

s'en tient aux grands délinéaments et qu'on laisse de côté les détails, effacés dans une vue d'ensemble; enfin la loi du progrès, qui emploie même le mal temporaire pour s'accomplir, et qui laisse toujours en définitive ses résultats. Si le dernier ordre d'idées, dans chacune de ces institutions, ne présente pas encore en Europe une réalisation aussi complète ni aussi généralement étendue que l'ont fait, en leur temps, les idées précédentes, c'est que nous en sommes précisément à ce dernier ordre, et que là-dessus le travail est commencé en Europe, mais n'est pas terminé.

59. Après cette vue d'ensemble sur le cours des institutions elles-mêmes, nous pouvons passer plus sûrement à l'indication des sources d'où ont découlé ces institutions et leurs vicissitudes.

CHAPITRE II

SOURCES DU DROIT PÉNAL FRANÇAIS

Droit romain : textes du *Corpus juris civilis* qui se réfèrent au droit pénal. — Droit canonique : *Corpus juris canonici*. — Droit barbare : Lois germaniques, Capitulaires, formules. — Droit féodal : *Consuetudines feudorum*; les *Lois et les coutumes* de Guillaume le Conquérant; les Assises de Jérusalem; plus, les documents du douzième et du treizième siècle; anciens établissements, coutumes et arrêts de quelques provinces, *Établissements* de saint Louis, *Coutumes et usages de Biauvoisins* par Philippe de Beaumanoir. — Droit coutumier : 1^{re} série, appartenant à l'ère féodale; 2^e série, depuis les réformes de saint Louis jusqu'à la rédaction officielle ordonnée par Charles VII (1453); 3^e série, après cette rédaction. — Ordonnances royales : influence de ces ordonnances sur la pénalité, sur les juridictions, sur la procédure pénale. — Lois et codes depuis la révolution de 1789 : corps de notre droit pénal actuel.

60. En tête de toutes les sources de notre ancien droit il en faut placer deux, générales, communes à toute l'Europe, auxquelles les autres se sont plus ou moins alimentées, et qui sont dérivées, l'une de l'ancienne Rome, l'autre de la Rome nouvelle : le droit romain et le droit canonique.

Puis, à mesure que l'Europe passe par ces deux régimes successifs d'organisation, le régime barbare et le régime féodal, nous trouvons, l'une après l'autre, deux nouvelles sources, qui, bien que tenant à un système général répandu par toute l'Europe, se localisent et prennent leur spécialité dans chaque État : le droit barbare et, après lui, le droit féodal.

Dans tout le cours de ces deux périodes, suivant de jour en jour l'esprit qui y règne et les modifications qui s'y produisent, deux autres sources se rencontrent constamment : l'une, introduite par l'usage des populations dans chaque localité; l'autre, par l'autorité dans toute l'étendue de son territoire : le droit coutumier et des ordonnances de l'ancienne monarchie jusqu'à la révolution de 1789.

Enfin les lois et les codes survenus depuis cette révolution. Tel est l'ensemble des monuments sur lesquels s'est fondé, dans son développement historique, le droit pénal français.

§ 1. Droit romain.

61. Il s'en faut de beaucoup que les jurisconsultes romains aient traité ce qui concerne le droit pénal avec cette supériorité de raison et cette valeur scientifique que nous rencontrons dans leurs écrits sur certaines matières de droit privé. Toutefois, la législation romaine a exercé en Europe, sur ce point comme sur les autres, une influence dont nous apercevons la trace dans le droit canonique, même dans les lois barbares et dans le droit féodal, mais qui devient plus marquée dès l'époque où le pouvoir monarchique se fortifie et commence à l'emporter sur la féodalité.

62. Les juridictions et la procédure criminelles, s'étant fondées en Europe avec un caractère nouveau et distinct, se sont séparées du droit romain; mais, pour la pénalité, les textes romains, nommés souvent la loi écrite, ont été reconnus comme droit commun en tout ce qui n'était pas réglé différemment par des statuts spéciaux ou par la coutume. Les jurisconsultes de droit pénal ont montré la même habileté que les jurisconsultes de droit civil à plier aux usages et aux choses de leur temps ces textes faits pour une tout autre société; ils ont puisé, au besoin, dans les décisions données pour les matières civiles, et ils ont étendu, par analogie, ces décisions aux matières criminelles; enfin, ils ont continuellement et systématiquement appliqué au droit pénal proprement dit ce que les jurisconsultes romains avaient écrit uniquement de ces sortes d'actions naissant des délits privés, qui prenaient l'épithète de pénales, mais qui n'étaient en réalité que des actions civiles pour la poursuite d'obligations privées. C'est ainsi que s'est assise et constituée, avec le secours fréquent du droit romain interprété suivant les besoins de l'époque, l'ancienne jurisprudence criminelle européenne, et, par conséquent, la nôtre (1).

