

c'est-à-dire de loyal conseil et de bon service, ce seigneur qui le recevait et, en signe de confiance réciproque, au nom de la foi et de la loyauté mutuellement promises, le baisait en la bouche : tout cela ne laissait pas que d'avoir son côté touchant et digne (1).

A la semonce du seigneur, le vassal devait arriver au conseil pour y délibérer, aux plaids pour y juger ; et, lorsqu'il s'agissait de l'ost, il devait arriver à la chevauchée, en armes et en chevaux (2) : d'où, à chaque vassal, pour le moins, le titre de chevalier. La société était divisée et subdivisée en une multitude de confédérations : mais c'était la confédération des nobles.

89. Quant aux immeubles qui n'avaient pas fait l'objet, quant aux personnes qui n'avaient pas été parties d'un contrat de fief, quel était leur sort ? Ces immeubles libres de tout droit de domaine direct, les alleux ; ces personnes étrangères aux engagements du contrat féodal, les vilains, manants, roturiers (*ruptuarii*) ou serfs attachés à la glèbe, étaient en dehors de la confédération. Mais le régime féodal ne les avait pas moins atteints.

90. En effet, un des résultats caractéristiques de ce régime, considéré, non pas dans le simple contrat de fief, mais dans son ensemble, fut l'appropriation patrimoniale de la puissance publique au profit de certaines personnes, sur une certaine étendue de territoire et sur les habitants, avec application du système des inféodations aux différents droits contenus dans cette puissance.

Les ducs, comtes, vicomtes et autres officiers délégués par les rois de la première et de la seconde race pour exercer la puissance publique, ou ceux à qui l'immunité en avait été accordée dans un certain espace de territoire, avaient fait de cette puissance une sorte de propriété, dont l'objet était purement immatériel, soit qu'ils reconnussent la tenir en fief de la royauté, soit qu'ils prétendissent l'avoir en propre et comme un droit direct de souveraineté.

Cette prétention de puissance et de souveraineté directe, rattachée par quelques-uns aux origines diverses d'occupation, d'éta-

(1) « Et en ce confinement, en nom de foy et de vray seigneur, doit le seigneur baiser l'homme en la bouche. » (*Somme rural*, liv. I, tit. 82, § 2, p. 478.) — On peut voir dans Beaumanoir l'idée qu'on se faisait en ces temps de la foi et loyauté : « Foi et loiaté est de si france nature, qu'ele doit estre gardée, et espécialement à celi à qui ele est pramise. » (Ch. 61, § 29, t. II, p. 385.)

(2) « Item quiconque tient fief, soit fief à pur ou moyen, ou arrière-fief, sçachez qu'il est tenu de servir son seigneur toutes fois que semons en est par son seigneur en deux choses, c'est à sçavoir en ses plais pour justice faire et tenir..... Item si le Seigneur ou Prince a mestier de son homme pour son honneur garder, pour son corps et pour sa terre défendre : sçachez que mander peut son homme de fief, qui est tenu de venir en armes et en chevaux, selon que le fief le doit, et en ce le seigneur servir par le terme de quinze jours. » (*Somme rural*, tit. 83, §§ 4 et 5, p. 485 et 486.) — Cette double obligation de servir le seigneur au plaid et à l'ost (*in curte et in campo*) est exprimée dans la formule même de l'hommage ; ces paroles : « Votre homme de bouche et de mains », la contiennent d'une manière naïve et énergique. Dans le service de la Cour féodale est compris celui de conseil et celui de justice.

blissement ou de partage des États, par d'autres à une indépendance conquise au milieu des vicissitudes qui frappèrent la race des Mérovingiens et celle des Carolingiens, se trouva une réalité de fait lorsque ce fut un de ces seigneurs, Hugues Capet, qui fut décoré par les autres, en 987, du titre de roi, et qui commença la dynastie des Capétiens. A l'exception de ses propres vassaux ou vavasseurs, les autres seigneurs ne tenaient véritablement rien en fief de Hugues Capet : il fallut plus d'un siècle pour que les descendants de ce comte parussent substitués, par le bénéfice de la couronne qu'ils avaient reçue, au lieu et place de la race précédente, dans un titre général et imaginaire de concessions féodales primordiales, et que, contrairement aux faits, les fictions du droit et les légistes y aidant, il fût admis en axiome que le roi était le souverain fiefieux de tout le royaume, et que tous droits de puissance ou de juridiction étaient tenus de lui en fief ou en arrière-fief (1).

