,* liv. I, ch. 146.
3. *Ét.,* liv. I, ch. 19.
4. Argument tiré de Beaumanoir, ch. XV, n° 22, édit. Beugnot, t. I, p. 256.
5. *Jostice et Plet,* p. 58.
6. *Ibid.,* p. 233.
7. *Instit. de Just.,* I, XXII, XXIII.
8. Sur l'histoire de la minorité, voyez un travail capital de d'Ar-

Source BIU Cujas

Un trait profondément germanique et spécial aux familles roturières marque en Anjou l'histoire de la tutelle et de la minorité :

L'orphelin roturier en tutelle peut quitter librement son tuteur et en choisir un autre à son gré parmi ses parents[1]. Bon nombre de textes germaniques s'harmonisent parfaitement avec cette remarquable décision de la Coutume angevine[2] : et rien, à mes yeux, ne nous peint plus vivement l'allure indépendante et libre du Germain : à Francfort, ce n'est pas seulement son tuteur, c'est son père (veuf) que l'enfant peut ainsi quitter[3] : ce droit qui nous paraît monstrueux avait été entouré, dans les temps modernes, de sages garanties : il a subsisté au profit de l'enfant jusqu'en plein XIX^e^ siècle[4]. Nos codes sont plus timorés : leur respect pour la puissance paternelle est absolu et vraiment tout romain : les mauvais traitements du père ou de la mère pourront aller jusqu'à l'assassinat sans que l'enfant soit soustrait par la loi au pouvoir du tyran qui opprime sa faiblesse[5]. Les traditions

bois de Jubainville, *Recherches sur la minorité et ses effets dans le droit féodal français* (*Bibl. de l'École des chartes*, C, II, 415; III, 136, 533); Flach, *Étude historique sur la durée et les effets de la minorité*.

1. *Ét.*, liv. I, ch. 141.

2. Je ne puis que renvoyer à l'abondant commentaire que M. Ch. Giraud a donné de ce ch. des *Ét.* dans la *Lex Malacitana*, Paris, 1868, p. 18-51.

3. Statuts de Francfort-sur-le-Mein de 1297, § 28 : « Item si ali-« quis civis habet unum filium vel filios, qui sunt in sua procu-« ratione et pane suo, nec habet uxorem, quod ille filius libere « potest extra domum sui patris ire in mercimoniis quocunque « vult et intercipere bona aput quoscunque si placet, nec alicui « persone propter hoc est ligatus, nec astrictus, sed eodem jure et « libertate debet gaudere quo pater suus gaudet. » (Kraut, *Die Vormundschaft*, t. II, p. 670, note 3.)

4. Adlerflycht, *Das Privatrecht der freien Stadt Frankfurt*, Frankfurt, 1824, t. I, p. 96, § 62.

5. Le *Code pénal* porte seulement (art. 335) : « si le délit (excitation « à la débauche) a été commis par le père ou la mère, le coupable

Source BIU Cujas

germaines ne pourraient-elles pas nous aider ici à améliorer nos lois ?

CHAPITRE V.

EXAMEN DES TEXTES RELATIFS A L'ORGANISATION SOCIALE, A LA FÉODALITÉ, A L'ÉTAT DES PERSONNES.

1. *Souvenirs de l'ancien bénéfice.*

Le régime féodal, dont je dois dire un mot pour expliquer plusieurs chapitres de nos Coutumes, se rattache visiblement à certains faits sociaux qui se prononcèrent très nettement sous les premiers Carolingiens : nulle part peut-être cette relation n'apparaît aussi évidente, aussi claire que dans nos textes.

Au XIII^e^ siècle, le bénéfice est depuis longtemps devenu le fief : mais le fief rappelle le bénéfice : c'est une propriété encore mal assise, mal affermie, et qui s'échappe bien facilement des mains du détenteur.

Divers crimes prévus par les Capitulaires faisaient perdre au bénéficier son bénéfice : le vassal perd aussi son fief avec une grande facilité : au XIII^e^ siècle[1], cette commise du fief est encore aussi absolue que celle du bénéfice au IX^e^. Cet état de choses changera plus tard, à mesure que le souvenir des origines historiques du fief s'affaiblira ; et dans une province où les terres roturières ne peuvent être confisquées ou ne peuvent l'être que fort rarement, on ne répugnera pas à

« sera de plus privé des droits et avantages à lui accordés sur la « personne et les biens de l'enfant par le Code civil, liv. I^er^, tit. IX, « *De la puissance paternelle.* » — Il n'est rien dit des mauvais traitements.

Les textes orléanais ne me fournissent aucun rapprochement.

1. *Ét.*, liv. I, ch. 54.

Source BIU Cujas

consolider la propriété féodale : on consentira facilement à réduire la commise ou confiscation des fiefs à la durée de la vie du coupable : ainsi les héritiers cesseront d'être punis pour le crime de leur auteur. Ce changement au droit primitif se manifeste dès la fin du XIV^e siècle[1].

Si le vassal, l'ancien *vassus*, perd assez facilement son fief, en retour le suzerain s'expose, de son côté, à perdre sa suzeraineté, s'il agit déloyalement envers son homme. Ces cas de rupture de lien féodal sont prévus et énumérés : on reconnaît les circonstances qui, sous Charlemagne et Louis le Débonnaire, autorisaient le *vassus* à quitter son *senior*. Le *vassus*, disent les Capitulaires, ne pourra abandonner son *senior* que si ce dernier a voulu le tuer ou le frapper de son bâton, ou abuser de sa femme ou de sa fille, ou lui enlever sa terre, ou si pouvant le défendre, il ne l'a pas défendu[2]. Et notre Coutume d'Anjou : « Quant li sires vëe à son home « le jugemant de sa cort, et il en puisse estre provés, il ne « tendra jamais riens de lui, ainz tendra de celui qui sera « par desus son seignor. Et einsi seroit il se il gisoit o la « fame son home ou o sa fille, se ele estoit pucele ; ou se li « hom avoit aucune de ses parentes et ele estoit pucele, et il « l'aüst bailliée à garder à son seignor et il la despucelast, « il ne tenroit jamais riens de lui[3]. »

Cette tradition carolingienne subsistera en théorie jusqu'à

1. Assise de Baugé, de l'an 1385, relative à l'injure déloyale proférée par le vassal (Bibl. mun. de Tours, ms. 672, f° 166 r° et v°). — Dans la Coutume de Touraine de 1461, les commises de fief ne sont plus qu'à vie pour les hommes de foi simple. (Chapitre qui serait placé entre les ch. XXXV et XXXVI de la rédaction de 1507.) Voyez aussi dans *Liger*, art. 1547, une confiscation viagère.

2. Capit. de 813, dans Pertz, *Leg.*, t. I, p. 189 ; de 816 (environ), dans Pertz, *Leg.*, t. I, p. 196 ; de Charles le Chauve dans Baluze, t. II, col. 44.

3. *Cout. de Touraine-Anjou*, § 46 ; cf. *Ét.*, liv. I, ch. 56.

Source BIU Cujas

la Révolution : au XVIII[e] siècle, les feudistes et les jurisconsultes enseigneront encore que le suzerain, par sa déloyauté envers le vassal, peut perdre sa suzeraineté[1].

Si l'histoire de la forfaiture se rattache visiblement aux traditions carolingiennes, celle de la transmissibilité et de l'aliénabilité des bénéfices, puis des fiefs, n'est pas moins instructive. Je la divise en trois périodes :

Première période. — Dans la première période, ce n'est pas le bénéficier lui-même qui aliène, c'est le concédant; c'est celui qui, plus tard, s'appellera le suzerain. Il aliène, il vend ou il donne le bénéfice sur la demande du bénéficier (du *vassus*).

Les choses se passent ainsi au IX[e] et au X[e] siècle[2]; et on retrouve quelquefois ce procédé primitif au XI[e] siècle.

Deuxième période. — Plus tard, le bénéficier demande à celui qui lui a concédé le bénéfice l'autorisation d'aliéner; mais c'est lui-même, c'est le bénéficier qui, moyennant cette autorisation, aliène. Le suzerain n'intervient plus directement. Des actes du XI[e] siècle représentent fort bien cet état de choses[3].

Troisième période. — Cette nécessité d'une autorisation tend à disparaître. Le vassal aliène, mais l'opération donne lieu à la perception d'un droit qui est historiquement le prix de l'autorisation du suzerain : ce droit est bien appelé, dans certains pays, droit de *relief* ou de *rachat*, ailleurs *vente*. Le droit de relief s'applique au cas d'aliénation comme au

1. Dareau, *Traité des injures,* Paris, 1775, p. 375.

2. Acte de Charles le Gros de 884-888, dans le *Liber compositionum* = copie de Salmon, vol. intitulé *Archevêché de Tours,* t. III, p. 149-152. (Bibl. de Tours.) Acte de 942 dans Salmon, *Recueil de chron. de Touraine,* p. 231-234; acte de 945 dans *Revue rétrospective,* janvier 1837, pp. 23, 24; acte de 960, *Ibid.,* p. 34; acte de 969 ou 970 aux Archives d'Indre-et-Loire, fonds de Marmoutier.

3. Acte de 1040 environ dans *Bibliothèque de l'École des chartes,* t. XXXVI, 5[e] livr., p. 388.

Source BIU Cujas

cas de transmission héréditaire. Les choses se passent ainsi au XIIIe siècle en Orléanais. Les Angevins connaissent un droit de vente qui est du douzième denier, et un droit de rachat en cas de succession[1].

Néanmoins, encore au XIIIe siècle, la réalité du consentement du suzerain n'a pas disparu complètement : elle subsiste dans certains cas : ainsi, le fief ne peut être abrégé sans l'autorisation du suzerain. Beaumanoir formule le principe[2]. Notre Coutume orléanaise en fournit une application en nous disant que le vassal ne peut affranchir un serf sans le consentement du suzerain[3] : c'est là une façon d'abrégement de fief.

Voici enfin une vaste catégorie d'affaires pour lesquelles les vieux principes subsistent presque intégralement : je veux parler de toutes les aliénations faites en faveur de l'Église. Que se passe-t-il en ce cas? Je ne dirai pas que l'aliénation faite sans le consentement du suzerain est nulle; mais elle n'a qu'une faible valeur, et l'Église n'en recueille qu'un maigre profit : en effet, le suzerain qui n'a pas autorisé l'église à acquérir peut imposer à celle-ci l'obligation de vider ses mains dans le délai d'an et jour. Elle devra donc revendre au plus vite et souvent à perte, ou se dessaisir fictivement en fournissant « *homme vivant et mourant* », si elle ne veut voir son nouvel acquêt confisqué par le seigneur[4]. Le droit perçu par le seigneur

1. *Ét.*, liv. II, ch. 19. Cf. *Jostice et Plet,* pp. 242, 243; *Ét.*, liv. I, ch. 24 (En Anjou, au XIIIe siècle, le rachat n'est dû, en cas de transmission héréditaire, qu'au-delà du degré de cousin germain); *Compil.*, 37, 38; Coutume d'Anjou dite de 1411 dans B.-B., 1re part., t. I, pp. 423, 458, 550, 551. — Sur le rachat en Orléanais, cf. *Cout. d'Orléans,* avec les notes de Pothier, t. I, 1776, p. 183-189.

2. Beaum., ch. XLV, § 25, édit. Beugnot, t. II, p. 229.

3. *Ét.*, liv. II, ch. 32 *in fine.* L'abrégement de fief n'est pas traité dans la Cout. d'Anjou du XIIIe siècle; celle de 1411 s'en occupe avec détails. (Beautemps-Beaupré, 1re part., t. I, p. 456 et suiv.)

4. *Ét.*, liv. I, ch. 129. — Cf. ci-dessus, p. 30.

Source BIU Cujas

comme prix de l'autorisation d'acquérir accordée à une église, c'est le *droit d'amortissement*. On conçoit fort bien que les seigneurs et les rois aient perçu ce droit avec assez d'âpreté; car l'Église a deux grands torts : elle ne meurt pas; elle n'aliène pas. Ce sont deux sources de revenus considérables qui échappent au suzerain, quand il a l'Église pour vassale.

Les terres d'Église sont, en outre, mieux garanties que toute autre contre les exactions féodales : elles sont munies de certains privilèges variables suivant les lieux, mais toujours gênants pour les seigneurs ou pour les communes : aussi s'efforce-t-on d'étendre ce régime prohibitif aux acquisitions de biens roturiers; on veut que tout bien nouvellement acquis par un établissement ecclésiastique ou paye l'impôt ou cesse d'être directement sous la main privilégiée de l'Église. Les papes[1] luttent vainement contre cette tendance universelle au moyen âge.

2. *Haute et basse justice. Souvenirs du Comes et du Vicarius.*

Il y a deux catégories de seigneurs, deux ordres principaux de justiciers : les hauts justiciers, les bas appelés les voyers. — Je ne m'occupe pas des moyens qui sont d'origine relativement récente, mais qui pourtant, il est nécessaire de le remarquer en passant, apparaissent non au XIV^e^ siècle, comme on a coutume de le dire, mais bien dès le XIII^e^ siècle.

Bas justiciers ou voyers[2]. — Le *Comes* avait sous ses

1. *Sexte,* III, XXIII, 1 (Potthast, n° 16308); privilège de Clément IV accordé en 1267 à l'hôpital d'Angers. (Port, *Cartul. de l'hôpital Saint-Jean*, p. CXX, acte n° CLVI.) — Cf. concile d'Angers de 1269 dans Labbe et Cossart, *Sacros. conc.*, t. XI, pars I, col. 911, 912, etc., etc.

2. Voyez ce que j'ai dit, à ce sujet, dans la *Nouvelle Revue his-*

Source BIU Cujas

ordres un fonctionnaire révocable à volonté qui tenait de lui toute autorité, qui, par lui-même, ne possédait aucune juridiction : le vicaire (*vicarius*) ou centenier[1]. Ce vicaire est devenu le bas justicier, vavasseur ou voyer : il paraît s'être élevé assez tardivement et assez imparfaitement au-dessus de sa condition première[2].

J'ai montré ailleurs que le voyer du Nord est comme le viguier du Midi, l'ancien *Vicarius* mérovingien et carolingien : je n'insiste pas davantage sur cette démonstration ; mais je relève, en m'en tenant au texte de la Coutume d'Anjou, un trait qui s'explique très heureusement par la comparaison avec la législation carolingienne.

La Coutume d'Anjou dit du voyer ou vavasseur :

« Nuns vavasors ne puet relaschier larron, ne larron-
« nesse sanz l'asantement dou chief seignor, ou sanz son
« commandement : et se il le relasche et il en puisse estre
« provez ne atainz, il en perdra sa joutise[3]. »

Ainsi le vavasseur, qui la plupart du temps en Anjou peut condamner le larron à mort[4], n'a pas le droit de le relâcher. Dans quelques localités[5], il ne juge pas : il ne condamne pas. Il est chargé seulement de l'exécution.

Le *Vicarius*, lui aussi, n'était qu'un exécuteur des hautes œuvres ; et il lui était, comme au vavasseur, rigoureusement interdit de faire grâce au condamné. Au XIII^e^ s., le voyer

torique, année 1877, p. 690. Cf., pour le Midi, Molinier, *Étude sur l'administration féodale dans le Languedoc*, p. 347.

1. Cf. Sohm, *Die altdeutsche Reichs-und Gerichtsverfassung,* t. I, pp. 193, 215, 241, 243, 244, 245, 270-272.

2. Un document du XI^e^ siècle nous montre le justiciable toujours maître d'en référer de la cour du vicaire ou voyer à celle du baron. (*Cartæ et chronica de obedientia Mairomno,* dans Marchegay et Mabille, *Chron. des églises d'Anjou,* p. 76.)

3. *Ét.,* liv. I, ch. 43.

4. *Ét.,* liv. I, ch. 42.

5. *Ét.,* liv. I, ch. 42.

Source BIU Cujas

prononce, il est vrai, la plupart du temps lui-même les jugements qu'il exécute; mais il n'a point encore acquis le droit de grâce; et la défiance qu'inspirait au IXe siècle [1] la conduite du *Vicarius* vis-à-vis du larron laisse une trace reconnaissable dans les textes du XIIIe siècle relatifs au vavasseur.

Si, dans la Coutume d'Anjou, les fonctionnaires carolingiens se reconnaissent métamorphosés en seigneurs féodaux, je les retrouve, dans la région orléanaise, sous une double forme : j'aperçois, en effet, dans ce pays et les bas justiciers seigneurs féodaux, descendant des *Vicarii* [2], et les *Vicarii* eux-mêmes restés ou redevenus agents royaux : en effet, le roi ou son bailli entretient, en Sologne, au XIIIe siècle, un officier appelé, en un style quelque peu vague : *Sergent* [3] : ce sergent, il est impossible de s'y méprendre, c'est le *Vicarius* carolingien : sa compétence est exactement la même : le centenier, nous

1. Capit. lombard de l'an 801, art. 4. « *De latronibus.* Si quis « latronem morte dignum sibi ad occidendum traditum servaverit « et vitam indigno concesserit, medietatem damni propter quod « traditus est componat. » Art. 7. « Si quis furem vel latronem com- « prehenderit, et eum indemnem dimiserit, neque illum ad præsen- « tia ducis aut comitis vel loci servatoris qui missus comitis est « adduxerit, et de hoc facto vel nequitia posthac in præsentia « judicum convictus fuerit, ipse damni æstimationem pro quo « fur vel latro comprehensus est, componere cogatur » (Pertz, *Leg.*, t. I, p. 84). — Capit. de 813. « Ut vicarii munera ne accipiant pro « illos latrones qui ante comite judicati fuerint ad mortem. Quod « si hoc perpetraverint, tale judicium sustineant, sicut et latro « judicatus fuit; quia postquam scabini eum dijudicaverint, non « est licentia comitis vel vicarii ei vitam concedere. » (Pertz, *Leg.*, t. I, p. 188.) — Cf. Beaumanoir, ch. LXIV, 16, édit. Beugnot, t. II, p. 440.

2. *Ét.*, liv. II, ch. 33.

3. Cf. *Ét.*, liv. II, ch. 31 (ci-après t. II, p. 437). *Jostice et Plet* emploie aussi *sergent* dans le même sens : « Il convient que cil « soit apelez *juges* qui est en aucun poer; si come l'en fit meors, « *serganz*, prevotz, baillis, et autres qui governent le pueple » (p. 77). Cf. la définition du *meor*, *Ibid.*, p. 69, avec les derniers mots : « *Et autreten est l'ofice de vaerie.* »

Source BIU Cujas

disent les textes carolingiens, ne jugera aucun procès touchant aux questions de liberté ou de propriété immobilière, ou pouvant entraîner une condamnation à mort[1]. L'Usage d'Orléanais nous dit à son tour : on ne plaidera pas de *servage* par-devant les sergents, « car il ne puent, ne ne « doient quenoistre de tel querele où on pert *heritage*[2], » rédaction un peu hâtive et défectueuse qui s'explique soit par l'habitude où l'on était de réunir par la pensée les questions de liberté et de propriété qui échappaient toutes deux à la compétence des sergents, soit par le sens large du mot *heritage* qui pouvait fort bien comprendre les droits sur les serfs.

Hauts justiciers. — Les hauts justiciers ou barons répondent assez exactement aux anciens comtes et vicomtes de l'époque mérovingienne ou carolingienne : les uns en descendent en droite ligne, comme les comtes d'Anjou : les autres se sont formés sur leur modèle : les barons se transmettent héréditairement les droits que les *Comites* tenaient du roi.

Ici encore le fonctionnaire carolingien s'est dédoublé :

Aux anciens *Comites* correspondent, dans l'ordre féodal, les barons[3] ; dans l'ordre hiérarchique de l'administration

1. « Ut ante vicarios nulla criminalis actio diffiniatur, nisi tan- « tum leviores causæ quæ faciliter possunt judicari. » (Capit. de 801, dans Baluze, t. I, p. 354.) « Ut nullus homo in placito « centenarii, neque ad mortem, neque ad libertatem suam amit- « tendam, aut ad res reddendas, vel mancipia judicetur ; sed ista « aut in præsentia comitis vel missorum nostrorum judicetur. » (Capit. de 810 et de 812, dans Pertz, *Leges,* t. I, pp. 162, 171.) Cf. capit. de 817, *Ibid.,* p. 215 ; Ansegise, *Ibid.*, p. 316, note ; Lib. Pap. Karoli magni, dans Pertz, *Leges,* t. IV, p. 304.

Les capitulaires peuvent se ressentir ici des idées romaines sur les *pedanei.* Comp. *Code de Justinien,* III, III, 2.

2. *Ét.,* liv. II, ch. 31.

3. *Ét.,* liv. II, ch. 33.

Source BIU Cujas

royale, les baillis : le bailli[1] rappelle de très près le *Comes :* comme lui, il préside la cour et, comme lui, il s'abstient de juger[2].

3. *La noblesse.*

Toute la population se divise en trois classes : les serfs (sur le compte desquels nos textes nous apprennent peu de chose), les coutumiers (expression angevine) ou libres non nobles, et les gentilshommes.

Les gentilshommes sont, à mon sens, ceux des anciens hommes libres dont la famille possède depuis longtemps des fiefs : cette fraction des libres la plus riche, la plus puissante s'est élevée peu à peu. Elle forme une classe à part, mais non encore fermée : et les simples coutumiers y arrivent sans peine ou plutôt y acheminent leurs descendants. Qu'ils achètent une terre féodale, et ils jouiront avec les gentilshommes du privilège de siéger comme juges : c'était aussi, au temps de Charlemagne, le privilège exclusif des hommes libres[3]. Qu'ils se recommandent à un seigneur ou, comme dit notre Coutume, qu'ils mettent leur bien en la foi d'un seigneur et, à la troisième génération, leurs successions se

1. *Ét.,* liv. II, ch. 16. Le baron s'abstient de juger, comme le bailli; voyez *Ét.,* liv. I, ch. 109.

2. Capit. de 803, art. 4, dans Baluze, t. I, col. 396; 2e capit. de 813, art. 13, dans Pertz, *Leg.*, t. I, p. 188. Cf. le texte d'un jugement reproduit dans Baluze, t. II, col. 953. — M. Mignet a déjà signalé très nettement cette relation entre le bailli et l'ancien *comes.* (Mignet, *De la féodalité, des inst. de saint Louis,* pp. 95, 239.)

3. Les expressions *secundum judicium Francorum, coram francis hominibus,* se rencontrent souvent dans les diplômes et les capitulaires pour désigner les hommes qui siègent dans les tribunaux des comtés. Capit. de 809, art. 1er, dans Pertz, *Leg.,* t. I, p. 155. — Cf. le même texte dans Baluze, t. I, col. 468 (art. 30), col. 469 (art. 1er), et dans le capit. d'Anségise, liv. III, c. 47 (Baluze, t. I, col. 763); capit. d'Anségise, liv. III, c. 51 (Baluze, *Ibid.,* col. 764).

Source BIU Cujas

partageront noblement des deux tiers au tiers, et non plus par parts égales, comme entre roturiers[1]. Dès lors, l'anoblissement sera consommé par assimilation : tel est, du moins, mon sentiment.

Il est tout probable que les mêmes usages avaient cours en Orléanais au XIII^e siècle : ce qui est certain, c'est que la terre y anoblissait[2] : par conséquent un roturier pouvait y acquérir des fiefs.

L'anoblissement angevin (et probablement orléanais), à la troisième génération, est fort remarquable. Je dois rappeler ici que, d'après un capitulaire de Charlemagne applicable à la loi des Ripuaires[3], c'est aussi à la troisième génération que le descendant de l'affranchi arrivait à la pleine ingénuité. Même idée chez les Romains : ce n'est pas le fils,

1. *Ét.*, liv. I, ch. 147. Cf. liv. I, ch. 25, *in fine*. Les mots du liv. I, ch. 146 « por coi il soit gentis hom » permettent encore de conclure que le propriétaire d'un fief peut n'être pas gentilhomme. Du reste, les preuves abondent. Sur l'exclusion des roturiers des cours judiciaires quand ils ne sont pas fieffés voyez *Ét.*, liv. I, ch. 142. Sur leur droit de siéger quand ils ont des fiefs, voyez encore *Ét.*, I,142, *in fine*.

Plus tard, on s'aperçoit bien que la famille roturière propriétaire de fiefs n'arrive cependant pas à la noblesse (Cout. d'Anjou de 1462, VII^e part. dans ms. fr. nouv. acq. 4172).

Sur ce fait que la notion de la noblesse s'est dégagée peu à peu de l'idée de pleine liberté cf. Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. I^er, 1865, p. 188 et suiv.; t. II, Kiel, 1870, pp. 298, 299.

2. « Aucuns est frans et dignes por la reson de l'eritage qu'il « tient, tout ne soit il pas par la reson de son cors ne des ances- « sors » (ms. *successors*). (*Jostice et Plet*, p. 66.)

3. « Homo denarialis non ante hereditare in suam agnationem « poterit, quam usque ad tertiam generationem perveniat. » (Capit. de 803, c. 10 (cf. c. 11) dans Pertz, *Leg.*, t. I, p. 118); c'est-à-dire probablement : « Les collatéraux n'héritent de l'affranchi qu'à la troisième génération. » (Cf. Zoepfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. I, 1871, p. 155.) — Ce texte est difficile. Guérard comprenait : « L'affranchi est inhabile à succéder avant la troisième génération. » (*Polypt. d'Irminon*, t. I, pp. 372, 375.)

Source BIU Cujas

c'est le petit-fils de l'affranchi qui est complètement assimilé à l'ingénu[1]. Ce prototype s'offrait donc de deux côtés à la fois : il devait presque forcément être adopté par cette race nouvelle d'ingénus, par ces *francs hommes de France*, qu'on appela les nobles.

Déjà dans Tacite, dans plusieurs lois barbares, celles des Frisons et des Thuringes[2] notamment, dans un capitulaire de Charlemagne[3] relatif aux Saxons, le noble est nettement distingué de l'homme libre. Tout indique que chez les Francs la noblesse proprement dite se forma plus tardivement[4].

En Gaule, les anciens libres devenus nobles étaient surtout des libres de race barbare plutôt que de race romaine : c'est là, du moins, ce qu'ils disaient au XIII^e^ siècle[5], et je pense qu'ils ne se trompaient pas.

Les nobles sont soumis en Anjou-Touraine à des peines plus fortes que les roturiers : ils confisquent leurs meubles dans les cas où le roturier ne paye qu'une amende de 60 s.[6].

1. On pourrait croire que Justinien a changé cet état de choses, car cet empereur déclare, dans les *Institutes,* que le fils de l'affranchi est ingénu (*Inst.,* I, IV) ; cependant, même dans le dernier état du droit romain, le fils de l'affranchi est dans une position inférieure à l'ingénu proprement dit, puisqu'il peut être privé de la liberté pour cause d'ingratitude. (*Code de Just.,* VI, VII, 4.) — Pour le droit romain antérieur à Justinien, voyez les textes réunis par Demangeat (*Cours élém. de droit romain,* t. I, p. 180).

2. *Loi des Frisons,* 1, 2, 3, dans Pertz, *Leg.,* t. III, p. 656 ; *Loi des Thuringes,* tit. I, art. 1, 2, édit. Gaupp, p. 293.

3. Art. 16, 18 dans Holstenius, *Collectio rom. bip.*, 2^e^ part., pp. 181, 182.

4. En sens contraire Savigny dans *Vermischte Schriften,* IV, 31.

5. Dans un manifeste de la noblesse française contre le clergé (année 1246), je lis : « Jurisdictionem secularium principum sic « absorbent ut *filii servorum secundum suas leges judicent liberos et « filios liberorum, quamvis secundum leges priorum triumphatorum « deberent a nobis potius judicari.* » (Huil.-Bréholles, *Historia diplomatica Friderici secundi,* t. VI, pars I, 1860, pp. 467, 468.)

6. *Ét.,* liv. I, ch. 54, 107, 158.

Source BIU Cujas

Déjà, dans un capitulaire saxon de Charlemagne, le noble encourt des amendes doubles de celles du roturier[1] : cet usage est en opposition directe avec les tendances du droit criminel romain qui traite les *honestiores* beaucoup plus favorablement que les *humiliores*[2]. Je le retrouve dans Beaumanoir[3] et dans certaines Coutumes[4]. Il est destiné à être remplacé par l'idée romaine : c'est un principe juste qui cédera la place à une évidente iniquité.

Le droit pénal orléanais du XIIIe siècle se ressent déjà des influences romaines : les amendes y sont égales pour tous, et même on a recueilli en tête des *paines de la duchée d'Orleans* une idée romaine très défavorable aux petits : il est vrai que cette idée on l'a atténuée et rendue moins odieuse[5].

Au seul noble est réservé le droit d'être fait chevalier : le chevalier, c'est tout simplement le cavalier, c'est l'ancien homme libre assez riche pour s'équiper complètement à che-

1. Capitulaire saxon, art. 18, 19, 20, dans Luc Holstenius, *Collectio rom. bipartita,* 2e part., p. 182.

2. Voyez le beau mémoire de M. Victor Duruy sur la *Formation historique des deux classes de citoyens romains désignés dans les Pandectes sous les noms d'Honestiores et d'Humiliores,* Paris, 1878.

3. Beaumanoir, édit. Beugnot, t. I, pp. 417, 420.

4. *Très anc. cout. de Bretagne,* 2e part., ch. LV.