§ 2. Droit canonique.

63. Le droit canonique, dont l'ensemble comprend, quant à l'Église catholique, les préceptes du Christ et des apôtres, les

(1) Les textes du *Corpus juris civilis romani* plus spécialement relatifs au droit pénal sont les suivants :

Dans les *Instituts*, liv. iv, tit. 1, 2, 3, 4, qui traitent des délits privés, et le titre 18, *De publicis judiciis*.

Dans le *Digeste*, les quatre titres du livre ix, le titre 3 du livre xi et les vingt-trois titres du livre xlvii, sur les délits privés, spécialement le titre 11, *De extraordinariis criminibus*; plus les vingt-quatre titres du livre xlviii consacrés aux délits publics, et notamment le titre 19, *De penis*.

Dans le *Code*, livre iii, tit. 35 et 41, et livre vi, tit. 2, sur les délits privés; plus les cinquante et un titres du livre ix, relatifs aux délits publics, et notamment le titre 47, *De penis*.

règles posées dans les assemblées communes des premiers fidèles, les canons des conciles et les constitutions pontificales, n'a d'abord été recueilli que par essais particuliers, en des documents partiels et divergents, dont quelques-uns remontent jusqu'au quatrième siècle de l'Église.

A l'époque où dans les universités d'Italie et de France, surtout dans celles de Bologne et de Paris, une activité extraordinaire se déploya pour l'étude du droit romain, le droit canon ne tarda pas à prendre sa part de cette activité. Une sorte de recueil méthodique, mis au jour à Bologne, en 1151, par un moine camaldule du nom de Gratien, fut reçu comme texte de l'enseignement.

Sur cette base vinrent s'asseoir cinq autres parties, consacrées par la suite des temps et d'époque en époque aux nouveaux textes qui étaient survenus, et le tout, révisé définitivement, approuvé en 1580 par le pape Grégoire XIII et déclaré clos, constitua le corps de droit canonique (*corpus juris canonici*), à l'imitation du corps de droit romain.

Pour compléter l'imitation, on y joignit des *Instituta* ou éléments divisés en quatre livres, qui n'ont pas d'autorité officielle, parce qu'ils ne sont que l'œuvre privée d'un jurisconsulte italien, Lancelot, mais dont l'adjonction a été autorisée, en 1605, par le pape Paul V.

64. Admis dans les universités de la chrétienté sur le même pied que le droit romain, avec lequel il avait d'ailleurs de nombreux points de contact, compris dans les études des légistes, qui se faisaient graduer dans l'un ou l'autre droit (*in utroque jure*), le droit canon est entré comme un élément dans la formation de la société et des législations européennes. Il faut donc le compter au nombre des sources historiques de notre propre droit, sans oublier cependant que nos rois, nos jurisconsultes, nos hommes d'État, nos parlements se sont toujours montrés jaloux de conserver intacte la souveraineté séculière du pays, et que, hors ce qui regarde la foi, les textes du droit canon n'avaient d'autorité en France, même pour la discipline ou la police temporelle de l'Église, qu'autant qu'ils étaient reçus et confirmés par les lois du royaume (1).

(1) Les textes du *Corpus juris canonici* qui se réfèrent plus spécialement au droit pénal sont les suivants :

1. Dans le décret de Gratien, seconde partie, Causes 2, 3, 4, 5, 6, où sont agitées de nombreuses questions sur les accusations, et plus indirectement les Causes 22, 24, 26, 32, 35, pour certains délits;

2. Dans les *Décrétales de Grégoire*, le livre v tout entier, qui traite d'abord des accusations, inquisitions et dénonciations, et ensuite des divers crimes ou délits, selon le droit canon (tit. 1 à 33);

3. Dans le *Sexte*, le même livre v, et dans le même ordre (tit. 1 à 11);

4. Dans les *Clémentines*, le même livre v, et dans le même ordre (tit. 1 à 10);

5. Dans les *Extravagantes*, les titres 8, 9, 10, 12, *De pœnis*, et 13;

6. Dans les *Extravagantes communes*, toujours le livre v, dans le même ordre (titre 1 à 6);

7. Dans le *Septième*, ajouté en 1661, postérieurement à la révision

Influence du droit canonique sur la pénalité, sur les juridictions et sur la procédure pénales.

65. Le droit canonique et les institutions de l'Église figurent comme élément de l'ancien droit pénal, en ce qui touche, soit la pénalité, soit les juridictions pénales, soit la procédure pénale.

