

REVUE
DE LÉGISLATION
ET DE JURISPRUDENCE,

Publiée sous la Direction

De **M. L. WOLOWSKI**, avocat à la Cour royale de Paris, professeur
de législation industrielle au Conservatoire des Arts et Métiers ;

Et de **M. TROPLONG**, Pair de France, conseiller à la Cour de cassation, membre
de l'Institut, POUR LA LÉGISLATION CIVILE ;

De **M. CHARLES GIRAUD**, membre du Conseil
royal d'instruction publique et de l'Institut, {

De **M. ÉDOUARD LABOULAYE**, membre de l'Institut, {

POUR

LES LÉGISLATIONS ANCIENNES.

De **M. FAUSTIN HÉLIE**, chef du bureau des af-
faires criminelles au ministère de la justice, {

De **M. ORTOLAN**, professeur de législation pé-
nale comparée à la Faculté de droit de Paris, {

POUR LA LÉGISLATION PÉNALE.

14^{me} Année de la publication.

NOUVELLE COLLECTION.

ANNÉE 1848. — TOME PREMIER.

Janvier-Avril 1848.

Paris,

BUREAU DE RÉDACTION, RUE BERGÈRE, 21 ;

VIDECOQ FILS AÎNÉ, ÉDITEUR, PLACE DU PANTHÉON, 1 ;

DEGRAND, ÉDITEUR, RUE DES GRÈS, 3.

1848

DROIT CRIMINEL.

SOURCES

DE

NOTRE ANCIEN DROIT PÉNAL.

Cet article a pour but de signaler brièvement les principales sources de notre ancien droit pénal. Mais comme les indications biographiques, si elles se présentent sèches et dénudées, glissent sur notre esprit et n'y produisent que l'effet d'un catalogue, c'est surtout à définir l'influence historique de chacune de ces sources que je compte m'attacher. Pour ouvrir convenablement un tel travail, quelques considérations préliminaires sur la marche qu'ont suivie en Europe la pénalité, les juridictions pénales et la procédure pénale, me paraissent indispensables.

Considérations préliminaires.

Celui qui étudie attentivement, sur un ensemble suffisant de temps, de lieux et de peuples, la succession des faits sociaux, en tire la conviction positive que l'histoire de l'humanité suit, en son développement, certaines lois, ou, en d'autres termes, certaines nécessités générales, conséquences de la constitution même de l'homme. Ces lois, dont ce n'est pas ici le lieu de développer tous les caractères, me paraissent au nombre de quatre.

La première est la loi de génération : loi universelle qui préside à la succession des événements comme à celle des choses. L'historien apprend, en acquérant la conscience de cette loi, à ne pas s'arrêter aux causes apparentes et futiles, mais à rechercher les véritables éléments générateurs des faits, à remonter la filiation, à embrasser la chaîne qui lie ces faits les uns aux autres.

La seconde loi est celle de la propagande humaine, qui se manifeste par une contagion, par une communication incessante des idées, des passions, des coutumes bonnes ou mauvaises, d'homme à homme, de cité à cité, de peuple à peuple. Cette loi prend sa base dans le caractère essentiellement communicatif et imitateur de l'homme ; elle est un des agents les plus actifs par lesquels s'accomplit la génération des événements ; plus énergique, plus rapide en Europe que partout ailleurs, à cause surtout de l'origine commune et des rapports multipliés des nations modernes, elle peut y prendre le nom de propagande européenne ; les effets en sont faciles à suivre et à constater ; l'historien puise dans l'observation qu'il en fait un large et fécond enseignement.

La troisième loi est celle de la similitude, qui n'est qu'une conséquence de la loi précédente, car la propagande amène la similitude. Cette loi, dont les résultats deviennent tous les jours plus évidents, pousse les nations, graduellement et en toute chose, vers l'uniformité. Au fond, l'homme est un même être, et l'humanité un grand tout. L'esprit limitateur et superficiel, en étudiant l'histoire ou les institutions des peuples, n'y voit que diversité ; l'esprit généralisateur et profondément scrutateur soulève l'écorce et montre la similitude.

Enfin, la dernière loi est celle du progrès : loi finale qui a sa base dans le caractère essentiellement perfectible

de l'homme, et qui, par le travail continu de cette perfectibilité, nous fait avancer, sur tous les objets soumis à ce travail, du mal au bien, du bien au mieux, de la faiblesse à la puissance, des ténèbres à la lumière, de l'erreur à la vérité.

Sans doute, ces diverses lois admettent, pour un temps, des obstacles, des déviations, des reculs, produits de mille causes diverses au nombre desquelles se range le libre arbitre de l'homme; mais, à la longue, elles finissent toujours par s'accomplir. Ne vous attachez pas à un point isolé du temps, faites la somme des siècles, qu'il s'agisse de sciences, d'arts, de coutumes ou d'institutions; partout vous reconnaîtrez la trace de la loi de génération, de la propagande, de la similitude, et, en définitive, pour résultat total vous aurez toujours le progrès.

L'histoire du droit pénal chez les nations modernes de l'Europe présente l'application de ces vérités.

La pénalité y débute par le principe de la vengeance privée, par la guerre de famille (*faida*), d'où dérive la composition, le rachat suivant un certain tarif (*weregeldum* et *fredum*) : on peut dire qu'à cette époque le droit social est presque inaperçu, la peine publique n'existe pour ainsi dire pas.

Dès qu'elle apparaît elle est cruelle, inégale, arbitraire : le principe est celui de la vengeance publique mise à la place de la vengeance privée. Cette idée de vengeance publique dure jusqu'à la fin du dix-huitième siècle, et elle laisse, même dans la langue du droit pénal, des traces qu'on y retrouve encore aujourd'hui¹.

¹ La voici exprimée avec une singulière association de pensées, où se peint bien la filière historique de nos institutions sur ce point, dans un ou-

Enfin les peines s'humanisent, s'équilibrent, se déterminent : plus de vengeance; le principe scientifique devient celui de la justice unie à la nécessité sociale, de la répression avec miséricorde et correction, et l'on travaille à le faire passer dans la législation. Telle est la marche des idées sur la pénalité depuis la fondation des nations modernes, c'est-à-dire durant le cours de quatorze siècles environ.

La juridiction, qui n'est qu'une partie du pouvoir social, a suivi en Europe les vicissitudes de ce pouvoir :

Sous l'ère barbare et d'après les mœurs des peuples du Nord, elle commence par un principe populaire mais grossièrement organisé : le concours du prince ou de ses officiers (*princeps, dux, comes, grafio, geref, vicecomes, centenarius, decanus*, etc.) avec les hommes libres *boni homines, rachimburgii, pagenses, witan*, etc.), dans des réunions temporaires et périodiques (*mallum, placitum*), quelquefois en assemblée générale (*conventus*). L'officier royal, dans chaque division à laquelle il est préposé, convoque le mal et les hommes qu'il y appelle, préside l'assemblée, recueille, sans y prendre part, la sentence que rendent les *boni homines* (généralement au nombre de sept au moins) et la fait exécuter.

Sous l'ère féodale, la juridiction devient patrimoniale,

vraye assez estimé qui servait, au dix-huitième siècle, comme de manuel pour l'étude du droit français : « Quelqu'un particulier se trouve offensé en son honneur ou en ses biens, par le crime d'un autre, il ne lui est pas permis de poursuivre la punition du crime : la vengeance est défendue aux hommes, et il n'y a que le roi qui la puisse exercer par ses officiers, en vertu du pouvoir qu'il tient de Dieu. » (*Institution au droit français* de M. Argou, liv. III, chap. XXXVIII. Paris, 1753.) La même idée se rencontre, du reste, chez tous les criminalistes de l'époque; et de nos jours, les mots de *venger la société, vengeance publique, vindicte publique*, sont encore dans toutes les bouches.

propriété du seigneur justicier, ou du seigneur fieffeux. Du reste, elle n'est, sous le rapport de son organisation, qu'une transformation de celle qui précède : elle présente dans des réunions temporaires et périodiques (*assises, plaids, cort*), le concours du seigneur ou de son officier (*lieutenant, bailli, prévost, sénéchal, etc.*) avec les hommes féodaux (*homes de fief, homes jageurs, homes léaux*), qui doivent service à l'host et aux plaids. Le seigneur ou son lieutenant, aux époques en usage ou en cas de besoin extraordinaire, convoque l'assise et *semonce* les hommes de fief qu'il y appelle, préside l'assemblée, recueille, sans y prendre part, la sentence que rendent ces hommes jageurs (au nombre de deux au moins ou de trois, ou de plus, suivant les coutumes)¹, et la fait exécuter. Assises tantôt sur le propre droit de fief, tantôt sur des droits de justice séparés du fief, qui peuvent être divisés, subdivisés, vendus, légués à part, ou donnés eux-mêmes en inféodation, ces juridictions offrent à la fois morcellement et indépendance d'une part, enchevêtrement et sujétion d'une autre. Le roi a les siennes, distinctes entre elles, comme

¹ Dans la *Cour des bourgeois*, aux assises de Jérusalem, il y avait le visconte, représentant la personne du roi, « qui est chief seignor dou païs », et douze jurés, « ou plus ce (si) il plaît au roy. » Ces jurés doivent être bourgeois et chrétiens « bourgeois et frans, de la loy de Roume. » (Voir le *Livre des assises de la Cour des bourgeois*, chap. IV et VII, et l'*Abrégé du livre des assises de la Cour des bourgeois*, première partie, chap. II, III, VII et VIII). Du reste, malgré ce nom de jurés et ce nombre de douze, il ne faut pas les assimiler entièrement à nos jurés d'aujourd'hui. C'étaient des personnes désignées pour un temps, comme hommes sages et prudents « predoumes » (prud'hommes), pour venir siéger aux assises; quoiqu'ils fussent douze, ou plus s'il plaît au roi, ils ne venaient pas toujours siéger tous à la fois, et ils pouvaient juger au nombre de deux ou de trois, suivant la règle commune. On peut induire d'une scène racontée dans l'*Abrégé du livre des assises de la Cour des bourgeois*, deuxième partie, chap. XXI, que c'était le roi qui les désignait et les destituait à volonté.

chef suzerain ou chef féodal de ses feudataires et comme justicier de ses domaines particuliers; les seigneurs ont les leurs, soit dans les qualités réunies de seigneurs féodaux et de seigneurs justiciers, soit dans l'une ou dans l'autre séparément, susceptibles des mêmes nuances et qualifiées de haute, de moyenne ou de basse justice, suivant l'étendue de leurs privilèges¹; les communes, à mesure qu'elles s'affranchissent, ont la leur, à laquelle concourent le représentant de la commune (*major, maire, consul* ou autres officiers) et les hommes juges de la commune (*bourgeois, jurés*); certaines corporations acquièrent la leur, par charte, privilège ou autres concessions exceptionnelles; enfin l'Eglise a aussi les siennes (*Corts de chrétienté*) attribuées aux évêques et archevêques, se ressentant de l'influence du droit romain dont le souvenir est conservé par le clergé, soumises à des recours successifs aux autorités supérieures ecclésiastiques, et, commençant les premières à être déléguées comme office permanent à un juge ecclésiastique, *l'official*, d'où le nom d'*officialité* pour cette juridiction. De telle sorte qu'il faut distinguer, dans cet état de choses, les justices seigneuriales, la justice royale, les justices communales ou de corporation et les justices ecclésiastiques. C'est de cette confusion, de ce système d'inégalités à tant de degrés que sort cette règle féodale : « Chacun doit être jugé par ses pairs »; c'est-à-dire, en prenant la règle, non pas dans son application exclusive à la hiérarchie féodale, mais dans sa plus grande extension, qu'au milieu du morcellement de la société en classes inéga-

¹ Plusieurs Coutumes contiennent cette règle : « Fief et justice n'ont rien de commun ensemble, parce que tel est seigneur de la justice qui n'est seigneur de fief, et au contraire. » Voir, sur cette règle et sur tout ce qui concerne la justice aux temps féodaux, ce qu'a écrit M. Champagnière, dans son bel ouvrage *De la propriété des eaux courantes*.

les, chacun sera jugé dans sa classe et avec le concours des hommes de sa classe.