5. Voici le texte du Digeste : « Sed hæc quatuor genera consi-« deranda sunt septem modis causa, persona, loco, tempore, qua-« litate, quantitate et eventu..... Persona dupliciter spectatur ejus « qui fecit, et ejus qui passus est : *aliter enim puniuntur ex iisdem « facinoribus servi quam liberi.....* » (*Dig.,* XLVIII, XIX, 16, § 1.) Voici l'arrangement orléanais : « Et por ce est il resons « que paines soient establies par sept manieres : la premere, par « cause; la segonde, par personne; la tierce, par lieu; la quarte, « par tens; la quinte, par quantité; la siste, par qualité; la sep-« time, par aveinture..... Par personne, si comme *une personne « est plus dine que autre et mains maufesanz.* » (*Jostice et Plet,* pp. 277, 278.) *Plus dine et mains maufesanz,* c'est un compromis, un essai de transaction entre le droit romain et l'équité.

Source BIU Cujas

val[1]. Aussi l'éperon est-il son attribut essentiel : nous voyons dans une chanson de geste le chevalier vainqueur couper l'éperon du vaincu. Celui-ci, offensé dans son honneur, pousse un cri d'indignation, de colère, et rappelle le nom noble de son père :

« Avois ! s'escrie, ne fui je fiz Grifon,
« De Hautefoille le nobile baron[2] ? »

Suivant la Coutume d'Anjou, on coupe sur un fumier l'éperon de l'homme libre, fils d'un coutumier et d'une mère noble qui, sans droit, s'est dit ou s'est fait chevalier :

« Se aucuns hom estoit chevaliers, et ne fust pas gentis « hom de parage, tout le fust il de par sa mere, si ne le por- « roit il estre par droit ; ainz le porroit prandre li rois ou li « bers en qui chastelerie ce seroit, et li feroit par droit ses « esperons tranchier sus 1 femier[3]... »

Ainsi, la pleine noblesse se transmet par le père et non par la mère : cette dernière règle s'est fixée assez nouvellement : au siècle précédent, on attribuait aussi le droit d'être fait

1. « Et stetit ut ille homo qui habet septem casas massarias ha- « beat loricam suam cum reliqua conciatura sua, *debeat habere et* « *cavallos ;* et si super habuerit, per isto numero debeat habere *ca-* « *ballos* et reliqua armatura.

« Item placuit, ut illi homines, qui non habent casas massarias « et habent quadraginta jugis terræ, *habeant cavallum* et scutum « et lanceam.

« Item, de minoribus hominibus principi placuit, ut si possunt « habere scutum, habeant coccora cum sagittas et arcum.

« Item de illis hominibus qui negotiantes sunt et pecunias non « habent : qui sunt majores et potentes, *habeant loricam et caval-* « *los*, scutum et lanceam ; qui sunt sequentes habeant *caballos,* « scutum et lanceam ; et qui sunt minores, habeant coccoras cum « sagittas et arcum. » (Capit. d'Astulf de 750 dans Boretius, *Beitræge zur Kapitularienkritik,* p. 165 ; cf. *Ibid.,* pp. 163, 164, 154, 133, 134.)

2. *Gaydon*, édit. Guessard et Luce, pp. 49, 50.

3. *Cout. de Touraine-Anjou,* § 123 ; *Ét.*, liv. I, ch. 134.

Source BIU Cujas

chevalier au fils de la femme franche[1] : les deux idées de noblesse et de liberté ne s'étaient point encore parfaitement séparées à ce point de vue, et on appliquait parfois à la noblesse la théorie de la transmission de la liberté par la mère[2].

On remarquera que la langue de la Coutume angevine porte encore la trace évidente de l'origine que j'assigne à la noblesse : *franchir* y est synonyme d'*anoblir* : « Usages « n'est mie que fame *franchisse* home. Mais li hom *fran-* « *chist* la fame; car s'uns hom de grant lignage prenoit la « fille à un vilain à fame, si enfant porroient bien estre « chevalier par droit, se il voloient[3]. »

Le droit orléanais du XIII^e^ siècle ne me fournit pas ici de point de comparaison.

1. Je fais allusion à ces vers du *Livre des manieres :*

Franc hom de franche mere nez
S' à chevalier est ordenez,
Peiner se deit, s'il est senez,
Qu'il ne seit vils ne degenez.

(Talbert, *Le livre des manieres, par Etienne de Fougeres, évêque de Rennes,* 1168-1178, Paris, 1877, p. 24.) On serait tenté d'apercevoir dans les *Établissements* un souvenir de cet état de choses : il est question, au ch. 25 du livre I^er^, de descendants d'une femme noble et d'un roturier qui arrivent à la noblesse à la troisième génération : mais cela tient à la présence d'un fief (venant de la mère) aux mains de ces roturiers plutôt qu'à la circonstance que leur aïeule était noble. — On a soutenu récemment que l'art. de la Coutume de Meaux relatif à la noblesse utérine était emprunté aux *Établissements* de saint Louis. (Labour, *La noblesse coutumière spécialement dans l'ancien bailliage de Meaux,* p. 6.) Rien de plus faux.

2. La théorie de la noblesse *paternelle* se serait-elle formée sur le système romain des familles sénatoriales et d'après le principe : « Si ex filia senatoris natus sit, spectare debemus patris ejus con- « ditionem. » (*Dig.,* I, IX, 10)? Il faut se rappeler aussi que, chez les Germains, il ne pouvait y avoir d'enfants libres nés d'une femme libre et d'un serf.

3. *Ét.,* liv. I, ch. 134.

Source BIU Cujas

Si, à la guerre, le noble monte à cheval[1], le roturier n'est pas, pour cela, exempt du service militaire : dans notre Coutume d'Anjou, l'obligation d'aller à l'ost du roi pèse encore sur tous comme au temps des Capitulaires[2] : chaque maison doit fournir un homme[3].

La vieille amende carolingienne de 60 s. reste, en ce cas comme en bien d'autres, la peine encourue par le soldat qui ne rejoint pas[4]. Ces 60 s. valent beaucoup moins sans doute qu'au temps du grand empereur : on voit des Manceaux s'exposer de gaieté de cœur à cette peine, afin de satisfaire leur piété : ils assistent au Mans à une translation des reliques de saint Julien, au lieu de se rendre à l'armée : « Elegerunt magis utrique periculo subjacere, quam diu desideratam translationem patroni sanctissimi non videre[5]. »

Aucun point de comparaison dans le droit orléanais.

4. *L'enfant d'une femme libre est libre.*

Nos textes sont très sobres de renseignements sur les

1. Les roturiers, au XIII[e] siècle, ne font le service à cheval qu'exceptionnellement. (Boutaric, *Instit. mil. de la France,* p. 151.)

2. Cf. Boretius, *Die Wehrpflicht unter den Karolingern* dans *Beitræge zur Kapitularienkritik,* p. 71 et suiv.

3. Au baron le roturier ne doit que le service d'un jour. De ce service réduit rapprochez l'art. 27 d'un capit. de 864, dans Boretius, *Ibid.*, p. 164.

4. *Ét.,* liv. I, ch. 65. Cf. notamment un capit. de 825, c. 1, dans *Boretius, Beitræge zur Kapitularienkritik,* p. 167.

5. *Actus pontificum Cenom. in urbe degentium*, dans Mabillon, *Vetera analecta,* 1723, p. 332. Je dois ajouter que le chroniqueur paraît croire à des châtiments bien plus durs : « Præterea cum « cives ipsos sub interminatione poenae corporum et amissionis « rerum in exercitum trahere vellet princeps. » Je me persuade qu'il peut bien y avoir là quelque exagération pieuse, et qu'en finançant de 60 s. avec un petit supplément pour la justice, le réfractaire devait être quitte. J'ajouterai cependant que le chroni-

Source BIU Cujas

hommes libres en général et sur les serfs. Dans cet ordre d'idées, un chapitre du livre II est le seul passage qui attire mon attention : il résulte de ce chapitre que le droit orléanais reconnaît cette maxime : *l'enfant d'une femme libre est libre.*

Nous déterminerons assez facilement l'origine de cette règle : il nous faut, dans ce but, rappeler quelques idées romaines :

Plusieurs jurisconsultes romains ont posé une série de principes qui s'enchaînent assez bien dans l'ordre suivant :

Lorsqu'il n'y a pas *connubium* entre le père et la mère, l'enfant suit la condition de la mère[1].

Or, il n'y a jamais *connubium* entre une femme libre et un esclave.

Par suite, tout enfant né d'une femme libre et d'un esclave est libre[2].

Plus généralement encore, l'enfant né d'une mère libre est toujours libre[3]; car, s'il est né d'un mariage légitime, il est nécessairement libre, puisqu'il n'y a mariage légitime qu'entre personnes de condition libre : s'il est né hors mariage (d'un père libre ou d'un père esclave), il est encore libre puisqu'il suit la condition de la mère.

Ainsi se résume, se condense toute une doctrine qui a trouvé son expression rigoureuse dans la législation de Justinien.

Mais ce courant d'idées n'est pas unique, n'est pas universellement admis dans l'empire romain :

Constatons tout d'abord qu'aux termes du sénatus-con-

queur manceau nous parle de l'administration de Charles d'Anjou (1254) ; elle pouvait être plus dure que celle du roi.

1. Fragments d'Ulpien, V, § 8.

2. *Inst. de Just.*, I, IV, Prœm. Dans le même sens, *Code de Théod.*, IX, IX, 1, § 2.

3. *Dig.*, I, V, 5, § 2.

Source BIU Cujas

sulte Claudien (aboli par Justinien), la femme libre qui entretient des relations avec l'esclave[1] d'autrui et y persiste malgré trois sommations du propriétaire de l'esclave devient esclave elle-même : on serait tenté d'en conclure que l'enfant issu de ces relations et venu au monde au moment où la mère a perdu sa liberté est également esclave. C'est, en effet, la solution rigoureuse : car, lorsque la condition de la mère doit régler celle de l'enfant, on envisage la condition de la mère au moment de l'accouchement et non au moment de la conception[2]. Cependant certains jurisconsultes[3] dont l'opinion finit par triompher inclinent, en ce cas, vers la liberté, et en font jouir l'enfant. Mais c'est là une décision contraire aux principes, exceptionnellement favorable. Ni Gaius[4], ni Ulpien[5] ne paraissent l'accepter. D'ailleurs, la pratique fut évidemment moins débonnaire, moins tutélaire : la mère étant esclave, l'enfant dut être élevé parmi les esclaves. De là à le tenir également pour esclave, il n'y avait qu'un pas. Ainsi le sentiment de la réalité, le sentiment de la pratique des choses nous ramène à l'opinion juridique de Gaius : mais il ne s'agit encore que d'un cas tout particulier, celui d'une femme qui a conçu étant libre, et qui a accouché étant esclave[6]. Voici maintenant une solution qui heurte directement les principes que j'ai posés plus haut : une loi locale, mentionnée par Gaius, veut que si une femme libre a des enfants d'un *servus alienus* qu'elle sait esclave, ces enfants soient esclaves. Il n'est point dit ici que la mère perde la

1. Invito et denuntiante domino ejus. (Gaius, *Com.*, I, 91.) Cf. *Code de Théodose*, IV, XI, 6.

2. Fragments d'Ulpien, V, § 10.

3. Sent. de Paul, liv. II, tit. XXIV, §§ 2 et 3 ; Marcien au *Dig.*, I, V, 5, §§ 2 et 3.

4. *Com.*, I, §§ 89, 91.

5. Fragments d'Ulpien, tit. V, § 10.

6. Sur le sénatus-consulte Claudien voyez Gaius, *Com.*, I, 84, 91 ; *Code de Just.*, VII, XXIV.

Source BIU Cujas

liberté, et même le contraire paraît certain[1]. De son côté, l'*Interpretatio* wisigothique du Code de Théodose déclare formellement que les enfants d'une femme libre et d'un esclave sont esclaves eux-mêmes, « quia ad inferiorem personam vadit origo[2]. »

Ainsi, la loi dont parle Gaius (et probablement l'*Interpretatio* du Code de Théodose) nous place en présence d'un second courant de jurisprudence romaine ou au moins romano-provinciale tout contraire au premier et défavorable à la liberté.

Si maintenant nous comparons au droit romain les lois barbares, nous constatons qu'elles sont en parfaite harmonie avec ce dernier courant d'idées. Ces lois font esclaves les enfants d'une femme libre et d'un esclave, et, d'ordinaire, la femme, en ce cas, perd, de son côté, la liberté[3]. Faut-il apercevoir ici une influence romaine ou bien admettre que

1. Sed illa pars ejusdem legis salva est, ut ex libera et servo alieno quem sciebat servum esse, servi nascantur. *Itaque apud quos talis lex non est, qui nascitur, jure gentium matris conditionem sequitur, et ob id liber est.* (Gaius, *Com.*, I, 86.) M. Demangeat conclut de ce passage que la femme libre dont il s'agit ici est non une *civis romana* ou *latina*, mais une *peregrina*. (Dèmangeat, *Cours élém. du droit romain*, t. I, 3e édit., p. 184.) Je ne vois rien qui s'oppose à cette interprétation. Tout ce que j'ai dit dans le texte l'admet implicitement.

2. Hænel, *Lex Rom. Wisig.*, pp. 114, 115. (*Code de Théodose*, IV, VIII, 3.) L'*Interpretatio* remonte à un texte dont la rédaction se place entre les années 438 et 450 de J.-C. (Cf. Fitting, dans *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XI, p. 247.)

3. Texte postérieur à la loi Salique dans Behrend, *Lex Salica*, p. 114; *Edict. Langob.*, dans Pertz, *Leg.*, t. IV, p. 188 (cf. Adelchis principis cap. I dans Pertz, *Ibid.*, p. 211); *Lex Alamannorum Karolina*, tit. VIII; *lex Alam. a Hlothario constituta*, tit. XVIII, dans Pertz, *Leg.*, t. III, pp. 50, 51, 136. Pour le droit germanique voyez les textes réunis par Merkel dans Pertz, *Leg.*, t. III, p. 136, en note, et par Zoepfl, *Alterthümer des deutschen Reichs und Rechts*, t. II, 1860, p. 228 et suiv.

Source BIU Cujas

les idées des Barbares sur ce point étaient par elles-mêmes en harmonie avec certaines doctrines et certaines habitudes romaines ou, si l'on veut, romano-provinciales défavorables à la liberté ? Cette seconde explication me paraît de beaucoup la plus probable : mais je n'insiste pas ; ce petit problème ne touche qu'indirectement à mon sujet.

Ce qui n'est pas contestable, c'est que les textes du moyen âge où je rencontre la solution favorable à la liberté s'inspirent du droit romain. Cette doctrine, en effet, ne saurait découler ni du droit germanique où triomphe l'idée tout opposée, ni du droit canonique ancien[1] qui a subi l'influence des courants hostiles à la liberté. Nous avons eu occasion de constater dans le livre précédent que cette solution libérale avait cours dans le Dunois au XI^e^ siècle, et qu'elle se retrouve dans l'*Usage d'Orlenois*[2] (voyez ci-dessus, pp. 45 et suiv.). Sans répéter les détails que j'ai donnés sur la doctrine dont s'inspire le ch. 31 au liv. II des *Etablissements,* je constate ici qu'elle est bien romaine : les enfants issus d'un père serf de Sainte-Croix ou de Saint-Aignan sont les seuls qui ne jouissent pas pleinement du bénéfice de l'idée romaine : leur condition est exceptionnellement défavorable, car, bien que la mère soit libre, soit femme le roi, la moitié d'entre eux est vouée à la servitude.

La Coutume de Touraine-Anjou ne traite pas la question : mais une formule angevine et une formule inédite que je

1. *Décret de Gratien,* secunda pars, causa XXXII, quaest. XV, can. 15. « Filii ex libero et ancilla servilis conditionis sunt. Sem- « per enim qui nascitur deteriorem partem sumit. » Cf. concile de Pavie de 1018, c. 3 dans Labbe et Cossart, *Sacros. conc.,* t. IX, col. 829. Benjamin Guérard cite ici à tort un concile de Pise (*Polypt. d'Irminon,* t. I, p. 407, note 10). Quant à la date de 1018, elle a été établie par Giesebrecht. (Cf. Hefele, *Hist. des conc.*, trad. fr., t. VI, p. 250.)

2. Même solution romaine dans Beaumanoir, ch. XLV, édit. Beugnot, t. II, pp. 232, 233.

Source BIU Cujas

crois tourangelle y ont trait. Dans la formule angevine de beaucoup la plus ancienne, on voit déjà des maîtres reconnaître ou concéder la liberté aux enfants à naître d'une femme libre qui épouse un serf : la femme elle-même reste libre[1]. Un capitulaire de l'an 803 vise les actes de ce genre et s'efforce de les limiter[2]. Et, de fait, le sentiment favorable à la liberté ne paraît pas avoir obtenu un triomphe définitif dans cette région ; car cette formule tourangelle (commencement du XI[e] siècle[3]) dont je viens de parler nous montre, au contraire, un maître qui, affranchissant sa serve, lui interdit le mariage avec tout serf ou collibert, sous peine de retomber elle-même en servitude et d'y entraîner ses enfants.

CHAPITRE VI.

EXAMEN DES TEXTES RELATIFS A LA PROCÉDURE.

SECTION PREMIÈRE. — FAITS PRIMITIFS.

La procédure, que j'appellerais volontiers l'écorce du droit, offre presque toujours aux investigations historiques un champ très fertile : les mœurs et la culture d'un peuple se lisent dans sa procédure.

Si nous interrogeons ici nos textes, ils nous livreront du premier coup certains faits qui nous reportent aux origines les plus reculées : ces trois faits sont : la guerre privée (à laquelle je rattache l'assurement et le duel), la saisie du gage et le *cri*.

1. Form. andegav. LVIII dans Giraud, *Essai sur l'hist. du droit français*, t. II, pp. 458, 459.

2. Pertz, *Leg.*, t. I, p. 122.

3. « Si autem coliberto nupxerit, mox ipsa et fructus ejus ad « jugum servitutis rediguatur. » (Bibl. de Tours, ms. 659, avant-dernière formule.)

Source BIU Cujas

1. *Guerre privée. Assurement.*

La guerre privée, ce procédé sauvage qui préexiste à toute procédure judiciaire, que nous trouvons déjà mentionné dans Grégoire de Tours[1] et qui perce à travers les Capitulaires[2], est admise entre gentilshommes par la Coutume d'Anjou[3] : l'essai de limitation qu'elle y apporte remonte à un temps où cet usage barbare était profondément enraciné dans les mœurs : il est dit que le vassal perd son fief s'il entre en guerre contre son suzerain avec d'autres auxiliaires que des membres de sa famille. D'où je conclus que même la guerre du vassal contre son suzerain n'est pas formellement et dans tous les cas proscrite. La guerre des vassaux entre eux, celle d'un vassal contre tout autre personnage que son suzerain paraît pleinement libre. Contre le roi lui-même la guerre est légitime s'il a refusé de dire droit à son vassal, s'il a commis un déni de justice[4].

Le droit orléanais est plus avancé que le droit angevin : c'est à peine si la guerre privée s'y laisse deviner. *Jostice et Plet* mentionne à deux reprises les guerres que « le droit ne

1. Grég. de Tours, V, 33, IX, 19. Cf. Dahn, *Fehde-gang und Rechts-gang der Germanen,* Berlin, 1877, pp. 17 et suiv., 25 et suiv.

2. Capit. de l'an 813, c. 20, dans Pertz, *Leges,* t. I, p. 189. Sur les efforts de la législation mérovingienne et carlovingienne contre la guerre privée, voyez Bethmann-Hollweg, *Der germ.-rom. Civil-prozess im Mittelalter,* t. I, pp. 464, 465.

3. *Cout. de Touraine-Anjou,* § 21, 42; *Ét.,* liv. I, ch. 31, 52. Cette partie de la Coutume est consacrée à la noblesse. Cf. Beaumanoir, ch. LX, édit. Beugnot, t. II, p. 365.

4. *Ét.,* liv. I, ch. 53. Le déni de justice est un acte délictueux tout spécial mentionné dans les lois des Saliens, des Burgondes, des Anglo-Saxons, des Lombards, des Wisigoths. (Cf. Cohn, *Die Justizverweigerung im altdeutschen Recht.*) On pourrait dire de cette prévision du déni de justice qu'elle est d'origine germanique.

Source BIU Cujas

peut souffrir » : assurément le jurisconsulte voudrait proscrire par ces termes vagues la guerre privée[1]; mais, ailleurs, en parlant des trêves, il nous révèle le véritable état de choses[2] et nous prouve que les efforts civilisateurs d'hommes éclairés n'avaient point réussi à abolir dans la région d'Orléans les guerres privées.

L'Usage d'Orléanais trahit peut-être un nouvel effort et paraît assez clairement interdire ces luttes barbares[3].

On ne conçoit guère entre nations ou entre particuliers un état de guerre continu sans nulle interruption. La guerre est forcément coupée par des intervalles de paix ou trêves : enfin, elle aboutit à des traités de paix définitifs. L'assurement correspond fort bien à ces paix provisoires ou définitives qui supposent une guerre antérieure. Cette institution figure dans la Coutume d'Anjou, dans l'Usage d'Orléanais et dans *Jostice et Plet :* elle est d'ailleurs universelle à cette époque.

L'assurement s'offre ici à nous métamorphosé par des influences civilisatrices : il est devenu un moyen de répression des guerres privées vraiment très remarquable : la trêve ou paix s'est faite instrument de guerre contre la guerre. J'ajouterai donc, en décrivant l'assurement, un complément indispensable à ce que je viens de dire de la guerre privée : je limiterai, je préciserai : sans doute, la guerre privée est de droit : cependant, grâce à l'institution de l'assurement, elle n'est pour ainsi dire reconnue que si telle est la volonté des deux parties : pour peu que l'une d'elles désire s'y soustraire, elle a grande chance d'y parvenir par la voie de l'assurement : elle assignera l'ennemi devant le juge, et celui-ci ordonnera à l'adversaire de faire assurement, c'est-à-dire de conclure une paix forcée : que ce dernier obtempère à cette

1. *Jostice et Plet,* pp. 112, 305. Cf. p. 280.
2. *Ibid.,* p. 83.
3. *Ét.,* liv. II, ch. 38.

Source BIU Cujas

invitation ou qu'il s'y refuse, tout dommage causé désormais au plaignant sera imputé à la partie adverse : il y aura, dès lors, cas de trêve enfreinte, « une des granz traïsons qui soit, » et, en Anjou, le coupable sera pendu[1].

On voit que la guerre privée trouve une limite efficace dans l'assurement ordonné à la requête de l'une des parties.

L'idée de ces trêves ou paix imposées par l'autorité date de loin : les Lombards[2] les connaissaient : mais ce mode de pacification s'est singulièrement développé au XIIIe siècle[3] : en 1245, le pape Innocent IV écrit aux évêques de Tournai et d'Utrecht[4] de forcer les clercs de ces diocèses à accorder des trêves quand ils en sont requis. La même année, saint Louis[5] va plus loin : il ordonne à ses baillis de faire conclure des trêves de cinq ans quand même ils ne seraient saisis par aucune des parties, — cette mesure est prise en prévision de

1. *Ét.*, liv. I, ch. 31.

2. « Si judex, aut actor publicus in qualicumque civitate aut « loco inter homines qui aliquam discordiam habent, treugas « tulerit, et unus ex ipsis hominibus, inter quos ipsæ treugæ latæ « sunt, eas ruperit, medium de ipsis treugis componat in publico, « et medium illi cujus caussa est. Et ipse treugæ non sint minus « quam solidi CCC. (Édit. Pertz, CC.) Qui autem forsitan amplius « pro majoribus caussis ponere voluerit, sit ei licentia. » (*Leges Liutpr.*, liv. V, tit. XIII (al., ch. 42), dans Walter, *Corpus*, t. I, p. 774, et dans Pertz, *Leg.*, t. IV, p. 126.) Peut-être faut-il rapprocher la formule angevine v dans Giraud, *Essai sur l'hist. du droit français*, t. II, p. 436. Toutefois le sens de cette formule me laisse quelques doutes.

3. Il avait pour parallèles et pour auxiliaires d'autres procédés civilisateurs dont je n'ai pas à m'occuper, parce que nos textes n'en parlent pas : les trêves ou paix de Dieu, les quarantaines le roi, etc.

4. *Académie royale de Belgique, Compte-rendu des séances de la Commission royale d'histoire*, 4e série, t. II, 4e bulletin, 1874, pp. 110, 195.

5. Ordonnance de 1245. Pontoise. — Fragment dans du Cange, Dissert. XXIX, à la suite de l'édit. de Joinville, p. 338.

Source BIU Cujas

la croisade. — Ainsi ne nous étonnons pas de cette jurisprudence angevine qui transforme l'antique trêve entre belligérants en trêve ou paix imposée sur la demande d'une des parties. Cette métamorphose correspond à un progrès, à un effort général de civilisation : l'institution se présente sous le même aspect dans le droit orléanais[1].

Nos textes sont un peu vagues et ne distinguent pas l'assurement proprement dit ou *plein assurement* de la *trêve :* Beaumanoir, plus précis, n'omet pas cette distinction[2] : mais il est probable que les représentants de l'autorité aimaient jusqu'à un certain point cette confusion, ces termes vagues qui permettaient d'assimiler toute trêve à une paix.

L'assurement survécut aux guerres privées[3] et devint une sauve-garde spéciale, une façon de protection plus efficace. Ce fut aussi en France un des moyens dont se servit l'autorité royale pour gagner du terrain : dès la fin du XIII^e^ siècle, on soutient que la juridiction royale est seule compétente, en cas d'infraction d'assurement[4].

2. *Duel judiciaire.*

C'est la guerre privée en miniature. Il existait chez les anciens Germains[5]. La loi Salique ne le mentionne pas;

1. *Jostice et Plet,* p. 83 ; *Ét.,* liv. II, ch. 29.

2. Ch. LX, 4, édit. Beugnot, t. II, p. 366. Voyez les formules d'assurement dans du Cange, *Ibid.,* p. 340, et dans Brussel, *Usage des fiefs,* p. 856 et suiv.

3. Voyez Blumer, *Der gelobte Frieden und dessen Verletzung nach schweizerischen Rechtsquellen des spæteren Mittelalters*, dans Beseler et Reyscher, *Zeitschrift für deutsches Recht,* t. IX, 1845, pp. 297-310.

4. Acte de 1288 dans Brussel, *Usage des fiefs,* p. 865, note *a.*

5. Il faut méditer ce passage de Velleius Paterculus : « *Et solita « armis decerni jure terminarentur.* » (Velleius Paterculus, liv. II, c. 118.) Cf. Grég. de Tours, liv. VII, ch. XIV; liv. X.

Source BIU Cujas

mais il apparaît déjà dans la loi des Burgondes[1] : et, dès lors, malgré les réclamations qu'il soulève dans la partie éclairée[2] de la population, il tend à se généraliser.

On essaya tout d'abord de justifier cette invasion barbare en disant que le duel épargnait un parjure[3], puisque dans la procédure d'où le duel est banni, chaque partie devait prendre le ciel à témoin de sa bonne foi et de son bon droit. Mais ce moyen de justification perdit vite toute valeur : car la procédure du duel se fixa bientôt de telle sorte[4] qu'aucun duel ne put avoir lieu sans parjure préalable.

Tel était l'état de choses au XIII^e^ siècle dans nos provinces d'Anjou et Touraine : le duel y avait sa procédure et ses formules fixes remontant, pour le moins, au XI^e^ siècle[5]. Il était usité dans un grand nombre de contestations civiles ou criminelles, pourvu que la valeur en litige dépassât 5 sous[6]. Il était même employé comme moyen de recours contre une décision judiciaire : c'est ce qu'on appelait fausser le jugement[7]. Cet appel par le duel est tout barbare[8].

1. *Lex Burg.*, tit. XLV (Walter, *Corpus*, t. I, pp. 324, 325). Cf. *Rip.*, XXXII (34), 4.

2. Cf. notamment concile de Valence (855), de Limoges (994). — *Mém. de la Société des antiq. de Normandie*, XXII, 579, n. 1.

3. *Lex Burg.*, tit. XLV (Walt., I, 324, 325). Acte de 967 dans Guido Padelletti, *Fontes juris italici medii ævi*, t. I, pp. 438, 439.

4. *Ét.*, liv I, ch. 95.

5. Rapprochez de la formule des *Ét.*, liv. I, ch. 95, celle d'un acte de 1044, publié par Mabille (*Cart. de Marm. pour le Dunois*, 1874, p. XXVIII, note 1); dans cet acte de 1044, corrigez probablement *qui me..... tenes* en *quem... teneo*. Rapprochez aussi *Gaidon*, vers 1364, 1365.

6. *Ét.*, liv. I, ch. 122. *Comp.* 32.

7. *Ét.*, liv. I, ch. 83. J'aperçois le duel dans ces mots de I, 83 : « covient qu'il le fausse tout outre. » Il est interdit au roturier de fausser le jugement. (*Ét.*, liv. I, ch. 142.)

8. Voyez Siegel, *Gerichtsverfahren*, 148; Sohm, *Die altdeutsche Reichs-und Gerichtsverfassung*, t. I, pp. 130, 131; Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte*, p. 45.