91. Ces droits de puissance et de juridiction, tombés ainsi dans le patrimoine immatériel de certains seigneurs et pouvant devenir à leur tour l'objet de concessions féodales, étaient donnés en fief par celui qui en était investi, tantôt comme annexe d'une inféodation domaniale, tantôt même séparément comme chose incorporelle ; divisés, soit quant à l'étendue et à la nature des droits concédés, soit quant au territoire, soit quant aux hommes qui y seraient soumis. De telle sorte qu'on voyait des fiefs domaniaux pourvus de ces droits, lorsque ces droits y avaient été joints par l'acte de concession, d'autres qui n'en étaient pas pourvus, et qu'à considérer la nature diverse de ces deux objets d'inféodation, il était vrai de dire : « Autre chose est le fief, autre chose est la justice (2) », en entendant ici par fief celui qui consistait en domaines fonciers. Le seigneur investi de droits de puissance et de juridiction se nommait seigneur justicier ; on voit comment, parmi les seigneurs féodaux, les uns étaient justiciers et les autres ne l'étaient point.

92. C'était à cette puissance justicière, devenue seigneuriale et contenue dans les limites, non pas d'un domaine foncier, mais d'un territoire, qu'étaient soumis, indépendamment de tout con-

(1) « Toute laie juridictions du royaume est tenue du Roi en fief ou en arrière-fief. » (BEAUMANOIR, ch. 11, § 12, t. I, p. 163.) Voy. ci-dessus, p. 21, note 1. — Sur le vrai caractère de la révolution qui substitua une dynastie nouvelle à celle de Charlemagne et sur la situation de Hugues Capet et de ses premiers successeurs, voy. M. A. Luchaire, *Histoire des Institutions monarchiques de la France sous les premiers Capétiens*, et not. t. I, p. 46 et suiv.

(2) Cette règle était formulée dans plusieurs coutumes. (Voy. le *Grand Coustumier de France*, p. 531.) — LOYSEL, dans ses *Institutes coutumières*, la donne en ces termes : « Fief, ressort et justice n'ont rien de commun ensemble. » (Liv. II, tit. 2, règle 44.) — Il faut lire tout ce qu'a écrit là-dessus notre regrettable CHAMPIONNIÈRE dans son bel ouvrage, *De la propriété des eaux courantes*.

trat de fief, les biens et les personnes restés en dehors de ce contrat (1). Ces personnes n'étaient pas des vassaux, mais des sujets; la confédération féodale et militaire n'était pas faite avec eux; les promesses réciproques de foi et de loyauté ne les regardaient pas; libres, ils étaient des *hommes de poote*, c'est-à-dire soumis à la puissance; serfs, la glèbe les retenait. Le seigneur investi de la puissance ou seigneur justicier avait sur eux, indépendamment de tout droit de domaine, des droits de police, de commandement, de charges, de tribut, de juridiction, suivant la part qui lui avait été attribuée dans ces droits.

93. Les alleux, devenus de plus en plus rares, formaient la faible part, une part finalement presque imperceptible dans les immeubles de la France; mais les hommes de poote étaient la majeure partie de la population.

94. On imagina pour eux des espèces de concessions féodales à charge, non pas de services nobiliers, comme ceux de plaids et de chevauchée, mais de services subalternes et souvent humiliants, de paiement de dîmes, de redevances ou de cens : de telle sorte que le fief, pour s'étendre, se faisait roturier; à côté des vassaux gentilshommes et chevaliers, les véritables vassaux du véritable contrat féodal, il y eut des vassaux manants, vilains et roturiers.

95. Les communes ne furent autre chose que des sortes de confédérations bourgeoises, formées au milieu des confédérations nobilières et enchâssées dans ce système, avec affranchissement plus ou moins large de la puissance féodale et de la puissance justicière des seigneurs.

96. Tel fut, dans son ensemble, l'aspect que prirent, sous l'empire de ce qu'on nomme le régime féodal, la constitution des personnes et celle de la propriété.

97. C'est dans le dixième, dans le onzième siècle que le régime féodal se montre déjà formé; dans le douzième et dans le treizième, il apparaît en toute sa vigueur; dans le quatorzième et dans ceux qui le suivent, il commence à être attaqué sur plusieurs points et à décliner.

98. Les diverses règles relatives à la constitution du fief, aux droits et aux obligations qui en découlent pour chaque partie, aux successions, aux aliénations, aux causes de déchéance, en un mot à tous les rapports du seigneur au vassal, se formèrent graduellement, par la pratique, en une sorte de droit à part. Vers le milieu du douzième siècle, ces matières furent comprises dans le grand mouvement d'excitation qui se produisit en Italie et de là dans les autres pays pour les études juridiques. Tandis que les

(1) « Franc aleu est un heritage tellement franc qu'il ne doit point de fonds de terre, ne d'iceluy n'est aucun Seigneur foncier..... mais quant est à Justice, il est bien subject à la Justice ou juridiction d'aucun. » (Le *Grand Coustumier de Charles VI*, liv. II, ch. 33 *in fine*, p. 222.)