Sous l'ère monarchique, en comprenant dans ces termes toute l'époque durant laquelle l'autorité royale a commencé, s'est efforcée chaque jour davantage, est parvenue enfin à s'élever au-dessus du principe féodal, à dominer ce principe et à se faire reconnaître comme autorité publique et supérieure, indépendante de toute idée de fief et venant de Dieu, il se produit un long travail par suite duquel l'organisation précédente se transforme et se détruit. Les hommes de fief ne sont plus appelés au jugement; le roi, les seigneurs jugent par eux-mêmes, ou du moins par les officiers qu'ils délèguent; les assises temporaires et périodiques font place à des institutions fixes; la charge de juger devient un office; ces offices s'afferment pour un temps, ou se vendent, ou se concèdent gratuitement; les légistes en sont pourvus sous de certaines conditions d'aptitude. Enfin l'organisation judiciaire se résout en un système de juridictions permanentes, dont la suprématie appartient aux juridictions royales, ordinaires ou extraordinaires, composées de membres nommés par le roi, le plus souvent moyennant finance, réparties sur les diverses portions du territoire, avec une hiérarchie marquée et des recours de divers genres d'une autorité à l'autorité supérieure. Cependant, les justices ecclésiastiques, quoique plus contenues et réglées en certains points par les ordonnances, existent encore à côté de la justice et du pouvoir séculiers dont elles empruntent le bras pour l'exécution de leurs sentences. Les justices seigneuriales ou communales subsistent également, mais asservies aux règles des ordonnances, réduites à un rôle subalterne et soumises à la surveillance royale. C'est à la fin de cette époque, par allusion à cette lutte du pouvoir royal contre la féodalité, lutte

dans laquelle les jurisconsultes ont apporté tant d'appui à la couronne, et pour exprimer la victoire de la juridiction royale sur toutes les autres juridictions, que se formule cet aphorisme monarchique : « Toute justice émane du roi ¹. »

Enfin, après avoir passé par ces vicissitudes, le principe de la juridiction se dégage : la science ne voit dans ce pouvoir qu'un pouvoir social, qui est un et qui découle de la même source que tous les autres pouvoirs, c'est-à-dire de la souveraineté. La législation l'organise en le confiant comme nomination, institution, surveillance et mise à exécution, à l'autorité exécutive; avec des garanties d'aptitude, d'immovibilité, de hiérarchie, de compétence déterminée; et surtout avec le concours des hommes du pays, dans l'institution du jury, pour les matières pénales les plus graves, pour les matières politiques et pour certaines matières civiles. De telle sorte qu'au fond, le principe fondamental de la juridiction, après le long cours de quatorze siècles, revient à être ce qu'il était dans l'origine; mais le système en est savamment et régulièrement organisé; il offre le profit de l'expérience, il a retenu et associé entre eux divers éléments produits dans cet intervalle; enfin, au lieu de reposer sur une idée d'inégalité, il repose sur l'idée contraire. Sous l'ère barbare si les hommes libres, sous l'ère féodale si les hommes de fief étaient appelés au jugement, il y avait des esclaves, il y avait des serfs qui ne l'étaient pas; il y avait une multitude de classifications distinctes dans les personnes. Au-

¹ Déjà on voit poindre ce principe dans cette phrase remarquable, écrite au temps du roi Charles VI (vers 1380), par l'auteur inconnu du *Grand Coutumier de France* : « Jaçoit ce qu'à généralement parler il ne soit qu'une justice, qui meult de Dieu, dont le Roy a le gouvernement en ce Royaume, toutesfois en spécialité elle est divisée en plusieurs membres... », etc. (Liv. IV, tit. V, *De haute, moyenne et basse justice*.)

jourd'hui nous sommes tous égaux devant la loi, tous pairs les uns des autres. Et cependant, tel est l'empire des traditions, que ces deux maximes contradictoires, si significatives pour qui sait les comprendre : l'une de la féodalité, « chacun doit être jugé par ses pairs » ; l'autre de la monarchie de droit divin, « toute justice émane du roi », se combinent, changent de sens et sont reproduites encore, l'une à côté de l'autre, parmi nous.

Quant à la procédure, elle commence, sous l'ère barbare, par le principe accusatoire, avec la publicité des débats, et l'accusateur posé contradictoirement en face de l'accusé, sous la menace de la peine du talion s'il succombe. Mais quels sont les moyens de preuve ? Après le flagrant délit, c'est l'aveu ; et la torture apparaît, dans quelques lois barbares, comme moyen employé contre l'esclave, le colon ou l'étranger, même contre les hommes libres d'après la loi des Visigoths, pour obtenir cet aveu en matière capitale. A défaut de flagrant délit, d'aveu ou de conviction patente, l'accusé soupçonné doit se purger ¹. Il le fera par le serment de son innocence, qu'il prêterà, suivant le cas et suivant la nation, avec trois, quatre, cinq, six, douze mains, et quelquefois jusqu'à soixante-douze chez les Francs Ripnaires, ou quatre-vingts chez les Allemands (*jurare quarta, quinta, sexta manu*, etc.), c'est-à-dire assisté de ses *conjuratores*, parents, alliés ou amis, au nombre fixé par la loi, qui, plaçant leur main sous la sienne pendant qu'il jure, attestent la foi due à son serment et l'appui qu'ils sont prêts à lui

¹ Un grand nombre de textes dans les lois barbares et dans les documents de cette époque, font voir que l'on recourt à la purgation par serment ou par ordalies, sur les seuls soupçons, lorsqu'il n'y a pas de preuve certaine de l'accusation.

prêter ¹. A défaut de serment avec le nombre voulu de *conjuratores*, c'est le jugement de Dieu, c'est-à-dire les ordalies par le combat, par le fer rougi, par l'eau bouillante, par le sort, par la croix ou autres sortes d'épreuves, qui décidera.

La féodalité emprunte ces formes et ces moyens de procédure, en les modifiant, suivant chaque lieu, dans les nuances et dans les détails de l'application ². Toutefois elle a une prédilection marquée pour le jugement de Dieu par le combat, surtout quand il s'agit de seigneurs ou chevaliers. Elle règle les cas où il échet tournois ou gage de bataille, ceux où l'on peut combattre par champion, la manière de demander, d'obtenir et d'accepter le combat, les armes, suivant la qualité des parties, les conditions de la lutte et ses conséquences finales. En matière criminelle, la rigueur du droit est que le vaincu, s'il n'a pas péri dans la bataille, accusé ou accusateur, tant le champion que celui qui l'a donné, soit incontinent mis à mort ³. L'appel, en ces temps, consiste à

¹ La loi des Allemands décrit ainsi la forme du serment : « *Los conjuratores* posent chacun leur main sur la châsse des reliques, et celui qui doit jurer avec eux, plaçant sur toutes ces mains la sienne, prononce seul les paroles du serment, et jure par les reliques et par les mains qu'il tient, que Dieu lui soit en aide comme il n'est pas coupable. » (Tit. VI, § 7.) Dans le droit canonique, les *conjuratores* doivent prêter serment à leur tour. Au moyen âge, postérieurement à l'époque barbare, un brave Suisse qui, attaqué la nuit seul dans sa maison, a tué l'agresseur, s'en vient jurer avec trois brins de paille de sa maison, son chien, son chat et son coq, qu'il n'a fait cet homicide qu'en se défendant. (*Histoire de Suisse* de Jean de Müller, t. III, p. 258.)

² On trouve dans les *Assises de Jérusalem*, comme moyen de preuve : les garants, qui ne sont pas identiques, mais qui ont incontestablement quelque chose d'analogue aux *conjuratores* ; la question ; l'épreuve par le *juyse* ou barre de fer rougie, et celle par la bataille.

³ « Et toz homes vencus en champ de tex batailles deivent eistre pendus. » (*Assises de Jérusalem*, Jacques d'Ibelin, § 19, édition de M. Beugnot.) Voir le § 23, quant au champion et à celui qui l'a donné. Cette rigueur n'a pas été partout ni toujours observée.

fausser la Cour, c'est-à-dire à l'accuser de fausseté et de déloyauté dans le jugement qu'elle a rendu, et à combattre contre chacun de ses membres ¹. C'est de cet usage du combat judiciaire, maintenu longtemps, en matière civile et en matière pénale, même à l'époque où la féodalité commence à être minée et à se détruire, que sort ce dicton coutumier : « Le mort a le tort, et le battu paye l'amende ². »

L'Eglise, qui a commencé par tolérer ces divers moyens de décision et par y intervenir quelquefois ³, ne tarde pas à les condamner ⁴. Elle n'en retient, pour ses juridictions, que la purgation par serment, avec un nombre déterminé de *conjuratores* : d'où vient à ce mode de justification le nom spécial de purgation canonique ⁵. Mais ensuite, par son caractère

¹ « Qui fause la Court, convient que il se combat à tous ceus de la Court, ou que il ait la teste copée. » (*Ibid.*, la clef des assises de la haute court, § 140.)

² *Institutes coutumières de Loysel*, I. VI, t. 1, § 29, n° 817 de l'édition de MM. Dupin et Laboulaye. Ces termes « le battu paye l'amende » font allusion à l'issue de la bataille pour meubles ou héritages, dans laquelle le vaincu perdait sa cause avec amende.

³ On trouve dans les formules des exorcismes, recueillies et publiées par Baluze, à la suite des Capitulaires, le rituel qui devait être observé et les prières qui devaient être chantées par le prêtre, pour l'accomplissement des diverses ordalies par l'eau chaude, par l'eau froide, par le fer incandescent ou autres épreuves.

⁴ Voir dans le *Corpus juris canonici*, Décrétales, liv. V, t. XXXV, *De purgatione vulgari*, le chapitre I, qui interdit le combat, et le chapitre III, l'épreuve par le fer incandescent, « in quo Deus tentari videtur. » Ces constitutions pontificales sont du douzième et du treizième siècle; mais la réprobation de ces usages par les Pères et par les conciles remonte bien plus haut; le droit canon (décret de Gratien, deuxième partie, cause 2, question 5), nous offre à ce sujet des textes antérieurs de plusieurs siècles, que les papes étaient obligés de reproduire fréquemment, parce que la pratique continuait à l'emporter sur leur autorité.

⁵ *Ibidem*, t. XXXIV, *De purgatione canonica* : « Deinde compurgatores super sancta Dei Evangelia jurabunt, quod ipsi credunt eum verum jurasse. » Voir aussi les textes antérieurs, dans le décret de Gratien, *loci cit.*

lettré, par sa propension à s'inquiéter de l'état des consciences et à chercher à y pénétrer, elle est amenée à produire, à développer graduellement un nouveau système de procédure pénale, le système inquisitoire, déjà nettement formulé aux premières années du treizième siècle, qui n'est admis d'abord que comme un procédé inférieur, pour des cas exceptionnels¹; mais qui finit par dominer et par exclure le système accusatoire, que l'Eglise tenait du droit romain, comme la féodalité l'avait tenu des barbares.

Des juridictions ecclésiastiques le système inquisitoire passe dans les juridictions temporelles; il y remplace ce qui restait encore des anciennes coutumes, et il devient finalement, à l'exception de l'Angleterre, le droit commun de toute l'Europe, avec ses informations d'office, ses interrogatoires et procès-verbaux couchés par écrit, son impitoyable développement de la torture, son secret durant tout le cours du procès, sa théorie des preuves légales, et son jugement sur pièces.

Enfin, les excès du système inquisitorial sont réprouvés; la voix publique les signale et les flétrit; la législation les atténue ou les abandonne; puis, des éléments divers fournis par les régimes précédents, l'expérience fait sortir comme un composé, comme un système mixte de procédure pénale, dont une première partie emprunte ses caractères à l'information inquisitoriale, mais dont la seconde reprend

¹ Les textes canoniques les plus anciens en date, sur le système d'inquisition, sont d'Innocent III, ans 1212, 1213 et 1216. La procédure par inquisition ne doit avoir lieu que lorsqu'il y a une sorte de dénonciation par bruit public et avec vraisemblance: la peine contre celui qui n'a été condamné que sur une telle procédure doit être ordinairement mitigée. *Corpus juris canonici*, Décrétales, liv. V, t. I, *De accusationibus et inquisitionibus*, ch. XVI, XIX, XXI. Voir aussi les *Instituta juris canonici*, liv. IV, t. I, *De accusationibus, denunciationibus et inquisitionibus*.

toutes les garanties du système accusatoire¹, avec les seuls moyens de s'éclairer que la raison et la conscience puissent admettre : l'accusateur en face de l'accusé, le débat oral, les preuves de conviction, la liberté et la publicité des débats et de la défense. Le principe barbare, en matière de procédure, était que l'accusé doit se purger, et voici le principe civilisé : c'est l'accusation qui doit prouver ; jusqu'à l'accusé par répute innocent.

Si l'on résume ce tableau déjà si concis des vicissitudes par lesquelles ont passé la pénalité, les juridictions pénales, et la procédure pénale en Europe, on voit, dans chacune de ces institutions, se succéder trois ordres d'idées bien distinctes, qui suivent :

En fait de pénalité : 1° vengeance privée ; 2° vengeance publique ; 3° plus de vengeance, mais justice et nécessité sociale, répression et correction.