Source BIU Cujas

L'usage du duel judiciaire est très ancien et très fréquent à Orléans[1], en dépit du mouvement intellectuel et scientifique dont cette ville a été le centre au moyen âge. Il est bien probable que l'*Usage d'Orlenois* était rédigé avant la publication de l'ordonnance de saint Louis, abolitive du duel dans le domaine du roi, et que le duel y figurait comme il figure dans *Jostice et Plet*. C'est, suivant moi, le rédacteur des *Etablissements* ou un premier réviseur qui, assez grossièrement, a remanié les textes pour les harmoniser avec l'ordonnance de saint Louis[2]. Il est bien probable toutefois que la jurisprudence orléanaise abolit l'appel des jugements par le duel au temps où ce mode de recours florissait encore en Anjou : l'auteur de *Jostice et Plet* n'admet même pas la mise en cause du juge ou du jugeur[3]. C'est un effort précoce vers un progrès qui ne se réalisa que beaucoup plus tard.

3. *Saisie du gage.*

La saisie du gage dont j'ai déjà dit un mot au début de ce livre est le droit que possède le créancier de saisir extrajudiciairement, et sans aucune forme de procès, un objet appartenant à son débiteur, si celui-ci n'acquitte pas sa dette.

Ce droit fut un moment supprimé par les lois barbares rédigées au temps des invasions et au contact de la civilisation romaine. La prétention de se faire, en vertu d'un contrat, justice à soi-même, n'était plus de mise à cette époque chez les Romains; c'est, à coup sûr, sous l'action des influences romaines ou plus généralement sous l'action des influences civilisatrices nouvelles, que les premiers légis-

1. Voyez *Jostice et Plet*, p. 90, et *passim*.

2. Cf. *Ét.*, liv. II, ch. 11, 12, et ce que j'ai dit dans le liv. Ier de cette Introduction, ci-dessus, pp. 68, 69, 80.

3. *Jostice et Plet*, p. 331.

Source BIU Cujas

lateurs barbares essayèrent de changer, sur ce point, les usages germaniques[1]. Ils n'y réussirent pas d'une manière définitive. Cette puissance du contrat et surtout du contrat

1. Comparez l'édit d'Antonin le Pieux que cite Callistrate au *Dig.*, XLII, I, 31, et les prescriptions de la loi salique. (Sohm, *Procéd. de la loi salique*, trad. Thévenin, pp. 18, 19, 20.) — Il ne s'agit pas, bien entendu, d'une influence immédiate, directe de l'édit d'Antonin. J'entends seulement d'une manière très générale comparer les deux droits.

Je ne puis adopter l'opinion de v. Meibom et de Sohm qui considèrent comme originelles et primitives chez les Germains les formalités apportées à la saisie du gage (Sohm, *ibid.*, p. 32; v. Meibom, *Des deutsche Pfandrecht*, 1867, pp. 190, 191 et s.). Les larges aspects du droit comparé général ramènent au point de vue de Wilda et de Bethmann Hollweg (*Der germ.-rom. Civilprozess im Mittelalter*, t. I, p. 473). Sir Henry Sumner Maine a expliqué avant moi les formalités judiciaires des lois barbares : il les considère comme des innovations (*Lectures on the early history of institutions*, London, 1875, p. 269). Plusieurs expressions des lois barbares que Sir Henry Sumner Maine n'a pas relevées prouvent, en effet, que ces formalités sont nouvelles : *Sal.* 74, *per ignorantiam; Lex Bajuv.*, XIII, 3 (Pertz, *Leg.*, t. III, p. 315) : ...talis enim praesumptio non debet fieri, *quia hoc scandalum generat; Lex Alam.*, LXXXVI (87), 1 : si quis pignus tulerit *contra legem*. (Walter, t. I, p. 227.)

Enfin les nombreux textes français que v. Meibom n'a pas connus et qui établissent l'existence du droit de gage extrajudiciaire au profit du simple créancier, du créancier privé seraient bien surprenants, seraient inexplicables, si on n'y voyait avec moi un retour vers le germanisme primitif obscurci dans les lois barbares.

La saisie du gage extrajudiciaire est un fait primitif qu'on retrouve chez tous les peuples jeunes; voyez pour les Celtes, *Ancient laws of Ireland, Senchus Mor*, t. I. Dublin, 1865, pp. XLVI-XLVIII; pour les Indiens, Jolly, *Ueber das indische Schuldrecht*, dans *Sitzungs-berichte der phil.-philolog. und hist. Classe der Akademie der Wissensch. zu München*, 1877, livr. III, p. 316.

La *pignoris capio* des Romains n'est qu'un débris de cet état de choses primitif.

Je renvoie, du reste, au beau travail de Sir Henry Sumner

Source BIU Cujas

solennel, puissance admise par les peuples primitifs et, en particulier, semble-t-il, par les Romains eux-mêmes, reparut aussitôt que les populations germaniques établies en Gaule furent abandonnées à ce développement libre et spontané, ou, comme je l'ai déjà dit, en empruntant une heureuse expression à un éminent écrivain, à cette anarchie spontanée d'où est née la féodalité, d'où sont sorties les coutumes du XII^e^ et du XIII^e^ siècle.

Rappelons ici que, dans un contrat, les Germains ne considéraient pas le plège ou fidéjusseur comme engagé subsidiairement, mais bien comme engagé lui-même principalement[1] : ils le mettaient sur la même ligne que le débiteur : d'où il suit que les droits du créancier étaient exactement les mêmes contre le débiteur et contre le plège. Il était certainement armé contre l'un et contre l'autre du droit de saisie extrajudiciaire ; mais, chose curieuse, lorsque cet usage primitif se raviva au moyen âge, il paraît avoir été assez vite, dans quelques localités, déclaré applicable au seul plège et non pas au débiteur principal[2] : ainsi non seulement

Maine sur cette matière et au compte-rendu que j'en ai donné dans la *Revue critique*, année 1880, n° 32.

Si M. Behrend eût tenu compte de ces vues générales, il ne se fût probablement pas donné tant de peine pour expliquer les mots *per ignorantiam* de la loi salique : il s'agit, à mes yeux, de l'ignorance de la défense nouvelle de saisir le gage. (Behrend, *Zum process der Lex Salica*, dans *Festgaben für Aug. Heffter zum III. Aug.*, 1873, pp. 69-71.)

1. Cf. Paulsen, *Beitrag zur Lehre von der Bürgschaft aus dem Nordischen Rechte,* dans *Zeitschrift für deutsches Recht,* t. IV, pp. 125-127, 134, 135; Sohm, *La procéd. de la Lex Salica,* trad. Thévenin, pp. 13, 14. Même droit primitif chez les Romains. (Girtanner, *Die Bürgschaft,* I, *Hist.-Abtheilung,* pp. 119-125.) Justinien, par la nov. 4, créa un droit nouveau bien plutôt qu'il ne rétablit un droit ancien.

2. Peut-être les Burgondes avaient-ils déjà introduit cette singulière restriction (Bethmann-Hollweg, *Der germ.-rom. Civilprozess im Mittelalter,* t. I, 1868, pp. 168, 473). Toutefois cette manière de

Source BIU Cujas

le plège ou fidéjusseur n'avait pas le privilège de discussion, mais sa position était moins favorable que celle du débiteur et, à son égard seulement, le créancier se pouvait faire, sans aucune forme de procès, justice à lui-même. C'était le cas à Orléans, d'après le *Livre de Jostice et Plet :* notre Coutume de Touraine-Anjou ne parle elle-même que de la saisie du gage sur le plège et non point sur le débiteur. Est-ce un pur hasard de rédaction, ou bien le droit angevin présentait-il ici la même particularité que le droit orléanais? Je ne saurais trancher cette question. Mais je puis faire remarquer en passant que, conformément au droit primitif, le bénéfice de discussion n'existe pas dans la Coutume d'Anjou : le rédacteur des *Etablissements* l'introduit subrepticement par une addition au texte[1].

Je ne connais rien de plus piquant que l'étude attentive de la décadence progressive du droit de saisie extra-judiciaire : on le limite à certaines créances privilégiées, on le soumet à certaines formalités qui en altèrent la nature toute barbare : mais, malgré tout, un œil exercé le suit pas à pas à travers ces métamorphoses. Malheureusement cette étude d'archéologie juridique demanderait de trop longs développements pour être abordée ici.

4. *Cri.*

Le *cri* ou, comme on disait en Normandie, la *clameur de haro* nous conduira à des rapprochements plus simples, plus rapides avec le droit moderne. Parmi les institutions ou les

voir me laisse des doutes sérieux : cf., en sens inverse, l'art. 7 de l'édit d'Ambérieux de l'an 501 (édit. Bluhme, 1861, pp. 6, 7, 24).

Cf. *Jostice et Plet,* liv. XIX, ch. XXVI, § 10, ch. XLVI, XLVII, pp. 303, 319, 320, liv. IX, ch. IX, pp. 175, 176. Toutefois, dans le cas de prêt à usage, l'emprunteur peut reprendre extrajudiciairement, une fois le délai du prêt passé, l'objet qu'il a prêté : « Et se « ge ai à aucun presté la moie chose, et le termes passe, je puis « prandre la moie chose. » (*Ibid.,* pp. 175, 176.)

1. *Ét.,* liv. I, ch. 122.

Source BIU Cujas

idées des peuples primitifs, il en est qui sont, à vrai dire, des nécessités de tous les temps ou des notions de sens commun : ces notions, nous ne devrions pas facilement les rejeter ou les délaisser : c'est l'histoire du *cri* ou de la *clameur de haro* qui m'inspire cette observation.

On a beaucoup disserté sur la clameur de haro, sans se douter assurément qu'elle est toujours inscrite dans nos codes : lorsqu'un voleur ou un assassin est poursuivi aux cris de « au voleur, à l'assassin », il y a *cri*, il y a *clameur :* et, dès lors, chacun est tenu de prêter main-forte et d'arrêter le coupable. Voilà, en deux mots, toute la théorie du *cri*. Je la trouve dans les textes mérovingiens, dans les Capitulaires[1], dans les Coutumes de Touraine-Anjou[2], dans l'Usage d'Orléanais[3], dans les Coutumes de Normandie et de Bretagne[4], dans les ordonnances royales[5], et enfin dans nos Codes[6]; car ceux-ci, tout aussi bien que les lois anglaises[7], ont gardé avec beaucoup de raison la théorie traditionnelle et de sens commun du *cri* ou de la *clameur publique*. Par malheur, nos lois ne punissent plus que d'une peine absolument insignifiante[8] le citoyen inactif

1. Pour les textes mérovingiens, carolingiens et normands, voy. une excellente dissertation de M. Guillouard dans les *Mém. des antiquaires de Normandie,* 3e série, t. VIII, pp. 517-521. Joignez *Coutume, style et usage au temps des échiquiers de Normandie,* Caen, 1847, p. 36. Le *cri* des sources françaises correspond au *Gerucht* des sources allemandes.

2. *Ét.,* liv. I, ch. 95.

3. *Ét.,* liv. II, ch. 17, 18.

4. Art. 144, dans Bourdot de Richebourg, t. IV, p. 233.

5. Acte de 1273 dans *Ord.*, t. XI, p. 350. Cf. Beaumanoir, ch. LII, § 16, édit. Beugnot, t. II, p. 293.

6. *Code d'instruction criminelle,* art. 106 ; *Code pénal,* art. 475.

7. Blackstone, liv. IV, ch. XXI. — Cité par Guillouard dans *Mém. des antiq. de Normandie, loco cit.,* pp. 521, 522.

8. Amende de six à dix fr. (*Code pénal,* art. 475.) — M. Guillouard n'est pas tout à fait exact, lorsqu'il regrette « que nous n'ayons pas conservé en France la poursuite par clameur publique. »

Source BIU Cujas

qui, malgré la clameur levée, ne court pas sus au voleur ou à l'assassin, et quelques jurisconsultes renchérissant à leur tour sur l'insuffisance de la loi l'interprètent trop littéralement : ils en méconnaissent l'esprit en prétendant qu'un citoyen n'est tenu de courir sus à l'assassin que s'il en est requis par une autorité publique et compétente[1].

Cette erreur juridique dérive d'une erreur philosophique : on veut séparer fondamentalement, radicalement, les droits de l'État de ceux de l'individu : mais tous ces droits sont connexes : l'Etat, s'il donne mandat à un particulier, reçoit lui-même délégation et mission des particuliers. En deux mots, sans le droit des particuliers, le droit n'existerait pas. Si les guerres privées sont supprimées, c'est que l'État est dûment chargé de remplir, au besoin, le rôle que jouaient les particuliers : on lui a confié avec toute raison et tout bénéfice le monopole des guerres privées.

1. L'art. 475 du Code pénal contient cet alinéa :

« Seront punis d'amende, depuis six francs jusqu'à dix francs « inclusivement : .....

« 12° Ceux qui, le pouvant, auront refusé ou négligé de faire les « travaux, le service, ou de prêter le secours dont ils *auront été* « *requis* dans les circonstances d'accident, tumulte, naufrage, « inondation, incendie, ou autres calamités, ainsi que dans les « cas de brigandage, pillage, flagrant délit, *clameur publique* ou « d'exécution judiciaire. »

M. Ortolan fait porter les mots « *ils auront été requis* » sur l'ensemble de l'article : ce qui, à coup sûr, se soutient grammaticalement et peut être défendu par des raisons dont je ne me dissimule pas la gravité, mais présentera toujours l'inconvénient de ne laisser aucune valeur à l'expression *clameur publique*. (Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. I, 1863, p. 250, § 607.) Le rédacteur de l'art. 475 n'a pas pris la peine de préciser sa pensée et n'a saisi que vaguement l'idée qu'il voulait exprimer. M. Faustin Hélie a bien senti la force des mots *clameur publique* (*Traité de l'instruction crim.*, t. III, 1866, p. 202), et, s'attachant à l'art. 106 du *Code d'instruction criminelle* plutôt qu'à l'art. 475 du *Code pénal*, il a émis une opinion à la fois plus historique et plus juste au point de vue pratique que celle de M. Ortolan.

Source BIU Cujas

C'est encore l'État qui, de nos jours, reçoit du créancier la mission de saisir les biens du débiteur. Sur ce point, on lui a sagement attribué un monopole.

Quant à la poursuite des criminels, je ne vois pas comment, à moins de planter un gendarme sur chaque mètre carré du territoire français, l'individu pourra jamais se dessaisir utilement du droit et du devoir de courir sus à l'assassin et confier exclusivement cette mission à l'État. La fonction nécessaire de l'individu, la fonction du citoyen dépourvu de tout rôle officiel subsiste donc ici et subsistera toujours en dépit des progrès de la culture et de la civilisation : elle subsiste comme un point de repère nécessaire, comme un témoin vivant des droits primitifs : et elle nous sert à vérifier cette profonde parole d'un historien-philosophe : « Tout droit a son origine dans la défense privée[1], » ou plus exactement encore : le droit de l'individu et celui de la communauté coexistent originairement. Il y a entre ces deux droits un courant perpétuel de délégations réciproques.

Si le *cri* ou la clameur de *haro* subsiste encore dans nos codes, cet usage s'est transformé assez vite en Normandie et y a pris un caractère procédurier extrêmement curieux : c'est, à coup sûr, un des plus beaux exploits des procureurs normands d'avoir su mettre la main sur cet usage éminemment populaire et primitif, d'avoir un jour couché sur rôle le *haro*, de lui avoir fait rendre taxe, et d'en avoir tiré toute une procédure[2].

SECTION DEUXIÈME. — PROCÉDURE PROPREMENT DITE.

1. *Ajournements.* — *Délais.*

J'aborde la procédure au sens étroit du mot :

1. Ihering, *L'esprit du droit romain,* trad. franç., t. I, p. 119.
2. *Cout. de Normandie,* dernière rédaction, art. 54-59.

Source BIU Cujas

Les délais sont souvent comptés par *nuits :* cette expression, que je trouve à la fois dans la Coutume de Touraine-Anjou[1] et dans l'Usage d'Orléanais[2], subsiste dans plusieurs coutumes du XVI^e^ siècle[3], et, par suite, elle a gardé un caractère officiel jusqu'en 1789 : ce mode de supputation par nuits était tout à la fois germanique[4] et gaulois[5].

Les délais d'ajournement mentionnés dans la Coutume de Touraine-Anjou dérivent sensiblement des délais carolingiens : il suffit, pour s'en convaincre, de rapprocher un capitulaire de l'an 803[6] du ch. 28 au liv. I^er^ des *Établissements :* nous trouvons, dans le capitulaire de 803, les délais suivants : 7 jours, 14 jours, 21 jours, 42 jours ; dans le ch. 28, les suivants : 7 jours, 15 jours, 40 jours. Louis le Débonnaire, dans un capitulaire postérieur, avait essayé de supprimer la 3^e^ et la 4^e^ sommation. La Coutume de Touraine-Anjou nous prouve que ce capitulaire de 819[7] n'eut pas grand succès.

Dans *Jostice et Plet*, le système des ajournements présente aussi quelques rapports[8] avec les délais carolingiens, mais ces rapports sont plus lointains. L'Usage d'Orléanais n'entre dans aucun détail.

Il faut très probablement apercevoir dans l'un des modes angevins d'ajournement un lointain souvenir des formalités qui accompagnaient l'ancienne *mannitio* germanique : la *mannitio* était l'ajournement donné par la partie et non par

1. *Cout. de Touraine-Anjou*, § 19, ch. 28 ; *Ét.*, liv. I, ch. 28.
2. *Usage d'Orléanais*, § 28 ; *Ét.*, liv. II, ch. 30.
3. Voyez Laurière, *Glossaire du droit français*, t. II, p. 153.
4. Tacite, *De moribus Germ.*, XI.
5. César, *De bello gallico*, VI, 18. — Sur la persistance de cet usage en Allemagne, voyez l'édition de César par Achaintre et Lemaire, t. I, 1819, p. 258, note 4.
6. Pertz, *Leg.*, t. I, p. 443. — Cf. Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess*, t. V, pp. 113, 179.
7. Bethmann-Hollweg, *Ibid.*
8. *Jostice et Plet*, p. 113.

Source BIU Cujas

l'intermédiaire du juge : dans nos textes, c'est toujours le juge qui fait ajourner : la *mannitio* proprement dite n'existe donc plus : mais, dans certains cas graves, il doit y avoir, suivant la Coutume d'Anjou, *ajournement o jugement :* et, dès lors, trois hommes « fievez », ailleurs trois sergents[1], évidemment sergents « fievez » qui sont en quelque façon les pairs du gentilhomme qu'il s'agit de faire comparaître, assigneront celui-ci. Cette nécessité d'ajourner par pairs se retrouve dans beaucoup d'autres textes. Elle a inspiré en dernière analyse cette fiction plaisante :

« Sergent à roy est pair à comte[2]. »

Dans ce besoin qu'éprouvaient les gentilshommes d'être ajournés par leurs pairs, je crois apercevoir quelque débris, quelque souvenir de l'ancienne *mannitio* qui était, elle aussi, un ajournement par les pairs, mais sans intervention du juge, et qui devait être prouvée par *trois* témoins[3]. Suivant Pierre de Fontaines, « *dui* home soufisent à semondre, et « aussi à fere recort[4]. » Notre chiffre de *trois* sergents sent bien mieux le droit primitif.

L'expression *ajournement o jugement*, très énigmatique quand on l'examine isolément, doit être commentée à l'aide des *Assises de Jérusalem*. Jean d'Ibelin nous apprend[5] que certaines citations étaient données par trois hommes « comme court. » En Anjou, les trois hommes qui sont chargés de la

1. *Ét.*, liv. I, ch. 70, *in fine*, 71 (rapprochez *Coutume glosée* dans Beautemps-Beaupré, 1re partie, t. I, p. 288), ch. 73. — Dans l'*Usage d'Orlenois* un mot vague et insuffisant. (*Ét.*, liv. II, ch. 33.)

2. Loisel, *Instit. Coutum.*, l. Ier, tit. Ier, art. 31 (édit. Challine), art. 32 (édit. Laboulaye et Dupin).

3. *Lex Salica*, tit. LVI, édit. Behrend, pp. 73, 74. — Cf. Bethmann-Hollweg, *Der germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter*, t. I, p. 498.

4. Édit. Marnier, pp. 260, 261.

5. Jean d'Ibelin, ch. 216, 220 dans Beugnot, *Assises*, t. I, pp. 344, 349, 350.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Source BIU Cujas

citation *o jugement* représentent, à mes yeux, la cour elle-même : c'est l'idée que rendent les mots *o jugement*.

2. *Défaut.*

Que comportent au juste ces ajournements ? S'agit-il, comme à l'époque mérovingienne et comme le disent précisément les formules angevines, de l'obligation de comparaître tel jour, entre le lever et le coucher du soleil (« solem collocare — nunc usque ad vesperum[2] ») ? L'Usage d'Orléanais nous parle de l'« *hore par coi l'en pert et gueaigne* »[3], et ne détermine pas cette heure : mais une expression de *Jostice et Plet* nous permet de supposer qu'il s'agit comme autrefois de la journée tout entière : car il est dit du défaillant qu'il *lest le jour passer*[4]. La Coutume de Touraine-Anjou emploie la même expression[5]. Nous nous trouvons donc dans les deux provinces en présence de la tradition germanique. L'usage germanique d'attendre jusqu'au coucher du soleil subsistait encore dans certaines localités au XV^e^ siècle[6] : dès la fin du XIII^e^ siècle, Beaumanoir (beaucoup moins germanique que nos praticiens) déclarait le défaut encouru dès l'heure de midi[7] : au commencement du XIV^e^ siècle, la

1. Sur l'expression *solem collocare* voyez Sohm, *Procéd. de la loi Salique,* trad. Thévenin, p. 18. — Rapprochez les usages de l'ancienne Rome : « Solis occasus suprema tempestas esto. » (*Douze tables,* I, 9, d'après Aul.-Gell., XVII, 2.)

2. *Form. d'Anjou,* XII, dans Giraud, *Essai sur l'hist. du droit fr.,* t. II, p. 439.

3. *Usage d'Orlenois* § 9; *Ét.,* liv. II, ch. 11 (ci-après t. II, p. 354).

4. *Jostice et Plet,* pp. 304, 305.

5. *Cout. de Touraine-Anjou,* § 61; *Ét.,* liv. I, ch. 72 *in fine.*

6. Cout. d'Estaires, art. 140, dans les *Mém. de la Soc. des sciences, de l'agriculture et des arts de Lille,* année 1855, 2^e^ série, t. II, p. 134. — Cf. dans le même sens, *Somme rural,* liv. I, tit. VI, éd. Charondas le Caron, pp. 36, 37.

7. Beaumanoir, ch. III, 15, édit. Beugnot, t. I, p. 67.

Source BIU Cujas

Coutume de Bretagne[1] avait aussi adopté midi comme limite extrême[2].

3. *Garant mis en cause par le défendeur.*

En droit romain, le défendeur à une action en revendication ne peut en appeler à son auteur pour que celui-ci prenne sa place et devienne partie au procès : en droit germanique au contraire, du moment que l'auteur mis en cause a reconnu le bien fondé de cette mise en cause, il occupe la place du défendeur primitif qui ne prend plus part à l'action. Cette différence fondamentale entre les deux procédures est déjà signalée dans les textes lombards[3]. Nous retrouvons dans la Coutume d'Anjou l'usage germanique nettement accusé :

« Li autres doit estre quites dou plait[4]. »

1. *Très anc. cout. de Bretagne,* 4e part., art. 100, 108 ; 7e part., art. 246.

2. Rien dans nos textes ne rappelle l'attente de trois jours, le *triduum* de certains textes germaniques. (Acte de 812 dans Mabillon, *De re diplom.*, édit. de Naples, t. I, 1789, p. 532.)

3. *Edict. Rot.*, 234, *form.* (Walter, *Corpus*, t. I, p. 726.) Cf. *Lex Rib.*, LXXII, 1 (Walter, *Ibid.*, p. 188). Cf. Berthmann-Hollweg, *Der germ.-rom.-Civilprozess im Mittelalter,* t. II, 1871, p. 130.

C'est avec raison que la loi lombarde oppose ici l'usage lombard et l'usage romain. Cependant on peut signaler en droit romain un cas où la procédure présente de l'analogie avec le système germain : d'après une constitution de Constantin, lorsque le simple détenteur d'une chose est actionné en revendication, il doit immédiatement faire connaître le propriétaire (*dominum nominare*). Ce dernier est alors prévenu de se présenter dans un certain délai pour prendre le rôle de défendeur, et s'il ne se présente pas, le juge envoie le demandeur en possession, si sa prétention ne lui paraît pas dénuée de fondement. (*Code de Just.*, III, XIX, 2.) — Je dois à M. Glasson l'indication de ce texte. — Dans toute autre hypothèse, le défendeur ne peut se soustraire à l'action ; c'est la conclusion à laquelle on arrive *a contrario* en prenant précisément pour base de raisonnement cette constitution de Constantin.

4. *Ét.*, liv. I, ch. 95.

Source BIU Cujas

Tout indique qu'il en est de même dans le droit orléanais[1]. Ce trait germanique a été conservé aussi par Beaumanoir[2] et par les *Constitutions du Châtelet* de Paris[3].

4. *Poursuite des criminels.*

Dans les poursuites criminelles, par qui l'action peut-elle être intentée? Par qui menée à fin? J'aperçois ici dans la Coutume d'Anjou, dans *Jostice et Plet*[4] et dans l'*Usage d'Orlenois* deux courants différents : l'un est le courant germanique et primitif; l'autre est de date plus récente.

Lisez le ch. 29 au liv. Ier des *Etablissements :* joignez-y certain passage du ch. 17 au liv. II, et vous pourrez, semble-t-il, formuler les conclusions suivantes :

En Anjou, un procès criminel ne peut s'engager régulièrement que si l'action est intentée par celui-là même contre qui le crime a été commis ou par un parent de la victime. Les textes orléanais disent, de leur côté, « que les enfanz, neveuz ou paranz prucheins », ont seuls « poer de venger leur ami[5]. » Cet état de choses est commun à tous les peuples primitifs : l'autorité n'a point chez eux mission de punir les criminels ou, du moins, cette mission n'y est que très imparfaitement organisée. Le droit romain a gardé lui-même jusqu'à la fin des traces profondes de cette conception antique, bien que la poursuite d'office y ait joué, en dernier lieu, un rôle assez important[6]. Mais un trait fort remarquable du

1. *Ét.*, liv. II, ch. 18.

2. Beaum., ch. XXXIV, 45, édit. Beugnot, t. II, p. 26. Cf. *Ibid.*, § 66, p. 38.

3. *Const. du Châtelet,* art. 14 (éd. Laurière, p. 213).

4. *Jostice et Plet*, p. 304.

5. *Jostice et Plet*, p. 318.

6. Voyez, sur cette matière, l'excellent travail de Biener, *Beiträge zu der Geschichte des Inq.-Processes,* Leipzig, p. 10 et suiv. — Cf. Matthæus, *De judiciis disput.* XVII, p. 314.

Source BIU Cujas

système accusatoire romain manque à nos textes, et c'est, entre autres motifs, ce qui m'autorise à reconnaître à cette procédure accusatoire une origine plutôt germanique que romaine : les empereurs avaient décrété que le parent qui ne se porterait pas accusateur serait privé de ses droits successoraux[1]. Je n'aperçois dans les Coutumes angevines et orléanaises aucune réminiscence de cette prescription romaine.

Telles sont, dans nos textes, les traces, tel est le souvenir traditionnel de l'antique procédure accusatoire. Mais voici d'autres décisions dont je dois tenir compte, et qui ne sont plus animées du même esprit :

La justice peut bannir même sans accusation formée l'individu soupçonné d'un crime : seulement elle n'a pas, en ce cas, le droit de le condamner à mort : pour qu'elle ait ce droit, il faut qu'il se soit soumis à l'enquête : c'est là ce que nous apprend expressément l'*Usage d'Orlenois*[2] : la Coutume d'Anjou conduit indirectement à des conclusions analogues[3]. Mais ce n'est pas tout : le *livre de Jostice et Plet*, moins concis que l'Usage d'Orléanais, nous donne une longue liste de crimes pour lesquels l'enquête est de droit[4] : et voilà du coup le domaine de la poursuite d'office singulièrement étendu, au moins en Orléanais. Sans se servir des mêmes expressions et, à coup sûr, sans étendre au même degré la poursuite et l'enquête d'office, la Coutume d'Anjou nous

1. *Code de Justinien*, VI, xxxv. — Cf. Paul, *Sent.*, III, v, 2. « Honestati enim heredis convenit, qualemcumque mortem tes- « tatoris inultam non prætermittere. » — Le § 3 de l'art. 727 de notre *Code civil* dérive de cette idée romaine.

2. *Usage d'Orlenois*, § 15; *Ét.*, II, 17 (ci-après t. II, p. 386). — Rapprochez *Jostice et Plet*, p. 319 : « Nus n'est dampnez par en- « queste, se il ne s'i met. » Un peu plus tard, Beaumanoir, faisant un pas de plus, passera outre et admettra, en ce cas, la peine capitale. (Beaumanoir, ch. XL, §§ 14, 15, édit. Beugnot, t. II, pp. 136, 137.)

3. Rapprochez *Ét.*, liv. I, ch. 28, et *Ét.*, liv. I, ch. 38.

4. *Jostice et Plet*, pp. 317, 318, 319.