uns portaient leurs travaux sur le droit romain et d'autres sur le droit canonique, plusieurs les portèrent sur le droit féodal. Pour ce dernier droit, de même que pour le premier et pour le second, un texte parut, livré bientôt à l'enseignement des universités et aux gloses des commentateurs. Ce fut une compilation méthodique de peu d'étendue, offrant le résumé de la jurisprudence féodale en Lombardie. Cette compilation suivit de très-près (1158 à 1168) celle que Gratien avait donnée pour le droit canon; quelques constitutions des empereurs allemands vinrent s'y joindre, et elle fut insérée, dans le treizième siècle, sous le titre de *Consuetudines feudorum*, à la suite du Corps de droit romain, où on la trouve encore avec les additions et les modifications qu'elle a reçues depuis. De telle sorte que sur ce premier élément, le droit romain, venaient se modeler et se grouper ces deux autres, le droit canonique, le droit féodal, triple source du nouveau droit européen, tandis que le droit barbare s'effaçait comme un germe transitoire destiné à disparaître en se transformant.

99. Mais ce livre sur les coutumes des fiefs, consacré spécialement au contrat et à ses effets, ne suffit pas pour donner une idée de l'influence exercée par le régime féodal sur tout l'ensemble de la législation et en particulier sur le droit pénal. Il faut donc compléter ce monument par d'autres monuments de la même époque. Deux conquêtes mémorables, celle de l'Angleterre par Guillaume le Bâtard avec ses Normands (1066) et celle de Jérusalem par Godefroi de Bouillon avec les croisés (1099), nous fournissent ces monuments. L'une nous offre les lois de Guillaume le Conquérant, *les Leis et les Costumes*, rédigées en français-normand, avec une traduction latine, et suivies de quelques autres chartes (1066 à 1087); l'autre nous donne les *Assises de Jérusalem*, tant celles de la haute Cour que celles de la Cour des bourgeois, rédigées aussi en français du temps (1). Dans ces textes, qui sont comme les codes de chacune de ces conquêtes, nous croyons pouvoir signaler les deux vestiges les plus précieux à joindre aux *Consuetudines feudorum* pour l'étude du droit en usage dans la société féodale. En effet, chacun des deux conquérants, avec l'armée de chevaliers, de seigneurs et de vassaux qui les ont suivis, a importé tout formé dans le pays conquis le régime féodal et ses coutumes, que les nécessités attachées à l'improvisation d'un royaume subitement créé ont fait rédiger par écrit. Toutefois, il y a eu entre le régime féodal ainsi installé en Angle-

(1) Les lois de Guillaume le Conquérant se trouvent dans les recueils des lois barbares de Canciani (t. IV, p. 349), de Walter; voir sur ce sujet M. Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, comparés au Droit et aux Institutions de la France*, t. II, p. 52 et s. Il faut lire les Assises de Jérusalem, tant celles de la haute Cour que celles de la Cour des Bourgeois, dans la belle et savante édition qu'en a donnée M. Beugnot en 1842, 2 vol. in-fol.

terre ou dans la Terre sainte et celui en vigueur sur le continent européen cette différence capitale : que dans l'un et dans l'autre de ces nouveaux royaumes la suprématie du chef conquérant a été généralement reconnue, et que les textes législatifs que nous venons de citer nous montrent en saillie, dès cette époque, l'autorité royale, tandis que cette autorité était alors morcelée et presque annihilée sur le continent (1).

100. Enfin nous rattachons encore à l'étude du droit féodal les chartes, établissements, ou vieilles coutumes, les sommaires d'anciennes Assises ou décisions judiciaires qui appartiennent au dixième, au onzième, au douzième et au treizième siècle, tels que ceux de Normandie, dont il existe plusieurs textes (2), de Picardie, de Bourgogne, de Barcelone, et même ces documents remarquables qui ont surgi en France dans la dernière moitié du treizième siècle, à partir du règne de saint Louis : le *Conseil de Pierre de Fontaines* (vers 1253), les *Etablissements de saint Lovys* (1270), et les *Coutumes et usages de Biauvoisins* par Philippe de Beaumanoir (1283) (3). Bien que dans ces derniers documents on aperçoive déjà l'introduction plus marquée du droit romain et un commencement de progrès sensible pour l'autorité royale, cependant ce ne sont là que les premières atteintes portées à l'organisation et à la société féodale; mais cette société existe encore, et c'est encore le tableau de ces usages que nous rencontrons dans ces écrits (4).

(1) Ainsi nous voyons Guillaume le Conquérant se faire prêter à lui-même, à Salisbury, en 1085, le serment de fidélité, non-seulement par les seigneurs ses vassaux, mais encore par ses arrière-vassaux, de manière à tout rattacher à lui. De même, dans les *Assises de Jérusalem*, tout nous montre que le roi « est chef seigneur dou pais, » comme le dit formellement l'*Abrégé du Livre des Assises de la Cour des Bourgeois*, première partie, ch. 2, 3 et 7. (Voir notre *Histoire du droit constitutionnel en Europe*, constitutions du moyen âge, p. 372.)