En fait de juridiction : 1° concours du chef avec les hommes libres ou les hommes de fief, grossièrement organisé, en des assises temporaires, dans une société fractionnée et inégale ; 2° délégation du pouvoir royal, comme droit supérieur et divin, en des offices permanents, avec de grands efforts et des progrès marqués vers l'homogénéité ; 3° concours du pouvoir exécutif et des citoyens, comme partie intégrante de la souveraineté, en des institutions permanentes et des assises temporaires, dans une société une et proclamant l'égalité devant la loi.

Enfin, quant à la procédure pénale : 1° système accusatoire et publicité, avec l'obligation pour l'accusé de se purger, et le serment, le combat ou les ordalies, quelquefois la

¹ Voir l'abrégé de mon cours d'*Introduction historique à l'étude du droit pénal comparé*, 1841, p. 215.

torture, comme moyens de décision ; 2° système inquisitoire, avec la torture, l'instruction écrite, le secret, les preuves légales et le jugement sur pièces ; 3° système mixte, commençant par l'information inquisitoriale, terminé par le procédé accusatoire, avec l'obligation pour l'accusateur de prouver, le débat oral, les preuves de conscience et la publicité.

Dans la succession de ces trois ordres d'idées, en chacune de ces institutions, on voit la loi de génération qui conduit, par des transitions ménagées, de l'une à l'autre de ces idées ; on voit la loi de propagande qui les communique d'un pays à l'autre, d'une époque à l'époque suivante ; la loi de similitude, qui se révèle chez les nations européennes d'une manière ostensible, si l'on 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.

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.

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.

DROIT ROMAIN.

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. 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.

DROIT CANONIQUE.

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

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

Dans les *Institutes* : livre 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 poenis*.

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 tit. 47, *De poenis*.

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.

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 et 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'Etat, nos Parlements se sont toujours montrés jaloux de conserver intacte la souveraineté 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'Eglise, qu'autant qu'ils étaient reçus et confirmés par les lois du royaume.

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

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'Eglise, bien que quelques textes

de droit canon indiquent formellement la mort contre certains crimes¹, professait un éloignement absolu pour les peines corporelles et pour les peines de sang²; mais elle livrait les coupables au bras séculier³. 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.

Quant aux juridictions pénales, l'Eglise 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 n'a pas été non plus sans influence dans la transformation de nos anciennes assises

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*, livre v, tit. 4, chap. 2, Boniface VIII, an 1298) ; ce que nous retrouvons dans les *Assises de Jérusalem* en cette formule : « Il n'entent ne il ne viaut que, por lui ne por la clamor que il fait, vous deés procedre à pene de sanc. » (*Abrégé du livre des Assises de la Cour des bourgeois*, deuxième partie, §§ 38 et 39.)

³ Par exemple : *Décrétales*, livre v, tit. 7, chap. 9 ; livre xvii, chap. 4 *Le Sexte*, livre v, tit. 2, chap. 6, etc.

temporaires en des offices de judicature fixes et permanents.

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.

DROIT BARBARE.

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.

De même que l'invasion barbare a apporté sur le monde romain une population nouvelle, rudement vigoureuse et

¹ « Jadis, quand femmes estoient accusées de crime et elles n'avoient qui les defendist, elles se expurgeoient par ignise, et les hommes par eau 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'enqueste. » (*Coutume de Normandie*, ch. LXXVI, de suyte de femmes, dans le *Coutumier général* de Richebourg.)

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, 33, 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 (titre 1 à 10);

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

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

7. Dans le *Septième*, ajouté en 1661, postérieurement à la révision définitive de 1580, le même livre V, dans le même ordre (tit. 1 à 18);

8. Dans les *Institutes*, le livre IV tout entier.

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.

L'époque que l'on peut assigner, 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 Bavares, 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.

¹ Il existe divers recueils des lois barbares. Nous nous contenterons de

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; — le 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 ap-

signaler ceux de CINCIANI, *Barbarorum leges antiquæ*; Venet., 1781-1792, 5 vol. — WALTER, *Corpus juris germanici antiqui*; Berlin, 1824, 3 vol. gr. 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.

* 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*); 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.)

portés dans la pénalité, dans les juridictions et dans la procédure pénales.

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'Eglise 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'Eglise s'y manifeste dans plusieurs points, soit en certaines épreuves que les textes nous montrent accomplies avec le concours et les prières du prêtre, soit dans les trêves imposées aux guerres privées, soit dans les asiles, soit dans quelques premiers indices de juridiction ecclésiastique.

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.

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.

A la suite des capitulaires se trouvent réunies par les édi-

teurs 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 conjurations 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 ordalies¹.

DROIT FÉODAL.

Le droit féodal a été une première et remarquable transformation du droit barbare. Le seul contrat que voici : donation d'une terre détachée d'une autre, avec rétention d'un droit de domaine supérieur et honorifique sur cette terre, et obligations mutuelles de loyauté et de protection d'une part, de foi et d'assistance de l'autre, entre le donateur et le donataire y compris les propriétaires leurs successeurs, ce seul contrat, dans lequel se résume en dernière analyse la

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.

constitution d'un fief (*feudum*, de *fides*, foi, fidélité), et qui paraît peu de chose en soi si on l'examine 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.

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.

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 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 Universi-

tés 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 d'Allemagne 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.

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 Godefroy de Bouillon avec les croisés (1099), nous fournissent ces monuments. L'une nous offre les lois de Guillaume le Conquérant, les *Leis et les Custumes*, 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 temps¹. Dans ces textes,

¹ Les lois de Guillaume le Conquérant se trouvent dans les recueils des

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 Angleterre 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 continent¹.

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

lois barbares de CENCIANI (L. IV, p. 319), de WALTER; et il faut voir 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 1852, 2 vol. in-fol.

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 du pays », 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).

zième siècle, tels que ceux de Normandie, dont il existe plusieurs textes, 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 1200), les *Établissements de saint Louis* (1270), et les *Coutumes et usages de Beauvoisis* par Philippe de Beaumanoir (1283). 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 féodales; mais cette société existe encore, et c'est encore le tableau de ces usages que nous rencontrons dans ces écrits¹.

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 ce seigneur qui est offensé par le crime: peu importe de composer, de se pacifier avec les parents ou les amis de la victime, c'est du seigneur qu'il faut avoir trêve ou paix, et lorsqu'il

¹ Le *Coutumier général de Richenbourg* contient quelques-unes de ces anciennes coutumes, telles que celles d'Orchies, de Normandie, de Toulouse, de Bragerac. M. MARNIER 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°. Enfin 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.

² M. BEUGNOT a donné, en 1842, une excellente édition des *Coutumes de Beauvoisis* (2 vol. in-8°); M. MARNIER en a fait autant, en 1848, pour le *Conseil de Pierre de Fontaines* (1 vol. in-8°); en attendant que le même service soit rendu à la science pour les *Établissements de saint Louis*, on peut lire ces *Établissements* à la suite de l'*Histoire de saint Louis*, par Joinville, édition de Du Cange.

vous l'a donnée, tous, sur ses terres, doivent la respecter¹. 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 lieu². Le principe des compositions s'en est allé; mais on sent qu'il en 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* (vilainssoumis au pouvoir du justicier) et bourgeois³. Une multitude de crimes et de délits sont prévus dans les textes de l'époque féodale : meurtres et homicides, rapt ou forçement de femmes, arson de maisons, bature de bourgeois, qui sont les cas les plus fréquents pour les chevaliers, mescréance, sorcerie (sorcellerie), fausse monnaie, larrecins ou roberies, injures ou violonies et tant d'autres encore; 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, forbaunissement, voyages en Terre-Sainte, ou à Rome, ou à Saint-Jacques en Galisse ou à d'autres destinations pieuses, péniten-

¹ « Se li homicides puet aquerre la pès as amis à cels que il a ocis, ce ne vaut rienz se il n'a la pès le duc. » (*Établissements de Normandie*, édition MARNIER, p. 27, *des Putis*). Philippe de Beaumanoir intitule son chapitre xxx, où il traite des délits : « De pluriex meffes et quele venjance doit estre prise de chascun meffet »; 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 il doivent penre de chascun meffet. »

² *Établissements de Normandie*, page citée à la note précédente.

³ Philippe de Beaumanoir, chap. lxx, *parole des guerres*, § 5 : Les gens de poote et bourgeois, « il doivent estre justicié selonc le meffet, ne ne se poent aidier de droit de guerre. »

ces 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 diffère de la confiscation proprement dite, 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 »¹ ; et c'est de là qu'en Angleterre, où le roi était reconnu sans conteste le seigneur fiefteux 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.

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 patrimoniale, droit héréditaire du seigneur justicier, quant aux autres cas ; divisée, suivant

¹ 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.

l'étendue de ses pouvoirs, d'abord en haute et basse justice, avec addition postérieure d'un troisième terme, la moyenne justice : 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 transformée¹. 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 désdélégués 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 Angleterre². Au contraire, sur notre continent, le morcellement de la justice, devenue seigneuriale et héréditaire, est opéré, et si les assises avec le

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*).

² « Les assises, portent les Établissements 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 savent (savent) les établissemenz de la loi, et qui crient (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. » (Edition MAUNIER, 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 Edouard 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'Edouard I^{er}), et qui forme la base vénérée de la constitution britannique, contient les dispositions suivantes :

jugement par les hommes de fief existent d'après le pur droit féodal, déjà on voit poindre, au treizième siècle, sur tel point ou sur tel autre, des usages qui éloignent les hommes de fief et qui, plus tard, ne laisseront plus le jugement qu'aux officiers du seigneur ou du roi¹. L'institution des juridictions de sainte Église, par opposition aux Cours laïques (Cours laïques), et la distinction des cas de compétence entre les unes et les autres, apparaissent fréquemment dans les monuments du droit féodal.

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

« 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, page 375, où se trouve la traduction ou l'analyse des principales dispositions de cette grande Charte.)

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 u on fet les jugemens par le bailli et autre liu là u li homme qui sont home de fief font les jugemens » (chap. 1, § 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 bailliv 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.)

grande prédilection de la féodalité pour le combat, tornes ou gages de bataille; à tel point que l'auteur du *Grand coutumier*¹ nous montre : « les chanoines de saint Marry qui ont en leur Auditoire deux champions combatans, pour signification qu'ils ont haulte justice en leur cloistre². »

ORTOLAN,

Professeur à la Faculté de droit de Paris.

(La suite à la prochaine livraison.)

¹ Livre IV, chap. v, *De haulte justice*, in fine.

² 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 livre II, titr. 27 et 53, et le livre V, titre 10, sur la paix à garder et sur ceux qui la violent. Plus, le livre I, titres 17 et 21 ; le livre II, titres 23, 31, 37 et 98, sur la perte de fiefs.

2. Dans les *Leis et les Custumes*, de Guillaume le Conquérant, sur cinquante paragraphes 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 I^{er}.

3. Dans les *Assises de Jérusalem : Haute Cour* : Jean d'Ibelin, tout le second livre ; — Geoffroi 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, chapitres 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 Pierres de Fontaines, où se trouve mêlé un emploi fréquent du droit romain, contient peu de chose sur le droit pénal.

Les Etablissements de saint Louis, 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 Beauvoisins*, par Philippe de Beaumanoir, il faut lire les chapitres 1, 10, 11, 30, parole des meffès, 31 à 33, 34, parole des prueves, 40, parole 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.

DROIT CRIMINEL.

—

SOURCES

DE

NOTRE ANCIEN DROIT PÉNAL.

Deuxième article ¹.

Nous avons déjà signalé quatre de ces sources : le droit romain, le droit canonique, le droit barbare et le droit féodal. Il nous reste encore à parler du droit coutumier, et des ordonnances royales de notre ancienne monarchie.

DROIT COUTUMIER.

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.

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

¹ Voir la précédente livraison de la *Revue*, p. 21.

la société nouvelle, une trop grande place, pour que les lois et les traditions de l'Eglise 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 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.

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.

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 :

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 vigueur¹. Utiles, comme nous l'avons déjà in-

¹ Voir l'indication que nous en avons donnée ci-dessus, p. 47 et 52.

diqué, 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.

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 VIII, à Montil-les-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 *Coutumes notoires jugées au Châtelet de Paris*, qui se réfèrent à la même période; les *Décisions de messire Jean des Mares*, conseiller et avocat du Roy au Parlement, sous les Roys Charles V et Charles VI; le *Grand Coutumier de France*, d'auteur inconnu, qui était du temps du Roy Charles VI; et enfin la *Somme rural de Jehan Bouteiller*, conseiller du Roi au Parlement de Paris, mort dans les premières années du quinzième siècle ¹.