Source BIU Cujas

apprend, de son côté, que certains crimes sont poursuivis d'office dans cette province : ainsi la justice laïque y défère d'office au tribunal ecclésiastique les suspects d'hérésie et de sodomie[1]. Lorsque l'Église a prononcé la condamnation, la justice laïque envoie le coupable au feu. Nous savons enfin que l'Usage d'Orléanais autorise toujours la condamnation à mort du criminel pris en flagrant délit ou qui avoue son crime[2] : peut-être en est-il de même en Anjou. Si enfin nous voulons bien nous souvenir que l'arbitraire et la force devaient à chaque instant limiter en fait l'application déjà restreinte en droit du principe de l'action privée, nous reconnaîtrons que cette vieille idée barbare encore présente dans nos Coutumes d'Anjou et d'Orléanais joue, en Orléanais, un bien faible rôle et est, même en Anjou, sensiblement atténuée.

L'institution de l'action publique, pour progressive qu'elle soit, n'est cependant pas une invention récente : la poursuite d'office apparaît d'assez bonne heure chez les Burgondes, chez les Wisigoths, chez les Francs[3] : elle est due aux influences civilisatrices, aux influences romaines : elle est due, avant tout, à ce besoin de préservation qui pousse fatalement une société à se défendre elle-même contre les criminels, si aucun particulier ne les actionne. Je retrouve

1. *Ét.*, liv. I, ch. 90. Cf. la *Nov. de Justinien*, 77; rapprochez aussi, pour l'histoire des procès d'hérésie et l'histoire de l'inquisition, le concile de Tours de 1239, c. 1 (Hefele, *Hist. des conc.*, t. VIII, trad. fr., pp. 328, 329).

2. *Ét.*, liv. II, ch. 17.

3. Voyez, pour les Burgondes, l'ensemble de la loi des Burgondes, et notamment le tit. II dans Pertz, *Leg.*, t. III, p. 533; pour les Wisigoths, Dahn, *Westgothische Studien, Entstehungsgeschichte der Lex Wisigothorum*, 1874, p. 266. Voyez aussi Bethmann-Hollweg, *Der germ.-rom. Civilprozess im Mittelalter*, t. I, 1868, p. 468, t. II, 1871, pp. 96, 97; Roz., form. 491 (Sirmond, 30, 31); Faustin Hélie, *Traité de l'instr. crim.*, t. I, 1866, p. 141.

Source BIU Cujas

la procédure d'office ou avouée ou déguisée dans divers textes intermédiaires entre la législation des Capitulaires et les Coutumes d'Anjou et d'Orléanais[1].

5. *L'accusateur en prison préventive avec l'accusé.*

En vue d'arrêter le torrent des accusations calomnieuses, les empereurs chrétiens décidèrent que tout accusateur serait mis, comme l'accusé, en prison préventive : le code de Théodose nous a conservé quelques constitutions impériales qui ont trait à cette matière[2]. L'une d'elles a été copiée par Pseudo-Isidore d'après la Lex Romana Wisigothorum, et de Pseudo-Isidore elle a passé dans le Décret de Gratien[3].

1. Dans l'*Histor. Gaufredi comitis Andegavorum*, je vois les officiers d'un prévôt jouer, dans un but odieux, le rôle d'accusateurs publics : « Ille, *accusantibus satellitibus,* trahitur in causam ; falsa « ei crimina impinguntur, etc. » (Marchegay et Mabille, *Chron. des églises d'Anjou*, p. 244.) Consultez aussi une décision de Philippe-Auguste de l'an 1200 rendue dans l'intérêt des écoliers de l'Université de Paris, art. 1 et 3 dans *Ord.*, t. I, pp. 23, 24, et les notes ; un acte de 1211 dans *Invent. chronol. des chartes de la ville d'Arras*, pp. 8, 9 ; un arbitrage de 1232 entre le chapitre de Tours et un maire relevant de ce chapitre : je lis, dans cet acte, que le maire « homines capituli de Vodano non aterminabit *sine forefacto,* vel « clamore, *vel mandato dominorum suorum.* » (Bibl. mun. de Tours, *liber compos.*, *carta* 139, fol. xxxviii v°, p. 76, d'après une copie de Salmon), etc., etc. Voyez, pour l'Allemagne, Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte,* 1853, p. 794, notes.

En sens opposé, voici un texte amiénois fort curieux, de 1085, contre la poursuite d'office des voleurs : « Ex edicto decrevimus, « modis omnibus prohibentes, in urbe et extra urbem in toto co- « mitatu Ambianensi, quod vicecomes de furto neminem respon- « dere compellat, nullusque de furto a vicecomite accusatus « respondeat, *nisi clamor alicujus ad aures vicecomitis pervene- « rit.* » (Charte des comtes Guy et Yves dans Bouthors, *Cout. locales du bailliage d'Amiens,* t. I, p. 257, note 2.)

2. *Code de Théodose,* IX, i, 19 ; IX, ii, 3 (*in fine*).

3. Voyez *Lex Rom. Wisig.*, édit. Hænel, p. 173 ; *Pseudo-Isidore,*

Source BIU Cujas

Il est difficile d'imaginer un usage plus contraire aux mœurs barbares : cet usage est cependant inscrit dans la Coutume de Touraine-Anjou si germanique sur d'autres points[1] : il s'est conservé longtemps dans cette région, car de nombreux documents[2] nous prouvent qu'au XV^e siècle le plaignant, en matière criminelle, devait fournir un plège, sous peine, bien évidemment, de subir lui-même la prison. Ce trait romain se retrouve de temps à autre dans les textes, notamment pour l'Auvergne, dans Masuer[3] (XV^e siècle) ; pour le Nivernais, dans la Coutume de cette province (XVI^e siècle[4]) ; pour l'Allemagne, dans l'ordonnance Caroline (XVI^e siècle[5]), etc. Les colons européens ont exporté cette procédure en Amérique ; en 1833, elle scandalisait à juste titre et surprenait beaucoup MM. de Beaumont et de Tocqueville[6].

Je ne décris pas *ex professo* la procédure du moyen âge : je continue à passer simplement en revue les passages de nos textes qui touchent à cette partie du droit.

édit. Hinschius, p. 211. (Cf. Benoît le Lévite ; III, 436, et *Capit. Angilr.*, c. 6) ; *Décret de Gratien*, 2^e part., causa II, quæstio VIII, canon 3.

1. *Ét.*, liv. I, ch. 108. Rapprochez un exemple de cet usage dans *Olim*, t. I, p. 420.

2. Archiv. Nat., Assise du Mans, dans Reg. R^5x 19374, vers le commencement du vol. et *passim*. Ce reg. n'était pas folioté quand je l'ai étudié.

3. Masuer, *Practica forensis*, tit. XXXVII, art. 7. — Citation de M. Bayle-Mouillard, *Études sur l'histoire du droit en Auvergne*, p. 51.

4. Ch. I^er, art. 21, édit. Dupin, p. 132.

5. Ch. XIV, dans Abegg, *Gobleri interpr. const. crim. Carolin. et Remi Nemes. Carul.* Heidelbergæ, 1837, p. 33.

6. G. de Beaumont et A. de Tocqueville, *Du système pénit. aux États-Unis*, Paris, 1833, p. 315.

Source BIU Cujas

6. *Cojurateurs et témoins.*

Le moyen âge nous offre la juxtaposition des cojurateurs germains et des témoins romains :

Cojurateurs. — L'emploi des cojurateurs est un des faits les plus remarquables de la procédure germanique : l'accusé se défend en affirmant lui-même son innocence sous la foi du serment. Après quoi ce serment est, pour ainsi dire, garanti, plégé, comme on dira au moyen âge, par des parents, des amis qu'on appelle les cojurateurs[1]. Un savant jurisconsulte enseigne que les cojurateurs disparurent au x^e^ siècle[2], et l'éminent historien des *Institutions politiques de l'ancienne France* écrit, de son côté, que « les envahisseurs n'ont pas fait entrer pour longtemps dans la législation la procédure par cojurateurs[3]. » Je ne puis me rallier à cette opinion : car nous retrouvons les cojurateurs dans un document angevin du commencement du XIV^e^ s.[4] : ils apparaissent encore dans des textes du XV^e^[5] et du commencement du XVI^e^ siècle[6].

Le texte angevin auquel je viens de faire allusion est la

1. *Lex Alam.*, fragm. secund., § 42 dans Pertz, *Leg.*, t. III, p. 37, etc., etc.

2. Faustin Hélie, *Traité de l'instr. crim.*, t. I, 1866, p. 208.

3. Fustel de Coulanges, *Hist. des inst. pol. de l'anc. Fr.*, 1^re^ part., 2^e^ édit., pp. 475, 476.

4. *Comp.* 32, 101 *in fine*, 112 *in fine* : rapprochez Mabille, *Cartul. de Marmoutier pour le Dunois*, p. 86, acte n° 95 ; d'Espinay, *Cartul. angevins*, p. 292, note 3. L'option entre le duel et le serment plégé de *Compil.*, 32, 101 et 112, se trouve déjà dans un capit. de l'an 811 : « ..... In judicio, aut in campo, aut ad crucem « licentiam habeat. Si vero hoc noluerit, cum suis juratoribus ipse « liber homo se idionare faciat. » (Pertz, *Leg.*, t. I, p. 170.)

5. Coutume de Reims de 1481 dans Varin, *Arch. lég. de la ville de Reims*, II^e^ part., *Statuts*, t. I, 1844, p. XIII.

6. Varin, *Arch. lég. de la ville de Reims*, 1^re^ part., *Cout.*, p. 730, note 3.

Source BIU Cujas

Compilatio qu'il est si utile de comparer avec la Coutume d'Anjou. L'art. de la *Compilatio* où j'aperçois les cojurateurs est loin d'être clair au premier abord : mais si on le rapproche de diverses chartes, on reconnaît très vite que le serment *plégé* dont parle la *Compilatio* n'est autre chose qu'un serment avec cojurateurs.

Je ne rencontre, au XIII^e^ siècle, dans les textes orléanais, aucune trace bien nette des cojurateurs. Cette procédure germanique devait être ou décriée ou abandonnée dans la région orléanaise, car, dès le XII^e^ siècle, elle est prohibée sur le territoire soumis à la charte de Lorris[1].

Témoins. — Les Barbares ont très vite emprunté aux Romains quelques-unes des règles qui régissaient la matière des témoignages. Nous savons par Quintilien qui en cet endroit de ses œuvres suit probablement Domitius Afer, auteur d'un traité *De testibus*[2], qu'on exigeait autant que possible des témoins une connaissance personnelle et directe du fait dont ils déposaient : on rejetait le témoignage de ouï-dire, *de auditu, de auditione.* Cette règle (qui d'ailleurs souffre certaines exceptions) se retrouve au moyen âge parmi les Romanistes[3]. Elle avait pénétré de bonne heure dans la pratique des Barbares : une formule de Sirmond nous parle de témoins *visores et cognitores*[4]; la loi des Bavarois[5] veut des témoins *qui audiant et videant :* un acte de 834[6]

1. « Et si aliquis hominum de Dimonte accusatus de aliquo « fuerit et teste comprobare non poterit, contra probationem im- « petentis per solam manum suam se deculpabit. » (Charte de Lorris dans Galland, *Du franc-aleu,* p. 378.)

2. Quintilien, *Inst. orat.*, liv. V, ch. VII.

3. Voyez les gloses citées par Desquiron, *Traité de la preuve par témoins en matière crim.*, pp. 95, 96, 97, 98.

4. Sirmond, *form.*, 30, 31; Roz., 491 (t. II, pp. 593, 594).

5. *Lex Bajuv.*, XII, 2, § 1, dans Walter, *Corpus,* t. I, p. 276.

6. *Musée des Archives départementales;* enquête faite en 834, relative au domaine de Fontès, dans le territoire de Narbonne.

Source BIU Cujas

met dans la bouche de témoins ces mots *scimus et vidimus*. On suit dès lors cette idée, de siècle en siècle, dans les chartes. Nous la retrouvons enfin dans notre Usage d'Orléanais[1], mais précisément à l'occasion d'une exception à la règle. Il est dit que dans les procédures sur le fait de meurtre, il « ne convient pas que on mete *le veoir et le savoir*. » Cette expression rapide et concise est une allusion aux conditions ordinairement requises des témoins, d'après la tradition romaine. Cette tradition se retrouve aussi bien en Touraine qu'en Orléanais (et dans beaucoup d'autres régions) ; mais ce sont des chartes tourangelles[2] qui nous l'ont conservée : notre Coutume de Touraine-Anjou ne nous apprend rien à ce sujet.

7. *Règle des deux témoins.*

Le chapitre 126 du premier livre des *Etablissements* suppose qu'un créancier réclame le paiement d'une dette au fils du débiteur, lequel nie l'obligation : le demandeur devra, en ce cas, « prover sa dete, *soi tierz*. »

Ces mots *soi tierz* expriment rapidement une règle universellement acceptée au moyen âge, à savoir que, pour faire la preuve testimoniale, il faut produire, au moins, deux témoins.

C'est là une règle du droit romain impérial[3] qui vient du droit hébraïque[4] par l'intermédiaire de l'Évangile[5] : du

1. *Ét.*, liv. II, ch. 35.

2. « Nunquam amplius *scivi vel audivi* ; ego quidem *vidi et audi*« *divi*, » disent des témoins dans une charte de 1125. (Bibl. mun. de Tours, fonds Salmon, recueil ms., intitulé : *Abbaye de Saint-Julien de Tours*, fol. 196 ; — d'après D. Housseau.)

3. *Code de Théodose*, XI, XXXIX, 3 (a. 334). Cf. Hænel, *Lex Rom. Wisig.*, 1848, p. 232 ; *Code de Justinien*, IV, XX, 9, § 1.

4. *Deutéronome*, ch. 19, v. 15. Cf. Rabbinowicz, *Législ. crim. du Talmud*, Paris, 1876, p. 165.

5. Saint Jean, ch. VIII, 17 ; saint Math., XVIII, 16. Cf. saint Paul, *Epist. ad Corinth.*, II, c. XIII, 1.

Source BIU Cujas

droit romain elle a passé dans quelques lois barbares[1], puis s'est répandue sans contestation au moyen âge[2]. On lisait l'Evangile et, par suite, le sentiment de l'origine religieuse de ce principe juridique subsistait[3]. Il était, d'ailleurs, inscrit, bien entendu, dans le droit canonique[4]. Encore au XVII[e] siècle, en Angleterre, les tories présentaient comme un principe de morale et de religion la nécessité du concours de deux témoins. Cette idée hébraïque est conservée aujourd'hui dans quelques lois des États-Unis d'Amérique[5].

8. *Du serment. — Parole de prevoire. — Formule « Si Diex m'aït ».*

Les parties, les témoins prêtent fréquemment serment, à moins qu'ils ne soient prêtres. Nos textes semblent nous inviter à étudier l'origine de cette dispense du serment accordée aux prêtres et l'histoire de la formule de serment usitée au moyen âge : « *Si Diex m'aït* ».

Parole de prevoire. — Dans le ch. 78 du liv. I[er] des *Etablissements*, le jurisconsulte nous apprend comment on peut arriver à prouver l'âge d'une personne : le parrain et la marraine jureront sur les reliques ; le prêtre qui a baptisé

1. *Lex Bajuv.*, XII, 2, § 1. (Walter, I, 276.)

2. Toutefois, à Marseille, à Alais, la preuve par un seul témoin était admise dans les contestations dont la valeur n'excédait pas 100 s., quand certaines conditions déterminées étaient remplies. (Statuts de Marseille, liv. II, ch. 12 dans Méry et Guindon, *Hist. de Marseille,* t. III, p. LIX ; Marette, *Charte d'Alais,* p. 51.)

3. Voyez, à ce sujet, la souscription de Silvestre, évêque de Rennes, dans une charte de 1075, publiée par Ménage, *Hist. de Sablé,* p. 338 ; voyez aussi *Anciens usages d'Artois,* LI, 33, 34, 35, dans Maillard, p. 54.

4. Gratien, *Decret.*, *Secunda pars,* caus. II, quæst. 4 (placée après quæstio 105), c. 1 ; *Decret. de Grég.*, IX, II, XX, 23.

5. Bonnier, *Traité des preuves,* t. I, 1873, p. 432, note 2, p. 435, note 1.

Source BIU Cujas

affirmera simplement l'âge : « *Li prestes le diroit en parole de prevoire.* »

Ainsi le prêtre ne jure pas.

Ici encore, pour expliquer ce trait de la législation, il nous faut recourir à l'Évangile. On connaît ces paroles du Sauveur :

(« Et moi je vous dis de ne jurer en aucune sorte, ni par le ciel ni par la terre ») ; mais, contentez-vous de dire : « cela est, cela n'est pas : car ce qui est dit de plus vient du « Malin[1]. »

L'interprétation de ce texte a donné lieu à de grandes difficultés. Les uns y ont vu l'interdiction absolue du serment[2], d'autres l'interdiction du serment faite seulement aux clercs, d'autres enfin la défense de prêter serment sans motif très grave[3].

Au Ve siècle, la législation impériale consacre l'interprétation que j'ai mentionnée en seconde ligne[4] ; cette interprétation a joui, au moyen âge, d'une grande faveur : une constitution de l'empereur Henri III, du XIe siècle, la sanctionne encore une fois[5]. Divers textes, d'accord avec le Code de Justinien et avec l'édit d'Henri III, supposent que les prêtres et les moines ne prêtent pas serment[6].

A une époque plus récente, il est resté quelque chose de

1. S. Math., ch. V, vers. 34-37. Cf. S. Jacques, *Ep.*, V, 12.

2. Voyez les textes des Pères réunis par M. Carpentier, *Le droit payen et le droit chrétien,* t. VI, p. 95 et suiv.

3. Voyez Gratien, *Decretum*, *Secunda pars*, causa XXII, quæstio I.

4. *Code de Justinien,* I, III, 25, § 1 (*in fine*). (an. 456 ?)

5. Pertz, *Leg.*, t. II, p. 41.

6. Hefele, *Hist. des conc.,* trad. Delarc, t. VI, p. 552 ; charte de 1118 dans Marchegay, *Arch. d'Anjou,* t. II, p. 22, etc., etc. Une charte de 1118 distingue, à cet égard, les prêtres et les diacres : « Decrevit igitur curia episcopalis quod duo presbiteri plano ser- « mone quæ ibi viderant de prædicta decima testificarentur, dia- « conus autem super textum Evangeliorum sacramento firmaret. » (Collection Dom Housseau, t. IV, acte n° 1376.)

Source BIU Cujas

cette tradition dans l'usage des ecclésiastiques de prêter serment sans placer la main sur l'Évangile, mais en la posant simplement sur leur poitrine[1]. Le prêtre jurait ainsi d'une manière atténuée : il restait dans le geste quelque chose de la règle primitive. Dans ce débris historique on a vu un magnifique symbole : « Distinction belle et touchante, s'est-on écrié, qui veut dire que le cœur de tout prêtre est un exemplaire de l'Évangile[2] ! » Ainsi s'est formée de tout temps la symbolique par un effort d'imagination de ceux qui ignorent la simplicité des évolutions historiques !

Bien entendu, l'opinion qui permettait aux prêtres de prêter serment existe aussi au moyen âge : elle a laissé, de son côté, des traces importantes et très anciennes. Dans un plaid de 998, des prêtres refusent de prêter serment : leur avocat refuse aussi : par suite, ils perdent leur procès. Le contexte permet de supposer que personne, ce jour-là, ne songea à une difficulté théologique et que, dans la pensée de tous, les prêtres eussent pu, en conscience, prêter serment pour rendre hommage à la vérité[3].

Une charte angevine de la fin du XI^e^ s. nous montre un évêque et plusieurs clercs tout prêts à affirmer par serment prêté sur l'Évangile et sur les reliques l'équité d'un jugement rendu par eux[4].

Les documents de ce genre ne sont pas rares[5]; mais le

1. Voyez Le Gentil, *Orig. du droit.* — *Essais hist. sur les preuves,* pp. 16, 17.

2. La vieille tradition hostile au serment, qui remonte aux Esséniens, est encore représentée par les Quakers et les Anabaptistes. M. Carpentier s'y rallie (*Le droit payen et le droit chrétien*, t. VI).

3. Texte publié par Bethmann Hollweg, *Der germanische romanische Civilprozess in Mittelalter,* t. II, 1871, p. 447.

4. Collection D. Housseau, t. III, n° 976.

5. Cf. d'ailleurs Gratien, *Decretum,* Secunda pars, causa XXII, quæstio I. — Pour le XIII^e^ s. français, voyez le texte d'un serment

Source BIU Cujas

passage de notre Coutume que je signale atteste la tendance contraire.

Formule « Si Diex m'aït ! » — Le prêtre ne jure pas, mais le laïque prête, dans diverses circonstances, un serment dont la partie substantielle est comprise dans ces trois mots : « *Si Diex m'aït !* »

Ces mots sont sacramentels : on y attache une force si grande qu'on se croit obligé par serment pour les avoir prononcés rapidement dans un moment de colère et que, pour se délier d'un pareil serment, on a recours au légat du Pape qui ne délie pas toujours[1].

Ce respect extrême, inspiré par la formule « *Si Diex m'aït !* » dérive plutôt de la crainte de Dieu et du sentiment religieux en général que de la force même des mots et des formules : car, prise en soi, cette phrase « *Si Diex m'aït !* » n'a rien de bien terrible. Je suis même porté à croire qu'elle fut adoptée originairement comme une sorte de formule atténuée qui ne pouvait être considérée, à proprement parler, comme le serment proscrit par Jésus-Christ, puisqu'on n'y prenait pas Dieu directement à témoin, puisque, matériellement, on ne jurait pas par lui, et puisqu'on se contentait de lui demander son assistance : ce qui me confirme dans cette manière de voir, c'est que le texte le plus ancien où nous trouvions cette formule, si on veut, les rudiments de cette formule est précisément un récit où l'on nous apprend qu'un certain évêque attesta, c'est-à-dire déclara solennellement telle et telle chose, sans placer sa main sur l'Évangile ou sur les reliques. Ainsi, il n'y avait pas serment : cet évêque obéissait à la tradition contraire au serment et bénéficiait des lois qui en exemptaient les ecclésiastiques. Voici le texte auquel je fais allusion. Il est de l'an 794 :

prêté par des prêtres dans *Mém. de la Soc. de l'hist. de Paris,* t. V, pp. 154, 155.

1. Joinville, ch. 110. — Cf. *Ét.,* liv. I, ch. 95.

Source BIU Cujas

« Qui dum episcopus, cum quibus juraret, non invenisset, « elegit sibi ut suus homo ad Dei judicium iret, et ille *testa-* « *retur absque reliquiis et absque sanctis evangeliis*, « solummodo quoram Deo, quod ille innocens exinde esset, « et secundum ejus innocentiam *Deus adjuvaret illum* « *suum hominem,* qui ad illud judicium exiturus erat et « exivit[1]. »

Ce « *Deus me adjuvet!* » était une formule bien naturelle et tout à fait en situation au moment d'une épreuve judiciaire, d'une ordalie ou d'un duel. Et c'est probablement à l'occasion de ces procédures barbares qu'elle a pris naissance[2].

En l'an 803, Charlemagne la prescrivit d'une manière générale comme formule de serment[3]. Elle est encore usitée en Allemagne : « So wahr mir Gott helfe ! »

9. *Préliminaire de conciliation.*

Aux termes de l'Usage d'Orléanais, les jugeurs ou plus précisément peut-être le président de la cour, le juge doit exhorter les parties plaidantes à la conciliation, les provoquer à un accord amiable, « il doit dire as parties qu'il facent pais, et doit faire son loial pooir de la pais[4]. »

Cet usage, dont les chartes nous ont laissé des traces nombreuses et qu'on suit en Artois[5], en Alsace[6], en Champagne[7], etc., s'inspire des idées chrétiennes et des devoirs

1. Pertz, *Leg.*, t. I, p. 73.
2. Zœpfl a développé ce point de vue dans *Alterthümer des deutschen Reichs und Rechts,* t. II, pp. 462-466.
3. *Capit. de lege Rip.* (an. 803), c. 10, dans Laspeyres, *Lex Salica una cum lege Ripuariorum,* p. 170.
4. *Ét.,* liv. II, ch. 16.
5. *Anc. usages d'Artois,* tit. LV, 106, *in fine.*
6. Hanauer, *Const. des camp. de l'Alsace au moyen âge,* p. 150.
7. Décision de l'échevinage de Reims de l'an 1303, dans Varin, *Arch. adm. de la ville de Reims,* t. II, 1re part., pp. 42, 43.

Source BIU Cujas

particulièrement prescrits par le droit canon[1] au juge ecclésiastique, à l'évêque : une charte du commencement du XII^e siècle exprime d'ailleurs expressément cette idée : « Sed « episcopus, ut religiosorum mos est episcoporum pacem « reformare, dissidentes reconciliare, judicium distulit, utri- « que parti consulit, duellum fieri noluit, sed tamen causam « non exinanivit[2]. »

Par une rencontre singulière, les procédures barbares du moyen âge prédisposaient les plaideurs, beaucoup mieux que nous ne le soupçonnerions au premier abord, à ne pas rejeter trop légèrement ces exhortations à la concorde : l'éloquence persuasive était facile au juge en ce préliminaire de conciliation, alors que les parties allaient prendre le ciel à témoin par un serment redoutable, risquer leur vie dans un combat singulier, ou affronter l'épreuve du jugement de Dieu. De fait, nous voyons souvent l'une des parties, épouvantée, reconnaître ses torts et proclamer le bon droit de son adversaire au moment où va s'ouvrir cette procédure sauvage et terrible[3].

Ainsi le duel et l'épreuve judiciaire laissent une place ouverte, une place importante au préliminaire de conciliation : cet appel à la concorde apparaît, bien entendu aussi, dans des procès qui ne se vident point par les armes ou par ordalies.

La Coutume de Touraine-Anjou contient une rapide allusion à ces accords devant la justice : elle parle de *paix de chose jugée*[4]. L'expression est concise et un peu énigma-

1. Gratien, *Decretum*, prima pars, dist. XC, c. 1, 7; *Ibid.*, secunda pars, causa V, quæstio II, c. 4.

2. Bibl. nat., Collection D. Housseau, t. IV, n° 1353, acte de 1114. Cf. *Ibid.*, n° 1568; Marchegay, *Archives d'Anjou*, pp. 47, 79, 80; Chazaud, *Fragments du cartulaire de la Chapelle-Aude*, p. 68.

3. Actes du XI^e siècle publiés par Grandmaison, *Livre des serfs*, pp. 96, 102.

4. *Ét.*, liv. I, ch. 96.

Source BIU Cujas

tique; et si les chartes[1] ne nous fournissaient ici un excellent commentaire du texte, le sens de ces mots pourrait nous embarrasser. Cette *paix de chose jugée* est une variété fort remarquable de la conciliation en justice : c'est un accord, un traité de paix et pour ainsi dire d'amitié survenant non pas avant le jugement, ou plutôt en lieu et place du jugement, mais bien après le jugement et sur les bases mêmes de la sentence rendue. Il va sans dire que les Tourangeaux et les Angevins connaissaient aussi les accords plus fréquents, je n'en doute point, qui, conclus avant le jugement, en rendaient le prononcé inutile.

10. *Jugement.*

En parlant du bailli et en le comparant au comte carolingien, j'ai déjà eu occasion de dire un mot du prononcé des jugements. Les règles de la période mérovingienne et carolingienne subsistent ici très nettement : sous les Mérovingiens[2], ce sont les rachimbourgs qui jugent, qui trouvent le jugement, et non le président du tribunal : sous les Carolingiens, la même règle résulte d'un capitulaire de l'an 813[3] : notre usage d'Orléanais dit, à son tour, en parlant du bailli : « Li juges ne doit pas faire le jugement[4]. » La Coutume d'Anjou, parlant en général du président de la cour (plus particulièrement le baron), laisse clairement apercevoir la

1. Acte un peu antérieur à 1133 dans la Collection D. Housseau, à la Bibl. nat., t. IV, n° 1558.

2. *Loi Rip.*, tit. LV (57), « De rachinburgiis legem dicentibus. » (Walter, *Corpus juris germ.*, t. I, p. 179.) Voyez aussi la loi Salique, notamment le texte d'Hérold., tit. 59, 60 dans Pardessus, pp. 257, 258; — Eichhorn, *Deutsche Staats-und Rechtsgeschichte*, t. I, 1834, pp. 435-438.

3. Art. 13, dans Baluze, t. I, col. 509.

4. *Ét.*, liv. II, ch. 16.

Source BIU Cujas

même idée : « si lor doit faire retraire ce *qu'il avront jugié*[1]. »

Si le président ne prend pas une part directe au jugement, il y prend une part indirecte considérable : un capitulaire de l'an 803 décide, en effet, que le comte doit empêcher tout membre de la cour de mal juger[2]. Par suite, le comte peut rejeter la décision des jugeurs : l'Usage d'Orléanais dit de son côté : « La joutise (lisez le bailli ou le prévôt) doit retrere as parties son jugement. Mais ainçois que il face son jugement *s'il li plaist et il voie que bien soit et loiautez*[3], etc. » Même doctrine dans un document émané du roi Philippe le Hardi[4].

On retrouverait facilement ces principes dans un grand nombre de textes français du moyen âge : ils se sont conservés aussi en Allemagne : le richter (juge) n'y juge pas, mais seulement les urtheiler (jugeurs des textes français[5]).