66. Quant à la pénalité, ils y figurent par leur influence sur l'appréciation de divers cas, de divers degrés de culpabilité, de divers principes relatifs aux peines et sur l'incrimination de nombreux actes : matières sur lesquelles les livres canoniques contiennent des décisions que la législation ou la jurisprudence criminelles laïques se sont empressées de suivre en plus d'un point.

L'Église, bien que quelques textes de droit canon indiquent formellement la mort contre certains crimes (1), professait un éloignement absolu pour les peines corporelles et pour les peines de sang (2); mais elle livrait les coupables au bras séculier (3). Cependant, dès les premiers temps de la monarchie et dans les époques postérieures, les monuments nous montrent fréquemment son intervention servant à arracher des coupables au supplice capital et à faire composer les parties ou modérer la peine. Tel a été notamment l'effet du droit d'asile conféré aux églises et à divers établissements pieux par les constitutions des empereurs romains, par diverses lois barbares, par les capitulaires de nos rois et par des actes ou des usages postérieurs.

67. Quant aux juridictions pénales, l'Église et le droit canonique s'y trouvent intimement liés par la constitution des juridictions ecclésiastiques à côté des juridictions séculières, avec une attribution privilégiée à l'égard de certains délits ou à l'égard des clercs et des autres personnes assimilées aux clercs. Les questions de compétence ou de rapports possibles entre ces deux juridictions de nature diverse, jalouses chacune de leur autorité, ont formé dans notre ancien droit pénal une matière difficile et importante à étudier. L'exemple des officialités ecclésiastiques

définitive de 1580, le même livre v, dans le même ordre (tit. 1 à 18);

8. Dans les *Instituts*, le livre iv tout entier.

Sur les *Sources du droit canonique*, v. M. Paul VIOLLET, *Précis de l'histoire du droit français*, liv. 1, 3^e partie, p. 24 et suiv.

(1) Par exemple, *Décrétales*, livre v, tit. 7, chap. 1, et tit. 18, chap. 1.

(2) Aussi les ecclésiastiques se plaignant devant le juge de quelque crime commis contre eux doivent-ils, d'après les canons, protester formellement : « Quod ad vindictam seu pœnam sanguinis non intendunt » (*Décrétales*, liv. v, tit. 4, chap. 2, Boniface VIII, an 1298); ce que nous retrouvons dans les Assises de Jérusalem en cette formule : « Il n'entend ne il ne vient que, por lui no por la clamor que il fait, vous deés procedre à peine de sanc. » (*Abbrégé du Livre des Assises de la cour des Bourgeois*, deuxième partie, §§ 38 et 39.)

(3) Par exemple, *Décrétales*, liv. v, tit. 7, chap. 9, livre xvii, chap. 4. — *Le Sexte*, livre v, tit. 2, chap. 6, etc.

n'a pas été non plus sans influence dans la transformation de nos anciennes assises temporaires en des offices de judicature fixes et permanents (1).

68. Enfin, quant à la procédure pénale, c'est du droit canonique qu'est venue de bonne heure et à plusieurs reprises la réprobation des épreuves ou jugements de Dieu, et c'est par ce droit qu'a été imaginée, développée, puis de là introduite dans nos juridictions répressives la procédure par inquisition.

Que ce soit l'autorité ecclésiastique et l'exemple de ses juridictions qui aient poussé dans cette voie, c'est ce qui est incontestable. L'ancienne coutume de Normandie le dit positivement en parlant des épreuves : « Et pour ce que sainte Eglise a osté ces choses, nous usons souvent de l'enquête (2). »

69. Les textes par lesquels les papes ont commencé à réprouver, quoique vainement, les épreuves et le duel, remontent au sixième, au neuvième siècle; dès la fin du douzième et dès les premières années du treizième, cette réprobation canonique, réitérée à différentes fois, parce qu'elle restait généralement inefficace, était constante et avérée de tous (3).

70. L'enquête ou audition de témoins faite séparément et rédigée par écrit, qui devint la procédure usitée à cause de la suppression des épreuves et des gages de bataille, comme le dit le passage que nous venons de citer de l'ancienne coutume de Normandie, est un procédé lettré, par conséquent cléricale, à l'époque où clerc et lettré étaient synonymes. C'est également à la fin du douzième et aux premières années du treizième siècle qu'appartiennent les textes canoniques d'où l'on conclut que les dépositions des témoins étaient rédigées par écrit (*et de singulis cir-*

(1) Voir *Les Officialités au moyen âge, étude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France, de 1180 à 1328*, par M. Paul Fournier, agrégé à la Faculté de droit de Grenoble, Paris, E. Plon et C^{ie}, 1881.