¹ 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.

Les *Coutumes notoires, jugées au Châtelet de Paris*, ont été éditées par Brodeau, à la suite de son Commentaire sur la Coutume de Paris. Rien de spécial au droit pénal.

Les *Décisions de messire Jean des Mares* (mort en 1382), éditées aussi par Brodeau, à la suite du même commentaire, offrent, sur leur nombre total

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 ; plus la date en est récente, plus l'influence de la couronne y devient marquée. Il y en a de générales, pour toute une

de quatre cent vingt-deux, soixante et une décisions ou maximes se référant au droit pénal, et intéressantes pour l'histoire de ce droit.

Le Grand Costumier de France, contenant tout le droict françois et pratique judiciaire, etc., a été édité par L. Charondas le Caron, en 1538. « 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. vi du liv. 1^{er}, où l'auteur rapporte une ordonnance de 1402 « par le Roy nostre 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. — 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, les chap. 1, 3, 5 et 6, qui est le dernier et qui traite des peines.

Enfin, dans la *Somme rural de Jehan Boueiller*, ou Grand Costumier et pratique du droict 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.

« ... Ordonnons et decernons, declairons et statons que les coustumes, usages et stiles de tous les pays de nostre royaume, soyent rédigez et mis en escrit, accordez par les coustumiers, praticiens et gens de chascun desdiz pays de nostre royaume, lesquels coustumes, usages et stiles ainsi accordez seront mis et escritz 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 decreter et confermer ;... et lesquels coustumes, stiles et usages ainsi escritz, accordez et confermez, comme dict est, voulons estre gardez et observez en jugement et dehors. » (Ordonnance de Montils-les-Tours, d'avril 1453, art. 125.)

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.

On ne se préoccupe généralement du droit coutumier qu'en ce qui concerne le droit civil, et 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 inclusivement), et dans celle qui appartient à l'époque intermédiaire (au quatorzième et au quinzième siècle), la part du droit pénal est importante. Nous pouvons recueillir dans les textes et dans les traités coutumiers de ces deux séries les renseignements les plus précieux, les plus caractéristiques de chaque époque, eu égard tant à la pénalité qu'aux juridictions et à la procédure pénales.

En second lieu, les Coutumes de la troisième série, c'est-à-dire les Coutumes officiellement rédigées au seizième et au dix-septième siècle, sont encore fort utiles pour l'étude historique des juridictions pénales, car toutes ou presque toutes contiennent des chapitres spéciaux sur la justice et les juridictions, sur les haute, moyenne ou basse justices des justiciers. Et s'il est vrai qu'elles donnent généralement moins de place à la pénalité et à la procédure pénale, cependant, même sur ces deux points, plusieurs d'entre elles ne laissent pas que d'offrir un véritable intérêt, et l'on aura fréquemment à en tirer profit¹.

ORDONNANCES ROYALES.

Les ordonnances nous offrent le travail de la monarchie, la part de l'autorité royale dans la progression historique de notre droit et de nos institutions, depuis les commence-

¹ Les Coutumes de cette série, avec quelques-unes des plus anciennes, ont été recueillies presque en totalité dans le *Coutumier général*, par Bourdot de Richelbourg. Paris, 1724, 8 tomes in-fol.

La Conférence des Coutumes, tant générales que locales, etc., par Pierre Guenoys (Paris, 1596, in-fol.), offre, sous des titres méthodiques, un rapprochement utile entre les dispositions des diverses Coutumes. On y lira avec fruit, quant au droit pénal coutumier, première partie, les titres 3, 4, 5, 14, 15, 16, et surtout 26, des crimes et peines imposées à iceux.

Les maximes les plus saillantes et les dictons les plus originaux du droit coutumier ont été recueillis et classés par ordre de matières dans les *Institutes coutumières d'Antoine Loyse*. Il faut voir cet ouvrage dans l'excellente édition qu'en ont donnée récemment MM. Dupin et Éd. Laboulaye (*). C'est dans le livre VI, de crimes et gages de bataille, tit. I et tit. II de peines et amendes, que se trouvent les maximes et dictons spécialement relatifs au droit pénal.

La dernière autorité des Coutumes, déjà considérablement réduite par chaque loi générale, a été nominativement abrogée par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), portant promulgation du *Code civil des Français*.

(*) Paris, Vidécoq fils aîné.

ments de cette monarchie jusqu'à l'ère nouvelle ouverte en 1789.

Sous le titre de Capitulaires ou Constitutions, celles de la première et de la seconde race font partie des documents que nous avons assignés au droit barbare; elles rentrent dans la période et dans la destinée de ce droit (page 39).

Celles de la troisième race doivent être rapprochées aussi des divers systèmes généraux dont elles ont été contemporaines. Ainsi, depuis le dixième siècle jusqu'au treizième inclusivement, elles appartiennent à l'ère féodale: parmi elles se distinguent surtout les ordonnances et établissements de saint Louis (page 47).

Depuis le commencement du quatorzième siècle, à partir de Philippe le Bel, jusqu'à la fin du quinzième, sous Louis XII, elles appartiennent à l'ère intermédiaire, durant laquelle la démolition de la féodalité politique et l'élévation du pouvoir royal s'accomplissent.

Enfin, pendant le seizième, le dix-septième et le dix-huitième siècle, depuis François I^{er} jusqu'à Louis XIV et Louis XV, elles appartiennent à l'ère monarchique, où le royaume de France est constitué, où la couronne, dégagée de la féodalité, agit, d'abord maintenue encore par le contrôle imparfait et par les influences intermittentes des Parlements et des Etats généraux ou provinciaux, puis libre de tout contrôle et presque absolue dans sa volonté.

Il est, du reste, un point manifeste et dans la nature même des choses: c'est qu'à toute époque et dans toute leur série, sous l'ère féodale comme dans les temps postérieurs, les ordonnances ont eu pour tendance propre, tout en se liant au système contemporain, de travailler à cette

extension graduelle et à cette suprématie finale de la royauté.

Quoique le terme d'*Ordonnances* soit générique, cependant on en distingue de plusieurs sortes, de même que les Romains distinguaient plusieurs sortes de constitutions impériales. Le titre d'*Ordonnances* se réserve communément à celles qui ont le plus de généralité, qui embrassent un grand ensemble de matières diverses, ou du moins toute une matière générale, dans sa complète extension; les *Edits* ont un objet spécial et restreint; les *Déclarations* sont des accessoires aux ordonnances ou aux édits, qui les expliquent, les complètent ou les modifient; les *Lettres-patentes*, ainsi nommées par opposition aux lettres secrètes ou lettres de cachet, sont adressées à quelque autorité sous forme de lettre contenant des ordres ou des instructions destinées à l'enregistrement parlementaire et à la publicité. Ces actes n'en sont pas moins tous des ordonnances, et souvent la dénomination spéciale qu'ils portent tient plus à l'usage qui la leur a donnée qu'à des règles précises sur ces dénominations.

Parmi les ordonnances, celles qui ont été faites d'après les demandes ou doléances de nos Etats généraux, ou bien à la suite d'une assemblée de notables, se lient à des événements majeurs de notre histoire et attirent de préférence l'attention. Ce n'est pas que le droit privé tienne une grande place dans les préoccupations dominantes en de pareils événements; mais les institutions politiques et le mode d'action du gouvernement, mais l'organisation des juridictions et l'administration générale de la justice, mais le droit pénal et la procédure usitée pour le mettre en application, tous objets qui tiennent plus à la vie publique et aux malaises de la société, forment le point naturel et ordinaire

de ces préoccupations, de ces doléances, et par suite des dispositions de cette nature d'ordonnances.

A côté de celles-ci, il en faut placer d'autres qui, pour n'avoir pas été provoquées ou préparées par des assemblées d'Etats ou de notables, n'en ont pas moins eu, à cause de l'importance de leurs dispositions ou des institutions qu'elles ont fondées, une influence marquée sur le cours de notre législation; et qui ont fait événement, sinon dans l'histoire des troubles et des émotions politiques, du moins dans l'histoire du droit.

En ce qui concerne notre spécialité, le droit pénal, si nous nous en tenons à ces ordonnances plus étendues ou plus importantes, nous signalerons :

Celle du 3 mars 1356, donnée, durant la captivité du roi Jean, par son fils Charles V, lieutenant général du royaume, sur les doléances et réclamations des Etats généraux;

Celle de Montil-les-Tours, du mois d'avril 1453, sous Charles VII : la même dont le dernier article prescrit la rédaction officielle des Coutumes;

Celle de mars 1498, sous Louis XII, en assemblée de notables, sur la réformation de la justice et sur l'utilité générale du royaume : remarquable pour nous en ce qu'on y voit, entre autres dispositions, un premier essai de coordination générale des règles de la procédure criminelle;

L'édit de Crémieux, du 19 juin 1536, sous François I^{er}, réglant les attributions et la compétence de juridiction entre les baillis, sénéchaux, juges présidiaux, prévôts, châtelains et juges ordinaires;

La fameuse ordonnance de Villiers-Cotterest, du mois d'août 1539, sous François I^{er}, sur le fait de la justice et abréviation des procès : œuvre du chancelier Poyet, que Dumoulin a brièvement commentée (tom. II de ses œuvres), et

qui nous présente, entre autres dispositions, un nouveau règlement général de la procédure en matière criminelle;

Les trois ordonnances, non moins célèbres, d'Orléans, de Moulins et de Blois : les deux premières, œuvres du chancelier L'Hospital, sous Charles IX, en janvier 1560 et février 1566; et la troisième, sous Henri III, en mai 1579: rendues, la première et la dernière à la suite des États d'Orléans et de Blois, et l'autre en assemblée de notables;

L'ordonnance de janvier 1629, sous Louis XIII, préparée par les doléances des États de 1614 et par les délibérations de deux assemblées de notables. C'est cette ordonnance qui a été surnommée *Code Marillac* ou *Code Michaux*, du nom de son auteur, Michel Marillac, garde des sceaux. Conçue dans l'esprit du gouvernement de Richelieu, alors premier ministre, et dans des vues de réformes qui soulevèrent l'opposition de ceux dont les abus ou les privilèges étaient attaqués ou menacés, elle ne fut enregistrée qu'avec difficulté et sous diverses restrictions par quelques Parlements. La chute de Marillac, survenue moins de deux ans après, acheva de la discréditer; le cardinal, en perdant Marillac, qui avait osé prendre parti pour la reine mère contre lui, laissa tomber son œuvre, et l'ordonnance resta sans autorité dans la pratique postérieure des affaires.

Enfin le plus important de tous ces documents pour la législation pénale, l'ordonnance criminelle de Louis XIV, du mois d'août 1670. Discutée dans des conférences préparatoires dont nous avons le procès-verbal, et dans lesquelles le premier président de Lamoignon et l'avocat général Talon ont souvent lutté contre la rudesse du commissaire royal Pussort, commentée par les criminalistes postérieurs, ou servant de base à leurs écrits, cette ordonnance fut un véritable code de compétence et de procédure criminelles;

jusqu'aux premières réformes de notre Révolution, elle a fait la loi de cette matière.

Mais ce serait se tromper que de croire trouver dans la série des principales ordonnances que nous venons de citer, l'ensemble du travail monarchique en fait d'institutions et de législation pénales. Dans aucune de ces ordonnances, sauf la dernière, on ne rencontre un système régulièrement coordonné et complet en soi. Il faut, à partir des premiers rois de la troisième race, suivre la filière des ordonnances, et rapprocher, combiner les dispositions des unes et des autres, pour construire de ces dispositions éparses un tout satisfaisant. Ce travail de construction et de coordination a été essayé à diverses époques pour tout l'ensemble du droit. Guillaume Du Breuil, vers 1330, à la suite et comme annexe de son *Stilus curie parlamenti* (3^{me} partie); Domoulin, en 1549, en donnant une nouvelle édition du travail de Du Breuil, corrigé et augmenté par lui (au tome II de ses œuvres); le président Barnabé Brisson, dans son *Code de Henri III*, entrepris sur le commandement de ce prince, et annoté par Charondas le Caron en 1603; Thomas Cormier, dans son *Code de Henri IV*, en 1615; et Corbin, dans son *Code de Louis XIII*, en 1628, ont, à l'imitation des codes du droit romain, cherché à classer dans un ordre méthodique, suivant chaque matière diverse, les dispositions d'un certain nombre d'ordonnances royales, avec indication du prince et de l'année auxquels elles se réfèrent. Bien que ces sortes de coordinations n'offrent généralement, par leur nature même, que des fragments fondus, analysés et rarement textuels, cependant en se reportant, pour ce qui concerne le droit pénal, aux livres qui traitent des juridictions, des crimes et peines imposées à iceux, et de l'instruction des procès criminels, on trouvera, surtout dans le travail de Du-

moulin et dans celui du président Brisson, des rapprochements déjà fort intéressants, et qui seront en outre d'un grand secours pour les recherches à faire soi-même dans les collections entières et chronologiques.