Cette tradition mérovingienne et carolingienne a commencé toutefois à s'altérer çà et là d'assez bonne heure[6]. Il était dans la nature des choses que le bailli (ancien comte), armé d'un droit de révision à l'égard des sentences portées

1. *Ét.*, liv. I, ch. 109. Cf. un jugement du XIe s. prononcé par les barons formant la cour de l'évêque d'Angers dans D. Housseau, t. III, n° 838 : un jugement de 1100, prononcé devant le sénéchal d'Anjou et la reine Éléonore dans *Bibl. de l'École des chartes*, t. XXXVI, p. 441. S'il parait bien que, en théorie, le comte ne juge pas, on sent que le fait doit s'éloigner souvent de la théorie : nous voyons même un comte d'Anjou juger seul. Le rédacteur qui nous a conservé ce jugement en trahit peut-être le caractère exceptionnel par cette expression : « *In hujusmodi judicium justum et autenticum prorupit.* » (Collection D. Housseau, t. III, acte n° 1050.) Voyez aussi un acte de 1084, dans D. Housseau, *Ibid.*, n° 867.

2. Cap. de 803, 2e part., art. 4 dans Baluze, t. I, col. 396.

3. *Ét.*, liv. II, ch. 16.

4. « Si videatur baillivo bonum. » (*Ord.*, I, 305.)

5. Planck, *Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter*, t. I, pp. 87 et s.; 98 et s.

6. Anc. usag. d'Artois, LIV, 17 dans Maillard, édit. de 1756, p. 57.

Source BIU Cujas

par les jugeurs, entreprît de juger lui-même : et c'est ce qui arriva.

11. *Composition du tribunal. — Jurée du pays.*

J'ai parlé des jugements, et je n'ai rien dit de la composition du tribunal.

La Coutume de Touraine-Anjou semble exclure des fonctions de juge tout vilain ou, au moins, tout vilain non possesseur de fief[1].

L'Usage d'Orléanais paraît supposer que de simples bourgeois sont admis à siéger comme juges[2] ; ce passage me laisse toutefois quelques doutes : il est possible que le qualificatif *fievez* doive être introduit dans le texte, et peut-être tomberait-il à la fois sur les mots *borgeois* et *sergens :* en ce cas, les sergents ou les bourgeois possesseurs de fiefs pourraient seuls siéger dans les cours féodales orléanaises.

La cour est parfois composée d'une manière exceptionnelle et probablement plus large, plus élastique qu'en temps ordinaire : je veux parler des décisions que prend en certaines circonstances la *jurée du pays*. Qu'est-ce que la *jurée du pays?* En quels cas siège-t-elle? Questions ardues et compliquées : je suis en mesure de les poser plutôt que de les résoudre.

Il me semble que lorsqu'une décision est prise par la jurée du pays, les juges prononcent d'après leur connaissance personnelle de l'affaire plutôt que sur l'audition de témoins : ils sont tout à la fois témoins et juges. C'est une façon d'enquête : mais la décision est prise par les témoins eux-mêmes.

1. *Cout. de Touraine-Anjou*, § 131. — Cf. *Ét.*, liv. I, chap. 142, et surtout les derniers mots : « A touz ceux qui avroient esté au jugement qui seroient gentil home ou qui avroient fié. »

2. *Usage d'Orlenois*, § 3. — Cf. *Ét.*, liv. II, ch. 4 (ci-après t. II, pp. 337, 338).

Source BIU Cujas

Cette institution obscure a déjà donné lieu à des recherches approfondies : M. Brunner y a consacré deux travaux importants, et il est arrivé aux résultats que je viens d'indiquer.

Je continue à résumer ses conclusions :

L'enquête remonte, dit-il, à la période carlovingienne. Il se forma, de bonne heure, à côté de la procédure germanique, procédure formaliste et rigoureuse, une procédure plus simple, plus équitable : elle était spéciale à certaines affaires ou plutôt à certains plaideurs. C'était un privilège dont jouissaient le fisc, les établissements religieux, etc., pourvus du *jus inquisitionis*.

L'institution dont on aperçoit des traces en France au moyen âge finit par s'y étioler et s'y éteignit. Elle se développa, au contraire, et se constitua en Angleterre : dans ce pays, les jurés ne perdirent qu'au XVII^e^ siècle leur qualité de témoins pour devenir de véritables jurés au sens moderne du mot[1].

Parmi les textes français cités par Brunner[2], figurent en première ligne nos documents angevins, savoir : les art. 1 et 40 de la *Compilatio,* et le ch. 84 (Laur., 79; — Du Cange, 77) du liv. I^er^ des *Etablissements*.

L'art. 1^er^ de la *Compilatio* est ainsi conçu :

« Il est usaige et droez que se contenz est de II segneurs « de terre sus chemins communs, ou sus pecheries d'eives, « ou sus bonnes de terres, que la jurée dou païs doit venir « desus, et ce que il en diront par lour sairement en portera « fin; quar II tesmoing ne III n'en seroient pas creüz de tel « chose, ne droit ne s'i acorderoit pas pour le peril qui i « pourroit estre[3]. »

Le ch. 84 au liv. I^er^ des *Etablissements* mentionne la même

1. Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte,* pp. 434-437.

2. Brunner, *Ibid.,* pp. 225, 225. — Cf. Brunner, *Zeugen-und Inq. -Beweis.*

3. *Compil.* 1. — Rapprochez *Compil.* 40.

Source BIU Cujas

procédure, mais seulement pour le cas où le roi est partie au procès.

L'expression *jurée dou païs* n'apparaît pas dans les textes orléanais, mais l'institution s'y retrouve pour le cas où le roi est partie au procès[1]. L'enquête s'y présente aussi en matière criminelle : elle éveille alors avant tout l'idée d'une procédure d'office[2] et s'oppose à la procédure accusatoire. J'ai déjà parlé de cette procédure d'office et n'y reviens pas ici.

Les lois aragonaises[3] connaissent la procédure d'enquête, et je crois aussi la retrouver, en Danemark, dans cet article des lois de Valdemar[4] :

« Inter fundum et fortaa, inter fundum et agherland, inter « silvam et agherland, et inter partes quæ dicuntur deeld, « et inter omnia principia et strata regis que vocantur Ko- « nings-Herstraethæ, debent jurare XII compossessores suo « scire juramento, et si in villa non sunt XII, recipiantur de « villa proxima tot, donec XII fiant. Sed quidquid illi XII le- « gittime ad illud vocati juraverint in recto termino, de « placito sumpto, ratum erit et firmum. »

Quelle est l'origine de cette enquête, de cette jurée du pays? Brunner, qui ne paraît pas avoir aperçu toute l'étendue du problème, trouverait volontiers dans certains textes romains bien vagues et bien insuffisants l'embryon de cette institution. On en pourrait citer qui paraissent mieux appropriés[5].

1. *Jostice et Plet,* p. 98 ; — *Ét.,* liv. II, chap. 23, 20.

2. *Jostice et Plet,* pp. 317, 318; — *Ét.,* liv. II, ch. 17.

3. A. Du Boys, *Hist. du droit crim. de l'Espagne.* Paris, 1870, pp. 485, 486. — Cf. pp. 181, 264.

4. Lois de Valdemar, liv. I^er^, ch. 52, édit. Kolderup-Rosenvinge, 1837, pp. 104, 106.

5. « Si jurgant benevelorum concertatio, non lis inimicorum jurgium dicitur. — Jurgare igitur lex putat inter se vicinos non litigare. » (Cicéron, *De Rep.,* IV ou III, fragment apud Nonius,

Source BIU Cujas

Quant à moi, je n'apporte pas ici de solution : je me contente d'élargir le problème, en signalant les coutumes scandinaves et en insistant sur quelques analogies romaines. Les Romains ont certainement connu une procédure d'équité opposée à la procédure rigoureuse du droit : ces contestations amiables, pour ainsi dire, sont opposées aux procès proprement dits ; et c'est entre voisins qu'elles ont lieu.

12. *Dépens.*

En général, le droit coutumier primitif[1] n'allouait pas au plaideur qui avait gagné son procès les frais de l'instance : il est sensible que cet usage n'existait pas davantage chez les Germains. Le droit romain, au contraire, avait obtenu ce résultat de diverses manières et même était allé bien au delà, en vue d'arrêter le plaideur de mauvaise foi ou le plaideur téméraire[2]. Justinien, qui s'était d'abord contenté de reproduire une décision antérieure mettant les frais du pro-

v° *Jurgium,* édit. L. Quicherat, p. 501; — Cicéron, édit. Orelli, t. IV, p. 837.) — Cf. Blume et Lachmann, *Erläuterungen zu den Schriften der rœm. Feldmesser,* Berlin, 1852, p. 425 et la note 492. — Cf. Blume et Lachmann, *Ibid.*, pp. 244, 427. — Il faut songer aussi au rôle des agrimensores : ils statuent souvent eux-mêmes; enfin leur mission n'est pas seulement technique et scientifique comme on pourrait le croire à première vue : ils ont aussi à susciter et à peser des témoignages. (Julius Frontinus ou un de ses commentateurs, *De coloniis, præfatio,* édit. Blume dans *Neues Rheinisches Museum,* t. V, p. 374. — Boethius, *Demonstratio artis geometricæ* dans Rudorff, *Gromatici veteres,* Berolini, 1848, p. 403. — Cf. Zell, *Handbuch der rœm. Epigr.,* t. I, p. 333, nos 1714, 1715.)

1. « On ne rant nul despans en laie justice. » — Jugement de l'échevinage de Reims de 1251 dans Varin, *Arch. adm. de la ville de Reims,* t. I, 2e part., pp. 729, 730; Pierre de Font., édit. Marnier, pp. 233, 234, 298.

2. Voyez Gaius, IV, 175-181 ; Paul, *Sentences*, liv. V, tit. XXXVII (édit. Hænel dans la *Lex Rom. Wisig.,* tit. XXXIX, § 1) ; *Institutes de Justinien,* IV, XVI.

Source BIU Cujas

cès à la charge de la partie perdante[1], statua plus tard que celle-ci supporterait à titre de dépens du procès le dixième de la valeur de l'objet contesté[2] : tout demandeur devait, au préalable, fournir caution pour le paiement de ce dixième.

Le droit canonique adopta, en se référant expressément à la législation romaine, le principe du remboursement des frais du procès[3]. Cette idée si équitable ne devait pénétrer qu'assez lentement dans le droit coutumier[4] : je ne sais quel est, à ce sujet, l'état du droit orléanais au XIIIe siècle ; mais le droit angevin[5] admet déjà dans quatre cas le remboursement des frais.

Ces quatre cas sont : le cas de bataille vaincue, celui de défaut prouvé, celui d'instance renouvelée sur chose jugée, celui de procès perdu sur complainte de nouvelle dessaisine.

Il est bien probable que l'influence du droit romain et du droit canonique n'est pas étrangère à ces décisions de la coutume angevine.

L'idée romaine et canonique fit peu à peu son chemin dans les pays coutumiers. Dès l'année 1278-1279, nous trouvons une décision champenoise qui y est à peu près conforme[6] : en 1324 (a. s.), Charles IV décida que la partie perdante payerait les dépens[7], mais cette ordonnance royale

1. *Code de Justinien*, VII, LI, 4 ; III, I, l. 13, § 6 et l. 15.
2. *Nov.* 112.
3. *Décret de Grég. IX*, V, XXXVII, 4. Cf. Beaum., ch. XXXIII, 1, édit. Beugnot, t. I, p. 480.
4. Pour les pays de droit écrit il faut lire notamment l'art. 29 de l'ord. de 1254, qui introduit le système de la nov. 112 (*Ord.*, t. I, pp. 67, 74) un jugement de 1297, contre le comte d'Astarac qui est condamné aux dépens (*Acad. de lég. de Toulouse*, t. III, 1854, p. 37), etc., etc.
5. *Ét.*, liv. I, ch. 96.
6. Varin, *Arch. adm. de la ville de Reims*, t. I, 2e part., pp. 729, 730.
7. Beautemps-Beaupré, *Cout. et inst. de l'Anjou et du Maine*, 1re part., t. I, p. 362, note 1.

Source BIU Cujas

ne paraît pas avoir été exécutée dans les provinces d'Anjou et Maine : c'est une décision des Grands Jours de l'an 1391 qui, dans ces provinces, généralisa le système des dépens mis à la charge de la partie perdante[1]. Ce système ne paraît pas s'être introduit en Allemagne plus tardivement qu'en France[2].

13. *Voies de recours contre les jugements. — Duel. — Appel. — Amendement de jugement.*

Les voies de recours sont variées et d'origines différentes :

Dans les cours féodales, le plaideur peut, s'il est gentilhomme, provoquer les juges. C'est là, à proprement parler, fausser le jugement[3].

Dans les cours royales, c'est-à-dire dans les tribunaux des baillis, il arrive aussi qu'on fausse les jugements, qu'on les déclare faux ou mauvais; mais les baillis et leurs hommes ne se battent pas, au moins dans la région qui nous occupe : et si un de leurs jugements est faussé, c'est un appel en règle qui va au Parlement[4].

Une autre voie de recours est usitée parallèlement à l'appel dans les cours royales. Pour en saisir le caractère, il est nécessaire de se reporter un moment au droit romain :

Dans le droit romain impérial, et cela pour le moins depuis Constantin, on ne pouvait appeler d'une décision des préfets

1. Beautemps-Beaupré, *Ibid.*, pp. 362, 369.

2. Lœning, *Der Vertragsbruch*, p. 308 et s.

3. *Ét.*, liv. I, ch. 83, 142. — Acte du xre s. du cartulaire de Saint-Aubin d'Angers dans la Collection D. Housseau, t. III, n° 976.

4. Voyez l'appel d'un jugement du bailli de Touraine dans *Olim*, édit. Beugnot, t. I, pp. 401, 402. — Cet appel prouve qu'il ne faut pas s'arrêter aux termes trop absolus du § 71 de la *Coutume d'Anjou* (*Ét.*, liv. I, ch. 83) qui paraît proscrire l'appel d'un jugement du bailli; car, dans ce chapitre, la « cort le roi, » c'est la cour du bailli comme au § 73 (*Ét.*, liv. I, ch. 85).

Source BIU Cujas

du prétoire, parce que ces fonctionnaires étaient les représentants immédiats de l'empereur : il y avait pourtant contre leurs jugements un moyen de recours, et ce recours était la *supplicatio*. D'après une constitution de Théodose II, on en faisait usage lorsque le préfet était changé (et cela dans un délai de deux ans) ; mais il est certain que, dans le dernier état du droit, la *supplicatio* pouvait être employée sans qu'il y ait eu un changement de fonctionnaire[1]. Elle ne conduisait pas devant une nouvelle juridiction : ce n'était qu'un appel de l'empereur à l'empereur, appel qui aboutissait à une véritable *rétractation*[2].

Il est difficile de ne pas apercevoir l'influence de ces idées romaines dans les expressions dont se sert la Coutume d'Anjou en traitant des voies de recours contre les décisions des baillis royaux : on demande *amendement* d'un jugement rendu par un bailli : on requiert cet amendement en suppliant : et c'est bien aussi d'une *rétractation* qu'il s'agit, car le bailli réunit une seconde fois les jugeurs, convoque les bonnes gens qui examinent de près l'affaire.

Si le bailli se refusait à cette procédure d'amendement, on irait jusqu'au roi[3].

L'Usage d'Orléanais nous parle également de supplication et d'amendement, lorsqu'il s'agit d'un jugement prononcé par un officier du roi[4].

1. *Nov.* 119, c. 5.

2. *Nov.* 82, c. 12 ; *Code de Justinien,* l. VII, tit. LXIII, l. 5, § 5. Dans une constitution du Code visant la supplication demandée à la suite d'un changement de fonctionnaire, Justinien suppose que le même préfet est renommé et appelé ainsi, par suite d'une *supplicatio*, à juger deux fois la même affaire : il s'adjoindra en ce cas le *quæstor sacri palatii.* C'était une garantie d'impartialité. (*Code de Just.,* VII, LXII, 35.) Cf. Bethmann Holweg, *Der rœm. civilprozess,* t. III, pp. 339, 340.

3. *Cout. de Touraine-Anjou,* § 73. — Cf. *Ét.*, liv. I, ch. 85.

4. *Usage d'Orlenois,* § 14. — Cf. *Ét.*, liv. II, ch. 16. — *Jostice*

Source BIU Cujas

Ainsi c'est en se reportant à la théorie romaine de la *supplicatio* qu'on se rend compte des formes de la procédure d'amendement.

Toutefois nos Coutumes n'ont pas reçu ici le droit romain sans modification : le perdant doit requérir amendement de jugement « le jor meïsmes que li jugemanz sera faiz[1]. » Le droit romain ne connaît point cette hâte, et ses délais sont tout différents[2].

L'amendement se retrouve dans les domaines de certains grands seigneurs féodaux : ainsi d'une sentence du chambrier ou du maire de Saint-Martin-des-Champs on a recours, *par voie d'amendement*, à l'assise du prieur[3].

Cette notion primitive de l'amendement a été de bonne heure et souvent méconnue : les diverses voies de recours se sont mêlées, et la confusion est devenue presque inextricable. Dès le XIII[e] siècle, l'auteur de *Jostice et Plet* nous parle d'un plaideur qui requiert, en suppliant, amendement au roi d'un jugement du comte de Blois[4] : le jurisconsulte aperçoit l'amendement et la supplication dès qu'il n'y a pas de duel et bien que le recours soit dirigé contre une décision d'un vassal et non contre une sentence de bailli ou de prévôt royal.

et Plet connaît en ce cas une procédure assez voisine de celle qui nous occupe ; mais les termes sont tout différents : il n'est question ni d'amendement ni de supplication (p. 16).

1. *Cout. de Touraine-Anjou,* § 73. — Cf. *Ét.,* liv. I, ch. 73, 85.

2. Cf. Bethmann-Hollweg, *Der rœm. Civilprozess,* t. III, Bonn, 1866, p. 341.

3. « Et ab audientia dictorum camerarii et majoris ad nostram, « *per modum emendamenti* assisiam. » (Lebeuf, *Hist. de la ville et du diocèse de Paris,* édit. Cocheris, t. II, p. 339.) C'est encore par *supplication et requête* qu'on a recours au roi et à son conseil d'une sentence du Parlement. (Remontrance des bourgeois de Paris de 1298 dans Le Roux de Lincy, *Hist. de l'Hôtel-de-ville de Paris,* 2[e] part., p. 138.) — Sur la supplication et l'amendement en Angleterre voyez Bracton, édit. Travers Twiss, t. I[er], p. 268.

4. *Jostice et Plet,* p. 338.

Source BIU Cujas

D'autres auraient dit, en ce cas, *ressort* et ils auraient mieux dit.

Au XIV^e^ siècle, les échevins de Reims, employant le même langage que l'auteur de *Jostice et Plet*, se pourvoient devant le roi, par *simple requête,* d'une décision de la cour archiépiscopale. L'archevêque n'admet pas cette façon d'agir; car les échevins ne relèvent pas, dit-il, directement du roi; et c'est d'un bailli ou d'un prévôt royal qu'on appelle de la sorte. Les échevins de Reims ne peuvent, suivant lui, appeler de sa cour archiépiscopale au roi que « par voie « de ressort, ou de defaut de droit ou de faux jugement[1]. » Les observations de l'archevêque me paraissent fondées historiquement.

Ces détails montrent assez dans quel chaos est plongée au XIII^e^ et au XIV^e^ siècle la théorie de l'appel et me dispensent d'insister sur le désaccord qui existe entre notre Coutume de Touraine-Anjou et tel arrêt du Parlement[2] un peu postérieur. Cette confusion apparaît de tous côtés au XIII^e^ siècle.

A première vue, la Coutume de Touraine-Anjou[3] semble refuser au vilain ou coutumier toute voie de recours contre un jugement féodal : si je scrute le texte de plus près, je crois reconnaître que l'appel ou la voie de l'amendement de jugement n'est pas interdite au vilain d'une façon absolue, mais seulement qu'il encourt, en cas d'échec, une amende déterminée par la Coutume.

Pierre de Fontaines ne paraît pas non plus refuser formellement le droit d'appel au vilain[4].

L'appel au sens moderne du mot, l'appel sans bataille est bien plus ancien qu'on ne le croit communément; mais cette

1. Varin, *Arch. adm. de la ville de Reims,* t. II, 1^re^ part., p. 83, note.

2. Beugnot, *Olim,* t. I, pp. 401, 402.

3. § 131. — Cf. *Ét.,* liv. I, ch. 142 (ci-après t. II, p. 273).

4. *Conseil,* ch. XXII, §§ 21, 22, édit. Marnier, pp. 301, 302.

Source BIU Cujas

matière prêterait à des développements dans lesquels je ne puis entrer ici.

14. *Record.*

On appelle record de cour la preuve testimoniale *sans contestation possible* de ce qui s'est passé devant un tribunal. Tout tribunal ne porte pas *record,* c'est-à-dire qu'il n'est pas toujours possible d'administrer cette preuve péremptoire, absolue : les jurisconsultes du moyen âge semblent avoir eu de la peine à déterminer avec précision les tribunaux qui portaient *record*[1]. Suivant l'auteur des *Etablissements,* ce sont tout simplement les cours des barons[2].

Ce *record,* au sens historique que je viens de faire connaître, existait-il à l'époque mérovingienne et carolingienne? Bethmann-Holweg répondait affirmativement[3], mais Sohm et Brunner ont soutenu depuis la négative[4] et je ne sache pas qu'on ait combattu leurs arguments. Ils me laissent quelques doutes. Brunner se refuse à apercevoir dans les textes mérovingiens et carolingiens le record au sens technique de ce mot, parce qu'il y est toujours question tout simplement de témoins qui déposent et non pas des juges eux-mêmes : or est-il vraisemblable qu'on ait remis à d'autres qu'aux juges, à d'autres qu'à ceux qui ont prononcé le jugement, le soin d'en administrer cette preuve irréfutable, cette preuve privilégiée? Non certes, répond Brunner : les témoignages dont il s'agit n'ont donc point la valeur absolue qui s'attachera, quelques siècles plus tard, au record, au record des juges.

1. *Jostice et Plet*, p. 90. Cf. *Ét.*, liv. II, ch. 15.

2. *Ét.,* liv. II, ch. 33.

3. Bethmann Hollweg, *Der germ.-rom. Civilprozess im Mittelalter*, t. II, 1871, p. 110.

4. Dans *Festgaben für Heffter,* 1873, pp. 148 et suiv. Sohm professe la même opinion, *Die altdeutsche Reichs und Gerichtsverfassung,* I, p. 525.

Source BIU Cujas

Cet argument (ce n'est pas le seul que Brunner fasse valoir) n'est peut-être pas très solide, car, au moyen âge, à l'époque où l'existence du record proprement dit est indiscutable, ceux qui ont prononcé le jugement ne sont pas les seuls qui peuvent porter record. C'est ce que prouvent les textes suivants :

« Recort n'est mie solement sur la jostice, mais sor cex « qui sunt au juigement, en l'ore où la parole est dite don « est li contenz. *Et recort doit estre en bones gens, tex « qui soient creables de la querele*[1].

« Tu n'es mie tenuz d'oyr recort *de cels qui jugier ne « te puent*[2]. »

Ainsi, d'après *Jostice et Plet*, « les bones gens, » ceux qui sont créables, peuvent recorder : d'après P. de Fontaines, ceux qui *peuvent juger* peuvent recorder. On ne voit pas que ce droit soit le privilège de ceux qui ont pris part au jugement.

Dans notre Coutume d'Anjou[3], le record est mentionné, mais il paraît bien que les jugeurs seuls peuvent porter record du jugement : c'est également le système de Beaumanoir[4].

S'il est douteux que le record ait existé chez les Francs et qu'il appartienne au plus ancien droit germain, on peut affirmer, du moins, qu'il apparaît d'assez bonne heure dans les milieux germaniques : son existence chez les Lombards n'est point contestée.

1. *Jostice et Plet*, p. 318.
2. P. de Font., édit. Marnier, p. 261.
3. *Ét.*, liv. I, ch. 96.
4. Beaumanoir paraît établir une distinction : ceux qui ont prononcé le jugement peuvent seuls porter record du jugement; mais beaucoup d'autres incidents susceptibles de record peuvent être recordés par quiconque a la capacité de juger. (Beaumanoir, chapitre XXXIX, édit. Beugnot, t. II, p. 93.) — Cf. *Livre des droiz*, art. 50 et 476.

Source BIU Cujas

SECTION TROISIÈME. — QUELQUES PROCÉDURES SPÉCIALES.

Je groupe ici, en finissant, quelques procédures spéciales dont je n'aurais pu parler dans les pages qui précèdent sans rompre la suite des idées.

Je n'expose pas *ex professo* l'histoire ou le mécanisme de ces procédures; mais je continue seulement à recueillir, dans mes textes, les traits qui ont une valeur particulière au point de vue des origines.

1. *Les quatre deniers dans la procédure d'entiercement.*

Un détail bizarre de la procédure d'entiercement si remarquable et si ancienne est relaté dans l'Usage d'Orléanais[1] : le demandeur doit poser quatre deniers sur l'objet qu'il revendique. La Coutume d'Anjou ne parle pas de ces quatre deniers : mais le même usage existait néanmoins dans cette province, car des chartes angevines[2] y font allusion. Que signifient ces quatre deniers que nous retrouvons dans un grand nombre de textes français? La comparaison avec les documents scandinaves va nous l'apprendre. C'est une petite somme qui était primitivement destinée à indemniser l'individu soupçonné à tort de recéler l'objet volé et chez lequel le revendiquant faisait une perquisition domiciliaire. Voici, en effet, ce que porte un texte du Schleswig :

« Si quis a domino domus petierit, ut exploret in domo « ejus de furto, negante hospite, non presente exactore, « III marcas in limine ponat et domum intret. Si assit exac-

1. *Ét.*, liv. II, ch. 13, 18.
2. Cartulaire de la Roë (Bibl. nat., nouv. acq. n° 1227, p. 29).

Source BIU Cujas

« tor nichil ponat; et si ingressus domum furtum non inve-
« nerit, pecuniam in limine positam amittat[1]. »

Il me paraît bien naturel de reconnaître dans ces trois marcs scandinaves les quatre deniers de notre moyen âge français : les trois marcs scandinaves ont gardé leur valeur primitive : nos quatre deniers ont perdu toute signification : c'est un pur débris matériel.

2. *Abeilles fugitives.*

Aux termes du ch. 172 au livre Ier des *Etablissements*, le propriétaire d'abeilles qui a suivi ses abeilles *sans les perdre de vue* jusqu'au moment où elles se sont réfugiées chez un autre propriétaire peut les revendiquer.

Cette décision, d'ailleurs très simple en soi et très naturelle, peut se rattacher au droit romain qui tranchait la difficulté de la même manière[2]. Elle n'était pas partout résolue en ce sens au moyen âge : ainsi les *Assises de Jérusalem*[3] n'accordaient au propriétaire d'abeilles aucun droit de suite : sa « seigneurie » s'évanouissait en même temps que les abeilles s'envolaient de sa ruche.

Ni l'Usage d'Orléanais, ni *Jostice et Plet* ne parlent des abeilles fugitives; je me trompe, *Jostice et Plet* traduit le livre du Digeste où cette question est traitée; mais c'est là du droit romain plutôt que du droit orléanais.

Je ne puis m'empêcher ici de faire observer que le traducteur du XIIIe siècle rend mieux que les modernes ce petit passage de Gaius. Voici le texte latin :

1. *Slesvigs gamle stadsret*, p. 8, art. 21 dans Thorsen, *De med Jydske, Lov beslaegtede Stadsretter for Slesvig, Flensborg, Aabenraa, og Haderslev*, Kiœbenhavn, 1855. — Cf. *Apenrader Stadtrecht*, *Ibid.*, p. 229, art. 119; Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, Gœttingen, 1854, p. 638.

2. *Dig.*, XLI, 1, 5, § 4 (Gaius). — Justinien, *Institutes*, II, 1, 14.

3. *Assises des Bourgeois*, ch. 215, édit. Victor Foucher, p. 518 et suiv.

Source BIU Cujas

« Examen quod ex alveo nostro evolaverit, eo usque nos-
« trum esse intelligitur, donec in conspectu nostro est, *nec*
« *difficilis ejus persecutio est :* alioquin occupantis fit. »

Les interprètes modernes traduisent ces mots *nec difficilis ejus persecutio est* par *pourvu que la poursuite des abeilles ne soit pas difficile*. Ainsi la propriété de l'essaim dépendrait de la question de savoir si le propriétaire l'a suivi de l'œil facilement ou difficilement ! Conçoit-on rien de plus étrange ? Est-il une solution moins juridique ? Qu'on veuille bien pénétrer le sens attribué ici par le jurisconsulte au mot *persecutio*, et on arrivera tout de suite à une interprétation très satisfaisante : qu'on cesse de traduire ce mot par *poursuite*, mais qu'on l'applique aux opérations qui ont pour objet de faire sortir les abeilles de leur nouvel asile, et toute difficulté s'évanouira : il est naturel, en effet, il est nécessaire, si ces opérations échouent, ou si elles nécessitent un travail très difficile, pouvant causer un préjudice, il est nécessaire de décider que les abeilles seront la propriété de celui chez qui elles ont émigré et chez qui elles veulent rester : cette solution est celle de la loi des Bavarois[1] qui distingue avec beaucoup de vérité les abeilles qui finissent par céder aux moyens employés de celles qui, au contraire, persistent malgré tout dans leur premier dessein. Cette loi, — ceci est inattendu, j'en conviens, — peut servir fort utilement à commenter Gaius et Justinien : elle est comme le fait, comme la pratique mise en face d'une solution théorique rapidement exprimée.