(2) « Jadis, quand femmes estoient accusées de crime et elles n'avoient qui les defendist, elles se espurgoient par ignise, et les hommes par eue ou par ignise quand la justice ou femmes les suyvoient de causes criminelles. Et pour ce que sainte Eglise a osté ces choses, nous usons souvent de l'enquête. » (*Le grand coutumier du pays et duché de Normandie*, ch. LXXVI, de suyte de femmes, dans le *Coutumier général* de RICHEBOURG.)

(3) En nous en tenant aux textes du *Corpus juris canonici*, nous en trouvons des papes saint Grégoire, mort en 604, et Etienne V, mort en 891 (décret de Gratien, deuxième partie, cause 2, question 5, ch. 7 et 20); puis des papes Célestin III, an 1195, Innocent III, an 1212, et Honorius III, an 1225 (*Décrétales*, liv. v, tit. 35, *De purgatione vulgaris*). — Voir aussi la prohibition des tournois par le concile de Latran, an 1179; et les constitutions d'Alexandre III, an 1172, et de Célestin III, an 1195, contre les ecclésiastiques qui offriraient ou accepteraient un duel judiciaire, même par champion, « *Secundum pravam terræ consuetudinem* » (*Décrétales*, livre v, tit. 13, *De torneamentis*; et liv. xiv, *De clericis pugnantibus in duello*). De pareils combats sont de vrais homicides : « *Tales pugiles homicidæ veri existunt* », dit cette dernière constitution pontificale du douzième siècle.

cumstantiis prudenter inquirens... cuncta plene conscribas), closes (*cum attestaciones ipsæ sint clausæ*), puis, à un moment donné de la procédure, lues publiquement aux parties et à l'auditoire (*solemniter publicatæ*) (1); encore la rédaction de ces textes nous montre-t-elle qu'il s'agit là d'une forme parfaitement établie dans la pratique ecclésiastique, et non pas nouvellement introduite.

71. La dénonciation substituée à l'accusation, l'information secrète préalable, et enfin les poursuites d'office par le juge, trois points qui diffèrent du précédent, quoique venant s'y relier, dont l'un conduit à l'autre, et qui à eux tous constituent la procédure d'inquisition dans son ensemble, doivent aussi leur origine aux usages des juridictions ecclésiastiques. L'époque à laquelle on en trouve le règlement formel dans les lois canoniques est toujours la même : la fin du douzième siècle et le commencement du treizième, avec des indices d'une origine encore plus reculée. Organisées dans les Décrétales par les constitutions d'Innocent III, de 1212, 1213 et 1216, tant comme inquisition particulière contre des faits précis que comme inquisition générale et indéterminée contre tout un diocèse, toute une localité (2), ces pratiques étaient en vigueur dans l'Eglise, comme mode exceptionnel de procédure, avant même les règlements d'Innocent III. Une constitution du pape Lucius III, de 1181, en contient le germe contre les hérétiques (3). Les dispositions de cette constitution étaient déjà nominativement dirigées contre les *Catharins*, *Paterins*, ou *Pauvres de Lyon*, désignés plus tard sous le titre de *Vaudois* ou *Albigeois*. L'application en fut faite d'une manière spéciale et énergique à ces sectaires, dès les années 1203 et 1204, dans une mission confiée à deux légats par le pape lui-même, Innocent III, pour l'extirpation de cette hérésie. La résistance du Languedoc amena ces croisades fanatiques d'une nouvelle espèce prêchées et formées dans toute la France, ces luttes acharnées, ces massacres de populations au nom du Christ (1208, 1209 et suiv.), événements d'où sortirent, au bout de quelque temps, deux résultats considérables dans l'histoire : pour la France,

(1) *Décrétales*, livre II, tit. 20, *De testibus et attestacionibus*, ch. 25, Urbain III, an 1186; — chap. 35 et 37, Innocent III, ans 1208 et 1210, d'où sont tirées les expressions par nous citées; — chap. 31, Innocent III, an 1208, qui est précisément la constitution à laquelle renvoient les *Établissements*, — et plusieurs autres du même pape.

(2) *Décrétales*, livre v, tit. 1, *De accusationibus, inquisitionibus et denuntiationibus*, chap. 16 et suiv., chap. 25.

(3) *Décrétales*, livre v, tit. 7, *De hæreticis*, chap. 9. — Il y est enjoint à chaque archevêque ou évêque de parcourir son diocèse deux fois ou au moins une fois chaque année, par lui-même ou par son vicaire, ou par d'autres personnes compétentes et honnêtes, lorsque la renommée y signale des hérétiques, et d'informer pour reconnaître les coupables, qui doivent être punis des peines ecclésiastiques et livrés au bras séculier pour l'application des peines laïques.

l'adjonction à la couronne du comté de Toulouse et du pays albigeois (traité de 1226, traité de Meaux de 1229; réunion de toute la province du Languedoc, consommée en 1271); et, pour la chrétienté, la constitution par l'Église d'un tribunal spécial d'inquisition, érigé en institution permanente contre les crimes d'hérésie ou autres semblables, et installé par la suite des années dans ceux des États chrétiens qui souffrirent une pareille institution.