L'instruction à tirer de la lecture des ordonnances se complète utilement par quelques anciens traités ou ouvrages de pratique judiciaire, dans lesquels nous pouvons apprendre ce que le texte légal est insuffisant à nous faire connaître. Ainsi, de même que pour l'époque féodale nous avons les traités de P. de Fontaines, de Beaumanoir (page 47), et pour l'époque intermédiaire (celle du quatorzième et du quinzième siècle), les Anciennes Constitutions et les Coutumes notoires du Châtelet, les Décisions de Jean Desmares, le Grand Coutumier de France, la Somme rural de Bouteiller (page 132); de même, pour la troisième époque, nous avons, au seizième siècle, la *Pratique judiciaire*, tant civile que criminelle, du premier président Lizet, puis celle de Jean Imbert, puis l'ouvrage si remarquable, sentant son bon et vieux Gaulois, de Pierre Ayrault, lieutenant criminel à Angers. De telle sorte que la marche historique de notre ancien droit pénal est marquée par une série de textes et d'écrits échelonnés de distance en distance sur la route. Quant aux ouvrages postérieurs, ils deviennent trop rapprochés de nous et trop connus, pour qu'il soit nécessaire de les nommer¹.

¹ *Pratique judiciaire pour l'instruction et décision des causes criminelles et civiles*, par Pierre LIZET, premier président au Parlement de Paris. — Pierre Lizet, nommé premier président en 1529, et démissionnaire par contrainte en 1550, est mort en 1554. Son ouvrage a été publié avec des annotations de Charondas le Caron en 1603, in-8°, et depuis encore en plusieurs autres éditions.

Pratique judiciaire tant civile que criminelle, par Jean IMBERT, publiée pour la première fois en latin en 1552, in-8°, et depuis en français.

L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains

Enfin, aux diverses sources que nous venons de signaler, ajoutons encore les *Arrêts de règlement*, que les Parlements rendaient par voie de dispositions générales, obligatoires dans l'étendue de leur ressort. Quoique ne statuant le plus souvent que sur des détails réglementaires de moindre importance, et n'ayant qu'une autorité territoriale limitée, ces arrêts, investis d'une sorte de caractère législatif, ont une place à prendre dans les textes de notre ancienne législation. On en rencontre plusieurs en matière de droit pénal.

Si nous passons maintenant au fond des choses, et que nous cherchions à caractériser, en quelques pages, l'action des ordonnances royales en ce qui concerne la pénalité, les juridictions et la procédure pénales, voici le résumé auquel nous arriverons :

La pénalité a toujours pour principe la vengeance : non plus la vengeance privée, comme à l'ère barbare ; ni la vengeance du seigneur, comme à l'ère féodale ; sous l'ère monarchique, c'est la vengeance du roi. On ne dit plus, avec Beaumanoir : « Que li Segneur sacent quele venjance il doivent peure de chascun meffet » (ci-dessus, page 48, note 1) ; on dit, comme dans le Manuel de M. d'Argou : « La vengeance est défendue aux hommes, et il n'y a que le Roi qui la puisse exercer par ses officiers, en vertu du pou-

ont usé, es accusations publiques, conféré au stîl et usage de notre France, par Pierre AYRAULT, lieutenant criminel au siège présidial d'Angers. Paris, 1604, in-4°, et autres éditions. — On voit, par la préface des quatre livres de son ouvrage, qu'Ayrault les composait de 1587 à 1591. En prenant pour sujet et pour guide l'ancienne procédure des Romains dans les accusations publiques, et en y comparant la procédure inquisitoriale telle que le chancelier Poyet venait récemment de l'organiser à nouveau dans son ordonnance de 1539, Pierre Ayrault est conduit aux sorties les plus vigoureuses contre cette sorte de procédure, et à l'exposition d'idées qui paraîtraient avancées même encore aujourd'hui ; sans jamais abandonner cependant le bon sens pratique qu'il avait à un haut degré.

voir qu'il tient de Dieu » (ci-dessus, page 23, note 1); aussi l'Angleterre appelle-t-elle ses procès criminels, les plaids de la couronne (*crown pleas*). Du reste, les incriminations et les peines se montrent fidèles au principe passionné dont elles dérivent. On sent que l'esprit de vengeance en est la base; et, par une association impie, nous voyons quelquefois, comme dans l'ordonnance de François I^{er} décrivant le supplice de la roue, nous voyons le législateur qui, dans les dispositions les plus cruelles de ces lois vindicatives, ne craint pas de faire intervenir jusqu'à l'idée de notre religion, c'est-à-dire de la religion de miséricorde et de pardon ! Quant à relever, dans chaque détail, le vague, l'injustice, quelquefois même l'absurdité d'une multitude d'incriminations de ces temps; l'atrocité, l'inégalité, l'arbitraire et tous les autres vices des peines, c'est un sujet qui a été déjà plus d'une fois traité ailleurs; nous nous épargnerons la douleur de le reprendre ici ¹.

L'autorité royale n'a pas édicté chez nous de Code pénal; mais en parcourant la série des ordonnances dans leurs dispositions répressives, on en trouve assez pour former un code dans lequel une multitude de crimes ou de prétendus crimes sont frappés d'une multitude de peines. Un conseiller au Parlement de Paris, M. de L'Averdy, a fait ce travail et l'a publié, sous l'anonyme, en 1752 ². Ce système de péna-

¹ « Les bras leur seront brisés et rompus en deux endroits, tant haut que bas, avec les reins, jambes et cuisses, et mis sur une roue haute plantée et élevée, le visage contre le ciel, où ils demeureront vivants, pour y faire pénitence tant et si longuement qu'il plaira à Notre Seigneur les y laisser. » (Ordonnance du 4 février 1534.)

² Voir là-dessus le tableau si vif, si animé, tracé par M. Dupin, dans son discours de rentrée de novembre 1847. — Voir aussi le résumé de notre cours d'introduction historique, publié en 1841, p. 107 et suiv.

³ *Code pénal*, ou recueil des principales ordonnances, édits et déclara-

lité par ordonnances particulières, sur chaque fait, en place d'un code général, a par lui-même des vices majeurs, quelque part et en quelque temps qu'il soit employé. En premier lieu : dispositions rendues sous l'impression du moment, souvent *ab irato*, par conséquent exagérées; ainsi que nous le voyons dans nos ordonnances royales contre les crimes de religion, aux époques de luttes et de controverses religieuses; contre les crimes d'État et de lèse-majesté, aux époques d'agitations et de rébellions politiques; contre la noblesse, dans ses armes et dans ses châteaux, à l'époque où la couronne veut en avoir raison; contre le duel, à l'époque où il a fait scandale, où la royauté se met aux prises avec lui et s'irrite de sa résistance. La loi pénale est faite, non pas dans le calme d'une juste appréciation de chaque acte répréhensible, mais dans un mouvement et dans des préoccupations passionnées. — En second lieu : manque de proportion dans l'importance comparative des matières. — En troisième lieu : manque de proportion et d'échelle comparative dans les châtimens. — En quatrième lieu : absence de ces dispositions essentielles, qui dominent toute la pénalité, sur les délits, sur les peines et sur les conditions de la culpabilité considérés en général. — Enfin, manque de publicité populaire. Tels sont, indépendamment de leurs vices intérieurs, les vices du système même de nos ordonnances en fait de pénalité.

A l'égard des juridictions, c'est dans les ordonnances que l'on voit s'opérer le travail de leur création, qui finit par étendre sur tout le territoire les Cours et les juges royaux, limiter et contenir les justices ecclésiastiques, réduire et do-

tions sur les crimes et délits. Paris, 1752, in-12; 2^e édition en 1755, et plusieurs autres ensuite.

miner les justices seigneuriales, et faire admettre en axiome que toute justice émane du roi.

Jusqu'à la fin du treizième siècle, les ordonnances sur la Cort le Roy, sur les prevosts et les baillis, sur leurs assises et le concours des juges-jurés, telles que celles de Philippe Auguste et de saint Louis (1190, 1254, 1256), sont conformes à l'esprit du système féodal alors régnant, et dont nous avons décrit le caractère (ci-dessus, p. 49 et suiv.).

Mais, dès les années du quatorzième siècle, à partir des célèbres ordonnances de Philippe le Bel (de 1291, et surtout de 1302) qui séparent de la Cort le Roy l'assemblée judiciaire, et qui commencent l'organisation distincte du Parlement, s'ouvre, pour la juridiction royale, une marche progressive continue, dont les ordonnances nous offrent le tableau : jusqu'à l'époque où le système est complet, où quinze Parlements ou Cours souveraines se partagent l'étendue du royaume, ayant sous eux des sièges présidiaux, sous ceux-ci des bailliages ou sénéchaussées, et sous ceux-ci des prévôtés ou châtellenies ; avec une multitude de juridictions royales extraordinaires, Grand-Conseil, Chambres, Cours, commissaires ou juges spéciaux pour une infinité de cas d'exception et de matières mises à part.

C'est aussi dans les ordonnances royales que l'on voit poindre l'origine, puis s'achever le développement de l'institution du ministère public, qui s'étend des justices royales aux justices seigneuriales et aux justices ecclésiastiques : — procureurs généraux, avocats généraux du roi, ou simplement, procureurs, avocats du roi, dans les premières ; — procureur fiscal, dans les secondes ; — et promoteur, *vindex publicus religionis, publicæ disciplinæ vindex et assertor*, dans les troisièmes : comme si ces deux mots, *religion* et *vengeance*, ne juraient pas de se trouver ensemble !

¹ Voir l'aperçu historique que nous avons donné sur l'origine du ministère public. NOUV. SÉR. T. X. 12

Enfin, quant à la procédure pénale, on peut suivre, dans le cours des ordonnances royales, la gradation par laquelle cette procédure a passé pour arriver de l'ancien système accusatoire en plein système inquisitorial. Prohibition des guerres privées et des gages de bataille ; audition des témoins faite hors de l'audience, par des juges, notaires ou officiers à ce commis (*enquêteurs, auditeurs*), et couchée par écrit, sous le nom d'enquête ; dénonciation placée à côté de l'accusation ; information secrète préalable ; poursuite d'office ; finalement huis-clos de l'audience elle-même, et absence de plaidoiries : voilà les éléments de transformation. Ils ne se sont pas produits tous à la fois, mais bien l'un amenant l'autre, à mesure qu'on avançait dans la voie de l'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 Église a osté ces choses, nous usons souvent de l'enquête » (ci-dessus, page 39, note 1).

Les textes par lesquels les papes ont commencé à réprimer, 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 était constante et avérée de tous ¹. Les ordon-

nière public, dans notre traité *Du ministère public en France*, tom. 1^{er}, introduction.

¹ En nous en tenant aux textes du *Corpus juris canonici*, nous en trouvons des papes saint Grégoire, mort en 604, et Étienne V, mort en 891 (Décret de Gratien, 2^{me} 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, livre v, tit. 35, *De purgatione vulgari*). — Voir aussi la prohibition

nances de nos rois, dans leurs efforts graduels pour restreindre et finalement pour interdire les guerres privées et les gages de bataille, ont donc été conçues dans l'esprit des constitutions ecclésiastiques, auxquelles venait se joindre l'intérêt de la royauté dans sa lutte contre le régime féodal. Quoique les gages de bataille fussent la forme de prédilection de la féodalité, les restrictions qui en furent faites par ordonnances paraissent dès l'ère féodale, surtout au règne de saint Louis; mais c'est dans le quatorzième siècle, durant lequel la féodalité est battue en brèche par la couronne, sous Philippe le Bel et sous Charles V, que ces restrictions deviennent plus fermes, plus générales, et arrivent enfin à une interdiction absolue¹. Il y a eu dans les efforts des papes, et plus tard dans ceux de nos rois contre le jugement par la bataille, cette similitude de progression : premièrement que les papes ont commencé par faire leurs prohibitions dans les possessions et dans les juridictions ecclésiastiques, et de même nos rois dans leur domaine, avant d'en venir à une interdiction générale; secondement, qu'il a fallu aux papes un long temps et des décrets réitérés pour faire observer leurs prohibitions même par le clergé, et pour en faire pé-

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 offraient ou acceptaient un duel judiciaire, même par champion, « *Secundum pravam terræ consuetudinem.* » (Décrétales, livre V, tit. 13, *De torneamentis*; et livre XIV, *De clericis pugnantibus in duello*.) De pareils combats sont de vrais homicides : « *Tales pugiles homicidæ verè existunt*, dit cette dernière constitution pontificale du douzième siècle.