Le jurisconsulte à qui nous devons le *Livre de Jostice et de Plet* avait parfaitement aperçu l'écueil que je viens de signaler : il ne traduit pas servilement *persecutio*, et son texte offre un sens excellent :

« Li gitons qui s'en est volez de nostre vessel est nostre

1. *Loi des Bav.*, tit. XXI, §§ 8-11 dans Pertz, *Leg.*, III, 448. — Cf. Babinet dans *Annales des justices de paix*, année 1877, pp. 302, 303.

Source BIU Cujas

« tant come nos le poons voier et *prandre* legierement : et « s'il est autrement, il est à celui qui le puet prandre[1]. »

3. *Moyen d'échapper à la contrainte par corps.*

Je lis dans l'Usage d'Orléanais :

« Mes sires li rois est en saisine et en possession generau- « ment de prandre et de tenir por sa dete queneüe et provée « cors et avoirs et heritages, selonc l'usage de la cort laie ; « ne l'en ne met home en prison por dete, se n'est por la « soue. Mais il doit faire la loi dou païs qu'il paiera au plus « tost qu'il porra et jurer sor sainz qu'il n'avra de coi paier « ne en tout ne en partie ; et au plus tot qu'il venra à « plus grant fortune qu'il paiera ; et doit jurer qu'il vandra « dedanz XL jorz son heritage, se il l'a ; et se il ne le faisoit, « li deteres le vandroit, et li feroit otroier la vante selon « l'usage de la cort laie[2]. »

Ces prescriptions humaines sont inspirées du droit romain.

La contrainte par corps est maintenue pour les créances royales. Gratien, Valentinien et Théodose avaient pris la même décision : elle a été insérée au Code Théodosien[3] ; c'est à ce courant d'idées hostile aux débiteurs du fisc que se rattache notre Usage d'Orléanais. Le droit romain impérial fournissait d'ailleurs d'autres textes très favorables aux mêmes débiteurs[4]. Ils sont restés sans influence.

1. *Jostice et Plet,* liv. XV (Bibl. nat., ms. fr. 2844, fol. 127 r°). Ce passage, n'étant qu'une traduction du latin, n'est pas imprimé dans l'édition Rapetti.

2. *Ét.,* liv. II, ch. 22.

3. « Nemo susceptor, vel exactor, vel debitor fisci duntaxat, « cessionem bonorum faciens, intentionem publicæ necessitatis « evadat : sed omnes omnino, quos fisci nostri esse constiterit « debitores, ad solutionem ea severitate quam vigor judiciarius « postulat, urgueantur. » (*Code de Théodose,* X, XVI, 4) (an. 385.) — Cf. une décision analogue de 379, *Ibid.,* IV, XX, 1.

4. *Code de Just.,* X, XIX, 2 (constitution de Constantin) ; *Nov.* 135, c. 1.

Source BIU Cujas

Le débiteur d'un particulier peut échapper à la contrainte par corps en remplissant certaines formalités qui, sans être identiques à celles de la novelle 135, les rappellent cependant de très près; l'obligation de vendre son immeuble dans les quarante jours est un trait tout à fait coutumier qui n'est pas fourni par le droit romain.

Cette jurisprudence si favorable au débiteur et tout imprégnée du droit romain est d'origine orléanaise, car je la retrouve identique dans *Jostice et Plet;* l'auteur de ce dernier recueil[1] signale même expressément des différences entre la jurisprudence royale et la jurisprudence orléanaise. Rien sur cette matière dans les textes angevins. Saint Louis introduisit, comme on sait, la procédure de cession de biens en faveur des débiteurs pourvu qu'ils ne fussent pas débiteurs du fisc[2]. Cette ordonnance ne me paraît point être la source du droit orléanais : j'admettrais plutôt que les usages orléanais et une jurisprudence déjà fréquente à la cour du roi ont inspiré ici la législation positive de saint Louis.

Dans d'autres provinces, on s'était également préoccupé d'adoucir le sort des débiteurs : ce qu'on faisait à Reims[3],

1. *Jostice et Plet,* p. 112.

2. Ord. de 1256, art. 17 : « Ni que nuls homs soit tenus en pri-« son pour chose que il doie, *s'il habandonne ses biens,* fors notre « debte tant seulement. » (P. Paris, *Grandes chr.,* t. IV, p. 345; cf. ms. fr. 17270, dernier tiers du vol.) Le texte de Laurière (*Ord.,* t. I, p. 30) et ceux qu'a publiés le baron de la Bastie (*Mém. de l'anc. acad. des Inscript.,* t. XV, p. 732) n'ont pas les mots « *s'il habandonne ses biens.* » Je suis porté à croire que ces mots importants font partie du texte primitif. Cependant l'art. 19 de l'ordonnance de 1254 ne parle pas de la cession de biens. (Laurière, *Ord.,* t. I, p. 72.)

3. Reims semble avoir eu sa prison publique pour les débiteurs. Voici le régime paternel qui, sous l'influence religieuse et canonique, y a été établi :

« Si debitor solvere noluerit, vel commode non potuerit, tenebit « prisoniam secundum consuetudinem ville que talis est : hora « prima veniet in prisoniam usque ad meridiem, et tunc recedet

Source BIU Cujas

sans renoncer toutefois à la contrainte par corps, est extrêmement curieux.

Il est inutile de rappeler au lecteur que la contrainte par corps plus particulièrement visée par les textes orléanais ou par l'ordonnance de saint Louis et interdite au créancier est la contrainte au domicile de ce dernier, et non la contrainte dans une prison publique encore fort rare. Il nous est d'ailleurs difficile de préciser parfaitement la portée de ces textes. S'appliquent-ils à la contrainte par corps conventionnelle? En d'autres termes, le débiteur qui se serait engagé par contrat à subir, au besoin, la prison chez un créancier, peut-il échapper à cette clause? Un peu après saint Louis, Beaumanoir[1]; au commencement du XIVe siècle, Philippe le Bel[2] répondaient négativement. Mais, d'autre part, nous savons qu'une jurisprudence parisienne, postérieure à Philippe le Bel, n'admettait pas la validité des renonciations au bénéfice de cession de biens[3].

Ces renonciations exigées du créancier révèlent l'existence d'un courant très défavorable aux cessions de biens : des documents appartenant au droit méridional de la France sont plus explicites et nous apprennent[4] que, dans cette région,

« usque ad nonam; et a nona usque ad complectorium, tenebit « prisoniam; ad complectorium autem recedet. Diebus autem « feriatis non tenebit prisoniam. » (*Liber practicus de consuetudine remensi*, art. 25, dans Varin, *Arch. lég. de la ville de Reims*, 1re part., *Cout.*, p. 38.)

1. Édit. Beugnot, t. I, p. 344.

2. Ord. de 1303. Voyez le texte auquel je fais allusion avec d'utiles observations dans Duverdy, *Dissertation sur la contrainte par corps*, p. 66.

3. *Grand Cout.*, édit. Laboulaye et Dareste, p. 216.

4. Statuts d'Avignon et de plusieurs villes du Midi. — Cf. René de Maulde dans *Nouv. Revue hist.*, mai-juin 1878, pp. 370, 371. — Rapprochez les formalités humiliantes de la cession de biens d'après Jacobi. (*Revue de législ. et de jurispr.*, t. XX, 1844, p. 428.)

Source BIU Cujas

la jurisprudence obéissant à l'impulsion des intérêts commerciaux proscrivit, dès le XIII^e siècle, la cession de biens.

Je ne suivrai pas jusqu'aux temps modernes[1] l'histoire de la contrainte par corps. Les fluctuations de l'opinion et de la législation ont été exposées ailleurs[2]; il me suffit ici d'avoir rattaché, comme il convenait, au droit romain le mouvement humanitaire dont le droit orléanais et la législation de saint Louis nous offrent, au moyen âge, une des premières expressions.

4. *Exécution parée.*

M. Briegleb et M. Dareste ont fort bien montré les origines de l'exécution parée : chez les Romains, la *confessio in jure* devant le magistrat compétent[3] était assimilée à une condamnation et donnait les mêmes droits à la partie adverse : celle-ci pouvait exécuter comme si un jugement avait été rendu[4]. On imagina, au moyen âge, de considérer comme magistrat l'officier devant qui était rédigé un contrat et de faire, à l'avance, *confesser* devant lui par l'une des parties l'existence de l'obligation. Grâce à cette confession préalable et à cette fiction par laquelle on assimilait un officier accomplissant un acte de juridiction gracieuse à un magistrat siégeant au contentieux, on obtint ce que nous appelons aujourd'hui l'*acte exécutoire*. L'*acte exécutoire* est, à mon sens, le vêtement romain d'un sentiment, d'un

1. Une dissertation peu connue sur la contrainte par corps mérite d'être lue : je veux parler de la *thèse de licence* de M. Jules Périn. Paris, Durand, 1859. C'est un travail d'érudit où l'on reconnaît immédiatement les procédés de l'École des chartes.

2. Voyez Duverdy, *loc. cit.*, p. 67 et suiv.; Bayle-Mouillard, *De l'emprisonnement pour dettes,* 1836, p. 34 et suiv.

3. Bethmann-Hollweg, *Der rœm. Civilprozess,* t. II, 1865, p. 540.

4. *Der rœmische Civilprozess*, t. I, *Legis actiones,* Bonn, 1864, pp. 116, 117, 190. — Cf. *Code de Justinien,* VII, LIX.

Source BIU Cujas

besoin qui devait être très vif parmi des populations habituées à la procédure de la saisie extrajudiciaire, à cette *pignoratio* barbare dont j'ai déjà parlé à plusieurs reprises. Si on renonçait à cette saisie primitive, à cette saisie extrajudiciaire, du moins fallait-il imaginer quelque combinaison pratique qui s'en rapprochât et qui épargnât au créancier les lenteurs et les frais d'un débat au contentieux. La formule de la *confessio in jure* procura ce résultat et satisfit les esprits que choquait l'usage barbare de la *pignoratio :* au lieu et place du droit romain vrai, réel on leur en fournit la fiction, l'image : et cela suffit[1]. L'acte exécutoire donnait prise sur l'immeuble du débiteur, non pas la *pignoratio.*

On enseigne que l'acte exécutoire est né en Italie sous le nom de *pactum guarentiziæ*[2]. Cette origine est probable, mais je ne m'en porte pas garant ; et je constate que, de très bonne heure, la fiction de la *confessio in jure* et l'acte exécutoire apparaissent en France : cette formule est fréquente, notamment dans les chartes orléanaises et tourangelles du XIII[e] siècle : la lecture de ces chartes[3] me fait supposer que

1. Un article de la Coutume de Charroux vient à l'appui de mes vues et favorise l'hypothèse d'un lien historique entre la *pignoratio* extrajudiciaire et la *confessio in jure :* « Li home de Charros « pouent prendre les choses à lor deptor par ço que il lor devent, « *sans monstrer à seignourage de chose cognogue,* si li deptres no « deffent de par lo senhor. » (*Cout. de Charroux* de 1247, art. 19 dans Giraud, *Essai sur l'hist. du droit fr.*, t. II, p. 402.)

2. Voyez Briegleb, *Geschichte des exekutiv-Prozesses*, Nürnberg, 1839 ; R. Dareste, dans la *Bibl. de l'École des chartes*, C, I, 452.

3. Voyez un acte de 1232 par devant l'official de Tours dans Bourassé, *Cartulaire de Cormery,* p. 155 ; un acte de 1238 par devant l'official de Tours, *Ibid.*, p. 157 ; un acte de 1259 par devant l'official de Tours dans Salmon, *S. Martin, Copies et extraits*, t. VIII, p. 64 (Bibl. mun. de Tours, manuscrits) — d'après D. Housseau, t. VII, n° 3123 (Bibl. nat., manuscrits) ; un acte de 1264 par devant l'official d'Orléans dans cartul. de Saint-Euverte (Bibl.

Source BIU Cujas

l'acte exécutoire a été en usage dans les officialités avant de se répandre dans la sphère des juridictions civiles. Notre Usage d'Orléanais suppose que l'acte exécutoire est passé par devant le prévôt royal ou une autre juridiction ordinaire. Le créancier, pour en faire usage, doit s'adresser à la justice pour *entériner*, c'est-à-dire faire exécuter « sa lettre, » son titre. (*Et.*, liv. II, ch. 37.)

La Coutume d'Anjou du XIII^e^ siècle ne fait aucune mention de l'acte exécutoire; mais il apparaît dans la *Compilatio*, imparfaitement décrit et défini par un jurisconsulte peu exercé :

« Art. 87. Il est usage que se aucun home a letres sur « i autre de sa dete que il li doie, et le terme passe sanz ce « que il randre, et il les montre à justice, que la justice les « doit fere sigre comme chose queneüe et jugée, ne ne doit « rien oïr encontre, se il ne montre paiement. »

Le rédacteur a oublié de dire que, dans les lettres mêmes, dans la charte elle-même, il a fallu, au préalable, mentionner l'aveu, la *quenoissance* de la dette par le débiteur; mais la suite du texte prouve que telle est bien sa pensée[1].

nat., ms. lat. 10089, fol. 22 verso); un acte de 1288, acte de juridiction gracieuse constatant en réalité la création d'une obligation, fait toucher du doigt la fiction : au début, les formules ordinaires *jure constitutus, confessus est* se vendidisse; à la fin : « Et nos « prædictum venditorem coram nobis præsentem et consentien- « tem ad omnia præmissa et singula tenenda, sequenda et obser- « vanda, *per judicium curiæ nostræ sententialiter condempnavimus.* » Ainsi, de peur de quelque méprise sur la portée fictive de la *confessio*, le rédacteur va plus loin encore et exprime en toutes lettres une *sentence* et une condamnation. (Bourassé, *Cartulaire de Cormery*, pp. 183-185.) Même formule dans un acte de 1295. (*Ibid.*, pp. 187-189.)

1. Je ne puis suivre, dans cet exposé rapide, les phases diverses de l'histoire des actes exécutoires; mais voici l'indication de quelques textes importants : — pour la France, *Style* de du Breuil, édit. Lot, pp. 35, 36; Belleperche, cité par Briegleb, 1839, p. 397;

Source BIU Cujas

CHAPITRE VII.

EXAMEN DES TEXTES RELATIFS A LA CRIMINALITÉ ET A LA PÉNALITÉ.

Il paraît naturel de diviser cette matière en deux groupes principaux : l'un que j'appellerai le groupe germanique et carolingien ; l'autre, le groupe religieux ou canonique :

La notion de certains crimes est toute germanique, et la répression de ces crimes se rattache aussi plus ou moins directement aux usages germains. Ce sera le premier groupe.

La notion même d'un certain nombre d'autres crimes dérive de l'idée religieuse ; ou encore le sentiment religieux a exercé une influence marquée sur la répression ; ce sera le second groupe.

Mais ces groupes ne se distinguent pas toujours avec une netteté parfaite : nous rencontrons des points douteux, des origines confuses : d'où la nécessité d'établir une troisième division intermédiaire et d'exprimer çà et là quelques doutes.

SECTION PREMIÈRE. — GROUPE D'ORIGINE GERMANIQUE OU CAROLINGIENNE.

1. *Homicide involontaire. — Projet de meurtre.*

Les lois barbares ne distinguent que confusément, ou même confondent tout à fait[1] le crime commis volontairement et

Barabé, *Rech. hist. sur le tabell. royal,* 1863, p. 421, etc., etc. ; — pour l'Italie, Benedictus de Barzis, *De guarentigiis* dans *Tractatus illustrium jurisc.*, t. VI, pars II, Venetiis, 1584, fol. 340 verso ; Guido de Suzaria, *Ibid.*, fol. 338 verso ; — pour l'Allemagne, Selchow, *Specimen bibliothecæ juris germanici*, *Elem. juris germanici,* t. I, 1782, p. 567 ; — pour les Pays-Bas, Goris, *Commentatio ad tres et viginti priores titulos Consuet. Velaviæ,* Arnhemiæ, 1664, pp. 211, 244, 245, 246.

1. Ceci est bien exposé par Nani, *Studii di diritto Longobardo,* p. 38.

Source BIU Cujas

l'acte involontaire. Cette confusion[1] n'a rien qui doive nous surprendre : la pénalité barbare a pour inspiration première le sentiment de la vengeance et le besoin d'une indemnité. Or, une action humaine cause le même dommage, qu'elle soit volontaire ou involontaire. Certains textes négligeant d'autres considérations pourront donc assimiler l'homicide involontaire à l'homicide simple volontaire[2]. La Coutume de Touraine-Anjou contient, à mon sens, un souvenir de cet état de choses primitif : aux termes de cette Coutume[3], une somme de 100 s. 1 d., appelée *relief d'homme*, est due par le propriétaire d'une bête domestique qui a causé la mort d'un homme. Cette décision de la Coutume est conforme au droit barbare : la loi des Saxons porte expressément que le propriétaire de la bête payera en ce cas la *compositio*[4].

La Coutume de Touraine-Anjou déclare même que si le propriétaire de l'animal obligé de jurer qu'il ignorait le vice de sa bête avoue imprudemment qu'il le connaissait, il sera pendu. C'est la peine de mort pour un homicide par imprudence aussi lointain, aussi indirect que possible.

Non seulement l'inspiration du droit barbare s'est conservée dans ce ch. de la Coutume d'Anjou, mais le tarif lui-même de 100 s. est fort ancien : je le retrouve dans la loi Salique

1. La confusion est absolue dans ce texte wisigothique : « Qui-« cumque deinceps occiderit hominem, *si volens aut nolens homi-« cidium perpetraverit*..... ipse in potestate parentum vel propin-« quorum defuncti tradatur » (Walter, *Corpus juris germ.*, t. I, p. 668), et, dans ce texte de la loi des Thuringes : « Qui nolens « vel casu quolibet, hominem vulneraverit, vel occiderit, compo-« sitionem legitimam solvat. » (Tit. X, 8, édit. Gaupp, p. 378. — Cf. Gaupp, *Ibid.*, p. 393 et suiv.)

2. *Lex Saxonum*, tit. XII (édit. Walter, t. I, p. 888).

3. *Cout. de Touraine-Anjou*, § 114. — Cf. *Ét.*, liv. I, ch. 125 (ci-après t. II, p. 233-236).

4. *Lex Saxonum*, tit. XIII, § 1. « Componatur excepta faida. » (Walter, t. I, p. 388.) Sur la valeur de ces mots, *excepta faida*, voyez Gaupp, *loc. cit.*, pp. 393, 394.

Source BIU Cujas

et dans un texte apparenté avec la loi salique[1]. C'est le taux du wergeld en cas d'homicide d'un Romain. Cette similitude des tarifs n'est probablement pas fortuite, bien que les chiffres seuls soient semblables et non les valeurs[2].

J'ai déjà fait remarquer à l'occasion de la saisie du gage que l'idée barbare m'apparaissait sur ce point beaucoup plus dégagée, beaucoup plus pure dans les textes du moyen âge que dans les lois barbares. Ici certaines lois barbares nous ont conservé l'idée primitive à peu près intacte; mais, chose remarquable, la loi Salique avait déjà subi sur ce point, dans sa première rédaction, les influences romaines. Elle avait sacrifié quelque chose de la rigueur primitive : elle n'obligeait plus le propriétaire de l'animal qu'à payer un demi-wergeld : il se libérait de l'autre moitié en abandonnant la bête[3]. C'est l'abandon noxal[4] des Romains qui pénètre à demi chez les Francs. Cette transaction n'est pas admise dans notre Coutume angevine : elle se rapproche ainsi davantage du droit barbare primitif.

La Coutume de Montferrand, rédigée à la fin du XIII^e^ s., met assez bien en relief la lutte du droit romain et des usages barbares sur ce point : à l'inverse de la Coutume d'Anjou, elle donne gain de cause au droit romain :

« Si equus, vel aliud animal quodcumque occiderit vel « damnum quodlibet dederit, fiat de eo secundum quod jure « scripto cavetur, non obstante consuetudine quacum- « que[5]. »

La Coutume d'Anjou laisse impuni le simple projet criminel : ou, du moins, elle n'inflige à celui qui avoue ce projet

1. Behrend, *Lex Salica,* XLI, 6, p. 53, et Extr., p. 110. — Cf. Edict. Roth., 14, dans Pertz, *Leges,* t. IV, p. 15.

2. Voyez ci-après p. 245 le § 6 consacré aux amendes.

3. *Lex Salica*, tit. XXXVI, « De quadrupedibus si hominem « occiderent. » (Édit. Behrend, pp. 44, 45.)

4. Cf. *Inst. de Just.*, IV, IX.

5. *Ord.,* t. XIV, p. 211.

Source BIU Cujas

ni la peine de mort, ni celle de la mutilation[1]. Cette abstention de la loi convient parfaitement à la conception germanique de la pénalité : et, en effet, à une seule exception près[2], nous ne voyons pas les lois germaniques se préoccuper du projet criminel, mais seulement de l'exécution manquée[3], de la tentative avec commencement d'exécution. Il convient toutefois d'ajouter que le droit romain[4] et, après lui, le droit canonique[5] acceptent, de leur côté, très expressément le même principe. Un fragment de droit pénal orléanais emprunte même au Digeste l'expression toute romaine de cette idée[6].

2. *Meurtre. — Incendie de nuit.*

Si les Germains ou confondent ou distinguent très faiblement l'homicide volontaire et l'homicide involontaire, ainsi que je le faisais remarquer tout à l'heure, on sent, en lisant leurs lois, qu'ils conçoivent néanmoins deux sortes d'homicides très différents : mais ils vont chercher ailleurs les éléments de la distinction qu'ils ont dans l'esprit :

J'appellerai provisoirement leurs deux homicides l'*homicide simple* et l'*homicide odieux*. L'*homicide odieux* donne lieu dans la loi Salique à un wergeld triple de l'*homi-*

1. *Ét.*, liv. I, ch. 40.

2. *Lois lombardes;* voyez, notamment dans ces lois *Edict. Roth.*, 1, 10, 11, 139 dans Walter, *Corpus,* t. I, pp. 684, 685, 698. — Cf. Nani, *Studii di diritto Longobardo,* p. 40.

3. Voyez les textes réunis par Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, pp. 601-604.

4. *Dig.,* XLVIII, XIX, *fr.* 18. — Cf. Humbert, *Sur la tentative d'après le droit crim. des Romains* dans le *Recueil de l'Académie de législ. de Toulouse,* XI, 407; — Zachariæ, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen,* Gœttingen, 1836.

5. Gratien, *Decretum,* pars II, causa XXXIII, quæstio III, De Pœnitentia, dist. I, c. 14. — Cf. Vincent de Beauvais, *Specul. doctrin.*, liv. VIII, ch. 125, *in fine.*

6. *Jostice et Plet,* p. 277.

Source BIU Cujas

cide simple[1] : dans la loi des Frisons[2] et dans la loi des Allemands[3], le wergeld en cas d'*homicide odieux* est neuf fois le wergeld de l'*homicide simple*. L'*homicide simple* n'a pas besoin de définition : mais qu'est-ce donc que l'*homicide* que pour un instant j'ai appelé *homicide odieux?* La loi Salique qui ne sait guère abstraire ne définit rien à ce sujet, mais nous fournit quelques exemples : le corps de la victime a été jeté dans un puits ou dans l'eau, ou caché de quelque manière sous des branches d'arbres par exemple; voilà l'*homicide odieux* d'après la loi Salique[4]. La loi des Frisons, moins riche d'exemples, va nous approcher d'une définition : « Si quis hominem occiderit et *absconderit*, *quod* « *mordritum vocant*, *novem weregeldos componat*. » Ainsi le nom germanique de l'homicide que j'avais un moment appelé *odieux*, c'est *mordritum*, c'est *meurtre :* et ce mot *meurtre* éveille une idée de secret, de mystère. Glanville, quelques siècles plus tard[5], recueillera cette notion traditionnelle et la formulera en ces termes :

« Il y a deux espèces d'homicides; l'un est le meurtre, « c'est-à-dire l'homicide perpétré en secret sans que per- « sonne le voie, ni le sache, en dehors du meurtrier et de « ses complices[6]..... »

1. *Lex Salica,* tit. XLI (édit. Behrend, p. 52-54).

2. Tit. XX, 2, dans Pertz, *Leg.,* t. III, p. 672.

3. *Lex Alam.,* fragm. secund., § 42, dans Pertz, *Leg.,* t. III, p. 37. Cf. *Lex Alaman. Hlotharii,* ch. XLIX, et *Lex Alam. Lantfridana,* ch. XLVII; *Ibid.*, pp. 61, 102, 103. Cf. *Loi des Bavarois,* tit. XVIII (édit. Walter, t. I, p. 288).

4. *Lex Salica*, tit. XLI, 2, 4.

5. Il y a une courte interruption dans les textes : les Capitulaires semblent ne reconnaître qu'un seul homicide et ne pas distinguer l'homicide simple du meurtre (Allfeld, *Die Entwicklung des Begriffes Mord bis zur Carolina,* 1877, p. 56, 57). C'est un effort passager contre la tradition germanique.

6. Glanville, liv. XIV, c. 3 dans Phillips, *Englische Reichs-und Rechtsgeschichte,* t. II, p. 471.

Source BIU Cujas

La même pensée se retrouve de toutes parts au moyen âge.

A l'expression vague *homicide odieux* qui m'a servi, pour ainsi parler, à introduire le lecteur, je puis maintenant substituer celle d'*homicide secret*, d'*homicide avec mystère*, calquée sur la définition donnée par les textes des mots *mordritum, mordum, mordrida*[1].

Mais je me persuade que ces textes ne m'ont pas encore fourni la traduction parfaite du sentiment profond que je cherche à analyser : on ne définissait pas encore avec une précision rigoureuse la répulsion particulière qu'on éprouvait pour toute une catégorie d'homicides : on y arrivera plus tard, lorsque l'esprit plus cultivé, la langue plus maniable et plus souple auront acquis une plus grande puissance : abordons l'école orléanaise du XIII^e^ siècle, nous y rencontrerons deux définitions du meurtre : l'une purement historique et traditionnelle, « homicide fait nuitantre fait murtre[2]. » — Ceci est mauvais encore et ne fait pas faire un pas en avant dans le sens d'une expression suffisamment large, mais rigoureuse de l'idée qu'on veut rendre. — L'autre définition rend cette fois avec vérité le sentiment légué par la tradition et je n'en conçois pas de meilleure :

« Trahison et homicide mêlé ensemble fait murtre[3]. »

Trahison, voilà l'élément secret, mystérieux du *murdritum*. Le meurtre, c'est l'homicide par surprise, l'homicide à l'improviste, le guet-apens : tel est le véritable sens du mot *trahison*.

Quant aux Angevins, ils n'ont point encore, au XIII^e^ siècle, rencontré l'expression large et concise qui rend l'idée de *meurtre*. Ils se traînent, dans les exemples et les détails, à la façon enfantine de la loi Salique; on sent toutefois, dans

1. Behrend, *Lex Salica*, p. 131; *Lex Frisionum*, tit. XX, 2 dans Pertz, *Leg.*, t. III, p. 672.
2. *Jostice et Plet*, p. 290.
3. *Jostice et Plet*, p. 290.

Source BIU Cujas

leur langue, un effort nouveau de l'esprit qui travaille à saisir l'idée :

« Murtres si est d'ome ou de fame quant l'en la tue en son « lit ou en aucune meniere, por coi ce ne soit en mellée; « enmi sa voie porroit en i home murtrir, se l'en le feroit si « qu'il en mourust, sanz tencier à lui et sanz lui deffier[1]. »

Un autre texte angevin du xv^e^ siècle dira :

« Meurtre est celuy qui occist d'aguet-apensé, ou qui est « homicide de soy-mesmes[2]. »

Ici le meurtre est mieux défini, parce que les mots *guet-apens* ont pris un sens un peu plus abstrait : mais le suicide est bizarrement assimilé au *meurtre*.

La nécessité d'être bref m'empêche de suivre les vicissitudes de cette notion du *meurtre* jusqu'à notre Code pénal : mais, dans le Code, je tiens à montrer la vieille idée germanique, le *murdritum* encore présent : c'est un curieux débris archéologique. (Le mot *meurtre* a perdu, dans ce texte, sa valeur originelle : il a pris le sens d'homicide simple volontaire : et c'est sous l'étiquette *assassinat*, mot relativement nouveau[3], qu'il faut aller chercher la vieille notion du *meurtre*.)

« Tout meurtre commis avec préméditation ou de *guet-apens* est qualifié *assassinat*. » (Code pénal, art. 296.)

1. *Ét.*, liv. I, ch. 25.

2. Dans Beautemps-Beaupré, 1re part., t. I, p. 429. Littré n'a pas signalé, dans son admirable dictionnaire, le sens primitif du mot *meurtre*. Grimm avait fort bien noté que les mots *mordar, mordor* s'appliquent à l'homicide secret, mystérieux, tandis que l'homicide ordinaire est rendu par *slahta, manslahta*. (Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 1854, p. 625.)