(2) Le *Coutumier général* de RICHEBOURG contient quelques-unes de ces anciennes coutumes, telles que celles d'Orchies, de Normandie, de Toulouse, de Bragerac. M. Marmier a donné, en 1839, une édition des établissements et coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie (1207 à 1245), 1 vol. in-8°, et, en 1840, une édition de l'*Ancien Coutumier inédit de Picardie* (1300 à 1323), 1 vol. in-8°. M. Ch. Giraud a publié, en 1846, dans son *Essai sur l'Histoire du droit français au moyen âge*, t. II, une collection intéressante de plusieurs anciennes coutumes ou statuts locaux qui se réfèrent aux quatre siècles de l'ère féodale. Sur les publications et travaux auxquels ces recueils ont donné lieu, voy. M. Paul Viollet, *Précis*, t. I, p. 133 et suiv.

(3) M. Beugnot a donné, en 1842, une excellente édition des *Coutumes de Beauvoisins* (2 vol. in-8°); M. Marmier en a fait autant en 1846, pour le *Conseil de Pierre de Fontaines* (1 vol. in-8°), et M. Paul Viollet, en 1881, pour les *Etablissements de saint Louis* (3 vol. in-8°).

(4) Les parties en relation plus spéciale avec le droit pénal, dans les monuments du droit féodal indiqués ci-dessus, sont les suivantes :

1. Dans les *Consuetudines feudorum* : le liv. II, tit. 27 et 53, et le livre V, tit. 10, sur la paix à garder et sur ceux qui la violent. Plus le livre I, tit. 17 et 21; le livre II, tit. 23, 31, 37 et 98, sur la perte de fiefs.

2. Dans les *Leis et les Costumes* de Guillaume le Conquérant; sur cinquante

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

101. Le principal effet du régime féodal en matière de pénalité a été de transformer le droit de vengeance privée ou publique en un droit de vengeance du seigneur. C'est le seigneur justicier qui est offensé par le crime : peu importe de composer, de se pacifier avec les parents ou les amis de la victime, c'est de ce seigneur qu'il faut avoir trêve ou paix, et, lorsqu'il vous l'a donnée, tous, sur son territoire, doivent la respecter (1). Témoin cette *paix le duc*, dont parlent les vieilles coutumes de Normandie, que le délinquant, s'il l'a obtenue, doit porter un an et un jour pendue à son cou publiquement, ou autour de lui secrètement s'il est de noble lignage. Néanmoins, dans les cas les plus graves, le duc ne doit jamais accorder sa paix ni en prendre deniers, et dans d'autres il ne le peut que si la réconciliation privée a eu lieu (2). Le principe des compositions s'en est allé; mais on sent qu'il en

paragraphe dont se compose ce monument, il y en a vingt-trois, principalement les premiers, qui ont trait au droit pénal. Il faut y joindre plusieurs dispositions des chartes suivantes, du même prince, et surtout de celle de son fils et successeur, Henri 1^{er}.

3. Dans les *Assises de Jérusalem* : *Haute Cour* : Jean d'Ibelin, tout le second livre; — Geoffroy le Tort, principalement les §§ 22, 25 à 27; — Jacques d'Ibelin, les §§ 15, 16, 19, 22 et 23; — Philippe de Navarre, les §§ 12 à 16, et 60; — La clef des assises de la haute Cour, les §§ 105, 106, 109 à 121, 127 à 140, 264.

Cour des Bourgeois : Le livre des Assises, chap. 4, 7, 134, 135, 149, 244 à 259, 262, 277, 299 à 303; — l'*Abrégé* du livre des Assises, 1^{re} partie, §§ 2, 3, 7 et 8; 2^e partie, §§ 20 à 22, 25, 26, 38 à 40.

4. Dans les *vieux Etablissements, Coutumes et Arrêts de Normandie*, un certain nombre de paragraphes fort intéressants, mais qui offrent trop peu de suite pour que nous les indiquions ici.

Quant aux monuments postérieurs, qui se réfèrent à l'époque où la féodalité est déjà attaquée, et qui néanmoins en portent encore la trace :

Le *Conseil de Pierre de Fontaines*, où se trouve mêlé un emploi fréquent du droit romain, contient peu de chose sur le droit pénal.

Les *Etablissements de saint Lovys*, où les textes du droit canonique, et notamment les décrétales, sont cités très-souvent, offrent, au contraire, dans le livre I et dans le livre II, plus de soixante chapitres sur des matières liées à ce droit.

Enfin, dans les *Coutumes et Usages de Biauvoisins*, par Philippe de Beaumanoir, il faut lire les chapitres 1, 10, 11, 30, paroles des messès; 31 à 33, 34, parole des preueves; 40, paroles des enquesteurs; 52, 58, parole de haute justice et de basse; 59 et 60, guerres et trêves; 61 à 67, batailles et jugements; et 69, cas d'aventure.