¹ Ordonnances de saint Louis, de 1245, 1260, et *Établissements*. — Ord. de Philippe le Bel, de nov. 1206, janv. 1303, surtout celle de 1306, mai 1307, juil. 1314. — Ord. de Louis de Hutin, mai, 1315. — Ord. de Jean II, de mars 1356 (art. 38), 1364, 1363, juillet 1367. — Ord. de Charles V, du 18 mai 1380.

nétrer l'esprit jusque dans les puissances temporelles ; de même qu'il a fallu à nos rois un long temps et des ordonnances réitérées pour venir à bout d'un usage fortement enraciné dans les mœurs, que la noblesse réclamait souvent comme un droit ; dont les communes se faisaient, au contraire, fréquemment exempter par articles formels de leurs chartes ¹ : à un tel point que, même après l'interdiction générale de cette coutume par les ordonnances, on a vu encore chez nous des combats judiciaires concédés, comme mesure exceptionnelle, par arrêt de parlement et par autorité royale, au quinzième et au seizième siècle ².

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 texte précité de l'ancienne coutume de Normandie, est un procédé lettré, par conséquent clérical, à l'époque où clerc et lettré étaient synonymes. Saint Louis, dans ses *Etablissements*, nous montre d'une manière patente cette origine ecclésiastique ; car après avoir dit : « Nous défendons les batailles par tout nostre domaine en toutes querelles... , et en lieu des batailles, nous mettons prueves des tesmoins ou de chartres » (chap. II), il organise immédiatement (chap. III) cette preuve de témoins par enquête, et s'en réfère positivement à ce sujet au droit canonique : « Selon droict écrit en Décrétales, de *testibus*..., etc. » Par où nous voyons que c'était le droit de l'Eglise qui servait

¹ Voir les exemples et les chartes citées par M. Cauchy, dans son traité *Du duel*, tom. I^{er}, p. 85.

² Combats par arrêt du Parlement, de 1385, de 1386 ; le dernier, concédé par Henri II, en 1547, entre la Chasteigneraye et Jarnac. Celui-ci, comme le remarque fort judicieusement M. Cauchy, a plutôt le caractère d'un duel pour outrages d'honneur que d'un combat de procédure judiciaire.

de type au saint roi dans cette matière. Les textes canoniques d'où l'on induit que les dépositions des témoins étaient rédigées par écrit (*et de singulis circumstantiis prudenter inquirens... cuncta plene conscribas*), closes (*cum attestations ipsæ sint clausæ*), puis, à un moment donné de la procédure, lues publiquement aux parties et à l'auditoire (*solenniter publicatæ*), remontent à plus d'un demi-siècle avant les ordonnances de saint Louis¹; 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. La propagation devant nos juridictions laïques de cette coutume des enquêtes écrites s'était opérée dès le milieu du treizième siècle, c'est-à-dire durant l'ère féodale, avant même la disparition des gages de bataille, ainsi que nous le démontrent les monuments de cette époque : le registre des *Olim*, le *Conseil de Pierre de Fontaines* (ch. 6, § 7), les ordonnances de saint Louis (1254, 1260), et les détails précis donnés par Beaumanoir (ch. 39, § 78, et ch. 40). Ces enquêtes, quoique faites secrètement, étaient publiées solennellement au jour des assises, et débattues entre l'accusé et l'accusateur; il est vrai que souvent aussi, suivant les cas et les localités, les témoins

¹ Décrétales, liv. II, tit. 20, *De testibus et attestationibus*, ch. 25, Urbain III, an 1186; — chap. 37 et 38, Innocent III, an 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 Etablissements. — Et plusieurs autres du même pape.

Le livre des Décrétales, au moment où les Etablissements (de 1270) s'y référaient ainsi, était publié depuis trente-cinq ans.

Le même chapitre des Etablissements nous montre encore que la pensée du rédacteur se reportait sur les cours ecclésiastiques, par opposition aux cours laïques, lorsqu'il ajoutait : « car nous ne contons nulles prueves qui aient esté receües en Court laïe, en jusques à ores, fors la bataille. »

étaient entendus aux assises mêmes, par les juges de l'accusation; mais l'usage de l'enquête écrite et secrète était dès lors introduit; la pratique et les ordonnances postérieures n'ont eu qu'à le développer et à le généraliser.

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, qui conduisent de l'un à l'autre et qui constituent la procédure d'inquisition, doivent aussi leur origine aux usages des juridictions ecclésiastiques. 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 localité¹, 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 hérétiques². 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 *Albigéois*. 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-

¹ Décrétales, livre v, tit. 1, *De accusationibus, inquisitionibus et denunciationibus*, chap. 16 et suiv., ch. 25.

² 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.

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, l'adjonction à la couronne du comté de Toulouse et du pays albigeois (Traité de Meaux en 1229) ; et pour la chrétienté, la constitution par l'Eglise 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 Etats chrétiens qui souffrirent une pareille institution.

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.

Mais quant à la procédure inquisitoriale réglée d'une manière générale par les constitutions d'Innocent III, et pratiquée par les juridictions ecclésiastiques ordinaires, il en a été autrement. Les derniers monuments du treizième

siècle, qui appartiennent encore à l'ère féodale, les *Établissements de saint Louis*, le *livre de Beaumanoir*, puis les ordonnances de Philippe le Bel et de ses successeurs Philippe V, Philippe VI et Jean II, nous parlent déjà de dénonciation, d'information secrète préalable, d'enquêtes ou de poursuites d'office¹. Et dans ce nouveau droit qui s'établit, de même que dans le droit canonique, cette procédure, sans accusé ni accusateur, n'est considérée que comme une procédure extraordinaire, à laquelle on ne recourt qu'à défaut de l'autre, et qui ne doit pas entraîner des condamnations aussi graves. Des indications précieuses à ce sujet se rencontrent dans le document des *Anciennes Constitutions du Châtelet*, que nous rapportons au quatorzième siècle. Nul ne doit pouvoir se mettre en enquête, selon ce document, car il pourrait y avoir « péril moult grand », personne ne pouvant se flatter d'être aimé de tous; tout au plus ce pouvoir peut-il être octroyé au juge, pour être exercé par lui et par ses loyaux jurés. Encore, une fois cette enquête terminée, faut-il demander à l'inculpé s'il consent à être jugé suivant ce que le juge en a appris; et s'il n'y consent pas, la condamnation contre lui, à cause de cette forme exceptionnelle et irrégulière, ne pourra être qu'une condamnation inférieure: « Et soiez bien certains que il ne te puet condampner à mort, mes il vous porrait bien banir². » C'est la confirmation détaillée

¹ *Établissements de saint Louis*, livre II, ch. 16. — *Coutumes de Beaumanoir*, ch. 40, §§ 14 et 15. — Ordonnances de Philippe le Bel, de 1303; — de Philippe V, de juin 1319; — de Philippe VI, de juin 1338 (art. 21 et 22), et de déc. 1344 (art. 7); — de Jean II, janv. 1354.

² Je rapporterai ici le texte de ce document, parce qu'il a été généralement peu remarqué: « ARTICLE 59, *ci parole d'Enqueste*. Nulz ne se doit que il puisse mettre en enqueste, qar il i puet avoir peril moult grand,

de ce que nous voyons déjà dans des documents antérieurs : dans les Etablissements de saint Louis pour son domaine, et dans les Coutumes de Beaumanoir¹. Cette procédure par inquisition, encore si timidement, si exceptionnellement employée à l'époque où se réfèrent les documents que nous venons de citer, se fortifie, se généralise dans la suite des ordonnances postérieures, et finit par être la seule procédure suivie en matière criminelle : et cependant la flétrissure de son origine, c'est-à-dire le titre de procédure à l'extraordinaire, lui reste toujours.

quar nulz ne puet estre de tous amez, mes on puet otroier au Juge que il en apregne de s'office, et s'en puet mettre sus le Juge, quar il selonc Dieu et sus l'ame en enquiere, et face enquerre par ses loiaux Jurés, et iceste chose puet estre faite quand nulz n'est ensuiz (poursuivi par un accusateur); et quand li Juges en aura apris par ceux qui li aura envoiez, li Juges puet lors de mander à celi se il veut oir droit selonc ce que il a apris. Et soiez bien certains que il ne te puet condampner à mort, mez il vous porrait bien banir, et que l'on li ait fait entendre, partant vous en devez-vous partir, et pourtant nulz ne vous en sieut (quoique nul ne vous poursuive), c'est assavoir qui se face partie en contre vous. »

¹ Les Etablissements de saint Louis, chap. 16, *comment l'en doit justicier homme qui est sospeçonneux* : « et se il le treuve par enqueste, que il soit coupable de aucun fet où il ait paine de sane, il ne le doit mie condampner à mort, quand nus ne l'accuse, ne quand il n'a esté pris en nul présent fet, ne en nule reconnaissance. Més se il ne se volait mettre en l'enqueste, lors puet la Justice bien fere et doit forbannir hors de son pooir, selonc ce que li semblera cospables par le fait, et comme il le trouvera par l'enqueste qu'il en aura faite de par son office. »

Dispositions analogues dans les Coutumes du Beauvoisis, de Beaumanoir, ch. 40, *parole des enquesteurs et des auditeurs et de examiner tesmoins, et des apries, et des enquestes*. §§ 14, 15 et suiv. Beaumanoir nomme *aprise*, l'enqueste faite d'office par le juge : « c'est à dire que li Juges, de s'office, doit apenre (apprendre) et encerquier du fet ce qu'il en pot savoir. »

Dans les Décrétales, que le rédacteur des Etablissements de saint Louis avait sous les yeux et auxquelles il se réfère fréquemment, on voit de même que la peine contre les crimes prouvés seulement par la voie de l'inquisition, doit être mitigée. (Décrét., liv. V, tit. 1, chap. 21, pr., Innocent III, an 1213.)

On attribue communément à la procédure inquisitoriale l'introduction en Europe, et en France pour ce qui nous touche, de l'emploi de la torture comme moyen d'instruction. La proposition ainsi formulée serait inexacte et puisée à un esprit de système que démentent les documents. C'est sous le régime accusatoire que la torture a été inventée et employée aux temps anciens; elle a été maintenue et usitée sous le même régime chez les peuples modernes. Nous la trouvons à l'époque barbare, qui ne connaît que la procédure accusatoire : notamment dans le nord de la France, appliquée par les lois des Francs saliens et des Bourguignons, contre les esclaves, les colons et les étrangers; et dans le Midi, par la loi des Visigoths, contre toute personne, sans distinction¹. Nous la retrouvons à l'époque féodale, dont la procédure est également en forme accusatoire, dans les Assises de Jérusalem, qui ne font que rapporter les coutumes de la féodalité; et le genre de question qui s'y trouve mentionné, la question par l'eau, nous montre que la pratique de ces temps y avait mis quelque chose du sien². Le Code d'Alphonse le Sage, *Las siete partidas* (en 1250), qui organise avec grand soin le système accusatoire dans la procédure criminelle, contient tout un titre, longuement détaillé, sur la torture et sur les règles à y observer³. En Angleterre, où la procédure inquisitoriale n'a pas été établie,

¹ Loi des Francs Saliens : *Manuscrit de Paris*, ch. 67, §§ 1 et suiv. — *Lex emendata*, ch. 42, §§ 1 et suiv. — Loi des Bourguignons : tit. 7, § 1; tit. 39, § 1; tit. 77, §§ 1 et 2. — Loi des Visigoths, liv. vi, tit. 1, § 2.

² Assises de la Cour des bourgeois, ch. 265 : «... Mais bien juge la raison que celui (l'accusé) det estre mis à gehine (à torture), et det estre abeyré (abreuvé) qu'il reconnaisse la vérité... » La torture peut se renouveler durant trois jours : « Mais ce (si) il riens ne reconneisset por destresse c'on li aie faite, par trois jors..., etc. »

³ *Las siete partidas del rey don Alfonso el sabio*. Part. vii, tit. 1, *De las acusaciones*; et tit. xxx. *De los tormentos*. Voir aussi tit. 1, loi 26.

l'emploi de la torture se rencontre également. Des ordonnances de saint Louis, de Louis X, de Philippe V, toutes rendues pour la restreindre ou pour en exempter certaines personnes, nous montrent qu'elle était en usage du temps de ces rois¹, où la procédure inquisitoire était encore dans son enfance, mal assise, et suivie exceptionnellement. Il résulte de ces documents, dont il serait facile de multiplier le nombre en recourant à d'autres législations étrangères, que la torture a été pratiquée par toute l'Europe, et particulièrement en France, bien avant l'établissement de la procédure d'inquisition; et que, par conséquent, ce n'est pas à cette procédure qu'il en faut attribuer l'introduction. Mais ce qu'il y a de vrai, c'est que la torture, peu en harmonie, au fond, avec le système accusatoire, et restreinte dès lors dans d'étroites limites par la nature même de ce système, découlait comme de source des principes et du caractère du régime inquisitorial; que si ce régime ne l'avait pas trouvée existante, il l'aurait inventée; qu'il s'en est emparé comme d'une nécessité, et qu'il lui a donné dans les affaires criminelles une place et une extension qu'elle n'avait jamais eues.

Le propre de la procédure inquisitoriale, c'est le secret : puisqu'il s'agit de se mettre à la recherche, à la découverte, sur une dénonciation, sur un bruit public, sur des soupçons, sans qu'il y ait d'adversaire patent, d'accusateur ni même d'accusé, l'obscurité est nécessaire à une marche pareille, et le succès demande le mystère. Aussi, dès l'instant qu'il est question dans les ordonnances ou dans les autres documents, d'enquêtes écrites, d'information préalable, de poursuites d'office, on voit textuellement que tous ces actes se font en

¹ Ordonnances de saint Louis de 1254 (art. 24); de Louis X, mai, juillet et avril 1315 (art. 19); de Philippe V, 1319 (art. 22).

secret. L'audience ne fut atteinte que la dernière par ce principe nouveau : l'instruction faite par la voie exceptionnelle de l'inquisition était secrète, mais les plaidoiries et le jugement restaient publics¹. Ayrault dit avoir lu l'énonciation de cette publicité dans les procès criminels faits plus de six vingts ans auparavant, c'est-à-dire vers 1482, par son bisaïeul maternel, Jean Belin, lieutenant général d'Anjou; et il invoque en témoignage de la publicité dont on usait en France, les vestiges laissés « aux portes des églises, des châteaux, halles et places publiques, où les sièges des juges y restent encore². » A Naples, l'alliance de la forme inquisitoriale et secrète, avec la publicité de la plaidoirie et du jugement, mais seulement sur la procédure écrite et hors de la présence de l'inculpé, s'est même conservée jusqu'à la fin du dix-huitième siècle³. En France, le procédé inquisitorial finit par produire toutes ses conséquences : il supprima toute plaidoirie et toute publicité. Déjà ce régime apparaît dans l'ordonnance de Louis XII, de 1498; et il est rigoureusement établi par celles de 1539 et de 1670.

Il ne nous reste, pour terminer cet exposé sommaire de la marche de notre procédure pénale sous l'influence des ordonnances royales, qu'à mettre en relief les trois ordonnances que nous venons de nommer. En effet, si on laisse à part les dispositions isolées, pour ne s'en tenir qu'aux règlements généraux, on trouve que notre procédure pénale a été organisée trois fois dans son ensemble par des textes législatifs durant le cours de notre ancienne monarchie, et que cha-

¹ Ordonn. de saint Louis, de décembre 1254, et de Louis X, du 1^{er} avril 1315 (art. 9).

² Ayrault, liv. III, § 71 et 59.

³ Voir les détails que nous avons donnés là-dessus, dans la *Revue* de mars 1845, p. 326.

que fois cette organisation a été plus compacte, plus nettement dessinée et plus spéciale.

Elle l'a été une première fois par l'ordonnance de Louis XII, du mois de mars 1498, rendue en assemblée de notables : ordonnance qui a pour but la réformation de la justice en général, et dans laquelle les articles destinés à régler la procédure pénale tiennent une large place (30 articles environ sur 162).

Elle l'a été une seconde fois dans l'ordonnance de Villiers-Cotterets, nommée l'ordonnance du chancelier Poyet, rendue en août 1539, sous François I^{er}, sur le fait de la justice et abréviation des procès, aussi en général, dans laquelle la procédure criminelle entre également pour une bonne part (37 articles environ, sur 192).

Enfin elle l'a été dans une ordonnance spéciale, très-étendue, longuement discutée, méthodiquement divisée, et formant code pour la matière : celle de Louis XIV, du mois d'août 1670, qu'on appelle l'*Ordonnance criminelle*, par excellence.

Dans l'ordonnance de 1498, il est encore question d'assises temporaires (art. 81, 90); de conseillers et praticiens de l'auditoire qui doivent se joindre au juge, au nombre de six ou quatre pour le moins, quand il y a lieu à sentence de mort, de torture ou d'autre peine corporelle (art. 94 et 115); du maintien des usages observés en plusieurs lieux « où on a accoustumé de juger les criminels en assistance, par hommes jugeants » (art. 94); et enfin des parties adverses, accusateur et accusé (art. 95, 99 et suiv.). Ce sont les derniers vestiges de la juridiction par les hommes du pays, et de la procédure accusatoire.

Mais les informations et enquêtes sont faites par écrit, secrètement (art. 95 à 102); — mais la géhenne, ou torture,

est réglée comme mode commun d'instruction (art. 112 et 113); — mais la poursuite d'office, le jugement en secret et sans plaidoirie, sont législativement consacrés ¹.

Seulement cette forme de procédure est qualifiée de *procédure à l'extraordinaire* (art. 107 et 108); elle n'est organisée que pour les cas de crime (art. 110), et non pour les délits inférieurs, lesquels doivent être jugés sommairement, les parties ouïes, en plein auditoire (art. 106, 107 et 108); enfin, même à l'égard des crimes, elle ne domine pas exclusivement, et si, après avoir fait le procès à l'extraordinaire, « on n'a rien pu gagner » par ce mode exceptionnel, le juge peut ordonner que la forme ordinaire sera reprise « et la matière plaidoyée publiquement » (art. 118 et 121).

C'est encore une sorte de partage entre l'une et l'autre de ces formes.

L'ordonnance criminelle de 1539 est entrée plus vivement dans le système extraordinaire, et y a ajouté de nouvelles rigueurs. L'auteur de cette ordonnance, le chancelier Poyet, ne garda pas longtemps encore son pouvoir : trois

¹ Art. 110, secret de toute l'instruction, « le plus diligemment et secrètement que faire se pourra, en manière que aucun n'en soit averti, pour éviter les subornations et forgements qui se pourroient faire. » — Art. 112, secret de la délibération sur la torture, qui sera exécutée incontinent. — Art. 115, secret de la délibération au fond, « sur peine de punition corporelle contre les revelans ou autrement. » — Art. 116, secret de la prononciation de la sentence; non pas cependant d'une manière absolue, car cette prononciation sera faite « en plein auditoire ou en la Chambre du Conseil, suivant les coutumes des lieux, lui (l'inculpé) étant en la charte ou prisons. » Après quoi « le prisonnier est amené, et lui est prononcée sa sentence. »

² Art. 118 et 121. On voit par ce dernier article, que ce procès, remis à l'ordinaire, n'est pas seulement pour les conclusions civiles, mais bien pour les conclusions pénales, et qu'il peut y être prononcé peines corporelles criminelles.

ans après la promulgation de son ordonnance, il était arrêté (en 1542), déféré au Parlement, jugé suivant les formes par lui-même établies; et enfin condamné (en 1545) comme coupable de prévarications ¹. Cette chute du chancelier, en dégageant la critique des ménagements qu'impose toujours la puissance, a livré l'œuvre législative qui venait de lui à une sévère appréciation, et les contemporains eux-mêmes n'ont épargné ni les dispositions de l'ordonnance ni la mémoire du chancelier.

On lui attribue communément d'avoir introduit dans notre procédure criminelle le secret; mais le secret, comme nous l'avons montré, venait de plus loin, et il était déjà prescrit par l'ordonnance de 1498 ². L'œuvre du chancelier Poyet fut de généraliser définitivement et d'une manière absolue cette prescription, en abolissant « tous stils, usances ou coustumes » contraires ³; et c'est dans ce sens qu'il

¹ Condamné à 100,000 livres d'amende, à cinq ans de détention, et déclaré inhabile à tous emplois, il fut élargi après le paiement de l'amende, et mourut en 1548. Ce fut à lui qu'il fut dit pendant le procès : « *Patere legem quam ipse tuleris*. » L'histoire est fort vulgaire, ajoute déjà de son temps Charondas le Caron, en ses notes sur Imbert.

² Voir ci-dessus, p. 155 et 158. C'est donc avec raison que Charondas le Caron, dans ses notes sur le Code Henri III (liv. VII, tit. III, *Des informations*, art. 1), a écrit : « ... Les procès criminels se sont faicts secrètement, mesmes auparavant l'ordonnance de l'an 1539, et n'en faut réputer l'inventeur le chancelier Poyet, car nous avons assez d'exemples de procès faicts par la forme prescrite par ladicte ordonnance, auparavant icelle. »

³ Art. 162 de l'ordonnance : « ... Et seront ouys et interrogez comme dessus séparément, secrètement et à part, ostant et abolissant tous stils, usances ou coustumes, par lesquelles les accusez avoient accoustumés d'estre ouïs en jugement pour sçavoir s'ils doivent estre accusez, et à cette fin, avoir communication des faits et articles concernans les crimes et delicts dont ils estoient accusez, et toutes autres choses contraires à ce qui est contenu cy-dessus »

faut entendre les plaintes faites à ce sujet contre lui par Ayrault ¹.

Mais voici des points capitaux, formant des iniquités nouvelles, qu'on peut dire véritablement propres à l'ordonnance de 1539; ils attaquent des droits essentiels de la défense, dont ils restreignent l'exercice dans un moment unique et fatal:

Ainsi, l'accusé doit proposer ses reproches contre les témoins à l'instant même où ceux-ci lui sont présentés pour la confrontation, et avant la lecture de leur déposition; après quoi il n'y sera plus reçu (art. 154): disposition qui est « contre les droits anciens, et contre l'équité et l'humanité naturelles », dit Ayrault ².

Ainsi, il doit nommer les témoins par lesquels il entend prouver ses reproches ou ses faits de justification à l'instant même où ces faits sont énoncés, soit par lui, soit par le juge; après quoi il n'y sera plus reçu (art. 157 et 158). « Voyez la tyrannie de cet impie Poyet ! » s'écrie à ce propos Dumoulin ³.

Il reste étranger à l'assignation des témoins par lui invo-

¹ « Toutefois, l'ordonnance de 1539 est venue, laquelle abolissant tout autre stile et coustume, a voulu que les procès se fassent secretement et à part. » (AYRAULT, liv. III, part. III, n° 71.)

² AYRAULT, liv. III, part. III, n° 47: « C'est après la déposition leuë, que la reproche doit estre principalement alleguée; car la reproche est défense... Si l'accusé, en quelque partie de la cause que ce puisse estre, offre alleguer et justifier ses reproches: pourquoy ni sera-il point receu? » (*Ibid.*, n° 45.) Les Etablissements de saint Louis (chap. II), et les Décrétales (liv. II, tit. XX, *De testibus*, chap. XXXI), auxquelles se référerait le saint roi, réservaient positivement aux parties le droit de toute objection raisonnable contre le dire du témoin, après le *pueploient*, c'est-à-dire la publication de la déposition. (Voir ci-dessus, p. 148.)

³ « Vide tyrannicam opinionem illius impii Pojeti ! » DUMOULIN, art. 158 de l'ordonnance, t. II de ses œuvres, p. 793.

qués et à l'information à décharge qui en résulte : ces actes devant se faire d'office, sans son concours et à son insu, avec défense de l'élargir dans l'intervalle (art. 159 et 152) ¹.

Enfin l'information à décharge est séparée de l'information à charge; il n'en est question, elle ne se fait que lorsque la première est terminée, et il faut un jugement pour l'autoriser. « Ceci ne doit pas être observé, » écrit Dumoulin au sujet d'un article en relation avec ce système ².

Outre ces rigoureuses innovations, on trouve encore dans l'ordonnance de 1539, la prestation de serment imposée à l'accusé (art. 154), tandis que Beaumanoir écrivait déjà de son temps : « Et en cas de crieme, n'est nus tenus de fere serement contre soi-meismes »; on y trouve la torture (art. 163 et 164); le procès à l'ordinaire pour les cas de petite importance (art. 150); et l'autorisation de saisir, en vertu de l'ordre du juge, en tout lieu de franchise ou asile, toute

¹ « En ceste ordonnance, que nous attribuons audict sieur Poyet, chancelier, il y a encore deux choses si estoignées des anciennes formes, qu'elles font douter de son équité. Il est dict que l'accusé nommera ses tesmoins sur le champ, et que ce ne sera pas luy qui les fera venir, ains le procureur du roy. Que veut dire cela? L'accusateur aura delay de faire son inquisition, et l'accusé devinera à l'instant quels tesmoins le peuvent justifier? Et ceux qu'il nomme pour sa défense, un tiers les fera venir, non pas luy? » (AYRAULT, liv. III, part. III, n° 51.)

² « Non debet servari, sed sola dispositio legis. » (DUMOULIN, t. II de ses œuvres, p. 792, art. 153 de l'ordonnance.) « Tout ce que dessus me donne quelque folle hardiesse de dire que je ne sçay pas bonnement ce qui mient aussi ledict sieur Poyet, de changer ceste belle et honneste façon de proceder, que tout à un coup les deux parties fissent leurs preuves; et que celle qu'il nous a introduicte, d'interloquer pour informer des faicts justificatifs et de reproches, nous l'ayons tous receuë si constamment.Les anciens ne jugeoient point aujourd'huy de la charge, et trois, quatre ou six mois après de la descharge et justification de l'accusé. Ils ne faisoient point d'une accusation deux procès. » (AYRAULT, liv. III, part. III, nos 49 et 50.)

³ Chap. XL, *Des enquestes*, § 7.

personne contre laquelle il a été décerné prise de corps sur informations (art. 166).

Dès cette époque, le système de la procédure extraordinaire ou inquisitoriale en France est constitué dans toutes ses rigueurs. Pour voir combien ce système, par les dispositions des ordonnances et par les usages judiciaires, en était déjà venu à former un tout complet, uni dans son ensemble et dans ses détails, il suffit de lire les *Pratiques* du premier président Lizet et d'Imbert, postérieures de douze ou quinze années seulement à l'ordonnance de 1539. Puis, si l'on joint à ses pratiques les pages si vives, si hautement indépendantes d'Ayrault, on aura l'exemple des réclamations que la science éleva, dès lors, contre un tel système.

Cette procédure extraordinaire s'applique exclusivement aux crimes; et les débats publics, les plaidoiries y étant supprimés, jusqu'à la sentence elle est toute dans l'instruction : voilà pourquoi elle prend le nom spécial d'*Instruction criminelle*. Elle a sa base essentielle dans l'information, ou audition de témoins faite secrètement : nommée *information*, suivant le premier président de Thou, parce que la preuve qu'on en tire est preuve sans forme, sur laquelle on ne peut asseoir un bon jugement ¹. — Cette information est, d'abord, l'œuvre d'un sergent et de son adjoint, gens capables, au dire d'Imbert, de la faire « grasse ou maigre », suivant le désir de la partie poursuivante ². — L'accusé ignore quel est son délateur; ce qui n'est pas procès, « mais embûches, mais chausse-trappe », et quelle est l'accusation sur laquelle on l'interroge, ce qui est « véritablement lui couper

¹ AYRAULT, liv. III, part. 1, n° 14.

² IMBERT, liv. III, ch. 13, n° 13. — « En toutes ces informations faictes par tels ministres, nous n'y voyons guere que menteries. » (AYRAULT, liv. III, part. 2, n° 43.)

la gorge », dit Ayrault¹. — Si les témoins manquent, on recourt aux monitions et censures ecclésiastiques pour les contraindre à se découvrir². — Du reste, interrogatoire de l'accusé, audition, récolement, confrontation des témoins³, tout se « traicte entre des murailles muettes et sourdes » ; sans que ni public, ni parties, ni juges y assistent, hors un ou deux juges dont c'est la commission ; « car on a fait des mestiers et offices d'ouyr tesmoins⁴ ». — Le tout se formule en écrits ; les procès se mettent dans des sacs ; on n'amène pas devant les juges les témoins, on apporte le sac ; et si, en route, l'accusé parvient, comme celui dont Ayrault raconte l'histoire, à mettre la main sur le sac, il peut s'arranger une bonne procédure⁵. « Finalement, tous fondent leur religion et conscience sus du papier, peut estre faux, peut estre mal grossoié, peut estre defectueux⁶. » — « Ceste façon ostée, d'instruire le procès publiquement, à tout le moins, dit Ayrault, nous deveroit-il rester, le procès estant instruit, d'ouyr les parties en plaidoirie ? » Mais les plaidoiries elles-mêmes sont supprimées ; le secret continue jusqu'à la prononciation de la sentence, quelquefois même jusqu'à l'exécution.

¹ AYRAULT, liv. II, part. 4, n° 79 et 35.

² « N'y a rien si vulgoire aujourd'huy, que pour avoir preuve et revelation du crime poursuivy ou à poursuivre pardevant nous : aller aux monitions et censures ecclésiastiques. Avons-nous point quelque remarque aux Anciens, qu'à ces fins ils soient allez mandier de leurs pontifes telles imprecations et maledictions ! » (AYRAULT, liv. III, part. 2, n° 35.)

³ *Ibid.* Part. 3, n° 63.

⁴ « Il n'y a rien si pernicieux en la justice dont nous usons, que d'y avoir introduict des mestiers et offices d'ouyr tesmoins. » (*Ibid.*, part. 3, n° 41.)

⁵ *Ibid.*, n° 30.

⁶ *Ibid.*, n° 73.

⁷ *Ibid.*, n° 75.

Un intervalle de cent trente-un ans, durant lequel l'ordonnance de 1539 ne cessa pas de faire loi, sépare cette ordonnance de François I^{er} de celle de Louis XIV. La procédure inquisitoriale était entrée plus avant dans les mœurs et dans la pratique; ce qui avait été nouveauté en 1539, était devenu tradition et institutions des ancêtres. L'ordonnance criminelle de 1670 ne changea pas le système, elle ne fit que le codifier, en y comprenant jusqu'aux rigueurs introduites pour la première fois par le chancelier Poyet. Nul, alors, n'aurait eu en pensée les hardiesses d'Ayrault; la seule lecture des discussions préparatoires de l'ordonnance nous montre quelle est l'influence de l'opinion commune et des usages de chaque époque sur les esprits contemporains, même les plus éminents ¹.

Il était réservé au dix-huitième siècle de produire contre la pénalité, contre les juridictions et la procédure pénales ainsi organisées, une populaire et énergique réaction.

C'est dans le courant et sous l'influence de cette réaction que paraissent deux déclarations de Louis XVI, par lesquelles se termine la série des ordonnances de l'ancienne monarchie à signaler sur notre matière ² : l'une, du 24 août

¹ Je ne saurais mieux faire que de renvoyer, pour l'étude approfondie de l'histoire de notre procédure pénale, au savant *Traité de l'Instruction criminelle*, par notre digne ami, M. Faustin Hélie.

² Principales ordonnances à signaler, en fait de droit pénal :

Ordonnance de décembre 1344, de Philippe VI. — Art. 7, sur la procédure pénale.

Ordonnance du 3 mars 1356, rendue durant la captivité du roi Jean, sous la lieutenance générale de Charles V, d'après les doléances et réclamations des États généraux de 1355 et de 1356. — En tout 61 articles. — Sont relatifs au droit pénal, les art. 6, 7, 9, 23, 27 à 29, 33 et 34, 37 et 38, 53, 55 et 59.

Ordonnance de Montil-les-Tours, d'avril 1453, sous Charles VII. — En tout 125 articles. — Pour le droit pénal : art. 13 et 14, 27 à 36, 67, 79, 82 à 95, 102 à 106.

Ordonnance de mars 1498, sous Louis XII, en assemblée de notables. —

1780, abolissant la question préparatoire; l'autre, du 1^{er} mai 1788, annonçant le projet d'une révision générale des lois criminelles, introduisant quelques adoucissements immé-

En tout 162 articles. — Pour le droit pénal : art. 62, 70, 82, 90 à 103, 106 à 140.

Édict de Crémieux, du 19 juin 1536, sous François I^{er}, Antoine Dubourg, chancelier. — En tout, 30 articles. — Plus spécialement relatifs au droit pénal : art. 10 et 11, 22 et 25.

Ordonnance de Villiers-Cotterets, d'août 1539, sous François I^{er}, Guillaume Poyet, chancelier. — En tout 192 articles. — Pour le droit pénal : art. 24 et 25, 139 à 172.

Ordonnance d'Orléans, de janvier 1560, sous Charles IX; sur les plaintes et remontrances des États; L'Hospital, chancelier. — En tout 149 articles. — Pour le droit pénal : art. 18, 23 à 26, 56, 63 à 65, 69, 71 à 74, 79, 81, 87, 101, 104, 111, 115 à 119, 142, 145, 148.

Ordonnance de Roussillon, de janvier 1563, sous Charles IX; L'Hospital, chancelier. — En tout 34 articles. — Pour le droit pénal : art. 19 à 21, 30.

Ordonnance de Moulins, de février 1566, sous Charles IX, en assemblée de notables; L'Hospital, chancelier. — En tout 86 articles. — Pour le droit pénal : art. 23 à 40, 70 à 72, 77 et 78, 82 et 86.

Ordonnance de Blois, de mai 1579, sous Henri III, sur les plaintes et doléances des États. — En tout 363 articles. — Pour le droit pénal : art. 21, 35 à 44, 71 à 81, 95, 130, 157, 183 à 283, 308 à 314, 325, 326, 360.

Ordonnance de janvier 1629, sous Louis XIII, d'après les doléances des États de 1614, et des assemblées de notables de 1617 et de 1626; Michel Marillac, garde des sceaux; Richelieu, premier ministre. — En tout 461 articles. — Pour le droit pénal : art. 18, 27 et 28, 42, 52, 58 et 59, 69 et suiv., 104, 111 à 113, 133 à 139, 151, 153, 166 à 188, 203 à 209, 215 à 217, 252 à 342, 387 à 400, 409, 411, 440, 456.

Ordonnance criminelle, du mois d'août 1670; Louis XIV.

Déclaration du 5 février 1731, de Louis XV, sur les cas prévôtaux et présidiaux.

Ordonnance du mois de juillet 1737, de Louis XV, concernant le faux principal et le faux incident.

Déclaration du 24 août 1780, de Louis XVI, concernant l'abolition de la question préparatoire.

Déclaration du 1^{er} mai 1788, de Louis XVI, relative à l'ordonnance criminelle.

diats peu significatifs, et supprimant la question définitive, mais seulement par forme d'essai, sous réserve de la rétablir en cas de besoin.

La première de ces ordonnances ne procède qu'avec une hésitation méticuleuse. Le roi proteste qu'il est de sa sagesse « de ne point ouvrir des facilités pour introduire en toutes choses un droit nouveau, qui ébranlerait les principes et pourrait conduire par degrés à des innovations dangereuses. » Mais il n'a pu se refuser aux réflexions et à l'expérience des premiers magistrats, qui lui ont *laissé entrevoir*, dans ce genre de condamnation, trop de rigueur contre l'accusé. Et toutefois il se hâte d'annoncer en même temps *à ses peuples* que si, par un effet de la clémence qui lui est naturelle, il se relâche en cette occasion de l'ancienne sévérité des lois, il n'entend pas en restreindre l'autorité par rapport aux autres voies prescrites contre les crimes et les délits.

La seconde ordonnance est un peu plus prononcée dans son allure progressive : la préparation des réformes a marché, les idées sont devenues des besoins, on est à la veille de grands événements. L'ordonnance parle de la nécessité de mettre les lois au niveau de la raison publique ; elle promet une *révolution* dans la législation pénale ; elle avertit que tous les sujets auront le droit de concourir à l'exécution du projet en adressant des observations et des mémoires au garde des sceaux. Mais il ne s'agit encore que d'un projet, ou, pour mieux dire, de l'annonce d'un projet ; les quelques dispositions renfermées dans l'ordonnance ne changent rien au système général ; et la suspension de la torture définitive n'y est même qualifiée que de mesure provisoire : tandis que depuis plusieurs années, antérieurement même à l'ordon-

nance de 1780, la torture était déjà supprimée à Naples, en Toscane, en Prusse et en Autriche!

Voilà où nous en étions en fait de droit pénal, lorsque survint la Révolution de quatre-vingt-neuf.

Là s'arrêtent les sources de notre ancien droit pénal, que je me proposais d'indiquer, et commencent celles de notre droit actuel. Quoique séparées des précédentes, ces nouvelles sources ne laissent pas de communiquer avec elles, et plus d'un filet important a coulé des unes dans les autres. Rien ne se produit sans la loi de génération; en toute chose, le présent est fils du passé et père de l'avenir.

ORTOLAN,

Professeur à la Faculté de droit de Paris.