3. Guil. de Nangis dans D. Bouquet, t. XX, p. 325; Nani Mocenigo, *Capitolare dei signori di notte*, Venezia, 1877, p. 71 (année 1299). Sur ce mot et, en général, sur les *assassins* voyez un mémoire de M. Silvestre de Sacy dans les *Mém. de l'Académie des Inscriptions*, t. IV, et une lettre de M. Am. Jourdain à M. Michaud dans Michaud, *Histoire des croisades*, t. I, 1857, p. 472 et suiv.

Source BIU Cujas

Ce mot *guet-apens* représente une tradition qui remonte jusqu'à la loi Salique : il est inutile et sans valeur dans le Code pénal, car il n'y a point de *guet-apens* sans préméditation.

On a juxtaposé, dans cet article, une idée romaine, la *préméditation*[1], et une vieille idée germanique, le *guet-apens :* je crains que dans une révision du Code la notion de *trahison* ou *guet-apens* ne disparaisse entièrement : on ne sacrifiera pas volontiers l'idée simple et claire de *préméditation* avec laquelle les esprits sont familiarisés ; or, si on garde la préméditation, la logique poussera à supprimer dans les Codes français, comme on l'a fait ailleurs, la vieille idée du *guet-apens*. J'aimerais mieux pour ma part l'éclairer, la bien définir et la substituer à la *préméditation :* pour barbare qu'elle soit, elle est plus juste que l'idée romaine. Elle exclut de la catégorie des homicides odieux l'homicide loyal, à front découvert, précédé d'une provocation, tandis que la notion de *préméditation* a le tort grave de l'y comprendre.

Aussi bien, je soupçonne les Romains d'avoir conçu, eux aussi, à l'origine, un homicide de trahison, un homicide de guet-apens[2]. C'est une idée première à laquelle il ne faudra point renoncer trop légèrement.

La même idée de mystère, de coup monté en secret et traîtreusement, s'est accouplée à un autre acte délictueux et a constitué chez les Germains un crime spécial : le *morthbrand* est à l'incendie simple ce que le *meurtre* est à l'homicide simple.

« Hoc vocatur *morthbrand,* dit un texte scandinave,

1. Dig., XLVIII, XIX, 11, § 2. « Delinquitur autem *aut propo-* « *sito,* aut inspectu, aut casu. »

2. « Si quis hominem liberum *dolo* sciens morti duit, paricidas esto. » (Festus, voce *Parrici quæstores,* édit. Muller, Lipsiæ, 1839, p. 221.)

Source BIU Cujas

« quando aliquis sub noctis silencio vel alio modo clamculo « ignem supposuerit domui alicujus[1]. »

Ce crime spécial du *morthbrand* (je parle de la chose et non du mot) apparaît dans la loi des Thuringes[2], dans la loi des Ripuaires[3], dans la loi des Allemands[4], dans la loi des Bavarois[5], etc.

La loi des Ripuaires et celle des Bavarois rendent assez clairement l'idée de trahison par le mot *latenter* (per noctem latenter incenderit), par les mots *per invidiam more furtivo* (cremaverit per invidiam more furtivo in nocte) : *latenter,* dans la loi des Ripuaires, *per invidiam more furtivo* dans la loi des Bavarois, équivalant à *vel alio modo clamculo* dans la loi de Valdemar. Mais cette nuance est tombée assez vite : on a matérialisé l'idée et on s'est contenté de reconnaître comme un crime spécial *l'incendie de nuit.* Ce crime est mentionné de temps à autre dans les textes[6] du moyen âge : il figure, entre autres, dans notre Coutume de Touraine-Anjou[7], mais non dans les textes orléanais, qui parlent seulement de l'incendie[8].

1. *Lois de Valdemar*, liv. III, ch. 66, édit. Kolderup-Rosenv., p. 420.

2. Tit. VIII, édit. Gaupp, 1834, p. 372.

3. Tit. XVII, 1, édit. Walter, *Corpus juris germ.*, t. I, p. 169.

4. *Lex Alam.*, l. II, c. LXXXIII; *Lex Alam. Lantfr.*, LXXV, *Lex Alam.* Karol., LXXXI dans Pertz, *Leges*, t. III, pp. 74, 112, 161.

5. *Textus legis primus*, ch. X, dans Pertz, *Ibid.*, p. 306. Cf. Walter, t. I, p. 245.

6. Acte de 1240 dans *Inv. des arch. de la chambre des comptes à Lille,* t. I, pp. 282, 283, n° 703.

7. *Ét.*, liv. I, ch. 32. Il faut même ajouter que les textes germaniques semblent à peine connaître le crime d'incendie ordinaire, d'incendie de jour. (Voyez à ce sujet Wilda, *Das Strafrecht der Germanen,* p. 493 et suiv.) Notre Coutume d'Anjou ne mentionne, elle aussi, que l'incendie de nuit.

8. *Jostice et Plet*, pp. 97, 161, 279, 305, 306. *Ét.*, liv. II, ch. 8.

Source BIU Cujas

3. *Encis.*

Voici encore un autre crime très nettement germanique, l'*encis :*

Chez les Germains, la femme a une valeur toute particulière, parce qu'elle est productive : son wergeld est donc l'objet de prescriptions spéciales. Le wergeld de l'homme libre est de 200 s. dans la loi Salique : dans la même loi, la femme libre qui ne peut plus avoir d'enfants est assimilée à l'homme : son wergeld est de 200 s. ; mais la femme libre féconde vaut beaucoup plus : son wergeld est le triple de celui de l'homme libre, 600 s.

La valeur de l'embryon ou de l'enfant qui n'a pas encore reçu de nom est tout juste la moitié de la valeur de l'homme : 100 s. ; par suite, le wergeld de la femme libre qui était grosse quand on l'a tuée s'élève à 600 sous pour elle-même, plus 100 sous pour son fruit, soit au total 700 sous[1]. Un texte qui se joint à la loi Salique s'occupe d'une façon toute particulière des délits contre les femmes enceintes[2].

Chez les Thuringes, la femme féconde vaut également trois fois plus que l'homme[3].

Je retrouve encore une application de la même idée dans le titre *De via lacina* de la loi Salique, aux termes duquel un coup porté à une femme donne lieu à une composition trois fois plus forte que le coup porté à un homme[4]. Il serait facile de multiplier ces exemples : ils suffisent pour constater que les délits contre les femmes et surtout contre les femmes enceintes ont une gravité particulière et constituent une catégorie à part. De cette idée toute barbare dérive dans le droit

1. *Lex Salica,* tit. XXIV, 3, 6 (édit. Behrend, pp. 28, 29).
2. Édit. Behrend, p. 92.
3. *Loi des Thuringes,* tit. I, X, édit. Gaupp, pp. 293, 378.
4. *Lex Salica*, tit. XXXI (édit. Behrend, pp. 39, 40).

Source BIU Cujas

du moyen âge la notion d'un délit spécial et caractérisé, l'*encis* : notre Coutume d'Anjou[1] appelle *encis* le fait d'avoir donné la mort à une femme enceinte. Il n'est pas parlé de l'*encis* dans l'Usage d'Orléanais, mais un autre texte orléanais le mentionne[2]. L'*encis* qui a subsisté jusqu'en 1789 dans la Coutume d'Anjou (art. 44) figure encore (sous la forme fautive *encise*) dans une bonne compilation rééditée en 1826 à Bruxelles, le Répertoire de Merlin[3]. La définition qu'en donne le compilateur est exacte : « *Encise,* c'est le meurtre « d'une femme enceinte ou de l'enfant dont elle est grosse. »

Si la tradition barbare s'est si bien conservée dans le Répertoire de Merlin, elle s'est perdue ailleurs : et tout récemment ce vieux mot *encis* retrouvé dans des documents du XIII^e^ siècle était l'objet de communications et de rapports scientifiques dont le résultat n'est pas, à vrai dire, très satisfaisant.

4. *Coups et blessures. — Injures.*

Le droit orléanais a gardé quelques traces très affaiblies des anciennes classifications de coups et blessures qu'on trouve dans les lois barbares[4] : il connaît le coup très grave à la tête (sans amener la mort) ; le coup qui fait plaie ou fait jaillir le sang (amende de 60 s.) ; le coup qui ne fait pas plaie et ne fait point jaillir le sang (amende de 5 s.) : cette classification très simple que j'emprunte au texte intitulé *Poines de la duchée d'Orleans*[5], se retrouve dans l'Usage d'Orléanais[6] avec cette différence que le coup à la tête n'y obtient pas de mention spéciale.

1. *Ét.,* liv. I, ch. 27.
2. *Jostice et Plet,* p. 279.
3. Merlin, *Répertoire,* 5^e^ édit., t. X, p. 260.
4. *Loi Sal.,* tit. XXIX ; *Loi des Saxons,* ch. XI-XIII, etc.
5. *Jostice et Plet,* pp. 279, 280.
6. *Ét.,* liv. II, ch. 24, 25. Il est curieux de retrouver, au XIX^e^ s.,

Source BIU Cujas

Le droit barbare qui classait les blessures établissait aussi volontiers des catégories d'injures donnant lieu à des amendes dont le tarif est fixé d'avance[1] : c'est de là que dérivent les injures qu'on appelait au moyen âge *déloyales*, c'est-à-dire, si je ne me trompe, plus rigoureusement interdites et punies par la loi. La Coutume d'Anjou énumère quelques injures déloyales[2] : le jurisconsulte à qui nous devons la *Compilatio* n'était pas tout à fait d'accord sur ce point avec le rédacteur de la Coutume : sa nomenclature d'injures déloyales est un peu différente[3]. L'Usage d'Orléanais punit, en général, les injures d'une faible amende, sans préciser, comme le faisaient certaines lois barbares, quelles sont les injures punissables[4] : il assimile les injures aux coups qui ne font pas plaie et qui ne font pas jaillir le sang.

5. *Pénalité. — Mutilations. — Pendaison.*

J'arrive à la pénalité.

Ici encore la tradition germanique ou carolingienne est sensible, surtout dans la Coutume d'Anjou.

La peine de la mutilation en cas de vol rappelle certains Capitulaires : d'après ces anciens textes, le voleur, pour un premier délit, aura l'œil crevé ; pour un second, le nez coupé : au troisième vol, il sera mis à mort[5]. Dans la Coutume de

dans l'état de Géorgie (Amérique du Nord), ce code de la mutilation et des blessures aussi minutieusement détaillées que dans les lois barbares. (Code de 1816, fifth division, art. 27-31.) Même observation pour la Transylvanie. (Kœnigswarter, *Études hist. sur le développement de la société humaine*, p. 124.)

1. *Loi Sal.*, tit. XXX (édit. Behrend, pp. 38, 39).
2. *Cout. de Touraine-Anjou*, § 143. — Cf. *Ét.*, liv. I, ch. 154.
3. *Compil.*, 91.
4. *Usage d'Orlenois*, § 23. — Cf. *Ét.*, liv. II, ch. 25.
5. Capit. de 779 dans Pertz, *Leg.*, t. I, pp. 38, 39. Cf. commentaire lombard attribué à tort à Ariprand dans Anschütz, *Die*

Source BIU Cujas

Touraine-Anjou un premier vol est puni par la mutilation de l'oreille : un second par celle du pied : peine de mort, en cas de troisième récidive[1].

Les Orléanais pendent plus facilement, paraît-il[2].

Les Capitulaires n'édictent pas la peine de mort contre le faux monnayeur : on se contente de lui couper une main[3]. A ce propos, un Capitulaire de 864 distingue déjà, en des termes fort remarquables, le pays de droit écrit de ceux où on n'applique pas la loi romaine[4] : dans ces derniers pays, le faux monnayeur perd la main droite.

Notre Coutume de Touraine-Anjou, fidèle à cette tradition, ne condamne pas à mort le faux monnayeur, au moins pour un premier crime : elle l'assimile au voleur[5].

Le droit orléanais se conforme ici au droit romain de Justinien et condamne le faux monnayeur à la peine de mort[6].

Le mode d'exécution le plus fréquent est la pendaison[7] très usitée chez les Germains[8]. Par convenance, on ne pend pas la femme, on la brûle[9] : suivant d'autres textes, on l'enterre

lombarda-commentare des Ariprand und Albertus, pp. 52, 53. Cf. aussi concile antérieur à 747, dont Hefele paraît accepter l'authenticité, *Hist. des conc.*, trad. fr., t. IV, p. 487.

1. *Cout. de Tour.-Anjou,* § 22. — Cf. *Ét.,* liv. I, ch. 32 (ci-après, t. II, p. 48).

2. *Jostice et Plet,* p. 279.

3. Capit. de 817 dans Gengler, *Germ. Rechtsdenkmæler*, Erlangen, 1875, p. 651. Cf. concile ci-dessus cité (Hefele, *Ibid.,* p. 487) ; edict. Roth., 242 dans Pertz, *Leg.,* t. IV, p. 60 ; Pseudo-Ariprand dans *Anschütz, Ibid.,* p. 59.

4. Capit. de 864 dans Gengler, *Ibid.,* p. 685.

5. *Ét.,* liv. I, ch. 32.

6. *Jostice et Plet,* p. 282 ; *Ét.,* liv. II, ch. 39. Cf. *Code de Justinien,* IX, XXIV.

7. *Coutume de Touraine-Anjou,* §§ 19, 20, 22, 23 ; cf. *Ét.*, liv. I, ch. 29, 30, 32, 33, etc. — *Usage d'Orlenois,* §§ 32, 36 ; cf. *Ét.,* liv. II, ch. 33, 36.

8. Cf. Wilda, *Das strafrecht der Germanen,* pp. 498-502.

9. *Ét.,* liv. I, ch. 35. — *Jostice et Plet,* p. 280.

Source BIU Cujas

toute vive[1]. Wilda fait honneur de ce sentiment non d'humanité assurément, mais de pudeur, à l'esprit germanique. Il faudrait plutôt tenir compte des influences chrétiennes[2].

6. *Amendes.*

Des peines corporelles, je passe aux amendes :

J'aperçois dans la Coutume de Touraine-Anjou deux chiffres d'amende : l'un de 60 sous[3], l'autre de cinq sous : cette dernière amende de cinq sous est souvent désignée par cette circonlocution bizarre : « le gage de sa loi[4]. » Remontons aux Capitulaires, et nous reconnaîtrons immédiatement dans l'amende de 60 sous l'ancienne amende royale de 60 sous (bannum nostrum[5], plenum heribannum[6], bannum dominicum[7]) ; dans l'expression *amende* ou *gage de sa loi*, nous retrouverons cette amende inférieure dont parlent les Capitulaires et dont le taux varie suivant la loi à laquelle est soumis le délinquant[8] : les mots *amende de*

1. Duplès-Agier, *Reg. crim. du Châtelet de Paris,* t. I, pp. 163, 268, 327 ; Tanon, *Reg. crim. de Saint-Martin-des-Champs,* pp. XCIV, XCV, XCVI.

2. Wilda, *Ibid.,* p. 502. Ce qui confirme ma manière de voir, c'est qu'un texte antérieur à ceux qui réservent à la femme le bûcher ou l'*enterrement* nous parle de femmes adultères *pendues* chez les Saxons païens. (S. Boniface, lettre 59, édit. Jaffé, dans *Monum. Moguntina,* Berolini, 1866, p. 172.)

3. *Ét.,* liv. I, ch. 69, 148, 146.

4. *Ét.,* liv. I, ch. 51, 104, 105, 161, etc.

5. « Bannum nostrum, id est LX sol. persolvat. » (Boretius, *Beiträge zur Kapitularienkritik,* p. 167.)

6. « Plenum heribannum, id est solidos LX persolvat. » (*Ibid.,* p. 159.)

7. « Tunc solvat bannum dominicum, id est LX solidos. » (Pertz, *Leg.,* t. I, p. 227.)

8. « Ut prima vice se *secundum legem illorum,* statuto damno subjaceant. » (Boretius, *Ibid.,* p. 167.) « Ut bannus quem per semetipsum domnus imperator bannivit, LX sol. solvatur. Cæteri

Source BIU Cujas

sa loi sont donc un souvenir de la personnalité des lois qui, en plein XIII^e siècle, subsiste encore dans la langue.

Je ne rencontre pas dans les textes de droit orléanais l'expression archaïque *gage* ou *amende de sa loi;* mais j'y retrouve, comme en Anjou, le vieux tarif de 60 sous[1]. Il y est même relaté une fois avec sa valeur primitive très nettement caractérisée :

« Qui fet contre establissement de prince, il doit LX sous « de paine[2]. »

Cette amende de 60 sous se perpétuera dans certains documents et en particulier dans la Coutume d'Anjou[3] jusqu'en 1789.

La composition de 15 sous pour coups et voies de fait que déjà relatent les Capitulaires subsiste dans l'Usage d'Orléanais[4]. On la retrouve à la même époque en diverses provinces, notamment en Vermandois[5].

Enfin, une composition de 100 sous, dite *relief d'homme*, est inscrite dans la Coutume d'Anjou[6] dans deux cas qui justifient très bien cette dénomination : c'est évidemment

vero banni quos comites et judices faciunt *secundum legem uniuscujusque* componantur. » (Pertz, *Leges,* t. I, p. 101.) Pour la période intermédiaire entre les Capitulaires et notre Coutume voyez notamment dans un acte tourangeau de 960 ces mots : « emendare juxta pagi morem. » (*Revue Rétrospective,* janvier 1837, p. 34), dans un acte publié par M. Chazaud : « emendabit talem legem qua vixerit, » etc., etc. (Chazaud, *Cartul. de la Chapelle-Aude,* p. 16.)

1. *Jostice et Plet,* p. 280.

2. *Jostice et Plet,* p. 278.

3. *Cout. d'Anjou,* dernière rédaction, 4^e part., art. 182.

4. *Ét.,* liv. II, ch. 24. Cf. *Capit. in Leg. Rib. mitt.* dans Pertz, *Leg.,* t. I, p. 117, et Capit. de 785, art. 31, *Ibid.,* p. 50.

5. En 1269, un bailli de Vermandois est accusé d'avoir perçu, pour une affaire de ce genre, IV liv. parisis au lieu de XV s. parisis, taux légal. (Bordier, *Philippe de Remi, sire de Beaumanoir,* p. 389.)

6. *Ét.,* liv I, ch. 108, 125.

Source BIU Cujas

l'ancien wergeld limité à deux circonstances dans lesquelles la peine de mort pourrait sembler de droit strict, mais aurait un caractère odieux, excessif. Ce tarif de 100 sous est, lui aussi, un tarif traditionnel et qui remonte à plusieurs siècles[1]. Les Angevins l'appliquent encore au cas d'injure déloyale, assimilant en quelque façon cette injure *mortelle* à un homicide[2].

La persistance de ces tarifs en plein moyen âge et même jusqu'au XVII^e^ et au XVIII^e^ s. est assurément un des faits les plus singuliers de l'histoire du droit pénal. Le tarif subsiste : il est rigide et immobile : la peine varie, au contraire, précisément par suite de cette immobilité, car le pouvoir de l'argent va sans cesse diminuant, et, par conséquent, l'amende décroît chaque jour.

Cet amoindrissement insensible mais continu des amendes est-il après tout plus extraordinaire que le choc qu'elles subirent au commencement de la période carolingienne[3]? Les Carolingiens décrétèrent qu'elles seraient désormais payables en sous d'argent (monnaie de compte) de la valeur de 12 deniers, au lieu de l'être en sous d'or valant 40 deniers.

Les amendes étaient ainsi abaissées des sept dixièmes environ[4]. Et pourquoi ce changement? Parce que, depuis longtemps, on ne fabriquait plus de sou d'or et qu'il était plus

1. Behrend, *Lex Salica,* p. 110; *Edict. Roth.,* 14 dans Pertz, *Leg.,* t. IV, p. 15; Cap. de 803 (in lege Rib. mitt.), c. 2 dans Pertz, *Leg.,* t. I, p. 117.

2. *Ét.,* liv. I, ch. 148.

3. Voyez les textes dans Waitz, *Ueber die Münzverhæltnisse in den ælteren Rechtsbüchern des frænk. Reichs,* p. 33 et s. Sur la vraie date d'un Capitulaire attribué par Pertz à l'an 801 (Pertz, *Leg.,* t. I, p. 85) cf. Waitz, *Ibid.* et Boretius, *Die Capit. im Langobardenreich,* pp. 121, 140-143. Voyez un Capit. de 803, § 9 dans Gengler, *Germ. Rechtsdenkmæler,* p. 619.

4. La valeur du sou d'argent était des 3/10 du sou d'or. (Guérard, *Polypt. d'Irminon,* t. I, p. 130.)

Source BIU Cujas

simple et plus commode de se référer à l'étalon d'argent : si on eût continué à se baser sur l'ancien sou d'or, il eût fallu à chaque paiement établir le rapport entre la valeur de l'argent et celle de l'or, opération difficile et souvent impossible. Ainsi la nécessité de s'en tenir aux sous d'argent devait conduire à l'une des deux solutions suivantes : élever les tarifs de manière à faire payer en sous d'argent la valeur qui était précédemment payée en sous d'or : les maintenir et, par suite, changer complètement la valeur des amendes. C'est cette dernière solution qui fut adoptée : rien à mes yeux ne fait mieux ressortir le caractère formaliste du droit : les chiffres inscrits dans la loi sont sacramentels : on ne se décide que très difficilement à les changer.

SECTION DEUXIÈME. — ORIGINES MÊLÉES OU DOUTEUSES.

1. *Infanticide.*

Si je lis bien, le petit paragraphe consacré par la Coutume d'Anjou[1] à l'infanticide a pour objet de mettre sous l'égide de l'Église, sous le couvert du droit canon un sentiment tout barbare.

Les Germains, aussi bien d'ailleurs que les anciens Romains, ne voyaient pas l'infanticide d'un œil très sévère : le père avait chez les anciens Romains droit de vie et de mort sur ses enfants[2] : quant aux Germains, quoi que Tacite ait pu dire[3],

1. *Ét.*, liv. I, ch. 39.

2. La *lex Pompeia* ne parlait pas du père. (*Dig.*, XLVIII, IX, 1.) Les expressions de Justinien aux *Institutes* (IV, XVIII, § 6) sont trop vagues pour permettre de bien juger la *lex Pompeia* : elles peuvent donner le change. Cf. Hearn, *The aryan household*, 1879, p. 472.

3. « Numerum liberorum finire aut quemquam ex adgnatis necare, flagitium habetur : plusque ibi boni mores valent, quam alibi bonæ leges. » (*Germ.*, ch. XIX.)

Source BIU Cujas

les Coutumes où l'on sent l'esprit germanique nous prouvent que, chez les peuples, la vie de l'enfant était mal protégée[1]. — Enfin, ce droit de vie et de mort existait chez les Gaulois ; César nous l'apprend en termes exprès[2].

En France, au moyen âge, la Coutume de Normandie reflète encore directement cet esprit barbare : elle ne prononce pas la peine capitale contre le père ou contre la mère qui a tué son enfant : « Quia filius de sanguine et visceribus patris exivit[3]. »

Ailleurs, et c'est le cas en Anjou, on voile cette tolérance avec plus d'art : pour entendre cet artifice examinons ici un moment l'état de la législation romaine et de la législation canonique : le droit romain, j'entends le droit romain secondaire[4] prononce la peine de mort contre l'infanticide : quant à l'Église, elle ne saurait édicter cette peine contre la mère qui a tué son enfant, puisqu'elle ne condamne jamais à mort[5]. Ses peines canoniques atteignent le corps, mais n'en-

1. Voyez les textes recueillis par Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer,* 1854, pp. 455, 456 et suiv.

2. « Viri in uxores sicuti in liberos vitæ necisque habent potestatem. » (César, *Com.,* VI, 19, édit. Oehler, Lipsiæ, 1855, p. 112.)

3. *Statuta et consuetudines* dans Warnkœnig et Stein, *Franz. Staats-und Rechtsgeschichte,* t. II, Appendice, p. 15. Cf. Warnkœnig et Stein, *Ibid.,* t. III, p. 175.

4. *Code de Justinien,* IX, XVII, l. unica (constitution de Constantin).

5. Voyez Rufin dans Schulte, *Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts,* t. I, p. 124, note 14 ; synode de 1279 dans Hefele, *Hist. des conc.,* trad. fr., t. IX, p. 82, etc., etc. Il faut ajouter toutefois que l'Église ne paraît répugner à la condamnation à mort (par le pouvoir civil) de certains criminels coupables précisément envers l'Église (voyez Vincent de Beauvais, *Speculum doctrinale,* liv. IX, ch. 129 ; cf. *Digeste,* XLVIII, XIX, 16, § 4). Quant aux déformations successives de cette horreur primitive pour la peine de mort, voyez, entre autres textes, Des Loix, *Specul. Inquis. Bisunt.,* 1628, pp. 704, 705. Ce passage est du plus haut intérêt.

Source BIU Cujas

lèvent pas la vie. Si donc on répugne à traiter très sévèrement la mère qui tue son enfant, sans oser pourtant inscrire dans la loi civile une peine trop douce, un moyen fort simple se présente : on abandonnera à l'Église cette femme criminelle, et l'Église la traitera avec sa mansuétude habituelle : c'est là ce que font les Angevins, et ils aboutissent à de singuliers résultats : dans cette province, la femme qui vole un cheval est pendue : celle qui commet un infanticide échappe à la peine de mort[1] et subit seulement la réclusion temporaire prononcée contre ce crime par l'Église, ou même une peine moindre[2].

En cas de récidive, le jurisconsulte angevin soustrait la femme coupable à la juridiction ecclésiastique, et la justice laïque la condamne au feu.

Cet état de choses ne se perpétua pas très longtemps : au milieu du XV^e^ siècle, l'infanticide était puni de mort en Touraine, conformément au droit romain[3].

La matière de l'infanticide n'est pas traitée d'une façon originale dans les textes orléanais : je n'y relève que la traduction d'un passage des *Institutes*[4].

1. *Ét.*, liv. I, ch. 32, 39.

2. « Antiqua quidem diffinitio usque ad exitum vitæ eas ab Ecclesia removet. Humanius autem nunc diffinimus ut eis decem annorum tempus secundum præfixos gradus pœnitentia largitur. » (Reginon, liv. II, c. 63, édit. Baluze, p. 237; cf. ch. 66-69.) « Impœnitentes excommunicantur, pœnitentes in monasterium ad agendum pœnitentiam includuntur, vel si id commode fieri nequit, in suis domibus pœnitentiam agant, vel peregre sub pœnitentis habitu sanctorum visitent loca. » (Bernard de Pavie, *Summa Decret.*, V, IX, édit. Laspeyres, p. 219.)

3. Cout. de Touraine de 1461 et Cout. de 1507 (ch. XXXVI, art. 2).

4. *Jostice et Plet*, p. 284.

Source BIU Cujas

2. *Recel. — Evasion.*

J'ai peu de chose à dire de deux paragraphes de la Coutume d'Anjou qui s'occupent des recéleurs et des prévenus échappés de prison :

Le recéleur est assimilé au voleur : le prévenu d'un crime entraînant la peine de mort est considéré comme coupable du moment qu'il s'évade, et pendu si la justice peut le reprendre[1].

Les deux décisions sont aussi celles du droit romain : mais, en pareille matière, son influence me paraît fort douteuse : sans être grand clerc ni versé dans la lecture du Code de Théodose ou du Code de Justinien, un justicier du XIII^e^ siècle pouvait facilement retrouver tout seul l'idée barbare en somme de mettre à mort un prévenu parce qu'il s'est échappé et n'avait point trop de peine non plus à traiter en voleurs ceux qui recélaient les objets volés ou donnaient asile aux larrons. — Cette assimilation figure déjà dans les Capitulaires[2] : elle se retrouve dans un texte orléanais[3].

Le compilateur des *Etablissements* a enrichi, il est vrai, le chapitre consacré aux recéleurs de renvois au droit romain et au droit canon : mais il n'y a rien à en conclure ; car ce jurisconsulte garde souvent le silence quand il aurait à noter d'excellentes concordances, et il en imagine, à l'inverse, plusieurs qui sont détestables : ici ses références au droit romain ne prouvent rien : il omet de citer le titre et la loi du Digeste qui auraient établi l'accord du droit romain avec la Coutume.

1. *Ét.*, liv. I, ch. 35 (cf. *Dig.*, I, XVIII, 13; XLVII, XVI); *Ét.*, liv. I, ch. 88 (cf. *Dig.*, XLVII, XVIII, 1).

2. Capit. d'Ansegise, liv. III, ch. 23 dans Pertz, *Leg.*, t. I, p. 303. (Cf. Pseudo-Capit. de Benoît le Lévite, liv. III, art. 344 dans Pertz, *Leg., pars II*, p. 123.)

3. *Jostice et Plet*, p. 281.

Source BIU Cujas

Sur le chapitre des évasions, le compilateur des *Etablissements* ne fait pas parade de ses connaissances en droit romain : il n'ajoute donc rien au texte : un glossateur postérieur de la Coutume a invoqué ici le Digeste avec assez de bonheur[1].

SECTION TROISIÈME. — GROUPE SE RATTACHANT AUX IDÉES RELIGIEUSES.

1. *Hérésie.*

Le rédacteur de la Coutume d'Anjou nous apprend que les suspects d'hérésie doivent être livrés par le pouvoir civil à l'Église qui les examine sur la foi, et si leur orthodoxie n'est pas établie, les livre à son tour au pouvoir civil qui en fait justice[2].