(1) « Se li homicides puet aquerre la pès as amis à cels que il a ocis, ce ne vult rienz se il n'a la pès le duc. » (*Etablissements de Normandie*, édition Marnier, p. 27, des *Fuitis*.) Philippe de Beaumanoir intitule son chapitre xxx, où il traite des délits : « De pluriex messès et quele venjance doit estre prise de chascun messet »; et il déclare écrire ce chapitre pour que le commun peuple sache comment il doit être puni s'il méfait, « et que li seigneur sacent quele venjance ils doivent penre de chascun messet ».

(2) *Etablissements de Normandie*, page citée à la note précédente.

reste encore les derniers souvenirs. Les guerres privées sont encore en usage, et elles servent d'excuse aux actes de violence entre gentilshommes : mais elles sont interdites entre gens de poote et bourgeois.

Une multitude de crimes et de délits sont prévus dans les textes de l'époque féodale : murders et homicides, rapt ou forçement de femmes, arson de maison, bature de bourgeois, qui sont les cas les plus fréquents pour les chevaliers, mescréance, sorcerie (sorcellerie), fausse monnaie, larrecins ou roberies, injures ou vilonies, et tant d'autres encore (1). De même pour les peines : pendaison et autres manières de supplice capital, amputation de mains ou de quelque partie du corps, fustigation, cheveux rasés, maison renversée ou brûlée, forbanissement, voyages en Terre sainte, ou à Rome, ou à Saint-Jacques en Galisse ou à d'autres destinations pieuses, pénitences canoniques, eau de détresse et pain de douleur, amendes et afflictions de diverse nature. Mais la féodalité, en ce qui touche le contrat de fief, a une sorte de crime et une sorte de peine qui lui sont propres, c'est-à-dire qui dérivent du principe même de ce contrat, savoir : le crime de félonie ou trahison, et la peine de commise ou déchéance au profit du sire du fief. A ce crime de trahison se ramènent contre le vassal la plupart des autres, et la commise marche toujours à la suite. Quoique cette commise (au profit du sire du fief) diffère de la confiscation proprement dite (au profit du sire justicier), cependant elle a réagi sur elle; c'est à l'influence du régime féodal qu'il faut attribuer la large extension de cette dernière peine en Europe : c'est là que les coutumes postérieures ont puisé cette maxime presque générale : « Qui confisque le corps, il confisque les biens » (2); et c'est de là qu'en Angleterre, où le roi était reconnu sans conteste seigneur fiefieux et justicier de tous, et où les traces et le langage de la féodalité se maintiennent si longtemps, est venue l'expression de *félonies* usitée encore aujourd'hui pour désigner tout délit emportant, en principe, peine capitale et confiscation.

102. L'influence de la féodalité en ce qui concerne les juridictions pénales a été plus marquée encore. C'est dans la transformation de ces juridictions, sans aucun doute, que se trouve, en fait de droit pénal, l'effet capital de la féodalité, son effet le plus empreint d'originalité. La juridiction devenue féodale, annexe du fief, quant aux relations du seigneur à ses vassaux, et patrimo-

(1) Philippe de Beaumanoir, chap. LIX, *Paroles de guerres*, § 5 : Les gens de poote et bourgeois, « il doivent estre justicié selonc le meffet, ne ne se poent aidier de droit de guerre ».

(2) Ce n'était que par exception et privilège que plusieurs coutumes, telles que celles du Boulleinois, du Maine, d'Anjou, de Touraine, de Saint-Sever, de Bayonne, de la Marche, portaient que confiscation n'avait pas lieu dans le pays; fors en crime de lèse-majesté au premier chef, ou autre restriction semblable.

niale, droit héréditaire du seigneur justicier, quant aux autres cas, divisée, suivant l'étendue de ses pouvoirs, d'abord en haute et basse justice, avec addition postérieure d'un troisième terme, la moyenne justice (1) : telle est l'œuvre particulière du régime féodal. Quant aux assises, à la semonce et au concours des hommes du fief, concours d'où dérive le principe, développé par l'inégalité des classes, que « chascuns doit estre jugiez par ses pers », nous n'y voyons que l'organisation barbare, féodalement transformée (2). Parmi les monuments féodaux signalés par nous, ceux qui se rapportent aux deux royaumes d'Angleterre et de Jérusalem ne présentent pas le morcellement seigneurial de la justice, et cela par les raisons que nous avons indiquées. Ce n'est pas la paix du seigneur, c'est la paix du Roi qui est troublée par le crime, et les officiers qui président à la justice sont des délégués de l'autorité royale. Mais on y voit bien clairement les assises, la convocation des hommes sages, jurés, ou hommes du pays, pour former la décision, et le principe du jugement par ses pairs, qui est, dès cette époque, formellement et solidement assis en Angleterre (3). Au contraire, sur notre continent, le morcellement de la justice, devenue seigneuriale et héréditaire, est opéré, et si les assises avec le jugement par les hommes de fief existent d'après le pur droit féodal, déjà l'on voit poindre, au treizième siècle, sur tel point ou sur tel autre, des usages qui

(1) Dans Philippe de Beaumanoir, il n'est encore question que de la haute et de la basse justice (chap. x, § 2, et chap. LVIII, *Parole de haute justice et de basse*). Le plus ancien monument où il soit fait mention de la moyenne est une charte de Philippe de Valois, de février 1331 (rapportée par Brussel, *De l'usage des fiefs*, p. 299 et suiv.).

(2) « Les assises, portent les Etablissements de Normandie, sont tenues par les chevaliers et par les léaux (loyaux) homes; chascuns doit estre jugiez par ses pers; li baron et li chevalier qui sevent (savent) les établissemenz de la loi et qui criement (craignent) Dieu pueent bien jugier li uns l'autre, mès il ne loist pas à vilain ne à aucun del pueple à jugier chevalier ou clerc. » (Édition Marnier, p. 22.)

(3) Ainsi, la grande Charte d'Angleterre du 19 juin 1215, consentie par Jean Sans-Terre, ratifiée, à maintes reprises par ses successeurs, trois fois par Henri III, onze fois par Édouard I^{er}, et ainsi des autres, qui devait être lue deux fois l'an dans les cathédrales, avec excommunication et malédictions contre les infracteurs (statut 25 d'Édouard I^{er}), et qui forme la base vénérée de la constitution britannique, contient les dispositions suivantes :

Art. 22. « ...Nous enverrons une fois tous les ans dans chaque comté des juges qui, avec les chevaliers des mêmes comtés, tiendront leurs assises dans la province même... »

Art. 48. « Nul homme libre ne sera arrêté, emprisonné, dépossédé, privé de ses franchises, mis hors la loi, exilé ou lésé d'une manière quelconque; nous ne courrons sus et n'enverrons personne contre : si ce n'est par le jugement légal de ses pairs et par la loi du pays. »

L'article 26 détermine le nombre de douze pour les jurés. (Voir mon *Histoire du droit constitutionnel en Europe*, constitutions du moyen âge, p. 375, où se trouve la traduction ou l'analyse des principales dispositions de cette grande Charte.)

éloignent les hommes de fief, et qui plus tard ne laisseront plus le jugement qu'aux officiers du seigneur ou du roi (1). L'institution des juridictions *de sainte Église*, par opposition aux *Cours laïcs* (Cours laïques), et la distinction des cas de compétence entre les unes et les autres apparaissent fréquemment dans les monuments du droit féodal.

103. Enfin, quant à la procédure pénale, on voit dans ces monuments l'extension de l'emploi des preuves par témoins, la disparition des *conjuratores*, remplacés, surtout dans les Assises de Jérusalem, par les garants, qui ont quelque analogie avec les *conjuratores*, mais qui ne sont pas identiques; l'usage encore maintenu, quoique plus rare, de certaines épreuves, telles que celles par l'eau bouillante et par le fer rougi, que les établissements de Normandie nomment le *jugement d'eau* (d'eau), ou le *jugement de fer*; et la grande prédilection pour le combat, *tornes* ou gages de bataille, à tel point que l'auteur du *Grand Coutumier* nous montre : « les chanoines de saint Marry qui ont en leur Auditoire deux champions combattants, pour signifier qu'ils ont haulte justice en leur cloistre (2). »

§ 5. Droit coutumier.

104. Le droit coutumier, par sa propre nature, précisément parce qu'il se forme de jour en jour, sous l'empire des précédents, a dû suivre les phases diverses de la société, et passer successivement de l'époque barbare à l'époque féodale, et de celle-ci à l'époque royale, en prenant le caractère de chacune de ces époques. C'est, en effet, ce qui a eu lieu.

105. La source primitive du droit coutumier est évidemment, à nos yeux, le droit barbare : ses institutions originales viennent de là. Mais le clergé a occupé dès le principe, dans la société nouvelle, une trop grande place pour que les lois et les traditions de l'Église ne soient pas entrées pour une bonne part dans les coutumes : la trace de ces lois et de ces traditions y est évidente à chaque pas. Enfin, comme le droit romain était le droit temporel du clergé, qui en tirait plusieurs de ses privilèges et de ses pouvoirs, comme c'était aussi le droit d'une grande partie de la population, celle des vaincus, il s'est mêlé, dès l'origine, comme un élément dans la fusion graduelle d'où est sorti le droit

(1) Philippe de Beaumanoir, qui écrit en 1283, à l'époque où la féodalité commence déjà à être attaquée, indique les deux modes de procéder : « Il y a aucuns liex là où on fet les jugemens par le bailli et autre lix là où li homme qui sont home de fief font les jugemens. » (Chap. I, § 13.) Mais il ajoute immédiatement que le dernier mode est seul usité dans le comté de Clermont : « Tout aions-nous parlé des liex où li bailly font les jugemens, il n'en a nul en le comté de Clermont qui les face, ançois doivent estre fet tout li jugemens par les homes de le Cort de fief. » (*Ibid.*, § 14.)

(2) Livre IV, ch. v, *De haulte justice*, in fine.

coutumier. Il est facile encore de l'y reconnaître. De telle sorte que le fond du droit coutumier, c'est le droit barbare, modifié par l'influence du droit canonique et du droit romain, puis continuellement approprié aux situations et aux habitudes successives de la société dans les diverses localités.

106. Lorsque dans ces habitudes est survenue l'institution des fiefs, développée, régularisée, et passée à l'état d'un système général, les coutumes s'en sont partout empreintes, et toutes les conséquences de la féodalité, puisqu'elles étaient dans la vie sociale, se sont trouvées dans le droit coutumier de ces temps.

Lorsque le pouvoir féodal a reçu une première atteinte dans l'établissement des communes ou villes libres, villes de loi, par suite d'un mouvement parti, dès le dixième siècle, de l'Italie, puis de l'Espagne, et communiqué, par la Méditerranée et par la Baltique, au littoral et de là à l'intérieur du continent européen, le droit coutumier s'est encore ressenti de ce mouvement. Les communes, considérées à cette époque, ne sont autre chose que des corporations franches en tout ou en partie de l'autorité seigneuriale. Elles prennent leur place dans la société féodale comme des exemptions privilégiées. Leurs chartes, leurs règlements et leurs usages intérieurs apportent un élément important dans les institutions coutumières.

Enfin, lorsque le pouvoir royal est parvenu par des progrès successifs à dominer la féodalité, à faire descendre de plus en plus la sphère de ses attributs et à fonder l'ère monarchique, le droit coutumier a suivi encore cette progression.

107. De telle sorte que prendre le droit coutumier à telle époque plutôt qu'à telle autre, c'est n'en prendre qu'une partie, et que juger du tout par cette partie, c'est s'exposer à de graves méprises. Quelles différences n'y a-t-il pas, en effet, entre les coutumes, suivant qu'on en cherche l'expression dans les vieux monuments du onzième, du douzième et du treizième siècle, ou dans les rédactions qui en furent faites postérieurement à l'ordonnance de Charles VII, c'est-à-dire au quinzième, au seizième siècle, et jusque dans les premières années du dix-septième?

Il faut donc, pour apprécier le droit coutumier et pour se faire une idée exacte de la marche qu'il a suivie, recourir aux documents successifs qui en contiennent l'expression, d'époque en époque, réunir ce que nos jurisconsultes ont appelé les nouvelles, les anciennes et les très-anciennes coutumes.

Ces documents du droit coutumier nous paraissent pouvoir être rangés en trois séries :

108. La première, appartenant à l'ère féodale, savoir : le texte des coutumes ou des chartes de commune, les recueils ou sommaires d'arrêts et les traités judiciaires, dont la date est du dixième, du onzième, du douzième ou du treizième siècle, c'est-à-dire de l'époque où le régime féodal régnait en toute sa

vigueur (1). Utiles, comme nous l'avons déjà indiqué, pour étudier le droit féodal, puisqu'ils en retracent les usages, plusieurs de ces documents sont de véritables textes du droit coutumier, et d'autres, tels que les Assises de Jérusalem, le Conseil de Pierre de Fontaines et le livre de Beaumanoir, nous en présentent le tableau.

109. La seconde série est celle du quatorzième et de la presque totalité du quinzième siècle, depuis les réformes de saint Louis jusqu'à la rédaction officielle des coutumes, en vertu de l'ordonnance de Charles VII, à Montils-lez-Tours, en 1453 (art. 125). C'est une époque intermédiaire durant laquelle la féodalité décroît et l'autorité royale prend son assiette. Là se rangent : les *Anciennes Constitutions du Châtelet de Paris*, qui me paraissent avoir un cachet d'ancienneté plus grande qu'on ne le suppose ordinairement; les *Décisions de messire Jean des Mares*, conseiller et avocat du roy au Parlement, sous les roys Charles V et Charles VI; les *Coustumes notoires jugées au Châtelet de Paris*, qui se réfèrent à la même période; le *Grand Coustumier de France*, d'auteur inconnu, qui était du temps du roi Charles VI; enfin la *Somme rural de Jehan Bouteiller*, conseiller du roi au Parlement de Paris, mort dans les premières années du quinzième siècle (2).

(1) Voir l'indication que nous en avons donnée ci-dessus, n° 100, avec la note.

(2) Les *Anciennes Constitutions du Châtelet de Paris* ont été mises par Laurière à la suite de son commentaire sur la coutume de Paris. Les articles relatifs au droit pénal sont les suivants : Art. 30 et 40, ci paroles de crime; 58, ci paroles de gages; 59, ci paroles d'enquête; et 67, ci dit du plet du croisié. L'article 59, qui parle d'enquête, et sur lequel nous reviendrons en traitant de l'introduction de la procédure inquisitoriale dans notre justice criminelle laïque, est à remarquer. M. Charles Mortet en a publié, en 1883, une nouvelle édition, *Le livre des Constitutions deménées el Châtelet de Paris* (H. Champion).

Les *Décisions de messire Jean des Mares* (mort en 1382), éditées par Brodeau, à la suite de son commentaire sur la Coutume de Paris, offrent, sur leur nombre total de quatre cent vingt-deux, soixante et une décisions ou maximes se référant au droit pénal, et intéressantes pour l'histoire de ce droit.

Les *Coustumes notoires jugées au Châtelet de Paris* (de 1300 à 1387, suivant les dates mêmes que portent la plupart de ces décisions) ont été éditées aussi par Brodeau, à la suite du même commentaire. Rien de spécial au droit pénal.

Le *Grand Coustumier de France*, contenant tout le droict françois et pratique judiciaire, etc., a été édité par L. Charondas le Caron, en 1598. « Qui soit l'Auteur de ce livre, je ne l'ay peu encores sçavoir, dit Charondas; toutesfois j'ay apprins de luy-même qu'il estoit du temps du roy Charles VI. » On voit en effet, par le chap. 6 du livre 1^{er}, où l'auteur rapporte une ordonnance de 1402 « par le roy notre sire Charles VI », que son ouvrage doit se placer sous le règne de ce prince, après l'année 1402, par conséquent entre les années 1402 et 1422, époque de la mort de Charles VI. — Ont trait directement ou indirectement au droit pénal : dans le livre premier, les chap. 1, 2, 3, 9 et 11; dans le livre deuxième, les chap. 44 et 46; et dans le livre quatrième et dernier

110. La troisième et dernière série comprend les nombreux textes de coutumes écrites suivant l'Ordonnance de Charles VII et dans les règnes subséquents. Ici les coutumes se produisent sous l'autorité du pouvoir royal; elles sont rédigées par ordre du roi, vérifiées par le Grand Conseil, promulguées par le roi, enregistrées par les Parlements (1); plus la date en est récente, plus l'influence de la couronne y devient marquée. Il y en a de générales pour toute une province; d'autres, locales, pour une ville ou pour une certaine circonscription. Le plus grand nombre des rédactions définitives occupe tout le cours du seizième siècle; on en trouve encore quelques-unes dans le commencement du siècle suivant, de 1619 à 1628 : après quoi cette source s'arrête. Le temps est venu où l'autorité royale, consolidée et agrandie, domine tout le territoire et tous les pouvoirs, où les idées d'unité apparaissent en germe dans les esprits supérieurs : la tendance n'est plus de procéder, en fait de législation, par textes coutumiers et locaux; on procède par ordonnances royales et générales pour tout le royaume. Le droit coutumier, fixé dans ses textes, commenté par la doctrine des auteurs, subordonné aux dispositions générales des ordonnances, reste ainsi en vigueur jusqu'aux grandes réformes législatives accomplies par notre révolution.

111. On ne se préoccupe généralement du droit coutumier qu'en ce qui concerne le droit civil, et l'on s'habitue à le considérer comme une source peu importante pour le droit pénal. Ceci toutefois demande des distinctions.

En premier lieu, plus les documents du droit coutumier sont anciens, plus les dispositions relatives au droit pénal y tiennent de place. Ainsi, dans la première et dans la seconde série que nous avons signalées, c'est-à-dire dans la série qui appartient à l'ère féodale (du dixième au treizième siècle exclusivement) et dans celle qui appartient à l'époque intermédiaire (au quatorzième et

les chap. 1, 3, 5 et 6, qui est le dernier et qui traite des peines. Le *Grand Coustumier* a été réédité, en 1868, par MM. Laboulaye et Dareste.

Enfin, dans la *Somme rural* de Jehan Bouteiller, ou *Grand Coustumier* et pratique du droit civil et canon observé en France, nous signalerons sur le droit pénal : au premier livre, les chap. 3, 28 et 29, 34 et 35, 38 et 39; au deuxième livre, les chap. 1 et 2, 7, 9, 11 et 12, 19, 28, 33, 38 et 40; plus les « articles adjoutez qui estoient au manuscrit de la *Somme rural* », relatifs à la demande, aux formes, aux champions et à la tenue en champ de bataille.

(1) « ... Ordonnons et décernons, déclairons et statuons que les coutumes, usages et stiles de tous les pays de nostre royaume soyent rédigez et mis en escrit, accordez par les coutumiers, praticiens et gens de chacun desdiz pays de nostre royaume, lesquels coutumes, usages et stiles ainsi accordez seront mis et escrits en livres, lesquels seront apportez par devers nous, pour les faire veoir et visiter par les gens de nostre grand Conseil, ou de nostre Parlement, et par nous les décréter et confermer;... et lesquelles coutumes, stiles et usages ainsi escrits, accordez et confermez, comme dict est, voulons estre gardez et observez en jugement et dehors. » (Ordonnance de Montils-lez-Tours, d'avril 1453, art. 125.)