72. Ainsi, c'est dans la Gaule Narbonnaise, au milieu d'événements auxquels la France a pris une part active, que la procédure inquisitoriale ecclésiastique a été pratiquée sur une large échelle dès les deux premières années du treizième siècle, et que le tribunal spécial d'inquisition contre l'hérésie a eu son origine. La France, cependant, où le peuple et tous les pouvoirs ont toujours été jaloux de conserver intacte la puissance temporelle du royaume, ne pouvait pas être soumise à ce tribunal; toutes les tentatives faites dans ce but ont échoué. Les provinces méridionales elles-mêmes, où il avait été installé durant la lutte, se sont soulevées contre lui et ont fini par en être délivrées. Avignon et le Comtat Venaissin, devenus possession du saint-siège, l'avaient seuls conservé.

73. Mais, si le tribunal spécial d'inquisition n'a pu s'établir en France, il n'en a pas été de même des formes de procédure inquisitoriale, dont le système avait été réglé par les constitutions d'Innocent III, et qui étaient pratiquées par les juridictions ecclésiastiques ordinaires. Nous aurons à voir comment ces formes ont passé, en se développant, des juridictions ecclésiastiques aux juridictions séculières.

Elles n'étaient introduites, du reste, dans l'origine, par le droit canonique, nous l'avons déjà dit (n° 57), que comme une procédure extraordinaire, pour des cas exceptionnels, avec ce tempérament qu'elles ne devaient pas entraîner toute la sévérité de la peine contre celui qui n'avait été condamné que par suite d'une telle procédure.

§ 3. Droit barbare.

74. A côté des deux sources qui viennent d'être indiquées, le droit romain et le droit canonique, il en faut placer une troisième, la législation des Barbares, ou, pour mieux dire, des anciens Germains.

75. De même que l'invasion barbare a apporté sur le monde romain une population nouvelle, rudement vigoureuse et originale, dont l'installation et le mélange avec les vaincus ont produit les nations modernes de l'Europe, de même cette invasion a apporté dans la législation un élément grossier, mais tout nouveau et fortement caractérisé, qui s'est allié graduellement avec le droit romain et le droit canonique, et qui a fini par produire le nouveau droit européen.

Il y a eu toutefois, entre ces trois sources, cette différence majeure de composition et de destinée : 1° que le droit barbare, divisé en diverses lois, empreintes sans doute d'un esprit commun, mais séparées dans leur existence et dans leurs détails, ne s'est jamais présenté avec ce caractère d'unité compacte et puissante que le droit romain et le droit canonique offrent tous les deux ; 2° qu'il a fourni, dans la vie législative des nations modernes de l'Europe, l'élément destiné à être travaillé, absorbé et décidément transformé, tandis que le droit romain et le droit canonique se sont pendant longtemps de plus en plus dégagés et élevés.

76. L'époque que l'on peut signaler dans notre histoire comme celle de la législation barbare s'étend depuis le cinquième siècle jusqu'au dixième. Elle comprend les diverses lois des Francs Saliens, des Bourguignons, des Francs Ripuaires, des Allemands, des Bavarois, des Lombards, des Visigoths, des Thuringiens, des Frisons, des Saxons et des Anglo-Saxons, ainsi que les Capitulaires de nos rois de la première et de la seconde race. Nous n'y trouvons pas l'élément barbare dans toute sa pureté. Au contraire, plus on avance, plus on voit cet élément modifié par l'influence du droit romain, législation conservée aux vaincus et au clergé, et par celle des institutions canoniques, plus on voit sa transformation qui se prépare (1).

77. C'est dans le texte même de ces lois barbares et de ces capitulaires qu'il faut étudier tout ce qui concerne : la guerre de famille (*faida*), héritage de vengeance qui se transmet par succession avec la terre et la cuirasse; les compositions ou le rachat de la vengeance qui en dérivent, décomposées en deux parts, l'une pour la famille offensée (*weregeldum*, de *Wehr*, défense, et *Geld*, argent monnayé), et l'autre pour le fisc (*fredum*, de *Friede*, paix); les peines, atroces dès qu'elles apparaissent, comprenant toutes sortes de supplices de mort, de mutilations, d'aveuglement, de talion, d'esclavage, de décalvation, de mise hors la loi, de confiscation, mêlées souvent à des pénitences canoniques, et quelquefois à des dispositions ridicules (2); — le

(1) Il existe divers recueils des lois barbares. Nous nous contenterons de signaler ceux de CANCIANI, *Barbarorum leges antiquæ*. Venet., 1781-1792, 5 vol. — WALTER, *Corpus juris germanici antiqui*. Berlin, 1824, 3 vol. grand in-8°. — En y joignant la remarquable édition de la *Loi salique, ou Recueil contenant les anciennes rédactions de cette loi et le texte connu sous le nom de Lex emendata, avec des notes et des dissertations*, par M. PARDESSUS. Paris, 1843, in-4°. — Quant aux Capitulaires, on peut en voir l'édition donnée par P. de CHINIAC, d'après BALUZE, Paris, 1677, 2 vol. in-fol., et celle de Walter, dans la collection citée ci-dessus.

Ajoutons à ces éditions la grande édition de Pertz, *Monumenta Germaniæ historica, Legum*, t. I à V, et *Legum Sectio II*. On y trouve, et les lois des Barbares, et les Capitulaires, et les formules (voy. sur les formules le n° 81, *infra*).

(2) Comme dans la loi des Bourguignons : pour le vol d'un épervier, se faire manger par cet épervier six onces de chair posées sur le sein (*super testones*);

système des juridictions par convocations temporaires et périodiques (*mallum, placitum*), avec le concours de certains d'entre le peuple, sous la présidence d'un officier civil et militaire, délégué du roi ou du *princeps*; — la procédure publique, par accusation, mais avec l'obligation, sur un simple soupçon, de se purger, avec l'emploi des *conjuratores*, des ordalies et quelquefois de la torture; en un mot, tous les éléments que la législation barbare a apportés dans la pénalité, dans les juridictions et dans la procédure pénales.

78. Toutes ces lois ne sont pas identiques dans leurs dispositions; mais elles ont un même caractère général. On y voit la guerre de famille plus ou moins en vigueur, ou déjà plus ou moins restreinte par les efforts de l'Église ou du prince; les compositions, quoique avec des détails et des chiffres différents, se trouvent partout; la coopération du peuple aux jugements, déjà dans plusieurs lois, n'apparaît plus d'une manière claire: il faut la rechercher dans des documents antérieurs ou différents; le nombre des *conjuratores* et le genre des épreuves varient d'une nation à l'autre, mais, dans toutes, ces deux institutions existent; enfin l'intervention de l'Église s'y manifeste dans plusieurs points, soit en certaines épreuves que les textes nous montrent accomplies avec le concours et les prières du prêtre (1), soit dans les trêves imposées aux guerres privées, soit dans les asiles, soit dans quelques premiers indices de juridiction ecclésiastique.

79. Toutes ces lois barbares ayant un caractère commun s'étudient et se comprennent mieux l'une par l'autre; toutefois, celles qui doivent le plus attirer notre attention à nous sont: les trois lois des Francs Saliens, des Bourguignons et des Francs Ripuaires, comme plus intimement liées à nos origines nationales, la loi des Anglo-Saxons, pour l'organisation des juridictions, et celle des Visigoths, pour la participation que le clergé a prise à sa rédaction et pour son influence dans la partie méridionale de notre territoire.

80. Les Capitulaires, dont la majeure partie appartient à Charlemagne, traitent le plus souvent de matières ecclésiastiques ou des intérêts politiques du moment: cependant la pénalité y est mêlée partout.

et pour le vol d'un chien de chasse, baiser ce chien, devant tout le peuple, sous la queue. (*Additamentum* 1, tit. 11 et 10.)

(1) Voir toutefois M. Alfred Maury, *La législation criminelle sous l'ancien régime* (*Revue des Deux Mondes*, 1877, sept.-oct., p. 247): « Les Francs et les nations issues de la même souche qu'eux se servaient des ordalies avant leur conversion au christianisme, et la religion nouvelle n'eut sur ce point d'autre effet que de substituer un procédé d'épreuves à un autre, une superstition empreinte des nouvelles croyances à la superstition qui avait originairement suggéré un tel moyen. Les épreuves judiciaires des temps païens devinrent le jugement de Dieu, et la croix remplaça de vieux symboles. »

81. A la suite des capitulaires se trouvent réunies par les éditeurs diverses collections de formules contemporaines, dont plusieurs offrent un grand intérêt pour l'histoire du droit pénal à cette époque; on y voit, mises en action, diverses pratiques de ce droit, dans des chartes ou modèles relatifs à des cas de composition, de purgation par *conjuratores* ou par la croix, d'accusation, de citation, de jugement; on y reconnaît des traces visibles de la manière dont les juridictions étaient composées, de l'importance attachée à l'aveu de l'accusé, de l'intervention des prêtres pour faire composer les parties ou pour accomplir le rituel des ordalies (1).

§ 4. Droit féodal.

82. Le droit féodal a été une première et remarquable transformation du droit barbare. Le seul contrat que voici: donation d'un immeuble, sous la réserve d'un droit de domaine supérieur et honorifique, avec obligations mutuelles de loyauté et de protection d'une part, de foi et d'assistance de l'autre (2), entre le donateur et le donataire, y compris leurs successeurs respectifs, ce seul contrat, dans lequel se résume en dernière analyse la constitution d'un fief (*feudum*, de *fides*, foi, fidélité) (3), et qui paraît peu de chose en soi, si on l'examine

(1) Il n'y a dans les lois barbares et dans les Capitulaires aucune indication à faire de titres ou chapitres qui traiteraient plus spécialement des délits et de leurs conséquences, parce que cette matière y est répandue partout; sauf toutefois la loi des Visigoths, qui présente un ordre plus méthodique, et dans laquelle les livres VI et VII sont consacrés exclusivement aux matières criminelles. Quant aux *Formules*, voici celles que je signale, d'après l'édition de Baluze, comme intéressant le plus le droit pénal:

Formules de Marculfe: liv. II, nos 16, 18 et 29. — Appendix, nos 18, 29, 33, 34 et 51.

Formules de Sirmond: nos 16, 29, 30, 31, 32 et 33.

Formules de Bignon: nos 7, 8, 12 et 26.

Formules de Lindenbrog: nos 81, 82, 117 à 126 et 160.

Formules des exorcismes et excommunications, sorte de rituel ecclésiastique pour les diverses ordalies et pour quelques autres cas.

Quelques autres collections moins importantes de formules inédites ont été publiées de nos jours; M. Eugène de Rozière, digne petit-fils de M. Pardessus, après en avoir publié lui-même d'après des manuscrits de Saint-Gall (1853), de Munich et de Copenhague (1858-59), a édité un *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs*, du cinquième au dixième siècle, 3 vol. in-8°.

(2) L'engagement de foi et loyauté était réciproque dans le contrat de fief: « Doit l'homme joindre ses deux mains en nom d'humilité, et mettre es deux mains de son seigneur en signe que tout luy vouë et promet foy. Et le seigneur ainsi le reçoit, et aussi luy promet à garder foy et loyauté. » (*Somme rural* de Bouteiller, liv. I, tit. 82, § 2, p. 478.) — « Tout autant que li hons (l'homme) doit à son seigneur de foi et de loiaté par le reson de son homage, tout autant li sires en doit à son home », dit Beaumanoir, bien antérieur à Bouteiller. (Ch. 61, § 28, t. II, p. 385.)

(3) « De la dérivation et ethymologie du mot barbare latin *feudum*, je laisse disputer les docteurs feudistes; mais le mot *fief*, qui est ancien originaire françois, n'en procède: il se trouve en tous les vieux livres escrit *fié*, sans *f*:.... »

superficiellement, a pourtant changé la face de l'Europe. Il a modifié profondément l'ordre politique, la société, la famille, la propriété avec tout le droit qui les régit, et les institutions pénales s'en sont ressenties considérablement. Comment d'aussi graves conséquences ont-elles été produites par un tel contrat, qui n'était après tout que le développement d'une coutume personnelle depuis longtemps pratiquée par les Germains? Comment, à la suite de l'occupation définitive et de la distribution d'un sol conquis, est-il sorti de cette coutume personnelle une institution territoriale permanente et finalement un régime particulier, le régime féodal? Il serait trop long, et il n'entre pas dans notre sujet de le dire ici.

83. Qu'on remarque dans ce contrat ce qui est relatif à la transmission de biens et ce qui est relatif aux engagements personnels : deux parties distinctes, quoique essentiellement unies, empreintes d'originalité toutes deux. Par l'une la constitution de la propriété, par l'autre l'organisation des personnes ont été renouvelées.

84. La propriété s'est décomposée en deux parts : le *domaine utile* concédé au bénéficiaire, et le *domaine direct* réservé au donateur; décomposition nouvelle dans laquelle les jurisconsultes ont bien pu chercher des analogies avec la division du droit romain, en usufruit et en nue propriété, mais qui s'en distingue profondément. Par suite de leur origine, l'un de ces domaines, le domaine utile, s'est trouvé exister à titre de bienfait reçu et de subordination; l'autre, le domaine direct, à titre de bienfait accordé et de supériorité; cette idée d'infériorité et de supériorité a été étendue même à l'immeuble concédé, par opposition au bien dont il avait été détaché et qui était resté dans les mains du donateur : de telle sorte que non-seulement les droits de domaine, mais les immeubles eux-mêmes, terres, châteaux et maisons, se sont subordonnés les uns aux autres.

85. Il en a été de même des personnes. Le donateur de fief prenant pour lui et pour ses successeurs le nom de *seigneur*, et le bénéficiaire pour lui et pour ses successeurs le nom de *vassal*, les personnes engagées dans le contrat féodal se sont divisées en seigneurs et en vassaux. La promesse réciproque de foi et de loyauté était une promesse de foi et de loyauté dans la protection de la part du seigneur, de foi et de loyauté dans l'assistance de la part du vassal (1). Celui-ci se déclarait l'*homme* de son seigneur, d'où est venu à cette déclaration le nom d'*hommage* (2); il se

les anciens François ont usé de ce mot *fié*, *fier* et *fiance*, pour *fidel* ou *feal*, et *fidélité* ou *féauté*. » (Annotations de Charondas le Caron sur le titre précité de Bouteiller, p. 481.)

(1) Beaumanoir explique parfaitement cette différence, ch. 61, § 31, t. II, p. 386.

(2) « Le mot d'hommage, appelé *hominium* par Helmodius, Radevicus et

trouvait engagé, lui et ses successeurs, dans un lien de services personnels d'une durée indéfinie. De telle sorte que la chaîne et la subordination féodales ont embrassé à la fois les immeubles, les droits de domaine et les personnes de génération en génération.

86. Le réseau s'est étendu encore à mesure que le vassal a lui-même concédé en fief une partie de l'immeuble qu'il avait reçu, prenant à son tour le rôle de seigneur envers son vassal, qu'il y a eu ainsi des fiefs, et des arrière-fiefs tenus par seconde, par tierce, par quarte main, et que le premier concessionnaire ou seigneur suzerain a compté sous lui des vassaux, des vavasseurs et ainsi de suite en descendant la filière des inféodations successives.

87. On a donné en fief non-seulement des immeubles, mais des droits immobiliers de toute sorte, rentes, dîmes, péages ou redevances quelconques : d'où, suivant les expressions de Bouteiller, des fiefs *incorporels et non tangibles* (1). Parmi ceux-ci on peut noter celui qui se nommait *fief en l'air*, lorsque le seigneur, ayant inféodé tout son domaine sans en retenir aucune partie, ne se trouvait plus avoir que son droit abstrait de seigneurie féodale.

Même des droits qui, suivant leur nature, ne devraient appartenir qu'à la puissance publique, des offices, certains tributs, le produit des amendes, des confiscations, jusqu'à l'autorité de commandement et de juridiction sur un territoire, étant tombés dans la propriété privée du régime féodal, ont pu être concédés en fief, morcelés de mille manières, et éparpillés dans des mains diverses.

88. De tels contrats formaient entre les divers suzerains et vassaux, entre ceux-ci et les vavasseurs, des groupes d'associations, d'assurances mutuelles d'inférieur à supérieur, de confédérations militaires dignes de remarque. Cette foi, cette loyauté, le premier devoir de l'un envers l'autre, cette cérémonie dans laquelle le vassal, à genoux, nu-tête, sans manteau, ceinture, épée ni éperons, posant ses deux mains jointes dans les mains du seigneur, se vouait à lui comme son homme de bouche et de mains,

autres anciens, tesmoigne ceste antiquité : d'autant qu'il est entendu par l'hommage que le vassal devient homme, c'est-à-dire sujet. » (*Somme rural* de BOUTEILLER, liv. I, tit. 82, Annotations de Charondas le Caron, p. 481.)

« Sire, je viens à vostre hommage et en vostre foy, et deviens vostre homme de bouche et de mains, et vous jure et promets foy et loyauté envers tous et contre tous, et de garder vostre droict à mon pouvoir, et faire bonne justice à vostre semonce ou à la semonce de vostre Baillifs à mon sens : et celer le secret de vostre cœur. » Et ce fait, le seigneur le doit recevoir et répondre en telle manière : « Et ainsi je vous recoy comme mon homme de fief, sauf mon droict et l'autrui. » (*Ib.*, liv. I, tit. 82, § 2, *La manière de faire hommage*, p. 473.)

« Aussi, dit Charondas le Caron dans ses Annotations (p. 481), le fief se peut bien définir, selon le droict François : L'héritage tenu d'un seigneur, à la charge et condition de la foy et hommage. »

(1) « Si comme aucunes fois on vend sur son fief aucune rente ou pension annuelle, et ce appelle on fief incorporel et non tangible. » (*Somme rural*, liv. I, tit. 82, § 4, p. 479.)