L'accord des deux pouvoirs au sujet des hérétiques a été, au XIII^e^ siècle, en France, beaucoup plus ferme et beaucoup plus sérieux que sur le chapitre des excommuniés. Mon excellent ami Paul Meyer a esquissé[3] récemment, avec beaucoup de finesse, l'état d'esprit d'un orthodoxe du XIII^e^ siècle en face d'un hérétique : et M. Havet vient de tracer[4], avec une précision et une netteté qui ne laissent, pour ainsi dire, rien à désirer, l'histoire de la peine de mort en matière d'hérésie. L'art. de la Coutume de Touraine-Anjou qui condamne l'hérétique à être brûlé, se trouve donc commenté par des travaux récents auxquels j'ai peu de chose à ajouter : je serais plus disposé que M. Havet à reconnaître ici quelque

1. Bibl. nat., ms. fr. 5359.

2. *Coutume de Touraine-Anjou,* §§ 78, 116 ; cf. *Ét.*, liv. I, ch. 90, 127, *in fine* (ci-après, t. II, pp. 147, 240).

3. Paul Meyer, *La chanson de la croisade contre les Albigeois,* t. I. Intr., p. XVI et suiv.

4. Jul. Havet, *L'hérésie et le bras séculier au moyen âge jusqu'au XIII^e^ siècle*, Paris, 1881.

Source BIU Cujas

influence à la législation romaine impériale[1] qui, sans prononcer d'une façon nette et absolue la peine de mort en matière d'hérésie, inclinait vers ce résultat : et je n'affirmerais pas simplement avec lui que le supplice des hérétiques d'Orléans, au XI^e siècle, fut une innovation.

Au XIII^e siècle, les exécutions d'hérétiques sont fréquentes. Qui n'a lu, par exemple, dans Aubry de Trois-Fontaines[2], le récit du supplice de cent quatre-vingt-trois hérétiques brûlés à Mont-Aimé en présence de nombreux évêques et dignitaires ecclésiastiques et d'un concours immense de peuple ?

Jostice et Plet et l'*Usage d'Orlenois* ne parlent[3] pas des hérétiques ; mais, sur une question de ce genre, il ne pouvait y avoir de divergence entre le droit orléanais et le droit tourangeau-angevin.

Notre Coutume d'Anjou attribue au suzerain les biens meubles de l'hérétique : cette confiscation au profit de l'autorité civile est en harmonie avec une décision du concile de Latran[4]. Les deux pouvoirs se sont ailleurs vivement disputé les biens des hérétiques. Quant à la non-confiscation des immeubles, c'est là un trait d'origine germanique.

1. *Code de Théodose,* XVI, v, 3, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 34, etc. — *Code de Justinien,* I, v, 12, 15, 16, 20. Rapprochez le texte original publié par Heimbach, *Const.,* 12, 15, 16, 20, C. *De Hæret.,* I, 5..... *ad fidem codicis ms. Coisliniani CLI... specimen* en tête de la dissertation de Luden, *De furti notione,* Iena, 1831, et par Krueger, *Codex Justinianus,* Berolini, 1877, pp. 79, 80 et suiv.

2. Aubry de Trois-Fontaines, année 1239, dans Pertz, *Script.,* t. XXIII, pp. 944, 945.

3. *Jostice et Plet* n'a sur cette matière qu'un chapitre qui n'est pas original, mais traduit des *Décrétales* (p. 12).

4. Concile de Latran de 1215, c. 3 dans Hefele, trad. fr., t. VIII, p. 123 ; dans Labbe et Cossart, t. XI, p. 74, col. 148. Cf. sur cette question entre autres textes, Vincent de Beauvais, *Specul. doctrinale,* liv. IX, c. 46. D'après le concile de Latran et d'après Vincent de Beauvais, il faut ajouter que les biens des hérétiques *clercs* sont *dévolus à l'Église.*

Source BIU Cujas

2. *Sodomie.*

Le mot « *herite* » paraît pris dans le § 78 de la Coutume de Touraine-Anjou (*Et.*, liv. I, ch. 90) au sens de sodomite : l' « *herite* », comme le bougre (hérétique), est jugé par l'évêque et brûlé (par l'autorité civile[1]).

Les empereurs chrétiens, dès le milieu du IVe siècle[2], avaient édicté la peine de mort contre les sodomites : et c'est là un des traits par lesquels se révèle très clairement l'influence hébraïque[3] exercée sur la législation romaine par l'intermédiaire du christianisme. La loi romaine des Wisigoths[4] reproduisit les dispositions du code théodosien. Elles passèrent dans divers textes de la période carolingienne[5] et se transmirent ainsi jusqu'au moyen âge où nous les retrouvons dans notre Coutume angevine.

Le droit orléanais est moins rigoureux : il commence par mutiler et ne brûle qu'à la seconde récidive[6].

1. Dans *Jostice et Plet bogre* signifie *hérétique* (p. 12). — Même sens dans Beaumanoir (t. I, p. 158 et dans les *Ét.*, liv. I, ch. 127). — Il est hardi de traduire, dans les *Ét.*, *herite* par *sodomite* : cela paraît résulter du contexte et de la comparaison avec le ch. 127 au liv. Ier. M. Jules Havet entend ainsi ce mot.

2. *Code de Théodose,* IX, VII, 3, 6. La loi Julia promulguée par Auguste n'édictait point la peine de mort contre les sodomites ainsi que l'a dit Justinien (*Institutes*, IV, XVIII, 4) et que l'ont répété la plupart des historiens. (Voyez, par exemple, Isambert, *Hist. de Justinien,* p. 669.) C'est un point sur lequel il est inutile d'insister. (Voyez Rein, *Das criminalrecht der Rœmer,* p. 866.) Sur ce qui fut fait contre ce crime avant les empereurs chrétiens, voyez Rein, *Ibid.*

3. « Qui dormivit cum masculo coitu femineo, uterque operatus « est nefas, morte moriantur. » (*Lévitique,* XX, 13.) Cf. *Lex Dei* dans Giraud, *Nov. enchiridion,* p. 293.)

4. *Lex Rom. Wisig.*, IX, IV, 5, édit. Hænel, p. 178.

5. Capit. Addit. IV. (Walter, t. II, p. 858.)

6. *Jostice et Plet*, p. 279.

Source BIU Cujas

3. *Usure.*

La Coutume d'Anjou[1] déclare que les meubles de l'usurier « prouvé » sont au baron. Ce texte ne nous dit pas par quelle autorité (laïque ou ecclésiastique) l'usurier était frappé : l'addition ainsi conçue : « Et puis si doit estre puniz par « sainte Eglise pour lou pechié » est due au compilateur des *Etablissements*, et ne prouve rien quant au droit angevin. Une charte m'apprend sans doute qu'un tribunal mixte fut formé au XI^e^ siècle[2], en Anjou, pour la répression du crime d'usure ; mais j'ignore si cette institution existait au XIII^e^ s.

Les textes orléanais ne contiennent rien d'original sur l'usure.

Chacun sait que nous sommes ici en présence d'un délit inconnu aux Romains[3] aussi bien qu'aux Germains. Il est né de l'interprétation abusive d'un passage de l'Évangile[4], et ici encore, nous pouvons remonter, en toute certitude, du Nouveau Testament à l'Ancien.

C'est après une assez longue période d'hésitation que les docteurs chrétiens en vinrent à condamner d'une manière absolue le prêt à intérêt. Cette défense d'origine ecclésiastique passa, grâce aux Capitulaires, dans la législation civile[5].

Je ne recherche pas ici quels tempéraments remarquables furent apportés dans la pratique à cette prohibition du prêt à intérêt : ce serait m'écarter trop sensiblement des textes

1. *Coutume de Touraine-Anjou,* § 79. — Cf. *Ét.*, liv. I, ch. 86 (ci-après, t. II, p. 148).

2. Collection D. Housseau, t. III, fol. 37 v°, acte n° 844; cf. *Revue de l'Anjou,* 7^e^ année, t. XIV, p. 76.

3. Je parle ici de l'intérêt et non du taux de l'intérêt.

4. S. Luc, ch. VI, 34, 35.

5. Voyez notamment Caillemer, *Des intérêts,* 1861; — Pelisse, *Du prêt à intérêt et de son histoire,* pp. 94-115.

Source BIU Cujas

que j'étudie ; mais je n'en sors pas en rappelant que les Juifs auxquels remonte historiquement cette défense de l'usure avaient précisément, au moyen âge, le monopole de l'usure : ils se mettaient sans doute d'accord avec la *Loi* en assimilant les Chrétiens à ces étrangers auxquels il est permis de demander un intérêt : et, de leur côté, les Chrétiens se couvraient volontiers du Juif pour faire valoir leur argent : c'est ce qui explique probablement l'étrange privilège de juridiction accordé au Juif par la Coutume d'Anjou[1], privilège dont j'ai parlé dans le livre Ier de cette étude.

4. *Contrainte civile contre les excommuniés.*

L'excommunication est une peine ecclésiastique qui n'appartient pas à ma matière : mais le contre-coup de l'excommunication se fait souvent sentir dans le domaine civil : c'est cette face de la question que je dois envisager ici :

La Coutume d'Anjou contient sur ce sujet un paragraphe intéressant qui a été développé par le compilateur des *Etablissements*. Je m'attache au texte primitif.

L'auteur de la Coutume admet que le pouvoir civil doit, sur la réquisition de l'autorité ecclésiastique, contraindre à résipiscence l'excommunié récalcitrant[2]. Depuis des siècles[3], les clercs s'efforçaient d'obtenir cette faveur du pouvoir civil, et c'est là, quand on étudie l'histoire de l'Église et de l'État, comme un point central auquel viennent aboutir directement ou indirectement toutes les difficultés que soulevait au moyen âge la question des rapports des deux pouvoirs. On peut dire que la contrainte civile absolue, sans réserve contre les excommuniés, n'a jamais été obtenue pour longtemps, ou n'a

1. *Et.*, liv. I, ch. 132, 133.
2. *Ét.*, liv. I, ch. 127.
3. Capit. Vern. (an. 755), c. 9 dans Pertz, *Leg.*, I, 25, 25, et quantité de textes postérieurs.

Source BIU Cujas

jamais été obtenue pleinement. Les usages variaient suivant les pays, et l'on voit un pape, Grégoire IX[1], admettre (à contre-cœur, il est vrai) cette diversité d'usages : ils variaient avec le caractère et les tendances des gouvernants : saint Louis, par exemple, refuse avec énergie et même avec une ironie gaie[2], de mettre, sans examen préalable, le pouvoir civil au service de l'Église contre les excommuniés; cependant, au commencement du même règne, la reine Blanche avait, sous le nom de son fils, concédé pour le Languedoc ce que le saint roi refusa plus tard à plusieurs évêques français : et Philippe le Hardi, en 1274, paraîtra, lui aussi, faire la même concession[3].

Quant à la décision de notre jurisconsulte angevin, si on veut y regarder de près, elle ne va pas sans une assez grave réserve : il distingue entre les excommunications : en règle générale, l'excommunié qui, au bout d'un an et un jour, ne s'est pas fait absoudre, sera l'objet de mesures coërcitives. Toutefois, celui qui a été excommunié pour dette non payée ou pour affaire intéressant des biens immobiliers (por quoi ce soit de dete ou de terre) ne sera pas contraint par corps : on se contentera de mettre ses biens sous le séquestre. Encore cette mise sous le séquestre est-elle tempérée par la délivrance à l'excommunié de la part de revenus qui lui est nécessaire pour vivre.

Ainsi d'après notre jurisconsulte probablement bailli royal en Touraine ou en Anjou, l'excommunié pour dettes n'est pas traité très durement par le pouvoir civil. Au sein même de l'Église, l'abus des excommunications pour dettes était alors

1. Lettre de Grégoire IX dans D. Lobineau, *Hist. de Bretagne*, t. II, pièces justificatives, pp. 379-382.

2. Joinville, ch. 13 et 135.

3. Ord. *Cupientes* de 1228, art. 7 dans *Ord.*, t. I, p. 55; ord. de 1274, art. 1, *Ibid.*, p. 302. Cf. un mandement de Philippe le Bel de 1299, art. 4, dans *Ord.*, t. I, p. 332.

Source BIU Cujas

en voie de répression : on n'en admettait la validité que dans les cas de dol, fraude ou contumace de la part du débiteur[1]. En 1245, au moment où il préparait sa première croisade, saint Louis prit même, en faveur des excommuniés pour dettes, une résolution bien remarquable : loin de les contraindre à se faire absoudre en payant, il ordonna, au contraire, à ses baillis de forcer les créanciers à faire lever les excommunications obtenues[2]. On sent que ces excommunications pour dettes étaient mal vues par l'opinion publique.

J'ai dit qu'en Touraine-Anjou les biens de l'excommunié étaient mis sous le séquestre : ils lui sont rendus dès qu'il s'est fait absoudre et qu'il a soldé entre les mains de l'officier royal une amende de neuf livres. Ces neuf livres sont partagées entre la justice royale et l'Église : trois livres appartiennent à la justice civile : elle en remet six à l'Église.

Ce tarif de neuf livres avait été fixé par divers conciles, notamment par celui de Narbonne en 1227, par celui de Nîmes en 1252[3].

L'Usage d'Orléanais et *Jostice et Plet* ne me renseignent pas sur l'attitude du pouvoir civil vis-à-vis de l'excommunié en Orléanais; les usages devaient être analogues sur ce point à ceux de l'Anjou : une charte orléanaise relate le même tarif de neuf livres (et un denier[4]), mais nous apprend

1. *Decret. Greg. IX*, III, XXIII, 3. — Cf. les textes visés par Giraud sur Étienne Pasquier, *Interpr. des Institutes,* p. 540, note *a*.

2. « Si qui vero pro debitis excommunicati fuerint, creditores « eorum ad hoc compellas, quod faciant eos absolvi, salvis tamen « assignamentis factis obligationibus terrarum. » (Ord. d'oct. 1245, Pontoise, fragment dans du Cange, *Observ. sur les Établissements,* p. 184.) Il faut bien se garder d'apercevoir ici la contrainte civile contre les excommuniés; c'est exactement le contraire.

3. Voyez concile de Nîmes dans Valentinelli. *Bibl. manuscripta ad S. Marci Venetiarum, Codices mss. lat.,* t. II, 1869, p. 53; concile de Narbonne dans Hefele, *Hist. des conciles,* trad. fr., t. VIII, p. 193.

4. Acte de 1244-1245 dans Teulet, *Layettes,* t. II, pp. 563, 564.

Source BIU Cujas

en même temps, semble-t-il, que l'évêque d'Orléans voulait bénéficier de l'amende tout entière.

Je clos ici cette longue revue des éléments germaniques, romains et canoniques de nos deux Coutumes : comme celles-ci ne présentent pas dans l'ensemble des textes du XIII^e^ siècle une physionomie particulière, on peut juger, par cet exemple, du rôle considérable que le droit barbare a joué dans la formation juridique du moyen âge.

Il s'est mêlé lentement aux éléments romains et canoniques : les efforts des rois mérovingiens et carolingiens, ceux d'obscurs praticiens, l'action sûre du temps ont peu à peu constitué ce droit nouveau : on n'y sent pas les efforts artificiels de professeurs ou de pédants qui récitent le Digeste à temps et à contre-temps : mais la méthode nouvelle est déjà née, et les doctes vont maintenant frapper sans relâche avec le marteau romain le vieux droit coutumier.

CHAPITRE VIII.

RÉSUMÉ. — DROIT ORLÉANAIS PLUS ROMAIN ET PLUS AVANCÉ QUE LE DROIT ANGEVIN.

Je viens d'étudier les faits et les institutions juridiques que les deux Coutumes de Touraine-Anjou et d'Orléanais offraient à mon examen : je me suis efforcé de distinguer les éléments germaniques ou carolingiens, les éléments romains ou canoniques.

Cette analyse minutieuse répondait, ce me semble, au besoin d'information précise qu'éprouve tout esprit sérieux en face du problème si discuté de nos origines germaniques et romaines. Mais il est temps de résumer cette enquête sous une forme plus synthétique :

Quelques faits sociaux du XIII^e^ siècle, très apparents, très généraux ont été étudiés : ils forment, pour ainsi dire,

Source BIU Cujas

l'écorce extérieure du droit : là, j'ai aperçu certains traits germaniques ou carolingiens indiscutables : ainsi, parlant de la noblesse, j'ai cru en faire comprendre l'origine en disant qu'il s'était fait une *sélection* parmi les libres, que les libres riches et forts étaient devenus les nobles : on reconnaît à merveille, dans le chevalier du moyen âge, le franc du VIII^e^ et du IX^e^ siècle assez riche pour s'équiper à cheval. Cette noblesse n'emprunte rien ou presque rien aux codes romains. Les nobles sont soumis à une pénalité plus sévère que le reste du peuple ; c'est l'inverse des idées romaines sur les *honestiores* et les *humiliores*. Toutefois ce trait caractéristique de la noblesse germanique n'existe déjà plus en Orléanais au XIII^e^ siècle.

J'ai dit un mot de l'organisation hiérarchique de la société du moyen âge, de la féodalité : je n'ai, en aucune façon, discuté la naissance, la formation de la féodalité : j'ai simplement constaté quelques identités ou plus exactement quelques provenances directes : ainsi, j'ai reconnu, à des traits de ressemblance frappants, saisissants dans le voyer féodal ou bas-justicier (et dans le sergent royal orléanais) l'ancien *vicarius* mérovingien et carolingien, dans les juges des tribunaux féodaux les juges de la période mérovingienne et de la période carolingienne : et même j'ai constaté que le président du tribunal n'était point changé.

J'ai vu les liens de vassalité et de suzeraineté se briser au XIII^e^ siècle, exactement comme se rompait au IX^e^ le lien qui rattachait le bénéficier au concédant : j'ai reconnu les traces encore vivaces des droits du concédant sur le bénéfice dans certaines perceptions fiscales et surtout dans la faculté laissée au suzerain d'exiger de l'Église qui acquiert un bien la mise hors des mains dans le délai d'an et jour.

L'armure du corps social garde donc au moyen âge une empreinte germanique et carolingienne assez marquée : si j'arrive à l'âme de cette société, je trouve une société chrétienne, croyante, mais aussi cruellement intolérante :

Source BIU Cujas

L'action de l'Eglise s'accuse dans nos textes par la protection spéciale accordée à la veuve, par le préliminaire de conciliation ou par la paix qui, souvent, suit le prononcé du jugement, par la rigueur avec laquelle sont poursuivis les crimes contre les mœurs. L'Église a pris, dès l'origine, la sauvegarde des mœurs; à cette pensée se rattache l'interdiction du mariage entre parents jusqu'à un degré très éloigné. L'idée religieuse se manifeste encore par la peine de mort contre les hérétiques, par un certain effet civil reconnu assez souvent à l'excommunication, par la prohibition de l'usure, etc. Quelques-unes de ces préoccupations religieuses ont leur attache jusque dans le droit hébraïque.

L'organisation de la famille m'a paru accuser tout à la fois des influences chrétiennes, romaines, germaniques : le mariage est régi par l'Église, les empêchements de parenté sont, je l'ai dit, réglés par elle : mais le régime des biens entre époux dérive, à travers des transformations considérables, de faits et d'habitudes germaniques. L'idée religieuse contribua probablement à féconder ces premiers germes.

La situation de la femme rappelle le droit germanique en même temps que le droit romain : elle est, la plupart du temps, incapable d'ester en justice : cela est tout germanique : mais le droit romain a aidé à faire une brèche à cet état de choses, et, dans certains cas, la femme mariée peut ester en justice sans autorisation du mari.

C'est sans doute encore l'influence romaine mêlée au progrès naturel des mœurs qui permet à la mère d'exercer les fonctions de tutrice. Un trait tout germanique et vraiment bien remarquable dans l'histoire de la tutelle a été relevé : en Anjou, le mineur roturier peut quitter librement son tuteur et en choisir un autre à son gré.

Dans l'ordre des faits et des idées qui touchent à l'état des personnes, j'ai noté, en Orléanais, l'existence d'un principe romain : *Le ventre affranchit.*

Source BIU Cujas

En ce qui touche l'acquisition de la propriété, j'ai relevé, dans l'histoire du droit de vente, un produit tout germanique, le système du retrait lignager; dans l'histoire des successions et du droit de tester, un mélange fort remarquable d'influences romaines et germaniques. Quant à la prescription, j'ai constaté, au XIII^e^ siècle, la coexistence de la prescription germanique immobilière et de la prescription romaine. J'ai signalé enfin le principe germanique encore subsistant aujourd'hui : « En fait de meubles possession vaut titre... »

Le chapitre des obligations m'a fourni une seule observation : — il est à peine représenté dans nos textes : — j'ai reconnu qu'en Anjou les meubles seuls garantissent l'exécution des dettes; et ce fait est tout germanique. Il en est autrement en Orléanais.

La procédure et le droit pénal sont les domaines où les vieux usages germains se rencontrent peut-être en plus grand nombre. Une couche primitive qui remonte évidemment aux temps préhistoriques a tout d'abord appelé mon attention : j'ai rangé, dans cette catégorie, la saisie du gage, la guerre privée plus florissante en Anjou qu'en Orléanais, le duel judiciaire plus général lui aussi en Anjou qu'en Orléanais, car, dans cette dernière province, le juge ne peut être provoqué en duel par la partie. L'obligation de courir sus à l'assassin ou au voleur qui est hué est aussi extrêmement ancienne.

Je suis arrivé ensuite à la procédure proprement dite : l'ajournement *o jugement* des Angevins m'a paru renfermer quelque vestige de l'ancienne *mannitio :* dans la même province les cojurateurs germains subsistent : les quatre deniers de la procédure germanique d'entiercement ont persisté dans les deux provinces. Dans les deux provinces aussi, tout défendeur à une action en revendication doit mettre en cause son auteur et disparaître du plaid; c'est là un usage germanique que déjà les Lombards opposaient à la loi romaine. J'ai rencontré en Anjou le système impérial de l'incarcération du

Source BIU Cujas

plaignant en matière criminelle. Dans les deux provinces j'ai trouvé en vigueur la théorie de la preuve par deux témoins au *minimum,* théorie que le droit impérial et le droit du moyen âge ont empruntée à l'Évangile, et, par cet intermédiaire, au droit hébraïque. J'y ai trouvé aussi le recours par voie de supplication évidemment inspiré par le droit romain.

J'ai rattaché à la prescription germanique l'action possessoire de la Coutume d'Anjou d'où dérive la procédure coutumière si connue sous le nom de *Complainte;* aux idées romaines et canoniques, l'action possessoire de l'Usage d'Orléanais connue sous le nom de *Réintégrande.*

L'acte exécutoire, invention nouvelle greffée sur le droit romain, existe au XIII^e^ siècle dans nos provinces. Enfin le droit orléanais m'a offert la cession de biens d'origine romaine.

La conception de la criminalité est encore en bonne partie germanique : le meurtre, l'encis nous reportent directement aux lois barbares. Quant aux peines, la mutilation contre les faux monnayeurs s'opposait déjà sous les Carolingiens à la pénalité romaine : elle est inscrite dans la Coutume d'Anjou : à Orléans, les faux monnayeurs sont mis à mort, comme le veut la législation romaine. Les divers tarifs d'amendes carolingiens subsistent malgré les changements économiques qui, en quatre siècles, ont modifié le pouvoir de l'argent. La confiscation des seuls meubles à l'exclusion des immeubles est, elle aussi, un fait germanique qui s'est offert à mon attention en Anjou, mais non en Orléanais.

Ce résumé très rapide suffit à dégager un fait important, à savoir que le droit orléanais a subi des influences romaines et canoniques plus nombreuses que le droit angevin, et qu'il sent un peu moins les mœurs germaines. En effet, la guerre privée s'accuse plus franchement en Anjou qu'en Orléanais : l'appel d'un jugement par la voie du duel ; le système des cojurateurs, l'affectation exclusive des meubles au paiement des dettes, la simple mutilation des faux monnayeurs se retrouvent en Anjou et non en Orléanais. L'action posses-

Source BIU Cujas

soire n'a rien de romain en Anjou : elle est romano-canonique à Orléans. La cession de biens, conception toute romaine, figure dans l'Usage d'Orléanais et n'apparaît pas dans les textes tourangeau-angevins du XIII^e^ siècle. Le principe romain que tout enfant né d'une femme libre est libre est clairement énoncé dans nos textes orléanais. Voilà autant de traits qui distinguent le droit orléanais et accusent un degré de culture supérieur. Mais l'humanité ne marche dans la voie du progrès que d'un pas boiteux : le droit orléanais, en dépouillant les traditions germaniques, perd malheureusement le système salutaire de la non-confiscation des immeubles.

Je constate, en finissant, que les caractères intrinsèques du droit tourangeau-angevin et du droit orléanais correspondent parfaitement à la physionomie tout extérieure des deux Coutumes dont j'ai essayé de donner quelque idée au début de cette étude. J'entrevoyais je ne sais quelle harmonie entre la forme et le fond, entre le style et le droit : l'examen juridique des deux Coutumes m'a prouvé qu'en effet l'accord existe et que l'expression naïve et jeune correspond au plus primitif des deux droits, tandis que l'expression déjà plus concise et plus ferme est, à Orléans, le vêtement d'idées et de conceptions juridiques plus avancées.

Source BIU Cujas

TABLE

Pages

PRÉAMBULE 5

PREMIÈRE PARTIE. — CARACTÈRES EXTERNES 6

SECONDE PARTIE. — CARACTÈRES INTERNES DES COUTUMES D'ANJOU ET D'ORLÉANAIS.

CHAPITRE Ier. — *Observations générales* 13

CHAPITRE II. — *Examen des textes qui rappellent le caractère collectif des premières propriétés immobilières ou les premiers modes d'appropriation.*

1. Vaine pâture. — Chasse. — Pêche 18
2. Le four et le moulin banal 24
3. Confiscation restreinte aux meubles. — Garantie des créances restreinte aux meubles 26
4. Prescription d'un an dérivée de l'antique appropriation annale. — Prescription romaine. . . . 30
5. Complainte et réintégrande 32
6. De la propriété des meubles. 36

CHAPITRE III. — *Examen des textes relatifs au régime des biens dans la famille.*

1. Observations générales. 37
2. Retrait lignager 39
3. Successions *ab intestat* et testaments 41
4. Forisfamiliatio 50
5. Douaire, communauté 52

Source BIU Cujas

Pages

CHAPITRE IV. — *Examen des textes relatifs à l'état des personnes dans la famille. — La femme, l'enfant.*

1. La femme 63
2. Le mariage 66
3. Droit d'ester en justice accordé à la femme mariée dans certains cas. 67
4. Donations entre époux. 69
5. Veuvage de la mère 70
6. Protection des veuves 71
7. L'enfant, la tutelle 73
8. Majorité 77

CHAPITRE V. — *Examen des textes relatifs à l'organisation sociale, à la féodalité, à l'état des personnes.*

1. Souvenirs de l'ancien bénéfice 80
2. Haute et basse justice. — Souvenir du Comes et du Vicarius 84
3. La noblesse 88
4. L'enfant d'une femme libre est libre 94

CHAPITRE VI. — *Examen des textes relatifs à la procédure.*
Section première. — Faits primitifs 99

1. Guerre privée. — Assurement 100
2. Duel judiciaire 103
3. Saisie du gage 105
4. Cri 108

Section deuxième. — Procédure proprement dite.

1. Ajournements. — Délais 111
2. Défaut 114
3. Garant mis en cause par le défendeur 115
4. Poursuite des criminels 116
5. L'accusateur en prison préventive avec l'accusé . 119
6. Cojurateurs et témoins. 121
7. Règle des deux témoins 123
8. Du serment. — Parole de prévoire. — Formule *Si Diex m'aït* 124
9. Préliminaire de conciliation. 128
10. Jugement 130
11. Composition du tribunal. — Jurée du pays. . . 132

Source BIU Cujas

Pages

12. Dépens 135
13. Voies de recours contre les jugements. — Duel. — Appel. — Amendement de jugement 137
14. Record 141

Section troisième. — Quelques procédures spéciales.

1. Les quatre deniers dans la procédure d'entiercement 143
2. Abeilles fugitives 144
3. Moyen d'échapper à la contrainte par corps . . . 146
4. Exécution parée 149

Chapitre VII. — *Examen des textes relatifs à la criminalité et à la pénalité.*

Section première. — Groupe d'origine germanique ou carolingienne.

1. Homicide involontaire. — Projet de meurtre . . 152
2. Meurtre. — Incendie de nuit 155
3. Encis 161
4. Coups et blessures. — Injures 162
5. Pénalité. — Mutilations. — Pendaisons, etc. . . 163
6. Amendes 165

Section deuxième. — Origines mêlées ou douteuses.

1. Infanticide 168
2. Recel. — Évasion 171

Section troisième. — Groupe se rattachant aux idées religieuses.

1. Hérésie 172
2. Sodomie 174
3. Usure 175
4. Contrainte civile contre les excommuniés . . . 176

Chapitre VIII. — *Résumé. — Droit orléanais plus romain et plus avancé que le droit angevin* 179

Imprimerie Daupeley-Gouverneur, à Nogent-le-Rotrou.

Source BIU Cujas

24893

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas